



HAL
open science

Le droit et la régulation des prix de transfert

Renaud Jaune

► **To cite this version:**

Renaud Jaune. Le droit et la régulation des prix de transfert. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2018. Français. NNT : 2018PA01D076 . tel-02144731

HAL Id: tel-02144731

<https://theses.hal.science/tel-02144731>

Submitted on 31 May 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Ecole doctorale de droit public et de droit fiscal
Thèse de doctorat en droit fiscal

Le droit et la régulation des prix de transfert.

Présentée par

Renaud JAUNE

Dirigée par

M. Daniel GUTMANN

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Soutenue publiquement le

20 décembre 2018

Devant le jury composé de :

M. Daniel **GUTMANN**, professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

M. Alexandre **MAITROT DE LA MOTTE**, professeur à l'Université Paris Est Créteil

M. Marc **PELLETIER**, professeur à l'Université Paris 8 Vincennes-Saint-Denis

M. Julien **PELLEFIGUE**, docteur en sciences économiques

Mme Caroline **SILBERZTEIN**, anciennement Chef de l'Unité des prix de transfert à l'O.C.D.E.

Avertissement

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

A ma femme, Virginie, ma grande fille, Eléa, et à ma toute petite, Mila, qui illuminent tous les jours de ma vie,

A mes parents, à mes sœurs et mes frères, ma tante Josette et ma grand-mère Joséphine, qui m'ont tous élevé si généreusement et dont l'amour me porte,

A tous mes amis, qui savent toujours m'apporté leur soutien et dont l'exemple m'inspire,

Au Professeur Daniel Gutmann, qui m'a fait l'honneur de sa direction bienveillante et de sa grande présence scientifique,

Aux Professeurs Alexandre Maitrot de la Motte et Marc Pelletier, qui ont accepté malgré leurs lourdes obligations d'être rapporteurs de cette thèse,

A Madame Caroline Silberztein et Monsieur Julien Pellefigue, qui ont également accepté d'apporter leur maîtrise des prix de transfert à l'examen de cette thèse.

Résumé

La présente thèse de doctorat traite de la fiscalité des prix de transfert. Dans un contexte mondial propice à la remise en cause des législations et des pratiques fiscales, elle traite de la question des instruments de régulation appropriés et du rôle du droit dans un tel édifice. En effet, nombre d'observateurs imputent les désordres majeurs de la régulation des prix de transfert à l'imprécision des règles qui la sous-tendent et à l'absence d'autorité mondiale contre la concurrence fiscale dommageable. En réponse, nous supposons que le principe de pleine concurrence ne se limite pas à la définition usuelle qui en est donnée. Nous montrons qu'il peut être considéré comme élément d'une norme universelle destinée à neutraliser les effets des particularismes fiscaux sur les échanges économiques internationaux. Une telle hypothèse fournit un critère d'évaluation des législations nationales et de la pertinence des politiques de prix de transfert des groupes. Nous analysons ensuite la législation et la jurisprudence française, et montrons qu'une transposition réelle du principe de pleine concurrence ne peut se résumer à copier l'article 9 § 1 des conventions modèles, mais suppose d'en traduire le contenu et l'esprit en instaurant les conditions d'une coopération réelle entre les acteurs. Nous exposons également la dialectique entre les lacunes de la régulation des prix de transfert et les tendances normatives à l'œuvre dans le monde entier, qui malgré leur hétérogénéité sont présentées comme une réponse à la question des prix de transfert. Nous fournissons une grille de lecture du plan BEPS et du développement des limitations légales imposées par les Etats ainsi que des obligations de conformité fiscale. Enfin, nous montrons que la construction d'une régulation des prix de transfert en référence à la norme universelle donnerait l'occasion d'instaurer un véritable partenariat entre l'Etat et les parties prenantes, ouvrant la voie vers une nouvelle manière de discuter la loi.

Abstract

This doctoral thesis deals with the tax aspects of transfer pricing. In the context of a globalized economy where the transfer pricing policies and legislations are at stake, it raises the question whether proper instruments of regulation can be set, and if the law is the adequate tool to that end. Indeed, numerous people consider that the major disorders of the transfer pricing regulation stem from the arm's length principle itself, due its lack of economic precision and the absence of an authority against harmful tax competition. To address the issue, we assume that there is more to the arm's length principle than its common definition. Indeed, we show that it can be considered as part of a universal law aimed at neutralizing the effects of the tax differences in the international economic exchange. Such an assumption provides for a criterium to assess the quality of national legislations as well as the relevance of the groups' transfer pricing policies. By analyzing the French legislation and case law, we show that a thorough implementation of the Arm's Length Principle implies not only to copy article 9 § 1 of the convention models, but more generally to capture its content and essence by setting the conditions for a proper cooperation between actors. We also explain the relationship between the lacks in the regulation of transfer pricing and the process of setting new rules, explaining the rationale of the BEPS plan and of the various limitations and compliance obligations that Governments tend to impose to the taxpayers. Lastly, we show that building a national legislation with reference to the universal arm's length principle implies a true partnership between the Government and all stakeholders, paving the way to a new manner of debating the law.

Mots-clés

Acte anormal de gestion, avantage par nature/par comparaison, BEPS, commissionnaire, conformité (*compliance*), déclaration pays par pays, documentation de prix de transfert, évasion fiscale, méthodes de détermination, présomption de transfert de bénéficiaires, principe de pleine concurrence, procédure amiable, rectification, référence de pleine concurrence, régulation, rescrit (*ruling*), sous-capitalisation, transfert de bénéficiaires.

« It is emphatically the province and duty of the judiciary to say what the law is ».

Cour Suprême des Etats-Unis, Arrêt 5 U.S. 137 du 24 février 1803, Marbury vs. Madison.

« Avant tout, il nous faut définir avec précision le mécanisme de cette libre concurrence que nous supposons régir notre marché. Transportons-nous, pour cela, sur un marché libre, et voyons comment il fonctionne. Entrons, par exemple, au marché au blé et rendons-nous scrupuleusement compte des opérations qui s'y effectuent. C'est peut-être le point le plus délicat, dans les sciences physico-mathématiques, que d'emprunter ainsi à la réalité les données expérimentales sur lesquelles l'esprit établit ensuite la série des déductions rationnelles ».

WALRAS, Léon, Principe d'une théorie mathématique de l'échange, Journal des économistes, Tome 34 p. 7, 1874.

« Avant la Première Guerre mondiale, on peut voyager n'importe où dans le monde sans passeport, vendre des produits en provenance de n'importe quel continent et toucher des revenus d'investissements étrangers sans en référer à aucun gouvernement... ».

PAXTON, Robert O., HESSLER, Julie, L'Europe au XXe siècle, Tallandier, 2013, p. 9.

Liste des abréviations principales

Aff.	Affaire
ACCIS	Assiette commune consolidée de l'impôt sur les sociétés
APP	Accord préalable de prix de transfert
BDCF	Bulletin des conclusions fiscales
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
BOFIP	Bulletin officiel des finances publiques
BOI	Bulletin officiel des impôts
CAA	Cour administrative d'appel
CE	Conseil d'Etat
CGI	Code général des impôts
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
concl.	Conclusions
CUP	<i>Comparable Uncontrolled Price</i>
DB	Documentation de base
DC	Décision de constitutionnalité
ex.	Exemple
ETNC	Etats et territoires non coopératifs
FCPT	Forum conjoint sur les prix de transfert
IBFD	<i>International Base of Fiscal Documentation</i>
IFA	<i>International Fiscal Association</i>
JO	Journal officiel
LPF	Livre des procédures fiscales
n°	Numéro
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations unies
JTPF	<i>Joint Forum on Transfer Pricing</i>
PA	Procédure amiable
p.	Page
pp.	Pages
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RJF	Revue de jurisprudence fiscale

SDN	Société des Nations
rapp.	Rapport
TA	Tribunal administratif
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
UE	Union européenne
V.	Voir
vs.	<i>Versus</i>
§	Paragraphe

Sommaire général

Introduction	1
Première Partie. La rectification des transferts de bénéfices	19
Titre 1. Le principe de rectification.....	23
Chapitre 1. Le sens du dispositif de rectification	24
Section 1. Place du dispositif de rectification.....	26
Section 2. Objet du dispositif de rectification	53
Chapitre 2. Les effets du dispositif français de rectification.....	84
Section 1. Effets sur le régime de la preuve	86
Section 2. Effets sur la régulation des pratiques de prix de transfert	111
Titre 2. La référence de rectification.....	141
Chapitre 1. La référence de comparaison	144
Section 1. Mode d'emploi de la présomption.....	145
Section 2. Mode d'emploi de la comparaison	169
Chapitre 2. La référence de normalité	193
Section 1. Le transfert anormal de bénéfices.....	194
Section 2. La dialectique de l'intérêt d'exploitation et de l'anormalité	212
Deuxième Partie. Le droit fiscal de la pleine concurrence.....	236
Titre 1. Au principe de la pleine concurrence	237
Chapitre 1. L'expression du principe de pleine concurrence	238
Section 1. Une philosophie de libre-échange	243
Section 2. Un principe de pertinence.....	264
Chapitre 2. L'esprit du principe de pleine concurrence	298
Section 1. Principe de transaction sur un marché.....	301
Section 2. Un principe de nécessaire coopération entre les acteurs	315
Titre 2. Régulation des prix de transfert et coopération.....	334
Chapitre 1. Principes de la coopération en pleine concurrence.....	335
Section 1. Principe de tolérance	337
Section 2. Principe d'information loyale.....	356
Chapitre 2. Le droit de la coopération en matière de prix de transfert.....	379
Section 1. La coopération imposée.....	381
Section 2. La recherche d'une régulation coopérative	411
Conclusion générale	438
Bibliographie	447
Table des matières	459

INTRODUCTION

Ouverture

Au cœur de l'été 2017, à la suite du jugement du Tribunal administratif de Paris dans l'affaire Google Ireland¹, Jérôme Turot signait dans Libération une tribune, intitulée « *L'échec du fisc face à Google est avant tout celui de notre politique fiscale internationale* »². Pour l'auteur, « *l'administration avait raison de s'attaquer à la quasi-absence d'imposition des GAFAs (Google Apple Facebook Amazon). Mais elle a chargé des tanks avec des sabres* ». A l'origine de cette insuffisance des moyens d'action se trouverait la politique française en matière de conventions fiscales, trop fidèle aux principes de l'Organisation pour la coopération et le développement économique (OCDE), et notamment au principe de rattachement des produits au lieu de direction des entreprises, alors que la France gagnerait à « *imposer les entreprises là où se réalisent les recettes* »³. L'enjeu du débat mettrait en cause l'opposition traditionnelle entre les Etats tenants d'une imposition à la source et ceux tenant en faveur d'une imposition à la résidence⁴. En effet, avec la montée en puissance de l'économie numérique, les autorités françaises devraient envisager l'imposition des GAFAs en prenant comme hypothèse que la France n'est, sur leur secteur d'activité, qu'un pays de consommation et non un pays de production⁵. L'opinion de Jérôme Turot n'est pas isolée⁶ et d'ailleurs l'auteur s'appuie sur deux rapports officiels⁷.

¹ TA Paris, n°s 1505113, 1505126, 1505147, 1505165, 1505178 du 12 juillet 2017, Sté Google Ireland Ltd, Droit fiscal n° 39/2017, comm. 482, 2017.

² Libération, 30 juillet 2017 http://www.liberation.fr/futurs/2017/07/30/l-echec-du-fisc-face-a-google-est-celui-de-notre-politique-fiscale-internationale_1587100

³ Par exemple, il y aurait lieu de promouvoir « *la notion de "présence fiscale numérique" comme constitutive d'un établissement stable, c'est-à-dire l'idée que, même en l'absence de toute présence physique, une entreprise aurait une présence fiscale imposable à partir d'un certain niveau d'activité numérique en France* ».

⁴ Selon Jérôme Turot : « *L'affrontement entre "pays de la source" (là où se réalisent les recettes) et "pays du siège" (là où la société est dirigée) est le débat de fond du droit fiscal international depuis la Guerre. Les pays industrialisés, réunis dans l'OCDE, ont fait prévaloir l'imposition dans l'Etat du siège, favorable à leurs entreprises multinationales ; inversement, les pays émergents militent en faveur de l'imposition dans l'Etat de la source, car c'est de plus en plus chez eux que ces multinationales vont chercher les consommateurs dont elles ont crucialement besoin. Ces derniers ont conduit l'ONU à élaborer un contre-modèle de convention fiscale, qui s'oppose à celui de l'OCDE en privilégiant l'imposition dans l'Etat du consommateur, notamment en matière de services* ».

⁵ « *Quand la France comprendra-t-elle qu'elle est de moins en moins un pays de producteurs et de plus en plus un pays de consommateurs, notamment dans le domaine de l'économie numérique ?* ».

⁶ Nous verrons en examinant les travaux BEPS, au Chapitre 2 du Titre 2 de la Partie 2, qu'une partie des Etats du cadre inclusif adoptent ce même jugement.

⁷ COLLIN, Pierre, COLIN, Nicolas, *Rapport sur la fiscalité de l'économie numérique*, janvier 2013 ; LIGNEREUX, Bastien, *Rapport particulier du Conseil des prélèvements obligatoires sur le principe de territorialité*, juin 2016.

On ne peut toutefois comprendre la thèse ainsi défendue sans décomposer ses éléments qui, malgré la force de la plaidoirie, ne sont pas congruents. Tout d'abord, l'auteur assimile l'absence d'imposition en France des GAFAs avec l'absence de qualification adéquate de l'établissement stable permettant de les assujettir. Or, à notre sens, cette assimilation ne va pas de soi : l'ensemble des sociétés visées, et notamment Google, dispose d'une présence fiscale en France sous la forme d'une filiale. Il est donc concevable, *a priori*, de rattacher à ces filiales l'imposition des bénéfices matériellement dégagés depuis la France. Selon cette hypothèse, l'échec d'une taxation fondée sur la notion d'établissement stable ne traduirait pas automatiquement la carence de cette notion pour l'imposition des services. D'ailleurs, l'établissement stable est une fiction de l'impôt intervenant seulement au stade de son champ d'application, pour déterminer la personne imposable, et non au stade de la liquidation des revenus taxables : une solution du problème qui porterait sur la seule définition de l'établissement stable ne réglerait donc pas forcément le « *problème Google* ».

Ensuite, l'auteur assimile l'imposition des recettes à la source avec une imposition de la contrepartie des dépenses effectuées par les consommateurs établis en France. Implicitement, il propose ici de rattacher à l'établissement stable numérique, ou à la filiale, le produit des ventes réalisées sur le sol français selon un principe de force attractive de cette filiale ou de cet établissement stable⁸. Mais ce point, qui est, il est vrai, un point de divergence historique entre les modèles de conventions de l'ONU et de l'OCDE, concerne la qualification des ventes en cause et leur traitement fiscal en droit interne. Il s'agit en effet d'une règle d'assiette de l'impôt, qui suppose de retenir une qualification des ventes correspondant au

⁸ Cf. Modèle de convention des Nations Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement. Les références à ce modèle de convention sont effectuées ci-après au vu de la révision du modèle de 2011. Pour le modèle de Convention fiscale de l'OCDE concernant le revenu et la fortune, les références sont celles de l'édition 2014 avec mise à jour du 21 novembre 2017. Le modèle de l'ONU diffère de celui de l'OCDE en ce qui concerne le rattachement des ventes effectuées sur un territoire et qui ne sont imputables ni à une société ni à un établissement stable. Le principe est en effet, dans les deux cas, que les bénéfices d'une entreprise d'un Etat contractant ne sont imposables que dans cet Etat (critère de la résidence). Par exception, les bénéfices sont imposables dans l'autre Etat si l'entreprise dispose sur son territoire d'un établissement stable (critère de la source). Dans le cas du modèle de l'OCDE, seuls les bénéfices de l'établissement stable sont alors imposables dans l'Etat de la source. Dans le cas du modèle de l'ONU, la compétence de l'Etat de la source s'étend également « *b) aux ventes, dans cet autre Etat, de marchandises de même nature que celles qui sont vendues par l'établissement stable, ou de nature analogue; ou c) à d'autres activités industrielles ou commerciales exercées dans cet autre Etat et de même nature que celles qui sont exercées par l'établissement, ou de nature analogue* ». Dans les deux cas, les revenus qu'un établissement stable tire de ses activités productives sont compris dans les résultats de cet établissement stable et imposés selon la législation interne de l'Etat d'implantation applicable aux entreprises résidentes dans la même situation ; sont ajoutés à ces revenus ceux que l'établissement stable tire, le cas échéant, de ses immeubles dans l'Etat de source, nonobstant le fait que les revenus immobiliers font l'objet de règles d'imposition conventionnelles différentes de celles des bénéfices : ce principe est dit « *de force attractive* » de l'établissement stable (V. à ce sujet, CE n° 349741, Sté Mercurio SPA c./ Min., 3e et 8e s.-s.). Dans le modèle de convention de l'ONU, le principe est renforcé par le rattachement à l'établissement stable des ventes et des autres activités industrielles ou commerciales analogues à celle de l'établissement stable.

produit réalisé sur le territoire français nonobstant l'apparence contraire qu'aurait pu créer le contrat. Le problème est que la variété des situations rencontrées dans les modèles économiques des différentes entreprises de l'économie numérique ne garantit pas que le critère de rattachement fixé pour l'une s'appliquerait aux autres.

Enfin, Jérôme Turot assimile l'échec de la France à une définition obsolète de son intérêt stratégique face à la mondialisation, aux transformations de l'économie, et à l'émergence de nouvelles puissances. La France et ses partenaires devraient alors s'engager à une réécriture du modèle de convention dont pourrait dériver la régulation fiscale des GAFA. Il s'agirait de faire table rase des acquis de l'existant, de reconstruire un réseau conventionnel fondé sur la règle de la source, et de l'imposer aux autres Etats. A cette difficulté près que le modèle de convention de l'OCDE continue de faire l'objet du consensus de ses Etats membres et de progresser, et qu'à l'inverse les options révisionnistes demeurent très minoritaires.

Dans ce contexte, il faut examiner la piste d'une autre solution au problème de « *l'échec du fisc face à Google* ». Puisque le chiffre d'affaires déclaré par Google France et la présence économique du groupe en France s'inscrivent dans un rapport de 1 à 10⁹, n'est-ce pas qu'il y a une distorsion du rapport d'échange entre le groupe et la ou les entités qui le représentent en France ? Leurs relations sont-elles conformes à ce que la logique économique devrait dicter ? Sont-elles établies conformément au raisonnement qu'auraient tenu des entités indépendantes placées dans une situation comparable, c'est-à-dire conformes au principe de pleine concurrence entendu dans son sens le plus courant¹⁰ ? Dans la négative, le droit international n'aurait pas à être bouleversé : il permettrait de répondre à la difficulté par une meilleure législation française et une meilleure application de cette législation, en opérant les

⁹ Cf. BELOUEZZANE, Sarah, *Les revenus de Google en France seraient nettement supérieurs à ce qu'il déclare*, Le Monde, 18 décembre 2013. Selon l'agence VRDCI spécialisée en matière de référencement naturel, Google aurait réalisé 1,43 Md€ à titre de contrats signés avec des clients en France ou à destination du marché français entre novembre 2012 et novembre 2013, contre un chiffre d'affaires déclaré de 193 M€ au titre de 2012. V. également RENOUX, Vincent, BERNARD, Simon, *Quelle imposition des revenus de l'économie numérique ?*, Droit fiscal n°39/2017, 477, 2017 : le résultat net de la rémunération versée à Google France s'élève à moins de 12,5 M € en 2014 et 2015.

¹⁰ La définition admise du principe de pleine concurrence est formulée à l'article 9 § 1 du modèle de convention de l'OCDE concernant le revenu et la fortune (ci-après « modèle de convention de l'OCDE »). Ce paragraphe stipule : « [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 indépendantes, 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 ».

rectifications fiscales appropriées. Le législateur pourrait donner à l'administration les outils pour changer les choses sans exiger un bouleversement de l'ordre mondial¹¹.

Définitions

Notre hypothèse centrale est donc que le « *problème Google* » et les questions similaires d'optimisation fiscale intra-groupes révèlent une problématique de régulation des prix de transfert. Nous définirons les termes de cette hypothèse de la manière la plus large :

- les relations intra-groupes s'entendent de toutes les relations à l'intérieur d'un ensemble d'entités dont l'une détient le contrôle juridique ou économique sur les autres ;

- les prix de transfert s'entendent de manière générale comme tous les prix ou tarifs régissant les relations commerciales, financières ou de toute autre nature dans un tel cadre, avec un intérêt particulier pour les transactions effectuées à l'échelle internationale, qui présentent un enjeu fiscal évident ;

- enfin, la régulation peut être définie comme l'ensemble des mécanismes qui assurent l'équilibre des prix de transfert et préservent les intérêts économiques des parties prenantes. Une abondante littérature¹² décrit l'économie comme un système défini par l'interaction entre les acteurs sous l'égide d'un régulateur. L'aptitude de ce dernier à remplir sa mission dépend de sa capacité à varier ses interventions en proportion de la complexité du système¹³. Le droit est loin d'être périphérique dans ce système mais au contraire indispensable, parce que l'économie de marché n'est pas spontanée¹⁴. Il s'agit d'organiser les relations juridiques de la liberté économique, à l'image du grand mouvement de déréglementation engagé avant

¹¹ Nous verrons à cet égard que le modèle de convention de l'OCDE, dont l'article 7 traite des bénéfices des entreprises, laisse à peu près libres les Etats sur la définition de même de bénéficiaire, c'est-à-dire sur les agrégats qui le composent en matière de produits, de charge, de relation avec le bilan, et même d'articulation entre la comptabilité et la fiscalité. Il ne les contraint pas davantage sur la notion d'installation fixe d'affaires, interprétée à la lumière de la règle du for, en matière de délimitation des facteurs de production pertinents dans le cadre de la nouvelle économie. En outre, l'article 9 de ce modèle de convention autorise les Etats à pratiquer des rectifications lorsque la répartition du bénéfice entre des entités affiliées à un groupe multinational n'est pas fidèle à leur contribution à la valeur. Enfin, les travaux de l'OCDE n'ont pas abouti à imposer d'obligation générale contraignante aux Etats en ce qui concerne la procédure de rectification fiscale ; et la loi peut intervenir pour régir le dialogue entre l'administration et le contribuable dans ce domaine.

¹² V. pour une synthèse BOYER, Robert, *La théorie de la régulation*. La Découverte, coll. Les fondamentaux, 2004.

¹³ Conformément aux lois de la cybernétique. Cf. par ex. COUFFIGNAL, Louis. *La cybernétique*, PUF Que sais-je ?, 1978. ; DE ROSNAY, Joël, *Le Macroscopie, vers une vision globale*, Editions du Seuil, 1975 ; *L'homme symbiotique*, Editions du Seuil, 1995.

¹⁴ Cf. POLANYI, Karl, *La grande transformation*, (1944) Gallimard, 1983 ; FRISON-ROCHE, Marie-Anne, *Définition du droit de la régulation économique*, D.2004, chron., pp.126-129. Par exemple, p. 127 : « *L'économie de marché est née du droit et demeure encadrée par ses instruments et ses exigences* ».

même l'irruption du thème de la mondialisation, dans la littérature des années 1990¹⁵. Dans ce contexte, la mission du droit n'est pas simplement de définir une réglementation, mais de fournir un cadre de concurrence adéquat pour la liberté d'entreprise. La dérégulation vise donc paradoxalement à organiser le retrait de l'Etat tout en régissant, à cette fin, la liberté des acteurs ; elle peut donc les contraindre à des règles prudentielles ou de bon comportement, voire à des obligations détaillées de conformité¹⁶.

Premières interrogations

Comme nous venons de le voir, les deux champs disciplinaires du droit et de l'économie sont traversés par la question de savoir si l'équilibre des prix de transfert peut être spontané ou s'il suppose une intervention publique. Dans ce second cas, s'ajoute la question de savoir si l'échelon national suffit ou s'il doit être relayé par des initiatives internationales. Telle est la question générale de notre propos.

De là résultent deux interrogations de base. Premièrement, la régulation des prix de transfert par le droit issu du principe général de pleine concurrence n'est-elle pas trop simpliste par rapport à la complexité du réel ? Deuxièmement, le droit fiscal est-il autonome en matière de régulation des prix de transfert, ou dépend-il des catégories de la science économique ? En effet, la tarification intra-groupe est une branche de l'économie industrielle qui est une discipline spécifique de l'économie, dont la syntaxe très mathématisée et les concepts très théoriques apparaissent pour le moins éloignés de la science juridique. D'ailleurs, on peut percevoir, avant même toute analyse, une tension fondamentale entre des principes économiques élaborés pour épanouir la liberté d'entreprendre et l'idée d'une norme fiscale, qui semble destinée à la contraindre.

Les deux questions de base en révèlent donc quatre autres, qui traduisent la préoccupation propre au droit fiscal des groupes multinationaux : comment le droit international interagit-t-il avec la sphère de compétence des Etats nationaux ? La norme mondiale est-elle respectée ? Sa transposition en droit interne est-elle fidèle au contenu et à l'esprit de la norme mondiale ? Dans le cas contraire, comment se rapprocher de l'objectif ?

¹⁵ Cf. REICH, Robert, *L'économie mondialisée*, Dunod, 1993.

¹⁶ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, *Le droit de la compliance*, Working Paper, 2016, <http://mafr.fr/fr/article/le-droit-de-la-compliance/>

A ce foisonnement de questions, la tribune de Jérôme Turot constitue une introduction adéquate car elle illustre l'impératif de solution d'ensemble au problème d'imposition des grands groupes et notamment de ceux de la nouvelle économie. L'acuité des questions de prix de transfert a toujours été proportionnelle aux enjeux plus généraux de la mondialisation, qu'il s'agisse de constater l'importance des multinationales dans le commerce mondial¹⁷, d'examiner les moteurs de leur internationalisation¹⁸, ou d'examiner les effets du marché européen en matière d'intégration des entreprises¹⁹ : au début des années 2000, par exemple, 31 000 entreprises françaises constituées en groupes²⁰ avaient une influence déterminante dans l'économie²¹, avec un poids croissant des groupes étrangers²². Les questions de l'évasion fiscale et de l'échange de renseignement ne sont d'ailleurs pas nouvelles, et on a pu montrer qu'elles étaient même essentielles, au début des années 1920, dans le traitement des grands déséquilibres monétaires nés de la Première Guerre mondiale²³.

¹⁷ MONSELLATO, Gianmarco, RASSAT, Patrick, *Les prix de transfert*, Maxima, 1998. : Plus de 50% des flux du commerce mondial sont désormais réalisés à l'intérieur des firmes transnationales.

¹⁸ MEIER, Olivier, SCHIER, Guillaume. *Entreprises transnationales. Stratégie, Restructuration, Gouvernance*, Dunod, 2005 : les stratégies d'internationalisation servent à développer de nouveaux relais de croissance, à diversifier les risques entre les pays, à épouser le mouvement de globalisation des marchés, à améliorer la compétitivité de l'entreprise, et enfin à accéder à des contextes réglementaires ou institutionnels plus favorables.

¹⁹ REDOR, Dominique, *Economie européenne*, Hachette, 1999.

²⁰ BENARD, Yohann, *Groupes de sociétés : la jurisprudence n'a pas l'esprit de sacrifice*, RJF 6/06 p. 499 : chron. sous CE 10 mars 2006 n° 263183, Sté Sept 678 concl. F. Séners BDCF 6/06 n° 72 ; cf. aussi CE 28 avril 2006 n° 277572, min. c/ Sté SÉEEE, RJF 7/06 n° 836.

²¹ *Ibid.* : « La structuration du tissu productif en groupes de sociétés est une tendance lourde d'évolution de l'économie. Huit fois plus nombreux qu'il y a vingt ans, les quelque 31 000 groupes de sociétés que compte notre pays ne rassemblent, certes, guère plus de 4 % des 2,7 millions d'entreprises, mais ils emploient aujourd'hui 56 % des salariés du secteur privé, créent plus de 60 % de la valeur ajoutée, réalisent 65 % de l'investissement total hors apports, et mobilisent 90 % des fonds propres investis dans les entreprises implantées en France ».

²² *Ibid.* : « Ce phénomène est d'abord la conséquence de l'internationalisation croissante de l'économie française. Ainsi, alors que la part des groupes français dans l'emploi total est stable (42 % en 2004), celle des groupes étrangers a progressé de 50 % depuis une douzaine d'années (14 % en 2004) ». Outre la mondialisation, Bénard note une tendance au développement des groupes motivée par un choix de gestion décentralisée y compris au sein de structures de petite taille : « Il traduit ensuite la généralisation du modèle d'organisation que constitue le groupe de sociétés. En effet, l'accroissement du poids des groupes dans l'économie n'est pas le fait des quelque 80 grands groupes français, qui ne sont pas plus nombreux aujourd'hui qu'il y a vingt ans, mais de la multiplication de « micro-groupes » réunissant exclusivement des PME (2) . Cet essor est lié à la stratégie de développement des entreprises, qui privilégie aux fusions les prises de participation afin, notamment, de mieux cantonner les risques inhérents à chacune des activités exercées, tout en améliorant les conditions de transmission de l'entreprise. La déconcentration des centres de décision qui en résulte peut également se révéler plus adaptée à la rationalisation des différents pôles fonctionnels ou opérationnels, rendant possible, par exemple, une recherche de synergies respectueuse de l'autonomie des différentes sociétés du groupe ».

²³ V. FARQUET, Christophe, *Lutte contre l'évasion fiscale : l'échec de la SDN dans l'entre-deux-guerres*, L'économie politique n° 44 p. 112, 2009 : la Conférence de Gênes de 1922, qui consacre l'instauration de l'étalon de change-or en remplacement de l'étalon-or, constate aussi la nécessité d'une lutte concertée contre l'évasion fiscale, prenant la forme d'une fuite des capitaux lorsque les Etats cherchent à réguler leur balance monétaire. La conférence reste toutefois en retrait des attentes et en particulier place le secret bancaire au-dessus de l'échange de renseignement entre Etats.

Au XXI^e siècle, la nouvelle économie ravive ces questions en faisant naître, selon Jean-Marie Monnier, une « deuxième » mondialisation²⁴. Dans ce nouveau cadre, la captation de valeur par les GAFAs est maximale²⁵ et la pression fiscale que ces multinationales subit est inférieure à celle des petites et moyennes entreprises²⁶.

Mais la relative évidence du problème ne rend pas sa solution plus simple. Au terme de leur étude des schémas d'optimisation et d'évasion fiscale des grands groupes, Alice Fournier et Alexandre Lemonnier²⁷ montrent que ces schémas ne sont jamais fondés sur un seul instrument juridique, mais toujours sur la combinaison de lacunes du droit interne des prix de transfert, de législations optimisantes dans les États d'implantation, et de mesures permissives dans les conventions bilatérales²⁸. Prenons trois exemples empruntés à cette contribution :

- dans le cadre de sa réorganisation dite « Optima », le groupe Colgate-Palmolive transforme des fabricants historiques européens en simples façonniers. Une société installée à Genève est chargée d'acheter à ces derniers les produits qu'auparavant ils vendaient aux grandes surfaces. Le circuit physique est inchangé : l'unité achète à un sous-traitant situé à deux cent mètres de son établissement, et les produits finissent dans les grandes surfaces alentour. Le circuit juridique est toutefois détourné par l'unité de Genève, qui achète les produits au sous-traitant et les revend aux unités de production pour qu'elles assurent la distribution en grande surface. Un produit acheté 40 au sous-traitant, auparavant revendu 100

²⁴ MONNIER, Jean-Marie, *Le nouveau capitalisme et l'évitement fiscal*, Revue française des finances publiques, n°138, mai 2017. : La deuxième mondialisation se caractérise par : la révolution informationnelle, fondée sur la scolarisation de masse, la standardisation des techniques bureaucratiques et les nouvelles technologies de l'information et de la communication ; le renforcement du poids du capital immatériel ; l'évolution de la division du travail, avec : a) une division internationale des processus productifs et l'émergence d'un travail diffus hors des cadres du contrat b) la concentration de la valeur vers l'amont dans le cadre de l'économie de la connaissance, c) une part prépondérante de la conception et un coût nul de reproduction des contenus numériques. L'enjeu fiscal de ces bouleversements tient au caractère insaisissable de la valeur des entreprises par la fiscalité, et en particulier la difficulté d'assigner des bénéfices à des territoires.

²⁵ U.S. GOVERNMENT PRINTING OFFICE, *Hearing before the Permanent Subcommittee on Investigations of the Committee on Homeland Security and Governmental Affairs*, United States Senate, mai 2013. Selon un memorandum du sous-comité versé au dossier de l'audition, Apple aurait soustrait 35 Md\$ de chiffre d'affaires à toute imposition, sur la période 2009-2012, grâce à sa politique d'optimisation fiscale.

²⁶ Cf. CONSEIL NATIONAL DU NUMERIQUE, *Avis n°8 relatif aux pistes de réflexion en matière de fiscalité du numérique*, 2012. Selon ce rapport, la perte de revenus annuelle pour l'État était estimée, pour les seules GAFAs à 500 M €. V. également GUTMANN, Daniel, *De l'optimisation à l'évasion fiscale, les termes de la controverse*, Banque et Stratégie, n° 322, 2014 : Le taux d'imposition effectif des GAFAs n'excède pas 18,6% alors qu'il atteint 37,4% pour les PME.

²⁷ FOURNIER, Alice, LEMONNIER, Alexandre, *Quatre exemples d'optimisation, de fraude et d'évasion fiscales dans les grands groupes internationaux de sociétés*, Actes du colloque « La gestion fiscale des groupes de sociétés », Droit fiscal n° 49, 8 décembre 2016.

²⁸ *Ibid.* : « On signalera également que les très grandes entreprises dont il sera question ne fondent pas leur optimisation fiscale sur un seul levier mais, toujours et simultanément, sur plusieurs ».

par l'unité, soit une marge brute de 60, ne lui rapporte plus après restructuration qu'une rémunération de 6%²⁹ au titre de la production et 2,5% au titre de ses activités commerciales. De plus, la propriété industrielle et les incorporels sont transférés à l'entité de Genève ;

- le groupe Starbucks combine les règles d'imposition des incorporels aux Pays-Bas et bénéficie d'un rescrit de la part des autorités néerlandaises validant une assiette fiscale reposant sur un prix de vente par une entité suisse³⁰ ;

- le groupe Google est présent en France au travers d'une société à responsabilité limitée exerçant les fonctions de simple apporteur d'affaires, inscrite dans une chaîne de valeur qui fait notamment intervenir une entité immatriculée aux Bermudes et installée en Irlande, bénéficiant des effets d'une double résidence au sens des conventions³¹.

L'optimisation fiscale internationale apparaît ainsi comme une combinaison d'outils³² dont la construction d'une politique de prix de transfert est une composante³³, mais qui fait également intervenir l'utilisation des bénéficiaires conventionnels.

La réaction des Etats est également composite : ceux qui, à l'image du Brésil, restreignent l'application du principe de pleine concurrence en imposant des marges sectorielles administrées³⁴ sont aussi ceux qui limitent les voies de recours des entreprises et éludent la procédure amiable³⁵, tout en réclamant un correctif aux échanges économiques

²⁹ Rémunération sous forme de *Cost plus* 6%.

³⁰ Dans sa décision du 21 octobre 2015, la Commission européenne a considéré que le rescrit fiscal accordé à Starbucks Manufacturing par les autorités néerlandaises constituait une aide d'Etat au sens de l'article 107 §1 du TFUE (Comm. UE, déc. n° SA 38374 (2014/C ex-2014/NN), 21 oct. 2015 ; communiqué n° IP/15/5880). La commission a en effet estimé que le prix de vente à la société néerlandaise du groupe du café torréfié par l'entité suisse ne correspondait pas au prix qui aurait été convenu entre entités non liées (Aff. T-760/15, Pays-Bas c/Commission - acte introductif d'instance déposé le 23 décembre 2015, affaire toujours en cours au 16 mai 2018).

³¹ Après ouverture d'une enquête préliminaire le 16 juin 2015, le parquet national financier a procédé à des perquisitions le 24 mai 2016 dans les locaux de Google France, afin de déterminer dans quelle mesure cette SARL apporteur d'affaires pouvait abriter en sus un établissement stable de l'entité irlando-bermudéenne Google Ireland Holdings. La centaine d'enquêteurs intervenant a recueilli plusieurs téra-octets de données, ce qui selon la procureure nationale financière appelait des mois de traitement, faute de « logiciels extrêmement performants ». Source : BFM Business, 29 mai 2016 : Google: les coulisses de l'enquête secrète du parquet national financier.

³² Cf. HAREL, Xavier, *La Grande Evasion : les liens qui libèrent*, 2010.

³³ Cf. *Rapport d'information parlementaire sur l'optimisation fiscale des entreprises dans un contexte international*, 10 juillet 2013, AN rapp. n° 1243 ; FEUERSTEIN, Ingrid, DI GIROLANO, Luigi, *Impôts : les mille et une recettes de l'évasion fiscale*, Les Echos, 16 mars 2016.

³⁴ BEMPOSTA, Anastasia, GAUDET, Richard, *Prix de transfert France-Brésil : existe-t-il une solution ?*, Petites affiches n° 7/2014, p. 7 : « Le taux de cette marge reste fixé à 20 % pour tous les secteurs qui ne relèvent pas des autres taux. Il est de 30 % pour la chimie, l'industrie papetière, la métallurgie et le verre, et de 40 % dans le secteur pharmaceutique, le tabac, les biens d'équipement, le pétrole et le gaz. La seule dispense du recours à la marge fixe suppose que l'entreprise remplisse deux conditions : elle doit démontrer que la rentabilité de ses opérations intra-groupe atteint au moins 10 % de son chiffre d'affaires mais que, dans le même temps, son volume d'activité à l'intérieur du groupe n'est pas supérieur à 20 % de son chiffre d'affaires... ».

³⁵ *Ibid.* : « au Brésil, 56,7 % des entreprises françaises ont rencontré des difficultés dans la détermination des prix de transfert et, parmi elles, seulement 15,4 % ont trouvé une solution satisfaisante, les autres n'ayant trouvé aucune

Nord-Sud³⁶. L'action des organisations internationales est également multiforme³⁷. Le projet BEPS³⁸ de l'OCDE³⁹ pour le compte du G20⁴⁰, concrétisé à partir de 2015 par un premier plan d'action encore en développement⁴¹, prend comme hypothèse de travail que le phénomène de BEPS trouve ses causes à la fois dans l'insuffisante harmonisation des règles fiscales, qui encourage la créativité en matière de pratiques fiscales dommageables des Etats ; dans l'insuffisante évolution des standards internationaux, notamment au regard des enjeux de l'économie numérique ; et dans l'insuffisance des données pertinentes en matière de prix de transfert⁴².

Dans ce contexte, les voies d'action d'un Etat désireux de demeurer dans le cadre du libre-échange apparaissent, *a priori*, très étroites. D'un côté, il devrait compenser l'action

solution... seulement 3,4 % des entreprises qui ont eu recours à une procédure amiable afin d'éviter une double imposition ont obtenu un résultat satisfaisant et 79,3 % n'ont tout simplement pas eu recours à cette procédure au motif qu'elle est complexe et le plus souvent sans résultat ».

³⁶ *Ibid.* Anastasia Bemposta et Richard Gaudet expliquent : « Si l'on veut améliorer la sécurité fiscale des échanges intra groupes, il faut d'abord s'interroger sur le contexte dans lequel les entreprises françaises investissent au Brésil. L'industrie manufacturière est traditionnellement plus lourde que le secteur numérique et l'on se doute que le choix d'implantation au Brésil... va naturellement concerner l'industrie, le service ne venant qu'en prolongement. Appliquer un principe de pleine concurrence n'a de sens que si les choix d'implantation sont harmonisés, ce qui n'est évidemment pas le cas entre un pays développé et un pays en voie de développement. Le Brésil, comme l'Inde, dénoncent à juste titre l'iniquité des charges qui induisent l'orientation des recettes fiscales. Pourquoi les pauvres devraient-ils payer pour les riches ? Cette dimension n'a pas échappé au comité d'experts sur la coopération internationale en matière fiscale 7, qui a adopté le 19 octobre 2012 un manuel pratique à l'intention des pays en développement. Dans son chapitre 5, ce manuel présente une analyse qui défend le concept de localisation, comme le réclament la Chine, l'Inde et le Brésil ».

³⁷ Cf. SILBERZTEIN, Caroline, DERO, Cyrille, *L'objet des conflits de juridictions : l'attribution de la matière imposable*, Droit fiscal n° 39, 28 Septembre 2017, comm. 472. Lors du colloque du CEFEP du jeudi 29 juin 2017, consacré à l'avenir de la fiscalité internationale dans le contexte de la mise en œuvre du projet BEPS et de l'entrée progressive dans l'enceinte d'élaboration du droit des pays émergents et des organisations non gouvernementales, les auteurs s'interrogent sur les évolutions concernant les prix de transfert. Ils relèvent, dans la nouvelle édition des lignes directrices de l'OCDE faisant suite au plan BEPS, les importantes nouveautés touchant à la documentation des prix de transfert, à la définition des actifs incorporels, à la mise en œuvre de la méthode de partage des profits, et à la caractérisation purement fiscale des transactions à la lumière des risques (« *accurate delineation of the transaction* »). En parallèle, la deuxième édition du manuel des Nations Unies sur les prix de transfert à destination des pays en développement consacre un chapitre à exposer les positions des grands Etats émergents.

³⁸ Projet relatif à l'érosion des bases fiscales et au transfert de bénéfices - en anglais *Base Erosion and Profit Shifting*.

³⁹ OCDE, *Rapport Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, 2013.

⁴⁰ L'organisation a présenté son rapport en 2013 devant le G20 Finances, sous présidence russe.

⁴¹ OCDE, *Exposé des actions 2015, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, OCDE, 2015 ; www.oecd.org/fr/fiscalite/beps-expose-des-actions-2015.pdf.

⁴² *Ibid.*, Préface : « 5. Le rapport intitulé *Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, publié en 2013, concluait que les pratiques de BEPS ne découlent pas de la fragilité d'une règle fiscale isolée, mais sont rendues possibles par une conjonction de facteurs. Des réglementations et législations fiscales nationales insuffisamment harmonisées entre différents pays, des standards internationaux qui n'ont pas toujours évolué au rythme des changements de l'environnement économique mondial, et l'absence quasi généralisée de données pertinentes à l'échelle des administrations fiscales et des gouvernements sont autant de facteurs qui se conjuguent.... La disponibilité de pratiques fiscales dommageables a aussi été identifiée comme un élément clé ». Ce diagnostic confirme que « les pratiques de BEPS ne découlent pas de la fragilité d'une règle fiscale isolée » et qu'il faut également considérer les impacts de l'absence d'harmonisation fiscale et de bases de données pertinentes à l'échelle des Etats. Ces deux derniers facteurs agissent l'un comme une incitation à l'évasion fiscale, l'autre comme un facteur d'irresponsabilité, faute de données pertinentes de comparaison.

rétrograde de certains de ses partenaires, et par exemple réintroduire le bénéfice mondial consolidé pour compenser les restrictions de certains Etats⁴³. D'un autre côté, il devrait innover dans sa fiscalité face aux logiques singulières de développement des GAFA⁴⁴. Nous avons là, pour prendre une analogie, une difficulté similaire à celle qui consiste à redéfinir le modèle de protection sociale à l'ère dite de « *l'uberisation* » de la société, qui impose aux Etats de redéfinir un modèle social menacé à la fois par la concurrence des pays à bas coûts et par celle des nouveaux modèles économiques. A cette différence près que la définition d'un régime de droit du travail et de la sécurité sociale concerne plusieurs centaines d'articles de lois patiemment négociées. En comparaison, le sujet des prix de transfert constitue une part infime du code général des impôts, censée réguler le problème central de l'économie mondiale avec le soutien d'un foisonnement de règles jurisprudentielles ou de droit souple.

Ceci nous amène à une première observation : il existe un écart important entre le laconisme de la norme condensée dans la formulation du principe de pleine concurrence à l'article 9 § 1 du modèle de convention de l'OCDE et l'étendue des prescriptions qui concourent à la régulation des prix de transfert. Cette étendue s'inscrit probablement dans un rapport de proportionnalité avec l'importance économique et fiscale de la matière, conformément aux lois cybernétiques précitées de la régulation, en vertu desquelles un système n'est régulé valablement que par un organe d'une complexité équivalente au système.

Un modèle juridique sommaire permettra de le mesurer : supposons que la compétition fiscale internationale est entièrement déterminée par les règles fiscales. Supposons à présent que l'impôt est réduit à ses trois composantes constitutionnelles que sont

⁴³ BEMPOSTA, Anastasia, GAUDET, Richard, *Prix de transfert France-Brésil : existe-t-il une solution ?*, Petites affiches n° 7/2014. Les auteurs proposent de réintroduire le régime du bénéfice mondial consolidé pour les petites et moyennes entreprises exportatrices vers des pays émergents pratiquant une politique de régulation des prix de transfert éloignée du principe de pleine concurrence : « *en France, c'est bien l'article 57 du Code général des impôts qui pose problème... C'est sur le fondement de ce texte que l'administration fiscale française opère ses redressements en matière de prix de transfert ou sur la théorie plus générale de l'acte anormal de gestion. Néanmoins, si une entreprise fait le choix de s'implanter au Brésil où elle supporte un impôt calculé sur une marge nette, c'est bien qu'elle y trouve un intérêt économique. Alors que faire ? Dans le projet de loi de finances 2009, le gouvernement avait proposé d'étendre le régime du bénéfice mondial consolidé (BMC) aux PME de moins de 2 000 salariés.... Jugé complexe, le BMC ne concernait qu'un nombre limité de groupes français accusés de pratiquer de l'optimisation fiscale internationale coûtant 500 millions d'euros à l'État français. Les députés l'ont donc supprimé le 7 septembre 2011. Grave erreur. Il n'est pas du tout certain qu'appliqué aux PME, un tel dispositif aurait coûté cher à l'État. Le Brésil pratique un taux d'IS de 34 %, très proche de l'IS français. La déduction de l'imposition sur la marge nette laisserait probablement subsister une matière fiscale en France non négligeable. Une telle mesure aurait un impact bénéfique sur l'emploi en France et permettrait aux filiales étrangères de grosses PME de devenir plus rapidement viables. Et surtout, dans un tel système de consolidation, la question des prix de transfert intra-groupe n'aurait plus lieu d'être.* »

⁴⁴ COLLIN, Pierre, COLIN, Nicolas, *Rapport sur la fiscalité de l'économie numérique*, janvier 2013. Les auteurs rappellent l'enjeu particulier qui s'attache à définir une régulation de la fiscalité des groupes mondiaux alors que la part de la nouvelle économie dans le commerce ne cesse de croître.

l'assiette, le taux et le recouvrement, soit trois types de règles. Dans notre modèle, la législation est la prérogative du Parlement mais peut faire l'objet de précisions de la part du Gouvernement, ce qui donne deux sources de droit interne. L'application internationale de ce droit rencontre la souveraineté d'une seule autre juridiction, organisée selon le même modèle.

Dans ce cas simple, le système présente déjà 36 degrés de liberté. Le principe de pleine concurrence tel que défini dans les conventions modèles n'est applicable qu'à l'assiette prise dans ses deux sources que sont la norme et la doctrine administrative. Il ne résout donc que quatre degrés de libertés du système international (2x2). A supposer même que les règles de recouvrement soient indifférentes à la régulation de la compétition fiscale mondiale, ce qui est une hypothèse forte, il reste tout de même 12 degrés de liberté non résolus. En particulier, toute régulation d'ensemble du système nécessite l'harmonisation des taux, à défaut de laquelle les autres efforts d'harmonisation ne font qu'aviver la tentation de localisation stratégique de bénéficiaires, puisqu'ils concourent à rendre plus directement comparables les systèmes de droit. En résumé, faute d'harmonisation complète, la concurrence fiscale subsiste et peut même se renforcer.

En définitive notre modèle, simpliste en ce qu'il ne distingue même pas l'effet des procédures de contrôle fiscal au sein des règles d'assiette, suffit déjà à constater que la compétition fiscale est une constante de l'environnement normatif et, pour autant, un point de référence nécessaire des normes fiscales.

Concurrence fiscale et neutralité

Le modèle sommaire ci-dessus conduit à nos deux premières hypothèses :

- première hypothèse, tout effort normatif est intelligible au regard du référentiel de la compétition fiscale mondiale, qui reste un horizon indépassable de nos sociétés depuis les débuts de l'époque contemporaine et de l'internationalisation des échanges. Les Etats sont naturellement en situation de concurrence fiscale entre eux⁴⁵, ce qui conduit à des

⁴⁵ V. pour les définitions des différents termes : CAUSSADE, Thomas, *La stratégie fiscale des entreprises : entre optimisation et fraude*, Université de Toulouse 1 Capitole, 2017. Nous réserverons le terme « concurrence fiscale » à la situation de compétition des Etats en matière d'édiction de leurs normes fiscales : les Etats tendent à employer les outils de compétition fiscale à leur usage propre. Ils s'auto-disciplinent si leur avantage à le faire l'emporte sur les avantages tirés de la concurrence fiscale : soit qu'ils espèrent des gains d'harmonisation, soit qu'ils redoutent des rétorsions économiques de la part de concurrents lésés. Les outils de concurrence fiscale sont de deux formes : soit l'édiction d'une imposition allégée, soit la promesse de conserver, pour le compte des acteurs, des secrets qui leur importent, en ne les communiquant pas aux autres administrations. Les Etats coopèrent contre le premier outil par l'harmonisation fiscale, et contre le second par les règles et pratiques de l'échange de renseignement.

comportements de passagers clandestins de leur part, culminant dans les politiques de paradis fiscal⁴⁶ et d'encouragement à l'optimisation fiscale⁴⁷. Nous pouvons alors supposer que les Etats déploient une stratégie tendue, pour chaque norme, vers une combinaison d'actions de défense (par la lutte contre l'évasion fiscale), d'attaque (par l'attractivité fiscale), ou de neutralité des règles ; et la référence à la compétition fiscale fournit un critère de cohérence externe de ces stratégies ;

- deuxième hypothèse, la norme constituée par le principe de pleine concurrence peut être regardée comme purement tendue vers la neutralité, puisqu'elle vise par définition à assurer l'homogénéité des règles d'assiette du bénéfice entre les entreprises indépendantes et les firmes constituées en groupes. Cette hypothèse présente deux avantages. Premier avantage, elle permet de situer les stipulations de l'article 9 § 1 des conventions modèles de l'OCDE et de l'ONU au regard d'un principe fondamental, défini comme la norme théorique de pleine concurrence c'est-à-dire comme un principe à la fois univoque et universel. Deuxième avantage, notre hypothèse permet de situer la législation positive au regard d'un référentiel normatif. Une telle analyse du droit positif est indispensable puisque la régulation des prix de transfert comporte un volet de rectification des bénéficiaires transférés qui n'a d'effectivité réelle qu'à l'échelle des Etats⁴⁸, et qui impose donc de comparer la norme interne avec la norme internationale. Au-delà de ces deux avantages, l'hypothèse d'une norme théorique de pleine concurrence nous permettra d'examiner la formulation de l'article 9 § 1 au regard du principe universel, ce qui nous permettra d'ordonner la profusion des règles de droit souple qui l'accompagnent.

⁴⁶ *Ibid.* Nous pouvons appeler « paradis fiscaux » les Etats ou territoires qui font de la concurrence fiscale une composante importante voire unique de leur développement économique, en pratiquant durablement une imposition allégée ou nulle, et/ou en promettant durablement une protection radicale des secrets de valeur des contribuables.

⁴⁷ *Ibid.* Nous définissons l'optimisation fiscale comme le calcul économique permettant à un acteur, en présence de plusieurs possibilités, de retenir consciemment celle à laquelle est associée la plus faible charge fiscale. L'optimisation s'étend aux choix d'organisation d'une activité ou d'un groupe, par exemple à la création de filiales, au choix de leur forme juridique et à la répartition de leurs actifs, afin de profiter des meilleurs avantages fiscaux offerts par la loi. Elle trouve alors pour limite l'abus de droit, constitué lorsque l'optimisation fiscale est le seul motif de décision (critère du but exclusivement fiscal). L'optimisation peut conduire à l'évasion fiscale, qui consiste à retenir une option dans laquelle tout ou partie des revenus en cause sont imposés à l'étranger. L'évasion fiscale peut être ouverte ou dissimulée, reposant sur une option légale ou illégale. Elle peut alors prendre une forme frauduleuse, punie ou non par la loi pénale. L'évasion fiscale englobe donc la fraude fiscale internationale, qui désigne l'ensemble des choix illégaux formés de manière intentionnelle et pénalement sanctionnés.

⁴⁸ Comme nous l'avons vu, l'article 9 § 1 énonce une simple faculté de rectification puisqu'il se limite à prévoir, en cas de bénéficiaires indirectement transférés à l'étranger, que : « *les bénéficiaires 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 bénéficiaires de cette entreprise et imposés en conséquence* ». Il revient au droit national, comme nous le verrons, de transposer cette faculté de rectification.

Malgré ces avantages, cette seconde hypothèse emporte une interrogation difficile sur l'origine et la substance du principe de pleine concurrence. En effet, on ne peut critiquer le dispositif de l'article 9 § 1 au regard d'un principe universel que si les auteurs du premier avaient en vue l'édification du second. Sur ce point, on doit partir d'une alternative : soit le principe sous-jacent à la formulation de l'article 9 § 1 prend sa source dans le droit fiscal, ce qui donne une sorte d'autorité souveraine au Comité des affaires fiscales de l'OCDE ; soit il s'agit d'un principe plus profond, décliné au sein du droit mais prenant sa source à l'extérieur, vraisemblablement au sein de la science économique.

Pour trancher cette alternative, nous pouvons remarquer qu'en droit international, le texte de l'article 9 § 1 est rédigé à l'identique dans les modèles de conventions de l'OCDE et de l'Organisation des Nations Unies depuis 2001⁴⁹. Le groupe d'expert de l'ONU pour la rédaction du modèle de convention de l'ONU fait d'ailleurs référence, dans ses commentaires, au corpus des lignes directrices relatives aux prix de transfert de l'OCDE et les valide en bloc⁵⁰. Cette situation d'universalité harmonieuse au plan du texte⁵¹ est le fruit d'une longue sédimentation, parfaitement analysée dans les ouvrages de droit fiscal international⁵² et la littérature internationale du principe de pleine concurrence⁵³. Elle manifeste la convergence sur l'attribution des profits aux implantations à l'étranger, et notamment aux établissements stables, entre les deux modèles historiques de convention de Mexico et de Londres, et ce alors

⁴⁹ Sur l'article 9.1., le modèle de l'ONU de 2001 prévoit ainsi : « *Lorsque... deux entreprises (unies par un lien de dépendance) sont, dans leurs relations commerciales ou financières, liées par des conditions convenues ou imposées qui diffèrent de celles qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes, 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* ». Le commentaire de ce modèle explicite cet alignement : « *Le Groupe d'experts a introduit en 1999 une modification rédactionnelle dans le paragraphe 1, alignant la partie essentielle sur le libellé du Modèle de convention de l'OCDE. Avant la modification, il se lisait comme suit : "les bénéfices qui, sans ces conditions, ... n'ont pas été réalisés". Cette partie du paragraphe 1 a été modifiée en 1999 et se lit comme suit : "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"* » (Commentaire du modèle de convention de l'ONU, Article 9., B. Commentaires sur les paragraphes de l'article 9, n°5.).

⁵⁰ Cf. Modèle de convention de l'ONU, 2001, Commentaires sur l'article 9, § A. Considérations générales : « *3. Pour ce qui est des prix de transfert (des marchandises, de la technologie, des marques de fabrique, de commerce ou de service, et des services) entre entreprises associées et des méthodes qui peuvent servir à déterminer le prix lorsque les transferts ont donné lieu à des conditions autres que de pleine concurrence, les États contractants suivront les principes définis dans les Principes applicables en matière de prix de transfert de l'OCDE. Ces conclusions représentent des principes internationalement admis, et le Groupe d'experts recommande de les suivre pour l'application du principe de pleine concurrence qui sous-tend cet article* ».

⁵¹ Nous verrons bien sûr que cette harmonie apparente et générale cache des sources de dissensus.

⁵² TIXIER, Gilbert, GEST, Guy, *Droit fiscal international*, PUF, 1990.

⁵³ Cf. COLLIER, Richard, ANDRUS, Joseph L., *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle after BEPS*, Oxford University Press, 2017.

même que ces deux modèles avaient divergé sur la priorité à accorder, en matière de revenus non dénommés, à l'Etat de source (Mexico) ou à l'Etat de résidence (Londres).

Les deux composantes de l'article 9 § 1

Le chemin vers cette harmonie fait apparaître deux composantes de la règle de principe de pleine concurrence. Dans les années 1920, la Société des Nations a réuni des groupes d'experts puis un comité fiscal dédié afin d'élaborer des instruments fiscaux internationaux, dont les modèles débouchent en 1928 à l'occasion d'une conférence de Genève dédiée à la lutte contre l'évasion fiscale et qui serviront de prototypes aux modèles de convention bilatérales de Mexico et de Londres. A l'occasion de ces travaux, se pose la question de l'établissement stable et de son statut comparé à celui de la filiale. Au passage, les experts examinent le problème de savoir si l'établissement stable doit présenter des comptes séparés, et convergent sur ce point en répondant par l'affirmative⁵⁴. Ils constatent en revanche qu'en matière de détermination du bénéfice devant revenir à l'établissement stable, deux classes de méthodes sont employées, l'une forfaitaire ; l'autre, « empirique ». En 1929, le comité fiscal de la Société des Nations, s'appuyant sur plusieurs études de droit comparé diligentées depuis 1922 par la Chambre de commerce internationale et par la SDN elle-même, conduit une nouvelle enquête auprès de vingt pays qui conclut⁵⁵ à la convergence des Etats sur la taxation des établissements stables à la source et sur l'approche de l'entité distincte (c'est-à-dire avec comptes séparés). L'étude conclut également que l'approche de répartition forfaitaire des profits est limitée à une minorité de situations. Cette conclusion due au représentant américain T.-S. Adams⁵⁶ a été critiquée par Stanley Langbein⁵⁷, qui y voit la cause d'un malentendu fondamental sur la pertinence du principe de pleine concurrence. Toujours est-il que les répondants à ce premier sondage mentionnent la possibilité que les comptes des entités recèlent des omissions, et font état, pour les corriger, de méthodes empiriques, soit une détermination « *par comparaison avec la rémunération d'entreprises locales conduisant des affaires similaires* »⁵⁸ traduisant une pratique assez répandue de rectification fondée sur un principe de comparaison.

⁵⁴ Tout en laissant de côté l'épineuse question de l'assimilation organique de la filiale à un établissement stable.

⁵⁵ Comité fiscal de la Société des Nations, Rapport au Conseil sur les travaux de la deuxième session du comité - 22-31 mai 1930, C.340.M.140.1930.II.

⁵⁶ Cf. COLLIER, Richard, ANDRUS, Joseph L., *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle after BEPS*, Oxford University Press, 2017, note 101.

⁵⁷ LANGBEIN, Stanley, I., *The Unitary Method and the Myth of Arm's Length*, Tax Notes 30, pp. 625-633, 1986.

⁵⁸ Cf. COLLIER et ANDRUS, *op. cit.* p. 29.

A l'occasion d'une mission que lui confie le comité fiscal de la SDN, Mitchell B. Carroll approfondit ces travaux, considérant qu'aucun effort d'harmonisation n'est envisageable sans aborder « *la tâche de synthétiser aussi loin que possible les principes sous-jacents aux différents systèmes et les méthodes de taxation des principales sources de revenus* »⁵⁹. L'objectif du représentant américain devient ainsi de créer un modèle de convergence, ce qui implique de résoudre les grandes questions de résidence et de source, ainsi que d'attribution des revenus. Le rapport qu'il remet en 1933 mentionne l'idée d'une rectification des bénéfices soustraits à l'impôt, dans le cadre international, sur la base d'une référence à la pratique des entreprises indépendantes, à l'image des législations alors en vigueur aux Etats-Unis⁶⁰, au Canada et en Autriche, ces deux dernières faisant d'ailleurs une référence directe aux prix et pratiques de marché comparables⁶¹. Par ailleurs, en l'absence même de référence aux prix de transfert⁶², le sujet de la répartition des profits faisant intervenir des établissements stables mettait en cause les concepts pertinents pour la question. Mitchell B. Carroll, qui manque de matériau dans les réponses des gouvernements et la jurisprudence, analyse les pratiques des 35 pays sous revue et les classe en trois catégories⁶³ : l'approche de l'entité distincte, la répartition forfaitaire, et « d'autres méthodes empiriques ».

Cette classification est généralement regardée comme le point de divergence entre le principe de pleine concurrence, encore informel, et ses alternatives de répartition forfaitaire des bénéfices. L'approche de l'entité distincte, la plus répandue, comporte en effet l'obligation pour les établissements stables de produire des comptes séparés, et elle implique la possibilité d'une correction des comptes si les transactions négociées avec le siège ne sont pas conclues à des conditions financières normales. De façon complémentaire, les méthodes de détermination empiriques supposent la comparaison des revenus de l'établissement stable avec ceux des entreprises similaires. Le modèle de convention de la SDN de 1933 généralise sur ces bases la méthode de l'entité distincte, généralisation reprise ensuite dans les modèles

⁵⁹ CAROLL, Mitchell B., *Taxation of Foreign National Enterprises*, Vol. IV : *Methods of Allocating Taxable Income*, Société des Nations - Genève, 1933, p. 14, cité par COLLIER, Richard, ANDRUS, Joseph L., *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle after BEPS*, Oxford University Press, 2017, note 110.

⁶⁰ Section 45 du United States Revenue Act de 1932.

⁶¹ COLLIER et ANDRUS, *op. cit.*, p. 56 : en cas de difficulté, l'administration autrichienne réunissait un panel d'experts issus du secteur, à l'exclusion des concurrents directs. La pratique autrichienne de rectification rejoint, selon les auteurs, celle de nombreux autres pays.

⁶² Le sujet est absent de la Conférence de Genève de 1928 réunie en matière fiscale sous l'égide de la SDN et qui a débouché sur le premier modèle de convention d'élimination des doubles impositions. Il est traité indirectement dans le cadre de l'article 5, au travers de la répartition des bénéfices entre la société et l'établissement stable.

⁶³ CAROLL, Mitchell B., *Taxation of Foreign National Enterprises*, Vol. IV : *Methods of Allocating Taxable Income*, Société des Nations - Genève, 1933, pp. 37-46, cité par COLLIER, Richard, ANDRUS, Joseph L., *op. cit.*

de convention de Mexico, en 1943, et de Londres en 1946, qui confirment tous deux l'application de ce principe pour les filiales comme pour les établissements stables. Le mouvement est parachevé dans le modèle de convention de l'OCDE en 1977, suivi du premier rapport sur les Prix de transfert et les entreprises multinationales, en 1979, puis du rapport *Transfer Pricing and Multinational Enterprises: Three Taxation Issues*, de 1984. L'actualisation du modèle de convention en 1992 donne lieu à la publication compilée du modèle et des commentaires du comité des affaires fiscales. Dans la même logique, les rapports en matière de prix de transfert sont alors consolidés dans une version de 1995⁶⁴, puis actualisés régulièrement jusqu'aux éditions de 2010 et de 2017 sur lesquelles nous appuierons nos travaux.

A la lumière de ces travaux préparatoires, nous sommes conduits à distinguer dans l'énoncé conventionnel du principe de pleine concurrence deux composantes :

- la première concerne les relations entre l'administration et le contribuable, et porte sur la production des comptes et leur éventuel redressement. Cette composante se retrouve, au sein de l'article 9 § 1 des conventions modèles, dans la phrase « *peuvent être inclus dans les bénéfices de cette entreprise et imposés en conséquence* », et opère un renvoi au droit national en matière de fixation précise des conditions de rectification. Nous appellerons cette composante « principe de rectification » ;

- la seconde composante du principe touche aux relations entre les entreprises liées, et prévoit que les conditions économiques et financières des transactions qu'elles nouent entre elles sont à déterminer, selon l'article 9 § 1, par comparaison avec celles « *qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes* ». Cette deuxième composante constitue la référence de pleine concurrence et comprend d'emblée un principe d'observation et un principe de détermination théorique (« *seraient* » convenues), qui peuvent avoir des conséquences différentes au regard du principe de rectification.

La nature et les implications du principe de rectification comme de la référence de pleine concurrence devront donc, dans le cadre de notre étude, être déterminés au regard d'un éventuel principe de pleine concurrence universel, sur l'existence duquel la référence à un principe théorique figurant dans le libellé de l'article 9 § 1 nous fournit une indication. Un tel principe se situe d'emblée en dehors du droit positif que fournit le texte conventionnel et sa

⁶⁴ *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*.

transposition dans les ordres normatifs internes, et va même au-delà de la présentation « graphique »⁶⁵ qu'en donne Mitchell B. Carroll, qui évoque une relation d'équidistance des rapports économiques selon qu'ils s'établissent entre indépendants ou au sein d'un groupe.

Pour conforter l'hypothèse d'un principe de pleine concurrence universel, nous remarquons aussi que le dédoublement de l'article 9 § 1 en deux composantes, à savoir un principe de rectification et une référence de pleine concurrence, implique qu'il doit exister un plan normatif au niveau duquel ces deux composantes doivent s'unifier. A défaut d'une telle unification théorique, on ne pourrait concevoir de règle univoque de pleine concurrence traduisant l'intention harmonisatrice de Mitchell B. Carroll et de ses collègues du comité fiscal de la SDN. Or, les travaux préparatoires exposés ci-avant montrent que cette intention est capitale et traduit la recherche de règles fiscales n'entravant pas le libre-échange. Le principe de pleine concurrence universel, envisagé comme principe de neutralité fiscale, exprime ainsi une forme d'intention des auteurs de l'ordre fiscal international des prix de transfert, sur la base d'une intuition géniale vieille de presque cent ans, mais toujours vivace.

Relation entre la norme universelle et le droit positif

La difficulté immédiate que fait naître notre distinction entre un principe de rectification et une référence de pleine concurrence est que, ramenées sur le terrain du droit fiscal, ces deux composantes n'ont aucune raison de converger pour former ensemble un principe unique. Au contraire tout concourt à les séparer. D'abord, le principe de rectification est essentiellement domestique alors que la référence de pleine concurrence est essentiellement extraterritoriale. Ensuite, le principe de rectification tend vers l'équilibre entre l'Etat et le contribuable alors que la référence de pleine concurrence vise l'équilibre entre les entreprises. Enfin, le principe de rectification qui justifie l'approche d'entité distincte suppose l'identification préalable du juste bénéficiaire⁶⁶, alors que la référence de pleine concurrence est le lieu où se détermine ce juste bénéficiaire⁶⁷ : ces deux lieux se situent dans deux plans différents, comme le montre l'emploi du présent et du conditionnel, respectivement, dans les deux membres de l'article 9 § 1 qui désignent ces deux lieux.

⁶⁵ Pour reprendre le mot de Mitchell B. Carroll qualifiant la première apparition de la formule « *at arm's length* ».

⁶⁶ « *les bénéficiaires qui ... 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* ».

⁶⁷ « *des conditions convenues ou imposées, qui diffèrent de celles qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes* ».

Dans ce contexte, il faut examiner si les prévisions de cet article ont pour référence le principe de pleine concurrence universel ou simplement un agrégat de deux principes noués ensemble. En raison de notre remarque précédente, nous opterons pour la première réponse au prix d'un détour théorique qui nous paraît conforme à l'esprit de Mitchell B. Carroll, de ses collègues, et de leurs continuateurs. En effet, si le principe de pleine concurrence universel se définit intrinsèquement comme un principe de neutralité pour les échanges, il est possible de pousser cette définition jusqu'à son terme en le définissant comme le principe de neutralité en soi, et pour autant comme une source suffisante de régulation des prix de transfert.

Problématique et plan

Nos trois hypothèses permettent de définir la problématique de la régulation des prix de transfert en relation avec le droit de cette matière. Il s'agit en effet de se demander si le principe universel de pleine concurrence, entendu comme le principe de neutralité de l'impôt à l'égard des échanges économiques internationaux, peut suffire à organiser une régulation équilibrée pour les entreprises et pour les États.

Pour examiner cette question, nous devons décomposer le raisonnement.

Dans une première partie, nous analyserons la portée du principe de pleine concurrence en droit positif, c'est-à-dire sa traduction sous forme d'un principe de rectification en référence à une norme de pleine concurrence. Cette analyse nous conduira à l'intérieur du droit national et nous mènerons notre étude en référence au droit fiscal français. Nous découvrirons alors une régulation des prix de transfert limitée à sa dimension coercitive, sinon répressive⁶⁸, puisque visant simplement à la rectification fiscale sans égard pour la détermination des comportements économiques souhaités.

Au cours de la seconde partie, nous remonterons au principe de pleine concurrence, notamment par l'analyse des lignes directrices de l'OCDE dans leur version incluant les premiers résultats du plan BEPS, pour en examiner les implications en matière de régulation des prix de transfert.

⁶⁸ Dans ses conclusions sur l'affaire de Section SA Vetter, le commissaire du gouvernement Laurent Vallée écrit : « Nous pensons que la sœur française doit, pour échapper à l'application de l'article 57 du CGI qui réprime les transferts de bénéfice ». - Cf. CE n° 255918 du 8 juin 2005, Section, SA Vetter, rapp. Fabre, concl. Vallée : RJF 8-9/05 n° 893, concl. L. Vallée BDCF 8-9/05 n° 108.

PREMIERE PARTIE. LA RECTIFICATION DES TRANSFERTS DE BENEFICES

A l'occasion d'un rapport remis au Premier Ministre fin 2012, l'Inspection générale des Finances relevait que, tout comme la France, l'Allemagne, le Canada et les Etats-Unis avaient adopté une législation succincte qui, sans reprendre le texte de l'article 9 § 1, prévoyait la possibilité de rectifications fiscales en présence de transactions liées tarifées de manière différentes à celles entre sociétés indépendantes⁶⁹. En revanche, les Pays-Bas et le Royaume-Uni opéraient un renvoi direct au principe de pleine concurrence voire aux lignes directrices de l'OCDE⁷⁰.

Au-delà de cet échantillon, nous pouvons schématiquement distinguer deux groupes d'Etats⁷¹. Pour le premier groupe, la formulation de l'article 9 § 1 et les méthodes de détermination des prix de transfert figurent expressément dans la législation, comme règle ou référence légale expresse, exclusive ou préférentielle. L'insertion expresse ou non dans la législation a été généralement effectuée depuis le début la fin des années 1990 ou le début des années 2000. On classe dans ce premier groupe l'Afrique du Sud, l'Allemagne (depuis 1972), l'Argentine, l'Australie, la Belgique, le Canada, le Chili, la Chine, la Corée du Sud, l'Egypte, les Etats-Unis, Hong-Kong, l'Inde, l'Irlande, l'Italie, le Japon, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la République tchèque, le Royaume-Uni, la Russie, Singapour, la Suède et le Venezuela. Corrélativement, il n'y a pas de transposition expresse du principe de l'article 9 § 1 au Brésil, au Chili, en Espagne, en France, en Malaisie, au Mexique, en Suisse, en Thaïlande et en Turquie.

On peut débattre du caractère exact de la transposition en droit national du principe de pleine concurrence et des méthodes de détermination des prix de transfert de l'OCDE. A cet égard, le choix de codifier à l'identique en droit interne une disposition calquée sur les stipulations de l'article 9 § 1 des conventions modèles peut fournir une indication, mais des

⁶⁹ Inspection générale des Finances, *Rapport de la mission de comparaison du contrôle des prix de transfert*, 2012 : cf. Article 1 de la loi sur la fiscalité internationale de la République fédérale d'Allemagne, § 247 (2) de la loi sur l'impôt sur le revenu du Canada, section 482 de l'internal Revenue Code des Etats-Unis.

⁷⁰ Au Pays-Bas, l'article 8b de la loi relative à l'impôt sur les sociétés codifie le principe de pleine concurrence. Au Royaume-Uni, la quatrième partie du Taxation International and Other Provisions Act prévoit un article 147 qui codifie le principe de pleine concurrence et un article 164 qui opère une référence explicite aux lignes directrices de l'OCDE.

⁷¹ Nous nous appuyons sur la compilation de l'IBFD : *Transfer Pricing Features of Selected Countries 2012*, IBFD, 2012.

dispositions d'effet équivalent peuvent exister. Par ailleurs, la règle de l'article 9 § 1 peut ne pas figurer dans la législation et constituer néanmoins une ligne directrice de l'administration opposable aux services de contrôle fiscal. Enfin, et surtout, la mention, même expresse, des stipulations de l'article 9 § 1 n'a de sens que si les juridictions internes en garantissent l'application aux contribuables, ce qui est plus délicat lorsque ce principe constitue une référence non exclusive de détermination des profits intra-groupes, et que la garantie des droits par le juge est imparfaite.

Dans ce contexte, il faut noter qu'en France la référence au principe de pleine concurrence figure, de même que le recours au cinq méthodes de détermination des prix de transfert, dans les instructions qui commentent les dispositions de l'article 57⁷² du Code général des impôts (CGI) et le dispositif d'accords préalables de prix de transfert introduit au 7° de l'article L. 80 B du Livre des procédures fiscales (LPF)⁷³ ; de sorte que le contribuable peut opposer au service les prévisions des lignes directrices de l'OCDE en matière de prix de transfert, mais que l'administration fiscale ne peut directement s'en prévaloir⁷⁴.

S'agissant du périmètre, le transfert de bénéfice au sens de l'article 57 a lieu par voie de majoration ou de diminution des prix d'achat ou de vente ou par tout autre moyen : on ne saurait mieux dire, *a priori*, que toute détermination du bénéfice effectuée par l'administration fiscale, et conduisant à un écart positif entre le bénéfice qui aurait dû être enregistré et le bénéfice déclaré, peut donner lieu à une rectification. Il en va ainsi lorsque le transfert s'effectue au travers du prix des transactions menées intra-groupes, mais aussi par tout autre moyen c'est-à-dire, par exemple, au travers d'opérations économiques conduisant indirectement une entité à supporter des charges excessives ou à enregistrer des produits insuffisants au sens des dispositions du 1 de l'article 38 du CGI relatif à la définition du produit imposable en référence au résultat comptable. De façon équivalente, il apparaît que des transferts de bénéfices peuvent être identifiés à l'occasion d'écritures de bilan affectant indirectement la variation d'actif net entre deux exercices, c'est-à-dire le bénéfice déterminé conformément au 2 de ce même article 38. Tel est le cas si une entité est conduite à inscrire à son passif des dettes, des amortissements ou des provisions étrangers à sa gestion, ou à se priver de l'inscription de créances qui lui reviennent.

⁷² DB 4 A-1211 du 9 mai 2001, reprise au BOFIP : BOI-INT-DG-20-40 : Les prix de transfert, BOI-BIC-BASE-80-10-10 : Transferts indirects de bénéfices.

⁷³ Instr. 4 A-8-99 du 23 septembre 1999 et 4 C-2-05 du 24 février 2005, reprises au BOFIP : BOI-SJ-RES-20-10 à BOI-SJ-RES-20-30.

⁷⁴ En application des dispositions des articles L. 80 A et L. 80 B du LPF.

Ainsi envisagé de façon théorique, le dispositif de l'article 57 présente une extension maximale en ce qui concerne la cause du transfert, sous la seule réserve qu'un lien direct existe entre cette cause et sa manifestation économique. Dès lors en effet qu'une variation entre le bénéfice théorique et le bénéfice observé est identifiée, et que cette variation se rattache à une origine économique ou à une détermination juridique claire, la rectification a lieu. Si le rattachement n'est pas possible, il n'y a pas matière à redressement de l'assiette imposable ; mais si un rapport de cause à effet existe entre une situation économique et une variation de bénéfice, l'administration est fondée à notifier une rectification fiscale sans égard pour le caractère délibéré ou fortuit du transfert.

C'est ici que se trouve le point de convergence entre la notion de transfert de bénéfices et la question des prix de transfert : dans les deux cas, il s'agit d'embrasser une totalité de situations sans exception, sous la seule réserve de désigner du même mouvement une opération et sa contrepartie financière. Tel est le sens apparent de la précision apportée par le dernier alinéa de l'article 57, permettant de calculer la rectification par comparaison avec d'autres entreprises lorsque la situation ne permet pas de disposer d'éléments précis.

L'objet de la présente partie est de mesurer l'étendue réelle de cette convergence entre le principe de rectification des transferts de bénéfices et le principe de pleine concurrence.

Notre hypothèse est que la législation des prix de transfert est organisée en France autour d'un principe de rectification c'est-à-dire, non pas avec une visée large de régulation de tous les prix de transfert, mais dans une logique de limitation de la liberté de gestion par une prérogative de redressement, strictement encadrée, donnée à l'administration. Il nous semble en effet que, pour les acteurs du système fiscal français, le principe de pleine concurrence n'est qu'un concept médiat sur le chemin d'un arbitrage entre leurs intérêts financiers concurrents : c'est ce dernier qui est la fin ultime de l'introduction des références à la pleine concurrence. En d'autres termes, les entreprises peuvent certes recourir à ces références à titre facultatif ; mais, en droit positif français, le sens du principe de pleine concurrence est épuisé par le risque de rectification fiscale. De même, l'administration et le juge ne s'intéressent aux racines concurrentielles de l'article 57 que dans la mesure des cas litigieux qui leur sont soumis.

Dans cette perspective l'article 57, qui donne l'apparence de converger vers le principe de pleine concurrence universel, s'en éloigne en fait de manière tendancielle.

Afin d'examiner cette hypothèse, nous étudierons dans un premier titre le principe de rectification des transferts de bénéfice en droit français. Dans un second titre, nous examinerons la référence employée par notre droit pour déterminer l'assiette des rectifications.

TITRE 1. LE PRINCIPE DE RECTIFICATION

Traditionnellement, l'impôt sur les sociétés repose en France sur une base territoriale. On trouve un exemple de cette règle dans une affaire franco-algérienne jugée en 1974⁷⁵. En l'espèce, toutefois, les provisions en litige se rattachaient à des sommes dues par une filiale en Algérie à titre d'avances en compte courant consenties pour lui éviter la déconfiture. Le Conseil d'Etat admet donc la déduction, selon une logique de déductibilité des abandons de créance commerciaux sur laquelle nous reviendrons⁷⁶.

Ce principe de territorialité est étroitement soudé depuis l'origine avec la question du contrôle, par l'administration, de la répartition des profits entre les sociétés et leurs établissements à l'étrangers. De plus, cette liaison étroite mobilise la notion de normalité tout en ressemblant à un test de pleine concurrence⁷⁷. L'article 57 introduit par la loi du 31 mai 1933 reprend ce même triptyque : rectification, test de comparabilité, test de normalité.

L'article 57 est donc doublement particulier par sa pérennité et par son degré de généralité. Ce sont ces traits qui lui confèrent une place centrale dans le dispositif de rectification des transferts de revenus (chapitre 1) et les conditions d'emploi qui l'accompagnent (chapitre 2).

⁷⁵ CE n° 85191 du 20 novembre 1974. : *lorsqu'une société dont le siège est en France exerce hors de France une activité industrielle ou commerciale distincte, il n'y a pas lieu de tenir compte, pour la détermination de ses bénéfices imposables en France, des variations de l'actif net imputables à des événements ou opérations qui se rattachent à l'activité exercée hors de France* ».

⁷⁶ *Ibid.* : « que la charge ainsi acceptée par la société requérante sans y être juridiquement tenue n'a pas néanmoins le caractère d'une libéralité ou d'un acte de gestion anormal dès lors qu'en protégeant les intérêts de ceux qui avaient fait confiance à sa filiale, la société mère sauvegardait son propre renom bancaire tant en Algérie qu'en France ; qu'ainsi les provisions constituées en vue de faire face à une telle charge sont justifiées dans leur principe ».

⁷⁷ Cf. TURQ, André, *La situation des étrangers vis-à-vis des impôts français sur le revenu (impôts cédulaires et général)*, Thèse pour le doctorat présentée devant la faculté de droit de Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1935. : « L'impôt frappe, en principe, la totalité des bénéfices réalisés par les établissements exploités en France, mais ces bénéfices seulement... En ce qui concerne les bureaux d'achats, les usines de fabrication, bureaux d'études et autres organismes analogues, le bénéfice imposable correspond aux profits que réaliseraient les établissements considérés s'ils étaient autonomes et accomplissaient leurs opérations pour le compte de tiers. On l'obtient en retranchant les frais généraux effectifs du montant des commissions qui leur seraient alors normalement versées (Dans ce sens, arrêts du Conseil d'Etat des 18 décembre 1931, R.O. 5742, et 4 mars 1932 ».

CHAPITRE 1. LE SENS DU DISPOSITIF DE RECTIFICATION

La fiscalité des prix de transfert se situe à l'intersection de la législation fiscale internationale et de la fiscalité des groupes. L'article 57 du CGI constitue un dispositif spécifique dans chacun des ces deux ensembles normatifs : du point de vue des règles d'assiette de la fiscalité internationale, les dispositions de l'article 57 se caractérisent par leur objet direct et général ; du point de vue de la fiscalité des groupes, ces mêmes dispositions présentent une certaine originalité née de la notion de lien de dépendance. Notre hypothèse dans le cadre du présent chapitre sera donc que ce dispositif constitue l'axe central de la régulation des prix de transfert en France.

A la date de rédaction de la présente étude, l'article 57⁷⁸ du CGI comporte quatre alinéas. Le premier alinéa comprend les deux dispositions les plus importantes pour notre propos⁷⁹. Il organise, d'une part, la possibilité d'une rectification fiscale en matière de transfert de bénéfices à l'intérieur d'un groupe, défini par la notion de lien de dépendance. Il précise, d'autre part, que le transfert de bénéfices peut avoir lieu soit par voie de majoration ou de diminution des prix d'achat ou de vente, soit par tout autre moyen. Cette disposition est complétée par le quatrième alinéa, qui s'y rattache, en ce qu'il permet l'évaluation des

⁷⁸ Il s'agit de l'article 57 modifié en dernier lieu par l'article 19 de la loi n°2014-891 du 8 août 2014 : « Pour l'établissement de l'impôt sur le revenu dû par les entreprises qui sont sous la dépendance ou qui possèdent le contrôle d'entreprises situées hors de France, les bénéfices indirectement transférés à ces dernières, soit par voie de majoration ou de diminution des prix d'achat ou de vente, soit par tout autre moyen, sont incorporés aux résultats accusés par les comptabilités. Il est procédé de même à l'égard des entreprises qui sont sous la dépendance d'une entreprise ou d'un groupe possédant également le contrôle d'entreprises situées hors de France. La condition de dépendance ou de contrôle n'est pas exigée lorsque le transfert s'effectue avec des entreprises établies dans un Etat étranger ou dans un territoire situé hors de France dont le régime fiscal est privilégié au sens du deuxième alinéa de l'article 238 A ou établies ou constituées dans un Etat ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A.

En cas de défaut de réponse à la demande faite en application de l'article L. 13 B du livre des procédures fiscales ou en cas d'absence de production ou de production partielle de la documentation mentionnée au III de l'article L. 13 AA et à l'article L. 13 AB du même livre, les bases d'imposition concernées par la demande sont évaluées par l'administration à partir des éléments dont elle dispose et en suivant la procédure contradictoire définie aux articles L. 57 à L. 61 du même livre.

A défaut d'éléments précis pour opérer les rectifications prévues aux premier, deuxième et troisième alinéas, les produits imposables sont déterminés par comparaison avec ceux des entreprises similaires exploitées normalement ».

⁷⁹ La troisième disposition est de moindre importance pour notre étude. Prévue au deuxième alinéa, elle étend la possibilité de rectification ouverte au premier alinéa, même en l'absence de lien de dépendance, en cas de transfert au bénéfice d'une entité objet d'un régime fiscal privilégié. La quatrième disposition figure au troisième alinéa et contient une disposition de procédure, en vertu de laquelle l'administration recourt à la procédure de rectification contradictoire en utilisant les informations économiques dont elle dispose. Nous y reviendrons au chapitre 2 du présent titre.

produits imposables par comparaison, à défaut d'éléments précis⁸⁰. Le transfert ainsi visé est un transfert indirect, par opposition au transfert direct effectué dans le cadre d'une distribution opérée après paiement de l'impôt en France. Le transfert indirect correspond donc à la notion de revenus réputés distribués au sens des articles 108 à 117 du CGI, ce qui explique que l'article 57 soit un terrain d'interrogation non seulement en matière d'impôt sur les sociétés, mais aussi en matière de retenue à la source pour autant que les conventions internationales permettent de telles retenues en assimilant les revenus réputés distribués à des dividendes⁸¹.

Ainsi envisagé, le régime de l'article 57 pose deux questions. La première concerne le caractère général de l'article en matière de transfert indirect de bénéfices : puisqu'il couvre théoriquement la totalité des prix de transfert, il s'agit de se demander quelle place cet article occupe dans le dispositif légal (Section 1). Une fois cette place définie, il conviendra d'examiner l'objet de l'article 57, notamment au regard de l'objectif de lutte contre l'évasion fiscale (Section 2).

⁸⁰ « *A défaut d'éléments précis pour opérer les rectifications prévues aux premier, deuxième et troisième alinéas, les produits imposables sont déterminés par comparaison avec ceux des entreprises similaires exploitées normalement* ».

⁸¹ *V. a contrario* CE, n°190 083 du 13 décembre 1999, Banque française de l'Orient, RJF 12/99, n°1587, concl. J. Arrighi de Casanova p.938.

SECTION 1. PLACE DU DISPOSITIF DE RECTIFICATION

Nous étudierons dans cette section la place du dispositif de l'article 57 dans le droit interne (§ 1) et au regard des traités internationaux (§ 2).

§ 1. PLACE DE L'ARTICLE 57 DANS LA LEGISLATION

L'article 57 autorise l'administration à rectifier le transfert de bénéfices par une entreprise française à une entreprise étrangère liée à elle par une relation de dépendance. Il implique d'identifier une relation de dépendance directe entre les deux entités, et non simplement leur commune dépendance à l'égard d'une tierce entreprise⁸². L'article 57 se caractérise donc comme expression d'un principe de rectification des transferts de revenu (A) et des relations entre les entreprises (B).

A. Un principe de rectification des transferts de revenu à l'étranger

Décrire la législation française applicable à la fiscalité internationale constituerait une étude en soi dans laquelle nous ne prétendons pas nous engager. Cette législation s'articule avec les conventions fiscales bilatérales en vue de la répartition des revenus imposables entre l'Etat de résidence et l'Etat de source, et comporte donc des règles d'imposition des non-résidents au titre des revenus de source française ainsi que, symétriquement, des règles de prise en compte des revenus de source étrangère au travers de mécanismes d'élimination des doubles impositions. Les mesures susceptibles d'entrer en ligne de compte dans la régulation des prix de transfert se rangent essentiellement dans la première catégorie, à laquelle on peut rattacher notamment les dispositions de l'article 57. La législation fiscale comprend en outre de nombreuses spécifications des règles de pur droit interne destinées à prendre en compte les engagements internationaux de la France, par exemple des restrictions de champ d'application applicables aux mesures qui sont susceptibles d'affecter les libertés de circulation du marché communautaire. Toutefois, en l'absence de norme européenne ou internationale applicable directement à la matière des prix de transfert, ces spécifications revêtent, pour notre propos, un caractère périphérique.

⁸² Aux termes du 12 de l'article 39 du CGI, « des liens de dépendance sont réputés exister entre deux entreprises : / a- lorsque l'une détient directement ou par personne interposée la majorité du capital social de l'autre ou y exerce en fait le pouvoir de décision ; / b- lorsqu'elles sont placées l'une et l'autre, dans les conditions définies au a, sous le contrôle d'une même tierce entreprise ».

1. Distinction au regard des dispositifs anti-ajournement

Il convient tout d'abord de distinguer les dispositions de l'article 57 de celles de l'article 209 B⁸³, applicables en matière de relations entre une société française et sa filiale étrangère bénéficiant d'un régime fiscal privilégié⁸⁴. Dans ses conclusions sur l'affaire Schneider Electric, à l'occasion de laquelle étaient en cause ces dernières, le commissaire du gouvernement Stéphane Austry leur oppose les dispositifs destinés à éviter le transfert de revenus à l'étranger, dont procède l'article 57⁸⁵. Le régime de l'article 209 B appartient en effet à la classe des dispositifs relatifs aux dividendes des sociétés étrangères contrôlées⁸⁶, à laquelle on peut aussi rattacher son équivalent pour les personnes physiques codifié à l'article 123 bis du CGI⁸⁷. Il tend à garantir que les revenus formés à l'étranger dans un tel véhicule feront l'objet de distributions au profit de la société domestique⁸⁸. A cette fin, l'article 209 B précise le fait générateur de l'impôt, qui a lieu le premier jour du mois suivant la clôture de

⁸³ Issu à l'origine de la loi de finances pour 1980, l'article 209 B du CGI se présente comme un article d'extra-territorialité prévoyant que, lorsqu'une personne morale assujettie à l'impôt sur les sociétés possède dans sa dépendance une entité étrangère soumise à un régime fiscal privilégié, les bénéfices ou revenus positifs de cette entreprise ou entité juridique sont imposables à l'impôt sur les sociétés.

⁸⁴ L'article 209 B s'applique « *lorsqu'une personne morale établie en France et passible de l'impôt sur les sociétés exploite une entreprise hors de France ou détient directement ou indirectement plus de 50 % ... dans une entité juridique... établie ou constituée hors de France et que cette entreprise ou entité juridique est soumise à un régime fiscal privilégié au sens de l'article 238 A, les bénéfices ou revenus positifs de cette entreprise ou entité juridique sont imposables à l'impôt sur les sociétés. Le taux de détention ... est ramené à 5 % lorsque plus de 50 % des ... droits ... de l'entité juridique établie ou constituée hors de France sont détenus par des entreprises établies en France qui, dans le cas où l'entité étrangère est cotée sur un marché réglementé, agissent de concert ou bien par des entreprises qui sont placées directement ou indirectement dans une situation de contrôle ou de dépendance au sens de l'article 57 à l'égard de la personne morale établie en France* ».

⁸⁵ Concl. S. Austry BDCF 10/02 n° 120 : « *Dans toutes ces hypothèses, les dispositifs anti-évasion mis en place par le législateur ont pour objectif d'éviter le transfert à l'étranger, en vue d'éviter l'impôt français, de sommes qui sont normalement taxables en France* ».

⁸⁶ En anglais : « *Controlled Foreign Companies* ».

⁸⁷ L'article 123 bis du CGI prévoit que « *1. Lorsqu'une personne physique domiciliée en France détient directement ou indirectement 10 % ... dans une entité juridique ... établie ou constituée hors de France et soumise à un régime fiscal privilégié, les bénéfices ou les revenus positifs de cette entité juridique sont réputés constituer un revenu de capitaux mobiliers de cette personne physique... 3. Les bénéfices ou les revenus positifs mentionnés au 1 sont réputés acquis le premier jour du mois qui suit la clôture de l'exercice de l'entité juridique... L'impôt acquitté localement sur les bénéfices ou revenus positifs en cause par l'entité juridique est déductible du revenu réputé constituer un revenu de capitaux mobiliers de la personne physique... 4 bis. Le 1 n'est pas applicable, lorsque l'entité juridique est établie ou constituée dans un Etat de la Communauté européenne, si l'exploitation de l'entreprise ou la détention des actions, parts, droits financiers ou droits de vote de cette entité juridique par la personne domiciliée en France ne peut être regardée comme constitutive d'un montage artificiel dont le but serait de contourner la législation fiscale française* ».

⁸⁸ Concl. S. Austry BDCF 10/02 n° 120 : « *Les dispositifs dits CFC, dont relève l'article 209 B du CGI, même s'ils peuvent conduire dans certains cas à permettre la taxation dans l'Etat qui a institué le dispositif de sommes transférées de cet Etat à l'étranger, reposent sur une philosophie différente. Ils prévoient que les résidents d'un Etat qui sont actionnaires de sociétés étrangères contrôlées ou dominées sont passibles de l'impôt sur les bénéfices réalisés par la société étrangère, à hauteur de la participation qu'ils y détiennent, alors même que ces bénéfices n'auraient pas été effectivement distribués par la société étrangère et que les actionnaires ne les ont donc pas appréhendés. Il s'agit alors non pas d'éviter le transfert de bénéfices ou de revenus à l'étranger, mais le non-rapatriement de revenus provenant d'activité menée à l'étranger, et qui seraient thésaurisés dans des structures, qualifiées généralement de sociétés écrans, contrôlées par les résidents de l'Etat mais situées dans un Etat ou un territoire où elles sont soumises à un régime fiscal privilégié* ».

l'exercice de l'entité juridique étrangère, et permet l'imputation de l'impôt payé localement sur la cotisation de la société contrôlante (ainsi que l'imputation des éventuelles retenues à la source résultant du rapatriement dans le droit de l'autre Etat)⁸⁹.

L'existence de tels régimes dans le système fiscal vise un objectif spécifique, consistant à prévenir le différé illimité de l'imposition des produits de participations à l'étranger⁹⁰. Le fait que l'article 209 B du CGI précise le régime d'imposition et l'élimination des doubles impositions par un pur mécanisme de droit interne montre qu'en principe, la détermination de l'assiette de cet impôt ne pose pas de problème. Il ne s'agit donc pas de concourir directement à la régulation des prix de transfert intervenant dans la formation du résultat de la filiale mais de prévenir les abus. Le régime ne s'applique d'ailleurs pas dans le cadre de l'Union européenne⁹¹ et comporte une clause de sauvegarde qui permet de le neutraliser lorsque l'assujetti démontre que les opérations de l'entité étrangère ont principalement un objet et un effet autres que de permettre l'assujettissement des revenus concernés à un régime fiscal privilégié. Cette condition est réputée remplie notamment lorsque l'entité exerce principalement, sur le territoire concerné, une activité industrielle ou commerciale.

L'article 209 B du CGI est ainsi réservé aux montages artificiels dont le but serait de contourner la législation française. Montages artificiels et d'ailleurs grossiers : dans l'affaire LifeStand Vivre Debout, une société suisse de peu de substance mais dans laquelle l'entreprise française avait pris soin de ne pas détenir 50% du capital n'a pu faire l'objet d'une

⁸⁹ L'article 209 B dispose que « le bénéfice de l'entreprise ou le revenu de capitaux mobiliers mentionné au 1 est réputé acquis le premier jour du mois qui suit la clôture de l'exercice de l'entreprise ou de l'entité juridique établie ou constituée hors de France... L'impôt acquitté localement par l'entreprise ou l'entité juridique, établie hors de France, est imputable sur l'impôt établi en France, à condition d'être comparable à l'impôt sur les sociétés ».

⁹⁰ Concl. S. Austry BDCF 10/02 n° 120 : « C'est la raison pour laquelle les Anglo-saxons décrivent généralement les régimes CFC comme des dispositifs qui ont pour objet de lutter contre "l'ajournement illimité" de la charge fiscale qui devrait normalement être supportée par les produits de participation détenus par des actionnaires résidents... les instruments traditionnels de lutte contre le transfert de bénéfices ne sont pas efficaces pour traiter des cas d'ajournement de la charge fiscale, ce qui explique qu'un nombre croissant d'Etats se soient dotés d'une législation de ce type ».

⁹¹ Afin d'assurer la compatibilité des libertés de circulation garanties par le droit communautaire, l'article 209 B n'est pas applicable si l'entité contrôlée est établie ou constituée dans un Etat de la Communauté européenne.

rectification⁹², alors que la situation décrite dans la décision du Conseil d'Etat nous apparaît à la limite de la fictivité⁹³.

La mise en œuvre de l'article 209 B suppose ainsi un cumul de conditions et y échapper se révèle aisé, surtout si la filiale est constituée dans un Etat depuis lequel l'échange de renseignement est compliqué⁹⁴. Il en résulte que l'article 209 B est un dispositif rare, mis en œuvre au plus quelques fois par an, et souvent pas du tout.

2. Distinction au regard des autres dispositifs sur les transferts de revenus

Les dispositions de l'article 57 du CGI se rapprochent de celles prévues aux articles 155 A, 238 A, et 212 du même code en ce qu'elles ont également pour fonction d'éviter le transfert de revenus vers un autre Etat. La différence est que l'article 57 permet à l'administration fiscale d'incorporer au bénéfice en France tous les bénéfices transférés au travers d'une majoration ou d'une diminution des prix d'achat ou de vente vers des entités non-résidentes, ainsi que les avantages équivalents à de telles majorations ou minorations. Les trois autres dispositifs, spécifiques à certaines situations, peuvent être regardées comme une variante de cette règle, dans le cas d'une interposition injustifiée d'un acteur entre l'entité française et l'entité étrangère (art. 155 A), dans le cas de versements à des entités bénéficiant à l'étranger d'un régime fiscal privilégié (art. 238 A), ou encore dans le cas d'une sous-capitalisation intra-groupe (art. 212).

L'article 155 A organise ainsi le rattachement à la France d'activités de services fautivement imputées à un opérateur étranger contrôlé, dépourvu d'activité propre, ou soumis

⁹² En l'espèce, la société LifeStand Vivre Debout (LSVD) exerçait une activité de conception, fabrication et commercialisation de « fauteuils verticalisateurs » pour personnes handicapées ou à mobilité réduite. Elle avait conclu un contrat de distribution exclusif avec la société de droit suisse LifeStand International SA (LSI) chargeant cette dernière de la distribution des produits LifeStand.

⁹³ Cf. CE n° 372097 du 15 avril 2016, Sté Lifestand Vivre Debout, rapp. J. Anfruns, concl. E. Bokdam-Tognetti. Dans sa décision, le Conseil d'Etat relève, s'agissant de la société LSI partenaire de la requérante, « qu'elle était établie en Suisse à une adresse de domiciliation sans qu'aucun loyer afférent à des locaux commerciaux ne figure dans sa comptabilité au titre de 2004, en deuxième lieu, que l'essentiel des fonctions confiées à la société LSI continuaient à être exercé par la société LSVD, qui conservait la maîtrise de la production des documents relatifs aux actions de promotion de la société LSI ainsi que le développement de son site internet et, enfin, que le gérant de la société LSVD exerçait en fait la direction et le contrôle de la société LSI ».

⁹⁴ *Ibid.* Dans l'affaire Lifestand Vivre Debout, l'applicabilité de l'article 209 B du CGI aurait été *a priori* envisageable, si effectivement LSI ne se livrait qu'à des activités mineures, pour autant que le service aurait été en mesure de démontrer les liens capitalistiques entre les deux sociétés et sous réserve que le Canton suisse d'immatriculation de la société LSI eût pratiqué un taux d'IS faible. Mais visiblement, l'administration considérait que LSI se livrait tout de même à des activités sur son marché local, ou bien que, sur ce marché, elle n'était pas soumise à un régime fiscal privilégié, ou encore que, en l'absence d'information fiable obtenue de l'administration helvétique concernant le lien capitalistique entre les deux entités, l'article 209 B n'offrait pas de base légale stable.

à un régime fiscal privilégié⁹⁵. Le cœur de la disposition est constitué par le fait que l'une de ces trois conditions doit être remplie ; de sorte que, comme nous l'avons observé en matière d'application des dispositions de l'article 209 B du CGI, la question de l'assiette de taxation des services en cause est secondaire. La même remarque vaut en ce qui concerne les dispositions de l'article 212⁹⁶, qui forment un dispositif de prévention des sous-capitalisations fixant un seuil maximal de déduction des charges financières. Leur modification depuis 2016 est indifférente à cet égard⁹⁷ : dans ce cas également, la détermination du seuil de déduction

⁹⁵ Issu de la loi de finances pour 1980, l'article 155 A du CGI a pour objet d'éviter le transfert à un bénéficiaire soumis à un régime fiscal privilégié de sommes correspondant à des prestations de services qui auraient dû être taxées en France, soit qu'elles soient fournies par un résident français, soit qu'elles correspondent à des services rendus en France. L'article 155 A du CGI dispose en effet :

« I. Les sommes perçues par une personne domiciliée ou établie hors de France en rémunération de services rendus par une ou plusieurs personnes domiciliées ou établies en France sont imposables au nom de ces dernières :

-soit, lorsque celles-ci contrôlent directement ou indirectement la personne qui perçoit la rémunération des services ;

-soit, lorsqu'elles n'établissent pas que cette personne exerce, de manière prépondérante, une activité industrielle ou commerciale, autre que la prestation de services ;

-soit, en tout état de cause, lorsque la personne qui perçoit la rémunération des services est domiciliée ou établie dans un Etat étranger ou un territoire situé hors de France où elle est soumise à un régime fiscal privilégié au sens mentionné à l'article 238 A.

II. Les règles prévues au I ci-dessus sont également applicables aux personnes domiciliées hors de France pour les services rendus en France.

III. La personne qui perçoit la rémunération des services est solidairement responsable, à hauteur de cette rémunération, des impositions dues par la personne qui les rend ».

La disposition centrale de l'article figure au I : « Les sommes perçues par une personne domiciliée ou établie hors de France en rémunération de services rendus par une ou plusieurs personnes domiciliées ou établies en France sont imposables au nom de ces dernières ». Il s'agit d'une disposition de territorialité permettant l'assujettissement en France de produits inscrits dans les comptes d'une entité non résidente qui est soit contrôlée par l'entité française assujettie, soit dépourvue de réelle activité industrielle et commerciale, ou encore soumise à un régime fiscal privilégié. Le II élargit le dispositif en le rendant applicable même si l'entité assujettie n'est pas une personne établie en France, ce qui signifie que seule la matière des services réalisés en France est déterminante pour l'assujettissement. Le III prévoit une solidarité au paiement de l'impôt, mise à la charge de l'entité non résidente mise en cause ».

⁹⁶ L'article 212 du CGI limite le droit à déduction des charges financières pour les entreprises comprises dans un groupe au sens du 12 de l'article 39 du même code. La limitation des intérêts déductibles est effectuée en référence au taux prévu au premier alinéa du 3° du 1 du même article 39 ou, s'il est supérieur, d'après le taux que l'emprunteur aurait pu obtenir d'établissements ou d'organismes financiers indépendants dans des conditions analogues. La déduction est subordonnée à la preuve, par l'entité débitrice, « que l'entreprise qui a mis les sommes à sa disposition est, au titre de l'exercice en cours, assujettie à raison de ces mêmes intérêts à un impôt sur le revenu ou sur les bénéfices dont le montant est au moins égal au quart de l'impôt sur les bénéfices déterminé dans les conditions de droit commun ». Lorsque le prêteur est un établissement financier, cette dernière condition ne s'applique que s'il existe un lien de dépendance entre l'entité prêteuse et l'emprunteur, à moins que le prêteur soit établi sur le territoire d'un Etat ou territoire non coopératif. Cette disposition a été introduite par la loi de finances pour 2014.

⁹⁷ Le II de l'article, introduit par l'article 40 n° 2015-1786 du 29 décembre 2015 et applicable depuis le 1^{er} janvier 2016, prévoit une autre référence de limitation des intérêts servis par une entreprise à l'ensemble des entreprises liées. S'il dépasse 150 000 €, ce montant ne peut être supérieur simultanément à une fois et demie le montant des capitaux propres, à 25 % du résultat courant avant impôts avant service de la dette contractée auprès des entités liées et avant amortissement et de certains loyers de crédit-bail, et le montant des intérêts reçus des entités liées. La fraction d'intérêts non déductibles sur ce fondement est reportable, sous réserve d'une décote de 5% appliquée à l'ouverture de chacun des exercices du report. Ce plafonnement ne s'applique pas aux intérêts correspondant à des opérations de financement réalisées dans le cadre d'une convention de gestion centralisée de la trésorerie d'un groupe par l'entreprise chargée de cette gestion centralisée, ou à des opérations de financement de crédit-bail. Des règles particulières s'appliquent lorsque le prêt est garanti par une sûreté. Une clause de sauvegarde est prévue au III de l'article 212, si l'entreprise apporte la preuve que le ratio d'endettement du groupe auquel elle appartient est supérieur ou égal à son propre ratio d'endettement au titre de l'exercice. Le ratio d'endettement de l'entreprise correspond au rapport existant entre le

prime sur celle de la fixation d'un montant de charges économiquement acceptable, de sorte que l'article ne constitue pas à titre principal un dispositif de régulation des prix de transfert au sens où nous l'avons définie⁹⁸. Il s'agit en revanche d'une excellente illustration de la dialectique entre une jurisprudence libérale des prix de transfert et la multiplication des normes anti-abus⁹⁹.

Le constat vaut enfin, quoique dans une moindre mesure, en ce qui concerne les dispositions de l'article 238 A du CGI, qui imposent aux entités résidentes de France de prouver le caractère normal ou non exagéré des charges correspondant au paiement de certaines prestations rendues par un opérateur bénéficiant à l'étranger d'un régime fiscal privilégié¹⁰⁰. Certes, la clause de renversement de la charge de la preuve aboutit en théorie à un débat sur l'assiette des charges. Mais le cœur de l'article porte sur la détermination du

montant total de ses dettes et le montant de ses capitaux propres. Le ratio d'endettement du groupe correspond à une version consolidée de ce même ratio.

⁹⁸ L'examen de la jurisprudence sur les transferts de bénéfices et l'acte anormal de gestion nous éclairera sur les motifs d'introduction de cette nouvelle mesure. Avant sa réforme, l'article 212 était d'une utilité très limitée pour les services fiscaux, en raison de ses conditions très restrictives de mise en œuvre. La relative vacuité de l'article avait conduit à reporter sur l'article 57 les espoirs de l'administration d'encadrer les sous-capitalisations manifestes. La jurisprudence n'ayant pas facilité ce travail, le législateur introduit une limitation par seuil.

⁹⁹ V. pour une théorie de cette dialectique et des illustrations : TUROT, Jérôme, *La liberté de gestion des entreprises entre enfer et paradis (et plus près de l'enfer)*, Droit fiscal n° 27/2017, étude 378, 2017. Dans cet article, l'auteur doute que la liberté de gestion gagne réellement à la jurisprudence Monte Paschi, qui a certes fait légèrement reculer le domaine de l'acte anormal de gestion, mais qui intervient au cours d'une période marquée par la multiplication des dispositions anti-abus et donc un recul global de la liberté de gestion.

¹⁰⁰ L'article 238 A est issu d'une loi du 27 décembre 1973 et a été modifié fin 2009, lors de la mise en œuvre de la législation sur les Etats et territoires non coopératifs. Il constitue un dispositif de correction des bénéfices transférés vers des Etats ou territoires pratiquant un régime fiscal privilégié et concerne, de façon générale, les intérêts et les redevances versées à raison de la cession ou de la concession d'éléments incorporels. Plus précisément, l'article vise « les intérêts, arrérages et autres produits des obligations, créances, dépôts et cautionnements, les redevances de cession ou concession de licences d'exploitation, de brevets d'invention, de marques de fabrique, procédés ou formules de fabrication et autres droits analogues ou les rémunérations de services ». Le champ d'application matériel des dispositions de l'article 238 A est limité au périmètre des charges ainsi visées, ainsi qu'à la situation où ces charges sont directement payées par une entité française « à des personnes physiques ou morales qui sont domiciliées ou établies dans un Etat étranger ou un territoire situé hors de France et y sont soumises à un régime fiscal privilégié ». Il conditionne la déduction de ces charges à la condition que le débiteur « apporte la preuve que les dépenses correspondent à des opérations réelles et qu'elles ne présentent pas un caractère anormal ou exagéré ». La condition est durcie en ce qui concerne les intérêts et redevances versés à des entités situées sur le territoire d'un Etat ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A du CGI. Dans ce cas, l'entité qui prétend opérer la déduction doit en plus prouver « que les opérations auxquelles correspondent les dépenses ont principalement un objet et un effet autres que de permettre la localisation de ces dépenses dans un Etat ou territoire non coopératif ».

régime fiscal privilégié¹⁰¹ dont la preuve revient à l'administration¹⁰² et, plus récemment, sur la qualification d'Etat ou territoire non coopératif.

En définitive, seules les dispositions de l'article 57 peuvent fournir, par leur caractère général, un outil d'orientation de l'assiette des prix de transfert. Les conditions strictes entourant les autres mesures étudiées en font des dispositifs à part et peu usités. Ils permettent de corriger des situations limites, souvent abusives, qui peuvent trouver un point d'articulation avec les schémas d'optimisation des prix de transfert ; mais ils ne peuvent concourir qu'à la marge à l'assiette de ces derniers. Leur intérêt pour la régulation des prix de transfert tient tout entier dans le fait qu'ils existent, puisque leur apparition dans la panoplie traduit une prise de conscience des insuffisances du droit commun, et la tentation du recours à des mesures anti-abus ou dirigistes. L'apparition des dispositions des articles 155 A et 238 A au début des années 1980, le développement de mesures ciblant les juridictions non coopératives à partir de 2009, ou encore la réforme des règles de déduction des charges financières intra-groupes en 2014, révèlent la difficulté à appréhender les flux économiques dans la mondialisation et la créativité des montages.

Il s'agit donc de symptômes d'une régulation déficiente de ces flux par le seul principe de rectification.

B. Un principe de rectification des relations fiscales entre les entreprises

Le dispositif de l'article 57 du CGI constitue un mécanisme d'assiette autonome. Par exemple, l'administration peut tenter de remettre en cause le prix obtenu par une société liée à l'occasion de ventes à des tiers, en estimant que la société contribuable aurait obtenu un meilleur prix si elle avait effectué la vente elle-même¹⁰³. Une telle critique ne porte que sur l'assiette et ne prétend aucunement que l'interposition d'une société liée serait fictive.

¹⁰¹ Dans sa rédaction actuelle, l'article précise que « *les personnes sont regardées comme soumises à un régime fiscal privilégié dans l'Etat ou le territoire considéré si elles n'y sont pas imposables ou si elles y sont assujetties à des impôts sur les bénéfices ou les revenus dont le montant est inférieur de plus de la moitié à celui de l'impôt sur les bénéfices ou sur les revenus dont elles auraient été redevables dans les conditions de droit commun en France, si elles y avaient été domiciliées ou établies* ». A l'origine, et pour l'application de l'impôt entre le 1er juillet 1979 et le 1er janvier 1982, le régime fiscal privilégié était constitué lorsque les entités bénéficiaires n'étaient pas imposables ou étaient soumises dans leur Etat « *à des impôts sur les bénéfices ou les revenus notablement moins élevés qu'en France* ».

¹⁰² V. par exemple CE n° 49847 du 25 janvier 1989, 9e et 8e s.-s., Société Hempel Peintures Marine France, rapp. Dulong, concl. Ph. Martin. Le Conseil d'Etat avait jugé que « *en se bornant à faire valoir qu'au Danemark le taux de l'impôt sur les sociétés serait de 37 %, le ministre chargé du budget ne justifiait pas* » d'un tel régime.

¹⁰³ CE n° 401491 du 29 mai 2017, SAS Galerie Ariane A..., 8e et 3e chambres réunies, rapp. L. Petitdemange, concl. R. Victor. L'administration avait réintégré au résultat la différence entre le produit d'une vente aux enchères de lots et le prix qui avait été facturé lors des cessions intervenues pour ces mêmes lots entre février et juillet 2007. Le Conseil

1. L'autonomie juridique du transfert de bénéfices

On trouve dans la décision de section Boutique 2M¹⁰⁴ un exemple de la distinction des bases légales de rectification que constituent l'article 57 et l'acte anormal de gestion ainsi que leur apparente divergence en matière de dévolution de la preuve.

Dans cette affaire étaient en cause à la fois la normalité de frais supportés par une société, au titre des déplacements de l'une de ses associés à l'étranger¹⁰⁵, et la déductibilité de commissions versées à un fournisseur lié¹⁰⁶. Une telle configuration permet de distinguer de façon assez pure les deux bases légales : ainsi, les dépenses de voyage d'une personne se présentaient comme anormales par nature ; tandis que la déduction de commissions concernait les relations économiques avec un fournisseur. Mais, puisque l'acte anormal de gestion peut concerner des omissions de produits et non simplement des charges exagérées, il présente au fond le même degré de généralité que l'article 57 en matière de rectification du bénéfices.

La rédaction de la décision Boutique 2M distingue bien les deux considérants de droit relatifs aux deux redressements, sans formuler de considérant de principe commun. Le redressement sur les frais de voyage est confirmé, tandis que celui sur les commissions fait l'objet d'un dégrèvement¹⁰⁷. La distinction de l'article 57 et de l'acte anormal de gestion se prolonge au travers du fait que l'administration peut faire jouer entre elles la substitution de base légale¹⁰⁸ et solliciter, par exemple, la requalification en acte anormal de gestion d'un acte regardé auparavant comme transfert de bénéfice¹⁰⁹. Une telle substitution est admise pour

d'Etat rejette toutefois cette manière de procéder. Commet ainsi une erreur de droit la cour qui, pour fixer la valeur vénale des lots litigieux, en l'absence d'éléments relatifs au caractère inhabituel qu'aurait revêtu le taux de marge pratiqué par la société Galerie Ariane A... à l'occasion des ventes de gré-à-gré effectuées en février et juillet 2007 au regard du taux de marge observé lors de ventes de gré-à-gré récentes et comparables, à se référer au prix obtenu pour ces lots lors d'une vente aux enchères unique et qui... présentait au surplus un caractère exceptionnel.

¹⁰⁴ CE Section n° 50020 du 27 juillet 1988, SARL Boutique 2M, rapp. Turquet de Beauregard, concl. O. Fouquet.

¹⁰⁵ La société, qui exerçait le commerce de vêtements, avait porté en frais de voyage des dépenses de déplacement en Suède d'une associée. L'administration avait estimé qu'il s'agissait là d'un acte anormal de gestion.

¹⁰⁶ La société avait également versé à la société Hennes-Mauritz Ab, son unique fournisseur, des commissions de 6% puis 7%, que l'administration avait regardées comme représentatives d'un transfert de bénéfices au sens de l'article 57.

¹⁰⁷ Les frais de voyage effectués en Suède à des fins privées par l'associée, de nationalité suédoise, employée comme vendeuse, sont regardés comme un acte anormal de gestion faute pour la société d'apporter la preuve de son intérêt à avoir exposé les charges correspondantes. Les commissions, en revanche, sont regardées comme la contrepartie d'un soutien effectif apporté par la société Hennes-Mauritz AB, qui facturait ses marchandises à prix coûtant sous réserve des seuls frais de transport, ce qui représentait une contrepartie commerciale « *au moins équivalente* ».

¹⁰⁸ CE n° 68799, 70814, Sovemarco-Europe, 9e et 8e s.-s., rapp. Fabre, concl. Ph. Martin, publiée au recueil Lebon.

¹⁰⁹ Le fichage de la décision Sovemarco-Europe au recueil Lebon précise : « *Avantages équivalents à un transfert de bénéfice à l'étranger (article 57 du C.G.I.) - Requalification en acte anormal de gestion d'une imposition fondée sur l'article 57 du C.G.I. - Recevabilité de la demande de substitution de base légale (sol. impl.)* ».

autant qu'elle ne prive pas le contribuable des garanties de la procédure d'imposition¹¹⁰. En particulier, si la procédure de rectification contradictoire est utilisée, alors il appartient toujours à l'administration, soit en amont du litige, soit devant le juge, d'apporter l'argument décisif¹¹¹.

La relation entre l'acte anormal de gestion et le transfert de bénéfices est toutefois plus complexe qu'il n'y paraît, et relativise la distinction formelle de ces deux bases légales.

2. L'acte contraire à la gestion normale

L'apparition de la théorie de l'acte anormal de gestion est communément située dans un arrêt du 7 juillet 1958¹¹², qui consacre à la fois le principe de liberté de gestion¹¹³ et sa limite¹¹⁴. Depuis les développements célèbres du Président Racine dans ses conclusions relatives à l'affaire SA Renfort Service¹¹⁵, on regarde un tel acte comme une acclimatation fiscale de l'acte non conforme à l'intérêt social¹¹⁶. Hors de la sphère fiscale, le principe de liberté de gestion est formulé à l'article 1848 du Code civil¹¹⁷. Cette liberté s'exerce en regard du but lucratif de la société défini à l'article 1832 du même code¹¹⁸ et il est donc possible de

¹¹⁰ V. par ex. entre les articles 238 A et 57 : CE n° 49847 du 25 janvier 1989, 9e et 8e s.-s., Société Hempel Peintures Marine France, rapp. Dulong, concl. Ph. Martin.

¹¹¹ A noter que, à l'époque de la décision Boutique 2M, la charge de la preuve pouvait être renversée par un avis favorable de la commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires. Cette règle a été abandonnée suite aux travaux de la commission Aycardi et au renforcement des garanties du contribuable par la loi.

¹¹² CE, 8ème sous-sect. 7 juillet 1958, n° 35977, Dr. Fisc. 1958, n° 44, comm. Dupont, p. 938.

¹¹³ « *Le contribuable n'est jamais tenu de tirer des affaires qu'il traite le maximum de profits que les circonstances lui auraient permis de réaliser* ».

¹¹⁴ Au travers du critère de la dépense exposée « *dans un intérêt commercial étranger à l'entreprise* ».

¹¹⁵ RACINE, Pierre-François, *Concl. sous CE n° 34588 du 27 juillet 1984, SA Renfort service* : Dr. Fisc. n° 11/1985, comm. 596. 1985 ; RJF 10/84 p. 562. L'acte anormal de gestion est défini comme « *un acte accompli dans l'intérêt d'un tiers par rapport à l'entreprise ou qui n'apporte à cette dernière qu'un intérêt minime hors de proportion avec l'avantage que le tiers peut en tirer* ».

¹¹⁶ *Ibid.* : « *une entreprise... a pour objet la recherche et le partage de bénéfices. Tout acte qu'elle accomplit pour réaliser cet objet est présumé effectué dans son intérêt propre. Toutefois à cet intérêt social, l'une des notions fondamentales du droit des sociétés, certains actes ou opérations peuvent apparaître contraires. Il est alors possible à ceux qui prétendent ainsi s'immiscer dans la gestion de l'entreprise de demander au juge commercial la nullité de ces actes et le cas échéant au juge pénal d'en réprimer l'auteur si l'acte anormal peut être qualifié de délit, ce qui est le cas par exemple pour l'abus de bien social... Le concept d'acte anormal de gestion est le fruit de l'acclimatation ou de la transplantation en droit fiscal du concept commercial d'acte non conforme à l'intérêt social, mais avec deux différences de taille: seule l'administration peut l'invoquer et elle peut agir d'office* ».

¹¹⁷ Code civil, art. 1848 : « *Dans les rapports entre associés, le gérant peut accomplir tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société. S'il y a plusieurs gérants, ils exercent séparément ces pouvoirs, sauf le droit qui appartient à chacun de s'opposer à une opération avant qu'elle ne soit conclue. Le tout, à défaut de dispositions des statuts sur le mode d'administration. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes* ».

¹¹⁸ Code civil, art. 1832 : « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ».

sanctionner une erreur, conformément aux dispositions de l'article 1833¹¹⁹ qui prévoit une telle correction en cas d'illégalité ou d'acte contraire à l'intérêt social. La particularité du droit fiscal est que seul l'Etat peut faire valoir ses intérêts à faire respecter la recherche de l'intérêt social. Il peut recourir pour ce faire au privilège du préalable. A l'occasion de sa célèbre chronique consacrée à l'acte anormal de gestion¹²⁰, Julie Burguburu défend cette faculté comme un pouvoir destiné à rétablir un équilibre que la liberté de gestion peut rompre à tout moment au détriment de l'intérêt général¹²¹.

Dans ce contexte, la gestion normale constitue un point de référence pour la rectification des assiettes insuffisantes. Le quatrième alinéa de l'article 57, qui prévoit l'exigence d'une comparaison lorsque manquent les éléments précis d'appréciation du transfert, organise cette comparaison avec les produits imposables des entreprises similaires « *exploitées normalement* »¹²². Cette référence figure dès l'introduction de l'article 76 de la loi du 31 mai 1933, qui codifie l'article 20 devenu aujourd'hui article 57, même si les observateurs de l'époque n'y voient pas une référence de rectification¹²³ ou, *a fortiori*, une référence implicite au principe de pleine concurrence¹²⁴.

*

* *

L'article 57 constitue par son caractère général l'outil de régulation privilégié des prix de transfert.

Mais il s'agit d'une régulation par le risque de rectification : la référence de pleine concurrence n'oriente les comportements qu'en fonction de l'arbitrage que les agents peuvent effectuer entre l'avantage de l'optimisation fiscale et le risque de la rectification.

¹¹⁹ Code civil, art. 1833 : « *Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés* ».

¹²⁰ BURGUBURU, Julie, *Acte anormal de gestion : le juge prend-il trop de risques ?*, RJF 4/2007.

¹²¹ *Ibid.* : « *Seule l'administration peut l'invoquer puisqu'il s'agit ici de préserver les intérêts du Trésor et non de l'entreprise elle-même ou, dans le cas de délits, de l'ordre public. A l'inverse des actions civiles ou pénales qui cherchent à limiter un appauvrissement de l'entreprise en se fondant sur un acte anormal de gestion, l'administration refuse la déduction des charges résultant de cet acte qui viendrait diminuer le résultat imposable. Si elle ne pouvait recourir à ce concept, elle serait impuissante face à des variations du résultat non conforme à la réalité de l'exploitation* ».

¹²² CGI, art. 57 : « *A défaut d'éléments précis pour opérer les rectifications..., les produits imposables sont déterminés par comparaison avec ceux des entreprises similaires exploitées normalement* ».

¹²³ TURQ, André, *La situation des étrangers vis-à-vis des impôts français sur le revenu*, Thèse pour le Doctorat présentée et soutenue devant la faculté de droit de Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1935.

¹²⁴ *Ibid.* : L'auteur rend compte du rapport du comité fiscal de la SDN de 1933. Mais comme nous l'avons montré en introduction générale, le principe de pleine concurrence n'est à l'époque pas encore dégagé dans cette enceinte.

Dès lors, si le droit est lacunaire, si les moyens du contrôle fiscal sont insuffisants, ou si la jurisprudence est permissive, le dispositif ne peut fonctionner convenablement puisque les calculs économiques suivent les règles d'une concurrence faussée.

§ 2. SITUATION DE L'ARTICLE 57 AU REGARD DES TRAITES

Le constat introductif au présent paragraphe est marqué par l'observation d'un paradoxe : juridiquement, les conventions internationales n'ont pas d'effet sur les dispositions de l'article 57 en raison du principe de subsidiarité ; mais, en pratique, le recours aux avantages des conventions constitue, pour les groupes multinationaux, un levier habituel de l'optimisation des prix de transfert. Il convient donc de s'interroger sur les relations entre le dispositif de l'article 57 et les traités internationaux.

Cela pose d'abord la question de la compatibilité du dispositif avec les traités (A) ; puis celle de l'influence, en retour, que peuvent avoir les engagements internationaux de la France sur le droit interne (B).

A. Compatibilité avec les traités internationaux

1. Au regard des conventions fiscales bilatérales

La compatibilité des dispositions de l'article 57 avec les conventions fiscales bilatérales comportant des stipulations conformes à l'article 9 § 1 du modèle de l'OCDE fait l'objet d'une jurisprudence bien établie¹²⁵. En effet, de telles conventions prévoient expressément la possibilité pour les Etats de rectifier les transferts de bénéfice intra-groupes. Dans la décision SA Eyquem¹²⁶, la Haute Assemblée écarte le moyen tiré de ce que l'article 57 ne pouvait être appliqué car il entraînait une double imposition économique des bénéficiaires entre la société redressée, à hauteur de la rectification subie, et les sociétés liées, qui avaient fait figurer les bénéfices correspondant dans l'assiette de leur impôt en Belgique, en Italie, en Suisse et en Allemagne¹²⁷.

¹²⁵ CE, Plén., 30 mars 1987, n°52 754, SA Labo Industries, RJF 5/87, n°489, concl. Bruno Martin-Laprade, p. 262 ; V. aussi CE n° 81690, 82782 du 17 février 1992, Sté Carrefour, 9e et 7e s.-s., rapp. Fabre concl. Ph. Martin, publié au recueil Lebon et la RJF 4/92 n° 444. Le Conseil d'Etat confirme l'applicabilité des dispositions de l'article 57 en présence de conventions internationales et en particulier des stipulations rédigées selon le modèle de l'article 9 de la convention de l'OCDE, selon lesquelles, dans le cas d'entreprises ayant entre elles des liens de dépendance, les bénéficiaires qui ont été transférés directement ou indirectement par une entreprise de l'un des Etats contractants à une entreprise de l'autre Etat contractant peuvent être inclus dans les bénéfices de la première entreprise et imposés en conséquence.

¹²⁶ CE n°s 34430, 36880 du 14 mars 1984, SA Eyquem, 7e et 8e s.-s., rapp. Turquet de Beauregard, concl. M.-A. Latournerie, publiée au recueil.

¹²⁷ *Ibid.* : les trois conventions en cause comportent, conformément à l'article 9 du modèle de convention de l'OCDE, des stipulations selon lesquelles les bénéfices qui ont été transférés directement ou indirectement par une entreprise de l'un des Etats contractants à une entreprise de l'autre Etat contractant qui est, comme elle, contrôlée par une autre entreprise, peuvent être inclus dans les bénéfices de la première entreprise et imposés en conséquence. Il est ainsi jugé

2. Au regard du droit de l'Union européenne

De même, les dispositions de l'article 57 sont solubles dans le droit de l'Union européenne¹²⁸, y compris lorsqu'elles conduisent à imposer en France les revenus tirés d'une succursale à l'étranger¹²⁹ portant atteinte à la liberté d'établissement¹³⁰. En effet c'est, dans un tel cas, la comparaison entre l'établissement stable et une filiale française qui place le régime en situation d'atteinte à cette liberté¹³¹. C'est cette comparaison qui manifeste la volonté de l'Etat membre du lieu d'établissement de faire du siège un motif de discrimination

« qu'il résulte clairement de ces stipulations, qui sont applicables en l'espèce, qu'elles permettent à l'administration de l'Etat auquel ressortit une entreprise qui, par sa situation et par ses opérations, entre dans leur champ d'application, d'appliquer la loi fiscale interne ».

¹²⁸ En vertu d'une jurisprudence constante de la Cour de Justice de l'Union européenne, si la fiscalité directe relève de la compétence des États membres, ces derniers doivent toutefois l'exercer dans le respect du droit communautaire (Cf. CJUE C-446/03 du 13 décembre 2005, Marks & Spencer, Rec. p. I-10837, point 29). A cet égard, le Conseil d'Etat juge que les dispositions qui restreignent de façon uniforme la liberté des entités établies en France, à l'image de l'article 57, ne portent pas atteinte à la liberté d'établissement et n'instaurent aucune discrimination prohibée. Selon la décision de Section Banque fédérative du crédit mutuel, *« les stipulations des articles 43 et 56 du traité instituant la Communauté européenne ne font pas obstacle à ce que des sociétés établies en France fassent l'objet d'un régime d'imposition différent, le cas échéant moins favorable que celui de sociétés établies dans d'autres Etats membres »* (CE Section n° 262967 du 17 janvier 2007, Banque fédérative du Crédit mutuel, rapp. J.-C. Hassan, concl. C. Vérot, mentionnée aux tables). En l'espèce, la BFCM demandait l'annulation pour excès de pouvoir de deux instructions fiscales qu'elle estimait contraire à la directive n° 90/435/CEE du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents. Le problème portait sur l'assiette de la quote-part de frais et charges appliquée dans le cadre du régime fiscal des sociétés mères. La société estimait que la combinaison des règles de l'article 216 du CGI et des deux instructions attaquées faisait supporter aux sociétés mères établies en France une quote-part supérieure à celle applicable, sur le fondement de la directive, aux sociétés mères établies dans d'autres Etats membres. Le raisonnement demeure valable après la décision Oy AA (cf. *infra*). Le Tribunal administratif de Paris reproduit par exemple le raisonnement de la décision BFCM en matière d'examen au regard des libertés de circulation et ajoute que, *« par ailleurs, l'article 57 du CGI n'introduit aucune discrimination selon l'Etat dans lequel sont implantées les filiales ayant bénéficié de transferts indirects de bénéfices »* (TA Paris n°s 0309446, 0422396 du 31 décembre 2008, Sté Stallergenes, rapp. S. Janin, concl. Weidenfeld, jugement définitif).

¹²⁹ CE n° 370974 du 9 novembre 2015, Société Sodirep Textiles SA NV, 9e et 10e s.-s., rapp. J.-L. Matt, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon. En matière de droit conventionnel, la société cherchait à se prévaloir des stipulations du a) du 1 de l'article 25 de la convention franco-belge, qui instaure un principe de non-discrimination en prévoyant que *« les nationaux d'un État contractant ne sont soumis dans l'autre État contractant à aucune imposition ou obligation y relative, qui est autre ou plus lourde que celles auxquelles sont ou pourront être assujettis les nationaux de cet autre État qui se trouvent dans la même situation, notamment au regard de la résidence »*. Sur ce point, le Conseil d'Etat marque la différence organique entre l'établissement stable et la société personne morale, en dépit de leur assimilation matérielle, en relevant *« qu'au regard de ces stipulations, la succursale française d'une société belge ne se trouve pas, du point de vue des avances sans intérêts, dans la même situation qu'une filiale française d'une société française »*.

¹³⁰ Selon la Cour de Justice *« la liberté d'établissement, que l'article 43 CE reconnaît aux ressortissants communautaires et qui comporte pour eux l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, dans les mêmes conditions que celles définies par la législation de l'État membre d'établissement pour ses propres ressortissants, comprend, conformément à l'article 48 CE, pour les sociétés constituées en conformité avec la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté européenne, le droit d'exercer leur activité dans l'État membre concerné par l'intermédiaire d'une filiale, d'une succursale ou d'une agence »* (CJUE C-307/97 du 21 septembre 1999, Saint-Gobain ZN, C-307/97).

¹³¹ Sur ce point, le Conseil d'Etat relève *« que l'imposition par la France des bénéfices de la succursale française transférés à la société belge constitue une restriction à la liberté d'établissement et à la liberté de circulation des capitaux garanties par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, dès lors que la situation fiscale d'une société résidant en France et accordant des avantages anormaux à des sociétés entretenant un lien d'interdépendance avec elle et établies dans d'autres États membres est moins favorable que celle qui serait la sienne si elle accordait de tels avantages à des sociétés résidentes entretenant de tels liens »*.

entre opérateurs, motif dont la Cour de Justice juge constamment qu'il ne peut être retenu¹³² et qu'il porte atteinte à la liberté d'établissement¹³³. Dans l'affaire Sodirep Textiles, le Conseil d'Etat reconnaît l'existence de l'atteinte à cette liberté et juge que l'atteinte est proportionnée à la nécessité de sauvegarder la répartition du pouvoir d'imposition entre les Etats membres et de prévenir l'évasion fiscale¹³⁴, objectifs légitimes compatibles avec le traité et relevant de motifs impérieux d'intérêt général¹³⁵.

En revanche, hors du cas des succursales, la fixation par la France, seule ou dans le cadre de traités bilatéraux, de règles relatives aux transferts de bénéfices entre des entités économiques, sans discrimination à raison du siège, constitue une forme de la définition des critères de répartition du pouvoir d'imposer que la Cour de Justice reconnaît aux Etats membres en l'absence d'harmonisation de la fiscalité directe¹³⁶.

B. Autonomie du droit interne

Deux principes régissent la relation entre les dispositions de droit interne et les traités fiscaux internationaux : du point de vue du droit interne, la règle de subsidiarité impose d'examiner le droit interne avant de prendre en compte les limitations qui résultent des

¹³² S'agissant des sociétés, le siège au sens de l'article 48 CE sert à déterminer leur rattachement à l'ordre juridique d'un Etat membre. Selon la Cour de Justice, admettre que l'Etat membre puisse librement appliquer un traitement différent en raison du seul fait que le siège d'une société est situé dans un autre Etat membre viderait de sens l'article 43 CE (CJCE 270/83 du 28 janvier 1986, Commission/France, Rec. p. 273, point 18) Le fait que la société dispose du choix d'établir une succursale dans le même Etat que celui accueillant le siège est à cet égard inopérant (*ibid.*, point 22).

¹³³ Une différence de traitement entre les filiales résidentes en fonction du lieu du siège de leur société mère constitue une restriction à la liberté d'établissement, dès lors qu'elle rend moins attrayant l'exercice de cette liberté par des sociétés établies dans d'autres Etats membres, lesquelles pourraient, en conséquence, renoncer à l'acquisition, à la création ou au maintien d'une filiale dans l'Etat membre qui édicte cette mesure (CJCE C-324/00 du 12 décembre 2002, Lankhorst-Hohorst, Rec. p. I-11779, point 32).

¹³⁴ CE n°370974 du 9 novembre 2015, Sté Sodirep Textiles, rapp. J.-L. Matt, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon : « *que toutefois, la nécessité de sauvegarder la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les Etats membres et celle de prévenir l'évasion fiscale constituent des objectifs légitimes compatibles avec le traité et relevant de raisons impérieuses d'intérêt général ; que la différence de traitement fiscal entre les sociétés résidentes en fonction du lieu du siège des sociétés bénéficiant des avantages en cause est proportionnée par rapport à ces objectifs et propre à garantir leur réalisation de ces objectifs ; qu'elle ne porte donc atteinte, ni à la liberté d'établissement, ni à la liberté de circulation des capitaux* ».

¹³⁵ Cf. CJUE C-231/05 du 18 juillet 2007, Oy AA, Grande Chambre : « *La différence de traitement à laquelle sont soumises les filiales résidentes en fonction du lieu du siège de leur société mère constitue certes une restriction à la liberté d'établissement, dès lors qu'elle rend moins attrayant l'exercice de cette liberté par des sociétés établies dans d'autres Etats membres, lesquelles pourraient, en conséquence, renoncer à l'acquisition, à la création ou au maintien d'une filiale dans l'Etat membre qui édicte cette mesure. Toutefois, au vu de la nécessité de sauvegarder la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les Etats membres et de celle de prévenir l'évasion fiscale, prises ensemble, un tel régime poursuit des objectifs légitimes compatibles avec le traité et relevant de raisons impérieuses d'intérêt général* ».

¹³⁶ Selon la Cour de Justice, en l'absence de mesures d'unification ou d'harmonisation communautaire, les Etats membres demeurent compétents pour définir, par voie conventionnelle ou unilatérale, les critères de répartition de leur pouvoir d'imposition (CJCE C-336/96 du 12 mai 1998, Gilly, C-336/96, Rec. p. I-2793, points 24 et 30).

conventions internationales pour ce droit (1) ; du point de vue du droit international, le principe du for signifie que la qualification juridique des éléments d'imposition s'effectue au regard de la législation interne du pays chargé d'appliquer un traité (2).

1. Le principe de subsidiarité des conventions fiscales internationales

Le principe de subsidiarité se définit par une obligation faite au juge de l'impôt, avant de se prononcer sur l'invocation des stipulations d'une convention fiscale internationale, de vérifier d'abord que des revenus sont bien imposables sur le fondement de la loi interne¹³⁷. Dans une décision de 1975, le Conseil d'Etat casse le jugement avant dire droit par lequel le tribunal administratif se prononçait sur une retenue à la source appliquée entre deux sociétés dans un cadre franco-suisse, faute pour le tribunal d'avoir examiné en premier le moyen tiré de ce que l'une d'elles disposait en France d'un établissement stable, de sorte que le versement s'effectuait dans les limites du territoire national. Le fichage au recueil Lebon¹³⁸ explicite parfaitement ce mode d'emploi¹³⁹. La décision d'assemblée Schneider Electric¹⁴⁰ le confirme solennellement¹⁴¹. L'affaire concernait l'application 209 B du CGI dans le contexte de la convention franco-suisse¹⁴². Le ministre invoquait l'objectif de lutte contre l'évasion

¹³⁷ CE n° 87774 et 91895 du 19 décembre 1975, Chron. B. Martin-Laprade, RJF 2/77 p. 41, Droit fiscal 27/76 comm. 925. Ce principe n'est pas remis en cause par le fait que le Conseil d'Etat admet l'imposition en France des établissements stables en vertu de la règle, posée à l'article 209, selon laquelle sont soumis à l'impôt sur les sociétés les revenus attribués à la France en application d'une convention internationale tendant à l'élimination des doubles impositions, pour autant que de tels établissements constituent bien des entreprises commerciales, industrielles ou artisanales au sens de l'article 34 du CGI - Cf. CE 31 juillet 2009 n° 296471, Sté Overseas Thoroughbred Racing Stud Farms Ltd : RJF 11/09 n° 979 - chronique V. Daumas p. 819, concl. E. Glaser BDCF 11/09 n° 133.

¹³⁸ Rubrique : Annulation d'un jugement avant dire droit par lequel le Tribunal a sursis à statuer et demandé au Ministre des affaires étrangères l'interprétation de ladite convention.

¹³⁹ « *Lorsqu'un contribuable soutient d'une part qu'il est hors du champ d'application de la loi fiscale française, d'autre part que, dans le cas contraire, une convention internationale tendant à éviter les doubles impositions justifierait son exonération, le juge de l'impôt doit d'abord se prononcer sur le premier moyen* ».

¹⁴⁰ CE Ass. n°232276 du 28 juin 2002, ministre c/ SA Schneider Electric, RJF 10/02, n°1080, chron. L. Olléon, p.775s., concl. S. Austray, BDCF 10/02, n°120.

¹⁴¹ Concl. S. Austray, BDCF 10/02, n°120 : le commissaire du gouvernement explicite cette filiation dans ses conclusions : « *le juge de l'impôt, lorsqu'il est saisi d'une contestation portant sur le caractère imposable en France de sommes perçues par un contribuable au regard des stipulations d'une convention internationale doit, avant de s'interroger sur les effets de ces stipulations sur la situation qui lui est soumise, vérifier que ces sommes sont bien imposables en France en vertu de la loi interne* ».

¹⁴² CE Ass. n°232276 du 28 juin 2002, ministre c/ SA Schneider Electric. La société Schneider Electric avait été assujettie à un supplément d'impôt sur les sociétés sur le fondement des dispositions du I de l'article 209 B du CGI, à raison des résultats bénéficiaires de sa filiale suisse Paramer. Le tribunal administratif de Paris avait confirmé ces rappels, puis la cour administrative d'appel de Paris en avait prononcé la décharge en jugeant que les stipulations de la convention franco-suisse d'élimination des doubles impositions du 9 septembre 1966 faisaient obstacle à l'application des dispositions de l'article 209 B. Les dispositions de cet article, par lesquelles le service peut rattacher au résultat d'une entité assujettie en France les bénéfices réalisés sur le territoire d'un autre Etat p apparaissent à la cour contrairement aux stipulations de l'article 7 de la convention franco-suisse, identiques sur ce point à celles de la convention modèle de l'OCDE, en vertu desquelles les bénéfices réalisés par une entreprise sur le territoire d'un Etat partie à la

fiscale que ce traité fait figurer dans son titre, pour faire obstacle à la lettre contraire de l'article 7 relatif aux bénéficiaires, et à l'absence d'autre stipulation de la convention permettant le redressement. La Haute Assemblée recourt alors au principe de subsidiarité, invoqué comme corollaire du principe constitutionnel de primauté des traités¹⁴³, et en vertu duquel une convention fiscale « *ne peut pas, par elle-même, directement servir de base légale à une décision relative à l'imposition* »¹⁴⁴.

Pourquoi un tel principe ? La réponse ne tient ni dans l'articulation entre le droit interne et les traités, ni dans une spécificité du droit fiscal, mais dans l'objet et le contenu positifs des conventions fiscales, trop limités pour permettre une invocation directe dans le litige. Dans la décision Memmi du 17 mars 1993¹⁴⁵, le Conseil d'Etat juge que les conventions fiscales d'élimination des doubles impositions organisent la répartition des compétences des Etats et ont, de ce fait, seulement pour effet de limiter le pouvoir que l'Etat tire de sa souveraineté et manifeste par sa législation interne¹⁴⁶. On retrouve ce raisonnement dans la décision Sovemarco-Europe¹⁴⁷, au sujet de l'article 9 § 1 de la convention modèle, et bien sûr dans la décision Schneider Electric¹⁴⁸. Les conventions fiscales se distinguent à cet égard des traités d'extradition. Ainsi, dans la décision M. Urdiaïn X¹⁴⁹, la Haute Assemblée avait jugé que la convention européenne du 13 décembre 1957 était suffisante pour motiver une extradition¹⁵⁰. D'ailleurs, le principe de priorité du droit interne reste applicable lorsqu'il

convention ne sont imposables que dans cet Etat, sous réserve des bénéficiaires dégagés sur le territoire de l'autre Etat au moyen d'un établissement stable.

¹⁴³ *Ibid.* : « *si une convention bilatérale conclue en vue d'éviter les doubles impositions peut, en vertu de l'article 55 de la Constitution, conduire à écarter, sur tel ou tel point, la loi fiscale nationale, elle ne peut pas, par elle-même, directement servir de base légale à une décision relative à l'imposition* »

¹⁴⁴ Règle dite « de non-aggravation ».

¹⁴⁵ CE n°85 894 du 17 mars 1993, RJF 5/93, n°612, concl. J. Arrighi de Casanova p. 359.

¹⁴⁶ Concl. J. Arrighi de Casanova, RJF 5/93 p. 359 : « *en souscrivant aux clauses d'une telle convention, l'Etat se borne à abandonner une partie du droit d'imposition qu'il tient de la loi interne* ». Dans ce contexte, les conventions fiscales « *ont ceci de particulier qu'elles présentent un caractère subsidiaire : l'autorité supérieure à celle des lois que l'article 55 de la Constitution confère à tout engagement international ne peut jouer que pour autant que la loi est d'abord susceptible de trouver application* ».

¹⁴⁷ V. en ce sens CE n°68 799, 70 814 du 18 mars 1994, SA Sovemarco-Europe, RJF 5/94, n°532, p. 290 et s.

¹⁴⁸ V. Concl. S. Austry, BDCF 10/02, n°120 : A l'inverse des conventions d'extradition, « *les conventions fiscales n'ont pour objet que de faire éventuellement obstacle à l'application de la loi interne* ».

¹⁴⁹ CE n° 122690 du 23 octobre 1991, Urdiaïn Cirizar, rapp. Devys, concl. R. Abraham, rec. Lebon p. 347.

¹⁵⁰ *Ibid.* Le Conseil d'Etat juge que, dès lors que le décret d'extradition « *mentionne que les faits retenus répondent aux exigences de l'article 2 de la convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 et sont punissables en droit français, ... l'omission de la mention des articles du code pénal français et de la loi espagnole définissant et réprimant lesdites infractions ne saurait entacher d'irrégularité ledit décret, lequel est suffisamment motivé* ».

s'agit d'appliquer les dispositions du I de l'article 209, qui soumettent à l'impôt les bénéfices attribués à la France par un traité¹⁵¹.

Il est donc possible que la convention fiscale ait un objet et un contenu plus étendu et serve alors, par elle-même, de support de l'imposition. Tel est le cas dans le contexte de la convention franco-monégasque du 18 mai 1963, comme le montre une décision du 6 juin 1979¹⁵² à l'occasion de laquelle le Conseil d'Etat juge directement applicables les stipulations de cette convention en matière de déduction de charges¹⁵³. La preuve nous paraît d'autant plus nette que, dans cette décision, la Haute Assemblée écarte l'application du critère de dépendance prévu à l'article 57 au profit du critère de dépendance, substantiellement identique, prévu dans la convention¹⁵⁴. De plus, la jurisprudence monégasque est

¹⁵¹ V. en ce sens les conclusions de Stéphane Austray dans l'affaire Interhome : CE n° 224407 du 20 juin 2003, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ société Interhome AG, Section, rapp. S. Vercluyte, concl. S. Austray publiée à la RJF 10/2003, n°1147 : « Mais, précisément, si l'administration est en situation d'invoquer les stipulations de la convention franco-suisse pour fonder l'imposition, c'est que ce n'est qu'indirectement que ces stipulations peuvent la justifier. En effet, les dispositions de l'article 209-I du CGI qui déterminent le champ d'application de l'IS prévoient que les bénéfices passibles de cet impôt en France sont déterminés "en tenant compte ... des bénéfices... dont l'imposition est attribuée à la France par une convention internationale relative aux doubles impositions". Vous vous trouvez donc ici dans une hypothèse où la question de savoir si des revenus sont imposables en France en vertu d'une convention fiscale commande l'application de la loi interne, car c'est sans doute seulement l'attribution à la France par la convention fiscale franco-suisse du droit d'imposer les bénéfices réalisés par la société Interhome AG qui permet de fonder au regard du droit interne leur imposition en France. Il est en effet généralement considéré que des entreprises étrangères qui effectuent en France des opérations par l'entremise de représentants ayant une personnalité distincte de la leur ne peuvent être regardées comme exploitant en France une entreprise au sens de l'article 209 ».

¹⁵² CE n° 7202 du 6 juin 1979 SA X plénière, publié, rapp. Schmeltz, concl. Rivière. La SA X avait confié par contrat à la société Y, dont le siège social était dans la principauté de Monaco, pour une durée de trois ans, la représentation générale pour le secteur Provence-Cote-d'Azur, des appareillages électriques qu'elle fabriquait, moyennant une commission de 3 % calculée sur le chiffre d'affaires réalisé par la société X dans le secteur attribué, et ramenée à 2 % par un avenant en date du 2 octobre 1968. Puis la société X avait acquis le contrôle de la société Y. Le service avait donc remis en cause les commissions versées et pratiqué une retenue à la source sur le fondement de l'article 119 bis 2 du CGI, à raison des revenus réputés distribués à une entité non résidente. Dans sa décision sur cette affaire, le Conseil d'Etat relève qu'aux termes de l'article 8 de la convention fiscale franco-monégasque du 18 mai 1963, « les versements de la nature de ceux visés à l'article 4 effectués par des personnes physiques ou morales imposables en France à des personnes physiques ou morales résidant ou établies à Monaco ne sont admis en déduction des bénéfices imposables pour l'assiette de l'impôt français que dans les conditions prévues audit article 4 ». L'article 4 ainsi visé prévoit que les versements faits à des personnes résidant à Monaco à titre d'honoraires, de redevances, de courtages, de commissions n'ayant pas le caractère de salaires, de droits de propriété littéraire ou artistique, ne sont admis en déduction pour l'assiette de l'impôt « qu'à la double condition : 1. qu'il n'existe aucun rapport de dépendance entre le bénéficiaire et l'entreprise versante, 2. que cette dernière apporte des justifications suffisantes pour établir que l'acte ou l'engagement en vertu duquel ces versements sont effectués est sincère et ne peut être considéré comme dissimulant une réalisation ou un transfert de bénéfice ».

¹⁵³ *Ibid.* : la Haute Assemblée juge ainsi « qu'il résulte clairement de ces stipulations de la convention franco-monégasque qui, régulièrement approuvées et publiées sont directement applicables en l'espèce, que la possibilité, pour une société française, de déduire ... des commissions ... à une société monégasque est subordonnée à la condition qu'aucun rapport de dépendance n'existe entre l'une des deux sociétés et l'autre et que, même en l'absence de tout lien de dépendance, les commissions versées procèdent d'un engagement sincère de la personne morale française et ne dissimulent pas un transfert de bénéfices ». Au cas particulier, le rapport de dépendance étant établi, la Haute Assemblée confirme le rappel, qui repose entièrement, on le voit, sur les stipulations de la convention.

¹⁵⁴ *Ibid.* : « les dispositions de l'article 57 du code général des impôts demeurent étrangères à l'application des dispositions de l'article 4 susmentionné de la convention franco-monégasque, de même que l'article 9 de ladite convention ». En effet, dans le contexte de la convention, l'existence d'un rapport de dépendance entre les deux sociétés suffisait à faire obstacle à la déduction des commissions, que ces dernières présentent ou non un caractère normal.

systématique¹⁵⁵ et consacre, de manière constante¹⁵⁶, l'applicabilité directe des stipulations conventionnelles dans ce cas¹⁵⁷.

2. L'interprétation des conventions et le principe du for

Outre la règle de subsidiarité, l'intérêt de la décision Schneider Electric¹⁵⁸ touche également à la méthode de raisonnement appliquée en matière de définition des termes non clairs d'une convention. La question portait sur la notion de bénéfices, mentionnée à l'article 7 § 1 de la convention¹⁵⁹. Le Conseil d'Etat rappelle que, conformément au principe énoncé à l'article 3 § 2, il appartient à l'Etat chargé d'interpréter la convention pour l'application de

¹⁵⁵ Cf. CE n° 74882 du 17 juin 1992, 7e et 8e s.-s. S.A. Innothéra rapp. V. Roux, concl. M.-A. Hagelsteen, mentionné aux tables du recueil Lebon : « 19-04-02-01-04-082 - Avantages équivalents à un transfert de bénéfice à l'étranger (article 57 du C.G.I.) - Existence - Redevances de marques non justifiées ».

¹⁵⁶ CE n° 74882 du 17 juin 1992, 7e et 8e s.-s. S.A. Innothéra rapp. V. Roux, concl. M.-A. Hagelsteen. Le Conseil d'Etat exclut la déduction de redevances du bénéfices d'une entité française en lien de dépendance avec une entité monégasque, faute pour la société contribuable d'apporter la preuve requise par ces stipulations. La Haute Assemblée relève que, « pour justifier le versement à M. C. des redevances, la société produit, pour chacune des marques, un échange de lettres entre M. C. et elle ». Toutefois, « ces correspondances, si elles contiennent le montant de la redevance due et la date de son versement, ne précisent ni la durée de l'autorisation en cause, ni la zone géographique à laquelle elle s'applique, et ne contiennent aucune disposition relative aux obligations réciproques des parties, au contrôle de l'exécution du contrat et à sa résiliation ». En outre, « Ces échanges de lettres diffèrent substantiellement des contrats que la société, dans des circonstances analogues, passe par ailleurs avec des tiers... Dans ces conditions, la société ne peut être regardée comme justifiant de la sincérité des engagements et de l'absence de dissimulation d'une réalisation ou d'un transfert de bénéfices ».

¹⁵⁷ *Ibid.* Quant aux dispositions applicables, le Conseil d'Etat relève que les stipulations des articles 4 et 8 de la convention fiscale entre la France et Monaco en date du 18 mai 1963 font obstacle à la déduction de redevances mis à la charge d'une société française au profit d'un résident monégasque avec lequel cette société entretient un lien de dépendance. En effet, l'article 8 de cette convention, directement applicable en droit français, stipule que « les versements de la nature de ceux visés à l'article 4 effectués par des personnes physiques ou morales imposables en France à des personnes physiques ou morales résidant ou établies à Monaco ne sont admis en déduction des bénéfices imposables pour l'assiette de l'impôt français que dans les conditions prévues audit article 4 ». Or, l'article 4 stipule de son côté que « les versements faits à des personnes résidant à Monaco à titre d'honoraires, de redevances, de courtages, de commissions n'ayant pas le caractère de salaires, de droits de propriété littéraire ou artistique, ne sont admis en déduction pour l'assiette de l'impôt qu'à la double condition : 1° qu'il n'existe aucun rapport de dépendance entre le bénéficiaire et l'entreprise versante, 2° que cette dernière apporte des justifications suffisantes pour établir que l'acte ou l'engagement en vertu duquel ces versements sont effectués est sincère et ne peut être considéré comme dissimulant une réalisation ou un transfert de bénéfices ». En l'espèce, le pourvoi du contribuable est rejeté dès lors que la qualification de redevance, la qualité respective des deux résidents français et monégasque, et leur lien de dépendance ne font pas de doute, et que, selon l'instruction, « ces redevances dissimulaient la réalisation et un transfert de bénéfices » au sens de l'article 4 de la convention. En effet, « pour justifier le versement à M. X... des redevances en cause, la société requérante produit, pour chacune des deux marques Polygynax et Solubacter, un échange de lettres entre M. X... et elle ; que ces correspondances, si elles contiennent le montant de la redevance due et la date de son versement, ne précisent ni la durée de l'autorisation en cause, ni la zone géographique à laquelle elle s'applique ; qu'elles ne contiennent aucune disposition relative aux obligations réciproques des parties, au contrôle de l'exécution du contrat et à sa résiliation ; que ces échanges de lettres diffèrent substantiellement des contrats que la société, dans des circonstances analogues, passe par ailleurs avec des tiers ; que, dans ces conditions, la société ne peut être regardée comme justifiant de la sincérité des engagements et de l'absence de dissimulation d'une réalisation ou d'un transfert de bénéfices ».

¹⁵⁸ CE Ass. n° 232276 du 28 juin 2002, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Société Schneider Electric, rapp. A. Robineau, concl. S. Austray.

¹⁵⁹ Aux termes de l'article 7 1° de la convention franco-suisse : « Les bénéfices d'une entreprise d'un Etat contractant ne sont imposables que dans cet Etat, à moins que l'entreprise n'exerce son activité dans l'autre Etat contractant par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé ».

sa législation d'en apprécier les termes selon les propres définitions de ce droit¹⁶⁰. La Haute Assemblée juge donc que l'article 7 § 1 opère un renvoi implicite aux dispositions du code général des impôts applicables en matière de bénéfices. Elle en déduit que la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant qu'il y a identité de nature entre les bénéfices d'exploitation de la société suisse et les résultats bénéficiaires de cette même société appréciés, du point de vue du droit interne, pour l'application des règles de l'article 209 B du CGI¹⁶¹.

Comme on le voit, le principe de subsidiarité s'articule avec le principe du for : la priorité du droit interne n'implique pas seulement de déterminer si un revenu est généralement imposable en France, mais aussi d'examiner sa nature¹⁶² en recourant, selon le principe du for, aux définitions du droit interne¹⁶³. Cela permet de trancher le conflit de qualification des revenus entre les deux Etats parties à la convention puisque, alors, l'application en France fait primer la qualification issue du droit interne français¹⁶⁴. Le principe du for implique par exemple qu'une convention fiscale internationale, interprétée à la lumière du but poursuivi par les parties qui l'ont conclue, ne fait pas obstacle à l'introduction, dans la législation nationale, de dispositions réprimant l'abus de droit¹⁶⁵.

¹⁶⁰ Aux termes duquel : « Pour l'application de la convention par un Etat contractant, toute expression qui n'est pas autrement définie a le sens qui lui est attribué par la législation dudit Etat régissant les impôts faisant l'objet de la convention, à moins que le contexte n'exige une interprétation différente ».

¹⁶¹ CE Ass. n° 232276 du 28 juin 2002, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Société Schneider Electric, rapp. A. Robineau, concl. S. Austray : le Conseil d'Etat relève que les dispositions de l'article 209 B organisent une imposition en France des bénéfices d'une entité exerçant sur le territoire d'un autre Etat, en prévoyant que la société française concernée « est soumise à l'impôt sur les sociétés sur les résultats bénéficiaires de la société étrangère ». Il écarte le moyen invoqué par le ministre selon lequel l'imposition pratiquée en application de l'article 209 B équivaut à l'imposition de revenus réputés distribués, et en déduit que l'article 209 B, incompatible avec l'article 7, ne trouve pas davantage de compatibilité avec l'article de la convention relatif à l'élimination des doubles impositions. En effet, ce dernier article conduisait en l'espèce à exonérer de l'impôt en France les bénéfices de la société Paramer, résidente de Suisse et exerçant son activité exclusivement sur le territoire de cet Etat. La Haute Assemblée écarte, sur ce point également, le moyen du ministre, qui soutenait que la double imposition des bénéfices de Paramer entre ses mains propres, en Suisse, puis entre les mains de Schneider, en France, n'entraînait pas dans les prévisions de la convention dès lors qu'il ne s'agissait pas de l'imposition d'un même revenu entre les mains du même contribuable (double imposition économique et non juridique).

¹⁶² Cf. concl. S. Austray BDCF 10/02 n° 120. Le commissaire du gouvernement rappelle que le juge recherche : « d'abord, en vertu du principe de priorité de la loi interne, sous quelle qualification ce revenu est imposable en France ».

¹⁶³ *Ibid.* : « la qualification qui doit être attribuée à ces revenus ne peut se faire de manière autonome par rapport au droit interne ».

¹⁶⁴ CE n°83 461 du 26 février 1992, Malet, RJF 4/92, n°534, concl. O. Fouquet, DF 52/92, c.2459, en matière de jetons de présence considérés comme revenus de capitaux mobiliers en France et comme bénéfices non commerciaux aux Etats-Unis.

¹⁶⁵ CE Plén. n° 396954 du 25 octobre 2017, M. A...E..., M. B...E...et G...C...E...-F..., rapp. Villette, concl. Crépey, publié au recueil Lebon. L'administration avait estimé que l'interposition d'une société luxembourgeoise à l'occasion de l'acquisition d'un bien en France par un résident de France avait pour seul objet d'échapper au prélèvement de l'article 244 bis du CGI. Le Conseil d'Etat donne gain de cause au ministre et juge donc que le dispositif de la convention entre dans le droit qui sert de référence pour l'appréciation d'un abus de droit au sens de l'article L. 64 du LPF : « en jugeant

Notons que ces deux principes, même s'ils concourent à l'application prioritaire du droit interne, résultent tous deux du dispositif des conventions. Pour le principe du for, la source est le § 2 de l'article 3 de la convention modèle, qui codifie une coutume du droit international ; pour le principe de subsidiarité, il s'agit de l'objet de la convention¹⁶⁶. L'articulation entre les deux se situe donc à l'intérieur de la méthode d'interprétation des traités, qui sont considérés après leur ratification comme une composante du droit interne¹⁶⁷. Le juge fait application d'une méthode d'interprétation constante depuis qu'il s'est reconnu compétent en la matière¹⁶⁸ ; cette méthode, désormais consacrée¹⁶⁹, fait une référence directe

que l'interposition de la société luxembourgeoise Partinverd dans l'opération immobilière litigieuse était artificielle et qu'elle n'avait eu d'autre but que de faire échapper la plus-value de cession à toute imposition en France, la cour administrative d'appel de Versailles n'a entaché son arrêt ni de dénaturation, ni d'inexacte qualification juridique des faits ». Il relève en particulier que « Les Etats parties à la convention fiscale franco-luxembourgeoise ne sauraient être regardés comme ayant entendu, pour répartir le pouvoir d'imposer, appliquer ses stipulations à des situations procédant de montages artificiels dépourvus de toute substance économique. Il suit de là qu'en jugeant que l'opération litigieuse était contraire aux objectifs poursuivis par les deux Etats signataires, la cour n'a entaché son arrêt d'aucune erreur de droit ».

¹⁶⁶ Cf. concl. S. Austry BDCF 10/02 n° 120 : « Nous pensons que le ministre soutient à juste titre qu'il faut tenir compte de l'objet des conventions fiscales dans l'interprétation de leurs stipulations, et donc notamment de celles qui fixent leur champ d'application. Ainsi, le texte d'un traité international, même lorsqu'il est clair, doit toujours être interprété compte tenu de son objet... Et comme nous vous l'avons indiqué plutôt, le principe de priorité du droit interne découle directement de la prise en considération de l'objet des conventions fiscales ».

¹⁶⁷ Cf. sur ce sujet : MARTIN, Philippe, GOUTHIERE, Bruno, MARTIN, Philippe, GOUTHIERE, Bruno, *Les conflits de normes : les clauses anti-évasion*, in Actes du colloque du CEFEP du 29 juin 2017 : « Où va la fiscalité internationale ? », Droit fiscal n° 39/2017 étude 471, 2017. Bruno Gouthière estime que l'interprétation du Conseil d'Etat est très favorable à la souveraineté française. Evoquant la décision Schneider Electric, il note : « la façon dont le raisonnement a été conduit a immédiatement inspiré le législateur, qui, pour faire échec à cette décision, a estimé qu'il lui suffisait de modifier la qualification du revenu en droit interne. La simple lecture de la décision du Conseil d'Etat montrait en effet qu'une qualification différente des revenus permettait de rendre compatible l'article 209 B avec les stipulations conventionnelles habituelles. Le législateur a donc réputé que les bénéficiaires de la société étrangère constituaient des revenus de capitaux mobiliers de la société mère française, de sorte que la loi n'impose plus des bénéficiaires étrangers, mais des revenus de capitaux mobiliers français. Remarquable tour de passe-passe qui permet, par le jeu des définitions de droit interne, de contourner une stipulation conventionnelle pourtant explicite ». Philippe Martin admet que le raisonnement du Conseil d'Etat peut donner cette apparence, mais il estime qu'il est bien conforme à la doctrine internationaliste : « à regarder la littérature internationale sur les clauses CFC, il y a bien une distinction entre comment faire avec un CFC du type look through, c'est-à-dire regardant à travers l'entité étrangère, ou du type deemed dividend, la distribution présumée. Si on ne regardait jamais la construction juridique de la fiction interne, cette distinction n'aurait plus aucun sens. Or je constate que beaucoup d'auteurs, en fiscalité internationale, considèrent que cette distinction entre ces deux familles de CFC a une importance ».

¹⁶⁸ CE Ass. GISTI du 29 juin 1990, p.171, concl. R. Abraham, RGDIP 1990, p.807, GAJA, 13^e éd., n°104.

¹⁶⁹ CE Ass. n° 317747 du 9 juillet 2010, Mme Souad C... épouse B..., concl. Dumortier. Le Conseil d'Etat achève de consacrer l'office du juge en matière d'interprétation des traités, en lui rappelant que l'instruction doit lui permettre de recueillir, le cas échéant, les observations des Etats parties : « Considérant qu'aux termes du 14^e alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ; qu'au nombre de ces règles figure la règle pacta sunt servanda, qui implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ; qu'aux termes de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 : Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ; qu'il appartient au juge administratif, lorsqu'est soulevé devant lui un moyen tiré de ce qu'une décision administrative a à tort, sur le fondement de la réserve énoncée à l'article 55, soit écarté l'application de stipulations d'un traité international, soit fait application de ces stipulations, de vérifier si la condition de réciprocité est ou non remplie ; qu'à cette fin, il lui revient, dans l'exercice des pouvoirs d'instruction qui sont les siens, après avoir recueilli les observations du ministre des affaires étrangères et, le cas échéant, celles de l'Etat en cause, de soumettre ces observations au débat contradictoire, afin d'apprécier si des éléments de droit et de fait suffisamment probants au vu de

au principe *Pacta Sunt Servanda* et aux règles du droit international public¹⁷⁰ codifiés aux articles 31 à 33 de la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités entre Etats.

En particulier, l'article 31¹⁷¹ de cette convention prévoit une interprétation « *suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but* ». Le mode d'emploi est par exemple respecté dans la décision Schneider Electric, où le Conseil d'Etat fait primer la lettre du traité sur son but¹⁷². Dans ce contexte, le principe de subsidiarité n'interdit pas la prise en compte des commentaires de l'OCDE comme source d'interprétation de l'intention des parties cocontractantes, c'est-à-dire du but du traité¹⁷³, à condition que ces commentaires soient antérieurs à la stipulation interprétée¹⁷⁴ comme dans le cas franco-britannique examiné à l'occasion de la décision Hayat Publishing

l'ensemble des résultats de l'instruction sont de nature à établir que la condition tenant à l'application du traité par l'autre partie est, ou non, remplie ».

¹⁷⁰ Cf. concl. S. Austrey BDCF 10/02 n° 120 : « vos commissaires du Gouvernement se réfèrent d'ailleurs de plus en plus souvent aux règles rappelées par les articles 31 à 33 de la convention de Vienne pour interpréter les conventions fiscales ».

¹⁷¹ Convention de Vienne : « Article 31 : 1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. 2. Contexte = a) accord entre toutes les parties ou b) accord entre certaines parties accepté par les autres. 3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ; b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ; c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. 4. Un terme sera établi dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties ».

¹⁷² CE Ass. n° 232276 du 28 juin 2002, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Société Schneider Electric : « l'objectif d'élimination des doubles impositions attribué à cette convention fiscale ne saurait justifier une méconnaissance des stipulations susmentionnées au seul motif que l'imposition par la France des bénéficiaires de la société Paramer n'est pas établie au nom de la société suisse mais à celui de sa société mère ». Corrélativement, jugé « qu'à supposer même qu'il soit établi qu'un objectif de lutte contre l'évasion et la fraude fiscales ait été assigné à la convention franco-suisse, cet objectif ne permet pas, faute de stipulation expresse le prévoyant, de déroger aux règles énoncées par cette convention ».

¹⁷³ Cf. concl. S. Austrey BDCF 10/02 n° 120 : « Les commentaires de l'OCDE sous les stipulations correspondantes du modèle de convention fiscale établi par cette organisation, commentaires, qui, comme le rappelait J. Arrighi de Casanova en concluant sous votre décision Banque française de l'Orient du 13 octobre 1999, n°190 083, RJF 12/99, n°1587, concl. publiées p. 938 et s. ne vous lient généralement pas mais constituent néanmoins un guide important pour l'interprétation des conventions fiscales, précisent que ce qu'il est convenu d'appeler les agents dépendants peuvent être des personnes physiques ou des sociétés et ne sont pas tenues d'être résidentes, ni de posséder une installation fixe d'affaires dans l'Etat dans lequel elles agissent pour le compte de l'entreprise ».

¹⁷⁴ Ibid. : « Il n'est d'abord pas du tout évident qu'on puisse considérer que la convention fiscale franco-suisse poursuive, comme le soutient le ministre, un objectif de lutte contre la fraude fiscale. Certes, les commentaires de l'OCDE sur l'article 1er du modèle de convention fiscale précisent que l'application des conventions ne doit pas faciliter l'évasion et la fraude fiscale. Mais ces commentaires ont été formulés bien après la signature de la convention franco-suisse ce qui fait en tout état de cause obstacle à ce qu'il puisse éclairer la portée de cette convention »

du 28 mai 2014¹⁷⁵ ou, plus récemment, dans l'affaire Thermo Electron Holdings¹⁷⁶. Dans ses conclusions sur l'affaire Interhome, Stéphane Austry estime même que des commentaires postérieurs peuvent fournir une indication sur le sens du traité s'ils sont consensuels¹⁷⁷. De même, les lignes directrices de l'OCDE en matière de prix de transfert peuvent servir à l'interprétation des stipulations pertinentes des conventions fiscales¹⁷⁸. Il faut pour cela que ces lignes directrices puissent être regardées comme un matériau directement rattaché au texte conventionnel sous la forme d'une intention conjointe des parties, directement en rapport avec les stipulations litigieuses¹⁷⁹.

Par ailleurs, les principes du for et de subsidiarité donnent au dispositif de l'article 57 une grande autonomie au regard des stipulations conventionnelles, et donc une latitude certaine au législateur s'il s'avisait de revoir les règles de détermination du bénéfice fiscal pour mieux tenir compte, par exemple, des enjeux de la nouvelle économie. Par exemple, l'article 7 des deux modèles de convention, relatif aux bénéfices des entreprises, est à peu

¹⁷⁵ CE n° 360890 du 28 mai 2014, Min. c/ Al Hayat Publishing Company Ltd, 9e et 10e s.-s., rapp. Japiot, concl. C. Legras. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat, qui devait faire application de la convention franco-britannique en matière d'établissement stable, reconnaît la possibilité d'interpréter les stipulations de cette convention à la lumière des commentaires de l'OCDE, en jugeant « *qu'il résulte des stipulations du e du 3 de l'article 4 de la convention précitée, éclairées par les commentaires formulés, antérieurement à l'adoption de ces stipulations, par le comité fiscal de l'Organisation pour la coopération et le développement économique sur le paragraphe 3 de l'article 5 du projet de convention-modèle établi par cette organisation en 1963, dont les termes sont similaires à ceux des stipulations précitées de la convention franco-britannique, qu'un "bureau d'un journal" ne constitue pas un établissement stable* ».

¹⁷⁶ CE n° 392908 du 21 juillet 2017, 9e et 10e chambres réunies, rapp. B. Lignereux, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon : « *Il résulte des stipulations précitées du point b du paragraphe 3 de l'article 25 de la convention fiscale franco-américaine, éclairées par les commentaires adoptés par le comité des affaires fiscales de l'OCDE en 1992, antérieurement à la conclusion de cette convention, et sur lesquels ni la France ni les Etats-Unis n'ont formulé d'observation en sens contraire, qu'elles font obstacle à l'application par l'administration fiscale de l'article 212 du code général des impôts lorsque celle-ci conduit à attribuer à l'emprunteur des bénéfices supérieurs à ceux qui, compte tenu des conditions de l'emprunt, notamment de son taux d'intérêt et de son montant, auraient été réalisés dans une situation de pleine concurrence* ».

¹⁷⁷ Cf. Concl. S. Austry, BDCF 10/03 n° 130 : « *Certes, ces commentaires sont bien postérieurs à la date de conclusion de la convention franco-suisse et ne peuvent par eux-mêmes en éclairer la portée, mais ils n'en constituent pas moins une indication importante de l'interprétation la plus communément admise de ces stipulations* » ; indication et non source d'interprétation, toutefois, ce qui rejoint la doctrine internationaliste selon laquelle l'interprétation à la lumière de sources postérieures suppose généralement qu'il s'agisse de normes entre les parties ou d'indications authentifiées de leur position - Cf. sur ce point ENGELN, Frank, *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, IBFD Doctoral Series, 2004, p. 218 et s.

¹⁷⁸ NICOLAZO DE BARMON, Marie-Astrid, *Contrôle des prix de transfert : opérations financières entre une succursale et son siège, Conclusions du rapporteur public sur CE n° 370974 du 9 novembre 2015, 9e et 10e s.-s., Sodirep Textiles SA-NV*, RJF 2/16 n°121. Examinant la question de savoir si un établissement stable doit percevoir des intérêts à raison d'avances accordées à son siège relevant de la même personne morale, Marie-Astrid de Barmon cite, parmi d'autres arguments, le rapport de l'OCDE du 22 juillet 2010 sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables et note : « *Dans ses commentaires, l'OCDE considère que certains mouvements internes de fonds entre succursale et siège constituent des opérations comptables identifiables à des transactions effectuées entre entreprises indépendantes devant donner lieu au versement d'intérêts. Schématiquement, l'établissement stable doit être rémunéré dans des conditions de marché si le flux financier correspond à l'exercice d'une fonction qui l'expose à des risques et implique une allocation interne adéquate de capitaux propres et d'actifs* ».

¹⁷⁹ Cf. ENGELN, Frank, *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, IBFD Doctoral Series, 2004, p. 481 à 484.

près muet sur la notion de bénéfice et sur les définitions sous-jacentes de produit et de charge¹⁸⁰. Une marge certaine existe donc, à notre sens, si le législateur voulait compléter la définition des règles de construction du résultat imposable, lesquelles reposent, essentiellement, sur l'articulation ancienne, mais assez libre, entre le droit fiscal et les normes comptables¹⁸¹.

*

L'article 57 et, plus généralement, le dispositif français de rectification des transferts de bénéfices ne présente aucun problème de compatibilité avec les normes internationales et, au contraire, une certaine autonomie à leur égard s'il devait faire à l'avenir l'objet de réformes. A défaut de telles réformes, en revanche, il faudrait un effort important de construction de la part du juge pour admettre que les lignes directrices fournissent un commentaire applicable en matière de rectification des transferts de bénéfices, surtout s'il devait s'agir de conforter les vues de l'administration pour asseoir une taxation¹⁸².

*

* *

L'article 9 § 1 n'apporte pas de règle effective en matière de rectification. Le principe du for résultant de la convention interdit en effet de regarder ses stipulations comme donnant aux Etats autre chose qu'une faculté de rectifier les transferts de bénéfices. En droit français, ce principe se prolonge et se renforce par le principe de subsidiarité des conventions fiscales établies selon le modèle de l'OCDE. A ce point du raisonnement, nous pouvons confirmer notre hypothèse selon laquelle le principe de rectification se sépare, en droit positif, de sa

¹⁸⁰ Selon le modèle de convention de l'OCDE, « *les bénéfices qui sont attribuables dans chaque État contractant à l'établissement stable mentionné au paragraphe 1 sont ceux qu'il aurait pu réaliser, en particulier dans ses opérations internes avec d'autres parties de l'entreprise, s'il avait constitué une entreprise distincte et indépendante...* ». Le modèle de l'ONU précise simplement, à titre de principe, que « *sont admises en déduction les dépenses relatives aux fins poursuivies par cet établissement stable, y compris les dépenses de direction et les frais généraux d'administration ainsi enregistrés, soit dans l'État où est situé cet établissement stable, soit ailleurs* ». Ce modèle autorise d'ailleurs l'attribution forfaitaire de revenus à l'établissement stable. Enfin, les deux modèles renvoient à la consultation bilatérale dans les cas de double imposition non réglée par la convention.

¹⁸¹ Cf. BOKDAM-TOGNETTI, Emilie, *Le juge fiscal face à la règle comptable : la connexion fiscal-comptable ne serait-elle, au fond, qu'une forme d'union libre ?*, Revue française de Finances publiques, n°138-04, mai 2017 ; V. aussi notre propre analyse, conduisant à lier le principe de réalisme fiscal au principe de substance comptable : JAUNE, Renaud, *Accounting and Taxation : France*, in GRANDINETTI, Mario (Dir.), *Corporate Tax Base in the Light of the IAS/IFRS and EU Directive 2013/34*, Wolters Kluwer, p. 101 à 114, 2016.

¹⁸² S'il voulait se prêter au jeu d'une telle construction, le Conseil d'Etat devrait dégager le principe selon lequel la signification profonde du principe de pleine concurrence, éclairée par sa pratique, était poursuivie par les parties dès l'origine des traités, et que les lignes directrices, dégagées progressivement par une formulation laborieuse mais consensuelle, ne font qu'exprimer cette intention originelle des parties. Notre examen de la jurisprudence ne laisse toutefois entrevoir aucune piste de développement dans ce sens.

racine commune avec la référence de pleine concurrence de l'article 9 § 1. Cette séparation n'est pas propre au droit français. Elle repose sur le libellé de l'article 9 § 1 articulé avec le principe du for de la convention modèle et, en tant que de besoin, avec les commentaires du modèle de convention examinés en introduction générale. On peut dire à cet égard que le principe de subsidiarité exprime, en quelque sorte, une intention du législateur international consistant à renvoyer sur les ordres juridiques nationaux le soin de définir les règles précises de rectification des transferts de bénéfices.

Cette situation peut-elle évoluer à la faveur du plan BEPS ?

CONCLUSION DE LA SECTION : BEPS ET LE PRINCIPE DE SUBSIDIARITE

Nous examinerons plus en détail le projet BEPS dans la deuxième partie¹⁸³. A ce stade, relevons que deux actions du plan BEPS présentent un intérêt en ce qui concerne l'articulation du droit interne avec les conventions¹⁸⁴. En premier lieu, l'action 15 s'est concrétisée par la création d'un instrument multilatéral¹⁸⁵ permettant la modification concomitante, par un Etat adhérent, de l'ensemble de ses conventions bilatérales. L'instrument pourrait constituer à terme un outil de prise en compte plus directe des conventions en matière d'imposition. En second lieu, l'action 6 porte sur la prévention de l'abus des traités¹⁸⁶. Il s'agit de modifier le titre et le préambule des conventions afin de préciser que ces dernières visent non seulement à éliminer les doubles impositions mais également à éviter les situations de double non-imposition¹⁸⁷. L'exposé met à la disposition des Etats le test du but principal¹⁸⁸. Un modèle de clause de limitation des bénéficiaires conventionnels est également proposé, étant précisé que la France inscrit déjà de telles clauses dans ses conventions bilatérales¹⁸⁹. Cette action peut déboucher sur une limitation effective du bénéfice des conventions dans les cas d'abus et aussi dans les situations où, la lettre du traité n'étant pas claire, il y aurait matière à interprétation restrictive.

En définitive sur ce point, des potentialités d'évolution existent grâce au plan BEPS mais, pour l'heure, le renvoi au droit interne du principe de rectification demeure la règle.

¹⁸³ Les actions 8 à 10 du plan, relatives aux prix de transfert seront étudiées au titre I, dans le cadre de l'analyse des lignes directrices de l'OCDE. Les autres actions sont étudiées dans le cadre du titre II de la deuxième partie.

¹⁸⁴ Nous reviendrons sur le plan BEPS à plusieurs reprises dans cette étude, notamment dans le dernier chapitre de la seconde partie.

¹⁸⁵ Cf. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2. L'instrument multilatéral signé le 7 juin 2017 est entré en vigueur le 1er juillet 2018 et prend effet, pour les Etats et conventions concernés, pour les exercices ouverts au 1er janvier 2019.

¹⁸⁶ V. par exemple LESPRIT, Eric, *La réaction de l'OCDE : le plan BEPS*, Actes du colloque - La gestion fiscale des groupes de sociétés, Droit fiscal n° 49, 8 décembre 2016.

¹⁸⁷ Le préambule de la convention signée le 20 mars 2018 avec le Grand Duché du Luxembourg, non encore entrée en vigueur, précise ainsi que les Etats parties, « *Entendant conclure une Convention pour l'élimination de la double imposition en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune sans créer de possibilités de non-imposition ou d'imposition réduite par l'évasion ou la fraude fiscale (y compris par des mécanismes de chalandage fiscal destinés à obtenir les allègements prévus dans la présente Convention au bénéfice indirect de résidents d'Etats tiers...)* ».

¹⁸⁸ « *Principal Purpose Test* ». Le test permet d'exclure le bénéfice de la convention lorsque l'opération considérée a eu comme but principal de bénéficier des avantages de la convention.

¹⁸⁹ L'article 28 de la convention franco-luxembourgeoise du 20 mars 2018 prévoit : « *Nonobstant toute autre disposition de la Convention, un avantage au titre de celle-ci ne sera pas accordé à l'égard d'un élément de revenu ou de fortune si l'on peut raisonnablement conclure, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances propres à la situation, que l'octroi de cet avantage était un des objets principaux d'un montage ou d'une transaction ayant permis, directement ou indirectement, de l'obtenir, et ce, à moins qu'il soit établi que l'octroi de cet avantage dans ces circonstances est conforme à l'objet et au but des dispositions pertinentes de la Convention* ».

Dans cette perspective, il convient de s'interroger sur l'objet du principe français de rectification contenu dans le dispositif de l'article 57. Ce sera l'objet de la section 2.

SECTION 2. OBJET DU DISPOSITIF DE RECTIFICATION

Puisque le principe de rectification est renvoyé au droit national, et puisque la régulation des prix de transfert est tout entière comprise dans le dispositif de rectification des transferts de revenu, il convient de s'interroger sur l'objet du dispositif de l'article 57, c'est-à-dire sur le but qu'elle poursuit.

Deux possibilités existent : soit le dispositif de rectification a pour objet d'assurer l'égalité entre les entreprises appartenant à des groupes et les entreprises indépendantes ; soit il vise simplement à éviter que les premières ne se livrent à une optimisation fiscale agressive. Dans le premier cas, le dispositif se justifierait au regard du principe d'égalité devant les charges publiques, car la rectification des transferts de bénéfices aurait pour but de placer les entités d'un groupe dans une situation équivalente à celle des entités indépendantes. Cela supposerait par exemple que le législateur applique des règles uniformes aux groupes purement domestiques et aux groupes multinationaux. Or, nous avons vu que tel n'est pas le choix normatif qui a été retenu. Dans ce contexte, le dispositif de rectification apparaît comme une pure correction. Corrélativement, un tel dispositif porte en son sein, par nature, la possibilité d'une rupture d'égalité, ne serait-ce qu'entre les groupes domestiques et les groupes multinationaux. Une telle rupture doit être justifiée par un autre principe constitutionnel.

La question posée dans le cadre de la présente section porte sur la nature de cet autre principe. La réponse trouvée par le Conseil constitutionnel tient dans l'objectif de valeur constitutionnel de lutte contre l'évasion fiscale.

Nous verrons que cette réponse n'est pas qu'une fiction juridique mais correspond parfaitement à l'esprit de l'article 57 (§ 1). Ceci étant, le but de la lutte contre l'évasion fiscale n'épuise pas l'objet de l'article 57. Ce dernier, au travers du critère du lien de dépendance, constitue également un effort de délimitation du groupe multinational (§ 2).

§ 1. LA LUTTE CONTRE L'ÉVASION FISCALE

Le trait caractéristique des dernières décennies est l'émergence d'un objectif de valeur constitutionnelle portant sur la lutte contre l'évasion fiscale (A) auquel se rattache le dispositif de l'article 57 (B).

A. L'objectif constitutionnel de lutte contre l'évasion fiscale

L'objectif de lutte contre l'évasion fiscale s'est progressivement dégagé de l'objectif de lutte contre la fraude fiscale. Une fois ce mouvement de distinction effectué, l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre l'évasion fiscale est apparu comme le point d'ancrage naturel des dispositifs de rectification des transferts de revenus et de prévention des « ajournements » fiscaux (1). Un tel rattachement constitutionnel confère au dispositif une certaine sécurité juridique. Mais il a pour corollaire de limiter sa portée et l'effectivité des sanctions qui peuvent lui être attachées (2).

1. Mise en ordre des régimes de fiscalité internationale

La décision relative à la loi de finances pour 1990 mentionne un objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale¹⁹⁰. En l'espèce, il s'agissait de déterminer la conformité du dispositif de la taxe de 3% applicable sur la valeur vénale des immeubles détenus en France par des sociétés non-résidentes¹⁹¹. Le Conseil constitutionnel valide le dispositif et fait de l'évasion fiscale, et non seulement de la fraude fiscale, un objectif de valeur constitutionnelle. Dans le cadre de cette décision, les deux objectifs sont liés compte tenu de leur mention conjointe dans l'intitulé de certaines conventions fiscales d'élimination des doubles impositions permettant l'échange de renseignement. C'est en effet l'absence d'un

¹⁹⁰ Cf. DC n° 89-268 du 29 décembre 1989, en ce qui concerne l'article 105 relatif à la taxe forfaitaire sur la valeur vénale des immeubles possédés en France par des personnes morales n'y ayant pas leur siège social. Le Conseil constitutionnel décide : « que l'institution de la taxe forfaitaire de 3% sur la valeur vénale des immeubles possédés en France par des personnes morales n'y ayant pas leur siège social tend, dans l'intention du législateur, à dissuader les contribuables assujettis initialement à l'impôt sur les grandes fortunes et présentement à l'impôt de solidarité sur la fortune d'échapper à une telle imposition en créant, dans des Etats n'ayant pas conclu avec la France une convention fiscale comportant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, des sociétés qui deviennent propriétaires d'immeubles situés en France ; qu'eu égard à l'objectif ainsi poursuivi le législateur a pu, sans méconnaître ni l'article 13 ni l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme, fixer le taux de la taxe mentionnée à l'article 990 D du code général des impôts à 3 p 100, alors même que le taux de l'impôt de solidarité sur la fortune est au maximum de 1,5% ».

¹⁹¹ Ce afin de dissuader les assujettis résidents à l'impôt de solidarité sur la fortune d'interposer des sociétés écrans entre eux-mêmes et leurs propriétés immobilières en France.

tel échange de renseignement avec certains territoires qui justifie, de la part du législateur, la précaution d'assujettir les sociétés ressortissantes de ces territoires à la taxe de 3%.

Une fois posé conjointement avec l'objectif de lutte contre la fraude fiscale, l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre l'évasion fiscale pouvait logiquement s'en distinguer. C'est ce qui se produit à l'occasion de la décision sur QPC Pierre-Yves M.¹⁹² relative à l'article 155 A du CGI¹⁹³. En effet, ce dispositif s'applique aux montages consistant à faire d'un artiste ou d'un sportif exerçant en France le salarié ou le prestataire d'une entité étrangère afin de délocaliser les produits correspondants ; il permet à l'administration d'écarter cet abus de territorialité¹⁹⁴ en élargissant les possibilités de rectification résultant de la procédure de répression des abus de droit¹⁹⁵. L'article 155 A participe à ce titre à la prévention de l'évasion fiscale¹⁹⁶. Ainsi, son champ d'application s'étend aux montages inspirés par une volonté d'éluder l'impôt mais que l'on ne peut regarder, dans leur totalité, comme participant à la fraude fiscale. Raison pour laquelle, peut-être, le juge constitutionnel n'a pas souhaité faire référence à l'objectif de lutte contre la fraude fiscale et a dégagé l'objectif de lutte contre l'évasion fiscale¹⁹⁷. Il décide par suite de déclarer l'article 155 A conforme à la Constitution sous réserve que, dans le cas où une entité qui aurait bénéficié

¹⁹² Cf. Décision QPC 2010-70 du 26 novembre 2010, Pierre-Yves M.

¹⁹³ *Ibid.* Le requérant estimait que ces dispositions portaient atteinte au principe de personnalité et de proportionnalité de l'impôt (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, art. 13), et de nécessité des peines ainsi qu'au respect des droits de la défense. Le Conseil constitutionnel écarte les griefs en matière pénale mais pose une réserve d'interprétation sur l'article 13 DDHC.

¹⁹⁴ Il permet en outre de déclarer l'entité étrangère solidaire au paiement de l'impôt.

¹⁹⁵ L'article L. 64 du LPF pourrait être inefficace pour combattre ce type de montages si leur but n'est pas exclusivement fiscal.

¹⁹⁶ Comme nous l'avons déjà relevé, il s'agit d'un dispositif rare, parce que son périmètre d'application est étroit et parce que l'existence d'une disposition de ce type se révèle dissuasive.

¹⁹⁷ Cf. Décision QPC 2010-70 du 26 novembre 2010, Pierre-Yves M. Ce point est le plus important de la décision. Le requérant estimait que l'article 155 A portait atteinte au principe de personnalité de l'impôt, c'est-à-dire à l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, selon laquelle la contribution indispensable pour l'entretien de la force publique « doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés ». Le Conseil rappelle que ce principe ne serait pas respecté si l'impôt revêtait un caractère confiscatoire ou faisait peser sur une catégorie de contribuables une charge excessive au regard de leurs facultés contributives. Le législateur doit donc déterminer les règles d'appréciation des facultés contributives sur la base de critères objectifs et rationnels d'une manière que cette appréciation n'entraîne pas de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques. Or, sur ce point, « l'article 155 A prévoit ... de soumettre à l'impôt la rémunération d'une prestation réalisée en France par une personne qui y est domiciliée ou établie, lorsque cette rémunération a été versée, aux fins d'éluder l'imposition, à une personne domiciliée ou établie à l'étranger ; qu'ainsi, le législateur a entendu mettre en œuvre l'objectif constitutionnel de lutte contre l'évasion fiscale ; que, pour ce faire, il s'est fondé sur des critères objectifs et rationnels ; que, toutefois, dans le cas où la personne domiciliée ou établie à l'étranger reverse en France au contribuable tout ou partie des sommes rémunérant les prestations réalisées par ce dernier, la disposition contestée ne saurait conduire à ce que ce contribuable soit assujéti à une double imposition au titre d'un même impôt ; que, sous cette réserve, l'article 155 A ne crée pas de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques ».

d'un transfert de rémunération reverserait cette dernière à l'entité assujettie, une compensation soit accordée entre l'impôt rectifié et l'impôt résultant de ce reversement¹⁹⁸.

Le même raisonnement pouvait donc être tenu pour les autres dispositifs internes de fiscalité internationale qui, poursuivant des buts similaires¹⁹⁹, sont désormais rattachés dans leur ensemble à l'objectif de lutte contre l'évasion fiscale. Ainsi, l'objectif de lutte contre l'évasion fiscale est commun aux diverses législations régissant la fiscalité internationale, à commencer par le dispositif de l'article 57 depuis la décision Soutiran du Conseil d'Etat²⁰⁰, et celui de l'article 209 B depuis la décision Sonepar²⁰¹, aux conclusions du Pierre Collin qui systématise le raisonnement²⁰². S'agissant de l'article 57, on note que l'ancrage dans l'objectif de lutte contre l'évasion fiscale conduit à constater une différence objective de situation entre les sociétés appartenant à un groupe international et les autres sociétés, justifiant une

¹⁹⁸ *Ibid.* Le fait que le juge constitutionnel mentionne le risque d'une double imposition ne doit pas faire penser que l'administration devrait éliminer unilatéralement toute double imposition consécutive à l'application de l'article 155 A. Par exemple, l'entité dont la rémunération a été déclarée dans un autre Etat et qui se trouve imposée en France sur le fondement de l'article 155 A fait l'objet d'une double imposition mais il appartient alors à l'autre Etat de lui accorder, s'il y consent, le dégrèvement des sommes initialement déclarées auprès de lui.

¹⁹⁹ Cf. Concl. P. Collin sous CE n° 232832 du 20 juin 2003, Société Etablissements Lebreton, RJF 10/03 n°1140 et concl. p. 754 : « *L'attribution de la preuve en contentieux fiscal fait partie des matières réservées au législateur par l'article 34 de la Constitution... Le législateur a également posé des règles spécifiques de preuve s'appliquant à des situations dans lesquelles le contribuable est présumé vouloir échapper à l'impôt. Tel est le cas de l'article 238 A du CGI relatif à la déduction des intérêts et redevances versés à des personnes établies dans des paradis fiscaux, de l'article 57 relatif aux transferts de bénéfice entre sociétés dépendantes ou de l'article 39-5 relatif à certains frais généraux (cadeaux, frais de voyage, frais de réception...) qui ne peuvent être déduits que si le contribuable apporte la preuve qu'ils ont été engagés dans l'intérêt direct de l'entreprise* ».

²⁰⁰ CE 2 mars 2011 n° 342099, Soutiran : RJF 6/11 n° 733, conclusions E. Geffray BDCF 6/11 n° 73.

²⁰¹ CE n° 351600 du 2 février 2012, Société Sonepar, 9e et 10e s.-s., rapp. S. Larère, concl. P. Collin BDCF 5/12 n°63. Saisi d'une QPC relative au dispositif de l'article 209 B, le Conseil d'Etat relève qu'il a pour objet de dissuader les entreprises passibles de l'impôt sur les sociétés de localiser une partie de leurs bénéfices dans des sociétés établies dans des Etats ou territoires à fiscalité privilégiée. Le I bis de cet article permet d'imposer un contribuable à raison des bénéfices réalisés par un tiers. Toutefois, il résulte des dispositions du II bis que le contribuable peut échapper à cette imposition s'il établit que les opérations du tiers en cause n'ont pas principalement pour objet d'échapper à l'impôt français. Cette condition est réputée remplie lorsque l'entreprise tierce exerce une activité économique effective et qu'elle réalise ses opérations de façon prépondérante sur le marché local. Le Conseil d'Etat en déduit que l'application de l'article 209 B repose sur des critères objectifs et rationnels qui sont proportionnés à l'objectif constitutionnel de lutte contre l'évasion fiscale. La Haute Assemblée juge par ailleurs que, si l'article 209 B du code général des impôts institue une présomption, une telle présomption ne saurait être regardée comme une présomption de culpabilité en matière répressive relevant de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. On sait en effet que cet article 9 défend en principe au législateur d'instituer de présomption de culpabilité en matière répressive. Elle juge enfin que l'article 209 B instaure un régime d'imposition particulier sans rapport avec le principe de liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution.

²⁰² Concl. P. Collin BDCF 5/12 n°63. Le rapporteur public note que l'article 209 B issu de l'article 70 de la loi de finances pour 1980 et qui « *a pour objet de rattraper les bénéfices localisés dans les Etats à fiscalité privilégiée* », constitue l'un des nombreux dispositifs « *anti-évasion* » que comporte le CGI. Il permet en effet, « *par dérogation au principe de territorialité de l'impôt, d'imposer en France des bénéfices réalisés par une entreprise située à l'étranger sous prétexte que cette entreprise est détenue, directement ou indirectement, par une entreprise française à hauteur d'une participation minimale* ». La société soutenait que l'article 209 B du CGI, en imposant les revenus d'un tiers, méconnaissait le principe de détermination de l'impôt en fonction des facultés contributives résultant de l'article 13 de la DDHC.

différence de traitement fiscal au regard de l'article 13 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen²⁰³.

2. Rapprochement des contraintes constitutionnelle et communautaire

A ce point du raisonnement, on peut constater une relative convergence de tendance entre les contraintes constitutionnelle et communautaire même si, à première vue, la liberté communautaire d'établissement apparaît plus restrictive en n'autorisant que les dispositifs luttant contre des montages artificiels ou abusifs, alors que le principe d'égalité peut être accommodé par l'invocation de motifs rationnels tirés de la lutte contre l'évasion fiscale²⁰⁴.

En effet, cette apparente différence masque une similitude entre les deux référentiels d'appréciation. Dans les deux cas, l'objectif de préserver les recettes de l'Etat en évitant l'évasion fiscale peut justifier les atteintes que l'article 57 porte, à la fois, à la liberté d'établissement et à l'égalité devant les charges publiques en distinguant, sur un même territoire, la situation d'entités revêtant une forme juridique différente. Dans les deux cas, l'atteinte aux principes supérieurs est justifiée par l'objet de l'article 57 mais aussi par un

²⁰³ CE 2 mars 2011 n° 342099, Soutiran : RJF 6/11 n° 733, conclusions E. Geffray BDCF 6/11 n° 73. Le Conseil d'Etat avait été saisi, à l'appui d'un pourvoi relatif à des impositions supplémentaires notifiées par l'administration à la société Soutiran et Compagnie au titre des exercices clos de 2000 à 2002, d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité des dispositions de l'article 57 à la Constitution. La société Soutiran et Cie soutenait que les dispositions de cet article portent atteinte aux droits et garanties reconnus par la Constitution. La décision est mentionnée aux tables du recueil Lebon sur le point de savoir si l'examen d'une QPC par le Conseil d'Etat nécessite l'admission préalable du pourvoi qui la comporte, point sur lequel la Haute Assemblée répond négativement. Dans sa décision, le Conseil d'Etat relève que « *les sociétés consentant des avantages à des entreprises situées hors de France avec lesquelles elles entretiennent des liens de contrôle ou de dépendance ou à des entreprises situées dans un Etat étranger ou dans un territoire situé hors de France dont le régime fiscal est privilégié se trouvent, pour l'établissement de l'impôt, dans une situation différente des autres sociétés au regard de l'objectif constitutionnel de lutte contre l'évasion fiscale, que le législateur a entendu poursuivre par les dispositions contestées* ». Il s'agit là de la réponse au moyen tiré de ce que l'article 57 porterait atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques résultant de l'article 13 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen. A cet égard, le Conseil d'Etat reconnaît que l'article 57 peut aboutir à des situations inégales entre des entreprises réalisant des transferts de bénéfices et des entreprises qui s'en abstiennent, mais « *que la différence de traitement prévue par le législateur est fondée sur des critères objectifs et rationnels* », à savoir la poursuite de l'objectif constitutionnel de lutte contre l'évasion fiscale. Il en déduit que les dispositions critiquées ne peuvent être regardées comme ayant méconnu le principe d'égalité devant la loi ni comme ayant instauré une rupture caractérisée devant les charges publiques.

²⁰⁴ Cf. Concl. P. Collin BDCF 5/12 n°63 « *il nous semble que les exigences qui découlent du principe communautaire de liberté d'établissement sont différentes, et pour tout dire plus fortes, que celles qui découlent du principe d'égalité devant les charges publiques. Sous réserve de critères objectifs et rationnels en rapport avec l'objectif poursuivi, le Conseil constitutionnel admet parfaitement qu'il puisse être dérogé à l'égalité devant les charges publiques au nom de la lutte contre l'évasion fiscale, qui constitue un principe constitutionnel. En revanche, compte tenu de l'objet même de la liberté d'établissement qui est de permettre aux entreprises de s'établir dans le pays de l'Union où il est le plus avantageux de s'établir, notamment fiscalement, une restriction à l'exercice de cette liberté ne saurait trouver sa justification dans la seule volonté de lutter contre la fuite de matière fiscale à l'étranger... Seules les hypothèses dans lesquelles le contribuable fait un usage abusif de la liberté d'établissement peuvent être visées par un mécanisme horizontal anti-fraude* ». En l'espèce, le principe n'est pas méconnu pour autant que le contribuable puisse renverser la présomption.

contrôle de proportionnalité au regard du but poursuivi²⁰⁵. Le raisonnement est alors analogue à celui applicable en matière de sanction²⁰⁶ tel que l'on peut l'observer, par exemple, pour les pénalités relatives au défaut de déclaration des comptes à l'étranger, également motivées par l'objectif de lutte contre l'évasion fiscale²⁰⁷, ou pour les sanctions en matière d'insuffisance déclarative des trusts²⁰⁸. Cette même exigence de proportionnalité interdit de mettre en œuvre

²⁰⁵ Cf. QPC n° 2016-591 du 21 octobre 2016, Mme Helen S. Le Conseil constitutionnel censure les dispositions, même justifiées par l'OVC de lutte contre l'évasion fiscale, si elles ne sont pas mises en œuvre de manière adéquate et proportionnée. Ainsi dans l'affaire de QPC Hélène S. la requérante soutenait que l'obligation de tenir un registre public des trusts portait atteinte au respect de la vie privée. Le Conseil constitutionnel relève que « *la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 implique le droit au respect de la vie privée. Par suite, la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif* ». Examinant les dispositions de l'article 1649 AB, qui fixent l'obligation déclarative d'inscription des trusts au registre public, le Conseil juge que « *En favorisant, par les dispositions contestées, la transparence sur les trusts, le législateur a entendu éviter leur utilisation à des fins d'évasion fiscale et de blanchiment des capitaux. Il a ainsi poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales* ». Toutefois, la « *mention, dans un registre accessible au public, des noms du constituant, des bénéficiaires et de l'administrateur d'un trust fournit des informations sur la manière dont une personne entend disposer de son patrimoine. Il en résulte une atteinte au droit au respect de la vie privée. Or, le législateur, qui n'a pas précisé la qualité ni les motifs justifiant la consultation du registre, n'a pas limité le cercle des personnes ayant accès aux données de ce registre, placé sous la responsabilité de l'administration fiscale. Dès lors, les dispositions contestées portent au droit au respect de la vie privée une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi* ».

²⁰⁶ Cf. Décision n° 2016-564 QPC du 16 septembre 2016, M. Lucas M., en matière de pénalités fiscales pour manquements graves. Le requérant attaquait les dispositions correspondantes sur le terrain du principe d'égalité, ainsi que sur le terrain du principe de proportionnalité des peines et du principe de leur individualisation. Le Conseil constitutionnel écarte ces griefs. Sur la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi, en particulier, le Conseil constitutionnel juge que « *Les contribuables encourant les pénalités prévues aux b et c du 1 de l'article 1728, à l'article 1729 et au a de l'article 1732 du CGI ne sont pas placés dans la même situation selon qu'ils disposent ou non de déficits ou qu'ils bénéficient ou non de réductions d'impôt. En outre, la différence de traitement qui résulte de l'application des dispositions contestées est en rapport direct avec l'objet de la loi, qui confère une effectivité renforcée à la répression des manquements visés aux b et c du 1 de l'article 1728, à l'article 1729 et au a de l'article 1732 du CGI. Dès lors, le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi doit être écarté* ».

²⁰⁷ Cf. Décision n° 2016-554 QPC du 22 juillet 2016 M. Gilbert B. La question portait sur la sanction pour défaut de déclaration des comptes à l'étranger. La législation prévoyait en effet que le défaut de déclaration de tels comptes à l'appui de la déclaration de revenus était passible d'une amende de 1 500 euros par compte non déclaré, montant porté à 10 000 euros en cas de compte dans un Etat ou territoire n'ayant pas conclu avec la France une convention d'assistance administrative, et à 5% du solde créditeur du compte si ce dernier dépassait 50 000 €. Le Conseil constitutionnel censure le dispositif sur ce dernier point. Il relève en effet d'office le grief tiré de ce qu'en fixant, pour le manquement à une obligation déclarative, une amende en pourcentage du solde du compte bancaire non déclaré, les dispositions contestées méconnaîtraient le principe de proportionnalité des peines énoncé à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Il juge que, « *le législateur a, par la sanction ayant le caractère d'une punition instaurée au paragraphe IV de l'article 1736 du CGI, entendu faciliter l'accès de l'administration fiscale aux informations bancaires et prévenir la dissimulation de revenus ou de biens à l'étranger. Il a ainsi poursuivi l'objectif à valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales* ». Il relève toutefois que « *cette amende est encourue même dans l'hypothèse où les sommes figurant sur ces comptes n'ont pas été soustraites frauduleusement à l'impôt. En prévoyant une amende proportionnelle pour un simple manquement à une obligation déclarative, le législateur a instauré une sanction manifestement disproportionnée à la gravité des faits qu'il a entendu réprimer* ».

²⁰⁸ V. par ex. Décision n° 2016-618 QPC du 16 mars 2017, Mme Michelle Theresa B. La requérante soulevait l'inconstitutionnalité des dispositions prévues en matière de sanction des obligations déclaratives imposées aux administrateurs des trusts. Le législateur avait en effet prévu que la méconnaissance de ces obligations était sanctionnée par une amende d'un montant de 10 000 € ou, s'il est plus élevé, d'un montant proportionnel égal à 5 % des biens ou droits. La requérante soutenait qu'un tel dispositif d'amende méconnaissait le principe de proportionnalité des peines ainsi que, s'agissant de l'amende forfaitaire, celui d'individualisation des peines. Le Conseil constitutionnel censure le mécanisme d'amende proportionnelle en jugeant son assiette disproportionnée à la faute commise. En revanche, il ne retient pas les griefs en ce qui concerne l'amende forfaitaire. Il écarte également le grief, manquant en fait, tiré de ce que l'amende instaurerait une présomption irréfragable de fraude fiscale.

l'objectif de lutte contre l'évasion fiscale en instituant des taxes déconnectées des capacités contributives²⁰⁹ ; elle peut imposer d'inclure une clause d'élimination des doubles impositions²¹⁰ et une clause de sauvegarde lorsque le contribuable prouve que son montage, même lorsqu'il fait intervenir des entités établies hors de l'Union européenne²¹¹, n'est pas destiné à éluder l'impôt.

En définitive, la correction des bénéfices par l'article 57 revêt toujours le caractère d'une dérogation qui doit être justifiée dans son principe et appliquée à juste proportion. La systématisation de cette double contrainte marque une tendance convergente en ce qui concerne l'encadrement du dispositif de rectification des transferts de bénéfices par les normes supra-législatives. Il s'agit, au fond, de spécifier le dispositif de rectification pour éviter qu'il n'apparaisse comme un corpus de régulation générale des prix de transfert.

Autrement dit : la concurrence non faussée comme l'égalité entre les contribuables ou la proportionnalité des peines s'accommodent de l'article 57, mais ce dispositif ne concourt pas, en lui-même, à l'édification de ces grands principes.

B. L'article 57, expression de la lutte contre l'évasion fiscale

Nous nous proposons de montrer que le rattachement nominal de l'article 57 à la lutte contre l'évasion fiscale consacrée par la jurisprudence ne fait que traduire l'essence du principe de rectification exprimé à travers ce dispositif. Il manifeste en effet, tout comme l'acte anormal de gestion, l'esprit restrictif de la loi en matière de transfert de revenu (1). Cela

²⁰⁹ Cf. Décision n° 2016-620 QPC du 30 mars 2017 Société EDI-TV. L'article 302 bis KG du CGI institue une taxe sur la publicité diffusée par les chaînes de télévision due par tout éditeur de services de télévision établi en France. La taxe est assise sur le montant, hors taxe sur la valeur ajoutée, des sommes versées par les annonceurs pour la diffusion de leurs messages publicitaires, aux éditeurs de services de télévision « ou aux régisseurs de messages publicitaires ». Le Conseil juge que « *En posant le principe de l'assujettissement, dans tous les cas et quelles que soient les circonstances, des éditeurs de services de télévision au paiement d'une taxe assise sur des sommes dont ils ne disposent pas, le législateur a méconnu les exigences résultant de l'article 13 de la Déclaration de 1789* ».

²¹⁰ Cf. Décision n° 2010-70 QPC du 26 novembre 2010, Pierre-Yves M.

²¹¹ Cf. Décision n° 2016-614 QPC du 1^{er} mars 2017, M. Dominique L, sur les dispositions de l'article 123 bis du CGI. Le requérant soutenait que ces dispositions, en ce qu'elles instituaient deux présomptions irréfragables de fraude fiscale, étaient contraires aux principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques. D'une part, elles n'autorisaient pas le contribuable à prouver que l'interposition d'une entité juridique établie hors d'un État membre de l'Union européenne n'a pas pour objet, dans un but de fraude fiscale, l'appréhension de bénéfices dans un État soumis à un régime fiscal privilégié. D'autre part, lorsque l'entité juridique est établie dans un État ou territoire non coopératif ou n'ayant pas conclu de convention administrative avec la France, ces dispositions fixaient une valeur plancher au revenu imposable calculée de façon forfaitaire en fonction de l'actif net de l'entité. Le Conseil constitutionnel reconnaît que l'article 123 bis est inspiré par l'objectif de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale. Il juge toutefois inconstitutionnelles ses dispositions faute qu'elles permettent à un contribuable entrant dans leurs prévisions de s'exempter de leur application en établissant que son montage n'était pas artificiel ou motivé par l'évasion fiscale.

explique que l'article 57 apparaisse systématiquement dans la boîte à outils du législateur en matière de lutte contre l'évasion fiscale (2).

1. L'article 57 et l'acte anormal de gestion contre l'évasion fiscale

La jurisprudence qui rattache le dispositif de l'article 57 à la lutte contre l'évasion fiscale apparaît comme la codification d'une pratique ancienne. Dès l'époque de ses origines²¹², ce dispositif constitue un ensemble de règles modifiant le principe traditionnel de territorialité²¹³ en vue d'éviter le transfert de revenus à l'étranger²¹⁴. Il en résulte d'ailleurs une perception quelque peu répressive du dispositif²¹⁵, que le commissaire du gouvernement Laurent Vallée manifeste dans ses conclusions sur l'affaire SA Vetter²¹⁶ en évoquant « *l'article 57 du CGI qui réprime les transferts de bénéfices* ».

La remarque finale de Julie Burguburu dans sa chronique sur l'acte anormal de gestion²¹⁷, montre la proximité d'esprit entre cette théorie et le dispositif de l'article 57. Maurice Cozian décrit à ce titre l'acte anormal de gestion comme une arme contre les

²¹² Cf. par ex. F. PERROTIN, *Prix de transfert : vers un renforcement des obligations des entreprises*, Petites Affiches n° 143/2013, p. 4. 1933 marque l'édition du rapport Caroll à la SDN, dans la suite des travaux de la convention de Genève de 1928 dominée par la lutte contre l'évasion fiscale. Par ailleurs, la section 45 du Code américain des revenus autorise depuis 1932 le Commissaire à « *réallouer ou répartir les produits et les charges entre des entreprises propriétés ou sous contrôle direct ou indirect d'intérêts communs, s'il établit que de telles mesures de redressement sont nécessaires pour empêcher l'évasion fiscale ou pour refléter fidèlement les produits et les charges en cause* ».

²¹³ Cf. CE Section n° 222956 du 16 mai 2003, Société Télécoise, rapp. M. Salesse, concl. M.-H. Mitjavile publiées à Droit fiscal 30-35/2003, comm. 582. Le commissaire du gouvernement rappelle que l'impôt français sur les sociétés est dominé par un principe rigoureux de territorialité hérité de l'époque coloniale : « *Cette règle de territorialité, qui place la France à part au sein des pays développés, dont la plupart ont adopté un régime mondial d'impôt sur les sociétés, est l'héritage de l'impôt cédulaire sur les bénéfices industriels et commerciaux, conçu par Joseph Caillaux sur une base territoriale : de nombreuses entreprises françaises travaillaient alors dans les colonies et on a voulu définir un régime d'imposition qui ne touche pas les bénéfices commerciaux de leurs comptoirs extérieurs ; le même dispositif a été repris lors de la création en 1948 de l'impôt sur les sociétés. La loi a certes institué un régime dérogatoire de bénéfice mondial ou consolidé ; mais le régime du bénéfice mondial n'a pas d'application et le régime consolidé, qui trouve son origine dans la nécessité de placer les groupes pétroliers français sur un plan d'égalité avec leurs concurrents américains, au regard des modalités d'imposition des bénéfices, et permet la consolidation des filiales étrangères détenues à simplement 50%, s'applique un très petit nombre d'entreprises, sur agrément du ministre de l'économie et des finances* ».

²¹⁴ Ibid. : « *La loi a encore apporté des corrections limitées au principe de territorialité, soit pour limiter la fraude fiscale internationale, soit pour améliorer la situation des entreprises qui développent leurs activités à l'étranger* ».

²¹⁵ Ibid. M.-H. Mitjavile affirme que l'article 57 « *interdit* » les transferts de bénéfices : « *L'article 57 du CGI interdit le transfert de bénéfices à l'étranger et prévoit d'incorporer aux résultats d'une entreprise française sous dépendance d'une entreprise étrangère ou possédant le contrôle d'une entreprise étrangère, les bénéfices indirectement transférés à ces dernières par exemple par voie de majoration ou de minoration de prix d'achat ou de vente ; il s'agit de corriger la répartition opérée par les entreprises pour assurer une application exacte du principe de territorialité* ».

²¹⁶ CE n°s 255918 à 255922 du 6 avril 2005, SA Vetter et autres, 9ème et 10ème s.-s., rapp. Fabre, concl. L. Vallée, publiée au recueil Lebon : RJF 8-9/05 n° 893, concl. L. Vallée BDCF 8-9/05 n° 108.

²¹⁷ BURGUBURU, Julie, « *Acte anormal de gestion : le juge prend-il trop de risques ?* », RJF 4/08 p. 331. L'auteur conclut, évoquant le positionnement de l'administration : « *Si elle ne pouvait recourir à ce concept, elle serait impuissante face à des variations du résultat non conforme à la réalité de l'exploitation* ».

« évaporations financières »²¹⁸, métaphore géologique singulièrement proche de celle qui apparaît dans la dénomination du projet BEPS : un plan contre « l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices »²¹⁹. Certes, le plan BEPS opère un lien entre l'érosion et le transfert de bénéfices qui n'apparaît pas dans la formule de Cozian, mais cette différence n'est qu'apparente : l'acte anormal de gestion implique également que la dégradation des avoirs de l'entreprise s'effectue au bénéfice d'un tiers, lequel en profite par suite d'une action de l'entreprise contribuable. Qu'il s'agisse d'une action délibérée, voire frauduleuse, ou d'un manquement aux diligences nécessaires, il y a toujours dans l'acte anormal de gestion une logique de décision présidant au transfert. L'acte anormal de gestion comme le transfert de bénéfices prennent tout leur sens par le jeu de vase communicant entre une entité et une autre, la première ayant agi contre son intérêt, au travers d'une délibération collective ou par délégation imprudente à un gestionnaire.

Ainsi, pour autant que l'acte anormal de gestion concerne les relations au sein d'un groupe multinational, l'identité matérielle entre l'acte anormal de gestion et le transfert de bénéfices prend sa source dans un manquement identique à la rationalité économique légitimement attendue des acteurs, ce que Jérôme Turot avait appelé leur « égoïsme sacré »²²⁰. Dans ce cas, la théorie de l'acte anormal de gestion peut être regardée comme poursuivant également un objectif de lutte contre l'évasion fiscale.

2. L'article 57 comme réponse législative à l'évasion fiscale

Une dialectique peut être observée entre le dispositif de l'article 57 et la prise en compte, par le législateur, des enjeux de l'évasion fiscale : à mesure que cette perception s'aiguise, des modifications de l'article 57 sont envisagées ou effectuées.

La consultation des versions successives de l'article 57 révèle bien le recours systématique à ce dispositif à mesure que le législateur s'évertue à renforcer le dispositif français de lutte contre l'évasion fiscale. Les deux premières dispositions de l'article, relatives

²¹⁸ COZIAN, Maurice, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, LITEC, 4^e éd., 1999, p. 92.

²¹⁹ En anglais « *base erosion and profit shifting* », ou BEPS. La périphrase de l'OCDE met simplement en avant la cause de cette disparition de matière imposable : s'il s'agit d'une érosion, elle est provoquée par un transfert programmé du bénéfice (« *profit shifting* »).

²²⁰ TUROT, Jérôme, *Avantages consentis entre sociétés d'un groupe multinational*, RJF 1989, chron. p. 263. La jurisprudence prend en compte l'appartenance d'une société à un groupe, en recherchant si la société retire « *de son appartenance au groupe un intérêt qui compense l'avantage consenti* ». Il s'agit donc d'éviter qu'une société ne « *se sacrifie aux intérêts supérieurs du groupe* ».

au principe de correction des transferts et au lien de dépendance, sont déjà présentes à l'origine du dispositif²²¹ et sont reprises dans le cadre de l'impôt sur le revenu où l'article 57 prend place²²². Après l'introduction des dispositions relatives au régime fiscal et privilégié, fin 1981²²³, l'article est modifié par l'ajout de l'alinéa selon lequel la condition de dépendance n'est pas exigée en présence d'un transfert au profit d'une entité bénéficiant d'un tel régime²²⁴. Par ailleurs, l'article est modifié en 1996, pour tenir compte de l'introduction de l'article L. 13 B du LPF, censé améliorer les conditions d'accès du service à l'information détenue par les groupes²²⁵ ; puis, en 2009, par mesure de coordination au moment de la création d'une obligation documentaire²²⁶ à l'article L. 13 AA du même code²²⁷. Dans tous les cas, l'extension s'inscrit dans un train de mesures destinées à prévenir ou à lutter contre l'évasion fiscale : d'abord la codification de la notion de « paradis fiscal » en matière d'assiette, puis des tentatives procédurales pour améliorer le positionnement des services de contrôle, ou à tout le moins pour donner des gages à l'opinion publique, de plus en plus sensibilisée sur la question de l'évasion et de l'exil fiscal. Le point culminant est atteint avec une mesure envisagée dès les années 2000 mais votée seulement dans le cadre de la loi de finances pour 2014²²⁸ en matière de transferts de bénéficiaires dans les cas de restructurations d'entreprise. Le législateur s'était alors risqué à durcir l'article 57 en chargeant le

²²¹ L. 31 mai 1933, art. 76 (Code général, art. 20).

²²² Par exemple, dans la version en vigueur du 1^{er} juillet 1979 au 1^{er} janvier 1982, l'article 57 prévoit : « Pour l'établissement de l'impôt sur le revenu dû par les entreprises qui sont sous la dépendance ou qui possèdent le contrôle d'entreprises situées hors de France, les bénéfices indirectement transférés à ces dernières, soit par voie de majoration ou de diminution des prix d'achat ou de vente, soit par tout autre moyen, sont incorporés aux résultats accusés par les comptabilités. Il est procédé de même à l'égard des entreprises qui sont sous la dépendance d'une entreprise ou d'un groupe possédant également le contrôle d'entreprises situées hors de France. A défaut d'éléments précis pour opérer les redressements prévus à l'alinéa précédent, les produits imposables sont déterminés par comparaison avec ceux des entreprises similaires exploitées normalement ».

²²³ Cf. II de l'article 90 de la loi n°81-1160 du 30 décembre 1981, applicable depuis le 1^{er} janvier 1982.

²²⁴ *Ibid.* : « La condition de dépendance ou de contrôle n'est pas exigée lorsque le transfert s'effectue avec des entreprises établies dans un Etat étranger ou dans un territoire situé hors de France dont le régime fiscal est privilégié au sens du deuxième alinéa de l'article 238 A ». Cet ajout correspond à l'extension du dispositif de l'article 238 A. Le I de l'article 90 en cause prévoit d'ailleurs : « Les dispositions du premier alinéa de l'article 238 A du code général des impôts s'appliquent également à tout versement effectué sur un compte tenu dans un organisme financier établi dans un des Etats ou territoires visés au même alinéa ».

²²⁵ Le II de l'article 39 de la loi n° 96-314 du 13 avril 1996 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier tire les conséquences de l'introduction de l'article L. 13 B : « En cas de défaut de réponse à la demande faite en application de l'article L. 13 B du livre des procédures fiscales, les bases d'imposition concernées par la demande sont évaluées par l'administration à partir des éléments dont elle dispose et en suivant la procédure contradictoire définie aux articles L. 57 à L. 61 du même livre ».

²²⁶ L'article 57 précise désormais que l'administration établit l'impôt avec les éléments dont elle dispose non seulement en cas d'un défaut de réponse à une demande faite en application de l'article L. 13 B, mais aussi « en cas d'absence de production ou de production partielle de la documentation mentionnée au III de l'article L. 13 AA et à l'article L. 13 AB du même livre ».

²²⁷ Article 22 de la loi n°2009-1674 du 30 décembre 2009.

²²⁸ Cf. Art. 15 du projet de loi.

contribuable, dans les cas de restructurations, de prouver²²⁹ qu'il ne s'était pas indûment appauvri pour le groupe²³⁰. Le Conseil constitutionnel a toutefois censuré cette mesure²³¹ du fait de son imprécision²³². Manquait en effet la définition des termes clés du dispositif, comme ceux de « *transferts de fonctions et risques* ». De même, la période de référence de la comparaison de profitabilité n'était pas précisée. Enfin le texte confondait l'obligation de motiver la restructuration avec une obligation de justification comptable²³³. Fait notable : la censure a concerné au même moment l'imprécision de la sanction prévue à l'encontre des conseils en optimisation fiscale²³⁴, la tentative d'élargir la qualification de l'abus de droit aux montages à but principalement fiscal²³⁵, l'imprécision de la déclaration des schémas

²²⁹ *Ibid.* : « *les bénéfiques qui auraient dû être réalisés* » pouvaient incorporés au résultat.

²³⁰ *Ibid.* En l'espèce, il s'agissait de prévoir, en cas de transfert de fonctions ou de risques, et à certaines conditions touchant en particulier à l'évolution négative du résultat d'exploitation concomitante au transfert, une inversion de la charge de la preuve de sorte que l'entreprise devait prouver qu'elle avait bénéficié d'une contrepartie équivalente à celle qui aurait été convenue entre des entreprises n'ayant pas un tel lien de dépendance

²³¹ Cf. DC n° 2013-685 du 29 décembre 2013, cons. 126 à 130. Le paragraphe I de l'article 106 de la loi de finances pour 2014 insérait dans l'article 57 un nouvel alinéa prévoyant que : « *Lorsqu'une entreprise transfère une ou plusieurs fonctions ou un ou plusieurs risques à une entreprise liée, au sens du 12 de l'article 39, cesse de les exercer ou de les assumer en tout ou partie, et que son résultat d'exploitation constaté au cours de l'un des deux exercices suivant le transfert est inférieur d'au moins 20 % à la moyenne de ceux des trois exercices précédant le transfert, elle doit établir qu'elle a bénéficié d'une contrepartie équivalente à celle qui aurait été convenue entre des entreprises n'ayant pas un tel lien de dépendance. A cet effet, elle fournit à l'administration, à la demande de celle-ci, tous les éléments utiles à la détermination des résultats réalisés avant et après le transfert par les entreprises qui y sont parties, y compris celles bénéficiaires du transfert. A défaut, les bénéfiques qui auraient dû être réalisés sont incorporés à ses résultats.*

L'obligation de justification mentionnée au premier alinéa du présent article n'est applicable ni à la cession d'un actif isolé, ni à la concession du droit d'utilisation de celui-ci lorsque cette cession ou cette concession est indépendante de tout autre transfert de fonction ou de risque ».

²³² *Ibid.* : le Conseil constitutionnel juge ainsi que « *le législateur a méconnu tant l'étendue de sa compétence que l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi* ».

²³³ *Ibid.* : le Conseil constitutionnel relève « *que les notions de transfert de fonctions et de risques ne sont pas définies ; qu'en outre, la période correspondant aux bénéfiques "qui auraient dû être réalisés" et sont incorporés dans les résultats n'est pas déterminée ; qu'au surplus, la dernière phrase du nouvel alinéa inséré dans l'article 57 définit des cas de dispense de "l'obligation de justification mentionnée au premier alinéa" de cet article, alors que ce premier alinéa n'impose aucune "obligation de justification" ».*

²³⁴ *Ibid.* Le paragraphe I de l'article 79 de la loi déferée insérait dans le CGI un article 1740 C relatif à la « *sanction à l'égard de tiers facilitant l'évasion et la fraude fiscales* ». Il prévoyait pour « *toute personne qui, avec l'intention de faire échapper autrui à l'impôt, s'est entremise, a apporté son aide ou son assistance ou s'est sciemment livrée* » à des actes conduisant à une diminution de l'impôt « *est redevable d'une amende égale à 5 % du chiffre d'affaires ou des recettes brutes qu'elle a réalisés à raison des faits sanctionnés au titre du présent article* ». Sur ce point, le Conseil juge qu'en prévoyant « *que l'amende qui peut être prononcée à l'encontre de la personne visée à l'article 1740 C est égale à 5 % du chiffre d'affaires ou des recettes brutes qu'elle a réalisés à raison des faits sanctionnés au titre du présent article, cet article ne permet pas de déterminer si le taux de 5 % doit être appliqué aux recettes ou au chiffre d'affaires que la personne poursuivie a permis au contribuable de réaliser ou s'il doit être appliqué aux recettes ou au chiffre d'affaires que la personne poursuivie a elle-même réalisés* ».

²³⁵ *Ibid.* L'article 100 de la loi de finances pour 2014 modifiait l'article L. 64 du LPF pour modifier la définition des actes constitutifs d'un abus de droit, en substituant au critère du but exclusivement fiscal une définition fondée sur la notion d'acte ayant pour motif principal celui d'éluder ou d'atténuer l'impôt. Le Conseil censure cette mesure pour incompétence négative du législateur et imprécision en jugeant « *qu'une telle modification de la définition de l'acte constitutif d'un abus de droit a pour effet de conférer une importante marge d'appréciation à l'administration fiscale* », compte tenu des conséquences attachées à la mise en œuvre de la procédure de répression des abus de droit.

d'optimisation fiscale²³⁶, et la tentative de réforme de la pénalité pour manquement aux obligations documentaires en matière de prix de transfert, sur laquelle nous reviendrons.

*

La logique de rectification des transferts internationaux de revenus apparaît ainsi, nécessairement, comme une logique restrictive au regard de la régulation des prix de transfert. Le choix jurisprudentiel de rattacher l'article 57 à l'objectif de lutte contre l'évasion fiscale ne fait que concrétiser l'esprit de ce dispositif.

*

*

*

Nous avons vu que la portée générale des dispositions de l'article 57 fait de ce dispositif le seul véritable régulateur des prix de transfert en France. Son objet traditionnel de lutte contre l'évasion fiscale le rend compatible avec le droit communautaire et permet de le rattacher, au plan constitutionnel, à l'objectif de valeur constitutionnelle dégagé par la jurisprudence. Un tel rattachement juridique coïncide avec la pratique normative en matière de prix de transfert. On constate en effet que les modifications effectuées ou tentées sur le texte de l'article 57 sont toujours inspirées par une volonté de renforcer la prévention de l'évasion fiscale ou, à tout le moins, de montrer à l'opinion une intention de la réprimer. Il coïncide également avec le dispositif des conventions fiscales puisque, comme nous l'avons vu, l'objectif de lutte contre l'évasion fiscale traduit la prise en compte du but figurant en tête des traités internationaux.

Ainsi, le dispositif de l'article 57 apparaît-il comme un dispositif spécial de rectification et, pour autant, comme une réponse à la délégation donnée par le droit international au droit interne en cette matière. Les deux sources de la loi sont donc complémentaires et nettement distinguées, au regard des stipulations de l'article 9 § 1 envisagées comme combinaison d'un principe de rectification et d'une norme de pleine

²³⁶ *Ibid.* Le paragraphe I de l'article 96 de la loi de finances déferée insérait au code général des impôts un chapitre intitulé « *Déclaration des schémas d'optimisation fiscale* » comprenant les articles 1378 nonies à 1378 undecies. L'article 1378 nonies faisait obligation à toute personne commercialisant un « *schéma d'optimisation fiscale* » de le déclarer à l'administration avant sa commercialisation. Le « *schéma d'optimisation fiscale* », défini comme « *toute combinaison de procédés et instruments juridiques, fiscaux, comptables ou financiers visant principalement à minorer ou différer la charge fiscale d'un contribuable, selon des critères précisés par un décret en Conseil d'Etat* ». Le manquement à l'obligation de déclaration du schéma d'optimisation fiscale entraînait l'application d'une amende égale à 5 % du montant des revenus perçus au titre de la commercialisation du schéma. Le Conseil constitutionnel censura cette mesure sur le terrain de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi. En effet, l'obligation de déclaration des schémas d'optimisation fiscale était définie de manière trop générale et imprécise, apportant de ce fait une limitation excessive à la liberté d'entreprendre.

concurrence : d'une part, l'article 9 § 1 est sans effet en matière de rectification ; et, d'autre part, l'article 57 n'a pas pour objet propre la définition d'un référentiel de pleine concurrence.

Ceci étant, la lutte l'évasion fiscale n'épuise pas l'objet du dispositif l'article 57. Il repose sur une définition implicite du groupe par la notion de lien de dépendance. Quel est l'objet de cette définition ?

§ 2. LA SUBSTANCE DU GROUPE INTERNATIONAL

La question posée dans le cadre de ce paragraphe porte sur l'objet du lien de dépendance entendu comme un principe de délimitation des groupes. Nous pouvons introduire cette question en situant le dispositif de l'article 57 parmi les autres dispositions fiscales qui régissent cette matière. Auparavant, commençons par deux considérations d'ordre général :

- d'une part, on peut imaginer un groupe économique comme un ensemble d'entités prenant place dans une division du travail. Dans cette perspective, l'économie est indifférente à la forme juridique des entités concernées et laisse donc purement prévaloir le principe de substance. Il conviendra d'examiner la place de ce principe dans le dispositif de délimitation des groupes par le lien de dépendance ;

- d'autre part, on peut penser que, selon l'intensité du contrôle qu'une entité exerce sur d'autres, les relations intra-groupes vont se nouer soit en référence à la logique du marché, si ce contrôle est faible ; soit selon une logique favorable à l'entité dominante, si son contrôle est fort. On peut alors envisager l'économie des groupes comme un *continuum* entre des relations spontanément soumises au régime de pleine concurrence et des relations empreintes de contrôle économique. Dans un tel univers, les relations contrôlées peuvent faire l'objet d'une rectification en référence aux relations nouées conformément aux principes de la liberté concurrentielle, mais cette référence peut être établie en regard de relations entre indépendants ou entre entités d'un groupe entre lesquelles le contrôle économique est faible. Le référentiel de pleine concurrence est donc lui-même soumis au principe de substance, puisqu'il se définit seulement au regard des comportements transactionnels et sans faire intervenir la forme juridique des groupes.

Sous ce rapport, la question posée consiste à déterminer la relation entre le lien de dépendance et la définition du référentiel de pleine concurrence.

En abordant la question à présent sous l'angle purement fiscal, on peut situer le dispositif du lien de dépendance dans la fiscalité des groupes. Schématiquement, la fiscalité française comporte en la matière cinq types de dispositifs parmi lesquels l'article 57 occupe une place particulière. Les trois premiers s'inscrivent dans le cadre de régimes complets tendant à favoriser les groupes par un avantage fiscal, une simplification des formalités et une neutralité au moins relative des distributions : il s'agit du régime de l'intégration fiscale, du

régime fiscal des sociétés mères, et du régime aujourd'hui disparu du bénéfice mondial consolidé. Les deux autres références au groupe fiscal se trouvent respectivement au 12 de l'article 39 et à l'article 57, qui sont proches du point de vue de la définition du groupe²³⁷, mais qui se distinguent puisque l'article 57 constitue par ailleurs un dispositif général de rectification²³⁸.

Or, selon la doctrine, le groupe est un sujet fiscal délicat. Yohann Bénard²³⁹ estime par exemple que la particularité des groupes est insuffisamment prise en compte dans le droit français²⁴⁰, dominé par le principe d'autonomie juridique malgré les développements inhérents à la mondialisation. Alain Legendre plaide de même pour une prise en compte plus directe de l'intérêt de groupe en matière de fiscalité²⁴¹. Les lignes directrices de l'OCDE en matière de prix de transfert reconnaissent elles aussi que la densité des relations intra-groupes occasionne des difficultés d'analyse, mais sans en déduire de remise en cause du principe d'entité distincte : en matière de restructurations, par exemple, des décisions peuvent être commandées par l'intérêt de groupe²⁴² mais il importe que chaque entité y trouve son compte²⁴³, à l'image des règles qui devraient gouverner des indépendants²⁴⁴. Le droit français suit cette seconde logique : la jurisprudence ne fait ainsi que s'inscrire dans le mouvement international lorsqu'une société distributrice se voit redressée pour avoir laissé imposer des

²³⁷ Le 12 de l'article 39 du CGI mentionne la commune dépendance des deux entités considérées à l'égard d'une tierce entité, alors que l'article 57 règle la situation de dépendance directe, de droit ou de fait, entre deux entités.

²³⁸ Le dispositif du 12 de l'article 39 prend son sens combiné avec des dispositions matérielles touchant au transfert de bénéfices ou à la sous-capitalisation.

²³⁹ BENARD, Yohann, *Groupes de sociétés : la jurisprudence n'a pas l'esprit de sacrifice*, RJF 6/06 p. 499 : chron. sous CE 10 mars 2006 n° 263183, Sté Sept 678 concl. F. Sénèrs BDCF 6/06 n° 72 ; cf. aussi CE 28 avril 2006 n° 277572, min. c/ Sté SÈÈÈÈ, RJF 7/06 n° 836.

²⁴⁰ *Ibid.* : « Par contraste, l'édifice juridique paraît, en première analyse, peu en phase avec cette évolution ... le droit français est tout entier dominé, s'agissant des personnes morales, par la notion d'autonomie juridique des sociétés.... Il en résulte en particulier, chaque entreprise étant censée se conformer à son intérêt propre, que le caractère normal ou anormal des décisions de gestion doit être apprécié du strict point de vue de l'entreprise, quels que soient les liens qui l'unissent aux autres agents économiques. L'application de ce principe, qui n'est pas simple dans le cas de sociétés isolées, est plus malaisée encore dans le cas des groupes, en raison de la complexité des liens économiques et financiers susceptibles de se nouer en leur sein ».

²⁴¹ LEGENDRE, Alain., *Plaidoyer pour la reconnaissance en droit fiscal de l'existence d'une part, non détachable de l'intérêt du groupe auquel elle appartient, de l'intérêt propre d'une société*, Droit fiscal n° 11/2006, p. 606, 2006.

²⁴² Cf. Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscale, 2010, 9.178. : « une réorganisation peut être motivée par des raisons commerciales à l'échelon du groupe multinational ».

²⁴³ *Ibid.* : « il ne suffit pas qu'un accord de réorganisation obéisse à une logique commerciale pour le groupe dans son ensemble : l'accord doit être conforme au principe de pleine concurrence au niveau de chaque contribuable ».

²⁴⁴ *Ibid.* 9.179. : « lorsqu'une réorganisation obéit à une logique commerciale rationnelle pour le groupe dans son ensemble, un prix de transfert approprié (c'est-à-dire une rémunération des transactions post-réorganisation, ainsi qu'une éventuelle rémunération ou indemnisation pour la réorganisation proprement dite) peut généralement être fixé de manière à ce que l'opération soit conforme au principe de pleine concurrence pour chaque membre du groupe qui y participe ».

règles lui permettant à peine d'équilibrer son résultat d'exploitation²⁴⁵, ou lorsque l'aide versée à des succursales s'analyse comme si elle avait été versée à des tiers²⁴⁶.

La question formulée en début de paragraphe peut donc être précisée à la lumière des considérations économiques générales ci-dessus et des problématiques propres au droit fiscal : il s'agit d'examiner dans quelle mesure l'article 57 a pour but de concourir à la définition de la substance du groupe.

Nous examinerons cette question au point de vue de la composition du groupe, c'est-à-dire de la définition des entités qui le constituent (A) puis de son périmètre, c'est-à-dire de sa délimitation avec l'extérieur (B).

A. La composition du groupe

Le groupe de l'article 57 du CGI²⁴⁷ se définit implicitement en référence à un ensemble d'entreprises commerciales, industrielles ou artisanales au sens de l'article 34 du même code. Ainsi, ne peuvent être comprises dans le groupe les sociétés qui n'ont pas le caractère d'entreprises et les entités qui ne présentent pas, au sens du I de l'article 209, le caractère d'établissement imposables à l'impôt sur les sociétés. Cette double exclusion comprend évidemment les bureaux de représentation et autres lieux d'activité préparatoire qui n'effectuent pas un cycle commercial complet en France, en tant qu'ils ne constituent pas des établissements imposables au sens de l'article 209. Elle comprend aussi les sociétés de personnes translucides, dont les revenus sont imposés au niveau des associés, lorsqu'eux-mêmes sont couverts par l'article 57 ou reçoivent des bénéficiaires imposables à l'étranger en

²⁴⁵ CE n° 41936 du 4 mars 1985, RJF n° 370.

²⁴⁶ V. par ex. PERROTIN, Frédérique, RENOUX, Vincent, *Prix de transfert : revue d'actualité (mai 2008 jurisprudence des abandons de créance à Hong Kong)* - Petites affiches, 26 mai 2008 n° 105, p. 3. : « Comme le rappelle le commissaire du gouvernement, une aide ne peut être considérée comme normale que si elle répond à l'intérêt propre de l'entreprise qui la consent mais aussi que si elle répond à un besoin chez l'entreprise qui en bénéficie ».

²⁴⁷ Cf. CGI, art. 57 : « Pour l'établissement de l'impôt sur le revenu dû par les entreprises qui sont sous la dépendance ou qui possèdent le contrôle d'entreprises situées hors de France, les bénéficiaires indirectement transférés à ces dernières ». Malgré la rédaction, qui donne l'apparence de critères différents selon que l'entité française est fille ou mère, en évoquant des entreprises « qui sont sous la dépendance » puis des entreprises qui « possèdent le contrôle », la notion de lien de dépendance est symétrique. Il peut s'agir d'une dépendance de droit ou de fait.

application d'une convention internationale²⁴⁸. Par conséquent de telles sociétés peuvent poser nombre de difficultés²⁴⁹, mais pas spécialement en matière de prix de transfert.

En revanche, les sociétés regardées comme transparentes ou translucides dans un autre Etat peuvent être considérées comme opaques en droit français, de sorte que les dispositions de l'article 57 doivent être mises en œuvre en application du principe du for²⁵⁰. De même, l'article 57 couvre les entreprises constituées sous la forme d'associations poursuivant un but lucratif, à l'image de l'association en cause dans l'affaire de la société d'édition des artistes peignant de la bouche et des pieds²⁵¹. Enfin, la jurisprudence a dégagé un principe d'assimilation de l'établissement stable à la filiale sur le terrain purement matériel (les deux entités différant au plan organique), en faisant prévaloir dans ce cas la substance sur la forme juridique.

²⁴⁸ CE n° 144211 du 4 avril 1997, Sté Kingroup Inc., rapp. M. Bonnot, concl. F. Loloum, La décision Kingroup dégage le principe selon lequel les stipulations d'une convention fiscale qui ont pour effet d'attribuer à un autre Etat que la France l'imposition des bénéfices d'une entreprise de cet Etat qui ne dispose pas en France d'un établissement stable, ne visent que les bénéfices réalisés en propre par une telle entreprise et sont donc sans application dans le cas où cette dernière perçoit, en qualité d'associée d'une société de personnes, une part des bénéfices que celle-ci tire d'une activité exercée en France. Elle est étendue en matière de revenus non dénommés dans la convention par la décision Quality Investi : CE Plén. n° 317024 du 20 mai 2011, SA Quality Invest, rapp. M.-A. Nicolazo de Barmon, concl. L. Olléon.

²⁴⁹ Cf. notamment : DEROUIN, Philippe, *La transparence des sociétés de personnes ou faut-il dissuader les étrangers de participer à des sociétés de personnes françaises ? (première partie)*, Droit fiscal n° 50/1997, 100073, 1997 ; DEROUIN, Philippe, *La transparence des sociétés de personnes ou faut-il dissuader les étrangers de participer à des sociétés de personnes françaises ? (deuxième partie)*, Droit fiscal n° 51/1997, 100074, 1997 ; MIGNON, Emmanuelle, *Fiscalité internationale des sociétés de personnes : la transparence n'est pas le vide*, RJF 12/1999 ; LE GALL, Jean-Pierre, *Fiscalité internationale des sociétés de personnes. L'arrêt Diebold : un incident ou un cataclysme ?*, Droit fiscal n° 15/2000 étude 122.

²⁵⁰ Cf. CE n°83461 du 26 février 1992, Malet, RJF 4/92, n°534, concl. O. Fouquet, Droit fiscal 52/92, c.2459, sur une divergence de qualification des jetons de présence entre la France (revenus de capitaux mobiliers) et les Etats-Unis (bénéfices non commerciaux) ; CE n°178389 du 9 février 2000, société suisse Hubertus AG, RJF 3/00, n°342, concl. J. Arrighi de Casanova, BDCF 3/00, n°31, sur une divergence de qualification des revenus appréhendés par un associé de SCI au titre de la plus-value sur titres immobiliers de cette dernière ; CE n° 199543 du 31 janvier 2001, SA Bank Polska, RJF 4/01, n°489, concl. G. Bachelier, BDCF 4/01, n°489 : le Conseil d'Etat refuse de regarder comme des bénéfices d'entreprise au sens de la convention franco-polonaise des sommes imposées sur le fondement de l'article 115 quinquies du CGI et qualifiées expressément, de ce fait, sous forme de revenus réputés distribués.

²⁵¹ CE Section n° 48780 du 27 février 1991, SARL d'Édition des artistes peignant de la bouche et du pied, rapp. Ph. Turquet de Beaugard, concl. O. Fouquet, mentionnée aux tables du recueil Lebon, RJF 4/91, n° 401. Était en cause le statut de l'association des artistes du monde entier peignant de la bouche et des pieds, enregistrée à Vaduz (Lichtenstein), et bénéficiaire de transferts indirects de bénéfices de la part de la SARL d'édition des artistes peignant de la bouche et du pied. Cette dernière avait pour objet l'édition, la vente et la diffusion par tout moyen des œuvres d'artistes handicapés, pour le compte de l'association, sous la dépendance de laquelle elle se trouvait. Elle lui versait des redevances en contrepartie du droit exclusif de reproduire et de commercialiser en France les œuvres de ses membres. L'association était chargée de l'exploitation commerciale des œuvres de ses membres, dont les droits d'auteur lui étaient définitivement irrévocablement acquis dès l'adhésion d'un membre, qu'elle cooptait « *en fonction de leur talent et de leur potentiel commercial* ». L'association devait produire un compte de résultat et un bilan, « *selon de solides principes commerciaux* », et réalisait des excédents de trésorerie notables. Le Conseil d'Etat juge « *qu'en admettant même que l'activité de l'association ait eu pour but de fournir, dans des conditions au demeurant ambiguës, des moyens d'existence à ses membres, elle n'en avait pas moins un caractère lucratif* ». Par conséquent, il y avait lieu de la regarder comme une entreprise au sens des dispositions de l'article 57.

Il résulte donc de la législation un principe de définition substantielle des entités composant le groupe (1). Mais cette définition emporte des effets limités (2).

1. La définition substantielle des entités composant le groupe

Le principe d'assimilation matérielle de l'établissement stable à une filiale a été dégagé par la décision Télécoise. L'affaire posait la question de la déductibilité d'un abandon de créance au profit d'une succursale dans un cas où la société ne justifiait pas l'intérêt d'un tel abandon pour son activité en France²⁵². La Haute Assemblée refuse dans ce cas la déduction mais tranche au passage la question de savoir si, en principe, les aides à un établissement stable peuvent être déduites de la même façon que les aides à une filiale. Elle répond par l'affirmative eu égard aux stipulations conventionnelles en matière de bénéficiaires des entreprises, qui réservent à l'Etat de source l'imposition de tels revenus²⁵³.

L'intérêt de la décision pour notre propos est qu'elle traduit une primauté de la substance sur la forme de la personne morale, même si elle est en l'espèce cantonnée à la question de l'attribution des profits intra-groupes. En effet, une entreprise est passible de l'impôt sur les sociétés en France s'il s'agit d'une personne visée aux articles 205 et 206 du CGI et sous réserve qu'elle exerce une activité, au sens du I de l'article 209, c'est-à-dire une activité professionnelle dont les revenus sont déterminés conformément aux articles 34 à 53 A et 57. Ces dispositions manifestent les trois dimensions de l'impôt : organique, territoriale et matérielle. La décision Télécoise esquisse une distinction des critères organique et matériel

²⁵² CE Section n° 222956 du 16 mai 2003, Société Télécoise, rapp. M. Salesse, concl. M.-H. Mitjavile. La société Télécoise avait créé une succursale en Libye à laquelle elle avait consenti des avances, mais elle n'avait pu mener ses obligations contractuelles à leur terme et avait dû, par jugement du tribunal de commerce de Paris, indemniser la Wahda Bank qui l'avait cautionnée auprès de son client libyen. La société avait donc provisionné le montant des avances auprès de sa succursale dans ses comptes en France. L'administration lui avait opposé les règles de l'article 209 du CGI, selon lesquelles les bénéficiaires passibles de l'impôt sur les sociétés sont déterminés en tenant compte uniquement des bénéficiaires réalisés dans les entreprises exploitées en France ainsi que ceux dont l'imposition est attribuée à la France par une convention relative aux doubles impositions. Le Conseil d'Etat valide ce raisonnement, auparavant admis par la Cour administrative d'appel de Paris, en relevant que « si la société Télécoise avait consenti des avances à la succursale qu'elle avait créée en Libye pour assurer l'exécution dans ce pays du marché qu'elle avait conclu, elle ne justifiait pas que ces avances auraient eu pour objectif et contrepartie le développement d'une activité exercée en France ».

²⁵³ *Ibid.* Sur ce point, jugé « que, lorsqu'une société dont le siège est en France exerce dans une succursale à l'étranger, une activité industrielle ou commerciale, il n'y a pas lieu de tenir compte, pour la détermination des bénéficiaires imposables en France, des variations d'actif net imputables à des événements qui se rattachent à l'activité exercée par cette succursale ; qu'en revanche, si la succursale entretient avec le siège des relations commerciales favorisant le maintien ou le développement des activités en France de la société, celle-ci peut déduire de ses résultats imposables les pertes, subies ou régulièrement provisionnées, résultant des aides apportées à la succursale dans le cadre de ces relations ». Ce faisant, la décision résout le problème de la déduction de charges exposées au titre des aides octroyées à un établissement stable à l'étranger, en assimilant les revenus de ces derniers à ceux des filiales pour faire bénéficier les contribuables auteurs de tels abandons de créance des apports de la jurisprudence concernant les filiales.

puisqu'elle réaffirme, dans le même mouvement, la différence organique de statut, entre mère et succursale, et leur comparabilité matérielle pour la mise en œuvre des articles de taxation²⁵⁴. Mais cette comparabilité de substance n'est pas autonome et s'articule elle-même avec les règles de territorialité de l'impôt définies par les conventions internationales. La déductibilité de l'abandon de créances entre les mains de la société qui le concède découle de l'article de la convention relatif aux bénéficiaires, qui sépare cette société de son établissement stable à l'étranger²⁵⁵, et non de la singularité française en matière de territorialité restreinte de l'impôt sur les sociétés²⁵⁶. La clé de l'assimilation matérielle de l'établissement stable à la filiale se trouve donc dans la qualification de cet objet particulier au sein des conventions.

A cet égard, les stipulations relatives à l'établissement stable font l'objet d'un article 5 issu du modèle de convention de l'OCDE, qui en fournit la définition générale et dont nous avons vu qu'il plonge plus loin encore, dans les racines du droit international, que le principe de pleine concurrence lui-même²⁵⁷. Dans ce contexte, les stipulations de l'article 5 s'inscrivent en miroir à deux types de stipulations : celles relatives à la résidence²⁵⁸, qui excluent les établissements stables de la qualité de résident²⁵⁹, et celles concernant les bénéficiaires des entreprises²⁶⁰. L'établissement stable se présente à cet égard comme une sorte d'exception à l'article 7 au sens du paragraphe 1 de l'article 7, mais une exception à laquelle sont consacrés tous les autres développements de ce même article, des paragraphes 2 à 7. Et,

²⁵⁴ *Ibid.* La Haute Assemblée poursuit sa jurisprudence antérieure et se refuse à assimiler en tout point les établissements stables à des personnes morales, « eu égard aux différences juridiques existant entre une succursale et une filiale et tenant notamment à ce qu'une succursale n'a pas de personnalité morale ». Le Conseil d'Etat juge, dans ce contexte, que « les règles relatives à la prise en compte, pour l'imposition d'une société dont le siège est en France, des aides qu'elle apporterait à une filiale dont le siège est à l'étranger ne sont pas ... applicables aux aides qu'une telle société apporte à une succursale implantée à l'étranger ».

²⁵⁵ Cf. concl. M.-H. Mitjavile, Droit fiscal 30-35/2003, comm. 582: « la question que se sont posée les premiers juges est pertinente : alors que l'entreprise ayant son siège en France ne fait qu'un fiscalement avec ses succursales françaises, la territorialité de l'impôt sur les sociétés, découlant de l'article 209 I du CGI, interdit de tenir compte, pour la détermination du résultat imposable de l'entreprise française, des opérations se rattachant à l'activité de ses succursales étrangères. Il faut donc savoir si et dans quelle mesure une dépense exposée par le siège, pour aider une succursale étrangère, se rattache à l'exploitation de l'entreprise en France et s'il y a lieu d'en tenir compte en déduisant cette dépense du résultat imposable en France ».

²⁵⁶ CE Section n° 222956 du 16 mai 2003, Société Télécoise, rapp. M. Salesse, concl. M.-H. Mitjavile. La décision cite le paragraphe 1 de l'article 7 qui stipule que « Les bénéfices d'une entreprise d'un Etat contractant ne sont imposables que dans cet Etat, à moins que l'entreprise n'exerce son activité dans l'autre Etat contractant par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé ».

²⁵⁷ Cf. AVERY JONES, John F., LUDICKE, Jürgen, *The origins of the Article 5 (5) and 5(6) of the OECD Model*, World Tax Journal, Oct. 2014, p. 203, 2014, ainsi que notre introduction générale.

²⁵⁸ Article 4 des conventions modèles de l'OCDE et de l'ONU.

²⁵⁹ Le paragraphe 1 de l'article 4 des conventions modèles précise que l'expression résidence « ne comprend pas les personnes qui ne sont assujetties à l'impôt dans cet Etat que pour les revenus de sources situées dans cet Etat » ; et le paragraphe 3 précise qu'une personne morale « est considérée comme un résident seulement de l'Etat où son siège de direction effective est situé ».

²⁶⁰ Article 7.

alors que l'article 7 est à peu près muet sur les critères permettant d'imputer les bénéfices d'une entreprise à l'Etat dans lequel elle est immatriculée, le paragraphe 2 explicite la règle de répartition des bénéfices entre un établissement stable et sa mère, entités distinctes régies entre elles par le principe de pleine concurrence²⁶¹. La séparation territoriale de la société et de son établissement stable traduit ainsi, fondamentalement, la distinction économique entre ces deux entités, c'est-à-dire la primauté de la matière des revenus sur la forme des entreprises qui les réalisent sur un territoire²⁶².

Du principe d'assimilation matérielle de la succursale à la filiale découle l'applicabilité de l'article 57 aux établissements stables, comme le montrent les décisions Basalt Réfractaires²⁶³ et surtout Sodirep textiles²⁶⁴ qui fixe le mode d'emploi²⁶⁵. Dans cette seconde affaire, la question était au centre du débat en cassation puisqu'il était soutenu que la cour avait omis de répondre au moyen tiré de ce que la succursale n'avait pas à recevoir d'intérêt de son siège, s'agissant de la même personne morale²⁶⁶. Après avoir cassé l'arrêt, le Conseil d'Etat juge qu'un établissement stable est une entreprise exploitée en France assujettie à l'impôt sur les sociétés en vertu des dispositions combinées du I de l'article 209

²⁶¹ Comme nous l'avons vu, c'est précisément la rédaction de ces stipulations qui a permis de dégager, successivement, le principe d'entité distincte et le principe de pleine concurrence. Dans la convention modèle de l'OCDE, ces stipulations deviennent : « lorsqu'une entreprise d'un Etat contractant exerce son activité dans l'autre Etat contractant par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé, il est imputé, dans chaque Etat contractant, à cet établissement stable les bénéfices qu'il aurait pu réaliser s'il avait constitué une entreprise distincte exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues et traitant en toute indépendance avec l'entreprise dont il constitue un établissement stable ».

²⁶² Cf. RIPERT, Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951 p. 174. : Le Doyen Ripert écrit ainsi : « l'entreprise est considérée comme un contribuable indépendant... Le droit fiscal... saisit l'entreprise dans son fonctionnement, sans se préoccuper de sa nature. Il la considère comme une unité juridique pour l'imposer ».

²⁶³ CE n° 70906 du 15 mai 1992, 8e et 7e s.-s., Société Basalt réfractaire, rapp. F. Loloum concl. O. Fouquet, décision publiée au recueil. L'arrêt applique les règles fiscales des filiales à un établissement stable en matière de transfert de bénéfices et de charges déductibles. Sur ce point le juge admet que soit retenue en charge déductible la quote-part des salaires du gérant directement liés à son activité au sein de l'établissement, et refuse la déduction de la fraction excédentaire de la rémunération du gérant, dès lors que le contribuable ne justifiait pas de la réalité de ces charges et de leur utilité pour l'exploitation de l'établissement.

²⁶⁴ CE n° 370974 du 9 novembre 2015, 9e et 10e s.-s., rapp. J.-L. Matt, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon.

²⁶⁵ La décision est mentionnée aux tables dans la rubrique : « Bénéfices industriels et commerciaux- Détermination du bénéfice net- Relations entre sociétés d'un même groupe -Règles relatives au transfert indirect de bénéfices à l'étranger (art. 57 du CGI) - 1) Champ d'application - Succursale française sans personnalité morale d'une société mère étrangère - Inclusion - 2) Cas de l'octroi de prêts sans intérêts ».

²⁶⁶ CE n° 370974 du 9 novembre 2015, 9e et 10e s.-s. La succursale française de la société Sodirep Textiles SA NV n'avait reçu aucun intérêt de son siège situé en Belgique, alors qu'elle lui avait consenti des avances de trésorerie. L'administration fiscale avait vu dans cette pratique un transfert de bénéfices et avait appliqué des rectifications, que le tribunal administratif de Lille puis la cour administrative d'appel de Douai avaient confirmé. Toutefois, l'arrêt de la cour n'était pas motivé en ce qui concerne le moyen tiré de ce que, la succursale appartenant à la même personne que son siège, elle ne pouvait en percevoir des intérêts : la requérante soutenait que les transferts de fonds entre l'établissement et le siège belge de la même société avaient la nature de mouvements internes ne pouvant donner lieu au paiement d'intérêts.

et des articles 205 et 206 du CGI²⁶⁷. Il précise la portée des obligations fiscales de l'établissement stable : tenue obligatoire d'une comptabilité propre et soumission aux règles de la procédure fiscale²⁶⁸, obligations qui s'appliquent nonobstant l'absence de personnalité morale²⁶⁹.

2. Les effets fiscaux de l'absence de personnalité juridique

Dans l'affaire Basalt Réfractaire²⁷⁰, une société allemande disposait d'un établissement en France, immatriculé au registre du commerce, et exclusivement chargé d'une activité de dépôt et de vente en France des produits fabriqués par cette société en Allemagne. La Haute Assemblée admet que doivent être rattachés aux résultats de l'établissement stable certaines commissions perçues par le gérant de l'établissement, dès lors que cette activité de courtage était effectuée depuis les installations de l'établissement et que le contribuable ne prétendait pas que des moyens de production distincts de ceux alloués à l'établissement stable avaient été mobilisés²⁷¹.

Nous pouvons voir dans cette distinction un effet de la personnalité juridique attachée à la filiale, sous la forme de la présomption de subordination des salariés à leur employeur personne morale. Le juge refuse ainsi d'attacher à l'établissement stable, fiction purement fiscale, les conséquences qui se déduisent, pour la filiale, de sa personnalité juridique au regard des autres branches du droit. Le même raisonnement vaut avec une particulière netteté lorsqu'il s'agit d'appliquer aux succursales les effets fiscaux des règles statutaires des sociétés, notamment en matière de sous-capitalisation²⁷². Par exemple, pour trois

²⁶⁷ *Ibid.* Le Conseil d'Etat juge que « la succursale française, dépourvue de personnalité morale, de la société de droit belge Sodirep Textiles SA-NV constituée, au sens du I de l'article 209 du code général des impôts, une entreprise exploitée en France, dont les bénéfices sont imposés entre les mains de cette société, assujettie à l'impôt sur les sociétés en France en vertu des articles 205 et 206 de ce code ».

²⁶⁸ *Ibid.* : « pour les besoins de son imposition en France, cette succursale est tenue de tenir une comptabilité propre ; que l'administration, dans le cadre de son pouvoir de contrôle des déclarations de résultats de cette succursale, s'est fondée sur l'article 57 du même code pour réintégrer ... les intérêts qui n'ont pas été facturés au siège belge de la société en contrepartie de la comptabilisation d'avances de trésorerie que la succursale française lui a consenties, par un motif tiré de l'absence de justification de contrepartie dans l'intérêt de la succursale ».

²⁶⁹ *Ibid.* La Haute Assemblée précise, de manière surabondante mais pédagogique, que les dispositions de l'article 57 « sont applicables à toute entreprise imposable en France, y compris une succursale française d'une société dont le siège est à l'étranger, sans qu'y fasse obstacle la circonstance que la succursale n'a pas de personnalité morale ».

²⁷⁰ CE n° 70906 du 15 mai 1992, 8e et 7e s.-s., rapp. F. Loloum concl. O. Fouquet, publiée au recueil Lebon.

²⁷¹ *Ibid.* L'administration soutenait en outre que l'établissement avait contribué à la fourniture des prestations de service effectuées en France par la société allemande et auxquels participait le même gérant. Mais le Conseil d'Etat relève, pour donner gain de cause à la société sur ce point, que des ouvriers de la société allemande participaient auxdites activités.

²⁷² CE n° 346687, 349015 du 11 avril 2014, Ministre du Budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat c/ Société Unicredit venant aux droits de la société Banco di Roma Spa ; CE n° 344990 du 11 avril

établissements émanant de banques européennes, l'administration avait cherché à limiter la déduction des charges financières en excipant de leur insuffisante dotation en fonds propres au regard de la réglementation bancaire, qui prescrit une capitalisation en rapport avec les risques financiers. Le moyen invoqué par le ministre devant le Conseil d'Etat se ramenait ainsi à une question d'opposabilité de la réglementation bancaire aux établissements stables, alors que cette réglementation est prescrite pour les personnes morales. Le Conseil d'Etat écarte le moyen sur le fondement de l'absence de personnalité morale des succursales²⁷³.

On pourrait estimer que l'effet fiscal prêté à la forme des sociétés et refusé aux succursales traduit une préoccupation économique et non seulement juridique. C'est la thèse du rapporteur public devant le tribunal administratif de Paris dans l'affaire Caixa Geral de Depositos²⁷⁴ : pour lui, le capital est (juridiquement) une propriété statutaire des filiales qui manifeste (économiquement) leur arbitrage entre les fonds propres et l'emprunt²⁷⁵. Mais, à y regarder plus attentivement, cette thèse s'appuie sur le fait que l'établissement stable n'a pas de capital et que les avances dont il dispose ne sont pas des prêts, ce qui signifie que l'on qualifie les opérations d'après la forme de l'entité.

Dans ces conditions, le principe de substance vaut pour les établissements stables mais uniquement sur le terrain des qualifications immédiatement déduites du droit fiscal : toute règle propre aux sociétés, comme les règles de capitalisation, ou dérivant des prérogatives propres à cette forme juridique, comme le droit des contrats, s'arrête au seuil de l'assimilation de l'établissement stable à la filiale. Celui-ci ne peut recevoir un traitement

2014, Ministre du Budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat c/ Société Bayerische Hypo und Vereinsbank AG ; CE n° 359640 du 11 avril 2014, Caixa geral des depositos.

²⁷³ *Ibid.* : la Haute Assemblée relève que l'administration fiscale ne saurait employer comme référence le niveau des fonds propres « dont la succursale aurait dû être dotée, en vertu de la réglementation applicable ou au regard, notamment, de l'encours des risques auxquelles elle est exposée, si elle avait joui de la personnalité morale ».

²⁷⁴ TA Paris n° 0502777 du 16 novembre 2009, Caixa geral de Depositos. Le rapporteur public, dans ses conclusions disponibles sur la base Ariane du Conseil d'Etat, explique que l'administration, « en s'appuyant sur l'autonomie fiscale de la succursale, pouvait, sur le plan des principes, estimer que le paiement d'un certain niveau de charge d'intérêts pouvait constituer un acte contraire à l'intérêt de la succursale ». Il fallait à cela une démonstration aboutie et non limitée à la comparaison des effets d'une sous-dotation en capital, alors que le concept n'a pas de sens pour un établissement stable.

²⁷⁵ *Ibid.* : le rapporteur public poursuit : « Force est de constater que l'administration se borne à procéder à une comparaison générale entre le niveau de capital requis pour une banque indépendante, et une succursale, et en tire la conclusion que ce niveau devrait être le même, alors qu'un siège et une succursale ne peuvent être regardés comme étant placés dans la même situation. C'est le cas d'un point de vue juridique mais également d'un point de vue économique, une succursale n'ayant pas de capital et les avances que son siège lui consent devant être regardées comme des apports et non comme des prêts. De ce point de vue, il ne peut être considéré qu'une succursale est "sous-capitalisée", puisqu'elle ne peut recourir à l'emprunt en substitution à une dotation en capital ».

fiscal identique à la société que dans la mesure des déterminations propres au droit fiscal, et ne lui est pas assimilable pour ce qui concerne les effets généraux du droit des sociétés.

Nous retrouvons parfaitement, ici, la volonté exprimée par Mitchell B. Carroll dans son rapport de 1933, lorsqu'il justifie par le droit la distinction organique irréductible entre la filiale et l'établissement stable²⁷⁶.

*

En définitive sur ce point, l'entreprise susceptible de voir ses comptes rectifiés au titre du transfert de bénéfices n'est pas forcément une personne morale. De même, l'entité qui consent un abandon de créance licite peut être une simple succursale. Dans les deux cas, la forme sociale importe moins que la réalité économique.

Cette primauté de la substance sur la forme ne tient pas à un principe général, mais plus spécifiquement aux règles de détermination du bénéfice des entreprises et d'assujettissement des établissements à l'impôt sur les sociétés. Elle traduit la nécessité de qualifier la substance des entités pour mettre en œuvre le dispositif de rectification.

La qualification des entités et des natures d'opération se trouve donc logée au sein du dispositif de rectification prévu par l'article 57, et constitue son objet accessoire, à côté de l'objectif principal de lutte contre l'évasion fiscale. Il se prolonge avec la mise en œuvre de la notion de lien de dépendance pour la délimitation du groupe par rapport aux entreprises indépendantes.

B. Le périmètre du groupe

Le critère du lien de dépendance livre la clé du périmètre du groupe au sens de l'article 57. Sa mise en œuvre est à la charge de l'administration. La dépendance au sens de l'article 57 peut être de droit ou de fait. Alors que la dépendance de droit implique un simple examen des liens capitalistiques, la dépendance de fait suppose la réunion d'un faisceau d'indices et traduit une prise en compte de la substance au-delà de la forme des liens juridiques.

²⁷⁶ Cf. CAROLL, Mitchell B., *Taxation of Foreign National Enterprises*, Vol. IV: *Methods of Allocating Taxable Income*, Société des Nations - Genève, 1933, pp. 176, 177, cité par COLLIER, Richard, ANDRUS, Joseph L., *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle after BEPS*, Oxford University Press, 2017 : la transaction, entre une filiale et sa mère ou entre deux filiales, « doit être conduite comme une transaction juridique entre entreprises indépendantes, alors que si le groupe conduit ses activités par l'intermédiaire d'une succursale ou de succursales, il ne conclut pas, en droit comme en fait, de contrats... Les faits économiques doivent inévitablement céder le pas devant les dispositions et principes clairs du droit dans le cadre desquels les affaires sont conduites ».

Mais, sur ce point également, la primauté de la substance sur la forme est relative. D'une part, en effet, le lien de dépendance délimite nettement l'intérieur et l'extérieur du groupe sur la base d'un critère de commandement, alors que la réalité économique offre un *continuum* de situations de dépendance plus ou moins nettes (1). D'autre part, la détermination du lien de dépendance n'a d'effet qu'en matière d'applicabilité du dispositif de rectification, et non pour la qualification proprement dite du transfert de bénéfices (2).

1. Le lien de dépendance comme pouvoir d'imposer un prix

La question s'est posée de savoir si une communauté d'intérêt économique ou une interdépendance mutuelle pouvaient caractériser un lien de dépendance. Le Conseil d'Etat répond par la négative dans sa décision Sovemarco-Europe²⁷⁷, publiée au recueil Lebon et appliquée par une jurisprudence constante²⁷⁸. En l'espèce, il s'agissait d'une société française commercialisant un robot de cuisine assemblé par la société Rotel établie en Suisse. Cette dernière était certes en relation d'affaires approfondie avec l'entité française, mais il n'était pas allégué qu'elle eût disposé d'un pouvoir de dicter les prix. La Haute Assemblée juge qu'il n'y a pas de dépendance²⁷⁹. Dans ses conclusions, Philippe Martin formule la théorie selon laquelle le lien de dépendance doit s'entendre d'un pouvoir de domination conduisant à permettre qu'une entité impose à l'autre d'agir contre son intérêt. Il met en avant à ce titre le sens littéral de la notion de dépendance et le risque qu'il y aurait, en comprenant cette dernière de façon extensive, à faire entrer, dans le périmètre de dépendance des grandes entreprises, tous leurs sous-traitants²⁸⁰.

²⁷⁷ CE n° 68799, 70814 du 18 mars 1994, 9e et 8e s.-s., rapp. Fabre, concl. Ph. Martin, publiée au recueil Lebon.

²⁷⁸ Cf. par exemple PANDO, Annabelle, *Prix de transfert : précisions sur le lien de dépendance*, Petites affiches n° 154/2016, p. 4.

²⁷⁹ Cf. CE n° 68799, 70814 du 18 mars 1994, 9e et 8e s.-s., Sovemarco-Europe : « ni une "étroite communauté d'intérêt" entre deux sociétés, caractérisée selon l'administration par l'absence de contrat régissant leurs relations commerciales, ni la constatation par une cour d'appel, dans les motifs d'une condamnation pour fraude fiscale, d'une "interdépendance économique" entre ces deux sociétés ne suffit à caractériser l'existence d'un lien de dépendance au sens de l'article 57 ».

²⁸⁰ Cf. conclusions Ph. Martin sous CE n° 68799, 70814 du 18 mars 1994, 9e et 8e s.-s., Sovemarco-Europe, RJF 5/94, n°532, concl. Ph. Martin p. 290 et s : « ce critère du lien de dépendance est destiné à caractériser des situations particulières dans lesquelles une entreprise a la capacité de dicter à une autre des conditions économiques défavorables à l'entreprise dépendante mais correspondant à l'intérêt de l'entreprise dominante ou du groupe. C'est une situation particulière de rapport de domination qui justifie la précaution fiscale prise à l'encontre d'entreprises qui sont spécialement susceptibles de ne pas respecter entre elles le jeu de la pleine concurrence. Or, ce qui a été constaté par la cour d'appel de Rouen, c'est une relation classique de client à fournisseur dans laquelle l'un des deux partenaires économiques peut avoir un pouvoir de négociation supérieur à l'autre. Admettre dans ce cas l'applicabilité de l'article 57 du CGI reviendrait à élargir considérablement le champ de cet article puisque les relations économiques entre des entreprises de tailles différentes son manifestement courantes. Tel n'est pas l'objet de l'article 57 du CGI, dont le caractère très limité résulte au demeurant du sens littéral de la notion de lien de dépendance ».

La démarcation du lien de dépendance exclut ainsi le pouvoir léonin que peuvent avoir certaines sociétés sur d'autres, tributaires, par le jeu même de la concurrence, du rôle-clé des premières dans le processus de commercialisation. Corrélativement, il s'agit d'une démarcation nette, entre un sens littéral de la notion de dépendance entendue comme la soumission à un pouvoir de commandement, et un sens plus diffus correspondant à une influence.

Ici apparaît, à notre avis, une distinction entre la logique juridique de rectification et la logique de référence à la pleine concurrence. Intuitivement, on peut en effet comprendre que le jeu de la concurrence peut être faussé de manière plus ou moins forte, en fonction du degré d'influence qu'un acteur exerce sur l'autre. Cela vaudrait hors des groupes, dans les relations d'influence que nous venons de décrire, mais aussi à l'intérieur des groupes, ce qui est plus important pour notre propos. Car, dans un tel cas, on peut imaginer que la pleine concurrence puisse être atteinte de manière spontanée dans certaines configurations où la dépendance interne n'induit pas de distorsion du rapport d'échange, par exemple lorsque la filiale bénéficie d'une certaine autonomie. A l'inverse, il y aurait des cas où la dépendance induirait par elle-même une optimisation des prix de transfert, comme lorsque le groupe restructure ses fonctions en les répartissant entre des filiales organisées selon une politique précise de prix de transfert. Entre ces deux extrêmes, tout un *continuum* existerait alors de situations plus ou moins convergentes avec la pleine concurrence.

Mais le droit de la rectification ne tolère pas une telle continuité et trace une frontière linéaire entre le domaine du commandement et le domaine de la liberté de gestion des filiales. Tout se passe comme si la frontière juridique permettait de délimiter un univers où la pleine concurrence est présumée, et un univers où, au contraire, c'est l'optimisation fiscale qui est supposée. Essayons de vérifier cette hypothèse.

2. La dépendance inopérante en matière de liberté de gestion

Dans le dispositif de l'article 57, la question du lien de dépendance est sans incidence sur celle du transfert de bénéfices proprement dit. Une décision SA X de 1983²⁸¹ illustre ce mécanisme. L'administration avait réintégré dans les résultats de la société X le montant des intérêts versés par celle-ci à une société suisse dont elle était filiale, en rémunération d'une avance consentie pour l'acquisition de matériel informatique qu'elle lui vendait et que la

²⁸¹ CE n° 34516 du 4 novembre 1983, SA X, 8e et 7e s.-s., publiée au recueil.

société commercialisait en France sous forme de location à des clients. Le service avait toutefois regardé comme des facilités commerciales normales les intérêts afférents au premier semestre d'avances, et avait opéré le redressement sur les intérêts excédentaires. Il faisait valoir que le montant des avances excédait le montant du capital social, contrairement aux dispositions de l'article 212 du CGI. Subsidiairement, l'administration entendait prouver que les intérêts correspondaient en partie à un transfert de bénéfices au sens de l'article 57.

Mais, contrairement au lien de dépendance de l'article 57, l'article 212 applicable au litige vise les « *intérêts afférents aux sommes que les associés laissent ou mettent à la disposition de la société* » sous réserve, « *en ce qui concerne les associés ou actionnaires possédant, en droit ou en fait, la direction de l'entreprise, que... ces sommes n'excèdent pas, pour l'ensemble desdits associés ou actionnaires, le montant du capital social* ». La question était donc de savoir si la présence d'une personne physique était nécessaire, ou si la dépendance à l'égard d'une personne morale suffisait : l'administration se fondait sur la dépendance financière entre la société française et sa mère suisse, mettant cette dernière « à même » d'assurer la direction de la société française.

Le Conseil d'Etat met toutefois en échec cette démonstration à laquelle manquait l'existence d'une personne physique représentant la société mère dans les instances de la filiale²⁸². A cet égard, s'il est vrai qu'un administrateur était en l'espèce susceptible d'exercer les fonctions, les circonstances de sa présence ne permettaient pas de l'attester²⁸³. En l'absence de personne physique pour représenter la société dominante, le plafond de déductibilité des intérêts prévu à l'article 212 n'était pas applicable.

L'intérêt de cette décision est de révéler l'objet du lien de dépendance en matière de comparabilité :

²⁸² *Ibid.* Le Conseil d'Etat juge ainsi que, « pour qu'un associé, personne morale, soit regardé comme le dirigeant d'une société filiale, ... il faut qu'il soit représenté, au sein de cette société, par une personne physique qui tout en étant soit le dirigeant de droit de la filiale, soit son dirigeant de fait dans la mesure où il participe étroitement à la direction même de la société et où il exerce le contrôle effectif et constant des activités de l'entreprise apparaisse comme le simple mandataire de l'associé personne morale ».

²⁸³ *Ibid.* La Haute Assemblée relève « que, si l'administration invoque, à l'appui de sa position, la circonstance que l'un des quatre membres du conseil d'administration de la société requérante était le précédent directeur général de la société suisse Y..., elle n'apporte aucun élément précis établissant que cet administrateur, dont il n'est pas contesté qu'il avait été désigné à titre personnel antérieurement à la création de la société suisse, eût exercé, au cours des années d'imposition en litige, au sein de la société française, d'autres activités que celles résultant des pouvoirs généraux de décision et de contrôle reconnus par la loi aux membres du conseil d'administration d'une société anonyme, lesquels pouvoirs ne peuvent être regardés comme un pouvoir de décision ».

- d'une part, en effet, on observe une étanchéité entre la condition de dépendance et la qualification du transfert de bénéfices. En l'espèce, le service avait réuni des éléments précis pour tenter d'établir la condition de contrôle de l'article 212, plus restrictive que la condition de dépendance de l'article 57. Quoique vains pour l'application de l'article 212, ces éléments attestaient, de la part du groupe, d'une capacité d'ingénierie financière qui révélait une véritable décision faisant prévaloir l'intérêt du groupe contre la juxtaposition des intérêts sociaux. Cela aurait pu concourir au débat sur la présomption de transfert en faisant naître non pas directement cette présomption, mais une « *précaution spéciale* », pour employer les termes de Philippe Martin, dans l'étude du dossier²⁸⁴. La jurisprudence ne prend pas ce parti : les dispositions de l'article 57 posent la condition de dépendance et la condition de transfert comme indépendantes l'une de l'autre, et le juge en déduit, implicitement, une clause d'inopérance mutuelle ;

- d'autre part, la délimitation du groupe par le lien de dépendance traduit un principe de substance, mais limité. En effet le Conseil d'Etat écarte les arguments du ministre qui cherchait à établir l'anormalité des charges financières²⁸⁵. Il juge en particulier que la situation « *ne permettait pas à la société française, en l'état de ses fonds propres, de financer ses achats sans recourir au crédit* ». Le recours aux avances litigieuses apparaît ainsi comme une fatalité dans la situation de l'espèce ; le vrai choix se situant en amont, au stade de la détermination des fonds propres voire de la fixation des statuts. Le juge entreprend donc de limiter volontairement le principe de comparaison, en estimant que la situation des sociétés

²⁸⁴ Cf. sur ce point les conclusions du Président Martin sous CE n° 68799, 70814 du 18 mars 1994, Sté Sovemarco-Europe, 9e et 8e s.-s., RJF 5/94, n°532, concl. Ph. Martin p. 290 et s : « *ce critère du lien de dépendance est destiné à caractériser des situations particulières dans lesquelles une entreprise a la capacité de dicter à une autre des conditions économiques défavorables à l'entreprise dépendante mais correspondant à l'intérêt de l'entreprise dominante ou du groupe. C'est une situation particulière de rapport de domination qui justifie la précaution fiscale prise à l'encontre d'entreprises qui sont spécialement susceptibles de ne pas respecter entre elles le jeu de la pleine concurrence. Or, ce qui a été constaté par la cour d'appel de Rouen, c'est une relation classique de client à fournisseur dans laquelle l'un des deux partenaires économiques peut avoir un pouvoir de négociation supérieur à l'autre. Admettre dans ce cas l'applicabilité de l'article 57 du CGI reviendrait à élargir considérablement le champ de cet article puisque les relations économiques entre des entreprises de tailles différentes son manifestement courantes. Tel n'est pas l'objet de l'article 57 du CGI, dont le caractère très limité résulte au demeurant du sens littéral de la notion de lien de dépendance* ».

²⁸⁵ Cf. CE n° 68799, 70814 du 18 mars 1994, Sté Sovemarco-Europe, 9e et 8e s.-s. Le juge relève « *qu'il ne résulte pas de l'instruction que les avances dont s'agit aient été recherchées par la société requérante dans un intérêt autre que celui de l'entreprise, dès lors que le mode de commercialisation choisi, fondé sur la location à des clients du matériel acquis de la société suisse, et le plus couramment utilisé dans le secteur informatique, ne permettait pas à la société française, en l'état de ses fonds propres, de financer ses achats sans recourir au crédit* ». Par ailleurs, le taux des prêts consentis était inférieur à celui qu'aurait dû supporter la filiale si elle s'était tournée vers les banques ou les établissements financiers pour l'attribution de crédits de même durée.

sous-capitalisées à l'intérieur d'un groupe est par nature incomparable à toute situation de société indépendante²⁸⁶.

Cette limitation révèle l'objet du lien de dépendance en tant qu'instrument de séparation entre l'intérieur et l'extérieur du groupe : il s'agit de séparer le domaine de la pleine concurrence et celui des relations intra-groupes, afin de permettre que seul le premier serve de référence au second en matière de rectification.

*

La séparation du domaine du groupe et du domaine concurrentiel ne conduit toutefois pas à présumer que des entités liées se livrent à l'évasion fiscale²⁸⁷. Par exemple, ne peut constituer un avantage anormal le fait, pour une société française tête de groupe, de supporter des commissions versées en vue de la prise de contrôle d'une société étrangère, même si l'instrument de cette prise de contrôle est une filiale située dans le même Etat²⁸⁸. Le raisonnement est que, si la société avait emprunté à un tiers, la charge correspondante aurait été jugée déductible²⁸⁹.

²⁸⁶ Cf. CE n° 392908 du 21 juillet 2017, Société Thermo Electron Holdings, 9e et 10e chambres réunies., Droit fiscal n° 49/2017, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon : JurisData n° 2017-014586. Dans ses conclusions, Marie-Astrid de Barmon analyse le raisonnement de la décision Andritz, sur laquelle nous revenons au chapitre 2 infra. : « Celle-ci juge en effet que les situations de sous-capitalisation n'entrent pas dans les prévisions des stipulations relatives aux transferts indirects de bénéfices telles que celles de l'article 9 § 1 de la convention franco-américaine, équivalent conventionnel de l'article 57 du CGI, qui, comme le rappelle l'arrêt attaqué, visent à garantir le respect du principe de pleine concurrence en autorisant la réintégration des bénéfices transférés entre entreprises d'un même groupe établies dans des Etats différents dans des conditions s'écartant de celles du marché qui auraient prévalu entre entreprises indépendantes. L'administration peut invoquer l'article 9 § 1 pour contester des taux d'intérêt servis par une société française à une société étrangère liée anormalement élevés par rapport à ceux qui lui seraient demandés par un prêteur indépendant, mais pas pour remettre en cause le choix opéré par une société étrangère de financer sa filiale française par l'octroi d'un prêt plutôt que par une augmentation de capital. La raison justifiant cette frontière étanche que vous avez dressée entre sous-capitalisation et transferts indirects de bénéfices est que ces derniers ne concernent en principe que les transactions entre entreprises d'un même groupe susceptibles de faire l'objet de comparaisons avec celles dont conviendraient des entreprises indépendantes. Or, la question de la sous-capitalisation, c'est-à-dire du niveau des fonds investis par les actionnaires, ne se pose par définition qu'entre entreprises associées : il n'existe sur ce point aucune référence de marché entre entreprises indépendantes. C'est donc dans la droite ligne de la décision Andritz que la cour a affirmé que l'article 9 § 1 de la convention franco-américaine a un champ d'application différent de celui de l'article 212 du CGI ».

²⁸⁷ Cf. CE Plén. n° 52754 du 30 mars 1987, Labo-industrie, RJF 5/1987 n° 589, conclusions B. Martin-Laprade p. 262. Selon le commissaire du gouvernement : « si l'article 57 du CGI appelle à une vigilance particulière dans l'appréciation du caractère normal des opérations "intragroupe" lorsqu'elles sont transfonalières, il ne va pas jusqu'à faire regarder comme anormale (au seul motif qu'elles sont internes à un groupe) des opérations qui seraient normales si elles étaient faites avec un partenaire externe ! ».

²⁸⁸ CE n° 224350 du 5 décembre 2001, min. c/Cie européenne de distribution et de pesage, rapp. Salesse, concl. C. Maugué, (sol. Implicite), au sujet de l'acquisition des parts d'Adidas par la filiale Bernard Tapie Finance GmbH. : En l'espèce, l'administration estimait que la prise de contrôle du groupe Adidas avait profité à la filiale Bernard Tapie Finance GmbH, et non à la société français Bernard Tapie Finance, et que les sommes versées à titre de commission en vue de cette prise de contrôle correspondaient à un acte anormal de gestion et à un transfert de bénéfices. Le débat ne portait plus en cassation que sur une question d'application des dispositions de l'article 111 c.

²⁸⁹ *Ibid.* Selon les conclusions de la présidente Maugué, consultables sur la base Ariane du Conseil d'Etat : « la société BTF avait demandé à la société Clinvest de rechercher d'autres partenaires pouvant contribuer à l'augmentation de

*

* *

L'article 57 apparaît comme l'occasion d'une application d'un principe de substance qui entre en résonance avec son dispositif, tendu vers la comparaison des situations économiques. Cette mise en œuvre est toutefois encadrée :

- par l'effet des normes juridiques extérieures au droit fiscal, qui font prévaloir la primauté de la forme sur la substance ;

- par les règles de définition du référentiel de comparaison. A cet égard, la jurisprudence disjoint nettement les deux ensembles du groupe et de l'indépendance, et refuse de retenir l'existence d'un lien de dépendance comme facteur susceptible d'influencer le jugement en matière de transfert de bénéfices.

capital et au renforcement des fonds propres de sa filiale allemande, ceci en prévision de l'acquisition des titres de la société Adidas. ... Nous estimons qu'une société mère qui finance la recherche de partenaires financiers pour l'une de ses filiales effectue une dépense dans son propre intérêt financier. La société Bernard Tapie Finance n'a cherché qu'à obtenir les moyens lui permettant de financer l'acquisition des titres de la société Adidas, par l'intermédiaire de sa filiale allemande qui constituait un relais pour la réalisation de cette opération. Si la société mère avait adopté une autre démarche et financé l'entière augmentation du capital de sa filiale pour, ensuite, vendre ses parts, la société mère aurait eu des frais de recherche de partenaires dont l'administration ne conteste pas qu'ils auraient été déductibles en charges ».

CONCLUSION DE LA SECTION

L'article 57 présente un objet accessoire, à côté du but poursuivi par le législateur en matière de lutte contre l'évasion fiscale. Il s'agit en effet d'apporter un éclairage sur la qualification des entités impliquées dans l'échange et sur la nature des relations qui les unissent. La forme juridique de ces entités est à cet égard secondaire, pour autant qu'il s'agisse d'entreprises. La primauté de la notion d'entreprise sur la forme statutaire ne traduit toutefois pas une primauté générale de la substance sur la forme. Cette dernière prime au contraire lorsque le statut de la société ou son fonctionnement ont un effet fiscal, comme on a pu le voir en matière de sous-capitalisation.

Par ailleurs, la délimitation des entités du groupe par le lien de dépendance n'obéit pas à un principe de substance mais à une logique de commandement et constitue, de ce fait, une frontière nette entre l'intérieur et l'extérieur du groupe. Cette frontière a pour objet de fixer la référence de pleine concurrence, en prescrivant que la comparaison s'effectue entre une entité intra-groupe et une entité indépendante.

CONCLUSION DU CHAPITRE

Deux conclusions émergent de ce chapitre.

D'une part, et ainsi que nous l'avons supposé, l'article 57 apparaît comme l'instrument privilégié de toute régulation possible des prix de transfert en France. Mais, compte tenu de son objet au regard de la lutte contre l'évasion fiscale, il ne peut concourir à cette régulation que dans la mesure de son pouvoir de rectification.

D'autre part, l'objet de l'article 57 ne se limite pas à la lutte contre l'évasion fiscale. La qualification des entités membres du groupe et la délimitation de ce dernier font partie du dispositif et influencent le référentiel de comparaison. Cette conclusion n'est pas sans effet sur la nature du dispositif, envisagé comme instrument de transposition des stipulations de l'article 9 § 1. En particulier, l'exercice de comparaison induit par la mise en œuvre de l'article 57 ne vise pas tous les types d'entités mais, plus spécifiquement, la comparaison entre une entité liée et une entité indépendante. Par cette comparaison, il ne s'agit donc pas, généralement, d'examiner le bien-fondé des motifs économiques qui animent tout type d'acteur mais, plus spécifiquement, de tester les motifs des entités appartenant à un groupe. Nous devons examiner les conséquences qui en résultent.

Pour avancer dans cette direction, nous pouvons, dans un second chapitre, analyser les effets du dispositif français de rectification.

CHAPITRE 2. LES EFFETS DU DISPOSITIF FRANÇAIS DE RECTIFICATION

Alice de Massais et Raphael Bagdassarian²⁹⁰ estiment que, dans l'affaire Rottapharm²⁹¹, l'administration aurait pu conserver ses rectifications si elles avaient été fondées non pas sur les dispositions du 1 de l'article 39 mais sur celles de l'article 57, qui fait reposer sur la société la charge d'établir que des avantages présumés anormaux ont été consentis dans l'intérêt de son exploitation. On peut rapprocher cette remarque d'une observation formulée par Laurent Olléon à l'occasion d'un colloque consacré à la gestion fiscale des groupes de sociétés²⁹². Selon ce commentateur autorisé, l'acte anormal de gestion et le dispositif de l'article 57 constituent deux bases légales alternatives de rectification, qui donnent à l'administration le choix des armes²⁹³. Ces deux bases légales se distinguent toutefois en matière de preuve : le juge serait plus exigeant envers l'administration en matière d'acte anormal de gestion, en particulier concernant la documentation à produire²⁹⁴.

Il convient donc de s'interroger sur cette spécificité du dispositif de l'article 57 que constitue le mécanisme de présomption, et sur ses effets en matière de rectification des situations problématiques de prix de transfert. On peut formuler l'hypothèse qu'une telle particularité procédurale introduit un mécanisme de coopération entre l'administration et le contribuable dans la régulation des prix de transfert. A cet égard, toutefois, il apparaît que les conditions du dialogue sont loin d'être parfaites²⁹⁵.

²⁹⁰ DE MASSIAC, Alice, BAGDASSARIAN, Raphaël, *Coup de frein réaffirmé par le Conseil d'Etat aux immixtions de l'Administration dans la gestion des entreprises*, Droit fiscal n° 16, 16 avril 2015, comm. 268.

²⁹¹ CE n° 369214 du 23 janvier 2015, SAS Rottapharm, 9e et 10e s.-s., rapp. J. Anfruns, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon, mentionné aux tables. Le Conseil d'Etat juge que l'absence de marge commerciale appliqué sur des refacturations de frais à des sociétés liées ne peut, à elle seule, faire présumer le caractère anormal de cette facturation et donc l'existence d'un avantage.

²⁹² Actes du colloque « *La gestion fiscale des groupes de sociétés* », Droit Fiscal 49/2016 - Table ronde sur la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales.

²⁹³ *Ibid.* Laurent Olléon précise : « *Lorsqu'une société est liée à une autre société qui se trouve dans un Etat étranger, et que soit elle achète les produits à un prix trop élevé, soit elle vend à un prix trop faible, l'administration fiscale peut mettre en œuvre l'article 57 du CGI. Mais on est également en présence d'un acte anormal de gestion. C'est même précisément la définition que la jurisprudence donne de l'acte anormal de gestion. L'administration fiscale a là aussi le choix des armes* ».

²⁹⁴ *Ibid.* : « *Quelle est la différence entre les deux ? ... En matière d'acte anormal de gestion, le régime de la preuve est très exigeant pour l'administration fiscale. L'article 57 met en place un système de présomption ... Ce que l'on exige de l'administration fiscale en termes de preuve, pour que la présomption de transfert de bénéfices à l'étranger puisse jouer, est moins lourd en termes de documentation que ce que l'on exige d'elle pour caractériser un acte anormal de gestion* ».

²⁹⁵ DE MASSIAC, Alice, BAGDASSARIAN, Raphael, *Loc. cit.* : « *dans un contexte de transparence fiscale désormais renforcée permettant à l'administration d'obtenir des informations multiples et complémentaires sur l'activité de la*

Nous verrons dans le cadre de ce chapitre que le mécanisme de présomption garantit une parfaite égalité de traitement des prix de transfert par rapport aux autres flux économiques puisque, par le jeu de ce mécanisme, aucune rectification n'intervient qui ne soit fondée sur des preuves (Section 1). Mais cette garantie porte une atteinte directe à la capacité régulatrice de l'article 57 à l'égard des grands problèmes de prix de transfert contemporains (Section 2).

société (fichier des écritures comptables, comptabilité analytique, comptes consolidés, documentation prix de transfert simplifiée) où l'administration tend parfois, en pratique, à mettre en avant ce qui s'apparente davantage à des indices qu'à une preuve véritable de l'anormalité de la gestion pour fonder un redressement, éventuellement assorti de pénalités, avant d'entrer en discussion avec le contribuable à l'issue de la phase de contrôle ».

SECTION 1. EFFETS SUR LE REGIME DE LA PREUVE

Le dispositif de rectification des transferts indirects de bénéfices vers l'étranger semble devoir sa conformité à la Constitution au fait qu'il repose sur un mécanisme de présomption. Nous nous interrogerons donc sur la portée normative de cette présomption de transfert de bénéfices.

A cet égard, nous verrons que ce n'est pas la présomption de transfert elle-même qui présente un caractère constitutionnel, et que cette présomption s'inscrit dans le cadre plus général des relations entre l'administration fiscale et les entreprises (§ 1). Elle revêt toutefois une importance essentielle en matière de distribution des rôles d'acteurs dans la régulation française des prix de transfert (§ 2).

§ 1. NATURE DE LA PRESOMPTION DE TRANSFERT

A. Statut de la présomption de transfert de bénéfices

Nous trouvons dans la décision sur QPC Soutiran²⁹⁶ un éclairage sur la nature de la présomption de l'article 57. Il s'agit en effet d'une présomption simple qui constitue, sinon une exigence constitutionnelle, du moins un élément de la conformité du dispositif aux droits et libertés garantis par la Constitution.

1. Une présomption simple servant de clause de sauvegarde

La présomption de transfert de bénéfices est réfragable. Nous allons voir qu'il s'agit, au plan constitutionnel, d'une mesure d'effet équivalent aux clauses de sauvegarde en matière de fiscalité des transferts de revenus à l'étranger.

Le Conseil d'Etat était saisi dans l'affaire Soutiran d'une question prioritaire de constitutionnalité relative aux dispositions de l'article 57, sur le terrain de l'égalité entre les charges publiques. Sa motivation, pour refuser le renvoi, repose à la fois sur le fait que cette présomption suppose la démonstration préalable par l'administration d'avantages consentis à des sociétés liées²⁹⁷, et sur le fait que le contribuable peut la renverser en démontrant que ces avantages ont été justifiés par des contreparties favorables à l'exploitation²⁹⁸.

Ainsi, les sociétés consentant des avantages, soit à des entreprises situées hors de France avec lesquelles elles entretiennent des liens de contrôle ou de dépendance, soit à des entreprises qui sont soumises à l'étranger à un régime fiscal privilégié se trouvent, pour l'établissement de l'impôt, dans une situation différente des autres sociétés au regard de l'objectif constitutionnel de lutte contre l'évasion fiscale. La différence de traitement prévue par le législateur s'inscrit dans le but qu'il s'est proposé de poursuivre. Il s'agit pour le Conseil d'Etat d'une différence de traitement fondée sur des critères objectifs et rationnels, et par conséquent la question n'avait pas à être renvoyée devant le Conseil constitutionnel²⁹⁹.

²⁹⁶ CE n° 342099 du 2 mars 2011, Soutiran : RJF 6/11 n° 733, conclusions E. Geffray BDCF 6/11 n° 73.

²⁹⁷ *Ibid.* : Selon la décision, « l'article 57 du code général des impôts n'institue de présomption de l'existence d'un transfert indirect de bénéfices ... que lorsque l'administration fiscale a établi... l'octroi d'avantages consentis ».

²⁹⁸ *Ibid.* : « qu'il s'agit d'une présomption simple, que la société contribuable peut combattre en apportant la preuve que ces avantages ont été justifiés par l'obtention de contreparties favorables à sa propre exploitation et ne constituent pas un transfert indirect de bénéfices ».

²⁹⁹ *Ibid.* : « les sociétés consentant des avantages à des entreprises situées hors de France avec lesquelles elles entretiennent des liens de contrôle ou de dépendance ou à des entreprises situées dans un Etat étranger ou dans un territoire situé hors de France dont le régime fiscal est privilégié se trouvent, pour l'établissement de l'impôt, dans une situation différente des autres sociétés au regard de l'objectif de lutte contre l'évasion fiscale ».

Le raisonnement est donc le suivant : premièrement, l'article 57 concourt à la lutte contre l'évasion fiscale ; deuxièmement, celle-ci justifie une différence de régime applicable aux contribuables placés dans une situation à cet égard différente ; troisièmement, l'impératif posé à l'administration de ne faire jouer la présomption que si elle démontre un avantage, et la faculté pour le contribuable de renverser cette présomption, permettent ensemble au contribuable d'éviter l'application des dispositions contestées lorsqu'il n'entre pas réellement dans leurs prévisions ; en conclusion, cette faculté pour le contribuable d'échapper aux dispositions de l'article 57 suffit à établir la constitutionnalité du dispositif au regard de l'article 13 de la DDHC.

Le mode d'emploi, ainsi résumé pour l'article 57, est repris pour l'article 209 B³⁰⁰ dans le cadre de la décision *Sonepar*³⁰¹, par laquelle le Conseil d'Etat avait également refusé de renvoyer la QPC tirée d'une non-conformité des dispositions de l'article 209 B à la Constitution³⁰², sur le même moyen³⁰³.

Il constitue la reprise du raisonnement tenu par le Conseil constitutionnel lui-même sur la QPC *Pierre-Yves M*³⁰⁴, relative aux dispositions de l'article 155 A³⁰⁵. Selon cette décision, l'article 155 A est conforme à la Constitution sous réserve d'une élimination des

³⁰⁰ CE n° 351600 du 2 février 2012, *Société Sonepar*, 9e et 10e s.-s., rapp. S. Larère, concl. P. Collin BDCF 5/12 n°63.

³⁰¹ *Ibid.* : Sur le moyen tiré de la non conformité au principe d'égalité devant les charges publiques, les conclusions du commissaire du gouvernement Pierre Collin renvoient explicitement au précédent *Soutiran*.

³⁰² *Ibid.* : le Conseil d'Etat relève que l'article 209 B a pour objet de dissuader les entreprises passibles de l'impôt sur les sociétés de localiser une partie de leurs bénéfices dans des sociétés établies dans des Etats ou territoires à fiscalité privilégiée. Le I bis de cet article permet en effet d'imposer un contribuable à raison des bénéfices réalisés par un tiers. Toutefois, il résulte des dispositions du II bis que le contribuable peut échapper à cette imposition s'il établit que les opérations du tiers en cause n'ont pas principalement pour objet d'échapper à l'impôt français. Cette condition est réputée remplie lorsque l'entreprise tierce exerce une activité économique effective et qu'elle réalise ses opérations de façon prépondérante sur le marché local. Le Conseil d'Etat en déduit que l'application de l'article 209 B repose sur des critères objectifs et rationnels qui sont proportionnés à l'objectif constitutionnel de lutte contre l'évasion fiscale.

³⁰³ *Ibid.* La société soutenait également que l'objectif de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale ne justifiait l'imposition en France de bénéfices réalisés par des sociétés étrangères que dans les hypothèses où il serait démontré que l'implantation à l'étranger est purement artificielle et uniquement destinée à éluder l'impôt. La Haute Assemblée, suivant son commissaire du gouvernement, écarte ce moyen tiré, implicitement, de la mise en œuvre de la liberté d'établissement. En effet le Conseil constitutionnel admet que la loi, pour des motifs rationnels tirés de la lutte contre l'évasion fiscale, instaure un régime différencié entre contribuables en matière de charges publiques. En l'espèce, le principe n'est pas méconnu, selon le rapporteur public, pour autant que le contribuable puisse renverser la présomption.

³⁰⁴ Décision n° 2010-70 QPC du 26 novembre 2010 ; CE 24 septembre 2010 n° 341573, *Moreau* : RJF 12/10 n° 1218, conclusions J. Boucher BDCF 12/10 n° 134.

³⁰⁵ Décision n° 2010-70 QPC du 26 novembre 2010. Dans sa décision, le Conseil constitutionnel juge que l'article 155 A prévoit, « dans des cas limitativement énumérés, de soumettre à l'impôt la rémunération d'une prestation réalisée en France par une personne qui y est domiciliée ou établie, lorsque cette rémunération a été versée, aux fins d'échapper à l'imposition, à une personne domiciliée ou établie à l'étranger ; qu'ainsi, le législateur a entendu mettre en œuvre l'objectif constitutionnel de lutte contre l'évasion fiscale ; que, pour ce faire, il s'est fondé sur des critères objectifs et rationnels ; que, toutefois, dans le cas où la personne domiciliée ou établie à l'étranger reverse en France au contribuable tout ou partie des sommes rémunérant les prestations réalisées par ce dernier, la disposition contestée ne saurait conduire à ce que ce contribuable soit assujéti à une double imposition au titre d'un même impôt ; que, sous cette réserve, l'article 155 A ne crée pas de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques ».

doubles impositions qui pourraient naître de l'assujettissement des mêmes sommes en France, en cas de reversement entre le contribuable, au sens de l'article 57, et l'entité entre les mains de laquelle les sommes avaient auparavant été assujetties à l'étranger. C'est donc, dans ce cas, en réservant la possibilité d'une clause de sauvegarde au bénéfice du contribuable que l'on admet l'absence de rupture d'égalité devant les charges publiques³⁰⁶.

2. Statut constitutionnel de la clause de sauvegarde

Marc Pelletier soutient que le caractère réfragable des présomptions fait l'objet d'une garantie par la jurisprudence constitutionnelle³⁰⁷. Une telle interprétation rejoint celle du Conseil d'Etat dont l'assemblée générale, avant même la décision QPC Pierre-Yves M., avait disjoint des dispositions du projet de loi de finances rectificative pour 2009³⁰⁸ en recourant à un raisonnement similaire³⁰⁹. Ainsi, il est permis de supposer que la QPC Soutiran aurait été renvoyée au Conseil constitutionnel si la présomption de l'article 57 n'avait pas été réfragable.

Observons toutefois que ce n'est pas le mécanisme de la présomption simple lui-même qui est ainsi garanti. En effet, si le mécanisme de dévolution de la preuve suffit à décider de ne pas renvoyer la question Soutiran, il n'est pas pour autant nécessaire. Ce mécanisme importe, en réalité, en tant qu'il constitue une clause de sauvegarde au dispositif de l'article 57, assurant que font seulement l'objet de rectifications les entreprises dont il est démontré qu'elles ont consenti des avantages dépourvus de contreparties. C'est l'existence d'une clause de sauvegarde, et non à proprement parler le régime de la présomption simple, qui garantit que les contribuables visés à l'article 57 peuvent être réputés appartenir à une catégorie différente de celle des contribuables ne se livrant à aucun transfert de bénéfices au regard de l'objectif de lutte contre l'évasion fiscale.

³⁰⁶ L'article 155 A s'applique en effet lorsqu'une rémunération a été versée, « *aux fins d'éviter l'imposition, à une personne domiciliée ou établie à l'étranger* ». Le contribuable établissant qu'il n'a pas cherché à éluder l'impôt peut ainsi échapper au dispositif en organisant le reversement des sommes indûment placées entre les mains de l'intermédiaire étranger. Dans ce cas, seules sont mises en œuvre les règles d'imposition de droit commun : la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel neutralise le dispositif de l'article 155 A.

³⁰⁷ PELLETIER, Marc, *Principe d'égalité devant les charges publics et article 123 bis du CGI : l'agonie des présomptions irréfragables*, Droit fiscal n° 11, mars 2017, comm. 165.

³⁰⁸ Conseil d'Etat, rapport public 2010, n° 383422. Le gouvernement avait souhaité créer une disposition tendant à l'interdiction de toute charge, sans possibilité de preuve contraire, pour certaines opérations menées depuis des Etats et territoires non coopératifs. Saisie du texte, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat a examiné cette question le 13 novembre 2009 sur le rapport de la Section des finances et disjoint des dispositions.

³⁰⁹ *Ibid.* la fiche de jurisprudence précise : « *Le Conseil d'Etat a considéré que la prohibition de la déduction de toute charge du revenu imposable, sans possibilité d'apporter la preuve de la réalité de l'opération et du caractère non exagéré de la dépense, méconnaissait les règles fondamentales de détermination de l'assiette de l'impôt* ».

Nous pouvons tirer deux conclusions partielles. D’abord, le principe de présomption simple est une composante de la conformité constitutionnelle du dispositif de l’article 57. Cette conformité met en cause la garantie des droits des contribuables et justifie qu’une instance de régulation - le juge - assure l’équilibre entre eux et l’administration. Ensuite, ce n’est pas le mécanisme de dévolution de la preuve lui-même qui est décisif en matière de conformité constitutionnelle, mais son effet au regard de la garantie des droits des contribuables. Si ce mécanisme n’était pas optimal pour la régulation des prix de transfert, il serait théoriquement possible de lui substituer une mesure d’effet équivalent au regard de l’égalité devant les charges publiques.

B. Lien entre les mécanismes de présomption

1. Présomption de normalité et de régularité comptable

Le dispositif de l’article 57 induit une comparaison des valeurs financières du bénéficiaire et des opérations dont ces valeurs sont la contrepartie. La liaison entre ces deux ensembles est assurée par le principe de justification comptable, de sorte que la dévolution de la preuve concernant la substance du transfert de bénéfices s’articule avec les règles de preuve de la réalité des opérations, découlant des dispositions de l’article 54 du CGI³¹⁰. La jurisprudence considère que ces dernières instaurent une présomption de régularité au bénéfice du contribuable lorsqu’il présente les documents commerciaux d’usage³¹¹ mais aussi lorsqu’il justifie de l’existence de ses opérations par tout autre moyen y compris en cours d’instance³¹². Une telle extension profite aux entreprises dans leurs relations internationales,

³¹⁰ Dans le cadre de ces dispositions, le contribuable doit « *représenter à toute réquisition de l’administration tous documents comptables, inventaires, copies de lettres, pièces de recettes et de dépenses de nature à justifier l’exactitude des résultats indiqués dans leur déclaration* ».

³¹¹ Dans le cas d’achats de produits ou de prestations de services, la production de la facture qui doit obligatoirement être délivrée à l’acquéreur en vertu de l’article 31 de l’ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence fait naître une présomption de réalité de la prestation. L’administration qui entend refuser la déduction d’une charge doit alors établir que le produit n’a pas été livré ou que la prestation n’a pas eu lieu (CE 26 juillet 1991, Malguy-Levage, RJF 10/91 n°1280 ; 18 septembre 1998, SARL Diva, RJF 11/98 n°1330).

³¹² CE 11 janvier 1993, SARL Sepemep, RJF 3/93 n°420. ; V. également, pour une justification en cours d’instance : CE n° 401491 du 29 mai 2017, Galerie Ariane A, 8e et 3e chambres réunies, rapp. Petitdemange, concl. Victor : « *La société...a déduit... des charges correspondant notamment à des frais de transport, d’hôtellerie, de restaurant et de spectacle, à des fournitures d’entretien et de petits équipements et à l’achat de matériel informatique. En énonçant, sans autres précisions, que la société se bornait à indiquer que les charges déduites étaient inhérentes à l’exploitation d’une galerie d’antiquités ayant une activité internationale sans fournir les pièces permettant de justifier du principe de la déductibilité de ces frais et que le tableau récapitulatif des frais produit, établi par la société elle-même, ne pouvait tenir lieu de justificatif comptable, alors que la société...avait versé au dossier, devant le tribunal puis à nouveau devant*

par exemple à l'occasion de la rémunération d'intermédiaires à l'exportation³¹³ ou dans le cadre des relations intra-groupes. Dans tous les cas, il est admis que l'intervention d'une entité et l'importance de ses services peuvent être prouvées par tous moyens³¹⁴ permettant de faire présumer l'existence de la charge et sa contrepartie³¹⁵.

L'articulation entre la présomption de régularité et la présomption de normalité est régie par la jurisprudence Renfort Service³¹⁶, dont il résulte que le contribuable doit démontrer la réalité des opérations même lorsque la preuve de leur anormalité repose sur l'administration ; réciproquement, l'administration doit démontrer que des produits ou des éléments d'actif à retenir dans la détermination du bénéfice manquent aux déclarations du contribuable, y compris lorsque ce dernier est taxé d'office³¹⁷. En l'espèce, l'affaire portait

la cour, outre ce tableau récapitulatif, une documentation de six volumes comprenant de très nombreuses factures correspondant aux frais litigieux ainsi que les relevés de compte bancaire justifiant de leur paiement et des éléments d'explication concernant leur affectation professionnelle, la cour a dénaturé les pièces du dossier qui lui était soumis ».

³¹³ CE 18 décembre 1989, Sté Rockwell-Collins France, RJF 3/90 n°114 ; CE 21 janvier 1991, Sté Motte et Porisse, RJF 3/91 n°259 : la production du contrat dont l'exécution suppose le versement d'une commission à un intermédiaire suffit à justifier la régularité de cette commission.

³¹⁴ CE 20 avril 1984, RJF 6/84 n°705 ; CE 27 juin 2001, SA Marignan publicité, RJF 10/01 n°1287.

³¹⁵ CE n° 284719 du 21 mai 2007, min. c/ Sté Sylvain Joyeux, 3e et 8e s.-s., rapp. Cabrera, concl. Glaser, Droit fiscal 46/2007 comm. 946, concl. E. Glaser, RJF 8-9/2007 n°953, RJF 7/2007 chron. O. Fouquet, p. 631.

³¹⁶ CE Plén. n° 34588 du 27 juillet 1984, SA Renfort Service, rapp. Vistel, Renfort service, RJF 10/84 n° 1233, concl. P.-F. Racine p. 562. L'administration avait remis en cause les conséquences d'un contrat entre le bailleur personne physique d'un local, également dirigeant et associé de la société Renfort Service, et cette dernière. Des travaux avaient en effet été financés par la société dans le bâtiment. Le bail en donnait, à l'issue du contrat, l'entière propriété au bailleur, sans indemnité pour la société locataire. Le service n'avait pas remis en cause ces stipulations dans leur effet sur les loyers ou la déduction des frais de travaux. Il avait en revanche cherché à rattraper le redressement à l'occasion de la cession par la société de son fonds de commerce, dès lors que figurait en charges déductibles lors de cette cession les conséquences de l'amortissement pratiqué sur les travaux. Le Conseil d'Etat précise la charge de la preuve en matière d'acte anormal de gestion. Il l'attribue au contribuable, en considération de la nature des opérations en cause, lorsqu'elles induisent des écritures de charges, ce qui exclut notamment les redressements portant sur la valeur de l'actif immobilisé entrant dans le calcul du bénéfice au sens du 2 de l'article 38.

³¹⁷ CE Plén. n° 34588 du 27 juillet 1984, SA Renfort Service. La décision est fichée au recueil Lebon dans la rubrique BIC - Détermination du bénéfice net - sous-rubriques « Principe » et « Charges diverses ». Le fichage indique: « Si l'appréciation du caractère anormal d'un acte de gestion pose une question de droit, il appartient, en règle générale, à l'administration d'établir les faits sur lesquels elle se fonde pour invoquer ce caractère anormal ; ce principe ne peut, toutefois, recevoir application que dans le respect des prescriptions législatives et réglementaires qui, dans le contentieux fiscal, gouvernent la charge de la preuve. A ce sujet, si la détermination du fardeau de la preuve est, pour l'ensemble des contribuables soumis à l'impôt, tributaire de la procédure d'imposition suivie à leur égard, elle n'en découle pas moins, à titre principal, dans le cas des personnes assujetties à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux ou des entreprises assujetties à l'impôt sur les sociétés, de la nature des opérations comptables auxquelles ont donné lieu les actes de gestion dont l'administration conteste le caractère... si l'acte contesté par l'administration s'est traduit, en comptabilité, par une écriture portant, soit sur des créances de tiers, des amortissements ou des provisions, lesquels doivent, en vertu de l'article 38 du code général des impôts, être retranchés des valeurs d'actif pour obtenir le bénéfice net, soit sur les charges de la nature de celles qui sont visées à l'article 39 du même code, et qui viennent en déduction du bénéfice net défini à l'article 38 du code, l'administration doit être réputée apporter la preuve qui lui incombe si le contribuable n'est pas, lui-même, en mesure de justifier dans son principe comme dans son montant, de l'exactitude de l'écriture dont s'agit, quand bien même, en raison de la procédure mise en œuvre, il n'eût pas été, à ce titre, tenu d'apporter pareille justification. En revanche, si l'acte auquel l'administration attribue un caractère anormal s'est traduit en comptabilité par des écritures autres que celles mentionnées ci-dessus, ce qui est le cas, notamment, des écritures qui retracent l'évolution de l'actif immobilisé, avant la constitution des amortissements ou des provisions, il appartient à l'administration d'établir les faits qui donnent,

sur la preuve des opérations dont la valeur contribue à la détermination du résultat imposable. Le Conseil d'Etat juge que l'administration ne peut imposer à un contribuable, sous couvert de justification d'une charge, d'établir que la dépense correspondante n'est pas anormale³¹⁸. Réciproquement, le fait de devoir prouver l'anormalité d'une charge n'oblige pas le service à démontrer qu'elle est comptablement incorrecte dans son principe ou dans son montant. La décision Renfort Service exprime directement cette réciprocité³¹⁹. Les critères de forme et d'anormalité sont également indépendants en matière de produits et de constitution de l'actif immobilisé. Mais, dans ce dernier cas, ils entrent en phase car, dans le droit commun, la preuve de l'anormalité comme de l'incorrection comptable est attribuée à l'administration. Ils sont déphasés seulement en cas d'évaluation d'office, lorsque l'administration est présumée avoir établi les bénéfices imposables, et qu'il appartient au contribuable de démontrer leur caractère exagéré³²⁰.

La décision Renfort Service signifie donc que, dans tous les cas, l'administration doit établir l'anormalité. Parfois cette obligation se double du fardeau de renverser une présomption de régularité comptable ; et parfois la preuve d'anormalité « compense » le fardeau imposé au contribuable par une procédure d'office. Corrélativement, la procédure de l'acte anormal de gestion s'inscrit dans une dialectique plus générale avec la justification des écritures comptables : la règle selon laquelle l'administration doit renverser, par la preuve de l'anormalité, la présomption établie par un contribuable ayant justifié du principe et du montant de ses charges conduit à une obligation symétrique à celle du contribuable chargé de renverser une présomption simple de transfert en démontrant le caractère non exagéré d'un avantage au sens du transfert de bénéfices.

La distinction du critère de fond et du critère de forme montre ainsi que la mécanique de déduction des charges s'apparente à la logique de présomption en matière de transfert de

selon elle, un caractère anormal à l'acte, alors même que, à raison de la procédure suivie, le contribuable devrait démontrer l'exagération de l'imposition contestée ».

³¹⁸ V. en ce sens CE n° 92997 du 8 août 1990, Sté Intertrans, 9e et 7e s.-s., rapp. Fabre, concl Ph. Martin RJF 10/90 n°1252, p. 661.

³¹⁹ CE Plén. n° 34588 du 27 juillet 1984, SA Renfort Service : « *il appartient... à l'administration d'établir les faits sur lesquels elle se fonde pour invoquer ce caractère anormal ; toutefois, ... si l'acte contesté par l'administration s'est traduit, en comptabilité, par une écriture portant, soit sur des ... charges ..., l'administration doit être réputée apporter la preuve qui lui incombe si le contribuable n'est pas, lui-même, en mesure de justifier dans son principe comme dans son montant, de l'exactitude de l'écriture dont s'agit ».*

³²⁰ *Ibid.* : « *si l'acte auquel l'administration attribue un caractère anormal s'est traduit en comptabilité par des écritures ... qui retracent l'évolution de l'actif immobilisé, ... il appartient à l'administration d'établir les faits qui donnent selon elle, un caractère anormal à l'acte, alors même que, à raison de la procédure suivie, le contribuable devrait démontrer l'exagération de l'imposition contestée ».*

bénéfices et relativise la spécificité procédurale de la présomption de transfert. Lorsqu'un contribuable a justifié le principe et le montant d'une charge, il appartient à l'administration d'en démontrer l'anormalité ; ce qui revient à instaurer une présomption de droit à déduction. L'arrêt Boutique 2M explicite cette analogie en matière de déduction des charges³²¹. La société soutenait qu'il appartenait au service de démontrer le bien-fondé de son rappel. L'enjeu du débat concernait la nature des dépenses et leur objet. Dès lors qu'il s'agissait de voyages d'affaires, le Conseil d'Etat fait droit à l'argument du ministre, selon lequel il appartient toujours au contribuable d'apporter la justification du principe et du montant des charges qu'il porte en comptabilité, même si cette justification est requise lorsque le service conteste le caractère normal de la dépense correspondante et supporte, par conséquent, la charge de la preuve. Il en va ainsi parce que, quelle que soit la procédure, seul le contribuable dispose des éléments lui permettant de justifier de charges. La preuve résulte d'abord de la nature des opérations et pèse donc sur la partie qui dispose des informations les concernant. Et le fardeau de la preuve n'est commandé par la procédure que dans la mesure où les règles en la matière le fixent³²².

2. La justification des opérations en fonction des informations détenues

La décision Lebreton³²³ a permis au Conseil d'Etat de clarifier la nature des justifications attendues d'un contribuable en matière de charge. Elle répond de façon à la fois plus spécifique et plus étendue, pour notre propos, que la décision Renfort Service qui tranche la question en distinguant les obligations de preuve touchant à la forme de la charge et celles touchant à sa substance. La Haute Assemblée élabore une argumentation de la preuve par nature qui s'applique aux charges mais que nous croyons pleinement transposable aux

³²¹ CE n° 50020 du 27 juillet 1988, SARL Boutique 2M, rapp. Ph. Turquet de Beauregard, concl. Fouquet, publiée au recueil Lebon.

³²² *Ibid.* : « la détermination du fardeau de la preuve découle, à titre principal, ... de la nature des opérations comptables auxquelles ont donné lieu les actes de gestion dont l'administration conteste le caractère ». En matière de charges, « l'administration doit être réputée apporter la preuve qui lui incombe si le contribuable n'est pas, lui-même, en mesure de justifier; dans son principe comme dans son montant, de l'exactitude de l'écriture dont s'agit, quand bien même, en raison de la procédure mise en œuvre, il n'eût pas été, à ce titre, tenu d'apporter pareille justification ». A cet égard, la société n'était pas en mesure de contester, « s'agissant des frais de déplacements, que ces dépenses correspondent à des frais de voyage effectués en Suède à des fins privées par l'une de ses associées, de nationalité suédoise, employée comme vendeuse ; que, si elle soutient que ces déplacements ont été utiles à l'entreprise en permettant des contacts nécessaires avec le fournisseur, elle n'apporte pas la preuve de ces contacts ».

³²³ CE Section n° 232832 du 20 juin 2003, Société Etablissements Lebreton - Comptoir général de peintures et annexes, RJF 10/03 n° 1140, concl. P. Collin p. 754.

produits. Le considérant de principe rappelle les dispositions du 1^o du 1 de l'article 39³²⁴. Le Conseil d'Etat marque ensuite l'articulation entre le principe *actori incumbit probatio*³²⁵ et le privilège du préalable³²⁶, en généralisant le raisonnement de la décision Boutique 2 M pour poser le principe selon lequel « *les éléments de preuve qu'une partie est seule en mesure de détenir ne sauraient être réclamés qu'à celle-ci* ». Dans ce contexte, l'administration doit avoir en principe la charge de prouver ses rectifications. Mais cette règle déséquilibre à son tour le débat en ce que l'administration ne dispose pas de tous les éléments économiques que possède le contribuable. Le Conseil d'Etat lui apporte donc la limite précitée, conformément aux conclusions de Pierre Collin³²⁷ ; il donne au contribuable, pour apporter la justification qui lui incombe, la possibilité de recourir à tous les éléments suffisamment précis portant sur la nature de la charge en cause, ainsi que sur l'existence et la valeur de la contrepartie qu'il en a retiré³²⁸. En l'espèce était en cause une convention passée par la société avec sa mère, aux termes de laquelle celle-ci percevait des redevances en contrepartie de prestations. Mais la société n'avait pas apporté la preuve d'existence de ces dernières, ce qui aboutit à confirmer les rectifications³²⁹.

³²⁴ Aux termes duquel : « *Le bénéfice net est établi sous déduction de toutes charges, celles-ci comprenant (...) notamment : 1^o Les frais généraux de toute nature (...)* », puis relève « *qu'en vertu des règles gouvernant l'attribution de la charge de la preuve devant le juge administratif, applicables sauf loi contraire, s'il incombe, en principe, à chaque partie d'établir les faits nécessaires au succès de sa prétention, les éléments de preuve qu'une partie est seule en mesure de détenir ne sauraient être réclamés qu'à celle-ci* ».

³²⁵ NCPC, art. 9, Code civil, art. 1315 en matière d'obligations.

³²⁶ CE Section n^o 232832 du 20 juin 2003, Société Etablissements Lebreton - Comptoir général de peintures et annexes, RJF 10/03 n^o 1140, concl. P. Collin p. 754. Dans ses conclusions, Pierre Collin explique à ce sujet : « *si l'administration se trouve généralement en position de défendeur dans le procès administratif, c'est uniquement en raison du caractère exécutoire de ses actes. C'est souvent elle, en réalité, qui, par sa décision, émet une prétention à l'encontre de l'administré dont le juge est appelé à apprécier le bien fondé. Par ailleurs, les éléments de fait nécessaires au juge pour régler le contentieux sont fréquemment entre les mains de la seule administration* ».

³²⁷ *Ibid.* : « *Des deux parties au litige, seul le contribuable dispose des éléments lui permettant d'apporter cette preuve. Exiger de l'administration qu'elle démontre que les charges dont elle refuse la déduction sont dépourvues de contrepartie reviendrait à faire peser sur celle-ci le fardeau d'une preuve négative, ce à quoi vous vous refusez par principe* ». Corrélativement, « *l'asymétrie d'information entre les parties s'oppose, de même, à un régime de preuve objective. Il est donc, en quelque sorte, dans la nature des choses que le contribuable supporte cette charge* ».

³²⁸ *Ibid.* : « *il appartient, dès lors, au contribuable, pour l'application des dispositions précitées du code général des impôts, de justifier tant du montant des créances de tiers, amortissements, provisions et charges qu'il entend déduire du bénéfice net défini à l'article 38 du code général des impôts que de la correction de leur inscription en comptabilité, c'est-à-dire du principe même de leur déductibilité ; qu'en ce qui concerne les charges, le contribuable apporte cette justification par la production de tous éléments suffisamment précis portant sur la nature de la charge en cause, ainsi que sur l'existence et la valeur de la contrepartie qu'il en a retirée ; que dans l'hypothèse où le contribuable s'acquitte de cette obligation, il incombe ensuite au service, s'il s'y croit fondé, d'apporter la preuve de ce que la charge en cause n'est pas déductible par nature, qu'elle est dépourvue de contrepartie, qu'elle a une contrepartie dépourvue d'intérêt pour le contribuable ou que la rémunération de cette contrepartie est excessive* ».

³²⁹ *Ibid.* : La société était liée par une convention avec sa société mère qui lui délivrait en échange d'une redevance forfaitaire un ensemble de prestations d'assistance « *revêtant, pour les unes, un caractère administratif et financier, pour les autres, une nature technique et commerciale* ». L'administration avait rejeté une partie de ces redevances et n'avait admis leur déduction qu'à hauteur de la fraction « *que le vérificateur estimait correspondre aux seules prestations d'assistance technique et commerciale assurées par M. X, président du directoire de la société-mère, qui*

La décision Lebreton, interprétée à la lumière de la jurisprudence postérieure³³⁰, se justifie au regard des principes³³¹ mais aussi de la logique. On peut en effet justifier la position du Conseil d'Etat concernant les charges, par l'absurde, en notant que si un contribuable se trouve en position de ne pas disposer des éléments de nature à établir son intérêt d'exploitation lors de l'enregistrement d'une charge, c'est qu'il ne dispose pas de réel intérêt d'exploitation à exposer cette charge. En d'autres termes, il n'y a pas de formalité impossible à demander d'un contribuable qu'il expose des arguments précis motivant la valeur économique d'une charge, puisque s'il ne dispose pas de tels arguments, il ne peut se justifier à lui-même, non plus qu'à ses actionnaires et à son certificateur des comptes, de l'avoir engagée³³². Dans ce contexte, la décision vaut, à notre sens, au double point de vue du réalisme, de l'équilibre informationnel entre les parties, et de la protection des intérêts économiques dans l'entreprise. Elle rapproche le mécanisme de preuve des opérations d'un dispositif de preuve objective³³³.

exerçait également, à titre gratuit, les fonctions de président-directeur général de la société contribuable ». Les requêtes de la société devant les juges du fond avaient été rejetées. Devant le juge de cassation, elle reprochait à la cour d'avoir, ainsi que l'administration avant elle, estimé que la conclusion de la convention d'assistance justifiant les redevances constituait un acte anormal de gestion, et d'avoir méconnu les règles de dévolution de la preuve. Le Conseil d'Etat confirme l'analyse de la cour qui, « *après avoir relevé que l'administration fiscale faisait valoir, sans être contredite sur ce point, que certaines des prestations d'assistance administrative et financière que la société-mère s'était engagée à fournir à sa filiale en contrepartie des redevances litigieuses avaient, en pratique, été directement assurées par cette filiale ou confiées à des entreprises tierces, s'est fondée sur la circonstance que la Société Etablissements Lebreton - Comptoir général de peintures et annexes ne produisait aucun justificatif précis portant, d'une part, sur les prestations techniques et commerciales effectuées par M. X en qualité de président-directeur général de la société contribuable, en sus de celles dont la justification avait été admise par l'administration, d'autre part, sur la consistance des autres prestations que la société-mère aurait effectivement fournies en exécution de ses engagements* ». Selon la Haute Assemblée, ni l'administration ni les premiers juges n'avaient écarté comme anormal le contrat de redevance : « *par les motifs sus-analysés, la cour a ... écarté le moyen ... de ce que l'administration fiscale se serait bornée ... à contester le caractère normal de la redevance* ». En revanche, la décision montre bien que la cour, en relevant que certaines prestations prévues au contrat n'avaient pas eu lieu, en déduisait que le contribuable devait fournir des justificatifs substantiels de l'assistance reçue pour démontrer que les charges dont il prétendait poursuivre la déduction avaient une consistance économique.

³³⁰ CE n° 284719 du 21 mai 2007, min. c/ Sté Sylvain Joyeux, 3e et 8e s.-s., rapp. Cabrera, concl. Glaser, Droit fiscal 46/2007 comm. 946, concl. E. Glaser, RJF 8-9/2007 n°953, RJF 7/2007 chron. O. Fouquet, p. 631.

³³¹ CE Section n° 232832 du 20 juin 2003, Société Etablissements Lebreton - Comptoir général de peintures et annexes, RJF 10/03 n° 1140, concl. P. Collin p. 754. Dans ses conclusions, Pierre Collin fait ainsi dériver le régime de preuve de règles de procédure inhérente au système déclaratif : « *Tout système déclaratif repose en effet sur une certaine présomption de régularité de la déclaration, et celui qui en conteste les conséquences doit combattre cette présomption. Il en découle que la charge de la preuve est intimement liée à la procédure suivie. Lorsque l'administration fiscale rectifie les bases d'imposition par la voie de la procédure de redressement contradictoire et que le contribuable a refusé les redressements, il appartient ainsi à la première de démontrer le bien fondé de ses prétentions. A l'inverse, lorsque le contribuable conteste une imposition établie d'après ses propres déclarations, il supporte la charge de la preuve* ».

³³² On peut ajouter, dans le contexte de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, qu'une entreprise assujettie aux obligations prévues au II de l'article 17 de cette loi ne pourra pas satisfaire, en l'absence de justificatif précis, à son obligation de mettre en œuvre les procédures prévues au 5° de ce II « *destinées à s'assurer que les livres, registres et comptes ne sont pas utilisés pour masquer des faits de corruption ou de trafic d'influence* ».

³³³ V. sur ce point CE n° 387975 du 13 décembre 2017, société Office Dépôt Participations France, rapp. Champeaux, concl. Bokdam-Tognetti : « *Lorsqu'une entreprise a déduit en charges une dépense réellement supportée, conformément à une facture régulière relative à un achat de prestations ou de biens dont la déductibilité par nature n'est pas contestée par l'administration, celle-ci peut demander à l'entreprise qu'elle lui fournisse tous éléments*

Ce raisonnement est-il transposable aux produits ? La question se présente différemment lorsqu'on envisage non pas le produit dans son ensemble, mais ses éléments constitutifs c'est-à-dire, schématiquement, un coût de production et une marge. Dans ce cas en effet, il nous semble que la question se dédouble : lorsque l'administration estime que la société aurait dû percevoir un produit, elle doit le prouver ; mais lorsque l'existence du produit n'est pas contestée, nous trouverions logique que le contribuable soit réputé être la partie qui dispose des éléments permettant d'en expliquer les composantes sous forme de coût et de marge, alors que l'administration ne dispose pas de tels éléments. La combinaison des jurisprudences Renfort Service et Etablissements Lebreton ferait alors reposer le fardeau de la preuve sur le contribuable, tout en lui permettant de produire, par transposition de la jurisprudence Marignan publicité³³⁴, tout élément précis de détermination des composantes du produit.

Reste en définitive à se demander pourquoi le transfert de bénéfices est régi par un mécanisme de présomption³³⁵, alors que la preuve objective est la règle en droit administratif³³⁶. La réponse tient à notre avis au caractère inadéquat d'un mécanisme de preuve objective dans un contentieux qui fait suite au privilège du préalable, où les faits sont complexes et où l'information est un bien rare. Le même mécanisme dialectique entre le contribuable et l'administration, entre la justification et la normalité, s'applique d'ailleurs, de manière générale, en matière de déduction des charges³³⁷.

d'information en sa possession susceptibles de justifier la réalité et la valeur des prestations ou biens ainsi acquis. La seule circonstance que l'entreprise n'aurait pas suffisamment répondu à ces demandes d'explication ne saurait suffire à fonder en droit la réintégration de la dépense litigieuse, l'administration devant alors fournir devant le juge tous éléments de nature à étayer sa contestation du caractère déductible de la dépense. Le juge de l'impôt doit apprécier la valeur des explications qui lui sont respectivement fournies par le contribuable et par l'administration ».

³³⁴ CE 20 avril 1984, RJF 6/84 n°705 ; 6 janvier 1986, RJF 2/86 n°154 ; CE 27 juin 2001, SA Marignan publicité, RJF 10/01 n°1287 : l'intervention d'une entité et l'importance de ses services peuvent être prouvées par tous moyens.

³³⁵ CE Section n° 232832 du 20 juin 2003, Société Etablissements Lebreton - Comptoir général de peintures et annexes, RJF 10/03 n° 1140, concl. P. Collin p. 754. Dans ses conclusions, Pierre Collin note : « Dans les contentieux dont l'issue dépend de l'appréciation portée sur les faits de l'espèce, auxquels le juge n'a accès qu'au travers des parties, la question de la charge de la preuve revêt une importance déterminante. Lorsque le dossier ne contient pas d'éléments permettant au juge de se forger une conviction absolue, la solution intervient nécessairement au détriment de la partie à laquelle incombe cette charge ».

³³⁶ *Ibid.* : « Au demeurant, le juge administratif ne retient que rarement de la charge de la preuve une conception conduisant mécaniquement à la solution du litige pour lui préférer une approche objective fondée sur l'instruction. Ainsi que le rappelait Maxime Letourneur dans ses conclusions sous l'arrêt Barel : "le juge administratif, en matière d'excès de pouvoir, sans mettre la preuve exactement à la charge du requérant ou de l'administration, apprécie librement au vu de l'ensemble du dossier si les faits allégués par l'un ou par l'autre peuvent être regardés comme établis ou exacts" » - Cf. CE Ass., 28 mai 1954, Barel, p. 308, RDP 1954.509 concl. Letourneur.

³³⁷ CE n° 284719 du 21 mai 2007, min. c/ Sté Sylvain Joyeux, 3e et 8e s.-s., rapp. Cabrera, concl. Glaser : « la seule circonstance que l'entreprise n'aurait pas suffisamment répondu à ces demandes d'explication ne saurait suffire à fonder en droit la réintégration de la dépense litigieuse, l'administration devant alors fournir devant le juge tous

Il y a donc un lien direct entre la recherche d'un équilibre entre l'administration et le contribuable en matière d'accès à l'information, d'une part, et la régulation juridictionnelle des prix de transfert, d'autre part. Le recours à une dialectique entre les parties doit, dans cette perspective, se comprendre comme une composante de l'équilibre. Pour le juge, il ne s'agit pas d'exiger une démonstration absolue de la part de l'un ou de l'autre ; mais de lui imposer, selon la formule du Président Arrighi de Casanova dans ses conclusions relatives à l'affaire Prodès International³³⁸, de « *mettre la vraisemblance de son côté* »³³⁹.

*

* *

Le statut particulier accordé au juge, arbitre de la preuve, n'a-t-il pas un effet pervers, en retour, sur la qualité des échanges entre l'administration et le contribuable au stade du contrôle ?

La dialectique de la preuve telle que nous l'avons analysée présente en effet, dans le dispositif de l'article 57, une importance réelle mais qui ne tient pas à son statut constitutionnel. La charge imposée à l'administration de prouver un transfert de bénéfices s'articule avec celle, pour le contribuable, de justifier les éléments comptables en sa possession. C'est à l'administration, appuyée par la description comptable fidèle des opérations économiques, de prouver les exagérations sur la base desquelles elle entend rectifier l'impôt. Les parties ont donc un rôle à jouer, chacune, dans la manifestation de la vérité. Sur ce point, nous allons voir que les rôles nécessaires ne sont pas tous bien définis.

éléments de nature à étayer sa contestation du caractère déductible de la dépense ; que le juge de l'impôt doit apprécier la valeur des explications qui lui sont respectivement fournies par le contribuable et par l'administration ».

³³⁸ CE Section n° 111884 du 29 juillet 1994, SA Prodès International, rapp. S. Austray, concl. J. Arrighi de Casanova (publiées à la RJF 10/94 p. 590).

³³⁹ CE Section n° 232832 du 20 juin 2003, Société Etablissements Lebreton - Comptoir général de peintures et annexes, RJF 10/03 n° 1140, concl. P. Collin p. 754. Pierre Collin expose ainsi cette « *dialectique de la vraisemblance* » (selon la formule du président Arrighi de Casanova) : « *vous ne devez pas craindre de faire peser sur le contribuable une obligation qu'il ne serait pas davantage que l'administration en mesure de satisfaire dès lors qu'il peut s'avérer difficile, pour une entreprise, de réunir, parfois plusieurs années après l'exercice en litige, des éléments permettant de démontrer la réalité d'une prestation reçue d'un tiers. Il convient en effet de distinguer le principe que nous vous proposons de confirmer de sa mise en œuvre ou, pour dire les choses autrement, la question de la dévolution de la charge de la preuve de celle de son administration. Poser la règle selon laquelle il appartient au contribuable d'établir la réalité de la contrepartie n'équivaut pas à exiger de celui-ci qu'il produise, dès l'abord, une preuve complète et irréfutable de cette réalité. La dévolution initiale de la preuve a pour seul objet de désigner la partie qui devra fournir les premiers éléments de fait du débat. Il lui incombe, pour reprendre les termes de J. Arrighi de Casanova dans ses conclusions sous la décision SA Prodès International (préc.) "de mettre de son côté la vraisemblance, après quoi il appartient à l'autre partie, selon les mêmes exigences relatives, d'établir le contraire". Celui qui supporte la charge initiale a seulement pour obligation de permettre que la dialectique de la preuve s'engage en avançant des éléments sérieux à l'appui de sa thèse. Il incombe ensuite à l'autre partie de contester ces éléments par des critiques suffisamment étayées. L'échange cesse lorsque des arguments vraisemblables de l'une des parties ne sont pas utilement réfutés par l'autre ».*

§ 2. ADMINISTRATION DE LA PREUVE

La présomption de transfert régit tout particulièrement la mécanique du dialogue devant le juge (A) ; mais elle est sans effet sur le contrôle, et peut même se révéler contre-productive (B).

A. Les rôles bien répartis

1. La charge de la preuve sur le lien de dépendance et le transfert

Quant au lien de dépendance : à défaut de dépendance juridique, la dépendance de fait s'établit par la technique du faisceau d'indices³⁴⁰. Le juge recourt par exemple à cette technique dans une affaire SA Orore de 1975³⁴¹. La SA Orore disposait de plusieurs filiales à l'étranger. Pour certaines d'entre elles, créées et financées par l'actionnaire principal de la société française, le Conseil d'Etat admet l'existence d'un lien de dépendance. Il exclut en revanche les autres filiales du périmètre de dépendance, le ministre se bornant à alléguer qu'un représentant de la société française les contrôlait³⁴². Dans une autre affaire³⁴³, la dépendance de fait est établie entre deux sociétés dont l'une contrôle la marque de l'autre, les modalités de commercialisation de ses produits, et la gestion par le fils du dirigeant de la société mère, actionnaire majoritaire et directeur commercial³⁴⁴. Cette technique du faisceau d'indices reste de jurisprudence constante, comme le montre la décision LifeStand Vivre Debout du 15 mai 2016³⁴⁵. Dans tous les cas, la preuve de la dépendance de fait revient à l'administration. Ce principe est systématisé par la décision Patrex³⁴⁶. Dans cette affaire, la

³⁴⁰ Cf. CE n° 65810 du 3 août 1942 : RO p. 177 ; CE n° 75326 du 23 mars 1953 : RO p. 226 ; CE n° 47515 du 29 janvier 1964 : Dupont p. 253 ; CE n° 62129 du 6 mai 1966 : Dupont p. 340 ; RO p. 159.

³⁴¹ CE n° 77015 du 15 janvier 1975, 7e et 8e s.-s., SA Orore, inédit.

³⁴² *Ibid.* En revanche, jugé que « l'administration n'établit pas que les sociétés Morel sise en Suisse, Isle Vogel en Autriche, Personna en Italie ainsi que deux entreprises depositaires en Grèce et à Chypre étaient dans la même situation de dépendance, en se bornant à alléguer sans en apporter la preuve que ces sociétés étaient contrôlées par le directeur des exportations de la SA Orore ».

³⁴³ CE n° 94758 du 2 juin 1976, Société X, 9e et 8e s.-s., rapp. Kerever, concl. Schmeltz, publié au recueil Lebon.

³⁴⁴ *Ibid.* Selon la décision : « Le sieur A. était propriétaire de la marque N sous laquelle étaient fabriqués les électrophones automatiques produits par la société B. et il pouvait interdire à tout moment à B. l'usage de cette marque dès lors qu'aucun contrat ne le liait à elle pour son exploitation. A., principal acheteur étranger des appareils fabriqués par B., intervenait en outre dans la gestion de B. et dans la commercialisation.. des appareils..., conjointement avec son fils qui possédait 69 % des parts de B. et assumait les fonctions de directeur commercial de B ». Dans ce contexte, les commissions versées par l'entité française à sa mère sont réintégrées au résultat.

³⁴⁵ CE n° 372097 du 15 avril 2016, Société Lifestand Vivre Debout, 9e et 10e chambres réunies, rapp. J. Anfruns, concl. E. Bokdam-Tognetti. Dans ce cas, « l'essentiel des fonctions confiées à la société LSI continuaient à être exercé par la société LSVD », et « le gérant de la société LSVD exerçait en fait la direction et le contrôle de la société LSI ».

³⁴⁶ CE n° 55543 du 2 novembre 1987, 7e et 9e s.-s., Ministre de l'Economie, des finances et du budget c/ Sté Patrex, rapp. M.-A. Latournerie, concl. B. Martin-Laprade.

société française³⁴⁷ avait acquis divers produits chimiques auprès de laboratoires monégasques qui les importaient d'Allemagne. L'administration avait relevé que le prix auquel Patrex achetait ses produits aux laboratoires monégasques était très nettement supérieur à celui auquel les fabricants français les vendaient eux-mêmes aux sociétés suisses. Il en avait déduit que cela révélait la mise en place par la société Patrex d'un circuit commercial ayant pour objet de lui permettre, sous couvert des sociétés suisses, de bénéficier de prix d'achat réels nettement inférieurs à ceux accusés par sa comptabilité. Mais pour démontrer qu'un tel circuit équivalait à un lien de dépendance, le service faisait valoir seulement que les fournisseurs monégasques en avaient connaissance, et qu'il y avait des liens commerciaux établis entre la société française et l'une des sociétés suisses. Ce faisceau d'indices est apparu trop ténu, notamment parce que le lien commercial entre les entités française et suisse ne concernait pas l'activité objet du litige³⁴⁸.

Quant à la preuve du transfert, elle repose sur l'administration en ce qui concerne, à titre général, le caractère anormal de l'avantage envisagé comme un transfert. La décision Carrefour³⁴⁹ détaille le raisonnement en matière d'engagement anormal de caution³⁵⁰. Ainsi, même si les filiales étaient saines, la société ne justifiait « *pas de l'intérêt qu'elle aurait eu à fournir gratuitement sa caution* »³⁵¹, ce qui suffisait à constituer la présomption de transfert. La prise en compte de l'argument de bonne santé financière des filiales est donc renvoyée en

³⁴⁷ *Ibid.* La société Patrex avait pour activité la commercialisation sur le marché français de produits chimiques d'importation destinés à l'industrie pharmaceutique. Une enquête douanière avait révélé que les produits en cause étaient vendus à l'exportation par leurs fabricants français à deux sociétés suisses qui les revendaient à des sociétés allemandes auxquelles des laboratoires monégasques, fournisseurs de la société Patrex, les achetaient à l'importation.

³⁴⁸ *Ibid.* La Haute Assemblée juge qu'en se bornant à faire état, d'une part, que la société Patrex ne pouvait ignorer que l'approvisionnement de ses fournisseurs monégasques dépendait de ventes à l'exportation par les fabricants français aux sociétés suisses Propharma et Soprochim et, d'autre part, que les dirigeants de la société Patrex avaient accepté une transaction avec l'administration des douanes à la suite d'un jugement du tribunal de grande instance de Paris du 10 juillet 1979 dont les motifs faisaient apparaître l'existence de relations commerciales entre la société Patrex et la société Soprochim en 1971. En effet, les relations en cause ne concernaient pas le circuit d'importation en France des produits chimiques objets du litige fiscal. Dans ce contexte, l'administration ne pouvait être regardée comme établissant « *que la société Patrex ou ses dirigeants de droit ou de fait participaient directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital des sociétés suisses Propharma et Soprochim* ».

³⁴⁹ CE n° 81690, 82782 du 17 février 1992, Sté Carrefour, 9e et 7e s.-s., rapp. Fabre concl. Ph. Martin, publié au recueil Lebon, RJF 4/92 n° 444.

³⁵⁰ *Ibid.* La société soutenait que l'engagement de caution qu'elle avait accordé n'avait pas de risque d'être mis en œuvre, et ne justifiait donc pas de rémunération. Mais la Haute Assemblée note « *qu'en admettant que, du fait de la situation financière saine des filiales, il ait été peu prévisible que l'engagement de caution vint à devoir être exécuté, il n'en résulte pas que cet engagement ne dût pas recevoir une rémunération, calculée en conséquence* ».

³⁵¹ CE, 17 février 1992, Carrefour. Le Conseil d'Etat juge ainsi « *que, par suite, c'est à bon droit que l'administration a estimé que la société anonyme Carrefour avait consenti à ses filiales un avantage constitutif d'un transfert indirect de bénéfices, au sens des dispositions précitées de l'article 57 du code général des impôts* ».

aval, pour l'appréciation du quantum de rectification³⁵². Malgré la qualification d'acte étranger à une gestion normale, le redressement fiscal fait l'objet d'une présomption réfragable reposant sur la démonstration préalable du service. Comme le commente le commissaire du gouvernement François Séners dans ses conclusions sur l'affaire Atys France³⁵³, la mise en œuvre des dispositions de l'article 57 conduit à permettre l'instauration, au profit du service, d'une présomption d'acte anormal de gestion³⁵⁴.

Le mécanisme ainsi décrit est au final identique à celui de l'acte anormal de gestion domestique. Par exemple, dans une affaire SARL Divin, la cour administrative d'appel de Bordeaux³⁵⁵ examinait le cas d'une société qui s'était privée du produit d'une plus-value en application d'un accord non écrit avec sa société mère³⁵⁶. Cet accord prévoyait une limitation de marge au détriment de la société commerciale. La cour juge que s'il appartenait à l'administration d'établir l'anormalité d'une marge qu'elle regardait comme excessivement faible ; il appartenait en revanche à la société, en présence d'une telle marge insuffisante, de prouver qu'elle ne s'était pas livrée à un acte anormal de gestion³⁵⁷. Le schéma est tout à fait

³⁵² *Ibid.* : « eu égard au faible risque que comportaient les engagements de caution souscrits par la société anonyme Carrefour, l'administration ne justifie pas que ceux-ci eussent dû être rémunérés par des commissions d'un taux annuel égal à 1 % des sommes garanties ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de limiter ce taux à 0,25 % ».

³⁵³ CE n° 278738 du 28 avril 2006, 3e et 8e s.-s., Société Atys France, concl. F. Seners BDCF 7/06 n°837.

³⁵⁴ *Ibid.* Selon le commissaire du gouvernement F. Séners, « l'administration a considéré que la prise en charge de ces dépenses incombant normalement aux sociétés étrangères constituait un transfert indirect de bénéfices au profit de ces sociétés appartenant à un même groupe, transfert qui, en vertu de l'article 57 du CGI, est réputé constituer un acte anormal de gestion et doit entraîner la réintégration dans les résultats imposables ».

³⁵⁵ CAA Bordeaux n° 06BX01482 du 16 juin 2008, SARL Divin.

³⁵⁶ *Ibid.* La SARL Divin, négociante en vin liée à une société civile d'exploitation agricole dirigée comme elle par M. Marret, avait réalisé une plus-value de 1,7 MF sur un stock de vin, mais avait reversé le plus gros de cette somme à la SCEA et conservé pour elle un peu moins de 450 000 F. Elle avait comptabilisé la différence en charge, justifiée en comptabilité, par l'application d'un plafonnement de sa marge à 9% du montant des ventes, conformément à un accord non contractuel, mais retracé dans les procès verbaux de son conseil d'administration, en vertu duquel le plafonnement s'appliquait « lorsque le volume des ventes réalisées n'atteint pas la moitié d'une année de récolte moyenne de la SCEA ». La cour relève ainsi que « sa marge est d'autant plus réduite que les volumes commercialisés sont faibles ».

³⁵⁷ *Ibid.* La cour cite les articles 38 et 209 et relève qu'une présomption d'anormalité s'exerce en cas de « renonciation, par une entreprise, à une part de la marge effectivement réalisée lors de la revente de produits, au profit de son fournisseur ». Cette présomption s'exerce nonobstant la charge de la preuve revenant à l'administration concernant « les faits sur lesquels elle se fonde pour estimer que le reversement par une entreprise d'une part de sa marge à un fournisseur constitue un acte anormal de gestion ». Elle ne peut être renversée que lorsque la société est « en mesure de justifier qu'elle a bénéficié en retour de contreparties ». Sur ce point, la SARL reconnaissait que le plafonnement de sa marge pouvait être contraire à ses intérêts de court terme, mais soutenait qu'il garantissait la pérennité de son activité « en ce que la SCEA se serait abstenue, en contrepartie, de rechercher d'autres débouchés commerciaux ». Mais la cour écartait cet argument en relevant que l'exploitation n'avait pris aucun engagement « en faveur de sa cliente, avec laquelle aucun contrat d'exclusivité n'a été conclu ».

comparable à la dialectique de la présomption de l'article 57³⁵⁸, y compris en ce qui concerne les contreparties obtenues en échange de l'octroi d'un avantage anormal³⁵⁹.

2. L'office du juge du fond

Deux mouvements commandent l'évolution de la jurisprudence : d'une part, l'unification du régime de preuve par l'attribution exclusive à l'administration de son fardeau ; et, d'autre part, la séparation nette entre l'appréciation des faits, confiée au juge du fond, et l'office du juge de cassation, généralement cantonné au contrôle de dénaturation.

Sur le premier point, l'uniformité du mécanisme de présomption découle de l'unification de la procédure contradictoire, que la commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires soit saisie ou non. Une affaire jugée en 1975³⁶⁰ montre l'avantage dont bénéficiait alors l'administration³⁶¹. La commission départementale avait en effet validé les taux de marge du service³⁶². Le Conseil d'Etat écarte le moyen de la requérante, faute de comparaison « *prévue au second alinéa de l'article 57 précité du code, entre les taux constatés dans les comptes de la société et ceux que pratiquaient à l'époque les*

³⁵⁸ *Ibid.* Alors que la cour écarte toute assimilation à l'article 57 : elle juge en effet non pertinente la référence « *aux prix de transferts entre entreprises liées* », qu'elle écarte comme une sorte d'objet littéraire incongru « *dont la société fait valoir qu'ils sont recommandés par l'OCDE* ».

³⁵⁹ *Ibid.* La cour ne regarde pas comme inopérant un moyen tiré de ce que la marge réalisée était plus forte qu'elle n'aurait dû être dès lors que le stock de vin en cause avait été acquis à des conditions « *anormalement avantageuses* » de sorte que le mécanisme de plafonnement de sa marge avait simplement permis de « *rétablir l'équilibre* ». Elle juge ainsi « *qu'il ne ressort pas de l'instruction les prix d'achat initialement fixés par les parties aient été insuffisants* ». La difficulté était qu'en effet l'achat du stock de vin avait été effectué auprès de la SCEA, de sorte que la marge en dépendait. Si le prix d'achat était anormalement bas, la marge aurait pu n'être pas normale et justifier, mieux qu'un accord de plafonnement, le reversement au producteur d'une somme correspondant au juste prix de son travail. En d'autres termes, la société disposait de la faculté de revenir sur la liquidation de la marge réalisée, ce qui constituait un motif d'effet équivalent, mais pas identique, à sa critique principale dirigée en faveur du reversement d'une fraction de ce produit. Le contribuable est ainsi recevable à revenir à l'instance sur un produit comptabilisé et regardé comme un acte présumé anormal. En écrivant que les allégations de la société ne « *résultent pas de l'instruction* », la cour fait dépendre son examen d'une sorte de mécanisme de preuve objective qui fait définitivement ressembler cette remise en cause d'un acte anormal à l'examen des contreparties présentées par le contribuable pour justifier l'octroi d'un avantage au sens de l'article 57 du CGI.

³⁶⁰ CE n°s 90788, 91255 du 5 février 1975, 9e et 7e s.-s., rapp. Kéréver, concl. Schmeltz.

³⁶¹ *Ibid.* L'affaire portait sur l'application de l'article 57 servant, à l'époque des faits, à l'assiette de la taxe proportionnelle due par les entreprises qui sont sous la dépendance ou qui possèdent le contrôle d'entreprises situées hors de France. Le Conseil d'Etat cite l'article 57 « *pour l'établissement de la taxe proportionnelle, les bénéficiaires indirectement transférés..., soit par la voie de majoration ou de diminution des prix d'achat ou de vente, soit par tout autre moyen, sont incorporés aux résultats accusés par les comptabilités... - à défaut d'éléments précis pour opérer les redressements prévus à l'alinéa précédent, les produits imposables sont déterminés par comparaison avec ceux des entreprises similaires exploitées normalement* ».

³⁶² *Ibid.* La société était commissionnaire pour le compte exclusif d'une société liée. L'administration avait corrigé l'assiette des commissions en appliquant des prix incluant les coûts d'assurance du fret (CAF) alors que la société avait retenu des prix non franco à bord (FAB). Il lui oppose la mécanique de la charge de la preuve telle qu'elle avait cours à l'époque, selon laquelle le fait que la commission départementale se prononce en faveur de l'administration faisait peser sur le contribuable le fardeau de la preuve.

entreprises similaires »³⁶³. Aujourd'hui, dans le cadre de la procédure contradictoire, la preuve revient toujours à l'administration. Il en résulte un mécanisme en deux temps parfaitement décrit, avant même cette unification procédurale, par le président Fouquet dans ses conclusions sur l'affaire Boutique 2M : « *l'administration démontre-t-elle l'existence d'un avantage accordé par la société établie en France à la société établie à l'étranger ? Si l'administration le démontre..., le contribuable établit-il l'existence d'une contrepartie à cet avantage ... ?* »³⁶⁴.

Sur le second point, le principe d'appréciation souveraine des juges du fond en matière de faits de transfert de bénéfices est l'objet d'une jurisprudence constante³⁶⁵. Une décision du 28 novembre 2012³⁶⁶ montre par exemple la répartition de l'office du juge entre l'appréciation des faits par le juge du fond, sous réserve de dénaturation, et le juge de cassation. L'affaire portait sur les relations entre la Caisse méditerranéenne de financement, établissement bancaire du réseau du Crédit mutuel, et un marchand de biens lié à cette caisse³⁶⁷. Le Conseil d'Etat juge que la cour n'a pas dénaturé les faits en relevant que

³⁶³ *Ibid.* Le Conseil d'Etat en déduit « *que la société n'apporte pas la preuve qui lui incombe de l'exagération des taux admis par la commission départementale* ».

³⁶⁴ CE, Plén. 27 juillet 1988, concl. O. Fouquet RJF 10/88 p. 577, GAJF 4ème éd. n° 52 ; V. aussi CE n° 49 847 du 25 janvier 1989, Sté Hempel, RJF 3/89 n° 274. Ainsi, le considérant de principe pouvait être fixé comme suit : « *ces dispositions, sous réserve que l'administration ait établi l'existence d'un lien de dépendance entre l'entreprise située en France et l'entreprise située hors de France ainsi que des majorations ou minorations de prix, ou des moyens analogues de transfert de bénéfices, instituent une présomption pesant sur l'entreprise passible de l'impôt sur les sociétés laquelle ne peut obtenir, par la voie contentieuse, la décharge ou la réduction de l'imposition établie en conséquence qu'en apportant la preuve des faits dont elle se prévaut pour démontrer qu'il n'y a pas eu transfert de bénéfices* ».

³⁶⁵ V. par ex. CE Section n°s 266436, 266438 du 7 novembre 2005, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ SA Cap Gemini, rapp. E. Crépey, concl. E. Glaser. Le Conseil d'Etat juge que « *c'est sans méconnaître les règles de dévolution de la charge de la preuve que, pour juger mal fondées les impositions litigieuses, la cour administrative d'appel de Lyon, dont l'arrêt est suffisamment motivé, a relevé, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, que la valeur d'usage d'une marque et d'un logo étant susceptible de variations au cours du temps et suivant le marché où ils sont utilisés, le service n'établissait pas, en se bornant à se référer au montant des revenus perçus par la société mère de ses filiales françaises, ou de ses filiales étrangères au cours d'exercices postérieurs aux années en litige, qu'elle avait consenti un avantage en ne percevant aucune rémunération pour leur utilisation sur des marchés où ils étaient encore peu connus, par des filiales parfois issues du rachat d'entreprises y ayant associé leur propre marque* ».

³⁶⁶ CE n° 340971 du 28 novembre 2012, 10e s.-s. jugeant seule, Caisse méditerranéenne de financement, rapp. F. Loloum, concl. D. Hédary.

³⁶⁷ *Ibid.* L'administration avait estimé que la Caisse méditerranéenne de financement, établissement bancaire appartenant au réseau du Crédit mutuel avait commis un acte anormal de gestion en consentant à la SARL Fedimo, société du groupe agissant comme marchand de biens, des avances en compte courant rémunérées au taux de 0,5 % soit un taux inférieur au taux auquel elle-même se refinançait auprès de la Caisse fédérale. Par ailleurs, sur le fondement de l'article 57, le service avait imposé le transfert de bénéfices constitués par le reversement à une agence installée à Monaco des intérêts versés par le Crédit Mutuel méditerranéen à raison du solde positif de son compte courant. Sur le premier point, le Conseil d'Etat relève certes que la Fedimo pouvait, en cas de plus-values, verser à la Camefi un intérêt participatif susceptible de compenser l'avantage reçu sous forme d'avances faiblement rémunérées. Toutefois, le taux de cet intérêt ne pouvait, selon le contrat, excéder le taux de refinancement accordé par la caisse fédérale.

l'administration démontrait que la Camefi avait perçu les sommes de la caisse fédérale pour, ensuite, reverser le produit à l'agence monégasque³⁶⁸.

Le principe d'appréciation souveraine des faits souffre toutefois deux exceptions régies par le contrôle de l'erreur de qualification juridique : d'une part, l'examen du lien de dépendance ; d'autre part, l'existence d'un actif dont la rémunération insuffisante est source de transfert de bénéfices, comme le montre l'affaire eBay s'agissant d'un actif incorporel devant donner lieu au versement de redevances³⁶⁹. Dans cette affaire, était en cause le critère du transfert de bénéfices en matière de renonciation à des redevances d'actifs incorporels. Le Conseil d'Etat, saisi en cassation, n'examinait la question qu'indirectement au travers d'un moyen d'insuffisance de motif dirigé contre l'arrêt de la cour administrative d'appel. La Haute Assemblée fait usage de la règle selon laquelle, en présence d'une formulation différente d'un moyen examiné par le tribunal administratif, le juge d'appel peut se prononcer sur ce moyen par adoption des motifs des premiers juges sans méconnaître le principe de motivation des jugements, prévu à l'article L. 9 du code de justice administrative, dès lors que la réponse du tribunal à ce moyen était elle-même suffisante et n'appelait pas de nouvelles précisions en appel³⁷⁰. L'examen du jugement du TA de Montreuil³⁷¹ permet de vérifier que

³⁶⁸ *Ibid.* La Haute Assemblée écarte ainsi le moyen de la société « dès lors que la requérante s'est bornée devant la cour à nier avoir joué un quelconque rôle et être à l'origine de ce transfert de fonds à l'étranger ».

³⁶⁹ CE n° 369814 du 7 décembre 2016, 9e et 10e chambres réunies, Société eBay France, rapp. J.-L. Matt, concl. E. Bokdam-Tognetti.

³⁷⁰ CE Section n° 267597 du 27 juin 2005, consorts X, publié au recueil Lebon. La décision relève : « *Le tribunal administratif de Montreuil, saisi de conclusions tendant à la décharge des retenues à la source auxquelles la société eBay France a été assujettie au titre des années 2004 et 2005, sur le fondement des dispositions du 2 de l'article 119 bis du code général des impôts, au motif que sa renonciation à percevoir de sa société mère eBay International AG, établie en Suisse, une redevance pour l'exploitation du site internet « ebay.fr », qui n'aurait pas été possible sans la mise à disposition de cette société, par eBay France, du droit d'usage du nom de domaine correspondant, devait être regardée comme un transfert de bénéfices à l'étranger au sens des dispositions de l'article 57 du même code, a jugé qu'en se bornant à soutenir que le nom de domaine n'était qu'une autorisation administrative dénuée de toute valeur et que sa société mère avait remboursé les frais d'enregistrement du nom de domaine auprès de l'AFNIC, la société eBay France n'établissait pas en quoi cette renonciation était justifiée par ses intérêts propres. En l'absence d'éléments de droit ou de fait nouveaux présentés en appel par la société requérante de nature à remettre en cause l'appréciation ainsi portée sur ce point par les premiers juges, la cour administrative d'appel a pu, sans insuffisance de motivation ni erreur de droit, adopter les motifs des premiers juges pour écarter les moyens par lesquels la société requérante contestait l'application des dispositions de l'article 57 du code général des impôts.* »

³⁷¹ TA Montreuil n° 1000879 du 9 février 2012, Société eBay France. Selon les visas du jugement, elle se bornait à soutenir que l'administration lui reprochait à tort de n'avoir pas collecté une retenue à la source, aucune distribution occulte ne pouvant être démontrée. Dans ce contexte, le tribunal relève « *qu'il résulte de l'instruction que la société requérante, qui était sous la dépendance à 99 % de sa société-mère, la société eBay International AG, n'a reçu aucune redevance en contrepartie de la mise à la disposition de cette dernière du droit d'usage du nom de domaine « ebay.fr » ; que, dans ces circonstances, l'administration établit que cette renonciation a constitué un moyen de transférer des bénéfices à l'étranger au sens des dispositions précitées de l'article 57 du code général des impôts ; qu'en se bornant à soutenir que le nom de domaine n'est qu'une autorisation administrative dénuée de toute valeur et que la société mère a remboursé les frais d'enregistrement du nom de domaine auprès de l'AFNIC, la Société eBay France n'établit pas en quoi cette renonciation était justifiée par ses intérêts propres.* »

la société n'avait pas cherché à remettre en cause la valorisation des rectifications en matière de redevance. D'après le jugement du TA de Paris³⁷² sur la même affaire, la société, en concentrant son argumentaire sur l'idée qu'un nom de domaine ne sert que d'autorisation administrative ne justifiant aucune redevance, omettait de combattre la présomption instaurée par le fait qu'elle avait consenti un avantage par nature³⁷³.

L'office des juges du fond sur les faits relatifs à l'article 57 s'accompagne de deux conséquences. D'abord, il implique pour le juge de compléter l'instruction, si nécessaire, par une ordonnance³⁷⁴. Ensuite, les parties doivent réserver leurs nouveaux moyens au litige de fond : le Conseil d'Etat écarte comme irrecevables les moyens nouveaux en cassation³⁷⁵.

B. Les rôles indécis

Une importance particulière s'attache à la procédure fiscale, qui devrait être le lieu d'une répartition des rôles bien établie aux fins de la régulation des prix de transfert. La

³⁷² Cf. TA Paris n° 1001793 du 20 mars 2012, SA eBay France. Il rappelle tout d'abord, conformément au considérant de principe de la décision Labo-Industrie, « que, lorsque l'administration établit l'existence de faits ou d'écritures comptables qui révèlent un transfert de bénéfices d'une entreprise imposable en France à une entreprise située hors de France, ces dispositions instituent une présomption à l'encontre du contribuable qui, par suite, supporte la charge de prouver, quel que soit le déroulement de la procédure d'imposition, que ces faits ou ces écritures sont justifiés par une gestion normale des intérêts propres à l'entreprise imposable en France ».

³⁷³ Ibid. Le jugement relève « que la SA eBay France se borne à soutenir que dès lors que le droit d'usage du nom de domaine eBay.fr était dénué de toute valeur en tant que simple autorisation administrative, elle n'était pas tenue de facturer des redevances d'exploitation à la société suisse eBay International AG ; que, dès lors qu'elle ne fait valoir aucune contrepartie retirée de la renonciation à recettes procédant de l'usage du nom de domaine eBay.fr ; lequel est, ainsi qu'il a été dit, source pérenne de profits, c'est à bon droit que l'administration a estimé que ladite renonciation ne relevait pas d'une gestion normale, faute pour la société requérante de justifier d'un intérêt propre suffisant à l'avoir consentie ; qu'à hauteur d'un montant de 2%, généralement constaté sur les contrats de licence, du chiffre d'affaires correspondant aux opérations réalisées sur le site eBay.fr ; évalué notamment au regard du mode de rémunération de la société eBay France, des déclarations de taxe sur la valeur ajoutée souscrites par la société E Bay International AG sur le portail européen du commerce électronique ou encore des déclarations faites par le dirigeant de la société eBay France sur le journal du Net en septembre 2005, l'administration était donc fondée à regarder les redevances rétribuant le droit d'exploitation du site eBay.fr comme un transfert de bénéfices à l'étranger au sens des dispositions de l'article 57 du code général des impôts précité ». Le tribunal, on le voit, applique bien le mode d'emploi de la présomption en matière d'avantage par nature, en relevant que l'administration avait établi le principe et le montant de cet avantage, en l'espèce par comparaison avec le taux de 2% « généralement constaté sur les contrats de licence ».

³⁷⁴ Si le tribunal administratif ne s'estime pas suffisamment informé, il peut ordonner une expertise à l'effet d'établir que la société française n'a pas consenti d'avantages à sa filiale étrangère. Cf. à ce sujet les indications de l'administration : BOI-BIC-BASE-80-20 n° 350, 18 février 2014.

³⁷⁵ CE n° 409645 du 6 juin 2018, SCS General Electric Medical Systems, 8e et 3e chambres réunies, rapp. Bellulo, concl. Victor, aux tables du recueil. Le débat s'était noué sur la constitution d'un échantillon de comparables. La société cherchait en cassation à se prévaloir de la règle selon laquelle, l'administration instaure la présomption, lorsqu'elle constate des insuffisances ou des exagérations de prix par rapport à ceux des entreprises similaires avec des tiers, à condition que ces insuffisances ou des majorations ne s'expliquent pas par la situation différente des clients ou des fournisseurs en cause. Mais, sur ce point, la Haute Assemblée relève que « le moyen tiré de ce que l'administration n'établissait pas que les sociétés retenues dans l'échantillon acquerraient leur matériel dans les mêmes pays que la contribuable, qui n'est pas d'ordre public, ne peut être utilement soulevé pour la première fois en cassation ».

richesse du corpus des normes procédurales nous interdit une description exhaustive³⁷⁶, qui n'est d'ailleurs pas nécessaire pour notre propos. Il nous suffit en effet d'indiquer que cette richesse normative a pour objet, de manière générale, d'assurer la bonne information du service, la qualité du débat contradictoire, et la réalité des garanties du contribuable.

Les dispositions de l'article L. 13 B du LPF doivent toutefois nous arrêter. On note en effet une différence fondamentale entre elles et celles des articles L. 13 AA et L. 13 AB du même livre : l'article L. 13 B s'inscrit pleinement dans la chaîne d'établissement de l'impôt, alors que l'article L. 13 AA inaugure un corpus d'obligations extra-fiscales. La survenue de telles obligations, que nous examinerons en détail dans notre deuxième partie, peut donc être regardée comme une réponse à l'insuffisance de l'article L. 13 B.

Notre développement consistera donc à mettre en évidence cette insuffisance (1), puis à en déduire les conséquences pour la régulation des échanges d'information de prix de transfert entre l'administration et le contribuable (2).

1. Dévolution de la preuve et collaboration des parties

L'article L. 13 B du LPF³⁷⁷ prévoit que lorsque, au cours d'une vérification de comptabilité, l'administration a réuni des éléments faisant présumer qu'une entreprise a opéré un transfert indirect de bénéfices, elle peut demander à cette entreprise des informations et documents précisant la nature des relations entrant dans les prévisions de l'article 57 entre cette entreprise et une ou plusieurs entités exploitées hors de France, la méthode de détermination des prix de transfert entre cette entreprise et les entités liées, et les éléments qui la justifient ainsi que, le cas échéant, les contreparties consenties, les activités exercées par les entités liées, et le traitement fiscal réservé aux opérations de transfert en cause. Lorsque l'entreprise a répondu de façon insuffisante après mise en demeure³⁷⁸, le service procède à

³⁷⁶ De façon schématique, on peut relever que l'administration dispose de prérogatives d'assiette, décrites aux articles L. 10 et suivants du Livre des procédures fiscales, qu'elle met en œuvre en général dans le cadre de la procédure de rectification contradictoire prévue aux articles L. 57 à L. 61 du même code. Elle collecte à ce titre les informations qui lui sont nécessaires et les complète par l'exercice du droit de communication prévu aux articles L. 81 et suivants, lui permettant d'obtenir une large gamme d'informations lui facilitant la compréhension d'un dossier. L'assistance administrative internationale, organisée par les stipulations rédigées conformément à l'article 26 du modèle de convention de l'OCDE, complète ce dispositif en permettant d'obtenir, en principe, des données de même type en provenance de l'étranger.

³⁷⁷ Inséré par la loi n° 96-314 du 12 avril 1996 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.

³⁷⁸ L'administration adresse une mise en demeure d'avoir à compléter sa réponse dans un délai de trente jours en précisant les compléments de réponse qu'elle souhaite. Le même mécanisme joue depuis l'introduction de l'article L. 13 AA par l'article 22 de la loi n° 2009-1674 du 30 décembre 2009, qui ajoute à l'article 57 un motif de mise en œuvre de l'article L. 13 B en cas de production insuffisante d'une documentation de prix de transfert.

l'évaluation de la rectification sur la base des données dont il dispose, tout en mettant en œuvre la procédure contradictoire³⁷⁹.

L'intérêt de l'article L. 13 B réside dans la mention des termes « *prix de transfert* », au sein de l'alinéa relatif à leur méthode de détermination. Par ailleurs, les quatre rubriques susceptibles d'être couvertes par la demande nous renseignent sur la nature des besoins d'information de l'administration : il s'agit de déterminer le rôle respectif des parties et les implications économiques précises de cette répartition des rôles. Enfin, et surtout, l'article mentionne la présomption de transfert de bénéfices comme préalable à sa mise en œuvre par l'administration ; il fournit donc matière à interrogation sur la signification de cette présomption dans la conduite du contrôle fiscal. Dans le cadre du contentieux, en effet, cette signification est claire puisqu'il s'agit d'organiser le débat équilibré entre les parties, comme nous l'avons vu. Leurs obligations respectives fonctionnent alors comme les colonnes actif et passif d'un bilan, dont la comptabilité serait tenue par le juge. Mais cette logique n'induit aucune obligation mutuelle d'information des parties en amont du litige, avant la mise en recouvrement. Dans le contexte de l'article L. 13 B, la mention de la présomption de transfert de bénéfices ne peut avoir la même conséquence.

En tout état de cause, il devrait s'agir d'une présomption avant mise en recouvrement, et avant même la notification d'une proposition de rectification, raison pour laquelle la mise en œuvre de l'article L. 13 B n'a pas d'incidence sur le déroulement de la procédure contradictoire. L'idée d'une présomption à ce stade n'a donc aucune signification au regard du privilège du préalable. Il faut alors se résoudre à supposer que la présomption mentionnée à l'article L. 13 B est bien la même que la présomption mentionnée au contentieux.

Pour vérifier cette supposition, on peut examiner un cas concret dans lequel l'administration pouvait nourrir une suspicion de transfert. A l'occasion de l'affaire Technipex³⁸⁰, le service avait recouru à l'échange de renseignement avec l'administration fiscale allemande, qui lui avait fourni des indications sur le prix d'achat de jumelles militaires acquises auprès d'une société ressortissante d'Allemagne et revendues par la société française à une société de Jersey. Le service voyait dans les relations entre ces deux dernières entités

³⁷⁹ LPF, art. L. 13 B : « *En cas de défaut de réponse à la demande faite en application de l'article L. 13 B du livre des procédures fiscales, les bases d'imposition concernées par la demande sont évaluées par l'administration à partir des éléments dont elle dispose et en suivant la procédure contradictoire définie aux articles L. 57 à L. 61 du même livre* ».

³⁸⁰ CE n° 345111 du 28 décembre 2012, 3e et 8e s.-s. rapp. A. Egerszegi, concl. E. Cortot-Boucher publiées à Droit fiscal n° 12/2013 comm. 207.

un cas d'emploi de l'article 57, dès lors que la filiale de Jersey avait indirectement profité de la marge constituée sur l'ensemble de l'opération. Compte tenu de la durée de sa procédure, l'administration cherchait à se prévaloir de la prorogation du délai de reprise prévue à l'article L. 188 A du LPF. Dans le contexte de l'affaire, on comprend que le service avait sollicité l'administration allemande pour obtenir les informations qui ne pouvaient pas être obtenue de Jersey. L'administration en avait acquis une conviction concernant les modalités de formation des prix, mais pas de preuve du lien de dépendance entre Technipex et la société de Jersey Hexagon Holdings Ltd. Dans une telle configuration, le Conseil d'Etat refuse la prorogation du délai de reprise³⁸¹. Une telle interprétation signifie-t-elle que l'administration ne pouvait se prévaloir de la prorogation parce qu'elle n'avait pas formé sa présomption de transfert lors de la mise en œuvre de l'assistance administrative ? Selon l'arrêt de la cour, la demande de renseignement auprès des autorités allemandes ne faisait état que de la nature des relations commerciales entre la société française et la société allemande, mais pas d'un lien de dépendance entre elles³⁸². Le rapporteur public met en garde contre l'idée sous-jacente, selon laquelle il faudrait une présomption de transfert préalablement à l'assistance administrative pour bénéficier de l'avantage procédural de la prorogation³⁸³.

³⁸¹ *Ibid.* Le Conseil d'Etat note que l'article L. 188 A constitue une dérogation aux règles de reprise prévues à l'article L. 169 du LPF, et, comme telle, doit être interprété strictement. Il juge ainsi que « l'administration fiscale ne peut se prévaloir de la prorogation du délai de reprise... que si l'objet de la demande adressée à l'autorité compétente d'un Etat ou d'un territoire est de ceux qu'elles mentionnent, notamment s'il concerne les relations d'un contribuable entrant dans les prévisions de l'article 57 du code général des impôts avec une entreprise, une société ou un groupement exploitant une activité ou établi dans cet Etat ou ce territoire, et si les omissions ou insuffisances d'imposition notifiées dans le délai prorogé se rapportent à cet objet ».

³⁸² *Ibid.* L'article L. 188 A du LPF dispose que « Lorsque l'administration a, dans le délai initial de reprise, demandé à l'autorité compétente d'un autre Etat ou territoire des renseignements concernant soit les relations d'un contribuable qui entrent dans les prévisions des articles 57... avec une entreprise, une société ou un groupement exploitant une activité ou établi dans cet Etat ou ce territoire, ..., les omissions ou insuffisances d'imposition y afférentes peuvent être réparées, même si le délai initial de reprise est écoulé, jusqu'à la fin de l'année qui suit celle de la réponse à la demande et au plus tard jusqu'à la fin de la cinquième année qui suit celle au titre de laquelle l'imposition est due ». L'une des conditions de mise en œuvre de cet article est ainsi que la demande de renseignement porte sur des faits entrant dans les prévisions de l'article 57, c'est-à-dire constituant à tout le moins une présomption de transfert de bénéfices entre entités liées. En l'espèce, le Conseil d'Etat juge que la cour n'a pas commis d'erreur de droit à avoir refusé la prorogation du délai de reprise au regard de l'objet de la demande, alors, selon son arrêt, que l'administration, dans sa demande, « se bornait à évoquer des liens commerciaux indirects entre la société Technipex et le fabricant allemand des marchandises en cause » et que cette demande « n'avait pas eu pour objet de rechercher s'il existait entre ces deux sociétés une relation entrant dans les prévisions de l'article 57 ». Le Conseil d'Etat valide ainsi l'interprétation de la cour quant à l'existence d'une présomption préalable à la demande.

³⁸³ Concl. E. Cortot-Boucher, Droit fiscal n° 12/2013 comm. 207, 2013 : « Car cette affirmation de la cour, qui n'est pas contestée par le ministre, ne nous paraît pas aller de soi. A nos yeux, en effet, la lettre de l'article L. 188 A ne s'oppose pas à ce que les "relations" au sujet desquelles est formée la demande de renseignements puissent être purement hypothétiques, et nous hésitons donc à vous proposer de juger qu'elles doivent être présumées compte tenu d'un certain nombre d'indices réunis avant même que la demande soit présentée ».

Pour notre propos, cela signifie que la présomption de transfert au sens de l'article L. 13 B coïncide bien avec la présomption contentieuse de transfert. Mais une telle conclusion pose alors la question de l'effet utile de l'article L. 13 B, voire de sa portée normative.

2. L'absence de mécanisme d'information avant le contentieux

La portée de l'article L. 13 B ne fait pas l'objet d'une jurisprudence abondante, ce qui est déjà une indication sur la faible fréquence de son usage et sur sa pertinence. Par ailleurs, ces dispositions ne s'appliquent plus aux entreprises assujetties aux dispositions de l'article L. 13 AA, depuis l'introduction de ces dernières. Tout au plus peut-on déduire de la jurisprudence que la mise en œuvre de ce dispositif n'est pas obligatoire en matière de contrôle des prix de transfert³⁸⁴, et n'occasionne pas d'inversion de la charge de la preuve³⁸⁵. Sur le fond, la notion de « *bases d'imposition concernées par la demande* » est à rapprocher du premier alinéa de l'article L. 13 B³⁸⁶ : en d'autres termes, les « *bases d'imposition* » désignent non pas l'ensemble des opérations de prix de transfert mais les présomptions de transfert de bénéfices aperçues par le service vérificateur. Il en résulte que ces bases sont à déterminer en référence à d'éventuelles minorations ou majoration de prix ou, « *à défaut d'éléments précis* », par comparaison avec les bases « *des entreprises similaires exploitées normalement* ».

Nous pouvons en conclure que la mise en œuvre de l'article L. 13 B ne change rien à la norme de rectification fixée à l'article 57 et, à la limite, que l'ajout opéré par la loi du 13 avril 1996, faute de modification de la procédure applicable, ne possède pas de valeur normative. De cette innocuité, la mention de la présomption de transfert est la cause évidente. Restreinte au contentieux, une telle présomption peut en effet être regardée comme un régulateur des débats sous le contrôle du juge ; mais, étendue à l'assiette, la garantie du mécanisme de présomption n'a plus de sens.

La clause de sauvegarde justifiant la conformité constitutionnelle de l'article 57 s'explique donc, en définitive, par l'intervention du juge, régulateur exclusif de la rectification des transferts de bénéfices. Le vice de conception de l'article L. 13 B tient à son insertion

³⁸⁴ TA Toulouse n° 0901987 du 9 octobre 2012, SAS Cayla.

³⁸⁵ V. en ce sens CAA de Versailles n° 11 VE03317 Société Tyco Electronics France et n° 11 VE03318, Société Tyco Electronics Holding France tous deux du 12 juin 2014.

³⁸⁶ Lequel dispose : « *Lorsque ... l'administration a réuni des éléments faisant présumer qu'une entreprise ... a opéré un transfert indirect de bénéfices, ... elle peut demander à cette entreprise des informations et documents* ».

dans la chaîne d'établissement de l'impôt : toutes les garanties qu'il offre sont déjà offertes par le contrôle du juge lui-même, et cet article ne sert à rien faute d'imposer une quelconque obligation d'information ou de coopération loyale au contribuable.

C'est dans cette perspective que se comprend l'introduction de règles nouvelles de procédures applicables aux prix de transfert, et en particulier la création des obligations documentaires. Nous verrons toutefois dans la deuxième partie que, selon l'orientation que l'on donne à ces obligations nouvelles, on sert le principe de pleine concurrence ou l'on se borne à réduire les libertés du contribuable.

*

* *

Nous devons réserver l'examen de la substance des obligations déclaratives qui se sont ajoutées à la législation des prix de transfert au cours des dernières années, car leur évaluation nécessite une vue d'ensemble de la question que nous n'aurons qu'à la fin de la présente thèse.

Pour autant nous sommes à présent en mesure de porter un jugement sur le sens de la présomption de transfert de bénéfices pour la régulation des prix de transfert. Cette présomption a pour objet de garantir l'équilibre entre les parties devant le juge, ce qui explique son importance pour la garantie des droits constitutionnels. Elle participe ainsi du principe de rectification des transferts de bénéfices servant à la lutte contre l'évasion fiscale, mais aucunement à la régulation du système des relations entre les parties prenantes à l'équilibre des prix de transfert. En particulier, la procédure fiscale tend, soit à renforcer les outils du contrôle fiscal, soit, à l'inverse, à améliorer la garantie des droits du contribuables. Une telle polarisation n'est pas pour permettre l'instauration d'une coopération entre les acteurs et, partant, une régulation apaisée des prix de transfert.

CONCLUSION DE LA SECTION

La présente section a mis en évidence que le dispositif de l'article 57 ne peut concourir directement à la coopération entre les acteurs, ce qui lui ôte une propriété essentielle dans la recherche d'une régulation harmonieuse des prix de transfert.

Il reste à voir si ce dispositif participe tout de même à la régulation des prix de transfert par l'orientation des comportements. Tel sera l'objet de la seconde section.

SECTION 2. EFFETS SUR LA REGULATION DES PRATIQUES DE PRIX DE TRANSFERT

Nous avons présenté le dispositif de l'article 57 comme principe de rectification et avons d'emblée mis en doute sa capacité, comme tel, à concourir à l'ensemble des objectifs d'équilibre que l'on peut espérer d'un dispositif de régulation des prix de transfert. Au cours de la première section, nous avons renforcé ce doute par l'analyse du mécanisme de présomption, qui conduit à placer l'administration et les contribuables dans une situation non coopérative et rend indispensable l'intervention du juge.

Dans la présente section, nous allons chercher à déterminer si le mécanisme de rectification des transferts de bénéfices influence les comportements, en examinant la relation entre le dispositif de l'article 57 et les schémas d'optimisation fiscale. Après avoir présenté les enjeux de ce problème (§ 1), nous verrons que l'article 57, tel qu'interprété par la jurisprudence, n'apporte qu'une réponse formelle au risque d'optimisation fiscale et ne peut donc réellement prévenir l'évasion fiscale (§ 2).

§ 1. REGULATION DES PRIX DE TRANSFERT ET OPTIMISATION FISCALE AGRESSIVE

Nous examinerons deux cas de planification fiscale agressive et les réponses apportées par le dispositif français de rectification.

A. La sous-capitalisation d'entités dépendantes

1. La sous-capitalisation comme enjeu de régulation des prix de transfert

La sous-capitalisation est un mécanisme propre aux groupes, consistant à optimiser les bénéfices d'ensemble par une réduction de la charge fiscale obtenue au travers d'une concentration des charges financières sur les bénéficiaires des entités exploitant sur le territoire d'Etats à forte pression fiscale. Il s'agit sans l'ombre d'un doute d'une question de prix de transfert. D'abord, parce que la notion de prix de transfert s'applique à tout bien, ce qui couvre les services financiers et le marché des fonds propres. Ensuite, parce que la détermination du niveau d'endettement des entités est une question centrale de politique économique du groupe, dans laquelle la variable fiscale intervient évidemment. Le contrôle des sous-capitalisations pose donc une question de régulation, et fournit l'occasion d'évaluer la pertinence du dispositif de l'article 57.

C'est en effet l'article 57 qui a été pressenti longtemps pour opérer cette régulation. Le dispositif de l'article 212 du CGI, censé prévenir les sous-capitalisations, est resté longtemps inoffensif face à un montage bien organisé. Dans l'attente d'une évolution législative enfin intervenue en 2016³⁸⁷, l'administration n'avait de base légale que celle du transfert de bénéfices. Elle soutenait en effet qu'une entreprise sous-capitalisée devait voir son résultat réévalué en tenant compte des conditions de financement qu'un indépendant, agissant dans des conditions normales, aurait pu obtenir. Il s'agissait, implicitement, de recourir au référentiel de pleine concurrence comme régulateur de la sous-capitalisation, en portant une appréciation sur la répartition entre les fonds propres et les dettes au travers d'une critique des charges induites par la dotation en fonds propres.

³⁸⁷ Date de l'entrée en vigueur de l'article 40 de la loi n° 2015-1786 du 29 décembre 2015 qui a réformé les dispositions de l'article 212.

Le terrain pour un tel raisonnement est en apparence aplani : au regard du droit communautaire, en effet, la Cour de Justice a validé en 2007, par son arrêt *Test Claimants in the Thin Cap Litigation*, la possibilité de régimes restrictifs fondés sur la mise en œuvre du principe de pleine concurrence³⁸⁸. Suivant les conclusions de l’avocat général Geelhoed³⁸⁹, la Grande Chambre admet la compatibilité de tels régimes avec la liberté d’établissement à condition que le contribuable puisse y échapper en prouvant sans charge excessive que son montage poursuivait un but commercial distinct, et à condition que l’Etat mette en œuvre loyalement les procédures d’élimination des doubles impositions pour supprimer les effets de ses rectifications.

Mais la décision *Andritz*³⁹⁰, confirmée récemment par la décision *Thermo Electron Holdings*³⁹¹ porte un coup d’arrêt à cette tentative³⁹². La Haute Assemblée tranche en effet la

³⁸⁸ CJCE (Grande Chambre) C:2007:161 du 13 mars 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* : La Cour de Justice examine en particulier, « *en substance, si les articles 43 CE, 49 CE ou 56 CE s’opposent à une législation d’un État membre qui restreint la possibilité pour une société résidente de déduire, à des fins fiscales, les intérêts versés en rémunération de fonds empruntés à une société mère, directe ou indirecte, résidente d’un autre État membre, alors que cette société résidente n’aurait pas été soumise à une telle restriction si les intérêts avaient été versés en rémunération de fonds empruntés à une société mère résidente de ce premier État membre* ». Elle répond qu’une législation nationale de restriction des sous-capitalisations peut ne porter atteinte que de manière proportionnée à la liberté d’établissement si, d’une part, elle permet au contribuable d’y échapper, sans coût excessif, lorsque son recours au montage répond à une véritable logique commerciale et si, d’autre part, l’Etat met tout en œuvre pour éliminer la double imposition qui résulte de ses rectifications. recourant à une limitation à raison de la mise en œuvre du principe de pleine concurrence : « *Si un régime fiscal tel que celui découlant, pour les situations qui en relèvent, des CDI conclues par le Royaume-Uni paraît, de prime abord, se baser sur un examen d’éléments objectifs et vérifiables permettant d’identifier l’existence d’un montage purement artificiel à des seules fins fiscales, il incombe à la juridiction de renvoi de déterminer, lorsqu’il s’avère que les demanderesse au principal bénéficiaient d’un tel régime, si celui-ci leur permettait, au cas où leurs transactions ne remplissaient pas les conditions fixées par la CDI pour évaluer leur conformité avec le critère de la pleine concurrence, de produire des éléments concernant les éventuelles raisons commerciales sur lesquelles se basaient ces transactions, sans être soumises à des contraintes administratives excessives* ».

³⁸⁹ *Ibid.* L’avocat général Geelhoed conclut que « *l’article 43 CE ne s’oppose pas au maintien en vigueur et à l’application de dispositions fiscales nationales... qui imposent des restrictions fondées sur le critère de pleine concurrence à la possibilité pour une filiale résidente du Royaume-Uni de déduire... les intérêts d’un prêt payés à une société mère directe ou indirecte non résidente, alors que la filiale n’aurait pas été soumise à de telles restrictions si la société mère avait été résidente du Royaume-Uni, 1) pourvu que la filiale garde la possibilité de démontrer, sans que cela représente une charge excessive pour elle, que la transaction a en fait été réalisée pour des raisons authentiquement commerciales, autres que l’obtention d’un avantage fiscal, et 2) pourvu que le Royaume-Uni veille à ce que toute requalification qu’il effectuerait des intérêts versés par la filiale fasse l’objet d’une reconnaissance réciproque par l’État de résidence de la société mère* ».

³⁹⁰ CE Section n° 233894 du 30 décembre 2003, SA *Andritz*, rapp. F. Béreyziat, concl. G. Bachelier.

³⁹¹ CE n° 392908 du 21 juillet 2017, Société *Thermo Electron Holdings*, 9e et 10e chambres réunies.

³⁹² CE Section n° 233894 du 30 décembre 2003, SA *Andritz*, rapp. F. Béreyziat, concl. G. Bachelier. La société *Andritz Sprout Bauer* avait été assujettie à des rappels d’impôt sur les sociétés au titre de la réintégration d’une fraction des intérêts versés à sa mère autrichienne *Maschinen Fabrik Andritz AG*, en contrepartie d’avances en compte courant. Le tribunal administratif d’Orléans avait déchargé ces rappels. La cour administrative d’appel avait accueilli le recours du ministre. Après une vaine tentative d’asseoir le rappel sur le fondement de l’article 212, le ministre essaya de maintenir les impositions litigieuses sur le fondement de l’article 57.

question en refusant que les dispositions régissant le transfert de bénéfices puissent servir à remettre en cause un choix de répartition entre dette et fonds propres³⁹³.

Il convient d'examiner les raisons de ce choix juridictionnel.

2. Inopérance du référentiel de pleine concurrence en matière de capitalisation

Au point de départ de la position retenue par la jurisprudence, on retrouve l'idée déjà rencontrée que les arguments tirés du principe de pleine concurrence, des stipulations conventionnelles, ou de la doctrine de l'OCDE en matière de prix de transfert ou de sous-capitalisation sont sans effet en droit français en raison du principe de subsidiarité. Ainsi, dans la décision Andritz, la Haute Assemblée cite le paragraphe 5 de l'article 6 de la convention franco-autrichienne, qui applique à la sous-capitalisation les règles de l'article 9 § 1³⁹⁴; ainsi que celles de l'article 17-A-IV de la même convention, qui permettent d'en tirer les conséquences en matière de déduction des intérêts d'emprunt excédentaires³⁹⁵. Mais le Conseil d'Etat juge que ces stipulations sont dépourvues de tout effet non seulement en matière d'assiette mais même, pourrait-on dire, comme élément de contexte pour l'application de l'article 57.

L'exclusion des stipulations conventionnelles comme élément direct ou indirect de base légale d'une rectification condamne par avance les tentatives auxquelles s'est livrée l'administration, après la décision Andritz, de s'appuyer sur les dispositions du I de l'article 209, en tant qu'elles assujettissent les revenus attribués à la France par une convention fiscale internationale, pour faire indirectement entrer dans le dispositif les acquis de la littérature de

³⁹³ *Ibid.* « Les dispositions précitées de l'article 57 du code général des impôts n'ont, pas davantage que les stipulations de l'article 6 § 5 précité de la convention franco-autrichienne, pour objet ou pour effet d'autoriser l'administration fiscale à apprécier le caractère normal du choix opéré par une entreprise étrangère de financer par l'octroi d'un prêt, de préférence à un apport de fonds propres, l'activité d'une entreprise française qu'elle détient ou contrôle et à en tirer, le cas échéant, de quelconques conséquences fiscales ».

³⁹⁴ *Ibid.* L'article 6 § 5 de la convention franco-autrichienne prévoyait : « Lorsqu'une entreprise établie dans l'un des deux Etats, du fait de sa participation à la gestion ou au capital d'une entreprise établie dans l'autre Etat, accorde ou impose à cette dernière, dans leurs relations commerciales ou financières, des conditions différentes de celles qui seraient faites à une tierce entreprise, tous les bénéfices qui auraient dû normalement figurer dans le bilan de l'une des entreprises, mais qui ont été de la sorte transférés à l'autre entreprise peuvent... être ajoutés aux bénéfices de la première entreprise qui sont soumis à l'imposition ».

³⁹⁵ *Ibid.* L'article 17-A-IV de la convention franco-autrichienne prévoyait : « Si par suite de relations spéciales existant entre le débiteur et le créancier ou que l'un et l'autre entretiennent avec des tierces personnes, le montant des intérêts payés, compte tenu de la créance pour laquelle ils sont versés, excède celui dont seraient convenus le débiteur et le créancier en l'absence de pareilles relations, les dispositions du présent article [organisant l'imposition des intérêts versés dans l'Etat de résidence du créancier] ne s'appliquent qu'à ce dernier montant. En ce cas, la partie excédentaire des paiements reste imposable conformément à la législation de chaque Etat et compte tenu des autres dispositions de la convention ».

l'OCDE en matière de sous-capitalisation et notamment de son Rapport de 2010 sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables.

Les stipulations conventionnelles, en définitive, permettent de porter un regard sur la sous-capitalisation, mais l'administration ne peut aller plus loin³⁹⁶. Un jugement de 2007 du Tribunal administratif de Caen³⁹⁷ met en évidence le même raisonnement. Le service faisait valoir qu'il n'y avait pas eu acquisition, mais apport en jouissance de la part des associés, et que les titres étaient restés la propriété des associés britanniques d'une holding française. Le tribunal, relevant que l'administration avait renoncé à invoquer, contrairement aux motifs qu'elle avait avancé en cours de contrôle, des motifs tirés de la sous-capitalisation de la société, se retrouve sur le terrain mieux maîtrisé de l'acte anormal de gestion causé par l'octroi d'un avantage dépourvu de la contrepartie qu'aurait procuré à la société la propriété des titres³⁹⁸.

Surtout, trois décisions du Conseil d'Etat de 2014 déjà évoquées confirment l'impasse du recours à l'article 57 dans le cas, respectivement, d'établissements stables de sociétés italienne, allemande et portugaise³⁹⁹. Le service avait cherché à faire valoir que les charges financières des succursales ne pouvaient excéder le niveau résultant de l'application d'un ratio de fonds propres rapportés aux dettes, calculé sur la base de la moyenne du groupe. Par référence à la pratique constatée au niveau du siège, il avait déterminé le montant

³⁹⁶ CE Section n° 233894 du 30 décembre 2003, SA Andritz, rapp. F. Béreyziat, concl. G. Bachelier : « Ces stipulations, dont les termes ne mentionnent que les "conditions" commerciales ou financières imposées ou accordées par une entreprise à une autre et impliquent nécessairement de comparer les transactions conclues entre entreprises d'un même groupe à celles dont conviendraient des entreprises indépendantes, si elles peuvent être interprétées comme autorisant les Etats parties à la convention franco-autrichienne à apprécier, notamment, le caractère normal de la rémunération d'un prêt consenti par une première entreprise, résidente de l'un de ces Etats et appartenant à un groupe de sociétés, à une seconde entreprise, appartenant au même groupe et établie dans l'autre Etat, en comparant cette rémunération à celle dont auraient convenu deux entreprises indépendantes, ne sauraient toutefois avoir pour objet ou pour effet de permettre à ces Etats d'apprécier le caractère normal du choix arrêté par une entreprise de financer par l'octroi d'un prêt, de préférence à un apport de fonds propres, l'activité d'une autre entreprise qu'elle détient ou contrôle et d'en tirer, le cas échéant, de quelconques conséquences fiscales ».

³⁹⁷ TA Caen n° 0502366 du 27 février 2007, SEP BCM Holdings France : La société en participation BCM Holding France avait porté en charge les intérêts d'un emprunt souscrit en son nom par la société Pepperpower Ltd. Elle soutenait que ces intérêts d'emprunt étaient versés en contrepartie de l'acquisition de titres de participation.

³⁹⁸ Ibid. « Le versement d'intérêts d'emprunt pour l'acquisition d'un bien qui n'a cessé d'appartenir aux deux sociétés anglaises Pepperpower Ltd et Pepperworld Ltd ne relève pas d'une gestion normale... ; qu'il incombe, dès lors, à la société requérante de prouver que ce transfert comportait pour elle une contrepartie suffisante et avait ainsi le caractère d'un acte de gestion commerciale normale ; qu'en se contentant de produire des prévisions de profitabilité élaborées à la date de la constitution de la société en participation, la société en participation BCM Holding France, qui n'est pas fondée à soutenir que l'administration se serait immiscée dans les choix de gestion de l'entreprise en appréciant la déductibilité des intérêts d'emprunt, n'apporte pas la preuve de l'existence d'une contrepartie ».

³⁹⁹ CE n° 346687, 349015 du 11 avril 2014, Ministre du Budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat c/ Société Unicredit venant aux droits de la société Banco di Roma Spa ; CE n° 344990 du 11 avril 2014, Ministre du Budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat c/ Société Bayerische Hypo und Vereinsbank AG ; CE n° 359640 du 11 avril 2014, Caixa geral des depositos.

théorique des capitaux qui auraient dû être apportés par le siège à sa succursale afin de permettre à cette dernière d'exercer son activité dans de telles conditions. Puis il avait calculé la somme des intérêts que la succursale aurait été dispensée de verser à son siège ou à des établissements tiers si elle avait bénéficié d'un tel apport, en appliquant le taux d'intérêt constaté sur le marché monétaire à la différence entre, d'une part, ce montant théorique de fonds propres et, d'autre part, celui effectivement inscrit dans les comptes de la succursale en fin d'exercice. Il s'agissait là d'une application de l'une des méthodes recommandées par l'OCDE pour la détermination du capital libre attribuable à l'établissement stable⁴⁰⁰.

Le Conseil d'Etat rejette la méthode. De façon classique, il interprète les stipulations relatives à la répartition des profits entre la société et son établissement stable comme ayant seulement « *pour objet et pour effet de restreindre le droit que les autorités françaises* » tirent du I de l'article 209 du CGI d'imposer les bénéfices résultant d'une exploitation en France, dès lors que ces stipulations autorisent la déduction par l'établissement stable des dépenses exposées, en France ou à l'étranger, aux fins de son activité. La Haute Assemblée exclut également d'interpréter ces stipulations en se référant aux commentaires postérieurs du modèle de convention de l'OCDE⁴⁰¹.

A l'examen de la décision Andritz et de ses suites, on pourrait croire que l'inapplication de l'article 57 tient à une faiblesse de la démonstration⁴⁰². Mais l'usage des termes « *en tout état de cause* » dans la décision traduit le caractère inopérant du moyen tiré de l'application des dispositions de l'article 57 ; ce qui semble indiquer, même si le ministre avait attaché un soin plus grand à la démonstration de conditions de financement étrangères au regard du principe de pleine concurrence, que cette voie était sans issue.

⁴⁰⁰ Selon le point 121 du Rapport de 2010 précité, « *l'approche de la répartition du capital vise à répartir à un ES le capital "libre" effectif d'une entreprise en fonction de l'attribution des actifs et des risques assumés. Selon cette approche, le capital « libre » est attribué en proportion des actifs et des risques attribués à l'ES par l'analyse fonctionnelle. Si 10 % des actifs et/ou des risques de l'entreprise sont attribués à l'ES, 10 % du capital « libre » de l'entreprise lui reviendront* ».

⁴⁰¹ CE n° 346687, 349015 du 11 avril 2014, Ministre du Budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat c/ Société Unicredit venant aux droits de la société Banco di Roma Spa ; CE n° 344990 du 11 avril 2014, Ministre du Budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat c/ Société Bayerische Hypo und Vereinsbank AG ; CE n° 359640 du 11 avril 2014, Caixa geral des depositos : « *dès lors que ces commentaires sont postérieurs à l'adoption des stipulations en cause* ».

⁴⁰² CE Section n° 233894 du 30 décembre 2003, SA Andritz, rapp. F. Béreyziat, concl. G. Bachelier. Le Conseil d'Etat relève en effet « *que le ministre se borne à alléguer... que les avances consenties par la société mère autrichienne à sa filiale française avaient pour objet de compenser l'insuffisance du capital social dont la société mère avait doté sa filiale et pour effet de permettre à celle-ci de déduire de ses bénéfices imposables la rémunération du supplément de fonds ainsi mis à sa disposition, au titre des intérêts dus à raison de ces avances et de préférence aux dividendes non déductibles rémunérant l'apport des actionnaires* ».

L'explication tient à la mise en œuvre stricte d'un critère de normalité de la décision de gestion. Dans les affaires des succursales sous-capitalisées⁴⁰³, le ministre avait lui-même placé le débat sur le terrain de la normalité en soutenant que la succursale française avait été insuffisamment dotée en capital par son siège et que cette sous-capitalisation l'avait contrainte, pour exercer son activité dans des conditions normales par rapport à des banques indépendantes, à recourir à l'emprunt dans des proportions excessives. Corrélativement, l'administration avait rejeté la réclamation contentieuse en arguant que la fraction litigieuse des intérêts versés n'avait pas été acquittée dans l'intérêt de la succursale, au sens et pour l'application de l'article 39 du CGI. Mais, quelle que soit la base légale : qu'il s'agisse des dispositions de l'article 57, des articles 38 et 39 ou de l'article 209 I, le considérant de principe hérité de la décision Andritz reste articulé autour d'une exclusion radicale de tout pouvoir d'appréciation du service sur la normalité d'une dotation en fonds propres⁴⁰⁴. Le fichage au recueil Lebon de la décision Andritz porte d'ailleurs sur deux points : d'une part l'impossibilité d'interpréter des stipulations conventionnelles à la lumière de commentaires de l'OCDE adoptés postérieurement, et d'autre part l'application prioritaire d'un critère domestique de normalité pour l'appréciation des fonds propres⁴⁰⁵.

Mais une telle position aboutit, au regard de la régulation des prix de transfert, à une impasse. En effet, le Conseil d'Etat juge que la sous-capitalisation peut être contrôlée en aval sur le terrain du principe de pleine concurrence, c'est-à-dire au stade de la déduction des intérêts, mais pas lors du choix de la dotation en fonds propres car ce choix s'effectue dans des conditions qui ne sont pas comparables à celles des indépendants⁴⁰⁶. Or, le fait que la

⁴⁰³ CE n° 346687, 349015 du 11 avril 2014, Ministre du Budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat c/ Société Unicredit venant aux droits de la société Banco di Roma Spa ; CE n° 344990 du 11 avril 2014, Ministre du Budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat c/ Société Bayerische Hypo und Vereinsbank AG ; CE n° 359640 du 11 avril 2014, Caixa geral des depositos.

⁴⁰⁴ *Ibid.* « Toutefois, ni ces termes ni ces règles n'autorisaient l'administration fiscale à apprécier le caractère normal du choix opéré par le siège de la société de financer l'activité de sa succursale en la laissant recourir à l'emprunt, plutôt qu'en lui apportant des fonds propres, ni à en tirer, le cas échéant, de quelconques conséquences fiscales ».

⁴⁰⁵ *Ibid.* Le fichage indique : « Si les stipulations des conventions rédigées selon le modèle de l'OCDE en matière d'entreprises associées et d'imposition des intérêts reconnaissent aux Etats parties la possibilité d'apprécier le caractère normal de la rémunération d'un prêt consenti par une entreprise à une autre entreprise appartenant au même groupe, elles ne peuvent toutefois les conduire à remettre en cause le choix opéré par la première de financer l'activité de la seconde par l'octroi d'un prêt, de préférence à un apport de fonds propres ».

⁴⁰⁶ Cf. CE n° 392908 du 21 juillet 2017, 9e et 10e chambres réunies, rapp. B. Lignereux, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon. Dans ses conclusions consultables sur la base Ariane du Conseil d'Etat, Marie-Astrid de Barmon résume l'argument : « la raison justifiant cette frontière étanche que vous avez dressée entre souscapitalisation et transferts indirects de bénéfices est que ces derniers ne concernent en principe que les transactions entre entreprises d'un même groupe susceptibles de faire l'objet de comparaisons avec celles dont conviendraient des entreprises indépendantes. Or, la question de la sous-capitalisation, c'est-à-dire du niveau des fonds investis par les actionnaires, ne se pose par

logique économique place ces derniers hors d'atteinte des montages de sous-capitalisation, loin d'être regardé par la Haute Assemblée comme le signe d'une entorse flagrante au principe de pleine concurrence et comme un motif dans le sens de la rectification, est interprété comme une limitation du champ de ce dernier. Le constat nous apparaît d'autant plus paradoxal que, justement, le Conseil d'Etat admet, dans la décision Thermo Electron Holdings, de limiter les effets de l'article 212 à concurrence des conséquences du principe de pleine concurrence⁴⁰⁷.

B. Le montage de commissionnaire

Les décisions Interhome et Zimmer illustrent les réponses de la jurisprudence au montage optimisant fondé sur la réorganisation d'un groupe par transformation d'un distributeur en commissionnaire.

1. Les problèmes fiscaux du montage de commissionnaire

Le contexte des affaires Interhome⁴⁰⁸ et Zimmer⁴⁰⁹ est important. A partir des années 1990, de nombreux groupes ont organisé la transformation de leurs distributeurs, exposés aux risques de leur qualité d'acheteur-revendeur, en commissionnaires chargés de la seule médiation entre un fournisseur, appartenant au même groupe, et les clients, situés hors du périmètre de dépendance⁴¹⁰. On pourrait croire qu'une telle transformation, qui conduit à une forte baisse du chiffre d'affaires, est économiquement neutre pour le bénéficiaire imposable du distributeur : que ce dernier soit organisé sous forme d'acheteur-revendeur ou comme commissionnaire, sa rémunération devrait être constituée par une marge calculée sur la différence entre le prix de vente et le coût d'achat. Toutefois, même si le commissionnaire

définition qu'entre entreprises associées : il n'existe sur ce point aucune référence de marché entre entreprises indépendantes ».

⁴⁰⁷ CE n° 392908 du 21 juillet 2017, 9e et 10e chambres réunies, rapp. B. Lignereux, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon : « il résulte des stipulations précitées du point b du paragraphe 3 de l'article 25 de la convention fiscale franco-américaine, éclairées par les commentaires adoptés par le comité des affaires fiscales de l'OCDE en 1992, antérieurement à la conclusion de cette convention, et sur lesquels ni la France ni les Etats-Unis n'ont formulé d'observation en sens contraire, qu'elles font obstacle à l'application par l'administration fiscale de l'article 212 du code général des impôts lorsque celle-ci conduit à attribuer à l'emprunteur des bénéfices supérieurs à ceux qui, compte tenu des conditions de l'emprunt, notamment de son taux d'intérêt et de son montant, auraient été réalisés dans une situation de pleine concurrence ».

⁴⁰⁸ CE n° 224407 du 20 juin 2003, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ société Interhome AG, Section, rapp. S. Verclytte, concl. S. Austry publiées au BDCF 10/03 n°130.

⁴⁰⁹ CE n° 304715, 308525 du 31 mars 2010, 10e et 9e s.-s., rapp. G. Pellissier, concl. J. Burguburu.

⁴¹⁰ Concl. S. Austry, BDCF 10/03 n°130 : « il est en effet fréquent, depuis quelques années, que les sociétés internationales exportant leurs produits vers la France substituent à des contrats de distribution, dans lequel le distributeur achète ces produits pour les revendre en son nom, et dégage ainsi une marge commerciale entièrement taxable en France, des contrats de commission ou d'agence commerciale, qui permettent, dans certaines conditions, d'éviter l'imposition de profits en France. Il n'est donc peut être pas illégitime, dans certains cas, de regarder les filiales comme des établissements stables de leurs sociétés mères et d'imposer ces dernières en conséquence ».

continue de signer les contrats avec la clientèle, il n'est plus titulaire que de certains incorporels spécifiques de distribution, tels que le fonds de commerce, et il est par exemple aisé de rédiger un contrat par lequel il perd l'exclusivité de la marque. Enfin, le distributeur « de plein exercice » est réputé faire face aux risques de sa condition, en matière de gestion des stocks et de livraison par exemple, contrairement au commissionnaire qui, dès lors, ne peut prétendre qu'à une rémunération moindre.

Aussi la transformation en commissionnaire peut-elle être regardée comme un schéma d'optimisation fiscale au double point de vue du volume de chiffre d'affaires et du bénéficiaire, via une réduction du volume facturé et une gestion optimisée des incorporels et des risques. A la limite, l'opérateur ainsi transformé peut être rémunéré sur la base d'une commission de routine, alors que le distributeur était auparavant en mesure de revendiquer un profit d'entrepreneur.

L'administration a été tentée, un temps, de répondre à ce schéma d'optimisation par le recours à la procédure de répression des abus de droit, ou de limiter le droit au report des déficits passés de l'entité « transformée » en commissionnaire dans les cas où c'était envisageable, sur le fondement de l'article 220 du CGI. Mais elle s'est convaincue de ne pas emprunter ces pistes, et s'est jugée en outre impuissante à recourir au dispositif de l'article 57, faute de pouvoir démontrer l'existence de fonctions suffisantes exercées par le commissionnaire pour justifier un maintien de la rémunération antérieure. Il fallait donc trouver une parade ou modifier la loi pour prévoir le cas de telles restructurations. La modification de l'article 57 visant les restructurations d'entreprise⁴¹¹, censurée fin 2013 par le Conseil constitutionnel⁴¹², est la lointaine descendante de cette tentative de réponse.

Entre-temps, l'administration a utilisé une autre méthode consistant à soutenir, en recourant parfois à son droit de visite et de saisie, que la société transformée continuait

⁴¹¹ Comme nous l'avons relevé plus haut, le paragraphe I de l'article 106 de cette loi de finances insérait dans l'article 57 du CGI un nouvel alinéa prévoyant que : « *Lorsqu'une entreprise transfère une ou plusieurs fonctions ou un ou plusieurs risques à une entreprise liée, au sens du 12 de l'article 39, cesse de les exercer ou de les assumer en tout ou partie, et que son résultat d'exploitation constaté au cours de l'un des deux exercices suivant le transfert est inférieur d'au moins 20 % à la moyenne de ceux des trois exercices précédant le transfert, elle doit établir qu'elle a bénéficié d'une contrepartie équivalente à celle qui aurait été convenue entre des entreprises n'ayant pas un tel lien de dépendance. A cet effet, elle fournit à l'administration, à la demande de celle-ci, tous les éléments utiles à la détermination des résultats réalisés avant et après le transfert par les entreprises qui y sont parties, y compris celles bénéficiaires du transfert. A défaut, les bénéfices qui auraient dû être réalisés sont incorporés à ses résultats. L'obligation de justification mentionnée au premier alinéa du présent article n'est applicable ni à la cession d'un actif isolé, ni à la concession du droit d'utilisation de celui-ci lorsque cette cession ou cette concession est indépendante de tout autre transfert de fonction ou de risque* ».

⁴¹² DC n° 2013-685 du 29 décembre 2013, cons. 126 à 130.

d'abriter la même activité, exercée non plus par la filiale mais par le commettant lui-même, sous la forme d'un établissement stable.

Cette théorie astucieuse pouvait se prévaloir de l'existence, à côté de la qualification de l'établissement stable comme installation fixe d'affaires, des stipulations conventionnelles relatives à l'agent dépendant⁴¹³. Elle pouvait compter aussi sur le fait qu'un commissionnaire dépendant au sens de l'article 57 peut apparaître logiquement dépendant au sens du paragraphe 5 de l'article 5 de la convention-modèle de l'OCDE. Restait à établir la qualité d'agent.

Dans l'affaire Interhome, le commissaire du gouvernement Stéphane Austry est visiblement conscient de l'enjeu, et manifeste même une certaine sympathie pour la démarche, à laquelle il attribue le mérite « *de ménager une certaine souplesse à l'administration pour éventuellement requalifier en établissement stable une filiale qui exercerait le rôle d'un agent dépendant* »⁴¹⁴. Il en fournit d'ailleurs l'habillage juridique en relevant que, selon la convention modèle, une société dépendante ne constitue pas nécessairement un établissement stable pour autant⁴¹⁵, ce qui indique que le raisonnement de l'administration est soutenable (tout en excluant la possibilité d'une installation fixe d'affaires abritée dans une filiale)⁴¹⁶.

⁴¹³ Selon la convention franco-suisse en cause dans l'affaire Interhome, convention rédigée sur ce point conformément au modèle de convention de l'OCDE, une entreprise suisse peut avoir un établissement stable en France sous la forme d'une personne agissant dans un Etat contractant pour le compte d'une entreprise de l'autre Etat contractant, si elle dispose dans cet Etat de pouvoirs qu'elle y exerce habituellement lui permettant de conclure des contrats au nom de l'entreprise (article 5 § 4).

⁴¹⁴ Concl. S. Austry, BDCF 10/03 n°130.

⁴¹⁵ Cf. Modèle de convention de l'OCDE, article 5 § 7. : *le fait qu'une société qui est un résident d'un Etat contractant contrôle ou est contrôlée par une société qui est un résident de l'autre Etat contractant ...ne suffit pas en lui-même à faire de l'une quelconque de ces sociétés un établissement stable de l'autre* ». Selon le commissaire du gouvernement Austry : « *c'est en raison de ces stipulations qu'il est possible d'imaginer que la filiale, juridiquement distincte, d'une société étrangère puisse être regardée comme un établissement stable de cette dernière, si elle exerce le rôle d'un agent dépendant* ». A la lumière des développements de notre introduction générale, on se souvient que cette stipulation est introduite, dès les années 1930, pour faire pièce au réflexe de certains Etats regardant toute filiale comme un établissement stable.

⁴¹⁶ Concl. S. Austry, BDCF 10/03 n°130. Stéphane Austry estime en revanche qu'une filiale ne peut constituer un établissement stable envisagé comme une installation fixe d'affaires : « *le critère de l'installation fixe d'affaires repose donc sur une approche purement matérielle de la notion d'établissement stable, qui exclut à notre avis qu'une personne juridiquement distincte de la société étrangère puisse être regardée en tant que telle comme un établissement stable de cette dernière* ».

2. Interhome et la réponse par l'agent dépendant

Dans le contexte précité, la décision de Section Interhome AG⁴¹⁷ pouvait donner à penser que l'administration avait une parade contre la transformation en commissionnaire. La Haute Assemblée sanctionne en effet, dans cette affaire, une erreur de droit du juge d'appel à avoir écarté la qualification d'établissement stable⁴¹⁸ au titre de l'absence de pouvoir de l'entité à engager la personne morale dont elle relevait, sans avoir recherché si l'entité en cause était susceptible, par ses actes, de lier cette personne morale⁴¹⁹. Le ministre soutenait en effet que la SARL était habilitée à conclure des contrats au nom de la société suisse puisqu'elle était chargée de rechercher en France des propriétaires et de gérer pour son compte les résidences de vacances des propriétaires. La cour opposait à ce raisonnement l'absence de signature formelle apposée sur les contrats au nom du commettant⁴²⁰. Mais elle se bornait, pour cela, à constater que la filiale n'avait pas le pouvoir de conclure au nom de la société mère les contrats avec les propriétaires sans rechercher si elle ne disposait pas, en fait, de pouvoirs lui permettant d'engager la société mère⁴²¹.

Dans sa décision, le Conseil d'Etat distingue bien le raisonnement juridique, appuyé sur l'examen des modalités de conclusion des contrats, et la substance de leur négociation⁴²² ;

⁴¹⁷ CE n° 224407 du 20 juin 2003, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ société Interhome AG, Section, rapp. S. Verclytte, concl. S. Austray.

⁴¹⁸ *Ibid.* Le schéma juridique était le suivant : la société suisse Interhome AG avait pour activité la location de résidences situées dans divers pays européens ; elle entraînait en relation avec les propriétaires et signait un mandat de location avec eux, puis les mettait en relation avec des filiales de gestion dont la société française Interhome Gestion et percevait, de la part de ces dernières, une commission d'intermédiation. L'administration avait considéré qu'Interhome Gestion constituait un établissement stable d'Interhome AG.

⁴¹⁹ *Ibid.* Le tribunal administratif puis la cour administrative d'appel avaient censuré le raisonnement de l'administration en relevant, notamment, que les baux étaient toujours signés par la société suisse et par conséquent que l'établissement stable dont l'existence était alléguée ne disposait pas du pouvoir de conclure des contrats au nom de la société suisse.

⁴²⁰ *Ibid.* La cour avait relevé « *que si le ministre soutenait que la filiale française n'agirait que sur ordre et pour le compte de sa société mère, il ne contestait pas que [la] filiale ne disposait pas du pouvoir de conclure en son nom les contrats de mandat de location avec les propriétaires* ». Le ministre lui reprochait d'avoir jugé inopérante la circonstance que la filiale exerçait les pouvoirs d'exécution des contrats entre sa société mère et les propriétaires des résidences. Le commissaire du gouvernement rejette cet argument en faisant valoir que les relations avec les propriétaires n'engageaient que la filiale, et non la société suisse. Elles ne pouvaient donc être regardées comme de nature à lui conférer le pouvoir de conclure des contrats au nom d'Interhome AG : « *ce n'est d'ailleurs qu'une autre façon de dire que, à cet égard, l'activité de la société mère est différente de celle de la filiale, comme l'a estimé la cour* ».

⁴²¹ *Ibid.* Le ministre soutenait en effet que la filiale disposait du pouvoir de prospecter les propriétaires de résidence en France en vue de les engager dans une relation commerciale avec la société suisse.

⁴²² *Ibid.* Le Conseil d'Etat relève : « *pour estimer que la société Interhome Gestion, filiale française de la société Interhome AG, ne constituait pas un établissement stable de cette dernière société, la cour administrative d'appel a relevé que l'administration ne contestait pas que cette filiale ne disposait pas du pouvoir de conclure en son nom les contrats de mandats de location avec les propriétaires ; qu'en se fondant sur cette seule circonstance pour juger que la société Interhome Gestion ne pouvait être regardée comme un établissement stable de la société Interhome AG, sans rechercher si la société Interhome Gestion exerçait en fait, et non seulement en droit, des pouvoirs lui permettant d'engager sa société mère dans une relation commerciale ayant trait aux opérations constituant les activités propres de cette société, la cour a commis une erreur de droit* ».

et l'on peut penser qu'il suit son commissaire du gouvernement⁴²³ lorsque ce dernier estime que l'analyse ne peut se limiter à l'appréciation nominale du contrat et que l'agent peut, en substance, engager le commettant.

Avant d'examiner la postérité de cette décision, il convient de s'arrêter sur les conséquences du choix, opéré par l'administration, de répondre aux montages de commissionnaires par l'établissement stable. En effet, la même théorie de l'établissement stable logé dans les murs d'une filiale est aussi celle qui a été retenue pour contrôler les prix de transfert des entreprises du secteur numérique, méthode que Jérôme Turot compare, dans la tribune citée en tête de notre introduction générale, avec la charge d'une cavalerie montée contre des tanks.

D'abord, la fiction juridique proposée implique de regarder l'entité en cause comme défaillante à ses obligations déclaratives, et la soumet à la règle de prescription applicable pour les activités occultes ainsi qu'aux règles de l'évaluation d'office.

Ensuite, les bénéfices attribués à l'établissement stable sur le territoire français auront déjà été imposés entre ses mêmes mains dans l'Etat de son siège, ce qui suppose d'admettre qu'il n'y a pas d'obstacle conventionnel à la double imposition ainsi créée⁴²⁴. Sur ce point, le Conseil d'Etat avait déjà jugé, au moment de l'affaire Interhome, que l'article 9 rédigé selon les termes de la convention modèle ne fait pas obstacle par lui-même à une double imposition⁴²⁵. Le même raisonnement valait pour une imposition économique, comme le confirme la décision Schneider Electric⁴²⁶, ou juridique, comme la décision Interhome le juge implicitement⁴²⁷.

⁴²³ Concl. S. Austry, BDCF 10/03 n°130 : « Dans un premier réflexe, vous pourriez être tentés d'écarter ce moyen dans la mesure où en relevant que la filiale ne disposait pas du pouvoir de conclure des contrats au nom de la société suisse pour écarter l'application des stipulations de l'article 5 § 4, la cour s'en est tenu à une interprétation littérale de ces stipulations. Mais, une interprétation aussi restrictive ne nous semble pas conforme à la logique de ces stipulations, qui ont pour objet de permettre l'imposition en France des bénéfices imputables à une activité commerciale engagée par une entreprise étrangère, alors même que cette activité ne fait pas intervenir une installation fixe d'affaires. Dans ces conditions, subordonner leur application à la simple apparence formelle de la capacité juridique dont disposerait une personne de conclure des contrats au nom d'une entreprise étrangère, sans prendre en compte la capacité dont disposerait en fait cette personne d'engager l'entreprise étrangère dans une relation commerciale, reviendrait à priver ces stipulations d'une grande partie de leur intérêt, puisqu'il suffirait par exemple à l'entreprise étrangère de ne pas habilitier la personne qui engage l'entreprise à signer les contrats qu'elle négocie pour éluder l'application de ces stipulations ».

⁴²⁴ L'application du principe de pleine concurrence implique en effet que les bénéfices imputables à l'établissement stable abrité dans une filiale sont les mêmes que les bénéfices résultant des fonctions assumées par cette dernière au nom de la société mère.

⁴²⁵ Cf. CE n°s 68799, 70814 du 18 mars 1994, SA Sovemarco-Europe, RJF 5/94, n°532, concl. Ph. Martin p. 290 et s.

⁴²⁶ CE Ass., ministre c/ Schneider electric, du 28 juin 2002, précitée.

⁴²⁷ Cf. CE n°s 68799, 70814 du 18 mars 1994, SA Sovemarco-Europe, RJF 5/94, n°532, concl. Ph. Martin p. 290 et s. La qualification sous forme de double imposition juridique d'une rectification entre les mains d'un établissement stable,

Enfin, selon le § 1 de l'article 7 de la convention modèle, la personne morale étrangère ne peut être imposée sur les bénéfices de son établissement en France que « *dans la mesure où ils sont imputables audit établissement stable* ». Le § 2 de l'article 7 prévoit, de son côté, que sont imputés à l'établissement stable « *les bénéfices qu'il aurait pu réaliser s'il avait constitué une entreprise distincte et séparée exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues et traitant en toute indépendance avec l'entreprise dont il constitue un établissement stable* ». Il s'agit là, comme on s'en souvient à la lumière des travaux internationaux d'élaboration du principe de pleine concurrence, d'une autre formulation de ce principe dans le contexte de délimitation des bénéfices entre la société et son établissement stable.

Il apparaît ainsi que l'identification de l'établissement stable laisse entier le problème de la détermination de son bénéfice dans le cadre du référentiel de pleine concurrence. Il en résulte que la fiction de l'établissement stable pose un problème logique. En effet, si le service dispose des éléments pour faire présumer que les locaux, les personnels, ou encore les actifs incorporels d'une filiale sont détournés au profit d'une succursale occulte ; et si, par surcroît, cette filiale est sous la dépendance de l'entité étrangère, alors pourquoi ne serait-il pas possible de pratiquer directement la rectification sous forme de transfert de bénéfices entre les mains de la filiale ? Du point de vue de l'assiette de calcul, le raisonnement est strictement identique dans les deux cas. Par ailleurs, nous avons vu en examinant les règles de présomption comptable qu'une évaluation d'office (cas de l'établissement stable) n'exclut pas la production par le contribuable de tout élément pertinent au contentieux ; de sorte qu'il n'y a pas de réelle supériorité, pour le service, à recourir à l'établissement stable.

En d'autres termes, même si le juge donnait vraiment gain de cause à l'administration sur la qualification d'agent dépendant, la question de l'assiette de rectification des revenus demeurerait entière, dans un contexte où, on l'a vu, l'administration n'a visiblement pas estimé possible de recourir à un contrôle classique de prix de transfert.

En définitive sur ce point, la prise en compte des montages de commissionnaire ne pose pas qu'une question en matière d'établissement stable, mais constitue un défi d'ensemble

plutôt que comme double imposition économique, tient à l'identité de personne morale objet de l'imposition. Ceci étant, entre la société et son ES, on a bien affaire à deux sujets d'impôt et l'on pourrait soutenir, dans la stricte mesure de l'examen de compatibilité avec les conventions visant à éliminer les doubles impositions, que la taxation de l'ES occulte à raison de ses revenus de source dans un Etat ne recoupe pas l'assujettissement de son siège dans l'autre Etat au titre de la résidence.

pour le dispositif français de rectification des transferts de bénéfices. Cette difficulté majeure est toutefois occultée par les problèmes nés, après Interhome, de la décision Zimmer.

§ 2. LA REGULATION DES PRIX DE TRANSFERT ET LE FORMALISME JURIDIQUE

La décision Zimmer révèle un choix juridictionnel clair en faveur du raisonnement formaliste ce qui concerne la qualification de l'établissement stable (A). Elle invite à examiner les conséquences de l'approche formaliste en ce qui concerne l'attribution des profits aux entités (B) et donc la régulation des prix de transfert.

A. Zimmer et la qualification formaliste de l'agent dépendant

Pour introduire le questionnement, rappelons que l'établissement stable présente dans les traités deux configurations juridiques. Le premier type d'établissement est décrit, dans les conventions modèles, au paragraphe 1 de l'article 5. Il s'agit de l'établissement stable - installation fixe d'affaires : l'idée sous-jacente à cette configuration est que la société a suffisamment développé son activité à l'étranger pour qu'il ne soit plus possible d'ignorer son implantation, et qu'il faut donc en faire un sujet fiscal. Ce premier type d'établissement stable représente ainsi le seuil minimal justifiant une imposition des bénéfices et la matrice d'une possible filialisation de l'activité dans le futur. Le deuxième type d'établissement stable découle de la combinaison des paragraphes 5 et 6 de l'article 5. Il s'agit de l'établissement stable - agent dépendant. Dans ce cas, l'établissement stable est une activité d'agent exercée par un tiers sous dépendance de la société, cette dernière exerçant ainsi un niveau de responsabilité tel qu'elle ne peut être regardée comme absente du territoire.

En schématisant à l'extrême, on peut rapporter l'installation fixe d'affaires au facteur capital de la théorie économique, et l'agent dépendant au facteur travail. L'établissement stable constitue bien une entreprise économique dans les deux cas, nonobstant son absence de personnalité juridique. Le principe de primauté de la substance sur la forme est donc, théoriquement, présent dans les deux formes de l'établissement stable, ce qui est logique puisque l'établissement stable est construit comme une fiction permettant, dans tous les cas, l'assujettissement malgré l'absence de personnalité morale. En somme, on pourrait concevoir que le principe de substance domine complètement la matière de l'établissement stable au sens de l'article 5. Mais tel n'est pas le cas et, au contraire, la qualification de l'établissement stable sous forme d'agent dépendant, dont l'existence est essentielle pour l'utilité de cette fiction, s'est progressivement détachée du principe de substance.

La décision Interhome jugeait, à cet égard, qu'une cour devait examiner si le commissionnaire pouvait en fait, sinon en droit, engager son commettant. Mais le contexte de l'affaire ne permettait pas d'aller plus loin et la balance paraissait équilibrée entre une approche substantialiste de l'agent dépendant et la conception formaliste. L'affaire Zimmer impliquait au contraire d'examiner les conditions d'identification d'un agent dépendant sous la forme d'une filiale⁴²⁸. A cette occasion, le Conseil d'Etat opte pour une approche formaliste du contrat. Il durcit, plus généralement, les conditions de contrôle par l'administration du montage de commissionnaire.

1. Le sens limité du terme « conclure »

Dans l'affaire Zimmer⁴²⁹, un distributeur français avait été converti en commissionnaire⁴³⁰ et pouvait de ce fait signer des contrats pour le compte d'une société britannique⁴³¹ dont il était dépendant au sens de l'article 57. Mais il ne pouvait pas signer des contrats au nom même de cette société, c'est-à-dire l'engager sur le plan commercial. La société avait soutenu devant les juges du fond que cette situation traduisait la philosophie générale du contrat de commissionnaire, et déniait à l'établissement stable la qualité d'agent dépendant.

Le moyen était donc double : premièrement, l'administration soutenait abusivement que « conclure » pouvait signifier autre chose que « signer » ; deuxièmement, le contrat de commissionnaire déterminait la qualification fiscale des opérations. La décision Zimmer fusionne radicalement ces deux moyens. Elle s'appuie en effet, conformément au principe du

⁴²⁸ Cf. GELIN, Stéphane, GUTMANN, Daniel, *Les nombreuses faces cachées de l'arrêt Zimmer*, Option Finance, 19 avril 2010 : « Le Conseil d'Etat n'oublie pas le réalisme fiscal. Selon ses termes, le commissionnaire n'engage pas le commettant et ne constitue donc pas un établissement stable de celui-ci "sauf s'il ressort, soit des termes mêmes du contrat de commission, soit de tout autre élément de l'instruction, qu'en dépit de la qualification de commission donnée par les parties au contrat qui les lie, le commettant est personnellement engagé par les contrats conclus avec des tiers par son commissionnaire qui doit alors, de ce fait, être regardé comme son représentant et constituer un établissement stable" ».

⁴²⁹ CE n° 304715, 308525 du 31 mars 2010, 10e et 9e s.-s., min c/Sté Zimmer SAS, rapp. G. Pellissier, concl. J. Burguburu.

⁴³⁰ *Ibid.* La société britannique Zimmer Ltd, qui commercialisait des produits orthopédiques, avait conclu le 27 mars 1995 avec l'entreprise qui était auparavant son distributeur sur le territoire français, la société Zimmer SAS, un contrat de commission, aux termes duquel cette dernière était chargée de vendre en France ses produits, en son propre nom, mais pour le compte et aux risques de son commettant. L'administration fiscale avait estimé que la société britannique disposait en France d'un établissement stable par l'intermédiaire de la société Zimmer SAS. Le tribunal administratif de Melun puis la Cour administrative d'appel de Paris avaient confirmé les rappels.

⁴³¹ A noter que la Common Law ne se distingue pas généralement du droit romain en ce qui concerne la faculté pour le commissionnaire d'engager le commettant : cf. AVERY JONES, John F., LUDICKE, Jürgen, *The origins of the Article 5 (5) and 5(6) of the OECD Model*, World Tax Journal, Oct. 2014, p. 203, 2014.

for et en l'absence de définition conventionnelle du terme « *conclure* », sur le sens à donner au terme en référence au droit interne. Mais, au lieu de recourir au droit interne seulement pour définir le terme « *conclure* », la Haute Assemblée élargit ce recours en important, dans le droit conventionnel, toute la théorie commerciale du commissionnaire du droit interne, et les règles civiles de conclusion du contrat qui le caractérisent⁴³². En l'espèce, la société Zimmer SAS pouvait certes conclure des contrats avec des clients pour le compte de Zimmer Ltd ; mais ces contrats n'engageaient « *pas directement ce dernier vis-à-vis des cocontractants du commissionnaire* »⁴³³.

Plus mesurée dans l'application du principe du for, la cour administrative d'appel avait jugé que la qualité de commissionnaire, en vertu de laquelle Zimmer SAS agissait en son nom propre, était sans incidence sur la capacité de cette société à engager son commettant dans une relation commerciale (par exemple extérieure au contrat de commissionnaire). Ce raisonnement nous semble conforme au principe d'indépendance du droit fiscal : en effet, ce n'est pas parce qu'un opérateur se prévaut du contrat de commissionnaire qui le lie en droit commercial, qu'il peut s'affranchir d'éventuelles qualifications spécifiquement fiscales de sa situation. Mais la Haute Assemblée censure là une erreur de droit et présume, implicitement, qu'à partir du moment où existe un contrat de commissionnaire, les parties à ce contrat exercent toutes leurs opérations dans le cadre qu'il définit⁴³⁴ : elle juge ainsi que la cour aurait dû rechercher si les contrats conclus par la société Zimmer SAS engageaient personnellement la société Zimmer Ltd⁴³⁵.

⁴³² CE n° 304715, 308525 du 31 mars 2010, 10e et 9e s.-s., min. c/ Sté Zimmer SAS, rapp. G. Pellissier, concl. J. Burguburu. La Haute Assemblée recourt à cette fin aux dispositions du code de commerce relatives à la qualité de commissionnaire (art. L. 132-1), selon lesquelles « *Le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant* ».

⁴³³ *Ibid.* Ainsi « *un commissionnaire ne peut en principe constituer, du seul fait de ce qu'en exécution de son contrat de commission il vend, tout en signant les contrats en son propre nom, les produits ou services du commettant pour le compte de celui-ci, un établissement stable du commettant, sauf s'il ressort soit des termes mêmes du contrat de commission, soit de tout autre élément de l'instruction, qu'en dépit de la qualification de commission donnée par les parties au contrat qui les lie, le commettant est personnellement engagé par les contrats conclus avec des tiers par son commissionnaire qui doit alors, de ce fait, être regardé comme son représentant et constituer un établissement stable* ».

⁴³⁴ CE 31 mars 2010, min c./Zimmer : « *et si elle exerce habituellement en France des pouvoirs lui permettant d'engager cette société dans une relation commerciale ayant trait aux opérations constituant les activités propres de cette société* ».

⁴³⁵ Cf. TA Cergy-Pontoise n° 0804399 du 24 novembre 2011, société Covidien AG. Ce jugement s'inscrit dans le prolongement de la décision Zimmer. L'administration avait estimé que la société Tyco Healthcare Group AG (THAG), société de droit suisse, disposait en France d'un agent dépendant en la personne de la société française Tyco Healthcare (THF). Le service vérificateur établissait l'existence d'une relation de dépendance « *économique et contractuelle* » entre les sociétés françaises à l'égard de leur société sœur THAG. Cependant, le tribunal juge que « *l'administration échoue à établir que ces deux sociétés françaises disposaient des pouvoirs d'engager contractuellement la société suisse dès lorsqu'elle ne démontre pas que les contrats conclus avec les clients français l'ont été au nom de la société Tyco Healthcare group AG* ». A cet égard, les circonstances « *que ces deux sociétés ne disposaient d'aucun stock propre*

Ce faisant, la Haute Assemblée affirme clairement la primauté de la forme sur la substance, en posant non seulement que le terme conventionnel « *conclure* » doit signifier « *signer* » ; mais aussi que cette signature doit valoir engagement comme commerçant ; et enfin qu'elle doit porter sur les activités propres du commettant. Cette dernière condition, peut-être aisée à observer dans le cas d'un contrat de commission, puisque celui-ci est détenu par le contribuable, présente de redoutables difficultés en présence de relations non formalisées. Il faudra alors à l'administration soit, au mieux, connaître l'objet statutaire de la société siège par l'assistance administrative internationale (puisque la société siège n'a pas à communiquer d'informations aux services fiscaux français) ; soit, au pire, démontrer que les activités de l'agent dépendant ressortissent à des fonctions imputables à sa mère, ce qui paraît singulièrement délicat vu le formalisme de la jurisprudence en cette matière.

Cette partie de la décision Zimmer comporte donc deux occurrences nettes de primauté de la forme sur la substance : premièrement, par l'affirmation que « *conclure* » signifie « *signer* » : dans cette perspective, il ne suffit pas, pour conclure un contrat, de le préparer entièrement, il faut avoir la capacité juridique d'y apporter une signature ; deuxièmement, par le fait que la forme du contrat de commissionnaire détermine entièrement la qualification fiscale des opérations économiques, sans égard pour une quelconque indépendance ou un quelconque réalisme du droit fiscal.

Dans ce contexte, la piste d'une rectification des politiques de prix de transfert optimisant l'impôt des entreprises du numérique par l'établissement stable se révèle comme une impasse⁴³⁶. Les négociateurs de l'instrument multilatéral construit dans le cadre du projet BEPS du G20 et de l'OCDE ont visiblement eu ce problème à l'esprit. L'article 12 de l'instrument multilatéral renforce en effet l'indépendance du droit fiscal et son réalisme en matière de qualification de l'agent dépendant⁴³⁷. Il étend ainsi les possibilités de preuve de l'existence d'un agent dépendant et rattache à l'entité ainsi identifiée toute une catégorie d'opérations menées pour le compte de la mère. Dès lors, l'agent dépendant peut être identifié

et distribuait de manière exclusive les matériels livrés directement aux clients finaux par la société suisse, ne sont pas de nature à établir que les sociétés françaises disposaient, en fait, du pouvoir d'engager contractuellement la société THAG ». Le contrat conclu reste donc le canon jurisprudentiel, même si la porte n'est pas fermée d'un élément d'instruction révélant un engagement non contractuel du commettant.

⁴³⁶ Cf. RENOUX, Vincent, BERNARD, Simon, *Quelle imposition des revenus de l'économie numérique ?*, Droit fiscal n° 39/2017, 477, 2017.

⁴³⁷ Il est intitulé « *Mesures visant à éviter artificiellement le statut d'établissement stable par des accords de commissionnaire et autres stratégies similaires* ».

à raison de la conclusion habituelle de contrats mais aussi lorsqu'il joue habituellement un rôle principal menant à leur conclusion, sans modification substantielle de la part du siège. Par ailleurs, le nouveau commentaire prévoit que l'agent peut intervenir pour établir des contrats au nom de l'entreprise, mais aussi pour son compte propre, au titre de la livraison de biens lui appartenant ou de prestations de service dont il s'acquitte⁴³⁸. Enfin, l'exception prévue au paragraphe 6 concernant les agents indépendants est soigneusement délimitée⁴³⁹.

Mais la portée de la décision Zimmer ne s'arrête pas à la question de la conclusion des contrats et affecte les règles d'articulation entre le droit interne des prix de transfert et le droit conventionnel.

2. Autres enseignements de la décision Zimmer

La qualification d'agent dépendant pose la question de savoir si une filiale dépendante est susceptible de constituer un agent dépendant de ce seul fait. Au moment de l'affaire Interhome, la question était nouvelle⁴⁴⁰. Le Conseil d'Etat formule dans ce contexte un considérant, en apparence tautologique, qui précise qu'une société peut être un agent dépendant si elle n'est pas indépendante⁴⁴¹. La décision Zimmer aurait pu ne pas reprendre cette formulation, fût-elle issue d'une décision de Section dont les juges de Zimmer rabotaient

⁴³⁸ Instrument multilatéral, art. 12 : « lorsqu'une personne agit dans une Juridiction contractante ayant conclu une Convention fiscale couverte, pour le compte d'une entreprise et, ce faisant, conclut habituellement des contrats ou joue habituellement le rôle principal menant à la conclusion de contrats qui, de façon routinière, sont conclus sans modification importante par l'entreprise, et que ces contrats sont : a) au nom de l'entreprise ; ou b) pour le transfert de la propriété de biens appartenant à cette entreprise ou pour la concession du droit d'utiliser de tels biens ou des biens que l'entreprise a le droit d'utiliser ; ou c) pour la prestation de services par cette entreprise, cette entreprise est considérée comme ayant un établissement stable dans cette Juridiction contractante pour toutes les activités que cette personne exerce pour l'entreprise, à moins que ces activités, si elles étaient exercées par l'entreprise par l'intermédiaire d'une installation fixe d'affaires de cette entreprise située dans cette Juridiction contractante, ne conduiraient pas à considérer cette installation fixe d'affaires comme un établissement stable, selon la définition d'établissement stable contenue dans la Convention fiscale couverte (telle que susceptible d'être modifiée par la présente Convention) ».

⁴³⁹ Ibid. : « lorsqu'une personne agit exclusivement ou presque exclusivement pour le compte d'une ou de plusieurs entreprises auxquelles elle est étroitement liée, cette personne n'est pas considérée comme un agent indépendant au sens du présent paragraphe en ce qui concerne chacune de ces entreprises ».

⁴⁴⁰ Cf. Concl. S. Austray, BDCF 10/03 n° 130 : « jusqu'à maintenant votre jurisprudence n'a guère éclairé la portée exacte de ces deux critères... Les circonstances de l'affaire qui vous est aujourd'hui soumise vont vous donner l'occasion de préciser la portée de ces critères, d'abord en ce qui concerne les conditions dans lesquelles une personne peut être regardée comme disposant de pouvoirs permettant de conclure des contrats au nom d'une entreprise étrangère, mais également pour ce qui est de la notion de dépendance ».

⁴⁴¹ CE n° 224407 du 20 juin 2003, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ société Interhome AG, Section, rapp. S. Vercluyte, concl. S. Austray publiées au BDCF 10/03 n° 130 : « une société résidente de France contrôlée par une société résidente de Suisse ne peut constituer un établissement stable de cette dernière que si elle ne peut être considérée comme un agent indépendant de la société résidente de Suisse et si elle exerce habituellement en France, en droit ou en fait, des pouvoirs lui permettant d'engager cette société dans une relation commerciale ayant trait aux opérations constituant les activités propres de cette société ».

de toute manière la portée, puisque le critère de signature suffisait à rejeter le pourvoi. Mais la Haute Assemblée va plus loin et avance de nouveaux éléments de réponse qu'il convient de détailler.

Sans surprise au regard du principe de subsidiarité, le Conseil d'Etat commence sa motivation par le rappel des dispositions du I de l'article 209⁴⁴², puis rappelle les stipulations de la convention franco-britannique concernant la qualification de l'agent dépendant⁴⁴³. Puis, généralisant toutes les situations d'agent dépendant sur la base de l'exemple d'un commissionnaire, il reprend le considérant d'Interhome : « *une société résidente de France contrôlée par une société résidente du Royaume-Uni ne peut constituer un établissement stable de cette dernière que si elle ne peut être considérée comme un agent indépendant de la société résidente du Royaume-Uni...* ».

Ainsi, le Conseil d'Etat interprète-t-il les stipulations de la convention qui réservent le cas de l'agent indépendant en les appliquant au cas d'une société française contrôlée par une société étrangère. Il s'agit là d'une extension de la portée du paragraphe 6 précité, qui se limite à prévoir, de façon générale, qu'un agent puisse être indépendant. Le Conseil d'Etat ouvre donc une possibilité logique selon de laquelle une société dépendante pourrait être regardée comme un agent indépendant. Il définit ainsi le terme de dépendance en référence à son contexte au sein de la convention, en élargissant son interprétation au dispositif du paragraphe 6. Le problème est que ce paragraphe ne définit pas plus le terme de dépendance que le paragraphe 5 et que, à notre avis, le principe du for aurait dû aboutir à ne tenir compte d'aucun de ces deux développements ; l'étape suivante aurait alors consisté à rechercher, dans le droit interne, le sens à donner à la notion de dépendance. A cet égard, l'article 57 fournissait une définition parfaitement opératoire et, d'ailleurs, le fait que Zimmer SAS était dépendante de Zimmer Ltd au sens de cet article ne faisait pas débat. La Haute Assemblée choisit donc d'écarter le principe habituel d'interprétation des conventions, ouvrant de surcroît une brèche dans l'homogénéité de qualification des situations de groupe⁴⁴⁴.

⁴⁴² Aux termes duquel : « *les bénéfices passibles de l'impôt sur les sociétés sont déterminés (...) en tenant compte uniquement des bénéfices réalisés dans les entreprises exploitées en France ainsi que de ceux dont l'imposition est attribuée à la France par une convention internationale* ».

⁴⁴³ Le paragraphe 4 de l'article 4 de la convention franco-britannique prévoit : « *Une personne agissant dans un Etat contractant pour le compte d'une entreprise de l'autre Etat contractant, autre qu'un agent jouissant d'un statut indépendant, ... est considérée comme établissement stable dans le premier Etat si elle dispose dans cet Etat de pouvoirs qu'elle y exerce habituellement lui permettant de conclure des contrats au nom de l'entreprise* ».

⁴⁴⁴ Aux termes du paragraphe 6 de l'article 4 de la convention franco-britannique, « *Le fait qu'une société qui est un résident d'un Etat contractant contrôle ou est contrôlée par une société qui est un résident de l'autre Etat contractant*

Pourquoi une telle radicalité ? Nous avons vu que l'agent dépendant logé dans une filiale constitue une théorie astucieuse mais qui ne va pas sans poser problème. Peut-être le Conseil d'Etat, confronté à la question de manière pure dans le cas Zimmer, a-t-il voulu clore le débat en décourageant la voie ouverte par Interhome et suivie, dans un contexte tout différent, à l'occasion de l'affaire Imagin' Action⁴⁴⁵.

B. Approche formaliste et chaîne de valeur intra-groupe

Nous avons relevé que la construction de la théorie de l'établissement stable a partie liée avec l'émergence du principe de pleine concurrence, au travers de l'édification du principe d'entité distincte. Il s'agit de s'interroger sur le rapport juridique entre ces différentes notions historiquement liées. L'examen de cette question révèle une distinction doctrinale de fond entre l'établissement stable et la filiale (1), mais aussi le risque d'un certain formalisme en matière d'examen de la contribution des entités du groupe à la valeur créée (2).

1. Formalisme de la distinction entre la filiale et l'établissement stable

L'établissement stable pose, au plan international, une question touchant à sa « *force attractive* » en matière de ventes non rattachées. La réponse au problème de la force attractive sépare en effet les modèles de convention de l'ONU, favorable à la force attractive, et de l'OCDE, qui limite strictement aux revenus prenant leur source dans l'activité de l'établissement stable les sommes imposables sur le territoire correspondant.

Une telle limitation est compatible avec le principe de l'entité distincte que respectent les deux conventions modèles, en vertu duquel les profits de l'établissement stable se déterminent en fonction de sa contribution propre à la valeur ajoutée du groupe. La même limitation explique la distinction de statut entre l'établissement stable et la filiale, laquelle traduit la relation entre les entreprises et les territoires : une filiale est réputée dépendre des infrastructures territoriales et peut faire l'objet d'une imposition de l'ensemble de ses revenus sans considération de leur source⁴⁴⁶ ; elle peut donc être regardée comme un résident au sens

ou qui y exerce son activité (que ce soit par l'intermédiaire d'un établissement stable ou non) ne suffit pas, en lui-même, à faire de l'une quelconque de ces sociétés un établissement stable de l'autre ».

⁴⁴⁵ Dans cette affaire était en cause une société luxembourgeoise dont la substance réelle était en France (factures, contrats, etc.), ce qui aurait pu justifier une contestation par le service de la résidence au Luxembourg, voire le recours à la procédure de répression des abus de droit. Peut-être la haute Assemblée a-t-elle craint que l'administration renonce à la mise en œuvre de l'article 57 au profit de la théorie de l'établissement stable. V. CE n° 307235 du 12 mars 2010, Société Imagin' Action Luxembourg, 8e et 3e s.-s., rapp. M.-A de Barmon, concl. L. Olléon.

⁴⁴⁶ Cf. VERGNET, Nicolas, *Les fondements théoriques de l'établissement stable à l'épreuve de la modernisation de l'économie*, Droit fiscal n° 39, 28 Septembre 2017, 476.

des conventions, par opposition à l'établissement stable, qui ne peut posséder cette qualité du fait de son assujettissement aux seuls revenus de source.

Par ailleurs, la distinction entre l'établissement stable et la filiale est conforme à la position de Mitchell B. Carroll, lorsqu'il estimait qu'un établissement stable ne peut pleinement être assimilé, dans sa relation avec son siège, à une filiale parce qu'il n'est pas lié avec elle par de véritables transactions juridiques⁴⁴⁷. Ce constat vaut encore aujourd'hui, non pas tant parce que les entités dépourvues de personnalité morale négligeraient encore de conclure des contrats avec leur siège, mais parce que la nouvelle économie rend insaisissable la notion même de transaction résultant d'un contrat⁴⁴⁸.

2. Formalisme de l'attribution des profits

Le problème de contribution des acteurs à la valeur ajoutée du groupe, loin de se limiter au droit matériel des prix de transfert, déborde sur d'autres impôts⁴⁴⁹. Pour notre propos, la question consiste à déterminer si l'attribution des produits imposables des entités résulte directement de leur contribution à la valeur dégagée au sein du groupe, conformément

⁴⁴⁷ CAROLL, Mitchell B., *Taxation of Foreign National Enterprises*, Vol. IV : *Methods of Allocating Taxable Income*, Société des Nations - Genève, 1933, pp. 176, 177, cité par COLLIER, Richard, ANDRUS, Joseph L., *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle after BEPS*, Oxford University Press, 2017. Pour Mitchell B. Carroll, le motif principal pour lequel une filiale ne doit pas être systématiquement considérée comme un établissement stable est que la transaction, entre une filiale et sa mère ou entre deux filiales, « doit être conduite comme une transaction juridique entre entreprises indépendantes, alors que si le groupe conduit ses activités par l'intermédiaire d'une succursale ou de succursales, il ne conclut pas, en droit comme en fait, de contrats... Les faits économiques doivent inévitablement céder le pas devant les dispositions et principes clairs du droit selon lesquels les affaires sont conduites ». Collier et Andrus notent que Carroll réitère cette affirmation en 1962 : « dans la Constitution des Etats-Unis, le respect pour la société constituée comme une entité séparée de ses actionnaires est le principe de base sur lequel repose notre structure économique » (CAROLL, Mitchell B., *Income Tax Conventions as an Aid to International Trade and Investment*, *International and Comparative Law Bulletin*, n° 6 pp. 16-24, 1962).

⁴⁴⁸ Cf. SILBERZTEIN, Caroline, DERO, Cyrille, *L'objet des conflits de juridictions : l'attribution de la matière imposable*, *Droit fiscal* n° 39, 28 Septembre 2017, comm. 472, et notamment les remarques de Caroline Silbersztein sur le champ nouveau que constitue « la caractérisation purement fiscale des transactions » (« accurate delineation of the transaction »).

⁴⁴⁹ V. par ex. CE n° 409645 du 6 juin 2018, SCS General Electric Medical Systems, 8e et 3e chambres réunies, rapp. L. Bellulo, concl. R. Victor, aux tables du recueil. Le vérificateur avait majoré, à concurrence de rehaussements de bénéfiques, la valeur ajoutée de la société servant de base à la détermination de sa cotisation minimale de taxe professionnelle. Le Conseil d'Etat écarte le moyen de la société en relevant, sur ce point, que, si les dispositions de l'article 1647 B sexes relatives aux modalités de détermination de la valeur ajoutée, « fixent la liste limitative des catégories d'éléments comptables qui doivent être pris en compte dans le calcul de la valeur ajoutée et de la cotisation minimale de taxe professionnelle, et s'il y a lieu, pour leur application, de se reporter aux dispositions du plan comptable général dans leur rédaction en vigueur lors de l'année d'imposition concernée, elles ne font pas obstacle à ce que l'administration puisse contrôler l'exactitude des montants déclarés au titre de la production de l'exercice ainsi qu'au titre des achats ou consommations de biens et de services de provenance de tiers, et ainsi remettre en cause, le cas échéant, le bien-fondé d'une écriture comptable et, par voie de conséquence, réintégrer dans le calcul de la valeur ajoutée de l'entreprise des sommes qui soit devraient être regardées comme des produits, non comptabilisés à tort, soit ne pourraient en tout ou partie être regardées comme des achats ou consommations ».

au principe de pleine concurrence, ou si la logique formaliste décrite précédemment a des conséquences.

La décision *Basalt Réfractaire*⁴⁵⁰ fournit un éclairage sur cette question. Une société allemande disposait d'un établissement en France, immatriculé au registre du commerce, et exclusivement chargé d'une activité de dépôt et de vente des produits fabriqués par cette société en Allemagne. Dans sa décision, le Conseil d'Etat admet que doivent être rattachés aux résultats de l'établissement stable certaines commissions perçues, à titre de rémunération d'une activité de courtage, par le gérant de l'établissement, dès lors que ce courtage avait lieu au siège de l'établissement et que le contribuable ne prétendait pas que des moyens de production distincts de ceux alloués à l'établissement stable aient été mobilisés. Mais l'administration soutenait en outre que l'établissement avait contribué à la fourniture des prestations de service effectuées en France par la société allemande et auxquels participait le même gérant. Sur ce point, la Haute Assemblée relève, pour donner gain de cause au contribuable, que des ouvriers de la société allemande participaient auxdites activités. Ainsi :

- premièrement, lorsqu'un groupe dispose en France d'un établissement stable et d'autres implantations qui ne sont pas taxables par elle-mêmes, il est exclu de rattacher aux bénéfices de l'établissement stable les revenus de ces dernières. Seuls les revenus spécialement identifiés comme provenant des moyens de production d'un établissement stable peuvent en effet lui être rattachés. Il s'agit d'une expression de la règle de la source. Elle signifie que, dans le cas des établissements stables, la substance des revenus commande leur rattachement à l'établissement stable ; et ce dernier n'a pas de pouvoir attractif en lui-même permettant de présumer que relèvent de sa sphère les moyens de production possédés par le groupe sur l'ensemble du territoire concerné ;

- deuxièmement, la démonstration de l'existence de l'établissement stable par la disposition de ressources, y compris humaines, lui faisant bénéficier de la qualification d'installation fixe d'affaires n'implique pas que ces ressources concourent à toutes ses activités lorsqu'elles ne peuvent lui être spécialement attachées et sont présumées relever de son siège. Au cas d'espèce, il semble que la subordination des salariés de la filiale se traduise par une présomption d'exclusion de leur contribution aux profits de l'établissement stable.

⁴⁵⁰ CE n° 70906 du 15 mai 1992, 8e et 7e s.-s., Société Basalt réfractaire, rapp. F. Loloum concl. O. Fouquet.

Il y a lieu de se demander si l'idée exprimée par cette jurisprudence exprime un principe plus général. La question posée concerne le lien entre la mobilisation des facteurs de production et les produits imposables de l'exploitation. Du point de vue de l'imposition des bénéficiaires, ce lien ne doit avoir en principe d'importance que dans le sens extensif, pour qualifier des revenus d'entreprise qui auraient été omis alors qu'ils résultent de la mobilisation de facteurs de production appartenant à l'entité. Il en va ainsi différemment, en fiscalité directe des bénéficiaires, du mécanisme du lien direct en matière de taxe sur la valeur ajoutée qui commande, à rebours, le droit à déduction sur la base du chiffre d'affaires de l'assujéti. Autrement dit, le lien entre un facteur de production et un produit taxable est suffisant, mais il n'est pas nécessaire.

Mais, à cet égard, la décision *Basalt Réfractaire* introduit l'idée que les entités sont taxables seulement sur les produits entretenant un lien direct avec les facteurs de production mobilisés pour les obtenir. Si l'on suppose que cette idée exprime une règle, elle est à distinguer du principe de l'entité distincte⁴⁵¹, qui est corollaire du principe de pleine concurrence et en vertu duquel chaque filiale ou établissement stable doit être considéré comme une entreprise à part entière.

En effet, le principe d'entité distincte devrait conduire à imposer une société ou un établissement stable à raison de leur contribution réelle à la valeur ajoutée d'un groupe sans égard pour leur forme : il s'agit donc d'une expression du principe de substance. Au contraire, la règle induite par la décision *Basalt Réfractaire* traduirait l'idée que les revenus ne présentant pas un lien direct avec des facteurs de production relevant de l'établissement stable ne lui sont en aucune façon imputables : il s'agirait alors, au contraire, d'une limitation au principe de substance que nous pourrions intituler « principe de spécialité », par analogie avec la règle de droit public selon laquelle certaines entités qui sont dotées de la personnalité morale, mais pas d'une compétence générale, doivent limiter l'exercice de leurs compétences aux missions qui leur sont dévolues.

Le Conseil d'Etat applique une règle similaire de spécialité au cas de la filiale, dans une de ses décisions relatives à l'affaire *Property Investment Holding*⁴⁵². La société PIH France avait vu remettre en cause la déductibilité des honoraires qu'elle avait versés à sa

⁴⁵¹ Cf. Partie II, titre I, chapitre I.

⁴⁵² CE n° 367897 du 9 décembre 2015, *Société Property Investment Holding France*, 8e et 3e s.-s., rapp. E. de Moustier, concl. B. Bohnert.

société mère néerlandaise PIH BV. En l'espèce, le service avait soutenu que les prestations fournies par la société PIH BV en contrepartie de ces honoraires n'étaient pas utiles à la société française et que le paiement de ces honoraires correspondait en conséquence à un transfert indirect de bénéfices à l'étranger⁴⁵³. La cour avait suivi l'administration car la société française avait recours à des prestataires extérieurs pour la tenue de la comptabilité et le conseil juridique, ce qui donnait à penser que les prestations facturées intra-groupe n'avaient pas de consistance. Elle avait aussi relevé que les pièces produites ne permettaient pas de regarder les prestations en cause comme réalisées dans le seul intérêt de l'entreprise.

Ceci étant, le Conseil d'Etat valide l'argumentaire de la société, qui soutenait qu'elle disposait d'un intérêt à acquitter le prix des prestations litigieuses parce que ses ressources humaines étaient trop faibles pour les accomplir elle-même⁴⁵⁴. Le contexte de cette jurisprudence invite à ne l'interpréter qu'avec précaution⁴⁵⁵. D'ailleurs, dans sa nouvelle décision PIH, le Conseil d'Etat n'a plus besoin de la référence aux moyens limités de la société⁴⁵⁶. Mais on peut y voir un signal ambigu sur le lien entre le profit d'une entité et ses moyens de production.

⁴⁵³ CE n° 367897 du 9 décembre 2015, Property Investment Holding France : « la société PIH France avait conclu le 23 novembre 2002 avec la société PIH BV une convention d'assistance portant, en contrepartie du versement annuel d'honoraires de 200 000 euros hors taxe, sur la fourniture par cette dernière à la société PIH France de prestations, d'une part, d'assistance au développement, couvrant la recherche de nouveaux investissements, l'étude des investissements et la recherche du financement correspondant, d'autre part, d'assistance administrative et financière, relatives aux relations avec les banques des sociétés du groupe dont la société PIH France est la mère, au contrôle et à la gestion de la trésorerie de ce groupe, à la supervision et à l'assistance des services comptables et administratifs du groupe, à la rédaction et au suivi des procédures de consolidation, à la revue et au contrôle des liasses de consolidation, à l'arrêté des principes comptables du groupe et aux relations avec les commissaires aux comptes du groupe ; qu'elle a également relevé que la société de droit britannique EPIC facturait à la société PIH BV, au titre des prestations de stratégie d'investissement, les dépenses effectuées notamment par son dirigeant, que la société Larix facturait à la société PIH BV en vertu d'une convention de "management agreement" du 18 octobre 2000 des prestations de nature administrative, juridique, comptable et financière et qu'il n'était pas contesté que ces prestations étaient refacturées à la société française par la société PIH BV ».

⁴⁵⁴ *Ibid.* : « les prestations facturées à la société PIH France, qui présentaient un intérêt pour son exploitation propre, ne pouvaient être réalisées ni par son unique salariée, employée à temps partiel pour assurer essentiellement des fonctions de représentation, ni par les prestataires extérieurs, la société Saggel Gestion, le cabinet NSK et MeA..., auxquels étaient confiées des prestations distinctes de celles visées par la convention d'assistance ».

⁴⁵⁵ *Ibid.* La décision de cassation intervient en effet sur un moyen de dénaturation. Devant les juges du fond, la société requérante avait mis en avant certaines prestations rendues par un fournisseur, la société EPIC, en matière de stratégie d'investissement immobilier et de gestion des actifs. La cour n'en avait pas tenu compte faute pour la société de produire la convention entre EPIC et la société PIH BV, mère de PIH France. Elle avait déduit de cette absence de production que la société EPIC ne réalisait pas de prestations d'assistance au profit de la société française mais en contrôlait les décisions stratégiques au profit de PIH BV, de sorte que le paiement des honoraires en litige équivalait à prendre en charge les frais du contrôle assuré sur sa propre gestion par sa société mère néerlandaise. Dans ce contexte, le Conseil d'Etat censure l'arrêt de la cour pour dénaturation. Faute de pouvoir distinguer entre les prestations rendues par la société Larix, vouées à être considérées comme déductibles, et les prestations de la société Epic, encore litigieuses, la Haute assemblée annule l'arrêt attaqué dans sa totalité.

⁴⁵⁶ CE n° 407232 du 25 juin 2018, 8e et 3e chambres réunies, rapp. Uher, concl. Bohnert. La Haute Assemblée casse à nouveau l'arrêt de la cour pour erreur de droit à avoir considéré que la présomption de transfert était constituée à raison d'une absence d'intérêt au contrat litigieux, alors que l'administration n'avait pas soutenu que ce contrat était sans

En effet, dans une autre décision PIH portant, celle-ci, sur des rectifications notifiées à sa filiale la SARL Foncière Le Charlebourg⁴⁵⁷, le Conseil d'Etat admet qu'une société déduise des « honoraires de résultat » par le seul motif qu'elle ne disposait pas du personnel pour l'accomplir. Il y a peut-être une filiation entre cette décision et les jurisprudences déjà mentionnées Rockwell-Collins⁴⁵⁸ et Marignan Publicité⁴⁵⁹, qui permettent à un contribuable de justifier de l'existence d'une prestation, dans une logique de vraisemblance, par tout moyen directement relié à la consistance de cette prestation.

Mais, dans cette perspective, il nous paraît que le versement d'un honoraire de résultat sur la vente d'un immeuble aurait dû donner lieu à des justificatifs en amont. A supposer qu'aucun contrat n'ait pu être conclu, peut-être le juge aurait-il pu, conformément aux pratiques des agences immobilières, attendre de la société qu'elle produise à l'instance ne serait-ce qu'un mandat immobilier, sur un formulaire-type ou un quittancier quelconque, assorti d'une formule de calcul même sommaire. Une telle exigence aurait manifesté la « précaution spéciale » mentionnée par Philippe Martin face aux possibilités d'optimisation fiscale intra-groupe.

*

* *

intérêt pour la contribuable. Après cassation, le Conseil d'Etat estime qu'à défaut de remise en cause globale, l'administration devait, pour remettre en cause une fraction des charges nées des contrats litigieux, examiner les prix des prestations correspondantes. Faute d'avoir procédé à une telle comparaison, elle ne pouvait être réputée avoir constitué la présomption de transfert et la décharge devait être prononcée. Comme on le voit, la deuxième décision rend surabondant le recours au principe de spécialité puisque la décharge intervient sur un défaut de constitution de la présomption sur le terrain de l'avantage par comparaison. Il reste toutefois que, dans les écritures du dossier, le passage de l'avantage par nature à l'avantage par comparaison transite par l'idée que, pour justifier d'un avantage au contrat, la société pouvait soutenir valablement que ses effectifs étaient insuffisants.

⁴⁵⁷ CE n° 382733 du 21 septembre 2016, Société Property Investment Holding, 9e et 10e chambres réunies, rapp. Merloz, concl. Bokdam-Tognetti. Dans cette affaire, la holding immobilière française PIH France venait aux droits de la SARL Foncière le Charlebourg dans laquelle elle détenait des participations. Cette SARL était donc sous dépendance indirecte de la société néerlandaise PIH BV. Or, parmi d'autres éléments de litige, le service avait remis en cause un honoraire « de résultat » versé par la SARL à sa grand mère hollandaise, à la suite de la cession de l'immeuble que celle-ci détenait. La cour avait confirmé le rappel en accordant foi à l'argument du service, qui notait que la décision de versement avait en réalité été prise directement par des représentants de la grand mère au sein de la SARL, ce qui montrait que l'intérêt poursuivi n'était pas celui de cette dernière et que l'on était en présence de « frais d'actionnaire » au sens des lignes directrices de l'OCDE. Toutefois le Conseil d'Etat casse l'arrêt en reprochant à la cour de n'avoir pas répondu au moyen tiré de ce que l'honoraire de résultat était modeste au regard des pratiques du marché et de la plus-value obtenue. Subrepticement, la Haute Assemblée lie ce moyen de renversement d'une présomption de transfert à raison d'un avantage par comparaison avec un autre argument, plus radical, tiré de ce que la SARL Foncière le Charlebourg « n'avait pas de personnel lui permettant de réaliser elle-même les prestations correspondantes », donnant à penser que l'insuffisance alléguée de personnel peut suffire à justifier de l'existence d'une prestation.

⁴⁵⁸ CE 18 décembre 1989, Sté Rockwell-Collins France, RJF 3/90 n°114.

⁴⁵⁹ CE 20 avril 1984, RJF 6/84 n°705 ; 6 janvier 1986, RJF 2/86 n°154 ; CE 27 juin 2001, SA Marignan publicité, RJF 10/01 n°1287.

On peut débattre de l'existence du principe de spécialité tel que nous le définissons. Si ce principe existe, il semble qu'il s'appuie sur des considérations de pur formalisme juridique (Basalt Réfractaires) ou sur une grande tolérance en matière d'obligations de justification (PIH, PIH-Foncière de Charlebourg). Le principe de spécialité serait alors une simplification, au risque de la caricature, du raisonnement économique sous-tendu par le principe de pleine concurrence. Et la marque de formalisme qu'il introduirait dans le dispositif de rectification constituerait un ferment de divergence par rapport au principe de pleine concurrence-neutralité, intrinsèquement dominé par la primauté de la substance.

Mais, à vrai dire, on peut ne pas nous suivre dans la théorie du principe de spécialité et néanmoins constater les limitations formalistes du dispositif de l'article 57 face à l'optimisation agressive en matière de prix de transfert, comme nous l'avons vu en commentant les différentes influences du formalisme dans la décision Zimmer.

CONCLUSION DE LA SECTION

Un échantillon des décisions prises sur les grands montages optimisants des dernières décennies révèle la relative inefficacité du dispositif de l'article 57 en matière de rectification des montages d'optimisation les plus évidents.

Nous avons imputé cette insuffisance à l'inspiration essentiellement coercitive de ce dispositif, tendu seulement vers la rectification et qui suscite la prudence des juges, rendant difficile de le faire évoluer hors des cadres établis : l'inopérance mutuelle du lien de dépendance et du transfert, l'absence de lien entre la dépendance au sens de l'article 57 et la dépendance au sens de l'article 5 § 5 de la convention modèle, l'incomparabilité radicale prêtée aux montages de sous-capitalisation par rapport aux conditions de financement des sociétés indépendantes, ou encore la jurisprudence libérale de la justification des charges suspectes révèlent un dispositif dont l'unité apparente cache un mode d'emploi fragmenté en multiples étapes de raisonnement, étanches les unes aux autres, et contradictoires avec l'intuition, que l'on pourrait nourrir, selon laquelle la réponse à des montages d'optimisation complexe suppose un dispositif cohérent.

En dernier lieu, nous avons émis l'hypothèse que l'inspiration restrictive de l'article 57 avait partie liée avec le formalisme qui guide parfois le raisonnement dans le cadre de son application. Cela conduirait à supposer que, au-delà des apparences, qui donnent à penser que l'article 57 transpose l'article 9 § 1 des conventions modèles, ce dispositif induit un contrôle très formel et très peu économique de la part du juge, et s'inscrit, dès lors, dans une tendance essentiellement divergente avec l'ambition de neutralité fiscale du principe de pleine concurrence universel.

CONCLUSION DU CHAPITRE

Après le chapitre 1 du présent titre, consacré à dégager le sens de l'article 57 comme principe de rectification, l'interrogation du présent chapitre, qui portait sur l'effet de ce dispositif, nous a permis de revenir à la question de la signification de ce dispositif en matière de régulation des prix de transfert.

La conclusion principale est que, ni directement, ni indirectement, le dispositif de l'article 57 ne concourt à une régulation d'ensemble des prix de transfert, puisqu'il est impropre à créer un cadre harmonieux d'orientation des comportements économiques dans le sens d'une convergence entre l'intérêt fiscal et l'intérêt de l'échange économique.

Cette inadéquation se révèle de deux manières :

- de façon directe, la régulation des prix de transfert par le mécanisme de la présomption donne au juge un pouvoir de réglementation, motivé par la protection des droits, mais qui n'incite pas à la coopération entre les parties prenantes. Les échanges d'information entre le contribuable et l'administration n'ont aucune raison d'intervenir hors de l'enceinte contentieuse, et la régulation amiable n'a pas lieu de se développer ;

- de façon indirecte, la logique de pure rectification est sans effet sur les comportements parce qu'elle est, sur les points les plus problématiques, inspirée par le formalisme juridique davantage que par le réalisme économique. Dans ce contexte, les effets comportementaux de la norme de droit sont ambigus : d'un côté, les rappels d'impôt infligés à des entreprises peuvent être observés par leurs concurrentes et influencer leurs comportements ; mais, de l'autre, cette observation est compensée par celle des défaites contentieuses de l'administration en présence de montages bien construits.

Dans ce contexte, la prise en compte des rectifications subies par d'autres ne peut valablement exercer d'influence que sur la gestion du risque fiscal, c'est-à-dire à l'intérieur d'une logique de rectification et non dans le cadre plus large d'une recherche d'équilibre dans la gestion des prix de transfert.

CONCLUSION DU TITRE

Le principe de rectification des transferts de bénéfices intra-groupes s'exerce par nature dans le cadre national. Nous en avons observé le déploiement en France et constaté sa large extension en même temps que ses limitations intrinsèques. La rectification des transferts de bénéfices peut avoir lieu, en théorie, sur le fondement de l'acte anormal de gestion ou du transfert de bénéfices, au point que les acteurs peuvent confondre les deux⁴⁶⁰ ; mais en même temps, la rectification n'a lieu que dans des situations bien identifiées donnant l'apparence d'un mode d'emploi précis, que nous allons devoir analyser dans le titre 2.

Par ailleurs, les développements du présent titre ont montré les équivoques de la relation entre la rectification des transferts de bénéfice et l'idée de primauté de la substance sur la forme. A cet égard, on peut avoir l'intuition est qu'un principe de pleine concurrence-neutralité devrait pousser jusqu'à sa limite la primauté de la substance, en matière d'attribution des profits aux entités concernées par l'échange économique. Et si la convention modèle est bien le vecteur juridique d'un tel principe, alors cette convention devrait être exempte du formalisme constaté en droit interne. Le constat serait presque rassurant pour notre sujet, parce qu'il indiquerait que des modifications des règles de l'établissement stable pourraient suffire à réguler les montages de commissionnaires et les questions de la nouvelle économie. C'est en ce sens que plaide une partie de la doctrine, comme nous l'avons vu en début d'introduction générale.

Mais nous avons vu que la situation n'est pas si simple. Le fait même que, par les évolutions de l'instrument multilatéral, les Etats engagés dans le projet BEPS aient fait évoluer les commentaires du modèle à la suite de la décision Zimmer montre que le raisonnement du Conseil d'Etat n'est pas passé inaperçu au sein de l'OCDE.

Il n'est donc pas possible de considérer que le dispositif de la convention modèle suffit à faire toujours prévaloir la logique de substance pour l'attribution des revenus, et donc à asseoir un principe de neutralité de la fiscalité pour le libre-échange.

⁴⁶⁰ Cf. Actes du colloque - *La gestion fiscale des groupes de sociétés - Table ronde sur la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales*, Droit Fiscal 49/2016. Laurent Olléon indique : « Souvent, le fondement de la rectification n'est pas très clair. J'ai même vu une rectification dans laquelle il était écrit que, puisque l'article 57 jouait, il y avait forcément acte anormal de gestion. C'est une erreur car si l'article 57 joue, c'est que l'on a une présomption de transfert de bénéfices, on ne peut pas en déduire automatiquement un acte anormal de gestion, qui doit être prouvé ».

TITRE 2. LA REFERENCE DE RECTIFICATION

La décision Cap Gemini de 2005⁴⁶¹ constitue à double titre un moment fondamental de fixation du mode d'emploi de la rectification des transferts de bénéfices.

En premier lieu, l'affaire porte sur les modalités de comparaison en matière de transferts de bénéfices. Dans cette affaire, l'administration reprochait à la société d'avoir renoncé, au profit de ses filiales étrangères, à des redevances liées à la concession de l'usage et de l'exploitation de sa marque et de son logo, alors qu'elle percevait de telles redevances de ses filiales françaises⁴⁶². La cour admettait de voir dans une telle renonciation un avantage susceptible de constituer un transfert de bénéfices, mais elle faisait droit aux arguments de la société en acceptant de considérer que le défaut de perception de redevances lui faisait bénéficier de contreparties favorables à son exploitation. Le Conseil d'Etat confirme l'arrêt tout en précisant qu'en pareil cas, l'avantage ne doit pas être considéré comme établi faute de détermination de son montant⁴⁶³. Il retient ainsi un motif qui touche au mode d'emploi de la

⁴⁶¹ CE 7 novembre 2005 n° 266436 et 266438, 3e et 8e s.-s., min. c/ Sté Cap Gemini : RJF 1/06 n° 17 avec concl. E. Glaser p. 5. Une autre décision Cap Gemini réexamine en partie les mêmes faits, en raison de litiges nés du traitement des premières rectifications dans les comptes intégrés de la société : V. CE n° 375746 du 23 décembre 2016, 9e et 10e chambres réunies, rapp. Merloz, concl. De Barmon, mentionné aux tables du recueil Lebon. La Haute Assemblée juge que « la cour a méconnu les règles de dévolution de la charge de la preuve en jugeant que l'administration apportait la preuve qui lui incombe de l'existence d'un avantage consenti par la société Cap Gemini à la société Cap Volmac ... en se bornant à relever que le prix facturé était inférieur à celui pratiqué avec les filiales françaises et étrangères du groupe ».

⁴⁶² *Ibid.* Lors d'une vérification de comptabilité portant sur les exercices 1984 et 1985, l'administration a relevé que la société holding du groupe Cap Gemini Sogeti, en contrepartie de la concession de l'usage et de l'exploitation de sa marque et de son logo, n'avait exigé aucune redevance ou seulement des redevances faibles de la part de ses filiales européennes et américaine alors que ses filiales françaises lui versaient, à ce titre, une somme égale à 4 % de leur chiffre d'affaires annuel. La société n'avait exigé de redevances de la part des entités européennes et américaine que tardivement et à des taux s'élevant de 0,5% à 2%. Elle faisait valoir que ces taux correspondaient à des marchés nouveaux où la marque et le logo du groupe n'étaient que peu connus, ce alors même que le rachat de certaines des filiales, au titre des exercices soumis à la vérification de comptabilité, datait d'une dizaine d'années. Le service n'avait pas pratiqué de redressement sur 1984 mais avait estimé, pour 1985, que l'absence de rémunération du droit d'usage de la marque et du logo de la société mère constituait un transfert indirect de bénéfices.

⁴⁶³ *Ibid.* Devant le Conseil d'Etat, le ministre avait soulevé le moyen d'erreur de droit qu'aurait commis la cour à avoir déchargé les rappels d'impôt, en présence d'avantages consentis à des filiales étrangères et alors que la société ne prouvait pas le bien-fondé de ses remises de redevances. Il s'agissait donc d'un moyen d'erreur de droit à avoir inversé la charge de la preuve au détriment du service. Le Conseil d'Etat écarte ce moyen en jugeant que la non-facturation de redevances (ou la facturation de redevances allégées) ne constituait pas, en soi, un fait suffisant pour former une présomption de transfert. La Haute Assemblée confirme ainsi l'arrêt de la cour mais en pratiquant une substitution de motif. La cour avait en effet reconnu que l'administration démontrait l'existence d'un avantage consenti aux filiales. Mais elle avait admis que la société établissait l'existence de contreparties à cet avantage, à savoir notamment la contribution des filiales acquises, par leur propre expérience sur les marchés locaux où Cap Gemini Sogeti n'était guère connu, à la valeur de sa marque. Elle avait enfin estimé que l'administration ne démontrait pas que les avantages consentis excédaient ces contreparties.

présomption de transfert et, à l'intérieur de ce dernier, au mode d'emploi de la comparaison entre les transactions litigieuses et les transactions prises en référence.

En second lieu, le Conseil d'Etat valide, implicitement, la classification établie par son commissaire du gouvernement distinguant des avantages par nature et des avantages par comparaison⁴⁶⁴ : alors que les premiers sont entièrement déterminés par leur nature, l'existence des seconds dépend de leur quantification. Il ne peut donc y avoir avantage par comparaison s'il n'y a pas de chiffrage de l'avantage⁴⁶⁵. La catégorie des avantages par nature présente, pour la doctrine, une sorte d'évidence tautologique⁴⁶⁶ qui finit par interroger sur ses sources et notamment sur sa connexion avec la théorie de l'acte anormal de gestion. Or, comme nous l'avons vu, la normalité est une donnée consubstantielle au principe de rectification dès l'origine de l'article 57, et avant même la formalisation de la théorie de l'acte anormal de gestion.

Il faut donc interpréter la jurisprudence Cap Gemini, et la classification d'Emmanuel Glaser, à l'aune des principes qui les sous-tendent en matière de référentiel de rectification. Nous retrouvons ici la problématique centrale consistant à déterminer si, en substance, l'article 57 opère des rectifications au regard des conditions de la pleine concurrence ou si, du fait des influences formalistes à l'œuvre dans le droit et le contrôle juridictionnel, son dispositif tend à s'en séparer.

⁴⁶⁴ RJF 1/06 concl. E. Glaser p. 5 : « *il nous semble qu'il faut distinguer selon la nature des avantages en cause. Certaines pratiques sont, si l'on peut dire, des avantages par nature. Il en va ainsi, par exemple, de la prise en charge, sans refacturation, par la maison mère du salaire d'un cadre détaché dans une filiale étrangère (Plén., 30 mars 1987, n° 52 754, RJF 5/87 n° 489, conclusions B. Martin-Laprade p. 262) ou de prêts consentis sans intérêts (2 juin 1982, n° 23 342, RJF 7/82 n° 637). En revanche, d'autres comportements ne sont constitutifs d'avantages que par comparaison, parce que leur montant diffère de celui habituellement pratiqué. Il en va ainsi par exemple des prix de vente, qui ne deviennent un avantage que s'ils sont inférieurs à ceux que la même société pratique à l'égard de ses autres clients, selon la formulation de l'une de vos décisions (2 juin 1976, n° 94 758, RJF 9/76 n° 371). Il en va également ainsi des redevances. Vous avez par exemple jugé que la partie exagérée, au regard des taux habituellement pratiqués par les éditeurs, de redevances versées par une société française à une entreprise située hors de France constitue en l'absence de justifications de la spécificité des taux pratiqués, un transfert indirect de bénéfices (27 février 1991, n° 48 780, SARL d'édition des artistes peignant de la bouche et du pied, RJF 4/91 n° 401). Dans un tel cas, il appartient à l'administration, pour établir l'existence d'un avantage et bénéficier de la présomption de l'article 57, de démontrer que la redevance est supérieure à ce que verserait dans des circonstances équivalentes une société à d'autres sociétés sans liens de dépendance avec elle ».*

⁴⁶⁵ RJF 1/06 concl. E. Glaser p. 5 : « *La Cour a peut-être eu tort de présenter cela comme un troisième temps du raisonnement, alors qu'il s'agit, dans votre logique, d'un élément du premier temps. Elle n'aurait donc pas dû écrire que le ministre avait démontré l'existence d'un avantage, alors que, si comme elle le dit, le ministre n'a pas démontré la valeur de cet avantage en se bornant à comparer la redevance payée par les filiales européennes et la redevance payée par les filiales françaises, il n'a en réalité pas démontré l'existence même de l'avantage ».*

⁴⁶⁶ LABRUNE, Nicolas, *Transfert de bénéfices à l'étranger : actualité de l'article 57 du CGI*, chron. sous CE n° 370974 du 9 novembre 2015, Société Sodirep Textiles SA-NV ; CE n° 372372 du 16 mars 2016, Société Amycel France ; CE n° 372097 du 15 avril 2016, Société LVSD, RJF 6/16 p. 689. : « *l'administration n'a nul besoin de se livrer à un exercice de comparaison pour établir que ceux-ci constituent des avantages : aucune entreprise ne saurait, dans le cadre d'une gestion normale sur un marché concurrentiel, se comporter de la sorte ».*

Pour examiner cette question, nous examinerons le dispositif de l'article 57 en tant qu'il met en œuvre deux types de références de rectification.

La première traite de la comparaison. Sur ce point, nous verrons que la jurisprudence prescrit des règles strictes d'administration (Chapitre 1). La seconde référence est celle de la normalité de gestion. Cette notion insaisissable a divergé de l'ancrage qu'elle était susceptible de recevoir dans l'ordre économique, sous forme d'une norme de comportement concurrentiel, pour venir se fondre dans les catégories induites par l'anormalité fiscale (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. LA REFERENCE DE COMPARAISON

Nous ne remettons pas en cause l'intérêt de la distinction entre des avantages par nature et des avantages par comparaison. Observons toutefois qu'elle a quelque chose d'artificiel en ce sens que tout avantage se mesure par une comparaison, soit directe avec des prix de référence, soit indirecte avec des conditions de formation de prix. En termes comptables par exemple, la comparaison de l'article 57 peut donner lieu à une comparaison de charges ou de produits, mais aussi à une comparaison des opérations économiques sous-jacentes. En forçant le trait, on pourrait même estimer que l'avantage par comparaison porte sur les valeurs du compte de résultat, tandis que l'avantage par nature porte sur leurs contreparties en termes d'opérations économiques.

De cette omniprésence de la comparaison, directe ou indirecte, nous déduisons un principe quant au référentiel de rectification. L'hypothèse que nous formons est que l'exigence de comparaison exprime la volonté d'asseoir le principe de rectification sur une variété maximale de données économiques objectives. Cette référence serait en quelque sorte le versant expérimental du dispositif de rectification, tandis que la référence de normalité en serait le versant théorique.

La question posée dans ce chapitre concerne donc le périmètre d'extension de la référence de comparaison. Nous verrons à cet égard que cette référence se déploie dans la totalité du mode d'emploi de la présomption de transfert (Section 1), et possède ses propres règles, dégagées par la jurisprudence (Section 2).

SECTION 1. MODE D'EMPLOI DE LA PRESOMPTION

Le fonctionnement du dispositif de l'article 57 sur la base d'une présomption est ancien⁴⁶⁷ et, comme nous l'avons vu, ancré dans l'articulation même entre le principe de rectification et la garantie des droits par le juge.

Pour autant, le mode d'emploi de cette présomption est beaucoup plus récent. Selon les conclusions du commissaire du gouvernement Schlicke dans l'affaire Compagnie générale de radiologie, « *cette présomption peut être renversée par la preuve que l'entreprise française a, en fait, obtenue une contrepartie normale pour cet avantage* »⁴⁶⁸. La mention d'une contrepartie normale traduit ici, selon notre hypothèse du présent titre, la dialectique profonde entre les deux éléments de référentiel de la rectification : la comparaison et la normalité, notions qui sont les miroirs, respectivement, de la pratique et de la théorie.

Le processus de formalisation d'un mode d'emploi s'est échelonné sur plusieurs décennies et n'est pas achevé. Avant l'affaire Cap Gemini⁴⁶⁹, la décision Boutique 2M décrivait un mouvement général de balancier entre l'administration et le contribuable⁴⁷⁰. L'affaire Cap Gemini imposait de compléter le mode d'emploi de la présomption, à savoir les règles de sa formation et de son renversement. L'innovation fondamentale porte sur la mécanique de la présomption de transfert dans le cas de l'avantage par comparaison, depuis sa constitution jusqu'à sa destruction. Nous décrirons successivement ces deux moments théoriques dans les deux paragraphes de la présente section.

⁴⁶⁷ CE Plénière n° 85191 du 20 novembre 1974, RJF 1975 p. 21, CE n° 94839 du 12 novembre 1975, RJF 1976 p. 66, CE n° 10454 du 9 mars 1979, RJF p. 121.

⁴⁶⁸ CE n° 23342 du 2 juin 1982, Compagnie générale de radiologie, 8e et 9e s.-s., concl. Schlicke.

⁴⁶⁹ CE n°s 266436, 266438 du 7 novembre 2005, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Société Cap Gemini, 3e et 8e s.-s., rapp. E. Crépey, concl. E. Glaser.

⁴⁷⁰ V. par ex. CE Plén. n° 50 020 du 27 juillet 1988, Boutique 2M, RJF 10/88 n° 1139 conclusions O. Fouquet p. 577, GAJF 4ème éd. n° 52 ; 19 octobre 1988, n° 56 218, RJF 12/88 n° 1312, conclusions O. Fouquet p. 723 et 25 janvier 1989, n° 49 847, Sté Hempel, RJF 3/89 n° 274 : le considérant énonce alors, s'agissant de l'article 57 : « *ces dispositions, sous réserve que l'administration ait établi l'existence d'un lien de dépendance entre l'entreprise située en France et l'entreprise située hors de France ainsi que des majorations ou minorations de prix, ou des moyens analogues de transfert de bénéfices, instituent une présomption pesant sur l'entreprise passible de l'impôt sur les sociétés laquelle ne peut obtenir, par la voie contentieuse, la décharge ou la réduction de l'imposition établie en conséquence qu'en apportant la preuve des faits dont elle se prévaut pour démontrer qu'il n'y a pas eu transfert de bénéfices...* ».

§ 1. CONSTITUTION DE LA PRESOMPTION

Nous mettrons en lumière la particularité du mode d'emploi jurisprudentiel (B) au regard des implications que l'on pourrait tirer de la lecture du texte de l'article 57 (A).

A. Au regard du dispositif de l'article 57

1. Quant aux modalités de transfert

L'article 57 couvre en principe toutes les modalités de transfert de bénéfices, puisqu'il s'applique en matière de « *bénéfices indirectement transférés... soit par voie de majoration ou de diminution des prix d'achat ou de vente, soit par tout autre moyen* ».

Le transfert de bénéfices par majoration des prix d'achat ou des prix de vente se mesure nécessairement par l'examen comparé de ces prix avec un référentiel de prix qui auraient dû être acquittés ou reçus. Le principe d'une comparaison est donc intrinsèque au dispositif dans ce cas-là. Par extension, le recours à la comparaison est contenu dans le second membre de l'alternative, le transfert de bénéfice « *par tout autre moyen* », dans la mesure où l'avantage résulte d'une déviation de l'assiette ou du prix d'un élément constitutif du bénéfice. La notion est compatible avec les deux acceptions du bénéfice au sens du 1 et du 2 de l'article 38, c'est-à-dire comme résultat des charges soustraites aux produits de toutes natures ou comme variation d'actif net. Le recours à la comparaison est enfin présent dans le cas où une opération, envisagée dans sa nature et non simplement au regard de sa contrepartie financière, emporterait un transfert de bénéfice, par exemple dans le cas d'une opération anormale⁴⁷¹.

On peut donc, en théorie, mettre en évidence un transfert de bénéfice dans toutes les écritures d'un compte de résultat ou de bilan, par la comparaison entre la manière dont le montant de ces écritures a été déterminé et la façon dont il aurait dû l'être ; mais aussi dans toutes les contreparties physiques ou financières de ces montants, au travers de la comparaison des opérations proprement dites avec celles qui auraient dû avoir lieu. Dans ce second cas, le principe même de l'opération peut être en cause, mais aussi sa délimitation

⁴⁷¹ Nous nous séparons sur ce point de l'interprétation précitée de Nicolas Labrune, pour lequel la comparaison est absente du processus d'identification d'un avantage par nature (LABRUNE, Nicolas, *Transfert de bénéfices à l'étranger : actualité de l'article 57 du CGI*, RJF 6/16 p. 689 : « *l'administration n'a nul besoin de se livrer à un exercice de comparaison pour établir que ceux-ci constituent des avantages : aucune entreprise ne saurait, dans le cadre d'une gestion normale sur un marché concurrentiel, se comporter de la sorte* »).

contractuelle ou substantielle : si une société verse des sommes en contrepartie d'un contrat, la remise en cause peut concerner l'ensemble de la somme et donc du contrat, ou une composante de la somme représentative de stipulations particulières. Le dispositif de l'article 57 implique à cet égard une analyse de la substance économique des opérations et de leur prix, de l'adéquation des stipulations juridiques correspondantes, et de la fidélité des enregistrements comptables.

Ainsi la lecture directe et naïve de l'article 57 nous met-elle directement en présence du principe de réalisme du droit fiscal, par opposition au formalisme juridique du contrat, et d'indépendance du droit fiscal au regard des conventions comptables.

Pour préciser notre référentiel de comparaison, observons que le dernier alinéa dispose : « *A défaut d'éléments précis pour opérer les rectifications prévues aux premier, deuxième et troisième alinéas, les produits imposables sont déterminés par comparaison avec ceux des entreprises similaires exploitées normalement* ». Ainsi, soit on possède des éléments précis, c'est-à-dire suffisants pour établir le transfert, soit on doit rechercher son existence et son montant en examinant ce que font, ou ce qu'auraient fait, des entreprises peu différentes.

L'adverbe « *normalement* », présent dès l'origine de l'article 57, peut alors signifier en théorie « correspondant à la norme » ce qui peut être interprété, soit comme donnant une indication de conformité d'ordre statistique, soit comme opérant un renvoi à la notion de gestion normale c'est-à-dire exempte d'acte anormal de gestion. Cette dernière lecture s'est imposée en jurisprudence, comme le montre par exemple une décision de 1976⁴⁷² où le Conseil d'Etat juge qu'une société B ne démontrait pas que l'importance anormale des commissions versées au regard du prix de revient des appareils vendus serait justifiée par un travail effectif de M. A.

Quant à la notion d'entreprises similaires, on peut s'interroger sur le point de savoir s'il doit s'agir d'entreprises tierces et indépendantes, ou liées par dépendance avec l'entreprise contribuable mais exploitées normalement. Nous estimons sur ce point que l'article ne formule pas de limitation, et d'ailleurs nous avons observé au titre I que la jurisprudence distingue bien la condition du lien de dépendance et la condition du transfert de bénéfices par

⁴⁷² CE n° 94758 du 2 juin 1976, Société X, 9e et 8e s.-s., rapp. Kerever, concl. Schmeltz, publié au recueil Lebon.

une clause d'inopérance mutuelle⁴⁷³. Dans la décision Basalt Réfractaires⁴⁷⁴, par exemple, l'administration soutenait que le comportement de la société allemande avait empêché sa filiale dépendante d'être en situation de profiter de prix réduits⁴⁷⁵ : le Conseil d'Etat rejette dans ce cas l'hypothèse d'un circuit de transfert de bénéfices. Il restreint les moyens de preuve à la disposition du service aux minorations/majorations de prix, sans égard pour les conditions de leur formation inhérentes à la situation de dépendance⁴⁷⁶.

Il nous apparaît donc permis de regarder l'existence d'un lien de dépendance comme une circonstance inopérante en matière d'appréciation des prix de transfert, ce qui signifie qu'une société en situation de dépendance, au sein d'un groupe tiers ou au sein du groupe d'appartenance de la contribuable, pourrait fort bien constituer une « *entreprise similaire* » au sens de l'article 57 pourvu qu'elle soit exploitée normalement.

⁴⁷³ V. sur ce point CE n° 55543 du 2 novembre 1987, 7e et 9e s.-s., Ministre de l'Economie, des finances et du budget c/ Sté Patrex, rapp. M.-A. Latournerie, concl. B. Martin-Laprade. La société Patrex avait pour activité la commercialisation sur le marché français de produits chimiques d'importation destinés à l'industrie pharmaceutique. Elle avait acquis divers produits chimiques auprès de laboratoires monégasques qui les importaient d'Allemagne. Une enquête douanière avait révélé que les produits en cause étaient vendus à l'exportation par leurs fabricants français à deux sociétés suisses qui les revendaient à des sociétés allemandes auxquelles les laboratoires monégasques fournisseurs de la société Patrex les achetaient à l'importation. L'administration avait alors estimé que le fait que le prix auquel la société Patrex achetait ces produits aux laboratoires monégasques était très nettement supérieur à celui auquel les fabricants français les vendaient eux-mêmes aux sociétés suisses révélait la mise en place par la société Patrex d'un circuit commercial ayant pour objet de lui permettre, sous couvert des sociétés suisses, de bénéficier de prix d'achat réels nettement inférieurs à ceux accusés par sa comptabilité. Elle en avait déduit un redressement à titre de transfert de bénéfices vers la Suisse, calculé en mesurant l'écart existant entre la valeur d'importation des produits facturés par les sociétés allemandes aux laboratoires monégasques, et la valeur d'exportation des mêmes produits facturés par les fabricants français aux sociétés suisses, déduction faite d'une marge de 5 % admise en tant que rémunération de l'intervention des sociétés allemandes. Le tribunal administratif de Paris avait déchargé la société Patrex de rappels mis à sa charge en matière d'impôt sur les sociétés sur le fondement de l'article 57 du CGI et de retenue à la source au titre de revenus réputés distribués à un résident de Suisse. Le Conseil d'Etat rejette le recours du ministre en relevant qu'il n'établit pas l'existence d'un lien de dépendance et, au surplus, que le service n'alléguait pas l'existence de prix majorés payés par la société Patrex.

⁴⁷⁴ CE n° 70906 du 15 mai 1992, 8e et 7e s.-s., Société Basalt réfractaire, rapp. F. Loloum concl. O. Fouquet, publiée au recueil. L'arrêt portait, outre le redressement en matière de transfert de bénéfices, sur une rectification en matière de charges déductibles. Sur ce point également, l'établissement stable est taxé selon les règles de la filiale. Le juge admet ainsi que soit retenue en charge déductible la quote-part des salaires du gérant directement liés à son activité au sein de l'établissement. Il refuse la déduction de la fraction excédentaire de la rémunération du gérant, acquittée par la société allemande, dès lors que le contribuable ne justifiait pas de la réalité de ces charges et de leur utilité pour l'exploitation de l'établissement.

⁴⁷⁵ *Ibid.* : « que la société s'étant ainsi réservée les recettes tirées des prestations de service effectuées en France, n'a pas versé de commissions de courtage à son établissement français de telle sorte que celui-ci, placé en situation de trésorerie difficile, s'est trouvé dans l'impossibilité, pour ses achats auprès de la société allemande, son unique fournisseur, de satisfaire aux conditions de règlement permettant d'obtenir les réductions de prix accordées aux autres revendeurs ».

⁴⁷⁶ *Ibid.* Selon la Haute Assemblée, en effet, l'administration « n'apporte pas la preuve que l'établissement aurait consenti à la société, sous forme de prix d'achat majorés, un avantage constitutif d'un transfert indirect de bénéfices à l'étranger ».

2. Quant aux moyens de constitution de la présomption

Comment observer des différences de prix ou des opérations aberrantes ? Et d'abord, est-il nécessaire d'observer de telles discordances ou de démontrer leur existence en examinant la logique économique ?

Au regard du dispositif de l'article 57, la possibilité de démonstration de transfert de bénéfices « *par tout autre moyen* » nous donne à penser que l'on peut se référer au comportement qu'aurait un acteur agissant normalement sans nécessité de recourir à une comparaison avec des données économiques directement observables. On trouve d'ailleurs dans les plaidoiries de l'administration l'argument selon lequel, dans telle ou telle situation, un opérateur indépendant refuserait, ou ne pourrait pas poursuivre, d'agir contre son intérêt. Par exemple, en matière de sous-capitalisation, la thèse du service était qu'un indépendant n'aurait pu supporter indéfiniment les charges financières litigieuses.

Notre hypothèse peut se justifier au regard du quatrième alinéa de l'article, qui prévoit que les produits imposables sont déterminés par comparaison avec ceux des entreprises similaires exploitées normalement lorsque l'on ne dispose pas d'éléments précis pour opérer les rectifications prévues au premier alinéa. Par ailleurs, nous verrons au chapitre 2 du présent titre que les avantages anormaux par nature sont constitués des sommes imputées au bénéfice en contrepartie d'opérations aberrantes au regard de l'intérêt social ; ce qui signifie que, dans un tel cas, l'appréciation de l'avantage est effectuée au regard de normes générales de comportement. Il subsiste alors un élément de comparaison au soutien de la présomption, mais qui n'implique pas de comparaison directe avec des prix observés.

Dans les cas, en revanche, où l'observation directe est requise, c'est-à-dire au moins pour l'identification de minorations ou de majorations de prix au sens du premier alinéa de l'article 57, ou pour l'assiette du transfert de bénéfices au regard de son quatrième alinéa, la question se pose de savoir s'il doit s'agir d'une observation de prix ou si l'on peut déduire les prix observés d'une reconstitution.

Une telle reconstitution est théoriquement possible « par le haut », en isolant des prix comme variable unique de détermination d'une marge, et en comparant directement les marges de sociétés. Par exemple, pour une entité chargée d'un seul type d'activité et rémunérée par une commission, on peut observer le bien-fondé de cette commission de façon indirecte en comparant la marge avec des entités du même secteur. Le contribuable peut alors critiquer l'observation en relevant soit que les activités des comparables sont différentes ou

que leur situation devrait conduire à les exclure de l'échantillon, soit que l'insuffisance de marge de l'entité contrôlée doit être mise au compte d'une mauvaise gestion. Evidemment, le contribuable est en position moins favorable s'il avait lui-même opté, en amont, sur une politique globale de prix de transfert fondée sur l'observation des marges d'entreprises similaires plutôt que sur l'observation directe de prix. Tel est le cas dans l'affaire GE Healthcare⁴⁷⁷ : en l'espèce, le Conseil d'Etat donne gain de cause au service, qui avait remis en cause la pertinence d'une méthode de coût majoré conduisant la société à ne pas pouvoir profiter des baisses de prix de ses approvisionnements, et lui avait substitué une méthode transactionnelle de la marge nette.

La reconstitution du prix est également possible, « par le bas », en identifiant les facteurs constitutifs du prix des transactions : coût de revient, marge normale, etc. Cette deuxième technique est plus délicate parce qu'elle suppose une observation microéconomique des conditions de formation du prix, en particulier quant à la composante de coûts. Dans une affaire Novartis, par exemple, la Cour administrative d'appel de Paris⁴⁷⁸ donne gain de cause au contribuable pour défaut de constitution de la présomption de transfert parce que le ministre avait choisi d'attribuer une marge observée entre les entités en cause à proportion des coûts qu'elles avaient engagés. S'agissant du calcul des coûts de l'entité suisse bénéficiaire du transfert, l'administration avait alors, faute d'observation directe, déduit les coûts des échanges avec une entité américaine du groupe sans tenir compte de certains frais⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ CE n° 409645 du 6 juin 2018, SCS General Electric Healthcare, 8e et 3e ch. réunies, rapp. L. Bellulo, concl. R. Victor.

⁴⁷⁸ CAA Paris n° 06PA02841 du 25 juin 2008, Société Novartis Groupe France SA.

⁴⁷⁹ *Ibid.* Dans cette affaire, la société Novartis Groupe France SA avait fait l'objet d'une vérification de comptabilité à la suite de laquelle l'administration avait, notamment, pratiqué des rappels de prix de transfert au titre d'une cession à un prix jugé excessif d'un principe actif (le propiconazole) par la société mère suisse. Le tribunal n'ayant pas statué sur le moyen par lequel la requérante contestait la valorisation du prix de transfert du Propiconazole par le service, la cour a annulé le jugement et, par effet dévolutif de l'appel, procédé à un nouvel examen de cette valorisation. Les rappels portaient sur des faits anciens (1981 à 1984 pour les exercices vérifiés, 1988 pour un contrôle sur pièces portant sur l'imputation d'amortissements réputés différés). Le Propiconazole entrant dans la composition d'un produit phytosanitaire distribué par une filiale française de la société requérante, la société Ciba-Ceigy. Le service avait procédé à une nouvelle estimation de la valeur d'achat entre Novartis France et Novartis Suisse, déclarée pour 649 F/kg, en partant du prix de vente final par Ciba-Ceigy et en faisant l'hypothèse que la valeur ajoutée respective des entités française et suisse devait être proportionnelle aux coûts engagés par ces deux entités. L'administration avait, « *en répartissant cette marge globale proportionnellement aux coûts respectifs, fixé le prix normal de cession au kilogramme du Propiconazole à 494,05 F au lieu de 649,05 F* ». Dans son arrêt, rendu au vu de la jurisprudence Cap Gemini, la cour reproche au service de n'avoir pas effectué de « *comparaisons avec les prix auxquels des produits comparables sont vendus par des entreprises similaires exploitées normalement* ». Sur le deuxième temps du raisonnement, elle relève que le ministre, en se bornant à invoquer un critère de proportionnalité de la valeur aux coûts supportés, « *ne présente aucune argumentation relative à la nature du Propiconazole, à ses modalités de production et de transformation et à ses conditions de commercialisation permettant d'estimer qu'une telle proportionnalité devrait, dans les circonstances de l'espèce, et eu égard aux caractéristiques de la filière, être retenue* ». A titre surabondant, elle donne raison à la société qui faisait valoir que le ministre calculait le coût de production complet de la société suisse de façon indirecte,

Le problème de l'observation directe des prix de transfert met ainsi en cause la question fondamentale de l'accès des parties aux informations nécessaires à leur travail : si l'administration évalue des marges sur un échantillon de sociétés dont elle a vérifié la comptabilité, elle peut disposer d'éléments couverts par le secret des affaires et le secret fiscal et le contribuable se trouve démuné ; si, à l'inverse, le contribuable ou son partenaire entretient des liens avec des sociétés situées à l'étranger dans un Etat faiblement coopératif, le service peut être privé de sa capacité d'observation.

B. Au regard de la jurisprudence

La jurisprudence distingue trois cas : soit l'administration identifie un avantage par nature⁴⁸⁰, soit elle met au jour un avantage par comparaison, soit elle doit démontrer que le prix pratiqué s'écarte de la valeur vénale du bien.

On peut montrer que l'avantage par nature, dans la pureté de la classification d'Emmanuel Glaser, n'existe que si sa valeur n'est pas contestée. Ainsi, dans le cas où le principe d'une insuffisance de bénéfice est acquis au regard des règles du 2 de l'article 38, mais où le montant de l'enregistrement comptable correspondant s'effectue au regard de la valeur vénale des immobilisations en cause, le calcul de cette dernière implique le recours à un terme de comparaison⁴⁸¹.

au travers d'observations portant sur le niveau de ses prix de vente à une filiale américaine, ce qui entraînait des erreurs de calculs quant au poids supporté respectivement par les deux entités en matière de « *frais administratifs, de transport, de publicité et de recherche* ».

⁴⁸⁰ La nécessité de démontrer un avantage par comparaison ou une discordance de valeur vénale à défaut de preuve par l'administration de l'existence d'un avantage par nature fait l'objet d'une jurisprudence constante, conduisant à la censure systématique d'une erreur de droit pour inversion fautive de la charge de la preuve lorsque la cour admet l'existence d'une présomption à défaut de preuve d'un avantage par nature - V. par ex. CE n° 399349 du 29 novembre 2017, 9e chambre jugeant seule : « *Aux termes de l'article 57... Il résulte de ces dispositions que, lorsqu'elle constate que les prix payés par une entreprise établie en France à une entreprise étrangère qui lui est liée sont supérieurs à ceux pratiqués, soit par cette entreprise avec d'autres clients dépourvus de liens de dépendance avec elle, soit par des entreprises similaires exploitées normalement avec des clients dépourvus de liens de dépendance, sans que cet écart ne s'explique par la situation différente de ces clients, l'administration doit être regardée comme établissant l'existence d'un avantage qu'elle est en droit de réintégrer dans les résultats de l'entreprise établie en France, sauf pour celle-ci à justifier que cet avantage a eu pour elle des contreparties au moins équivalentes. A défaut d'avoir procédé à de telles comparaisons, l'administration n'est, en revanche, pas fondée à invoquer une présomption de transfert de bénéfices mais doit établir l'existence d'un écart injustifié entre le prix convenu et la valeur vénale du bien cédé ou du service rendu* ».

⁴⁸¹ CE n° 369814 du 7 décembre 2016, société eBay France, 9e et 10e chambres réunies, rapp. Chassard, concl. Bokdam-Tognetti, mentionnée aux tables du recueil Lebon : « *S'agissant des droits d'utilisation d'un nom de domaine sur Internet, ne doivent suivre le régime fiscal des éléments incorporels de l'actif immobilisé de l'entreprise que les droits constituant une source régulière de profits, dotés d'une pérennité suffisante et susceptibles de faire l'objet d'une cession. Ce motif, qui n'appelle l'appréciation d'aucune circonstance de fait, doit être substitué au motif retenu par l'arrêt attaqué, dont il justifie, sur ce point, le dispositif... La cour administrative d'appel n'a pas dénaturé les faits en jugeant que le droit exclusif d'utilisation du nom de domaine " ebay.fr " qu'elle avait enregistré auprès de l'AFNIC constituait, pour la société eBay France qui en était le titulaire, une source régulière de profits, nonobstant la*

Dans tous les cas où la valeur de l'avantage est incertaine au stade de constitution de la présomption, la liquidation de l'avantage par nature se ramène donc au cas pur d'un avantage par comparaison (1). Il en va de même pour déterminer un avantage résultant d'une discordance du prix pratiqué par rapport à la valeur vénale du bien échangé (2).

1. Liquidation de l'avantage par recours à la comparaison

Dans l'affaire Cap Gemini, l'administration reprochait à la société d'avoir renoncé, au profit de ses filiales étrangères, à des redevances liées à la concession de l'usage et de l'exploitation de sa marque et de son logo, alors qu'elle percevait de telles redevances de ses filiales françaises⁴⁸². La cour admettait de voir dans une telle renonciation un avantage susceptible de constituer un transfert de bénéfices, mais elle faisait droit aux arguments de la société en matière de justification de contreparties. Le Conseil d'Etat confirme l'arrêt tout en précisant qu'en pareil cas, l'avantage ne doit pas être considéré comme établi faute de détermination de son montant⁴⁸³. L'octroi d'une redevance faible entre en effet dans la catégorie des avantages par comparaison, car la valeur d'un incorporel dépend du contexte de son utilisation⁴⁸⁴. Le fait, pour l'administration, d'établir que la société percevait des

circonstance que le site Internet " ebay.fr " était exploité par sa société mère, eBay International AG.... la société eBay France doit être regardée, dans les circonstances de l'espèce, comme ayant acquis à titre gratuit ce droit d'utilisation... ce droit devait donc être inscrit au bilan de cette société pour sa valeur vénale... Dans ces conditions, la valeur du droit d'utilisation du nom de domaine " ebay.fr " finalement retenue par l'administration, inférieure à la moitié de la valeur des parts de la société iBazar correspondant à l'utilisation de ce nom de domaine, n'apparaît pas excessive... ».

⁴⁸² CE n°s 266436, 266438 du 7 novembre 2005, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Société Cap Gemini, 3e et 8e s.-s., rapp. E. Crépey, concl. E. Glaser. L'administration avait relevé que Cap Gemini Sogeti n'avait exigé aucune redevance ou seulement des redevances faibles de la part de ses filiales européennes et américaine alors que ses filiales françaises lui versaient, à ce titre, une somme égale à 4 % de leur chiffre d'affaires annuel. La société n'avait exigé de redevances de la part des entités européennes et américaine que tardivement et à des taux s'échelonnant de 0,5% à 2%. Elle faisait valoir que ces taux correspondaient à des marchés nouveaux où la marque et le logo du groupe n'étaient que peu connus, ce alors même que le rachat de certaines des filiales, au titre des exercices soumis à la vérification de comptabilité, datait d'une dizaine d'années. Le service n'avait pas pratiqué de redressement sur 1984 mais avait estimé, pour 1985, que l'absence de rémunération du droit d'usage de la marque et du logo de la société mère constituait un transfert indirect de bénéfices.

⁴⁸³ *Ibid.* Devant le Conseil d'Etat, le ministre avait soulevé le moyen d'erreur de droit qu'aurait commis la cour à avoir déchargé les rappels d'impôt, en présence d'avantages consentis à des filiales étrangères et alors que la société ne prouvait pas le bien-fondé de ses remises de redevances. Il s'agissait donc d'un moyen d'erreur de droit à avoir inversé la charge de la preuve au détriment du service. Le Conseil d'Etat écarte ce moyen en jugeant que la non-facturation de redevances (ou la facturation de redevances allégées) ne constituait pas, en soi, un fait suffisant pour former une présomption de transfert. La Haute Assemblée confirme ainsi l'arrêt de la cour mais en pratiquant une substitution de motif. La cour avait en effet reconnu que l'administration démontrait l'existence d'un avantage consenti aux filiales. Mais elle avait admis que la société établissait l'existence de contreparties à cet avantage, à savoir notamment la contribution des filiales acquises, par leur propre expérience sur les marchés locaux où Cap Gemini Sogeti n'était guère connu, à la valeur de sa marque. Elle avait enfin estimé que l'administration ne démontrait pas que les avantages consentis excédaient ces contreparties.

⁴⁸⁴ Concl. E. Glaser, RJF 1/06 p. 5 : « Au cas d'espèce, elle a raison de souligner que la valeur d'une marque et d'un logo varie selon les marchés et au cours du temps. Nous n'avons pas de doute que, dans certaines circonstances, la concession obligatoire d'une marque ou d'un logo, par exemple d'une entreprise dont l'image serait particulièrement

redevances de certaines filiales et pas d'autres ne suffit pas, à défaut de lien entre ces redevances et la valeur de l'incorporel correspondant⁴⁸⁵.

Comme nous l'avons supposé, on peut considérer qu'on se trouve toujours dans le cas d'un avantage par comparaison si la valeur de l'avantage est contestée. En effet, un litige pourrait très bien opposer l'administration à un contribuable sur la consistance du travail effectué par un cadre détaché, ou sur la valeur de l'argent prêté par une mère à sa filiale : dans ce cas, les « *avantages par nature* » listés dans les conclusions du commissaire du gouvernement Glaser seraient contestés et il y aurait matière à rechercher, sans doute par comparaison, l'étendue de l'avantage consenti. A l'inverse, un prix de vente ou une redevance peuvent receler un avantage dont la valeur n'est pas contestée. Dans l'affaire eBay⁴⁸⁶, par exemple, le taux de redevance de 2% établi par l'administration n'est pas contesté par le contribuable, qui se bornait à des arguments tendant à démontrer qu'un nom de domaine ne peut constituer un incorporel source de profits. De même, dans l'affaire des redevances versées par la SARL des artistes peignant de la bouche et du pied⁴⁸⁷, le caractère exagéré de la redevance est mentionné dans la décision, mais sans que la rédaction de l'arrêt ne fasse référence à un litige sur cette comparaison.

Le raisonnement est en définitive le suivant : soit l'administration peut identifier un avantage « par nature » sous la forme d'une somme sans contrepartie inscrite en comptabilité, soit elle doit démontrer l'existence de cet avantage. Dans ce cas, l'alternative consiste soit à démontrer un écart de prix entre l'opération litigieuse et les opérations comparables menées avec ou par des tiers indépendants, soit à identifier un écart injustifié entre le prix convenu pour l'opération et la valeur vénale du bien ou du service échangé.

détériorée, peut constituer non un avantage mais une charge. L'existence d'un avantage s'agissant d'une redevance de ce type ne peut donc être établi que par comparaison, non pas avec ce que la maison mère fait avec d'autres sociétés du même groupe, mais avec d'autres entreprises ».

⁴⁸⁵ CE n°s 266436, 266438 du 7 novembre 2005, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Société Cap Gemini, 3e et 8e s.-s., rapp. E. Crépey, concl. E. Glaser : « *la cour administrative d'appel de Lyon, dont l'arrêt est suffisamment motivé, a relevé, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, la valeur d'usage d'une marque et d'un logo étant susceptible de variations au cours du temps et suivant le marché où ils sont utilisés, le service n'établissait pas, en se bornant à se référer au montant des revenus perçus par la société mère de ses filiales françaises, ou de ses filiales étrangères au cours d'exercices postérieurs aux années en litige, qu'elle avait consenti un avantage en ne percevant aucune rémunération pour leur utilisation sur des marchés où ils étaient encore peu connus, par des filiales parfois issues du rachat d'entreprises y ayant associé leur propre marque* ».

⁴⁸⁶ CE n° 369814 du 7 décembre 2016, société eBay France.

⁴⁸⁷ CE Section n° 48780 du 27 février 1991, SARL d'Édition des artistes peignant de la bouche et du pied, rapp. Ph. Turquet de Beauregard, concl. O. Fouquet, mentionnée aux tables du recueil Lebon.

2. Identification d'une discordance de valeur vénale

La démonstration, par l'administration, d'une différence entre la valeur vénale du bien échangé et le prix acquitté ou reçu se ramène au cas de détermination d'un avantage par comparaison. Ainsi, dans une décision Galeries Ariane A, le Conseil d'Etat écarte la possibilité d'établir la discordance de valeur vénale simplement par la comparaison entre le prix de biens cédés lors d'une vente aux enchères et le prix des mêmes lots vendus au cours d'une autre vente aux enchères quelques mois plus tôt, sans avoir recherché si ces deux ventes étaient comparables⁴⁸⁸. Par ailleurs, dans l'affaire eBay, l'appréciation de la valeur vénale d'un nom de domaine devant figurer au bilan pour une telle valeur s'effectue à l'aide d'un terme de comparaison⁴⁸⁹.

La difficulté de l'exercice tient à la question des marges d'erreur. Deux exemples examinés par le tribunal administratif de Montreuil illustrent ce point. Le premier porte sur une affaire Havas⁴⁹⁰ qui concernait sur des cessions de titres en 2002, période de repli économique par rapport à la période d'acquisition, en 2000, marquée par une forte valorisation des titres boursiers. Le service avait rectifié les bases de la société Havas au titre d'une moins-value constatée suite à la cession de titres de participation d'une société Snyder

⁴⁸⁸ CE n° 401491 du 29 mai 2017, 8e et 3e chambres réunies, rapp. S. Petitdemange, concl. R. Victor : « Pour caractériser l'existence d'un écart entre le prix des lots litigieux résultant de la cession à la société Hosur Panama en février et juillet 2007 et leur valeur vénale, en l'absence de comparaisons effectuées par l'administration avec les prix pratiqués par la société avec d'autres clients ou par des entreprises similaires exploitées normalement avec des clients dépourvus de liens de dépendance, la cour a notamment relevé que la marge dégagée par la société Hosur Panama en octobre 2007 lors de la vente aux enchères des lots précédemment acquis auprès de la société Galerie Ariane A...était nettement supérieure à celle qui avait été réalisée lors de la vente de ces mêmes lots quelques mois auparavant. En se bornant ainsi, pour fixer la valeur vénale des lots litigieux, en l'absence d'éléments relatifs au caractère inhabituel qu'aurait revêtu le taux de marge pratiqué par la société Galerie Ariane A...à l'occasion des ventes de gré-à-gré effectuées en février et juillet 2007 au regard du taux de marge observé lors de ventes de gré-à-gré récentes et comparables, à se référer au prix obtenu pour ces lots lors d'une vente aux enchères unique et qui, ainsi qu'il ressortait des pièces du dossier qui lui était soumis, présentait au surplus un caractère exceptionnel, la cour a commis une erreur de droit ».

⁴⁸⁹ CE n° 369814 du 7 décembre 2016, société eBay France, 9e et 10e chambres réunies, rapp. Chassard, concl. Bokdam-Tognetti, mentionnée aux tables du recueil Lebon. « Par application des dispositions de l'article 38 quinquiés de l'annexe III au code général des impôts, ce droit devait donc être inscrit au bilan de cette société pour sa valeur vénale, ainsi que l'administration le précisait dans sa proposition de rectification du 22 décembre 2006 et dans la réponse aux observations de contribuable du 24 mars 2008. L'administration a déterminé cette valeur en faisant la moyenne arithmétique, d'une part, de la moitié de la valeur des parts de la société iBazar correspondant à l'utilisation du nom de domaine " ebay.fr ", l'autre moitié correspondant selon elle à la valeur de la marque eBay, et, d'autre part, de la somme, retenue à titre de comparaison, et d'un montant inférieur, versée par la société Vivendi pour que le titulaire de la marque vis@vis renonce à ses droits d'antériorité. Si la société requérante, qui a affirmé tout au long de la procédure que le droit d'utilisation litigieux ne constituait pas un élément d'actif incorporel, soutient désormais que la valorisation des actifs de la société iBazar inscrits à son bilan inclut celle de cet actif incorporel qu'elle aurait dû comptabiliser, elle ne produit aucun élément à l'appui de ses allégations. Dans ces conditions, la valeur du droit d'utilisation du nom de domaine " ebay.fr " finalement retenue par l'administration, inférieure à la moitié de la valeur des parts de la société iBazar correspondant à l'utilisation de ce nom de domaine, n'apparaît pas excessive ».

⁴⁹⁰ TA Montreuil n° 1009522 du 13 novembre 2013, SA Havas, concl. Marmier.

(rectification de 191,4 M€), acquis en septembre 2000 pour 2,122 Md€ ainsi que de l'apport de titres d'une société MPG à la société Havas Management Espagne (rectification de 76 M€). En effet, la société avait vendu en juin 2002 pour une valeur de 707 M€, en échange d'une somme de 158 M€ et de titres émis par l'acheteur, ses participations dans la société Snyder. Elle avait constaté une moins-value à court terme de la différence soit 1,256 Md€, puis avait cédé les titres nouvellement acquis à une société du groupe pour leur valeur comptable en septembre 2002 (opération blanche sur ce volet). De même, le service avait rectifié la moins-value constatée sur l'apport des titres MPG à la société Havas Management Espagne en recalculant leur valeur, déclarée pour 236 M€, sur la base d'une méthode DCF (*discounted cash flow*), et en chiffrant la moins-value fiscalement déductible à 292 M€⁴⁹¹. Le tribunal retient en substance la valorisation déclarée par la société sur la base du rapport du commissaire au compte évaluateur, qu'il corrige à la marge par application d'une prime de contrôle conformément au souhait de l'administration. Compte tenu de l'écart entre ces deux valeurs, soit 865 M€ et 952 M€ (9%), il juge que le service n'établit pas l'existence d'un prix « *substantiellement minoré par rapport à leur valeur réelle révélant une libéralité consentie à ses filiales* »⁴⁹².

⁴⁹¹ *Ibid.* L'issue du litige dépendait de la pertinence des méthodes d'évaluation des titres et le tribunal s'en est remis à une expertise par jugement avant dire droit du 29 mars 2012. La société s'était appuyée sur l'estimation d'un commissaire aux comptes sur la base de la méthode des multiples boursiers prenant en compte le résultat d'exploitation avant charges calculées (EBITDA). Le service considérait que l'EBITDA à prendre en compte devait être un résultat prévisionnel, conformément aux usages de la profession, et non l'EBITDA réel constaté en 2002, nettement inférieur. Il avait donc recalculé la valeur en incorporant les EBITDA prévisionnels 2002 et 2003, aboutissant à une valeur de cession des titres Snyder de 856 M€, au lieu de 158 M€. La société faisait en outre valoir que l'administration n'avait pas recherché de transaction comparable, qu'elle avait appliqué des correctifs calculés sur la base des données de l'unité génératrice de trésorerie Arnold insuffisamment comparable à la société Snyder, et que l'écart de prix entre l'estimation de l'administration et la valeur déclarée, une fois corrigés ces défauts, était insuffisante pour justifier une rectification.

⁴⁹² *Ibid.* Sur l'apport de titres MPG, le rapport d'expert obtenu par jugement avant dire droit disqualifie la méthode de l'administration et le tribunal juge « *qu'à la suite des opérations d'expertise, la seule valeur de référence pouvant être retenue est celle qui résulte de la méthode DCF ; que compte tenu de la valeur de cession des titres de la société MPG de 236 691 000 euros calculée par la société Havas, l'écart entre ce prix et leur valorisation déterminée par la méthode DCF, qui ne s'élève qu'à 9,1 %, ne présente pas un caractère significatif ; qu'ainsi, l'administration n'établit pas que la société Havas aurait cédé les titres en cause à un prix substantiellement minoré par rapport à leur valeur réelle révélant une libéralité consentie à sa filiale, constitutive d'un transfert de bénéfice à l'étranger* ».

Le mode d'emploi⁴⁹³ ainsi utilisé est celui de la décision de Section du 28 février 2001⁴⁹⁴. Il s'agit de déterminer la qualification de rémunérations et avantages au regard de l'article 111 c du CGI, afin de déterminer si sont applicables des rappels d'impôt à raison de revenus réputés distribués. La jurisprudence, constante sur ce point⁴⁹⁵, a été prolongée par une décision Ministre c/ M. B du 20 juin 2012⁴⁹⁶ qui précise que l'évaluation des titres non cotés doit être effectuée si possible par comparaison avec des transactions portant sur des titres de la même société mais peut aussi l'être, à défaut d'observations portant sur de telles transactions, par référence à la valeur constatée dans des opérations concernant des sociétés filiales du groupe⁴⁹⁷. Le fait que cette jurisprudence s'applique aux rémunérations et

⁴⁹³ *Ibid.* : « en cas d'acquisition par une société à un prix que les parties ont délibérément majoré par rapport à la valeur vénale de l'objet de la transaction, ou, s'il s'agit d'une vente, délibérément minoré, sans que cet écart de prix ne comporte de contrepartie, l'avantage ainsi octroyé doit être requalifié comme une libéralité, ne relevant pas d'une gestion commerciale normale pour la société qui l'a consentie, alors même que l'opération est portée en comptabilité et y est assortie de toutes les justifications concernant son objet et l'identité du cocontractant, dès lors que cette comptabilisation ne révèle pas, par elle-même, la libéralité en cause ; que la preuve de l'existence de cet acte de gestion anormale doit être regardée comme apportée par l'administration lorsque est établie l'existence, d'une part, d'un écart significatif entre le prix convenu et la valeur vénale du bien cédé, d'autre part, d'une intention, pour la société, d'octroyer, et, pour le cocontractant, de recevoir, une libéralité du fait des conditions de la cession ».

⁴⁹⁴ CE n° 199295 du 28 février 2001, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ M. X, publiée au recueil Lebon : « En cas d'acquisition par une société à un prix que les parties ont délibérément majoré par rapport à la valeur vénale de l'objet de la transaction ou, s'il s'agit d'une vente, délibérément minoré, sans que cet écart de prix comporte de contrepartie, l'avantage ainsi octroyé doit être requalifié comme une libéralité représentant un avantage occulte constitutif d'une distribution de bénéfices..., alors même que l'opération est comptabilisée en comptabilité et y est assortie de toutes les justifications concernant son objet et l'identité du cocontractant, dès lors que cette comptabilisation ne révèle pas, par elle-même, la libéralité en cause. La preuve d'une telle distribution occulte doit être regardée comme apportée par l'administration lorsque est établie l'existence, d'une part, d'un écart significatif entre le prix convenu et la valeur vénale du bien cédé, d'une part, d'une intention, pour la société d'octroyer, et, pour le cocontractant, de recevoir, une libéralité du fait des conditions de la cession ».

⁴⁹⁵ V. par ex. CE n° 224975 du 13 décembre 2003, 9e et 10e s.-s. ; CE n° 284374 du 26 mars 2008, 3e et 8e s.-s. ; CE n° 301299 du 3 juillet 2009, 8e et 3e s.-s. ; CE n° 306363 du 3 juillet 2009, 8e et 3e s.-s..

⁴⁹⁶ CE n° 343033 du 20 juin 2012, 3e et 8e s.-s., Ministre du Budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat c/ M. B, mentionnée aux tables du recueil Lebon.

⁴⁹⁷ *Ibid.* : « En cas d'acquisition par une société de titres à un prix que les parties ont délibérément majoré par rapport à la valeur vénale de l'objet de la transaction, ou, s'il s'agit d'une vente, délibérément minoré, sans que cet écart de prix comporte de contrepartie, l'avantage ainsi octroyé doit être requalifié comme une libéralité représentant un avantage occulte constitutif d'une distribution de revenus au sens des dispositions du c de l'article 111 du code général des impôts (CGI). La preuve d'une telle distribution occulte doit être regardée comme apportée par l'administration lorsqu'est établie l'existence, d'une part, d'un écart significatif entre le prix convenu et la valeur vénale du bien cédé, d'autre part, d'une intention, pour la société, d'octroyer, et, pour le co-contractant, de recevoir, une libéralité du fait des conditions de la cession. La valeur vénale des actions d'une société non admises à la négociation sur un marché réglementé doit être appréciée compte tenu de tous les éléments dont l'ensemble permet d'obtenir un chiffre aussi voisin que possible de celui qu'aurait entraîné le jeu normal de l'offre et de la demande à la date où la cession est intervenue. L'évaluation des titres d'une telle société doit être effectuée, par priorité, par référence au prix d'autres transactions intervenues dans des conditions équivalentes et portant sur les titres de la même société. Dans le cas d'une société holding, l'évaluation peut être effectuée, à défaut ou en complément, par référence au prix d'une transaction, intervenue dans des conditions équivalentes, portant sur les titres d'une société filiale lorsque, eu égard à la part que la filiale représente dans l'actif de la société holding, une telle transaction peut être regardée comme révélant de manière suffisamment précise et probante la valeur de marché du titre en litige ». Ainsi, la cour administrative d'appel de Paris commettait une erreur de droit « en se bornant à relever que la société CFAM était filiale de la société Finalliance, sans rechercher si la part que la société CFAM représentait dans l'actif de la société Finalliance permettait de regarder une telle transaction comme révélant de manière suffisamment précise et probante la valeur de marché du titre de la société Finalliance ».

avantages occultes implique en particulier que la décharge soit prononcée lorsque l'intention libérale n'est pas établie⁴⁹⁸. En définitive, le tribunal administratif, saisi en matière d'application de l'article 57, applique une méthode impliquant une analyse économique par comparaison, enchâssée dans le cadre juridique applicable aux avantages occultes qui ajoute à l'appréciation du transfert de bénéfices la recherche d'une intention libérale. Le ministre, qui a fait appel⁴⁹⁹, a toutefois changé de terrain et n'a pu sauver sa rectification⁵⁰⁰. La question de l'écart significatif aurait toutefois mérité examen, compte tenu du soin particulier mis par la juridiction à établir un juste prix des transactions en cause, de savoir si, ce prix étant différent de celui déclaré par la société, la différence était suffisante pour justifier une rectification de prix de transfert⁵⁰¹.

Dans une autre affaire, le TA de Montreuil⁵⁰² juge qu'un écart de 17,5% n'est pas significatif. La société Rexel Distribution avait cédé des titres pour 265 M€. Le service avait rectifié cette valeur en modifiant à la marge la méthode d'actualisation des flux de trésorerie retenue par la société, et abouti à une valeur de 311 M€. Le tribunal relève « *que l'écart entre le prix de cession de ces titres et la valeur des titres évaluée par l'administration, qui ne s'élève qu'à 17,5%, ne présente pas un caractère significatif* ». La combinaison de l'article 57 avec le mode d'emploi d'évaluation des titres aboutit en définitive à faire dépendre le critère de l'article 57 du caractère significatif de l'écart entre le prix de pleine concurrence et

⁴⁹⁸ CE n° 390700 du 5 octobre 2016, 9e et 10e s.-s., CE n° 390706 du 5 octobre 2016, 9e et 10e s.-s., rapp. M. de Sainte-Lorette, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon.

⁴⁹⁹ *Ibid.* A noter que la société a de son côté saisi la Cour administrative de Versailles d'un appel dirigé contre le jugement avant dire droit, en tant qu'il validait les rectifications du service sur un autre point, relatif à des distributions de dividendes. La cour, dont l'arrêt n'est pas publié, a confirmé la rectification et la société a saisi le Conseil d'Etat, qui a rejeté son pourvoi : Cf. CE n° 387576 du 16 novembre 2016, 9e et 10e s.-s. La Haute Assemblée relève dans cette décision, que « *la valeur vénale des actions d'une société non admises à la négociation sur un marché réglementé doit être appréciée en tenant compte de tous les éléments dont l'ensemble permet d'obtenir un chiffre aussi voisin que possible de celui qu'aurait entraîné le jeu normal de l'offre et de la demande à la date où la cession est intervenue* ».

⁵⁰⁰ *Ibid.* Le ministre a en effet renoncé à poursuivre son redressement sur le fondement de l'écart de valeur vénale et sollicité une substitution de base légale au profit du 2 de l'article 38, en faisant valoir que la cession litigieuse faisait intervenir au bilan de la cédante une composante incorporelle du prix des titres, correspondant à l'intérêt stratégique des sociétés sous-jacentes. La cour lui avait donné gain de cause mais au prix d'une contradiction de motif, et le Conseil d'Etat casse l'arrêt en jugeant que la disparition de l'élément incorporel par suite de cession rend l'opération neutre en termes de variation d'actif net, ce qui constitue une illustration des relations entre fiscalité et comptabilité, dans un cas où le juge restitue au traitement de l'opération au bilan sa logique économique : V. CE n° 400644 du 12 juillet 2017, 8e et 3e chambres réunies, rapp. Bellulo, concl. Victor, mentionné aux tables du recueil Lebon.

⁵⁰¹ *Ibid.* Peut-être l'administration n'a-t-elle pas jugé le cas suffisamment net pour trancher la question. En effet, l'enjeu était la détermination de moins-values et leur impact sur le bénéfice déclaré. Dans une telle situation, l'impact sur le bénéfice imposé n'est observable qu'en cas de nouvelle mutation après l'acquisition à prix minoré. Le cas aurait été plus tranché si le tribunal avait examiné les revenus réputés distribués entre les mains des filiales bénéficiaires, mais en l'absence de retenue à la source, la question ne se posait pas.

⁵⁰² TA Montreuil n° 1102422 du 31 octobre 2012 Société Rexel Développement venant aux droits et obligations de la société Rexel Distribution.

le prix pratiqué, et à dispenser le contribuable de rectification même dans des cas où l'écart peut nous apparaître substantiel.

*

Le référentiel de la comparaison est appliqué dans la jurisprudence aux avantages par comparaison proprement dits, mais aussi aux discordances de valeur vénale. En interprétant la première notion comme incluant le *quantum* d'avantage par nature dans tous les cas où il n'est pas déterminé, on voit que ce référentiel couvre, matériellement, tout le champ du dispositif de l'article 57. L'application universelle du principe de comparaison au dispositif de l'article 57 s'accompagne d'emblée d'une tolérance à l'égard du contribuable, en matière de valeur vénale, puisque seul un écart significatif peut justifier le rappel. Par ailleurs, la règle de comparaison impose immédiatement la mobilisation de données économiques au plus près du dossier, induisant une problématique d'accès à l'information qui peut se révéler épineuse. Dans le dossier Galeries Ariane A, par exemple, la comparaison entre des prix de vente par lots et des prix de vente au cours d'une seule enchère est rejetée au motif que la vente en une seule fois présente un caractère exceptionnel. Mais, à vrai dire, on ne sait pas très bien dans quel sens devrait jouer cette exception : parfois, devoir tout vendre signifie brader ; et parfois, la liquidation aux enchères d'une collection d'exception stimule les prix. La qualité du débat contentieux serait préférable si les parties échangeaient, sur ce point, des arguments économiques de fond, plutôt que des considérations générales.

*

* *

Nous sommes ainsi en présence d'une difficulté du référentiel de comparaison et, en quelque sorte, d'un vice du système dont il est difficile d'imputer la responsabilité au texte ou au juge. En reprenant le cas des Galeries Ariane A, nous avons dit que le rejet de la présomption sans examen au fond des arguments s'apparente à une insuffisance d'instruction. Si, en revanche, nous supposons que le Conseil d'Etat juge dans ce même cas que la présomption est constituée du seul fait d'une discordance de prix, il se pourrait que le contribuable n'ait pas d'argument assez précis pour renverser la présomption. On ne peut alors reprocher au juge d'avoir de la présomption une conception rigide lorsqu'il estime qu'elle correspond, en réalité, à accorder à l'administration le bénéfice de la preuve sur la simple foi de quelques observations.

En d'autres termes, le recours au référentiel de la comparaison, en l'absence d'information complète accessible aux parties, élargit la responsabilité du juge en le rendant comptable des impératifs, contradictoires, de la justice et de la probité scientifique.

Selon cette hypothèse, la destruction de la présomption n'est pas le symétrique de sa constitution : les lacunes d'information au stade de la constitution, loin d'être compensées par les modalités de destruction de la présomption, s'additionnent avec d'autres lacunes d'information à ce second stade, et accentuent la divergence du principe de rectification avec le référentiel de neutralité concurrentielle.

§ 2. DESTRUCTION DE LA PRESOMPTION

Lorsque l'avantage est établi, il appartient au contribuable de justifier de contreparties au moins équivalentes⁵⁰³. La décision Atys France précise⁵⁰⁴ que l'équivalence s'établit entre le montant de l'avantage et son coût⁵⁰⁴. Pour analyser les implications de ce critère, nous examinerons la jurisprudence propre au dispositif de l'article 57 (A) et, au vu des incertitudes subsistant sur ce terrain, celle relative au dispositif de présomption de transfert de bénéfices prévu à l'article 238 A (B).

A. Contreparties au moins équivalentes et contreparties favorables

La formule « *contreparties au moins équivalentes* » de la jurisprudence Cap Gemini trouve son origine dans la décision Boutique 2M⁵⁰⁵, à l'occasion de laquelle le Conseil d'Etat juge que la contribuable établit que la société suédoise la faisait bénéficier de conditions particulièrement avantageuses qui lui apportaient des contreparties commerciales de valeur

⁵⁰³ CE n°s 266436, 266438 du 7 novembre 2005, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Société Cap Gemini, 3e et 8e s.-s., rapp. E. Crépey, concl. E. Glaser : « lorsqu'elle constate que les prix facturés par une entreprise établie en France à une entreprise étrangère qui lui est liée sont inférieurs à ceux pratiqués, soit par cette entreprise avec d'autres clients dépourvus de liens de dépendance avec elle, soit par des entreprises similaires exploitées normalement avec des clients dépourvus de liens de dépendance, sans que cet écart s'explique par la situation différente de ces clients, l'administration doit être regardée comme établissant l'existence d'un avantage qu'elle est en droit de réintégrer dans les résultats de l'entreprise établie en France, sauf pour celle-ci à justifier que cet avantage a eu pour elle des contreparties aux moins équivalentes. A défaut d'avoir procédé à de telles comparaisons, l'administration n'est, en revanche, pas fondée à invoquer la présomption de transferts de bénéfices ainsi instituée mais doit, pour démontrer qu'une entreprise a consenti une libéralité en facturant des prestations à un prix insuffisant, établir l'existence d'un écart injustifié entre le prix convenu et la valeur vénale du bien cédé ou du service rendu ». Citant l'article 57 dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 12 avril 1996, le Conseil d'Etat relève « qu'il résulte de ces dispositions que, lorsqu'elle constate que les prix facturés par une entreprise établie en France à une entreprise étrangère qui lui est liée, sont inférieurs à ceux pratiqués par des entreprises similaires exploitées normalement, c'est-à-dire dépourvues de liens de dépendance, l'administration doit être regardée comme établissant l'existence d'un avantage qu'elle est en droit de réintégrer dans les résultats de l'entreprise française, sauf pour celle-ci à justifier que cet avantage a eu pour elle des contreparties aux moins équivalentes ; qu'à défaut d'avoir procédé à une telle comparaison, le service n'est, en revanche, pas fondé à invoquer la présomption de transferts de bénéfices ainsi instituée mais doit, pour démontrer qu'une entreprise a consenti une libéralité en facturant des prestations à un prix insuffisant, établir l'existence d'un écart injustifié entre le prix convenu et la valeur vénale du bien cédé ou du service rendu ».

⁵⁰⁴ CE n° 278738 du 28 avril 2006, min c/ Sté Atys France, rapp. A Egersezgi, concl. F. Sénés : « qu'il résulte de ces dispositions, invoquées par l'administration, qu'il appartient à l'entreprise française qui a consenti un avantage à une entreprise étrangère qui lui est liée, de justifier que cet avantage a eu pour elle des contreparties au moins équivalentes à son coût ».

⁵⁰⁵ CE Ass. n° 50020 du 27 juillet 1988, SARL Boutique 2M, rapp. Ph. Turquet de Beauregard, concl. O. Fouquet, publiée au recueil Lebon. Le Conseil d'Etat applique les dispositions de l'article 57 qui « instituent une présomption pesant sur l'entreprise... laquelle ne peut obtenir, par la voie contentieuse, la décharge ou la réduction de l'imposition établie en conséquence qu'en apportant la preuve des faits dont elle se prévaut pour démontrer qu'il n'y a pas eu transfert de bénéfices ».

au moins équivalente⁵⁰⁶. Cette donnée de fait n'est pas en revanche reprise dans le considérant de principe, qui n'évoque pas de contreparties mais renvoie à l'exposé de faits « *suffisants* » pour combattre la présomption⁵⁰⁷. La décision Lainière de Picardie repose sur un raisonnement similaire⁵⁰⁸. Le Conseil d'Etat y relève toutefois que la société justifie que le cautionnement accordé aux emprunts de la filiale brésilienne a permis un développement important de ses ventes. Elle doit donc, « *dans les circonstances de l'affaire* », être regardée comme apportant la preuve que la libéralité apparente a eu une contrepartie directe conforme à la sauvegarde de son propre intérêt commercial.

1. L'exigence de contreparties au bénéfice de l'entité elle-même

La décision SA Vetter⁵⁰⁹, qui précède de peu la jurisprudence Cap Gemini, pose le principe d'une justification de contreparties favorables à l'exploitation propre de l'entité⁵¹⁰, ce qui exclut les contreparties simplement favorables à l'intérêt du groupe⁵¹¹.

Dans le considérant, l'adverbe « *utilement* », d'habitude employé pour manifester *a contrario* une circonstance inopérante, indique que lorsque la société fait état de contreparties

⁵⁰⁶ CE Plén. n° 50020 du 27 juillet 1988, SARL Boutique 2M, publiée au recueil Lebon p. 304, RJF 10/88 n° 1139 conclusions O. Fouquet p. 577, GAJF 4ème éd. n° 52 : le Conseil d'Etat juge, s'agissant de la société partenaire de la SARL, qu'elle « *la faisait bénéficier de son soutien effectif pour développer les ventes en France tout en lui facturant les marchandises sur la base de ses propres prix d'achat majorés des seuls frais de transport* ». Ainsi, la société française bénéficiait de « *conditions particulièrement avantageuses* » et pouvait être réputée apporter la preuve que les avantages octroyés à la société suédoise « *comportaient en fait pour elle des contreparties commerciales de valeur au moins équivalente* ».

⁵⁰⁷ *Ibid.* Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Fouquet synthétise : « *l'administration démontre-t-elle l'existence d'un avantage accordé par la société établie en France à la société établie à l'étranger ? Si l'administration le démontre (...), le contribuable établit-il l'existence d'une contrepartie à cet avantage (...)* ? ».

⁵⁰⁸ CE n° 77581 du 3 mars 1989, Société Lainière de Picardie, 7e t 9e s.-s., rapp. Ph. Turquet de Beauregard, concl. B. Martin-Laprade, mentionnée aux tables du recueil Lebon sur l'avantage par nature que constitue une caution non rémunérée, et sur le renversement de la présomption. L'administration avait réintégré les commissions, évaluées au taux de 0,50 %, que la société aurait dû recevoir en rémunération des cautions qu'elle avait accordées au profit de sa filiale brésilienne en garantie d'emprunts contractés par cette dernière auprès d'une banque française.

⁵⁰⁹ CE n°s 255918 à 255922 du 6 avril 2005, SA Vetter et autres, 9ème et 10ème s.-s., rapp. Fabre, concl. L. Vallée, publiée au recueil Lebon : RJF 8-9/05 n° 893, concl. L. Vallée BDCF 8-9/05 n° 108.

⁵¹⁰ *Ibid.* Cette décision tente d'ailleurs une reformulation du considérant de principe Boutique 2M. Le Conseil d'Etat confirme l'arrêt de la cour en jugeant, s'agissant des dispositions de l'article 57, qu'elles « *instituent, dès lors que l'administration établit l'existence d'un lien de dépendance et d'une pratique entrant dans leurs prévisions, une présomption de transfert indirect de bénéfices, qui ne peut utilement être combattue par l'entreprise imposable en France qu'à charge, pour celle-ci, d'apporter la preuve que les avantages qu'elle a consentis ont été justifiés par l'obtention de contreparties favorables à sa propre exploitation* ».

⁵¹¹ Concl. L. Vallée BDCF 8-9/05 n° 108. Laurent Vallée explique : « *Vous interprétez traditionnellement cette disposition comme signifiant que, dès lors que l'administration établit, d'une part, la situation de dépendance de droit ou de fait de la société établie à l'étranger par rapport à la société établie en France et, d'autre part, l'existence d'un avantage servi par la seconde à la première, cet avantage est présumé constituer un transfert indirect de bénéfices. La société française a alors la charge de combattre cette présomption en apportant la preuve, soit de l'absence de tout avantage, soit de l'existence d'une contrepartie à l'avantage octroyé, pour établir que sa gestion n'a pas été anormale* ».

favorables à d'autres entités ou à son groupe, ou encore aux salariés, de telles circonstances ne sont pas recevables⁵¹². Dans cette mesure, la jurisprudence Vetter n'est pas incompatible avec l'exigence de contreparties au moins équivalentes : elle permet simplement de juger irrecevables les motifs tirés de ce qu'un avantage aurait résulté d'une logique de groupe⁵¹³, en particulier dans le cas d'un avantage octroyé entre sœurs⁵¹⁴.

La même expression que dans la décision Vetter, « *contreparties favorables à sa propre exploitation* » figure dans la décision Soutiran⁵¹⁵. De même, le considérant de principe de la décision Vetter est repris sur ce point dans la décision Sodirep⁵¹⁶ puis, sur le modèle de cette dernière, dans la décision PIH 1⁵¹⁷. La fin du considérant devient alors : « *que si celle-ci apporte la preuve que les avantages qu'elle a consentis ont été justifiés par l'obtention de contreparties* ». Dans les trois cas, la formulation correspond au cas où la question posée portait sur la comparaison entre l'intérêt de groupe et l'intérêt social, sans égard pour la logique de contrepartie quantifiée.

⁵¹² CE n°s 255918 à 255922 du 6 avril 2005, SA Vetter et autres, 9ème et 10ème s.-s., rapp. Fabre, concl. L. Vallée, publiée au recueil Lebon : RJF 8-9/05 n° 893, concl. L. Vallée BDCF 8-9/05 n° 108.. En l'espèce, la société n'avait pas utilement combattue la présomption, constituée par l'existence de ristournes accordées à deux sociétés européennes contrôlées par les associés de la requérante, car elle se bornait à affirmer que « *l'octroi desdites ristournes avait eu pour objet de faciliter la survie des entreprises bénéficiaires* » et, ce faisant, « *elle ne justifiait pas d'avantages particuliers qu'elle aurait elle-même trouvés à leur apporter cette aide* »

⁵¹³ *Ibid.* La société, qui commercialisait du matériel électrique et faisait donc face à une concurrence sérieuse, aurait pu mieux se défendre en faisant valoir que les ristournes accordées à ses deux sociétés sœurs étaient similaires aux rabais qu'une société peut accorder à ses clients indépendants. Selon le commissaire du gouvernement, « *elle n'a pas davantage expliqué ces ventes à prix minorés en arguant des avantages économiques qu'elle était susceptible d'en retirer : par exemple s'assurer du maintien de ses parts de marché à l'export ou accroître sa pénétration sur les deux marchés en question* ». La société s'est bornée à soutenir que l'avantage octroyé visait à « *maintenir en survie* » les deux filiales concernées.

⁵¹⁴ *Ibid.* La jurisprudence reconnaît à la société mère la faculté d'aider ses filiales, par exemple sous forme de prix préférentiels destinés à éviter le risque de devoir assumer directement des fonctions de distributions : V. par exemple CE n° 16814 du 27 novembre 1981. Dans ses conclusions, Laurent Vallée explique : « *s'agissant de sociétés sœurs, ... la société française n'a pas de capital investi susceptible d'être mis en péril par la situation de sa sœur étrangère et ne perd pas, non plus, comme la mère avec sa filiale, son crédit ou son renom en ne l'aidant pas alors qu'elle est proche de la faillite. La question de la promotion ou de la sauvegarde des intérêts de la sœur par le biais d'avantages tels que des prix minorés ne nous semble pas devoir être analysée de la même manière* ». Réciproquement, la société qui invoque un intérêt propre en qualité de sœur doit, selon le commissaire du gouvernement, « *nécessairement pouvoir justifier de l'intérêt commercial qu'elle retire de l'avantage qu'elle consent* ». A cet égard, le commissaire du gouvernement note que « *la SA Vetter n'a jamais fait valoir que les ristournes correspondaient à la préservation ou à l'accroissement de débouchés et qu'elles étaient ainsi nécessaires à son développement commercial, ou que la survie de ses sœurs conditionnait, pour elle, le maintien d'un courant d'affaires en Italie et en Allemagne* ».

⁵¹⁵ CE 2 mars 2011 n° 342099, Soutiran : RJF 6/11 n° 733, conclusions E. Geffray BDCF 6/11 n° 73 : le Conseil d'Etat relève que la présomption de transfert est « *une présomption simple, que la société contribuable peut combattre en apportant la preuve que ces avantages ont été justifiés par l'obtention de contreparties favorables à sa propre exploitation et ne constituent pas un transfert indirect de bénéfices* ».

⁵¹⁶ CE n° 370974 du 9 novembre 2015, 9e et 10e s.-s., rapp. J.-L. Matt, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon.

⁵¹⁷ CE n° 367895 du 9 décembre 2015, 8e et 3e s.-s., rapp. E. de Moustier, concl. B. Bohnert.

2. La question des contreparties au moins équivalentes à l'avantage

Après la décision Boutique 2M⁵¹⁸, la jurisprudence Atys France consacre le principe selon lequel il appartient à l'entreprise qui a consenti un avantage à une société liée de justifier que cet avantage a eu pour elle des contreparties au moins équivalentes à son coût⁵¹⁹. La mention de ce critère est ensuite reprise dans le considérant de principe, sauf exceptions, de toutes les décisions récentes du Conseil d'Etat⁵²⁰.

Dans aucun de ces cas, pourtant, l'affaire ne présente à examiner l'étendue des contreparties puisque c'est toujours le principe même de l'avantage qui est en cause. Dans la décision Sodirep⁵²¹ par exemple, l'exigence d'une preuve de contreparties au moins équivalentes, absente du considérant de principe, est reprise dans les motifs mais ne sert pas réellement à la décision⁵²². De même, dans aucune des décisions Société Property Investment Holding France, le Conseil d'Etat n'admet l'existence de la présomption de transfert⁵²³. L'administration avait soutenu que le fait que les contrats soient conclus entre des tiers et des sociétés liées, et non avec la contribuable, démontrait que les prestations correspondantes n'avaient pas d'utilité pour PIH. Cette dernière prétendait qu'elle avait tout de même un intérêt aux prestations, en raison de ses faibles ressources humaines. Ces décisions illustrent

⁵¹⁸ CE Section n° 50020 du 27 juillet 1988, SARL Boutique 2M, rapp. Ph. Turquet de Beauregard, concl. O. Fouquet. : « contrairement à ce qu'a estimé la commission départementale des impôts, les versements faits à la société "Hennes-Mauritz AB" comportaient en fait pour elle des contreparties commerciales de valeur au moins équivalente, ce qui faisait obstacle à leur réintégration par application des dispositions précitées de l'article 57 ».

⁵¹⁹ CE 28 avril 2006 n° 278738, 3e et 8e s.-s., min. c/ Sté Atys France : RJF 7/06 n° 837 avec chronique Y. Bénard RJF 6/06 p.499, concl. F. Séners BDCF 7/06 n° 84.

⁵²⁰ V. par exemple CE n° 407232 du 25 juin 2018, Property Investment Holding 2, 8e et 3e chambres réunies ; ou CE n° 409645 du 6 juin 2018, General Electric Médical Systems.

⁵²¹ CE n° 370974 du 9 novembre 2015, Sodirep Textiles SA-NV, 9e et 10e s.-s., rapp. J.-L. Matt, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon, mentionné aux tables du recueil Lebon. Le transfert de bénéfices avait été consenti par une succursale, défendue devant le juge par la société dont elle émanait. S'agissant de prêts sans intérêts, le Conseil d'Etat juge que l'administration pouvait réintégrer au résultat de la succursale « les intérêts dont la facturation a été omise à raison de la comptabilisation d'avances consenties au siège situé hors de France, dès lors que ces avances ne correspondent pas à des remontées de bénéfice après impôt et que la société n'établit pas l'existence de contreparties pour le développement de l'activité de la succursale française ».

⁵²² *Ibid.* L'établissement stable de la société Sodirep Textiles SA-NV pouvait donc supporter un rappel au titre des « intérêts qui auraient dû rémunérer les avances de fonds ainsi consenties, en tant que l'absence de facturation de ces intérêts est constitutive d'un transfert indirect de bénéfices au sens de l'article 57 du code général des impôts, en l'absence de preuve apportée par la société requérante que les avantages en cause ont eu pour sa succursale des contreparties au moins équivalentes ».

⁵²³ *Ibid.* Le critère de l'intérêt propre de la décision Vetter demeure présent : au point 4, la formation de jugement relève que « la cour a pu estimer que les pièces produites ne permettaient pas de regarder les prestations réalisées par la société-mère de la société Larix, la société Vistra, qui consistaient à assurer le développement du groupe dans différents pays, dont la France, à optimiser la gestion de la trésorerie du groupe, à coordonner l'activité des filiales et à contrôler la tenue de la comptabilité, comme des prestations réalisées dans le seul intérêt de l'entreprise ». Le Conseil d'Etat relève toutefois, au point 5, que « les prestations facturées à la société PIH France, qui présentaient un intérêt pour son exploitation propre, ne pouvaient être réalisées ni par son unique salariée, employée à temps partiel pour assurer essentiellement des fonctions de représentation, ni par les prestataires extérieurs, la société Saggel Gestion, le cabinet NSK et MeA ».

donc, plutôt que les modalités de renversement de la présomption, un cas dans lequel l'existence d'un avantage par nature est combattue par tous les arguments en la possession du contribuable.

B. Analogie avec la présomption de transfert instaurée à l'article 238 A

A défaut d'exemple positif relatif à l'article 57, nous avons essayé d'examiner la jurisprudence de l'article 238 A, qui présente un intérêt de droit comparé avec l'article 57 en ce qu'il fait obligation au contribuable d'apporter la preuve que ses charges exposées au titre d'opérations financières et de transfert de technologie au bénéfice d'une entité étrangère fiscalement privilégiée ne présentent pas un caractère anormal ou exagéré⁵²⁴.

Nous déduisons de ce dispositif, en première analyse, qu'il implique la preuve par le contribuable d'une absence d'anormalité et d'une absence d'exagération. Il s'agit donc d'établir, outre la régularité de la charge au sens de l'article 54 du CGI, son caractère normal c'est-à-dire l'intérêt direct pour l'exploitation, ainsi que le caractère non exagéré de son montant. La relative rareté du recours à l'article 238 A rend sa jurisprudence délicate à interpréter. Nous pouvons examiner trois décisions dont nous tirons deux principes : d'abord, les critères de non-exagération et de non-anormalité n'en font qu'un dans la jurisprudence ; ensuite, le juge n'impose réellement aucune exigence de quantification au contribuable.

1. Fusion des critères de non-exagération et de non-anormalité

Dans l'affaire Agria⁵²⁵, la Haute Assemblée admet comme preuve un faisceau d'indices établissant le lien entre une commission de 3% versée sur les achats de matériel destinés à la revente, et la participation due par la société au titre d'un accord de répartition

⁵²⁴ L'article 238 A vise « les intérêts, arrérages et autres produits des obligations, créances, dépôts et cautionnements, les redevances de cession ou concession de licences d'exploitation, de brevets d'invention, de marques de fabrique, procédés ou formules de fabrication et autres droits analogues ou les rémunérations de services ». Il est limité à la situation où ces charges sont directement payées par l'entité française à l'entité fiscalement privilégiée. Il conditionne la déduction de ces charges à la condition que le débiteur « apporte la preuve que les dépenses correspondent à des opérations réelles et qu'elles ne présentent pas un caractère anormal ou exagéré ». A noter que la condition est durcie en ce qui concerne les intérêts et redevances versés à des entités situées sur le territoire d'un Etat ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A du CGI. Dans ce cas, l'entité qui prétend opérer la déduction doit en plus prouver « que les opérations auxquelles correspondent les dépenses ont principalement un objet et un effet autres que de permettre la localisation de ces dépenses dans un Etat ou territoire non coopératif ».

⁵²⁵ CE n° 58273 du 27 janvier 1989, 7e et 9e s.-s., Société Agria France, rapp. Massenet, concl. Fouquet, mentionnée aux tables du recueil Lebon.

des coûts dont elle produisait le contrat⁵²⁶. Il est donc admis que la commission de 3% avait une contrepartie et ne constituait pas un avantage par nature (critère de normalité). Toutefois la décision ne dit rien de son caractère non exagéré, et en particulier nous n’y trouvons aucun élément de comparaison avec les pratiques de tiers indépendants. A cet égard, le dossier aurait dû permettre, à notre sens, d’examiner une intéressante question : un accord présenté comme tendant à répartir des coûts de développement et « *d’adaptation* » du marché suisse au marché français peut-il donner lieu au versement d’une redevance assise non pas sur la base de ces coûts, mais sur le montant des achats de l’entité française ? Une telle assiette traduit en effet la logique de redevance d’un incorporel qui serait constitué en Suisse et mis à la disposition de l’entité française, alors que le dossier ne mentionne ni marque ni brevets. Quoiqu’il en soit, la logique de cette première décision semble refléter un examen conjoint du caractère non anormal et non exagéré, comme si la conjonction « *et* » signifiait « *ou* ».

Le même raisonnement sous-tend la décision Wasteels Investissements⁵²⁷. L’administration avait réintégré dans les résultats de la sociétés Voyages Wasteels une fraction des redevances versées par cette dernière à la société suisse Wasteels International⁵²⁸. Le Conseil d’Etat juge que la société apportait la preuve requise en faisant état de ce que sa marge brute s’établissait à 18% après paiement de la commission litigieuse contre 7% pour ses autres activités⁵²⁹. Le caractère « *non anormal et non exagéré* » induit par le texte est ainsi assimilé à une seule comparaison d’ensemble à l’échelon de la marge brute : il n’est exigé ni preuve successive que la charge n’est pas anormale puis qu’elle n’est pas exagérée ni, dans

⁵²⁶ *Ibid.* Le Conseil d’Etat décharge la société en jugeant qu’elle établit la réalité et le caractère normal des charges litigieuses dès lors qu’elle fournit « *un ensemble de précisions concordantes desquelles il ressort que ces sommes correspondent à sa participation, fixée contractuellement à 3 % du montant de ses achats de matériels agricoles à la société Agria-Allemagne, fabricant de ces matériels et filiale, comme elle-même, de la société holding Suisse Betag AG, aux frais d’étude et de lancement de la fabrication de modèles adaptés aux besoins de sa clientèle française, engagés à sa demande par la société suisse Alcxunex, qui appartient au même groupe* ».

⁵²⁷ CE n°s 79218, 79283 du 1^{er} mars 1989, Société Wasteels Investissements et Société Voyages Wasteels, rapp. Fabre, concl. M. Liébert-Champagne. La décision est mentionnée aux tables et fichée sur la base Ariane du Conseil d’Etat dans la rubrique Territorialité de l’impôt - Transferts de bénéfices, dans la rubrique Relations entre sociétés d’un même groupe, ainsi que dans la rubrique BIC - Détermination du bénéfice net - Acte anormal de gestion

⁵²⁸ *Ibid.* En l’espèce, un contrat de concession de service entre Voyages Wasteels et Wasteels International avait pour objet d’associer la première à l’exploitation, dans le cadre des accords entretenus par la seconde avec l’ensemble des compagnies de transport ferroviaire européennes, de la formule dite des « billets individuels de groupes de travailleurs », destinée aux travailleurs immigrés qui retournaient, lors de leurs congés, dans leur pays d’origine.

⁵²⁹ *Ibid.* : « *eu égard à la commission exceptionnelle accordée par les compagnies ferroviaires aux agences autorisées à délivrer ces billets, les redevances, fixées à 5 % du chiffre d’affaires correspondant, contractuellement dues à la société Wasteels International en contrepartie de l’accès à ce service et des tâches de coordination, de publicité et de prise en charge des voyageurs hors des frontières nationales assumées par cette société, laissaient subsister, à l’avantage de la société Voyages Wasteels, une marge brute comprise, selon les années, entre 15 et 18 %, alors que la marge brute afférente à ses autres activités était de l’ordre de 7 % seulement* ».

ce second cas, de comparaison entre le niveau de la commission acquittée et des commissions établies entre indépendants. La preuve requise du contribuable est en somme apportée par l'exposé des meilleurs arguments économiques en sa faveur, sous la forme d'un seul faisceau d'indices mêlant régularité, absence d'anormalité et absence d'exagération.

2. Absence d'exigence de quantification des contreparties

L'affaire Vercel est intéressante à cet égard⁵³⁰. Un marchand d'art avait subi des rectifications au titre de transferts de bénéfices de son entreprise vers la filiale qu'il avait créée afin de prolonger son activité aux Etats-Unis. L'administration avait identifié une différence substantielle de prix entre les ventes à ses clients français et le prix, beaucoup plus bas, pratiqué au bénéfice de la filiale américaine. Le Conseil d'Etat fait toutefois droit à l'argument du contribuable. La Haute Assemblée relève en effet que la société américaine lui avait « *acheté entre les deux tiers et la moitié des toiles qu'il a vendues* », ce qui justifiait une remise. Aucune exigence n'est formulée à l'égard du contribuable concernant le rapport de proportion entre l'avantage consenti et le gain commercial⁵³¹.

Tout se passe, là encore, comme si la simple preuve du caractère normal, en principe, d'une aide commerciale à une filiale suffisait à remplir la condition, pourtant spécifique, prévue à l'article 238 A. En revanche, le Conseil d'Etat confirme le rappel sur un autre point relatif à des écritures de charges dépourvues de justificatifs. Selon le requérant, il s'agissait de commissions versées à une personne résidant en Suisse en rémunération d'activités d'entremise⁵³².

⁵³⁰ CE n° 60805 du 28 septembre 1988, 8e et 7e s.-s., rapp. Quandalle, concl. N. Chahid-Nourai, aux tables du recueil Lebon.

⁵³¹ *Ibid.* : « *compte tenu du volume des affaires traitées avec ce seul client, qui est très supérieur au montant des opérations que M. Vercel a faites avec l'un quelconque des marchands de tableaux ou des particuliers qui formaient le reste de sa clientèle, la circonstance, seule invoquée par l'administration fiscale, que les prix de vente consentis à la société américaine étaient, en moyenne, très sensiblement inférieurs à ceux qui étaient généralement pratiqués par M. Vercel pour les ventes de tableaux à ses autres clients ne suffit pas à établir l'existence du transfert de bénéfices par voie de minoration de prix qui justifie le redressement correspondant* ».

⁵³² *Ibid.* La Haute Assemblée rappelle qu'il incombe au contribuable « *de justifier dans leur principe comme dans leur montant des écritures retraçant des charges qu'il entend déduire de son résultat pour la détermination de son bénéfice imposable* ». Il relève ensuite que M. Vercel « *se borne, à cette fin, à invoquer un contrat dépourvu de date certaine et des documents relatifs à des opérations effectuées en 1972, antérieurement aux années d'imposition ; que ses allégations ne sauraient constituer une justification suffisante ; que, dans ces conditions, et sans qu'il y ait lieu de rechercher si, comme le soutient le requérant, les conditions d'application des dispositions de l'article 238 A du code général des impôts sont remplies, M. Vercel n'est pas fondé à soutenir que le montant des commissions portées dans ses écritures aurait été réintégré à tort dans ses résultats* ». La décision est mentionnée aux tables et fichée notamment sur le point de l'article 57, dans les rubriques Acte anormal de gestion et Relations entre sociétés d'un même groupe de la catégorie BIC - Détermination du bénéfice net, ainsi que dans la rubrique Bénéfice réel - Questions concernant la preuve.

*

Faute d'exemple d'application positive du critère des contreparties au moins équivalentes, nous avons examiné les conditions de renversement de la présomption instaurée par l'article 238 A. Le critère de « *non-exagération* », qui à la lettre pourrait emporter avec lui une exigence de comparaison, n'apparaît en pratique pas mobilisé. Fusionné avec un critère de normalité, il ne se distingue véritablement que de l'exigence de justification des charges, sur lequel la Haute Assemblée exerce, dans l'affaire Vercel, un contrôle vigilant.

*

* *

En définitive, que l'on envisage la question par la destruction de la présomption de l'article 57 ou par celle de l'article 238 A, nous ne trouvons pas d'exigence quantifiée imposée au contribuable concernant les exagérations de charges ou insuffisances de produits mis au jour par le service. Un argument général, comme dans les affaires Boutique 2M et Vercel le volume d'affaires avec un partenaire, suffit à motiver l'octroi d'avantages et à écarter la rectification.

CONCLUSION DE LA SECTION

En dépit des imperfections normatives relevées dans cette section, nous ne concluons toutefois pas que les exigences de comparaison seraient juridiquement asymétriques entre le moment de constitution de la présomption et celui de sa destruction. Le critère posé dans le considérant de principe Cap Gemini, en matière de contreparties au moins équivalentes, l'a été par la jurisprudence du Conseil d'Etat, qui le réaffirme régulièrement. Nous ne doutons donc pas qu'il en sera fait un jour une application positive, et qu'une exigence quantifiée apparaîtra dans les motifs d'une décision.

Dans ce contexte, et en nous en tenant à la lettre du considérant, nous concluons cette section avec l'idée que la référence de comparaison acquiert au fil du temps une influence croissante dans le dispositif de l'article 57. Cela explique le développement d'un mode d'emploi de la comparaison proprement dite. Il sera l'objet de notre seconde section.

SECTION 2. MODE D'EMPLOI DE LA COMPARAISON

Toute comparaison repose sur un critère général de fiabilité et donc de pertinence. Dans ses conclusions relatives à l'affaire Laboratoires Wellcome⁵³³, le Président Arrighi de Casanova aborde cette question en ce qui concerne l'évolution du taux de marge appliqué à des ventes sur une période de cinq exercices, et formule deux observations qui nous paraissent importantes⁵³⁴. La première observation est que les comparaisons dans l'espace sont préférables aux comparaisons des données d'une même entité dans le temps ; mais ces dernières ne sont pas pour autant disqualifiées ou inopérantes. La deuxième observation est que le caractère significatif de l'écart est important, et que son importance est renforcée dans certaines situations. Le commissaire du gouvernement admet d'ailleurs le principe d'une comparaison globale entre marges, même s'il doute du lien direct entre l'observation de discordances de marges et la révélation de majorations de prix.

A lire ces conclusions, on a l'impression que la comparabilité au sens de l'article 57 a pour critères principaux le pragmatisme et le réalisme économique. On voit ainsi, à la même époque, le tribunal administratif de Lyon⁵³⁵ admettre l'existence d'une présomption par observation de transactions liées. En l'espèce, l'administration faisait valoir une distorsion des prix pratiqués entre trois sociétés liées établies dans différents pays. Le tribunal accueille toutefois l'argumentation de la société, recourant aux lignes directrices de l'OCDE, pour détruire la présomption⁵³⁶.

⁵³³ CE n° 70446 du 16 juin 1993, 8e et 9e s.-s., rapp. S. Austray, concl. J. Arrighi de Casanova, RJF 7/93 n° 983.

⁵³⁴ *Ibid.* Le commissaire du gouvernement expose : « *il ne nous semble pas que ces constatations puissent suffire à justifier l'existence de majorations de prix permettant de faire jouer l'article 57. D'une part, parce que les comparaisons dans le temps sont moins significatives que celles qui auraient pu être faites, à partir du cours pratiqué par d'autres entreprises du secteur, pour déterminer une marge de référence au titre de l'exercice en cause. D'autre part, parce que les variations observées ne sont pas telles qu'elles révèlent nécessairement l'existence de majorations : s'agissant notamment des produits pharmaceutiques qui représentent l'essentiel, l'évolution n'est pas linéaire et les différences ne sont que de quelques points* ».

⁵³⁵ TA de Lyon n° 9003LYFIS du 28 mars 1990, SA Laboratoires Fisons. A l'époque, le considérant de principe est ainsi rédigé : « *Lorsque l'administration établit l'existence de faits ou d'écritures comptables révélatrices d'un transfert de bénéfices d'une entreprise imposable en France à une entreprise située hors de France, l'article 57 du code général des impôts institue une présomption à l'encontre du contribuable qui supporte la charge de prouver que ces faits ou écritures sont justifiés par une gestion normale des intérêts propres à l'entreprise imposable en France* ».

⁵³⁶ *Ibid.* : en « *démontrant, selon une triple méthode préconisée par l'OCDE pour déterminer les prix de pleine concurrence, que son prix d'importation est inférieur à la moyenne des prix pratiqués avec des clients indépendants du groupe, que le prix de revient du produit litigieux fabriqué à l'étranger est nettement supérieur à celui constaté par l'administration, et qu'elle a maintenu un taux de marge brute comparable à celui des autres entreprises françaises, la société en cause apporte la preuve du caractère normal dudit prix d'importation* ».

La décision Cap Gemini⁵³⁷ dégage le premier mode d'emploi de comparaison. Comme on s'en souvient, elle présentait à juger la question de savoir si une société doit motiver son choix de pratiquer des taux de redevances différenciés à l'égard de ses filiales, ou s'il appartient au service d'établir qu'une telle pratique recèle un transfert de bénéfices. Le Conseil d'Etat décide, d'une part, que si l'administration opte pour l'article 57 à raison d'un avantage par majoration ou minoration de prix, elle n'instaure de présomption valable que si elle compare directement les prix pratiqués ; et, d'autre part, que l'administration n'est recevable à produire de comparaison qu'avec des entreprises dépourvues de liens de dépendance avec la société contribuable.

Nous allons montrer dans cette section que les deux lieux de comparaison ainsi posés : le prix de la transaction, d'une part, et l'échantillon des entreprises, d'autre part, ne sont pas, malgré la volonté du juge, vraiment disjoints. En effet, le prix de la transaction ne s'apprécie valablement que dans un contexte donné, et la jurisprudence a logiquement dégagé des règles relatives au marché pertinent puis une clause en vertu de laquelle le prix comparé ne doit pas subir l'influence de pratiques spécifiques des entreprises comparables à l'égard de leurs clients et fournisseurs. Il y a donc un mouvement de convergence progressif entre la comparaison de transaction et celle des entreprises, dans un mode d'emploi plus global qui reste à écrire.

Pour dégager le ressort de ce mode d'emploi, nous suivrons la piste respective des deux pôles de comparaison de la décision Cap Gemini, à savoir le choix prioritaire des transactions comparables (§ 1) et la sélection d'entreprises réputées similaires (§ 2).

⁵³⁷ CE Section n°s 266436, 266438 du 7 novembre 2005, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ SA Cap Gemini*, rapp. E. Crépey, concl. E. Glaser. ; Cf. aussi LABRUNE, Nicolas, *Transfert de bénéfices à l'étranger : actualité de l'article 57 du CGI*, chron. sous CE n° 370974 du 9 novembre 2015, *Société Sodirep Textiles SA-NV* ; CE n° 372372 du 16 mars 2016, *Société Amycel France* ; CE n° 372097 du 15 avril 2016, *Société LVSD*, RJF 6/16 p. 689.

§ 1. LA LOGIQUE DE TRANSACTION

Le mode d'emploi dégagé par la jurisprudence exige prioritairement une comparaison directe à l'échelle des transactions. Il fait naître une question immédiate concernant le point de savoir si la comparaison agrégée de transactions peut être admise.

Nous avons vu que cette question peut recevoir une réponse pragmatique dépendant du lien entre les observations agrégées et la majoration ou minoration de prix. Le même pragmatisme se dégage progressivement de la jurisprudence (A). Un problème persistant de la comparaison des transactions concerne en revanche la question de leur contexte, qui continue de faire l'objet de raffinements (B).

A. La recherche d'une comparaison directe des transactions

1. Le principe de comparaison directe des prix

L'administration ne peut constituer de présomption sans faire l'effort préalable de rechercher des majorations ou des minorations de prix, c'est-à-dire sans comparer des transactions.

Un jugement du tribunal administratif de Pau⁵³⁸ fournit un double éclairage sur cette question. D'une part, il précise les notions de majorations ou de minorations de prix entrant dans la comparaison prévue à l'article 57, et censure la comparaison effectuée par l'administration en tant qu'elle portait sur l'ensemble de l'entreprise et non, directement, sur des transactions. Sur le premier point, le tribunal administratif juge « *que les notions de 'diminution des prix de vente' ou de 'majoration des prix d'achat' s'entendent par rapport aux prix du marché dans lequel la société intervient, et non, par exemple, par rapport à ses propres prix contractuels* »⁵³⁹. Ce considérant nous paraît, à la lettre, receler une erreur de

⁵³⁸ TA Pau n° 1001851 du 3 avril 2012, Société ESK Ceramics France. Le jugement est fiché (C+) en matière de Détermination du bénéfice imposable - acte anormal de gestion, sur le point des opérations de restructuration, et dans la rubrique « *Relations entre sociétés d'un même groupe - 1) Transfert de bénéfices par les prix de transfert par manipulation des prix intra-groupe : absence si les échanges sont facturés aux prix du marché ; 2) Insuffisance des analyses comparatives de marge - absence de preuve de l'existence d'un transfert de bénéfices* ».

⁵³⁹ *Ibid.* En l'espèce, la société facturait à sa société mère, en vue de leur commercialisation, les pièces qu'elle fabriquait à un prix moindre que leurs coûts, alors au surplus qu'une convention liant les deux sociétés prévoyait une marge de 3 % ou 7 %. Le tribunal juge toutefois « *qu'il résulte de l'instruction, l'administration l'ayant notamment reconnu elle-même, que la société ESK Ceramics GmbH revendait ensuite les pièces fabriquées au prix facturé par sa filiale française, si bien qu'en réalité, les prix pratiqués entre elles étaient conformes à ceux du marché ; que, dès lors, le directeur du contrôle fiscal de Sud-Pyrénées n'est pas fondé à soutenir que la société ESK Ceramics France a, au cours de l'année 2004, transféré des bénéfices en Allemagne par voie de diminution de ses prix de vente* ».

droit puisque, comme nous le verrons, la jurisprudence du Conseil d'Etat admet les comparables internes ; mais la formulation retenue traduit bien l'idée que toute comparaison suppose la prise en compte de données externes. D'autre part, il écarte la méthode transactionnelle de la marge nette pratiquée par le service, sur un échantillon de quatre sociétés dont était comparées le ratio entre l'excédent brut d'exploitation et le chiffre d'affaires, considérant qu'une telle analyse ne peut rendre compte, par elle-même, du prix pratiqué au titre des transactions litigieuses⁵⁴⁰.

Dans une affaire Speedo examinée au Tribunal administratif de Versailles⁵⁴¹, la question du recours aux comparables était nécessaire pour évaluer le niveau de rémunération d'un distributeur français, que l'administration jugeait globalement insuffisant⁵⁴². Le juge fait droit aux prétentions de la société en imputant au service une absence de constitution de la présomption de transfert de bénéfices de la part de Speedo France au profit de sa sœur britannique Speedo International Ltd. Selon le jugement, l'administration faisait valoir que la société Speedo International Ltd « *ne laissait pas à la société requérante une marge suffisante pour lui permettre de couvrir ses dépenses et de dégager un bénéfice en rapport avec la fonction et les risques encourus* »⁵⁴³. Or, pour instaurer une présomption de transfert par l'existence d'un avantage par comparaison, il faut que l'administration « *constate que les prix facturés par une entreprise étrangère à une entreprise établie en France qui lui est liée, sont supérieurs à ceux pratiqués par des entreprises similaires exploitées normalement, c'est-à-dire dépourvues de liens de dépendance* ». A défaut d'une telle observation comparée, le service doit « *établir l'existence d'un écart injustifié entre le prix convenu et la valeur vénale*

⁵⁴⁰ *Ibid.* Les juges relèvent en effet tout d'abord « *qu'une telle comparaison ne saurait, par elle-même, suffire à établir l'existence d'un transfert indirect de bénéfices entre deux sociétés, dès lors que le rapport retenu dépend de l'orientation de marché et des coûts propres à chaque entreprise et ne constitue en réalité qu'une analyse de marge* ». En outre, l'administration avait limité son échantillon à quatre sociétés et la société en proposait un plus large comportant 12 entités dont les quatre retenus par le service. L'administration ne contestait « *pas que les huit autres entreprises retenues sont tout aussi significatives que les quatre qui composent son échantillon* ».

⁵⁴¹ TA Versailles n°0905642, 1102433 du 23 juillet 2013.

⁵⁴² *Ibid.* L'affaire portait sur une demande de décharge d'impôt sur les sociétés de la SA Speedo France à l'occasion de rappels prononcés par le directeur du contrôle fiscal d'Île-de-France Ouest.

⁵⁴³ *Ibid.* Le service avait au préalable écarté la politique de prix de transfert de la société, fondée sur la méthode du prix comparable sur le marché libre, arguant que « *cette dernière n'a pas démontré l'absence de lien de dépendance entre la Speedo International Ltd et les sept distributeurs auxquels elle se réfère pour sa comparaison ni le caractère comparable des conditions d'exploitation de ces dernières sociétés avec les siennes propres* ». Le visa des mémoires de la société montre en outre que l'administration entendait constituer un faisceau d'indices du transfert en attirant l'attention sur le faible niveau de résultat, conduisant le groupe à lui attribuer une « *contribution marketing* », un prêt et un soutien financier. Elle cherchait enfin à se prévaloir de ce que la société avait accepté, pour 2005, de retenir un taux de rentabilité de 2,62% correspondant à la borne inférieure de l'intervalle déterminé après contrôle.

du bien cédé ». Les deux branches de cette alternative consistent en une analyse microéconomique, puisqu'il s'agit dans les deux cas d'examiner les prix pratiqués.

Certes, l'examen de ces prix peut s'effectuer de façon indirecte, lorsque les activités de l'entité sont très simples, par leur effet sur les marges. Mais ce raccourci méthodologique ne doit pas être confondu avec la pratique pure et simple d'une analyse agrégée. En l'espèce, le service avait centré son étude sur la rentabilité de la filiale française, sans procéder à une analyse microéconomique des transactions. Dans ce contexte, le faisceau d'indices constitué par l'administration ne peut résister à l'examen séparé de ses composantes, à laquelle le tribunal procède. Il écarte d'abord aux points 5 et 6 l'argument des pertes récurrentes de la société pour les exercices précédant le contrôle et le premier exercice vérifié⁵⁴⁴. Le tribunal élimine ensuite l'indice du soutien financier⁵⁴⁵. En définitive, il donne acte à la société de ce que les prix de ses achats sont inférieurs à ceux de comparables européens indépendants agissant sur des marchés comparables, ce qui ôte toute légitimité au fait, pour le service, d'avoir écarté la méthode du prix comparable sur le marché libre présentée lors du contrôle.

2. L'admission d'une comparaison agrégée

La comparaison agrégée peut être admise à condition que son lien avec la détermination des prix individuels de transaction soit directement établi.

Dans une affaire Nestlé jugée par la Cour administrative d'appel de Versailles⁵⁴⁶, le recours à un échantillon de comparables servait pour déterminer la rémunération d'un distributeur japonais par sa mère française. En l'espèce était en cause le taux de marge de 33% octroyé à une filiale japonaise, alors que le service avait relevé l'existence de

⁵⁴⁴ *Ibid.* La circonstance que « La société Speedo France ait subi des pertes sur plusieurs exercices consécutifs, si elle peut constituer un indice d'un transfert de bénéfices, n'est pas de nature, à elle seule, à démontrer l'existence et le montant de ce transfert, dès lors que cette situation déficitaire peut résulter d'autres facteurs économiques ; qu'au demeurant, la société requérante, qui indique que ces pertes résultent du développement en France de marques distributeurs concurrentes qui pratiquent des prix très inférieurs aux siens, fait valoir, sans être démentie, que le premier des deux exercices rectifiés a été bénéficiaire alors que le second a été plus faiblement déficitaire que par le passé ».

⁵⁴⁵ *Ibid.* le tribunal juge : « la circonstance que la société requérante a bénéficié d'un soutien financier de la société Speedo International Ltd ne suffit pas davantage à démontrer l'existence d'un transfert de bénéfices à l'étranger ; qu'au demeurant, la société requérante expose, sans être contestée, que ce soutien a consisté en une contribution marketing d'un montant de 1 103 000 euros pour chacun des deux exercices rectifiés, destinée à assurer la promotion des produits de la marque en France, et en un prêt sans intérêt de 20 000 000 de francs sur 10 ans accordé le 31 décembre 1999 ».

⁵⁴⁶ CAA Versailles n° 10VE01171 du 27 mars 2012, Société Nestlé Entreprises.

distributeurs similaires rémunérés à 6%⁵⁴⁷. Le service avait appuyé sa démonstration d'une présomption de transfert sur les contradictions entre la politique de prix de transfert du groupe et ses pratiques réelles, ainsi que sur une analyse de comparabilité portant sur trois distributeurs indépendants, rémunérés sur la base d'un profit de routine de 6%, contre un taux de marge de 33% pour la filiale japonaise⁵⁴⁸. Il avait ensuite modéré le calcul de la marge de pleine concurrence, pour tenir compte d'une marge d'incertitude en faveur du contribuable⁵⁴⁹.

En cours d'instance, la société avait cherché à détruire la présomption⁵⁵⁰ en montrant que la filiale japonaise avait des fonctions excédant la routine⁵⁵¹. Mais la cour n'a pas été convaincue⁵⁵² et juge que la requérante, sur ce point, s'était « *bornée à des allégations générales* », et n'avait donc pas « *apporté d'éléments de nature à justifier la matérialité des*

⁵⁴⁷ *Ibid.* La société Nestlé Entreprises s'était vu notifier des rectifications au titre des exercices 2002 et 2003 de ses filiales françaises intégrées SAS Nestlé Waters et la SAS Nestlé Waters France (NWF). En effet, le vérificateur avait noté, s'agissant des transactions portant sur l'eau minérale de marque Contrex, que la SAS NWF garantissait à sa filiale de distribution japonaise, la société Nestlé Japan Ltd, un bénéfice avant impôt correspondant à 33 % du produit des ventes hors opérations intra-groupes (produit net des ventes). Il avait admis un taux de 19% et rectifié la différence. Le rappel avait été mis à la charge de la requérante en tant que société intégrante de la société NWF. Le tribunal comme la cour donnent gain de cause à l'administration. La société ne semble pas s'être pourvue en cassation.

⁵⁴⁸ *Ibid.* Deux séries d'arguments étaient ainsi avancés :

- « *chaque distributeur d'eau Contrex se voyait habituellement attribuer un objectif de marge de 6 % correspondant au bénéfice avant impôt rapporté au produit net des ventes et que seule la société NJL avait bénéficié d'un taux de marge de 33 % , sans qu'aucune analyse précise ne justifie cet écart alors que, suivant les dires de la société elle-même, un profit de routine de 6 % permettait normalement d'assurer des transactions de pleine concurrence sur le marché mondial de l'eau embouteillée* » ;

- il n'y avait pas là seulement une dérogation à l'objectif de marge standard (contrairement à ce que cherchait à faire valoir la requérante). L'administration avait procédé à une étude des transactions de trois entreprises indépendantes, exerçant, comme la société NJL, une activité de distribution à domicile de boissons non alcoolisées, laquelle faisait ressortir une marge de pleine concurrence comprise entre 7,5 % et 9,5 % avec une médiane à 8 %. Elle avait ensuite modéré son rappel en notant que le prix japonais de la bouteille Contrex pouvait être trois supérieur à celui constaté en Suisse, ce qui rendait la distribution au Japon moins concurrentielle et justifiait que soit prise en compte, dans une certaine limite, une sur-marge au bénéfice de la filiale japonaise.

⁵⁴⁹ *Ibid.* La cour relève « *que, nonobstant l'absence d'éléments pertinents apportés par la société, le service, sur les indications de celle-ci, a retenu que la bouteille de Contrex était vendue sur le marché japonais à un prix de 2,5 € alors que le prix le plus élevé constaté sur la période 2001-2002 chez un distributeur bénéficiant du profit de routine de 6 %, en l'occurrence Nestlé Suisse, était de 0,78 € ; qu'il a estimé qu'à supposer que ce surpris correspondant à un coefficient multiplicateur de 3,2 soit attribuable à la société NJL, sa marge aurait dû tout au plus, compte tenu du profit de routine de 6 %, s'établir à 19 % sur la période considérée* ». Elle juge enfin que, « *cette marge restant très nettement inférieure à celle de 33 % consentie à la société NJL* », l'administration pouvait être regardée comme établissant une présomption de transfert.

⁵⁵⁰ *Ibid.* Dans ses écritures, la société soutenait qu'en se bornant à constater que le prix pratiqué par la société Nestlé Waters France à l'égard de la société Nestlé Japan Limited pour la vente de l'eau minérale Contrex dérogeait à la politique générale de prix de transfert mise en place au sein du groupe, l'administration ne démontrait pas que le prix des transactions litigieuses impliquaient un transfert de bénéfices. Elle faisait aussi valoir que l'écart de rémunération dont bénéficiait la filiale japonaise constituait une exception temporaire motivée par l'importance et la spécificité des fonctions assumées par cette filiale et, enfin, que le prix de revente au Japon de l'eau Contrex, particulièrement élevé par rapport au pouvoir d'achat japonais, justifiait qu'il soit alloué à la distributrice japonaise une marge bénéficiaire plus élevée, en l'occurrence 33 % contre 6% en moyenne pour les autres filiales.

⁵⁵¹ *Ibid.* Et notamment qu'elle apportait « *une valeur ajoutée au produit se traduisant par la revente des bouteilles d'eau de la marque à un prix particulièrement élevé au regard du pouvoir d'achat des consommateurs japonais* ».

⁵⁵² *Ibid.* : « *la réalisation de prestations, excédant les fonctions de routine généralement assumées par un distributeur, ne saurait se déduire d'un prix de revente accru lequel, ainsi que le relève l'administration, peut tout aussi bien s'expliquer par des considérations tenant aux habitudes des consommateurs locaux* ».

fonctions d'entrepreneur principal prétendument exercées par sa filiale ». Elle écarte enfin l'argument tiré de ce que le service aurait reconnu le rôle prépondérant du distributeur en admettant une marge plus forte que pour les autres filiales⁵⁵³.

A l'échelon du Conseil d'Etat, la décision GE Healthcare du 25 juin 2018 admet explicitement la faculté pour l'administration de recourir à une comparaison agrégée dans le cas où le service, pour appliquer une méthode transactionnelle de la marge nette, avait préalablement démontré que la méthode du prix de revient retenue par le contribuable impliquait une rigidité des prix d'achat à la baisse empêchant la société française de bénéficier des gains de productivité réalisées par ses fournisseurs liés⁵⁵⁴.

En conclusion sur ce point, il apparaît que, de la comparaison individuelle à la comparaison agrégée, le passage est possible sous réserve de lien direct c'est-à-dire de pertinence. Ce critère implicite fait entrer en ligne de compte la question du contexte de la transaction.

B. Le problème du contexte de la transaction

On peut se demander s'il est pertinent de comparer des transactions effectuées dans des conditions similaires au sein d'autres secteurs ou sur d'autres territoires. Insensiblement, ce type de problématique, qui n'a pas reçu encore de réponse globale, amorce le glissement, au sein de la logique de transaction, vers une logique qui prend en compte les pratiques d'entreprise. La jurisprudence précise le questionnement en s'interrogeant sur le critère du marché géographique pertinent (1) et en durcissant le critère de comparaison des prix par la prise en compte des pratiques d'entreprise (2).

⁵⁵³ *Ibid.* : jugé « qu'à cet égard, elle ne saurait utilement tirer argument, pour échapper à la charge de la preuve qui lui incombe, de la propre évaluation de l'administration, qui, par mesure de tempérament et ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, a simplement et mécaniquement appliqué au taux de marge standard le coefficient résultant du rapport entre les prix pratiqués au Japon et en Suisse ; qu'en tout état de cause, même s'il peut être considéré que, ce faisant, le service n'a pas écarté l'éventualité d'un rôle particulier assuré par la société NJL, il n'en demeure pas moins que la société Nestlé Entreprises qui, ainsi qu'il a été dit, n'a apporté aucune explication quant au taux de marge de 33 % accordé à la société NJL, ne justifie pas d'une contrepartie supplémentaire équivalente à l'écart entre ce taux et celui de 19 % »

⁵⁵⁴ CE n° 409645 du 6 juin 2018, SCS General Electric Medical Systems, 8e et 3e chambres réunies, rapp. Bellulo, concl. Victor, sera mentionné aux tables du recueil Lebon. Selon la décision, le vérificateur avait écarté la méthode qui consistait à appliquer une marge de 5 % à l'ensemble des coûts de production directs et indirects supportés par les fournisseurs du groupe, pour lui substituer une méthode fondée sur l'étude des prix pratiqués pour des transactions opérées entre des entreprises indépendantes, à partir d'un échantillon de vingt-six sociétés regardées comme comparables. Il avait alors reconstitué les résultats d'exploitation en appliquant à son chiffre d'affaires la valeur médiane du ratio « résultat d'exploitation / chiffre d'affaires » des sociétés de l'échantillon.

1. Le marché pertinent

L'affaire Man Camions et Bus⁵⁵⁵ pourrait servir d'exemple en matière de comparaison agrégée⁵⁵⁶ ou en ce qui concerne les conditions de remise en cause d'une méthode de prix de transfert⁵⁵⁷, voire sur la question des effets de pertes récurrentes d'un distributeur⁵⁵⁸. Mais l'arrêt de la Cour de Versailles présente surtout un intérêt en ce qu'il prend en compte la question du marché pertinent. Faisant droit aux critiques du contribuable sur l'échantillon de l'administration⁵⁵⁹, la cour relève en particulier que le service avait négligé, dans son analyse du marché français, les effets de la position dominante de Renault Véhicules industriels, et qu'il n'avait pas justifié ce qui lui permettait de regarder les marchés européens voisins comme comparables au marché français⁵⁶⁰. On voit d'ailleurs comme il est

⁵⁵⁵ CAA Versailles n° 08VE02411 du 5 mai 2009, Ministre du Budget, des comptes publics et de la fonction publique c/ Société Man Camions et Bus.

⁵⁵⁶ *Ibid.* La société Man Camions et Bus, filiale de la société allemande Man Nutzfahrzeuge, avait pour activité exclusive la distribution des véhicules poids lourds fabriqués par sa société mère sur le marché français. Ses prix d'achat auprès de sa société mère étaient déterminés selon la méthode du prix de revente, en minorant le prix facturé à ses clients d'une marge de 28,86% en 1997 et de 31,71% en 1998, calculée par comparaison avec les marges brutes réalisées par neuf entreprises françaises exerçant l'activité de distributeur ou de concessionnaire de véhicules. Le service vérificateur avait estimé que ce panel n'était pas pertinent dès lors, notamment, que ces entreprises n'exerçaient pas l'activité d'importateur de véhicules. L'administration avait alors proposé une méthode alternative fondée sur la méthode transactionnelle de la marge nette, sur la base d'un panel d'entreprises réputées comparables. Elle en a déduit que « les prix d'achat pratiqués par la société Man Camions et Bus auprès de sa société mère révélaient un transfert indirect » de bénéfices. Le ministre du Budget cherchait à faire annuler le jugement du tribunal administratif de Versailles, qui avait jugé non pertinent le panel d'entreprises présenté par le service vérificateur dès lors qu'il comprenait des entreprises françaises et européennes alors que le marché français présentait, selon le contribuable, une réelle spécificité. L'enjeu consistait à montrer que les marges de l'entreprise Man Camions et Bus étaient inférieures à celles d'une entreprise indépendante de son secteur exploitée normalement.

⁵⁵⁷ *Ibid.* Le service avait en effet cherché à substituer à une méthode de Cost plus la méthode transactionnelle de la marge nette, fondée sur l'hypothèse fondamentale que la société était sous-rémunérée et qu'il y avait lieu de comparer sa rentabilité avec celle d'un panel de société indépendantes.

⁵⁵⁸ *Ibid.* La cour relève « que la circonstance que la société Man Camion et Bus ait subi des pertes plusieurs années de suite, si elle peut constituer un indice d'un transfert de bénéfices, n'est pas de nature, à elle seule, à démontrer l'existence et le montant de ce transfert, dès lors que cette situation déficitaire peut résulter d'autres facteurs économiques ou d'une stratégie d'implantation sur le marché français ».

⁵⁵⁹ *Ibid.* Elle relève « que, pour établir le transfert de bénéfices allégué, l'administration a comparé le résultat courant avant impôt de la société requérante avec ceux de cinq entreprises opérant sur le marché européen ; que, toutefois, deux de ces sociétés, qui importent des véhicules d'origine suédoise, ne sont pas dépourvues de lien de dépendance et ne peuvent être regardées comme exploitées normalement au sens de l'article 57 du code général des impôts ; que, s'agissant des trois autres entreprises opérant sur les marchés néerlandais, italien et portugais, la société Man Camion et Bus fait valoir que la situation du marché français de distribution automobile n'est pas comparable avec celle des marchés européens étudiés par le service, du fait de la position particulière de l'entreprise Renault véhicules industriels, qui bénéficie, en raison de son ancienneté et de ses parts de marché, d'une position particulière ayant une incidence sur les prix ».

⁵⁶⁰ *Ibid.* La cour précise : « contrairement à ce que soutient l'administration, la société Renault véhicules industriels est un opérateur concurrent de la société Man Camions et Bus sur le marché français de la distribution de véhicules poids lourds ; que si l'administration soutient que la situation du marché français pour ces véhicules est économiquement très proche de celle des autres marchés européens, elle ne fournit aucune donnée susceptible d'étayer, même sommairement, cette affirmation ; qu'en l'absence de précisions ou de justifications de nature à démontrer la similarité des marchés concernés, d'une part, et à remettre en cause l'argumentation circonstanciée de la société Man Camion et Bus relative à l'incidence sur les prix de la présence d'un opérateur en situation particulière sur le marché français, d'autre part, l'administration n'apporte pas la preuve de la pertinence des termes de comparaison qu'elle invoque ».

difficile d'organiser un débat économique complexe⁵⁶¹ en cours d'instance juridictionnelle : l'administration a cherché, en appel, à substituer au panel censuré par le tribunal administratif un nouvel échantillon de comparables ; mais elle n'a pu l'assortir des analyses fonctionnelles qui aurait permis à la cour d'en valider la composition⁵⁶².

2. Les pratiques des entreprises comparables avec leurs partenaires

Depuis la décision Amycel⁵⁶³, la jurisprudence introduit une limitation au stade de la constitution de la présomption, lorsque le contribuable soutient que les transactions ne sont pas comparables en raison de spécificités du contexte de la transaction en litige par rapport à celui des transactions supposées comparables. Dans ce cadre, le considérant de principe précise désormais que la présomption peut intervenir, lorsque l'administration constate que les prix facturés à une entreprise étrangère liée sont inférieurs à ceux pratiqués, soit avec d'autres clients non liés, soit par des entreprises similaires exploitées normalement avec des clients dépourvus de liens de dépendance, à condition que cet écart ne s'explique pas par la situation différente de ces clients⁵⁶⁴.

La prise en compte de cette exigence figure ainsi dans les décisions Cap Gemini 3⁵⁶⁵, Galeries Ariane A⁵⁶⁶, Securities and Financial Solutions France (jugeant seule)⁵⁶⁷, General

⁵⁶¹ TRUCCHI, Jean-Luc, DAVID, Marion, *Prix de transfert : la définition du marché pertinent, une étape complexe*, Petites Affiches n° 27/2010 p. 3.

⁵⁶² CAA Versailles n° 08VE02411 du 5 mai 2009, Ministre du Budget, des comptes publics et de la fonction publique c/ Société Man Camions et Bus. La cour relève que « si l'administration produit, pour la première fois en appel, une liste de huit nouvelles entreprises opérant sur des marchés européens qui présenteraient des caractéristiques similaires à la société Man Camions et Bus et soutient que le rapport entre le résultat comptable avant impôts de ces entreprises et leur chiffre d'affaires pour 1996 et 1997 est systématiquement supérieur à celui de l'entreprise vérifiée, il n'est pas davantage établi que les marchés sur lesquels opèrent ces entreprises soient comparables au marché français ; qu'aucune analyse fonctionnelle de ces sociétés n'est produite ; que la société Man Camions et Bus soutient, sans être contredite, qu'aucune de ces entreprises n'exerce exclusivement des fonctions de distributeur de poids lourds ; qu'en particulier, une de ces sociétés est une holding exerçant des activités diversifiées, notamment dans le domaine des véhicules légers, et qu'une des autres vend également des véhicules agricoles ; qu'ainsi, les éléments apportés par l'administration ne permettent pas davantage de considérer qu'il s'agirait d'entreprises similaires exploitées normalement et dont les résultats permettraient, par comparaison, d'établir l'existence d'un avantage consenti par la société Man Camion et Bus ».

⁵⁶³ CE n° 372372 du 16 mars 2016, 9e et 10 s.-s., société Amycel France, rapp. J.-L. Matt, concl. F. Aladjidi, mentionné aux tables du recueil Lebon.

⁵⁶⁴ *Ibid.* Le considérant est allongé de la précision : « sans que cet écart s'explique par la situation différente de ces clients ».

⁵⁶⁵ CE n° 375746 du 23 décembre 2016, 9e et 10e chambres réunies, rapp. Merloz, concl. De Barmon, mentionné aux tables du recueil Lebon.

⁵⁶⁶ CE n° 401491 du 29 mai 2017, 8e et 3e chambres réunies, rapp. Petitdemange, concl. Victor.

⁵⁶⁷ CE n° 399349 du 29 novembre 2017, 9e chambre jugeant seule.

Electric Healthcare Medical Systems⁵⁶⁸ et SCS General Electric Medical Systems⁵⁶⁹. L'exigence applicable côté client vaut aussi, naturellement, côté fournisseur, comme le montrent les décisions Lifestand Vivre Debout⁵⁷⁰, PIH-Foncière Le Charlebourg⁵⁷¹, et PIH 2⁵⁷².

La jurisprudence Amycel introduit ainsi une restriction impliquant que, pour établir la présomption de transfert, le service ne peut se contenter d'exhiber un différentiel de prix. Il doit encore établir que ces prix ne diffèrent pas en raison de circonstances extérieures. Dans l'affaire Amycel, cette mention traduit la différence de situation entre les clients du groupe (deux sœurs néerlandaises chargées de la distribution) et les clients tiers (des consommateurs finals) ; car, dans le cas des premiers, le vendeur pouvait être conduit à supporter des frais de transport et de commercialisation réputés absents du second cas. L'administration ne pouvait arguer de la faiblesse relative des prix envers les clients du groupe par rapport à celle des prix pratiqués auprès des clients externes. Selon Nicolas Labrune⁵⁷³, plusieurs décisions seront nécessaires pour préciser cet élément du mode d'emploi⁵⁷⁴.

Le lien entre une telle précision et le critère du marché pertinent est direct. Ainsi, dans les affaires General Electric où était en cause l'approvisionnement auprès de fournisseurs liés, le considérant est complété de la mention ci-dessus, rédigé pour le « côté client », puisque le point de référence est la pratique des fournisseurs avec l'entité contrôlée

⁵⁶⁸ CE n° 409645 du 6 juin 2018, SCS General Electric Medical Systems, 8e et 3e chambres réunies, rapp. Bellulo, concl. Victor, aux tables du recueil.

⁵⁶⁹ CE n° 409647 du 6 juin 2018, SCS GE Medical Systems, 8e et 3e chambres réunies, rapp. Bellulo, concl. Victor.

⁵⁷⁰ CE n° 372097 du 15 avril 2016, Société Lifestand Vivre Debout, 9e et 10e chambres réunies, concl. E. Bokdam-Tognetti. La société LSVD produisait et distribuait en Europe des fauteuils verticalisateurs, dont elle avait confié la distribution hors d'Europe à la société de droit suisse LifeStand International SA (LSI). Le Conseil d'Etat relève « *qu'il résulte de ces dispositions que, lorsqu'elle constate que les prix payés par une entreprise établie en France à une entreprise étrangère qui lui est liée sont supérieurs à ceux pratiqués, soit par cette entreprise avec d'autres fournisseurs dépourvus de liens de dépendance avec elle, soit par des entreprises similaires exploitées normalement avec des fournisseurs dépourvus de liens de dépendance, sans que cet écart ne s'explique par la situation différente de ces fournisseurs, l'administration doit être regardée comme établissant l'existence d'un avantage qu'elle est en droit de réintégrer dans les résultats de l'entreprise établie en France, sauf pour celle-ci à justifier que cet avantage a eu pour elle des contreparties au moins équivalentes ; qu'à défaut d'avoir procédé à de telles comparaisons, l'administration n'est, en revanche, pas fondée à invoquer une présomption de transfert de bénéfices mais doit établir l'existence d'un écart injustifié entre le prix convenu et la valeur vénale du bien cédé ou du service rendu* ».

⁵⁷¹ CE n° 382733 du 21 septembre 2016, Société Property Investment Holding, 9e et 10e chambres réunies, concl. E. Bokdam-Tognetti.

⁵⁷² CE n° 407232 du 25 juin 2018, 8e et 3e chambres réunies, rapp. Uher, concl. Bohnert.

⁵⁷³ *Loc. Cit.* RJF 6/16 p. 692.

⁵⁷⁴ *Ibid.* Remarquons qu'il s'agit d'une précision pour la constitution de la présomption, c'est-à-dire d'une restriction d'usage pour l'administration et d'un gain de procédure pour les contribuables. Le Conseil d'Etat aurait pu imaginer admettre dans un tel cas l'existence d'une présomption, puis relever que la société, en faisant état de la situation particulière des distributrices (qui, offraient des perspectives commerciales à l'étranger), établissait l'existence de contreparties à l'octroi d'un avantage (par comparaison).

par comparaison avec d'autres clients. Pourtant, la requérante a cherché à invoquer un nouveau moyen tiré de ce qu'il y avait lieu d'examiner les conditions d'approvisionnement des fournisseurs liés eux-mêmes auprès d'autres fournisseurs. Le moyen étant nouveau en cassation, nous ne pouvons donc savoir ce qu'il en serait advenu⁵⁷⁵.

Un tel moyen montre toutefois que, de proche en proche, la logique de transaction converge vers la prise en compte de la situation d'entreprise, de sorte que les deux pôles d'analyse du mode d'emploi Cap Gemini ne sont pas réellement distincts.

⁵⁷⁵ CE n° 409645 du 6 juin 2018, SCS General Electric Medical Systems, 8e et 3e chambres réunies, rapp. Bellulo, concl. Victor, aux tables du recueil. La Haute Assemblée relève : « *Enfin, le moyen tiré de ce que l'administration n'établissait pas que les sociétés retenues dans l'échantillon acquéraient leur matériel dans les mêmes pays que la contribuable, qui n'est pas d'ordre public, ne peut être utilement soulevé pour la première fois en cassation* ».

§ 2. LA LOGIQUE D'ENTREPRISE

Dans le mode d'emploi Cap Gemini, la logique d'entreprise est présente au travers du choix des entités comparables et se loge dans une interprétation très constructive des termes « *entreprises similaires exploitées normalement* », que la Haute Assemblée assimile à « *dépourvues de liens de dépendance* ». Deux difficultés en résultent : d'une part, le problème de prise en compte de la logique d'entreprise est plus large que la simple détermination des entreprises comparables et met en cause, plus généralement, le lien entre le contexte économique de l'entité et la transaction (A) ; d'autre part, la logique de comparaison d'entreprises interroge sur la portée même du principe d'observation dans le domaine des transferts de bénéfices (B).

A. Contexte d'entreprise et contexte de transaction

1. Le contexte d'entreprise

La prise en compte d'éléments de contexte d'entreprise est manifeste dans l'arrêt Unilever de la Cour administrative de Versailles⁵⁷⁶. La société anonyme Astra Calvé exerçait une activité de fabrication et de commercialisation de corps gras, margarines et huiles. L'administration lui reprochait des minorations de prix de vente⁵⁷⁷. La cour relève que le groupe avait appliqué, pour déterminer les prix de ventes facturés par la société Astra Calvé à sa sœur belge, la méthode du prix de revient majoré⁵⁷⁸. A cet égard, le coût de revient de la tonne de margarine, égal à 196 € par tonne, était plus élevé que dans d'autres usines du groupe. La société avait donc déterminé un coût de revient théorique de 159 €/T correspondant, selon la cour, « *au coût normal de fabrication dans l'usine d'Asnières si celle-ci était modernisée et fonctionnait de manière pleinement efficace* ». La différence entre les deux coûts permettait à la contribuable de calculer un « *taux d'inefficience* » consistant en

⁵⁷⁶ CAA Versailles n° 10VE02491 du 5 décembre 2011, Ministre du Budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat c/ SAS Unilever France Holding.

⁵⁷⁷ *Ibid.* : au titre de 1996 et 1997, l'administration estimait que la société avait minoré le prix de vente de sa margarine à la société belge Hartog Union et majoré le prix d'achat de matières premières à la société hollandaise Loders Croklaan, et aperçu dans ces pratiques un transfert de bénéfices. Le tribunal administratif avait déchargé la société de ces impositions supplémentaires, en relevant qu'en l'absence de référence aux prix pratiqués par des entreprises similaires exploitées normalement l'administration ne démontrait pas, respectivement, la minoration des prix de vente et la majoration des prix d'achat.

⁵⁷⁸ *Ibid.* : « *en application des principes applicables en matière de prix de transfert définis l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)* ».

une réfaction de 22,21 % du coût de revient effectif. De sorte que le prix de vente était calculé sur la base d'un coût de revient théorique, surmonté d'une marge de 10%.

L'administration n'avait pas remis en cause ce mode de calcul ni le taux de marge, mais avait contesté la réfaction de 22,21%. Devant la cour, elle cherchait notamment à faire valoir qu'un écart injustifié existait entre, d'une part, le prix de vente déterminé par application de la marge de 10%, et, d'autre part, la valeur vénale des biens échangés déterminée par référence au coût de revient effectif et non théorique, et le prix de vente observé⁵⁷⁹. La cour écarte cette argumentation. Le ministre tentait également d'invoquer l'acte anormal de gestion sur la base des mêmes faits. La cour écarte le moyen⁵⁸⁰ ainsi que l'argumentaire du ministre⁵⁸¹.

Dans son arrêt, la cour admet la prise en compte d'une situation de sous-production au sein de l'entité et de sa gestion insuffisamment efficiente. La détermination du coût à retenir peut donc rendre compte d'un modèle économique justifiant d'écarter les données comptables réelles au profit d'une vision théorique reflétant, en définitive, l'image idéale de l'entreprise dans le référentiel de la pleine concurrence.

2. Le lien avec le contexte de transaction

Dans l'exemple précédent, la situation de pleine concurrence idéale est le fruit d'une appréciation par l'entreprise insuffisamment contestée par l'administration.

⁵⁷⁹ *Ibid.* La cour relève que ces éléments « ne sont pas de nature à établir l'existence d'un écart injustifié entre la valeur vénale du bien faisant l'objet de la transaction et le prix convenu ». Elle estime que, pour le reste, l'argumentation du ministre « se limite à des considérations théoriques » et n'établit pas « que les pertes supportées par Astra Calvé constitueraient un avantage emportant présomption de transfert de bénéfices ».

⁵⁸⁰ *Ibid.* La cour relève sur ce point « que, toutefois, il ne se prévaut pas de références au prix du marché des biens délivrés », alors qu'elle admet « que la requérante justifie la marge négative ainsi réalisée par la comparaison, mentionnée ci-dessus, des coûts de production et par la couverture d'une partie de ses coûts fixes que ces transactions permettaient à la société Astra Calvé dans l'attente d'une meilleure efficacité de l'usine d'Asnières, laquelle était en situation de sous-production ».

⁵⁸¹ *Ibid.* Sur les prix d'achat, l'administration avait remis en cause le prix facturé par la société Loders Croklaan à la SA Astra Calvé pour l'achat d'une matière première élaborée, la stéarine d'huile de palme. Le ministre avait renoncé en appel à se prévaloir de comparaisons avec les prix pratiqués pour des produits comparables par des entreprises similaires exploitées normalement. Il se bornait à faire valoir « que le prix retenu en l'espèce par la société a été déterminé par application d'un taux de retour sur capitaux investi de 13,5 % alors que la méthode définie par le groupe en la matière prévoit un taux unique de 10 % ». La cour écarte cet argument teinté d'acte de gestion opposable en relevant « que cette seule constatation, alors d'ailleurs que la société fait valoir que ce taux de 10 % ne concerne que les produits finis et non les produits semi-finis, que la société Lockers Croklaan n'est pas un simple sous-traitant mais est propriétaire du savoir-faire, et qu'elle réserve l'exclusivité des produits en cause aux sociétés du groupe Unilever, ne suffit pas à démontrer l'existence d'un écart injustifié entre le prix convenu et la valeur vénale du produit cédé ».

La décision Huileries réunies⁵⁸², certes ancienne, fait apparaître une situation dans laquelle c'est le juge lui-même qui, sur la base des écritures, imagine la logique économique idéale. La société Huileries réunies, filiale de la société de droit sénégalais Etablissements Petersen, avait reçu de l'Etat une indemnité de 1 506 782,70 F dans le cadre de la libération des échanges de produits oléagineux. Elle avait reversé à sa société mère sur le même exercice une somme de 1 740 840,56 F afin, notamment, de lui faire profiter du bénéfice de l'indemnité en cause. L'administration, confirmée par le tribunal administratif de Marseille, avait vu dans cette pratique un transfert de bénéfices. Toutefois, le Conseil d'Etat décharge la société à hauteur de 1 506 782,70 F, soit le montant des réductions de prix accordées par les établissements Petersen à leur filiale afin, selon le dossier, de lui éviter de supporter les conséquences de l'écart entre les cours mondiaux et les prix en vigueur sur son marché de distribution. La Haute Assemblée admet ainsi, eu égard à l'objet de ces réductions de prix, que le groupe poursuivait en les octroyant le même but que celui de l'Etat en accordant une indemnité, à savoir encourager la poursuite de l'approvisionnement auprès des « *fournisseurs de la zone franc nonobstant leurs prix supérieurs aux cours mondiaux* »⁵⁸³. La société avait invoqué, devant le tribunal, l'argument selon lequel l'indemnité reçue de l'Etat « *faisait double emploi* » avec les réductions de prix accordées par les établissements Petersen⁵⁸⁴, et cet argument lui a valu le succès au contentieux puisqu'il signifiait que la société française était réputée avoir déjà bénéficié d'un traitement de faveur.

Sans doute le raisonnement du juge est-il marqué par l'application frontale du principe de territorialité, en vertu duquel les revenus attribuables à une entité étrangère ne sont pas imposables en France. Mais même dans ce cadre, il nous semble que la Haute Assemblée aurait pu faire un raisonnement autre. En effet, s'il est vrai que l'indemnité reçue dans le cadre de la libéralisation des marchés avait un but précis pour l'Etat qui la consentait ; en revanche elle revêtait, pour la société bénéficiaire en France, la forme d'un produit exceptionnel qui entrait dans la composition du bénéfice parmi tous les autres produits. Le Conseil d'Etat note d'ailleurs que le contrat de distribution ne prévoyait pas le reversement d'une telle indemnité. Il aurait donc pu être jugé qu'un distributeur indépendant recevant une

⁵⁸² CE n° 40288 du 25 novembre 1985, 9e et 7e s.-s., SA Huileries réunies, mentionné aux tables, rapp. Teissier du Cros, concl. Racine.

⁵⁸³ *Ibid.* A hauteur de l'écart entre les deux sommes précitées, toutefois, la Haute Assemblée rejette les arguments de la société et confirme le redressement.

⁵⁸⁴ *Ibid.* C'est d'ailleurs le défaut de réponse à ce moyen qui a conduit le Conseil d'Etat à annuler le jugement et à se trouver saisi de la question par l'effet dévolutif de l'appel.

telle subvention, de la part d'un acteur tiers au groupe (l'Etat en l'espèce), était fondé à la conserver comme surprofit, et procédait à un transfert de bénéfices en se désaisissant de son avantage. Car, après tout, c'est bien le gouvernement français qui avait fait le choix de distribuer à l'époque sa subvention à la société française, alors qu'il aurait pu la verser directement à la société sénégalaise. Un tel choix pouvait signifier que l'indemnité visait, sous couvert d'aide au développement, à subventionner une société française. Dans ce contexte, le Conseil d'Etat aurait pu regarder comme n'entrant pas dans l'office du juge de laisser l'indemnité profiter à la société sénégalaise en admettant, comme il l'a fait en pratiquant une sorte de transparence fiscale, que l'entité domestique avait le droit de transférer la subvention à sa mère sans distribution en bonne et due forme.

*

Logiques d'entreprise et de transaction sont intimement liées. Le contexte d'une transaction met en effet en cause les entreprises qui la concluent, et leur situation économique respective. A ce point du raisonnement, l'exigence de comparaison sur la base de données réelles subit une limitation car le juge peut admettre de tenir compte d'arguments de bon sens qui ne sont pas, par eux-mêmes, étayés par une comparaison.

Au-delà des situations limites révélées par les décisions Unilever et Huileries Réunies, toutes les décisions de prix de transfert recèlent des motifs économiques d'ordre général, avancés sans réelle comparaison ou quantification, et qui peuvent toucher à la situation des clients, des fournisseurs, à l'importance de tel ou tel partenariat, ou encore à la nécessité de conserver tel marché.

En d'autres termes, la référence de comparaison n'épuise pas la mise en œuvre du principe de pleine concurrence, ce qui signifie qu'une autre référence de comparaison sert à l'appréciation de pleine concurrence, sous la forme d'une norme admise de comportement économique. Nous allons appliquer cette hypothèse au problème du choix des comparables, et notamment à la question des comparables liés.

B. Logique d'entreprise et nécessité d'une observation

Dans l'affaire Cap Gemini, il s'agissait d'apprécier si, pour le même élément incorporel, sur la base de déclarations spontanées de la société afférentes aux mêmes filiales à l'exception de l'entité américaine, et pour une période partiellement identique,

l'administration était fondée à s'appuyer sur les données internes du groupe ou si elle devait chercher impérativement ses comparables à l'extérieur de ce groupe.

Le Conseil d'Etat juge que les comparables issus d'observations intra-groupes sont irrecevables au titre de la mise en évidence d'un avantage par comparaison. La présomption est établie, dans un tel cas, lorsque l'avantage a pu être déterminé par le recours à l'observation de prix comparables pratiqués par des entreprises exclues du périmètre de dépendance de la contribuable. La rédaction du considérant est importante parce que, dans la formule retenue, la Haute Assemblée choisit d'assimiler les concepts « *d'entreprise similaire exploitée normalement* » et « *d'entreprise dépourvue de lien de dépendance* »⁵⁸⁵.

Le problème du mode d'emploi Cap Gemini est donc double : d'abord, la jurisprudence exclut-elle de façon irréversible les comparables liés ? ensuite, quel sens donner à la référence de normalité masquée sous la référence de comparaison ?

1. L'exclusion de principe des comparables liés

La solennité de la décision Cap Gemini et sa postérité⁵⁸⁶ montrent qu'il y a un choix de principe du juge à établir un mode d'emploi durable⁵⁸⁷. Toutefois, la rédaction du considérant Cap Gemini n'intégrait pas le cas des comparables internes⁵⁸⁸. Auparavant, leur admission était acquise : dans une affaire Société normande d'assistance technique, la présomption est établie par l'existence d'un taux de marge différent entre celui appliqué à la société liée et celui constaté auprès des clients indépendants⁵⁸⁹. Exclure les comparables

⁵⁸⁵ CE 7 novembre 2005 n° 266436 et 266438, 3e et 8e s.-s., min. c/ Sté Cap Gemini : RJF 1/06 n° 17 avec concl. E. Glaser p. 5. Le Conseil d'Etat relève : « *lorsqu'elle constate que les prix facturés par une entreprise établie en France à une entreprise étrangère qui lui est liée, sont inférieurs à ceux pratiqués par des entreprises similaires exploitées normalement, c'est-à-dire dépourvues de liens de dépendance, l'administration doit être regardée comme établissant l'existence d'un avantage qu'elle est en droit de réintégrer dans les résultats de l'entreprise française* ».

⁵⁸⁶ Après Cap Gemini, la formule « entreprises similaires exploitées normalement » = « entreprises dépourvues de liens de dépendance » se retrouve notamment dans les décisions Amycel, Lifestand Vivre Debout, PIH et Galeries Ariane A.

⁵⁸⁷ V. également CE n° 375746 du 23 décembre 2016, 9e et 10e chambres réunies, rapp. M.-G. Merloz, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon, Société Cap Gemini mentionnée aux tables : Un raisonnement similaire à celui de cette première affaire Cap Gemini est réitéré à l'occasion d'une autre décision concernant également ce groupe et le mode de détermination des redevances d'une filiale par référence au taux supporté par les autres filiales. Le Conseil d'Etat écarte également, dans ce cas, le comparable lié comme non pertinent.

⁵⁸⁸ C'est-à-dire des termes de comparaison nés de la confrontation entre les transactions liées et les transactions effectuées par l'entreprise avec des partenaires extérieurs.

⁵⁸⁹ CE n° 61286 du 31 juillet 1992, 8e et 9e s.-s., Société normande d'assistance technique, rapp. Froment-Meurice, concl. Arrighi de Casanova. La société facturait à une société belge Usitra, sous la dépendance de laquelle elle se trouvait, des prestations assorties d'un taux de marge inférieur à celui appliqué à ses clients français. Le Conseil d'Etat juge que la société « *n'apporte pas la preuve qui lui incombe, que les prestations qu'elle facturait à ladite société en recourant à un taux de marge de 1,328 étaient d'une nature différente de celles qu'elle facturait à ses clients français avec une marge de 1,758 ; ... qu'en particulier, si elle soutient que ses interventions pour le compte de la société Usitra*

internes est non seulement contraire aux principes de l'OCDE mais aussi risqué pour la comparaison des entreprises placées en situation de monopole ou de domination concurrentielle. Tel était le problème dans le contentieux Microsoft, jugé par la Cour administrative d'appel de Versailles⁵⁹⁰. En l'espèce, la cour écarte l'échantillon du ministre en relevant, notamment, qu'il comprend des entreprises qui ne sont pas dépourvues de lien de dépendance, interprétation radicale mais conforme à la lettre du considérant Cap Gemini. Dans ce contexte, et puisqu'elle refuse également de comparer le taux de commission dans le temps, la cour semble écarter tout contrôle possible des prix de transfert en jugeant que l'entreprise n'est comparable à aucune autre⁵⁹¹.

Dans ce contexte, la décision Amycel France⁵⁹² rétablit la possibilité de procéder à des comparaisons internes, en retouchant le considérant de principe issu de Cap Gemini⁵⁹³.

étaient d'une nature différente de celles qu'appelaient de sa part les affaires qu'elle traitait pour ses clients français, elle n'apporte aucun commencement de preuve à l'appui de ses allégations ».

⁵⁹⁰ CAA Versailles n°10VE00752 du 16 février 2012, Ministre du Budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat c/ Société Microsoft France.

⁵⁹¹ CAA Versailles, 16 février 2012, Ministre c/ Société Microsoft France. L'affaire illustre le cas de la transformation d'un distributeur de plein exercice en commissionnaire et des relations économiques ultérieures entre ce dernier et la direction de groupe. La société Microsoft France assurait jusqu'au 30 juin 1994 la commercialisation et le support des produits conçus et développés par la société américaine Microsoft Corporation. Elle est devenue à compter du 1er juillet 1994 agent commercial de la succursale irlandaise d'une autre filiale irlandaise, Microsoft Ireland Operations Ltd. Son activité de distribution auprès des grands comptes en France donnait lieu à une commission de 25% qui ne pouvait être inférieure à ses coûts d'exploitation surmontés d'une marge de 5%. Le litige portait sur le fait qu'à compter de 1999, le taux de commission passait à 18%, ce que l'administration remettait en cause. Elle soutenait que le passage à 18% traduisait une rupture avec la rémunération jusqu'alors pratiquée sans contestation à hauteur de 25%, et qui constituait de ce fait une rémunération de pleine concurrence. Elle justifiait par ce simple argument le redressement au titre de 1999. Pour les deux années suivantes, le service raffinait l'analyse en produisant un panel de 86 sociétés sélectionnées dans le secteur des logiciels et déterminait une rémunération de pleine concurrence en référence aux quartiles 3 et 4 du panel. Pour 1999, la cour relève « *qu'il ne résulte pas de l'instruction que le taux antérieur de rémunération de 25 % des ventes pour l'exercice clos en 1999 aurait seul correspondu à celui de pleine concurrence et n'aurait pu être diminué sans révéler par cela même un transfert de bénéfices* ». On retrouve dans ce motif la même réticence à comparer une situation avec le passé que celle exprimée par le Président Arrighi de Casanova dans ses conclusions sous Laboratoires Wellcome. Pour 2000 et 2001, la cour relève que le panel comprend 86 sociétés parmi lesquelles se trouvent des entreprises « *qui ne sont pas dépourvues de lien de dépendance et ne peuvent être regardées comme exploitées normalement au sens de l'article 57* », ainsi que d'autres sociétés disposant d'incorporels, agissant comme acheteur-revendeur, voire comme exportateur au contraire de la société Microsoft France, simple commissionnaire. La cour relève « *qu'en réponse à ces objections, l'administration fait valoir qu'en raison de la situation monopolistique qui était alors celle du groupe Microsoft sur le marché des logiciels et des systèmes d'exploitation, les différences constatées entre les sociétés appartenant à ce groupe et les entreprises sélectionnées par elle ne suffisent pas à remettre en cause son analyse et que le défaut de détention d'éléments incorporels n'est, selon elle, pas déterminant* ». Elle en déduit qu'aucune entreprise opérant en France ne peut être strictement comparée à Microsoft France. Ce second motif touche à la position monopolistique du groupe Microsoft, que le ministre évoque semble-t-il dans ses écritures, mais que la cour interprète comme s'appliquant à la société Microsoft France, ce qui n'est pas pareil.

⁵⁹² CE n° 372372 du 16 mars 2016, 9e et 10 s.-s., société Amycel France, rapp. J.-L. Matt, concl. F. Aladjidi, mentionné aux tables du recueil Lebon.

⁵⁹³ *Ibid.* Le considérant nouveau est ainsi rédigé : « *il résulte de ces dispositions que, lorsqu'elle constate que les prix facturés par une entreprise établie en France à une entreprise étrangère qui lui est liée sont inférieurs à ceux pratiqués, soit par cette entreprise avec d'autres clients dépourvus de liens de dépendance avec elle, soit par des entreprises similaires exploitées normalement avec des clients dépourvus de liens de dépendance, sans que cet écart s'explique par la situation différente de ces clients, l'administration doit être regardée comme établissant l'existence d'un avantage qu'elle est en droit de réintégrer dans les résultats de l'entreprise établie en France, sauf pour celle-ci à justifier que*

La décision Lifestand Vivre Debout⁵⁹⁴ applique, peu après Amycel, le même dispositif de comparaison : il incombait à la cour soit de vérifier si un taux de commission de 25% était supérieur à ceux que des entreprises pratiquaient avec des fournisseurs dépourvus de liens de dépendance avec elles⁵⁹⁵ ; soit, à défaut, de rechercher si l'administration établissait que la société LSVD avait consenti à la société suisse LSI une libéralité en acquittant un prix excessif pour les prestations qu'elle avait reçues d'elle. En l'espèce, le service avait démontré le lien de dépendance de fait entre LSVD et LSI, laquelle ne déboursait aucun loyer en Suisse et voyait une part de ses fonctions exercées effectivement par sa mère française. Toutefois, il ne s'était pas appuyé sur une évaluation du taux de commission de 25% payé par l'entité française à sa filiale au travers de l'examen de transactions comparables conduites par des entreprises tierces.

A son tour, la décision LSVD soulève à notre sens une difficulté. Selon le mode d'emploi de Cap Gemini, si l'administration ne peut procéder à une comparaison, elle ne peut établir de présomption de transfert qu'en montrant que l'entreprise s'est privée d'obtenir la valeur vénale du bien en cause⁵⁹⁶. Dans la décision Cap Gemini, lors du règlement au fond,

cet avantage a eu pour elle des contreparties aux moins équivalentes ; qu'à défaut d'avoir procédé à de telles comparaisons, l'administration n'est, en revanche, pas fondée à invoquer la présomption de transferts de bénéfices ainsi instituée mais doit, pour démontrer qu'une entreprise a consenti une libéralité en facturant des prestations à un prix insuffisant, établir l'existence d'un écart injustifié entre le prix convenu et la valeur vénale du bien cédé ou du service rendu ».

⁵⁹⁴ CE n° 372097 du 15 avril 2016, Société Lifestand Vivre Debout, 9e et 10e chambres réunies, concl. E. Bokdam-Tognetti. La société LSVD produisait et distribuait en Europe des fauteuils verticalisateurs, dont elle avait confié la distribution hors d'Europe à la société de droit suisse LifeStand International SA (LSI). Citant les dispositions de l'article 57, le Conseil d'Etat relève « *qu'il résulte de ces dispositions que, lorsqu'elle constate que les prix payés par une entreprise établie en France à une entreprise étrangère qui lui est liée sont supérieurs à ceux pratiqués, soit par cette entreprise avec d'autres fournisseurs dépourvus de liens de dépendance avec elle, soit par des entreprises similaires exploitées normalement avec des fournisseurs dépourvus de liens de dépendance, sans que cet écart ne s'explique par la situation différente de ces fournisseurs, l'administration doit être regardée comme établissant l'existence d'un avantage qu'elle est en droit de réintégrer dans les résultats de l'entreprise établie en France, sauf pour celle-ci à justifier que cet avantage a eu pour elle des contreparties au moins équivalentes ; qu'à défaut d'avoir procédé à de telles comparaisons, l'administration n'est, en revanche, pas fondée à invoquer une présomption de transfert de bénéfices mais doit établir l'existence d'un écart injustifié entre le prix convenu et la valeur vénale du bien cédé ou du service rendu ».*

A noter que la décision rappelle que l'article 57 est compatible avec les stipulations de l'article 9 de la convention franco-suisse, et pour autant avec les stipulations de l'article 9 de la convention modèle de l'OCDE, relatives à la mise en œuvre du principe de pleine concurrence. En effet, l'article 9 de la convention fiscale franco-suisse du 9 septembre 1966 modifiée stipule que lorsqu'existe entre des entités liées « *des conditions acceptées ou imposées, qui diffèrent de celles qui seraient conclues entre des entreprises indépendantes, les bénéfices qui, sans ces conditions, auraient été obtenus 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 ».*

⁵⁹⁵ Pour des prestations telles que celles dont le contrat de distribution prévoyait la fourniture.

⁵⁹⁶ CE 7 novembre 2005 n° 266436 et 266438, 3e et 8e s.-s., min. c/ Sté Cap Gemini : RJF 1/06 n° 17 avec concl. E. Glaser p. 5 : « *qu'à défaut d'avoir procédé à une telle comparaison, le service n'est, en revanche, pas fondé à invoquer la présomption de transferts de bénéfices ainsi instituée mais doit, pour démontrer qu'une entreprise a consenti une libéralité en facturant des prestations à un prix insuffisant, établir l'existence d'un écart injustifié entre le prix convenu et la valeur vénale du bien cédé ou du service rendu ».*

le juge de cassation écarte les comparables du service, fondés sur le taux de redevance perçu par l'entité française pour les années postérieures aux exercices en litige⁵⁹⁷. A défaut d'utilisation de comparables externes, l'administration devait donc démontrer qu'un avantage anormal avait été accordé au travers d'une comparaison du prix des prestations reçues avec leur valeur vénale⁵⁹⁸. Ce critère est facile à manier lorsque la discordance est reconnue et fait apparaître, comme mentionné dans la décision LSVD, une libéralité. Mais si la discordance est elle-même contestée, les frontières se brouillent et ouvrent à notre avis une alternative radicale pour le juge : soit il admet les comparables liés, soit il renonce à comparer.

2. Limites de l'exclusion des comparables liés

S'il y a désaccord sur le montant de la discordance de valeur vénale, par hypothèse, cela indique que l'observation directe est insuffisante. Il faut alors recourir à l'observation indirecte au travers de biens économiques voisins. En d'autres termes, il faut recourir à une comparaison avec des transactions menées par d'autres entités.

Doit-il s'agir d'entités libres de tout lien de groupe ?

Il nous paraît logique de répondre non. En effet, la détermination au regard de la valeur vénale constitue un cas légal distinct de celui de l'avantage par comparaison, et nous ne voyons pas en quoi la lettre de l'article 57 devrait conduire à fusionner le critère subsidiaire avec le critère principal. Notre raisonnement ne s'appuie certes que sur une décision prise par une sous-section du Conseil d'Etat jugeant seule⁵⁹⁹, dans laquelle le taux de refinancement obtenu par la Caisse méditerranéenne de financement auprès de sa mère est admis comme élément de comparaison pour déterminer le juste taux d'une avance accordée à une sœur, dès lors que ce taux de refinancement « *représentait pour la Camefi le coût de revient de ses*

⁵⁹⁷ *Ibid.* De manière intéressante, le Conseil d'Etat relève sur ce point, non pas que de tels comparables avec des entités liés sont irrecevables, mais que la valeur d'usage d'une marque et d'un logo varient en fonction du temps et des marchés où ils sont utilisés : « *la valeur d'usage d'une marque et d'un logo étant susceptible de variations au cours du temps et suivant le marché où ils sont utilisés, le service n'établissait pas, en se bornant à se référer au montant des revenus perçus par la société mère de ses filiales françaises, ou de ses filiales étrangères au cours d'exercices postérieurs aux années en litige, qu'elle avait consenti un avantage en ne percevant aucune rémunération pour leur utilisation sur des marchés où ils étaient encore peu connus, par des filiales parfois issues du rachat d'entreprises y ayant associé leur propre marque* ».

⁵⁹⁸ Ce qui aurait été complexe parce qu'il s'agissait de comparer LSVD et LSI, respectivement, sur leur marché pertinent. Selon le dossier, le marché de LSVD couvrait la France, l'Allemagne, la Grèce et l'Europe de l'Est. LSI exerçait donc son activité sur le territoire des autres pays (CE n° 372097 du 15 avril 2016, Société Lifestand Vivre Debout, 9e et 10e chambres réunies, concl. E. Bokdam-Tognetti).

⁵⁹⁹ CE 28 novembre 2012, 10e seule, n° 340971, Caisse méditerranéenne de financement, F. Loloum, D. Hédary.

avances »⁶⁰⁰. Mais il est cohérent avec l'hypothèse que nous avons précédemment émise selon laquelle l'appréciation de valeur vénale, ainsi d'ailleurs que l'avantage par nature, comportent un élément de comparaison. Plus généralement, ce raisonnement signifie que le principe de pleine concurrence suppose de pouvoir toujours procéder, d'une manière ou d'une autre, à une comparaison.

A l'inverse, si l'on répond oui (l'observation, même en cas de recherche d'une discordance de valeur vénale, doit s'effectuer sur la base de comparables dépourvus de tout lien de dépendance avec la contribuable), on réduit toute possibilité de comparaison au sens de l'article 57 à des situations de réelle indépendance. Le considérant de la décision LSVD penche dans cette direction : identifié terme à terme avec le libellé de l'article 57, il confère en effet à la formule « *par comparaison avec ceux des entreprises similaires exploitées normalement* » le sens de « *soit par cette entreprise avec d'autres clients dépourvus de liens de dépendance avec elle, soit par des entreprises similaires exploitées normalement avec des clients dépourvus de liens de dépendance* ». Au point 7 de cette décision⁶⁰¹, la référence à l'appréciation d'un avantage au regard de la valeur vénale disparaît au profit de la mention pure et simple d'une libéralité.

Tout se passe donc comme si l'on distinguait soigneusement des cas où une comparaison pure et possible, et des cas où un avantage par nature net existe, mais sans égard pour les situations intermédiaires, alors que l'article 57 impose à notre avis de les prendre en compte. Nous pensons en effet que la renonciation à une comparaison quantifiée a pour effet de revenir à un critère vague de recours aux usages de la profession : le Conseil d'Etat a déjà donné gain de cause au service dans le passé sur ce fondement générique, en matière de calcul

⁶⁰⁰ *Ibid.* Il estime ensuite que la cour a relevé par une appréciation souveraine des faits que la Camefi « supportait la réalité des risques financiers des opérations menées par la SARL Fedimo et que l'intérêt qu'elle pouvait percevoir en cas de revente bénéficiaire était plafonné au taux de refinancement », et qu'elle en a déduit à bon droit qu'il y avait là un avantage dépourvu de contrepartie justifiant une rectification.

⁶⁰¹ Cf. CE n° 372097 du 15 avril 2016, Société Lifestand Vivre Debout, 9e et 10e chambres réunies, concl. E. Bokdam-Tognetti. Il est relevé « que, ainsi qu'il a été dit au point 3 ci-dessus, il incombait à la cour, une fois établie l'existence d'un lien de dépendance entre la société LSI et la société LSVD, soit de vérifier si le taux de commission de 25% prévu par le contrat de distribution était supérieur à ceux que des entreprises similaires exploitées normalement pratiquaient avec des fournisseurs dépourvus de liens de dépendance avec elles pour des prestations telles que celles dont ce contrat prévoyait la fourniture, soit, à défaut, de rechercher si l'administration établissait que la société LSVD avait consenti à la société LSI une libéralité en acquittant un prix excessif pour les prestations qu'elle avait reçues d'elle ».

des prix à l'exportation⁶⁰² ou de calcul de redevances d'incorporels⁶⁰³, en tenant compte du lieu de situation de l'entité liée⁶⁰⁴ et en présence d'abus manifestes⁶⁰⁵. Plutôt que de revenir à un critère de ce type, alors que ses inconvénients sont connus⁶⁰⁶, nous trouverions préférable qu'une option franche soit prise en faveur d'une possibilité de recours à des comparables liés, encadrée par une mesure des effets de distorsion occasionnés par une telle liaison.

*

En assimilant les « *entreprises similaires exploitées normalement* » à des « *entreprises dépourvues de lien de dépendance* », le Conseil d'Etat court à notre sens le

⁶⁰² CE n°s 90788, 91255 du 5 février 1975, 9e et 7e s.-s., rapp. Kéréver, concl. Schmeltz : l'administration avait corrigé le taux de commissions, inférieur à « *ceux que pratiquaient normalement alors les entreprises similaires* ». Le Conseil d'Etat juge que « *conformément aux usages existant pour cette catégorie d'opérations, et contrairement à ce que soutient la société requérante, l'assiette des commissions devait être calculée sur les prix CAF et non sur les prix FOB* ». Il relève que la société s'était bornée à noter la proximité entre les taux de commission après redressement, tels que validés par la commission départementale, et les taux de commission déclarés après ajustements.

⁶⁰³ CE Section n° 48780 du 27 février 1991, SARL d'Édition des artistes peignant de la bouche et du pied, rapp. Turquet de Beauregard, concl. Fouquet, mentionnée aux tables du recueil Lebon. L'affaire s'inscrivait dans le cadre de l'article 57, puisque la SARL était sous la dépendance de l'association et que cette dernière pouvait être regardée comme une entreprise. La décision est fichée dans la rubrique « *Avantages équivalents à un transfert de bénéfice à l'étranger (article 57 du CGI) - Existence - Redevances excessives de reproduction ou de commercialisation* ». La SARL avait pour objet l'édition, la vente et la diffusion par tout moyen des œuvres d'artistes handicapés. Elle avait déduit des redevances versées à l'association « *des artistes du monde entier peignant de la bouche et des pieds* » en contrepartie du droit exclusif que cette association lui accordait de reproduire et de commercialiser en France les œuvres de ses membres. Le taux des redevances était fixé, selon la décision, « *par application au prix de vente des articles édités, et non au seul montant des ventes comme il eût été normal* ». L'administration avait d'ailleurs fait valoir que la SARL avait accepté que la fixation de ces tarifs évolue, à l'initiative de l'association, en tenant compte de ses besoins propres de financement, et indiqué que l'assiette des redevances dépendait du seul prix de vente et non de leur montant global.

⁶⁰⁴ *Ibid.* La société reconnaissait être sous la dépendance de fait de cette association, enregistrée à Vaduz (Lichtenstein) et chargée de l'exploitation commerciale des œuvres de ses membres, dont les droits d'auteur lui étaient définitivement irrévocablement acquis dès l'adhésion d'un membre, qu'elle cooptait « *en fonction de leur talent et de leur potentiel commercial* ». L'association devait produire un compte de résultat et un bilan, « *selon de solides principes commerciaux* », et réalisait des excédents de trésorerie notables. Le Conseil d'Etat juge « *qu'en admettant même que l'activité de l'association ait eu pour but de fournir, dans des conditions au demeurant ambiguës, des moyens d'existence à ses membres, elle n'en avait pas moins un caractère lucratif* ». Par conséquent, il y avait lieu de la regarder comme une entreprise au sens des dispositions de l'article 57.

⁶⁰⁵ *Ibid.* Le montant après redressement reste supérieur de 3 à 4 fois au taux de la profession. Pour déterminer les bénéfices imposables de la société, l'administration avait primitivement admis la déduction des redevances litigieuses dans la limite de pourcentages variant suivant les exercices vérifiés de 4,8 à 5,9 % du chiffre d'affaires de la société. Le tribunal administratif au vu de l'ensemble des éléments de comparaison avait uniformément fixé ce pourcentage, pour les quatre exercices litigieux, à 7 %, taux qui a été admis par l'administration. Le Conseil d'Etat relève que « *si la société soutient que ce taux serait exagérément faible et ne tiendrait pas compte des avantages complémentaires particuliers que l'association lui aurait consentis, elle n'apporte aucune justification à l'appui de ses allégations* ». Il juge d'ailleurs que le tribunal a pleinement rempli son office en procédant à une liquidation contradictoire du taux de redevance admissible « *Le tribunal administratif au vu de l'ensemble des éléments de comparaison que l'administration a soumis à son appréciation a uniformément fixé ce pourcentage, pour les quatre exercices litigieux, à 7 %, taux qui a été admis par l'administration* ». Sur le fond, la Haute Assemblée juge qu'il y a bien matière à rectification sur le fondement de l'article 57. En effet, « *les redevances que la société était contractuellement tenue de verser à l'association étaient déterminées par application au prix de vente des articles édités, et non au seul montant des ventes comme il eût été normal, d'un taux de 7 % qui a été porté, à compter du 28 juillet 1973 à 12 % puis à 15 % à partir du 24 avril 1975* ». Les redevances ainsi calculées représentaient respectivement, au titre de chacune des années litigieuses, 15, 22, 39 et 34 % du chiffre d'affaires de la société A.P.B.P.

⁶⁰⁶ Cf. TUROT, Jérôme, *L'entrepreneur, le risque et le fisc. La notion d'acte qui, sans être étranger à l'intérêt de l'entreprise, lui fait courir un risque excessif*, RJF 11/90 p. 735, 1990. Les usages de la profession se rangent parmi les « *faux critères* » d'appréciation du caractère normal d'une décision de gestion, car un tel critère place les entrepreneurs dans un référentiel trop centré sur la stabilité économique et peut les enfermer, dans une gestion « *à la papa* ».

risque de limiter la prise en compte de la logique d'entreprise à l'appréciation de comparabilité, alors que cette appréciation n'en est qu'un aspect. Il restreint le principe de comparaison à un principe d'observation, laissant toutefois la porte entrouverte pour des comparaisons non dénommées, en référence à des usages professionnels, sans réel mode d'emploi ou quantification.

*

*

*

La logique d'entreprise à l'œuvre dans l'appréciation du transfert de bénéfices prend en compte des aspects divers, qui vont du contexte interne (Unilever) à la comparabilité d'un monopole (Microsoft), et s'enchaîne avec la logique de transaction au point de ne pouvoir constituer deux pôles distincts de la comparaison. Les raffinements successifs du considérant originellement formulé dans la décision Cap Gemini illustrent cette expansion progressive des deux pôles dans la direction l'un de l'autre, convergeant vers une redéfinition du principe de comparaison qui nous paraît à terme inéluctable.

CONCLUSION DE LA SECTION

Dans le contexte normatif de l'article 57, il nous apparaît en définitive impossible de séparer les références à des majorations ou minorations de prix, d'une part, et à des entreprises similaires, d'autre part. Ces deux séries de référence se rattachent à un principe de comparaison qui est extérieur au dispositif de l'article 57 et qui prend sa source dans le principe de pleine concurrence.

Dans ses conclusions relatives à l'affaire Andritz, déjà étudiée, Gilles Bachelier insistait sur la nécessaire convergence entre l'article 57 et le principe de pleine concurrence de l'article 9 § 1, dans un contexte où ils étaient tous deux limités par la mise en œuvre de la clause de non-discrimination de la convention fiscale franco-autrichienne⁶⁰⁷. La limitation portait alors à la fois sur la possibilité de rectifier des choix anormaux de capitalisation et sur la possibilité même de comparer de tels choix avec ceux d'entreprises dépourvues de liens de dépendance qui, par hypothèse, selon le commissaire du gouvernement, n'ont pas économiquement le loisir d'opter pour la sous-capitalisation⁶⁰⁸.

Cette seconde limitation, nous l'avons vu, n'est pas viable et conduit à admettre, au fil de l'eau, des comparaisons non prévues au mode d'emploi mais inévitables, parce que pertinentes. Quant à la première limitation, elle nous semble confirmer l'hypothèse que nous avons émise d'une distinction, au sein du dispositif de l'article 9 § 1, entre un principe de rectification de droit interne et un principe universel de comparaison.

⁶⁰⁷ Concl. G. Bachelier, Droit fiscal 16/2004 p. 761 à 771. Gilles Bachelier estime impossible de procéder à une quelconque comparaison au sens de l'article 9 § 1 au stade de la décision d'apport en fonds propres ou d'emprunt. Il argue à ce titre de l'identité de base légale entre cet article de la convention modèle et l'article 57 : « *Au demeurant si elle devait être accueillie, la demande de l'administration conduirait à admettre que l'article 9 § 1 de la convention modèle OCDE et l'article 57 qui sont tous deux consacrés aux prix de transfert ont des champs d'application distincts. L'article 57 permettrait ainsi de faire revivre un article 212 dont l'application aurait pourtant été écartée en vertu de la clause de non-discrimination. Nous ne croyons pas que l'administration ait jamais eu l'intention de vous faire juger que leur champ d'application serait différent. Et il est effectivement identique. C'est pourtant à cette situation paradoxale que l'on aboutirait. Ainsi la règle de droit que vous aurez dégagée pour l'article 6 § 5 de la convention franco-autrichienne doit être transposée pour l'application de l'article 57 du CGI* ».

⁶⁰⁸ *Ibid.* : « *nous ne voyons pas en quoi un transfert de bénéfices peut être opéré au seul motif que la société mère a opté pour une avance en compte courant à sa filiale au lieu d'un apport en capital... Les entreprises sont libres d'adopter le mode de financement de leurs investissements sous réserve d'un acte anormal de gestion* ».

CONCLUSION DU CHAPITRE

Nous avons étudié dans ce chapitre les modalités d'administration de la comparaison en matière de prix de transfert. Notre principale conclusion porte sur le constat d'une tension entre la nécessité objective d'un principe universel de comparabilité et le fait que la jurisprudence recherche un encadrement strict des modalités de comparaison. Il en va ainsi parce que la définition du principe de comparaison par le juge s'effectue au regard du dispositif de l'article 57, qui tend principalement à la rectification, ce qui l'invite sans doute à la prudence.

Surtout, la mécanique de l'article 57 et son articulation avec l'acte anormal de gestion donne l'illusion que le principe de comparaison est relatif et non pas universel, et qu'en cas d'insuffisance il peut être relayé par un principe d'appréciation au regard de la normalité de gestion. Le meilleur symbole de cette illusion se trouve dans l'assimilation de la décision Cap Gemini entre les « *entreprises similaires exploitées normalement* » et les « *entreprises dépourvues de liens de dépendance* », par laquelle l'appréciation de normalité logée au cœur de l'article 57, depuis son origine, est gommée de ce dispositif et renvoyée à l'extérieur, vers la théorie générale de l'acte anormal de gestion.

Pourtant, il n'est pas du tout certain que l'acte anormal de gestion fournisse l'armature pour une appréciation économique de la normalité de gestion, et notamment pour l'examen des avantages par nature. Cette question sera l'objet du prochain chapitre.

CHAPITRE 2. LA REFERENCE DE NORMALITE

Nous avons vu que la référence à la gestion normale constitue un élément fondateur du dispositif de l'article 57. Depuis la décision Cap Gemini, cette référence est extériorisée par l'assimilation « *entreprises similaires exploitées normalement* » = « *entreprises dépourvues de liens de dépendance* », et renvoyée vers le domaine de l'acte anormal de gestion, avec lequel la classification entre avantages par nature et avantages par comparaison⁶⁰⁹ s'articule à l'évidence. Nicolas Labrune⁶¹⁰ définit d'ailleurs les premiers directement en référence avec le critère de gestion normale⁶¹¹ : il s'agit de charges anormales⁶¹² ou non compensées⁶¹³ ainsi que de renoncations anormales à percevoir des produits financiers⁶¹⁴.

Ceci étant, l'acte anormal de gestion a sa propre dynamique qui ne tient pas compte des exigences de la mise en œuvre du principe de pleine concurrence. En particulier, il s'agit d'un dispositif de rectification en soi, juridiquement distinct de celui de l'article 57 même si leur objet et, nous l'avons vu, leur procédure, convergent.

Il convient donc de s'interroger sur les effets de cet assujettissement général en examinant la dynamique respective du transfert anormal de bénéfiques (Section 1) et de l'acte anormal intra-groupe (Section 2).

⁶⁰⁹ CE n°s 266436, 266438 du 7 novembre 2005, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Société Cap Gemini, 3e et 8e s.-s., rapp. E. Crépey, concl. E. Glaser. Pour rappel, dans ses conclusions, Emmanuel Glaser distingue les « *avantages par nature* » et les « *avantages par comparaison* » : « *il nous semble qu'il faut distinguer selon la nature des avantages en cause. Certaines pratiques sont, si l'on peut dire, des avantages par nature. Il en va ainsi, par exemple, de la prise en charge, sans refacturation, par la maison mère du salaire d'un cadre détaché dans une filiale étrangère ou de prêts consentis sans intérêts. En revanche, d'autres comportements ne sont constitutifs d'avantages que par comparaison, parce que leur montant diffère de celui habituellement pratiqué. Il en va ainsi par exemple des prix de vente, qui ne deviennent un avantage que s'ils sont inférieurs à ceux que la même société pratique à l'égard de ses autres clients. Deux types d'avantages par nature ont été reconnus : des charges supportées dans un intérêt étranger à l'exploitation, et des minorations de produits* ».

⁶¹⁰ LABRUNE, Nicolas, *Transfert de bénéfiques à l'étranger : actualité de l'article 57 du CGI*, chron. sous CE n° 370974 du 9 novembre 2015, Société Sodirep Textiles SA-NV ; CE n° 372372 du 16 mars 2016, Société Amycel France ; CE n° 372097 du 15 avril 2016, Société LVSD, RJF 6/16 p. 689.

⁶¹¹ *Ibid.* : « *l'administration n'a nul besoin de se livrer à un exercice de comparaison pour établir que ceux-ci constituent des avantages : aucune entreprise ne saurait, dans le cadre d'une gestion normale sur un marché concurrentiel, se comporter de la sorte* ».

⁶¹² CE n° 40337 à 40341 du 22 décembre 1958, BOCD 1959-II-795, RO p. 275

⁶¹³ CE n° 56218 du 19 octobre 1988, RJF 12/88 n° 1312, concl. O. Fouquet p. 723.

⁶¹⁴ CE Plénière n° 10454 du 9 mars 1979.

SECTION 1. LE TRANSFERT ANORMAL DE BENEFICES

La logique de convergence du transfert de bénéfices vers un acte anormal de gestion peut être mise en évidence en examinant les différents cas d'avantage par nature.

A cet égard, l'existence d'avantages à raison de renonciation à produits constitue le versant le plus constructif de la jurisprudence (§ 1). Mais il est clairement compensé par le caractère fermé de la liste des avantages par nature (§ 2).

§ 1. ANORMALITE D'UNE RENONCIATION A PRODUIT

A. La renonciation à percevoir un intérêt

1. L'avantage par nature constitué par la renonciation à percevoir un intérêt

C'est sur le terrain financier que la jurisprudence apparaît la plus constructive. On considère d'abord que constitue un avantage le fait de ne pas facturer d'intérêt au titre d'un prêt⁶¹⁵. Selon le fichage d'une décision du 12 novembre 1975⁶¹⁶, « *les avantages consentis au profit d'une filiale étrangère, et notamment l'octroi de prêts sans intérêt, par une société sise en France constituent l'un des moyens de transfert de bénéfices* »⁶¹⁷. De même, une avance sans intérêt constitue un avantage par nature⁶¹⁸. La présomption peut être combattue en comparant le coût de l'avantage et les contreparties obtenues⁶¹⁹. A défaut, les rectifications sont confirmées⁶²⁰. La jurisprudence des tribunaux administratifs applique constamment ces

⁶¹⁵ CE n° 57457 du 14 juin 1963, Lebon p. 371 ; CE n° 64449 du 23 février 1966, Lebon p. 139.

⁶¹⁶ CE n° 94839 du 12 novembre 1975, *Ministre de l'économie et des finances c/ Société X*, 9e et 8e s.-s., rapp. Latournerie, concl. Lobry, publiée au recueil Lebon.

⁶¹⁷ *Ibid.* En l'espèce, la société soutenait que les prêts consentis à sa filiale africaine avaient pour objet de consolider la situation financière de celle-ci, menacée par des retards de paiement de ses clients, et qu'elle retirait de l'activité de sa filiale des avantages importants. Mais ces avantages avaient été pris en compte par l'administration. Cette dernière avait en effet limité la réintégration à des sommes correspondant à l'intérêt qu'aurait produit, calculé au taux de 5%, une partie seulement de ces prêts. Dès lors, la réintégration est justifiée.

⁶¹⁸ CE n° 23342 du 2 juin 1982, 8e et 9e s.-s., *Compagnie générale de radiologie*, concl. Schricke, inédite, CE n° 24360 du 26 novembre 1982, SA X, 8e et 9e s.-s., concl. Bissara.

⁶¹⁹ CE, 2 juin 1982, *Compagnie générale de radiologie* : le Conseil d'Etat relève « *qu'il résulte de l'instruction que la société Compagnie Générale de Radiologie, qui a pour activité la fabrication et la vente de matériels de radiologie, a, lors de la constitution en Grande-Bretagne en 1972 d'une société filiale, consenti à celle-ci, un prêt non assorti d'intérêts de 15 000 livres sterling; que la dispense d'intérêts ainsi consentie à été regardée par l'administration comme un transfert de bénéfices ; ...que, pour combattre la présomption de transfert de bénéfice ..., la société requérante fait notamment valoir que les pertes de recettes qu'elle a subies du fait de l'avantage consenti à sa filiale britannique soit 6 760 F en 1972 et 15 339 F en 1973, sont à rapprocher des avantages retirés de l'action de la filiale, qui s'est traduite par un accroissement important des recettes à l'exportation vers la Grande-Bretagne, passées de 498 178 F en 1971 à 2 557 364 F en 1973 et fructueuses de surcroît, le bénéfice retiré des exportations vers la filiale britannique pouvant être estimé à 127 400 F pour les deux années 1972 et 1973; qu'eu égard à ces circonstances, dont l'exactitude n'est pas contestée, et sans que l'administration puisse alléguer utilement que la société a consenti à d'autres filiales étrangères des prêts assortis d'intérêts, ou qu'elle aurait obtenu les mêmes résultats sur le marché britannique sans consentir l'avantage litigieux, la société "Compagnie générale de Radiologie" doit être regardée comme apportant ainsi la preuve que la libéralité apparente consentie par elle entre dans le cadre de la gestion normale d'une entreprise qui, pour développer ses exportations sur un marché, s'appuie sur les services d'une filiale à laquelle elle accorde, à titre temporaire et remboursable, une aide financière lui permettant de commencer à fonctionner* ».

⁶²⁰ CE, 26 novembre 1982, SA X : la société avait consenti des avances et s'était abstenu de comptabiliser et de percevoir des intérêts. Le Conseil d'Etat relève « *que les avantages consentis au profit d'une entreprise située hors de France, et notamment l'octroi de prêts sans intérêt par une société sise en France, constituent l'un des moyens de transfert de bénéfices à l'étranger visés par* » l'article 57 du CGI. Il relève « *que la société requérante ne peut faire état d'aucune circonstance particulière tenant à sa propre exploitation et de nature à établir que l'abandon des intérêts normalement dus n'était pas sans contrepartie pour celle-ci* ». Sur le moyen tiré de ce que la filiale britannique connaissait des difficultés financières, il relève que « *si la société fait état des difficultés financières de la filiale britannique, ces difficultés auraient pu justifier qu'elle renonçât au paiement immédiat de sa créance d'intérêts, dont le*

principes⁶²¹. A noter que les éléments du contribuable peuvent ne pas suffire à combattre la présomption tout en concourant à une modération du rappel, par la production de justifications sur son *quantum*⁶²².

montant serait resté en compte courant dans les écritures de la société britannique, et non qu'elle s'abstint de stipuler des intérêts et de tenir pour acquise la créance correspondante ».

⁶²¹ TA Paris n°s 0309446, 0422396 du 31 décembre 2008, Sté Stallergenes, rapp. Simon Janin, concl. Weidenfeld : selon le tribunal, « l'administration établit que la société Stallergenes avait... consenti au bénéfice de la société Allmed, sa filiale allemande une aide financière, pour laquelle elle n'a obtenu le versement d'aucun intérêt ». Cette aide, enregistrée au compte 267 - créances rattachées aux participations, revêtait le caractère d'une avance remboursable. Or, la société Stallergenes avait renoncé à percevoir une rémunération pour une avance consentie à une filiale n'ayant pas son siège en France. Elle était donc « présumée avoir réalisé, au sens des dispositions précitées de l'article 57, un transfert indirect de bénéfices à l'étranger sauf à prouver que l'opération comportait pour elle une contrepartie suffisante et procédait d'une gestion commerciale normale ». Cette preuve n'étant pas rapportée, le tribunal écarte le moyen. Il relève notamment « qu'en se bornant à se prévaloir de ce qu'elle aurait perçu d'importants dividendes en provenance de sa filiale allemande au cours des exercices litigieux, sans établir qu'ils procéderaient de l'apport en « Kapitalrücklage » susmentionné, la société Stallergenes ne démontre pas l'existence d'une contrepartie à l'absence de versement d'aucun intérêt venant rémunérer l'avance de fonds litigieuse ». Le tribunal aurait pu soit se limiter à mentionner l'absence de contrepartie à l'avantage octroyé, soit détailler la démonstration. En effet, sur ce second point, s'il est vrai qu'une avance affecte le patrimoine d'une société, elle n'en affecte pas pour autant le bénéfice dès lors qu'elle se traduit en comptabilité par un enregistrement portant exclusivement sur des comptes de bilan : aux comptes de classe 5 et classe 4 en cas d'avance à court terme ; aux comptes de classe 5 et classe 2 si prêt à long terme. Dès lors, une société qui consent une avance n'attend pas, en général, un retour financier par l'accroissement de son droit à dividende sur les résultats de la société qui en bénéficie. Pour notre propos, retenons que le jugement confirme le redressement dès lors que la société n'apportait pas la preuve d'un lien direct entre le montant de l'avance et les dividendes reçus.

⁶²² TA Melun n° 02-1091/1 du 23 juin 2005, SA Cetibat : était en cause une avance à des sociétés civiles immobilières établies en Polynésie française. La S.A. CETIBAT avait décidé l'acquisition de 199 parts sur 200 dans six sociétés civiles immobilières établies en Polynésie française, puis leur avait accordé en 1995 des avances de fonds sans intérêt, qui lui avaient été remboursées l'année suivante. L'administration avait considéré que la société requérante n'avait eu aucun intérêt à consentir de tels avantages et qu'il y avait là un transfert de bénéfices. La requérante cherchait à renverser la présomption en faisant valoir que l'octroi d'avances sans intérêts consenti aux sociétés civiles immobilières Baldwin avait constitué un acte normal de gestion dès lors qu'il y avait eu une contrepartie dans les relations commerciales par l'obtention d'un chiffre d'affaires et une marge importants. Subsidiairement, elle soutenait que, dans la mesure où les avances consenties l'avaient été à court terme, l'administration des impôts aurait dû appliquer le taux que tout prêteur aurait pu obtenir d'un établissement financier pour un placement équivalent pour calculer les intérêts à réintégrer dans ses résultats. Le tribunal lui donne gain de cause sur ce second point. Le tribunal administratif écarte les arguments avancés par la société pour contester l'existence d'une présomption de transfert : « les prétendus avantages dont elle se prévaut et qui découleraient des opérations réalisées avec ses filiales en Polynésie ne répondent pas à des relations commerciales et financières réelles pour l'année 1995 alors que le chiffre d'affaires était en légère baisse par rapport à 1994 et que les avances consenties cette année pour un montant de 5 374 492 francs (819 336,03 euros) n'ont généré aucune contrepartie commerciale ou financière en termes de chiffre d'affaires et de produit ; que, plus généralement, la S.A. CETIBAT ne fait état d'aucune circonstance particulière tenant à sa propre exploitation de nature à établir que l'abandon des intérêts dus n'était pas sans contrepartie pour elle ; qu'en effet, les avantages consentis ne s'inscrivent nullement dans une perspective de développement de son activité dès lors qu'il s'agissait pour la société requérante de faire face à une conjoncture économique défavorable en métropole ; qu'au surplus, les relations avec les sociétés civiles immobilières ne se sont pas poursuivies après 1996 ; qu'enfin, le démarrage des opérations ne justifiait pas qu'elle renonce aux intérêts définitivement mais seulement à leur paiement immédiat ». Sur le quantum du rappel, la société demandait l'application d'un taux inférieur à celui de 7,72 % retenu par l'administration des impôts en référence à la rémunération des SICAV monétaires de type Amplia à 6,05 % pour l'année 1995. Le tribunal juge que, « contrairement aux allégations de l'administration des impôts, le placement à court terme dont se prévaut la société requérante correspond à la nature des avances consenties ; que, par suite, il y a lieu de faire droit à la demande de la S.A. Cetibat et de réduire le montant des intérêts normalement dus à concurrence d'un taux d'intérêt ramené à 6,05% ».

2. L'extension de l'avantage par nature au cas du crédit à court terme

Par ailleurs, la présomption de transfert au titre de l'octroi d'avances sans intérêt a été récemment confirmée par la jurisprudence Sodirep⁶²³, dans le cas d'un établissement stable accordant de telles avances à son siège. Dans sa décision, la Haute Assemblée balaye un argument sur lequel elle aurait pu s'arrêter : la requérante soutenait en effet que le siège s'abstenait, en contrepartie des avances que lui consentait la succursale, de lui facturer des intérêts au titre du crédit fournisseur qu'il lui consentait. D'un strict point de vue financier, il n'était pas douteux que le délai entre une livraison et son paiement pouvait occasionner un coût de trésorerie pour le siège, et se révéler susceptible de compenser la perte d'intérêts sur des avances financières. Mais le Conseil d'Etat fait droit à l'argument du ministre tiré de ce que, en France, le crédit fournisseur est une pratique courante du commerce et ne donne pas lieu au paiement d'intérêt⁶²⁴. La question aurait pu être délicate : le crédit fournisseur occasionne un coût pour l'entreprise qui le consent et, dans un Etat où la pratique entre commerçants consiste à acquitter les livraisons au comptant, il n'y aurait pas eu de raison de ne pas en tenir compte. Or, la Haute Assemblée écrit que le crédit fournisseur est « *sans incidence* » sur l'intérêt associé aux avances de trésorerie, ce qui donne à penser qu'elle n'en aurait pas tenu compte y compris dans le cas où la société, étant située dans un Etat où prévaut le paiement au comptant, supportait effectivement, par comparaison aux fournisseurs exerçant en France dans des conditions normales, un coût correspondant aux avances qu'elle recevait.

B. La renonciation à recette

La renonciation à recette présente une situation intéressante en ce qu'elle permet de raisonner sur la catégorie plus large des produits, et aussi sur la question de la marge. Ce raisonnement fait apparaître que la catégorie des avantages par nature à raison d'une renonciation à produits est plus restreinte qu'il n'y paraît au premier abord.

⁶²³ CE n° 370974 du 9 novembre 2015, 9e et 10e s.-s., Société Sodirep Textiles SA NV, rapp. J. - L. Matt, concl. M. -A. Nicolazo de Barmon. La décision est mentionnée aux tables du recueil Lebon dans la rubrique Bénéfices industriels et commerciaux- Détermination du bénéfice net- Relations entre sociétés d'un même groupe -Règles relatives au transfert indirect de bénéfices à l'étranger (art. 57 du CGI) - 1) Champ d'application - Succursale française sans personnalité morale d'une société mère étrangère - Inclusion - 2) Cas de l'octroi de prêts sans intérêts.

⁶²⁴ *Ibid.* Il relève ainsi que « *de telles dettes, dans les relations normales entre société indépendantes, ne sont pas productrices d'intérêts, de telle sorte que cette circonstance est sans incidence sur le défaut de stipulations d'intérêt sur les avances consenties au siège* ».

1. L'avantage par nature constitué par le défaut de perception d'une recette

En premier lieu, il faut mettre à part l'avantage par nature correspondant à un défaut de justification⁶²⁵. Un tel avantage peut être combattu, malgré les défaillances déclaratives initiales de la société, si cette dernière fait état de motifs suffisants pour expliquer des ventes à prix minoré⁶²⁶. De même, l'avantage que constitue le fait de s'abstenir de facturer des frais de siège⁶²⁷ à une filiale⁶²⁸ peut être remis en cause au contentieux si la société avance des justifications suffisantes ; ce n'est que si elle se borne à une argumentation théorique que la rectification se confirme⁶²⁹.

En second lieu, l'avantage par nature à raison de recettes non perçues nécessite la preuve préalable du rattachement de ces recettes à un élément d'exploitation. Dans l'affaire eBay⁶³⁰, par exemple, l'administration avait démontré sans contredit véritable que le nom de domaine eBay constituait un actif incorporel générateur de profits⁶³¹. De même, dans l'affaire

⁶²⁵ CE n° 77015 du 15 janvier 1975, 7e et 8e s.-s., SA Orove, inédit.

⁶²⁶ *Ibid.* Pour les exercices 1977, 1978 et 1979, la société Orove, spécialisée dans le commerce de cosmétiques, avait déposé avec retard ses déclarations de résultats et s'était abstenue de les souscrire pour l'exercice 1980.

L'administration s'était donc livrée à une reconstitution de résultat calculée à partir de la différence entre les prix de vente pratiqués, tels qu'ils ressortaient des factures de la société, et des prix de commercialisation reconstitués, déterminés à partir des données de l'entreprise augmentés de 10 % à titre de marge bénéficiaire. Au regard de cette analyse, l'administration soutenait que la société s'était livrée à des ventes à prix minorées en faveur de sociétés étrangères placées sous sa dépendance. Le Conseil d'Etat reconnaît que l'administration était ce faisant parvenue à instaurer la présomption de transfert prévue à l'article 57. En l'espèce, la société se bornait « à mentionner, de façon générale, des frais de distribution différents selon que les produits sont vendus en France ou à l'étranger et à invoquer la situation de mise en règlement judiciaire depuis l'année 1980 qui l'empêcherait d'apporter toute analyse chiffrée des prix pratiqués ». La Haute Assemblée en déduit que « de telles assertions ne sont pas de nature à apporter la preuve de l'exagération des redressements effectués ; qu'une expertise, dans ces conditions, ne peut être ordonnée », ce qui conduit au rejet des conclusions sur ces deux points.

⁶²⁷ « *management fees* ».

⁶²⁸ CAA Lyon n° 09LY01742 du 28 février 2012, Société Trelleborg Industrie (sol. Implicite) : en l'espèce, était en cause l'effet d'une insuffisante facturation sur le montant de la valeur ajoutée déterminée pour l'application du plafonnement prévu en matière de taxe professionnelle par l'article 1647 B sexies du code général des impôts. Le caractère d'avantage est implicite et ressort de ce que la société voit ses prétentions rejetées faute d'apporter les justifications qui lui incombent.

⁶²⁹ *Ibid.* A la suite d'une réorganisation du groupe intégré Trelleborg, la SAS Trelleborg Industrie avait assumé pour l'ensemble des autres sociétés du groupe implantées aux Etats-Unis et dans divers pays d'Europe, des fonctions transversales de direction, de marketing, d'informatique, de logistique et de gestion financière et commerciale. Le service avait constaté qu'aucune de ces charges n'avait été refacturées aux sociétés bénéficiaires de ces prestations. L'administration avait donc remis en cause leur caractère de charges déductibles, au motif qu'elles n'avaient pas été engagées dans l'intérêt de l'exploitation. L'administration fiscale avait par ailleurs pris en compte le montant ainsi corrigé de ces charges pour déterminer la valeur ajoutée retenue pour le plafonnement de la taxe professionnelle. Dans ce contexte, « la société requérante, qui se borne, d'une part à faire valoir la circonstance, sans influence sur le présent litige, que les rehaussements de son résultat imposable font l'objet d'une instance en cours devant un autre Tribunal, d'autre part, sans autre précision, qu'elle n'a pas commis de libéralités, ne présente aucune argumentation sérieuse à l'encontre desdites réintégrations ».

⁶³⁰ CE n° 369814 du 7 décembre 2016, 9e et 10e chambres réunies, Société eBay France, rapp. J.-L. Matt, concl. E. Bokdam-Tognetti.

⁶³¹ *Ibid.* L'affaire portait sur la valorisation d'un actif incorporel (le nom « ebay.fr ») au bilan de la société ainsi que sur la renonciation aux redevances correspondant à un tel actif au profit de la société mère suisse eBay International AG. Le Conseil d'Etat rejette le pourvoi de la société et donne raison sur l'ensemble des points au service vérificateur, en

Eyquem, c'est l'application même du contrat fourni pour justifier des charges passées en déduction qui révélait l'existence d'une marge acquise, dont la privation par la société constituait un avantage⁶³². Le fait qu'un tel abandon puisse, sans précision, se justifier par des perspectives commerciales ne pouvait suffire à renverser la présomption⁶³³.

2. La nécessité d'identification d'un avantage en principe et en montant

A l'inverse de ces cas, le Conseil d'Etat juge dans l'affaire Caterpillar qu'une fraction de redevance dont le montant n'est pas critiqué ne peut être regardée comme un avantage au motif qu'elle s'appliquerait en partie à la marge dégagée par des sociétés du groupe⁶³⁴ autres que le titulaire de l'actif incorporel et reflèterait leur apport, lorsque les éléments du dossier ne permettent pas de distinguer les éléments de prix d'un produit soumis à redevance et par suite les éléments d'assiette de cette redevance⁶³⁵. En l'espèce, l'administration estimait qu'en

relevant que l'actif incorporel devait bien figurer au bilan de la société et que, son acquisition résultant d'une mutation à titre gratuit, il devait être retenu pour sa valeur vénale. Il casse sur ce dernier point l'arrêt de la cour et règle au fond en rejetant la demande de la société. A noter qu'il valide au passage le taux de redevance établi par le service, faute de critique du contribuable sur ce point.

⁶³² CE n°s 34430, 36880 du 14 mars 1984, SA Eyquem, 7e et 8e s.-s., rapp. Turquet de Beaugregard, concl. M.-A. Latournerie, publiée au recueil : en l'espèce toutefois, la société justifie l'octroi de cet avantage.

⁶³³ *Ibid.* La contribuable commercialisait des bougies fabriquées par la société Labo-industrie. Elle avait démarché la Régie Renault afin d'assurer le placement de ses produits sur une gamme de véhicules de la marque. Cette démarche lui avait occasionné des coûts de prospection, et procuré en contrepartie des débouchés commerciaux. Afin de profiter de cette extension de marché dans ses implantations étrangères, elle avait chargé ses filiales en Belgique, en Italie, en Suisse et en Allemagne de faire de même. Elle leur avait abandonné, en échange de leur prise en charge des coûts de prospection, sa marge bénéficiaire sur les ventes. Le service avait remis en question cette pratique comme constituant un transfert de bénéfices. Le Conseil d'Etat, dans sa décision, admet que l'abandon d'une marge bénéficiaire normalement acquise constitue une présomption de transfert de bénéfices. Mais, dans les circonstances de l'espèce, la Haute Assemblée juge que cet abandon est compensé par des avantages pour l'exploitation qui interdisent de le regarder comme un acte anormal de gestion et, donc, un transfert de bénéfices : « si elle a effectué elle-même la prospection des concessionnaires Renault en France pour placer des bougies de rechange Eyquem-Renault, la société a, pour les quatre pays ci-dessus rappelés, demandé aux différentes filiales susmentionnées de la société Labo-industrie d'assurer pour elle cette prospection auprès des concessionnaires Renault, installés dans leur pays d'implantation, l'abandon de recettes consenti étant la contrepartie des services rendus par ladite prospection ; que, pour démontrer le caractère bénéfique de cette pratique, effectuée pendant une courte période de lancement, la société fait valoir, sans être contredite par l'administration, que celle-ci leur a permis, à des frais moindres que ceux qu'elle aurait dû exposer dans une prospection menée par elle-même, de faire acheter, en 1973, par les concessionnaires Renault des pays dont s'agit un total de 320 290 bougies Eyquem, alors qu'aucune bougie de cette marque ne leur avait été vendue les années précédentes, et qu'à partir de 1975, ses opérations dans lesdits pays sont devenues bénéficiaires ; qu'ainsi, la société Eyquem doit être regardée, dans les circonstances de l'affaire, comme apportant la preuve que la libéralité apparente consentie par elle n'a été que le paiement d'un service commercial utile à ses intérêts, et a donc constitué un acte de gestion normal ; que dès lors, l'abandon de recettes ne constituant pas en l'espèce un transfert indirect de bénéfices au sens des dispositions précitées de l'article 57 du code, les sommes litigieuses ne pouvaient être réintégrées dans les résultats imposables à l'impôt sur les sociétés de la société Eyquem, ni par suite être assujetties à la retenue à la source dont sont affectés les revenus distribués à l'étranger ».

⁶³⁴ CE n° 65009 du 25 octobre 1989, 9e et 8e s.-s., Ministre du Budget c/ Société Caterpillar France, rapp. Fabre, concl. M. Liébert-Champagne, mentionné aux tables du recueil Lebon dans la rubrique « bénéfices industriels et commerciaux - détermination du bénéfice net - acte anormal de gestion » en même temps que dans la rubrique « bénéfices industriels et commerciaux - détermination du bénéfice net - relations entre sociétés d'un même groupe ».

⁶³⁵ *Ibid.* La société Caterpillar France, détenue par une filiale suisse de la société américaine Caterpillar Tractor Company, avait conclu avec cette dernière un contrat de licence d'emploi de brevets d'invention qui l'autorisait à

l'absence de ventilation interne de la redevance selon qu'elle couvrait l'apport propre du titulaire de l'incorporel et l'apport d'autres entités du groupe devait conduire au rejet global de la charge correspondante. Le Conseil d'Etat lui donne tort sur ce point⁶³⁶. A noter que le ministre s'efforçait d'obtenir, subsidiairement, la confirmation des redressements en soutenant que la redevance avait pour contrepartie la constitution d'un actif incorporel propre à la filiale française⁶³⁷. La Haute Assemblée écarte également ce moyen en indiquant que le contrat de redevance ne permettait de tirer aucune conséquence sur la faculté, pour la filiale, d'acquérir un quelconque droit de propriété sur l'actif concerné⁶³⁸.

Dans cette perspective, le jugement du Tribunal administratif de Montreuil qui regarde comme un avantage le fait de ne pas facturer de *management fees* ainsi que la marge omise sur de tels frais⁶³⁹, dans une affaire où étaient seuls en cause les revenus distribués

fabriquer et à commercialiser sous les marques appartenant à la société-mère, tout matériel faisant l'objet de brevets détenus par elle, en bénéficiant de son assistance technique. En contrepartie, le contrat prévoyait le versement d'une redevance fixée à 5 % du chiffre d'affaires réalisé par la société Caterpillar France, diminué du prix de revient des pièces achetées auprès d'autres sociétés du groupe. L'administration a estimé que l'assiette de la redevance incluait ainsi une marge réalisée sur la revente de pièces fabriquées par d'autres sociétés du groupe, et ne devant rien à l'apport technologique de la société-mère à la société française. Elle a donc rejeté la déduction de la redevance dans les cas de produits simplement assemblés, estimant que l'assistance technique et l'utilisation des inventions objets du contrat de redevance ne s'appliquaient pas en cas de simple assemblage. Le tribunal avait déchargé la société. Le Conseil d'Etat rejette le recours du ministre en relevant que « selon l'administration, le taux de la redevance versée par la société Caterpillar France ne serait admissible que lorsqu'il s'applique au prix de vente de matériels entièrement fabriqués par la société, mais non lorsqu'il frappe la marge brute réalisée sur des matériels que la société a seulement montés, les opérations d'assemblage faisant moins appel aux technologies et aux savoir-faire acquis par la société américaine que les opérations d'usinage proprement dites ; que, toutefois, les précisions fournies et les documents produits à cet égard par la société ne permettent pas de retenir une telle distinction entre les opérations qui concourent successivement à l'élaboration des produits finis ; que le taux uniforme de la redevance ne peut, dans les circonstances de l'espèce, être regardé comme excessif ».

⁶³⁶ *Ibid.* Le point jugé est exposé comme suit : « Selon l'administration, le taux de la redevance versée par la société Caterpillar France ne serait admissible que lorsqu'il s'applique au prix de vente de matériels entièrement fabriqués par la société, mais non lorsqu'il frappe la marge brute réalisée sur des matériels que la société a seulement montés, les opérations d'assemblage faisant moins appel aux technologies et aux savoir-faire acquis par la société américaine que les opérations d'usinage proprement dites. Toutefois, les précisions fournies et les documents produits à cet égard par la société ne permettent pas de retenir une telle distinction entre les opérations qui concourent successivement à l'élaboration des produits finis. Le taux uniforme de la redevance ne peut, dans les circonstances de l'espèce, être regardé comme excessif ».

⁶³⁷ *Ibid.* : « en soutenant que le rehaussement des bénéfices imposables de la société Caterpillar France trouverait un autre fondement légal, en ce que les redevances versées par cette société auraient eu pour contrepartie l'acquisition d'un élément incorporel d'actif immobilisé, et ne pouvaient, par suite, en application des dispositions de l'article 38 du code général des impôts, constituer une charge déductible pour la détermination de ses bénéfices ».

⁶³⁸ *Ibid.* Jugé sur ce point que le contrat avait pour objet, sans limitation ni garantie de durée, de permettre l'exploitation par la filiale française, avec l'assistance technique de sa grand-mère américaine, des inventions et des procédés concourant à la fabrication des matériels successivement commercialisés par le groupe. A ce titre, « la société française ne peut en disposer au profit de tiers ; qu'ainsi, la redevance prévue au contrat a pour contrepartie, non l'acquisition par la société française d'un élément incorporel et cessible d'actif immobilisé, mais le bénéfice d'un apport technologique et commercial courant ; que les sommes versées au titre de la redevance ont, par suite, le caractère d'une charge déductible de l'exercice au titre duquel elles sont dues ».

⁶³⁹ TA Montreuil n° 1208382 du 31 mars 2014 SA ALD International.

consécutifs au transfert, n'apparaît pas généralisable⁶⁴⁰. D'ailleurs, le Conseil d'Etat a récemment jugé que ne constitue pas une minoration de recettes susceptible de constituer un avantage la renonciation à prélever sur ses clients des frais administratifs en plus de la valeur de refacturation d'une charge⁶⁴¹, s'agissant d'une pratique qui « *constitue un acte de gestion courant pour une entreprise* »⁶⁴².

⁶⁴⁰ *Ibid.* Dans cette affaire jugée sur le terrain de la retenue à la source à raison de revenus réputés distribués, le tribunal relève qu'il n'était pas contesté que « *la SA ALD International n'avait refacturé à des sociétés étrangères membres détenues par une société de droit allemand qu'elle contrôlait intégralement, ni des dépenses diverses et de management fees ni la marge fixée à 2,5 % afférente à des dépenses de management fees* ».

La particularité du dossier tenait au fait que la société avait réintégré les sommes non refacturées dans son bénéfice imposable, ce qui effaçait les effets, sinon la nature, de sa libéralité. Le service n'avait donc pas pratiqué de rectification en matière d'IS. Il avait toutefois noté que les sommes en cause n'avaient pas été assorties, au tableau 2058 A, d'indication sur leur objet et l'identité des bénéficiaires, ce qui interdisait de les regarder comme des libéralités régulièrement réintégréées, et justifiait l'établissement d'une retenue à la source à titre de revenus distribués, sur le fondement du c de l'article 111. Le tribunal juge que « *l'administration apporte la preuve, en raison de l'absence de facturation de la prestation ou de la marge et de la communauté d'intérêts entre les sociétés bénéficiaires et la société SA ALD International, qui appartiennent au même groupe, que, d'une part, celle-ci leur a accordé un avantage contraire à son intérêt dès lors que la société requérante ne justifie ni même n'allègue l'existence d'une contrepartie et, que d'autre part, il existait pour la société ALD International d'octroyer et pour les sociétés tierces de recevoir cette libéralité sans que la société requérante puisse utilement se prévaloir de ce que les dépenses en litige ont été réintégréées et mentionnées dans le tableau 2058 A destiné à enregistrer les rectifications extra-comptables devant affecter le résultat comptable ; que, par suite, c'est à bon droit que l'administration a regardé ces sommes comme des avantages occultes et les a soumises à des retenues à la source en application de l'article 119 bis du code général des impôts* ».

⁶⁴¹ CE n° 369373 du 20 mai 2015, Société Universal Aviation France, 9e et 10e s.-s., rapp. J. Anfruns, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon disponibles sur la base Ariane du Conseil d'Etat.

⁶⁴² *Ibid.* La société Universal Aviation France (UAF), dont le siège social est situé au Bourget, exerçait une activité de fournitures de biens et de services pour l'assistance au sol d'aéronefs privés. Elle était détenue à 96,4 % par la société de droit américain Universal Weather and Aviation Inc. (UWA). L'administration fiscale avait réintégré au bénéfice imposable de la société française des intérêts non réclamés au titre d'avances consenties à la société mère UWA, des renonciations à produits résultant d'une insuffisante facturation de frais administratifs à certains clients et une fraction des commissions de gestion (« *managements fees* ») déduites par la société. Le tribunal puis la cour avaient rejeté les recours de la contribuable. Le Conseil d'Etat lui donne gain de cause. Il relève « *que la facturation de frais administratifs, avec, le cas échéant, certaines réductions décidées dans l'intérêt de l'entreprise, constitue un acte de gestion courant pour une entreprise, et qu'une telle pratique ne saurait être regardée comme un des cas de renonciation à recettes relevant, en principe, d'une gestion commerciale anormale* ». Il appartenait par suite « *à l'administration d'apporter la preuve de ce qu'elle relève d'une gestion commerciale anormale* ». Au cas particulier, la SARL UAF avait facturé à ses clients des frais administratifs à des taux variant entre 0 % et 15 % du montant des services effectués. L'administration avait regardé ces facturations comme un acte anormal de gestion, en ce que la SARL UAF avait ainsi renoncé à percevoir une fraction des recettes qui lui étaient dues, sans justifier d'un intérêt commercial à ne pas facturer des frais à hauteur de 15 % à l'ensemble de ses clients. Le Conseil d'Etat censure l'arrêt de la cour qui avait donné gain de cause à l'administration. S'agissant des commissions de gestion, la société faisait seulement valoir que l'administration s'était fondée sur l'article 9 de la convention fiscale franco-américaine du 31 août 1994, et soutenait qu'il n'y avait là aucune base légale pour le redressement en litige. Mais le Conseil d'Etat relève que l'administration fiscale s'est fondée sur les articles 39-1 et 57 du code général des impôts pour réintégrer les charges de management fees, charges qu'elle a jugées non déductibles, puis sur les articles 109 et 119 bis pour assujettir les revenus réputés distribués correspondants, en accord avec le paragraphe 7 de l'article 10 de la convention, relatif à l'imposition des dividendes. La cour pouvait donc écarter comme inopérant le moyen tiré de ce que le rappel était fondé sur l'article 9 de la convention.

§ 2. LA LISTE FERMÉE DES AVANTAGES PAR NATURE

A. Le transfert anormal de bénéfiques par les charges

La décision Labo Industries⁶⁴³ introduit dans le considérant de l'article 57 une référence au critère de normalité qui a pour effet d'imbriquer les deux bases légales du transfert de bénéfiques et de l'acte anormal de gestion.

1. Passage du critère de territorialité au critère de normalité

Selon le fichage au recueil Lebon, l'arrêt Labo Industries abandonne la jurisprudence Synarome⁶⁴⁴, qui s'inscrit dans la veine de jurisprudence appliquant « *frontalement* », selon la formule de Marie-Hélène Mitjavile dans ses conclusions sur l'affaire Télécoise, le principe de territorialité, contrairement à une autre veine de décisions issue d'une jurisprudence de plénière SA X du 27 novembre 1981⁶⁴⁵. Dans l'affaire Synarome, la Haute Assemblée donnait gain de cause à l'administration dans un contexte d'abandon de créance financier, mais sa motivation reposait sur le seul principe de territorialité⁶⁴⁶.

La décision Labo Industries reprend à l'inverse le dispositif issu de la jurisprudence SA X, qui recourt au critère de normalité de l'acte à côté du critère du transfert de bénéfiques⁶⁴⁷. En l'espèce, la société avait porté en charges la rémunération d'un de ses cadres, qu'elle avait détaché auprès de sa filiale suisse Labo Suisse afin de la diriger dans ses activités commerciales. Elle avait ainsi « *pris en compte, pour le calcul du bénéfice imposable en France, une somme qui, normalement, constitue une charge de la société suisse* ». Le critère de territorialité est purement évincé derrière le critère de normalité, érigé en ligne de séparation matérielle entre les charges susceptibles d'être déduites et les charges relevant d'autres entités. Corrélativement, la prise en charge d'une dépense relevant « *normalement* »

⁶⁴³ CE Plénière n° 52754 du 30 mars 1987, SA Labo Industries, rapp. Tiberghien, concl. B. Martin-Laprade, publiée au recueil Lebon.

⁶⁴⁴ Mention « *ab. jur.* » au recueil Lebon.

⁶⁴⁵ CE n° 16814 du 27 novembre 1981 SA X, publié au recueil Lebon, Plénière fiscale, 7/8/9 SSR, rapp. André, concl. Verny. RJF 1/82 n° 7 concl. J-F. Verny.

⁶⁴⁶ Il est en effet relevé que la société Synarome n'avait pas bénéficié de l'agrément prévu à l'article 209 quinquies du CGI en matière de bénéfice mondial consolidé, et ne pouvait donc imputer les déficits de sa filiale sur ses propres résultats.

⁶⁴⁷ CE Plénière n° 52754 du 30 mars 1987, SA Labo Industries, rapp. Tiberghien, concl. B. Martin-Laprade, publiée au recueil Lebon. En l'espèce, la société Y « *doit être regardée comme ayant agi dans le cadre d'une gestion normale et comme n'ayant pas procédé, par la voie de cet abandon de créance, à un transfert de bénéfiques à l'étranger au sens de l'article 57* ».

de l'entité suisse revêt *a priori* un caractère anormal pour l'entité française. Lorsque les deux entités sont en lien de dépendance et opèrent sur deux territoires différents, la présomption d'anormalité équivaut à une présomption de transfert de bénéfices au sens de l'article 57⁶⁴⁸.

On glisse donc, de la décision SA X à Labo Industries, d'une double mention de l'anormalité et du transfert de bénéfices à une relation d'implication entre le constat de la première et la présomption du second⁶⁴⁹.

A partir de ce point, la matière du transfert de bénéfices est juridiquement imbriquée à celle de l'acte anormal de gestion⁶⁵⁰, comme en témoigne le double rattachement de la décision Labo Industries dans le fichage au recueil des décisions du Conseil d'Etat⁶⁵¹. La décision Carrefour confirme la tendance⁶⁵² dans le cas d'une caution non rémunérée⁶⁵³.

2. L'appréciation de normalité en matière de charges

La décision Labo Industries fournit l'exemple célèbre de charges supportées pour compte d'autrui sous la forme de la rémunération d'un cadre détaché. Cette dernière constitue en général un avantage anormalement accordé à l'entité de détachement⁶⁵⁴. Corrélativement,

⁶⁴⁸ *Ibid.* « la société Labo Industries est présumée avoir réalisé, au sens des dispositions précitées de l'article 57, un transfert de bénéfices à une entreprise située hors de France ».

⁶⁴⁹ *Ibid.* Le Conseil d'Etat consacre l'imbrication au stade de la destruction de la présomption en précisant qu'il incombe alors à la société « de prouver que ce transfert comportait pour elle une contrepartie suffisante et avait ainsi le caractère d'un acte de gestion commerciale normale ». Au cas particulier, la preuve requise de la société était rapportée, car la présence d'une filiale suisse achetant à plus bas coûts les préparations était plus profitable qu'une politique d'exportation à perte.

⁶⁵⁰ *Ibid.* Désormais, il résulte des dispositions de l'article 57 « que, lorsque l'administration établit l'existence de faits ou d'écritures comptables qui révèlent un transfert de bénéfices d'une entreprise imposable en France à une entreprise située hors de France, ces dispositions instituent une présomption à l'encontre du contribuable qui, par suite, supporte la charge de prouver, quel que soit le déroulement de la procédure d'imposition, que ces faits ou ces écritures sont justifiés par une gestion normale des intérêts propres à l'entreprise imposable en France ».

⁶⁵¹ *Ibid.* La décision Labo Industries est fichée au recueil Lebon dans la rubrique « Territorialité de l'impôt - Transferts de bénéfices - Aide d'une société mère à sa filiale étrangère » ainsi que dans la rubrique « Bénéfices industriels et commerciaux - Détermination du bénéfice net - Acte anormal de gestion - Avantages consentis à des filiales - Absence de gestion anormale »

⁶⁵² CE n° 81690, 82782 du 17 février 1992, Sté Carrefour, 9e et 7e s.-s., rapp. Fabre concl. Ph. Martin, publié au recueil Lebon. Le Conseil d'Etat confirme l'applicabilité des dispositions de l'article 57 en présence de conventions internationales et en particulier des stipulations rédigées selon le modèle de l'article 9 de la convention de l'OCDE, selon lesquelles, dans le cas d'entreprises ayant entre elles des liens de dépendance, les bénéfices qui ont été transférés directement ou indirectement par une entreprise de l'un des Etats contractants à une entreprise de l'autre Etat contractant peuvent être inclus dans les bénéfices de la première entreprise et imposés en conséquence.

⁶⁵³ *Ibid.* En l'espèce, il est jugé pour l'application de l'article 57 « que le fait, pour une entreprise, de fournir gratuitement sa caution au profit d'un tiers constitue, en règle générale, un acte étranger à une gestion commerciale normale, et qu'hormis le cas où la situation des deux sociétés serait telle, que la première puisse être regardée comme ayant agi dans son propre intérêt en venant en aide à la seconde, il en est, notamment, ainsi lorsque la caution est consentie par une société-mère au bénéfice d'une de ses filiales ».

⁶⁵⁴ CE Section n° 52754 du 30 mars 1987, SA Labo Industries, rapp. Tiberghien, concl. B. Martin-Laprade, publiée au recueil Lebon. Le Conseil d'Etat dégage dans cette décision le célèbre considérant d'application des dispositions de l'article 57 : « lorsque l'administration établit l'existence de faits ou d'écritures comptables qui révèlent un transfert de bénéfices d'une entreprise imposable en France à une entreprise située hors de France, ces dispositions instituent une

la décision Laboratoires Sicca juge que des frais de voyage du dirigeant vers le territoire d'implantation d'une filiale constituent un avantage au profit de cette dernière s'ils dépassent la durée⁶⁵⁵ justifiant la bonne marche de la filiale⁶⁵⁶.

De manière générale, constitue un avantage le fait de supporter des charges dépourvues d'intérêt propre et dans l'intérêt d'un tiers ou d'une société liée⁶⁵⁷. Tel est le cas pour des frais de production de normes supportés par la filiale française, alors que les termes du contrat avec l'AFNOR étaient à exécuter par la société britannique TI UK⁶⁵⁸. En l'espèce, la société TI France avait versé à l'AFNOR « *une redevance de 20 % correspondant aux recettes tirées de la vente ou de la location des normes AFNOR* ». Or, cette redevance résultait d'un contrat signé « *entre l'AFNOR et TI UK, et non pas TI France* »⁶⁵⁹. Le Conseil d'Etat

présomption à l'encontre du contribuable qui, par suite, supporte la charge de prouver, quel que soit le déroulement de la procédure d'imposition, que ces faits ou ces écritures sont justifiés par une gestion normale des intérêts propres à l'entreprise imposable en France ».

⁶⁵⁵ CE n° 56218 du 19 octobre 1988, SARL Laboratoires Sicca, 7e et 8e s.-s., rapp. Turquet de Beauregard, concl. Fouquet, publiée au recueil Lebon.

⁶⁵⁶ *Ibid.* La société contestait l'IS et la retenue à la source pratiquée à raison de revenus réputés distribués vers une filiale israélienne. Les sommes en cause correspondaient à des frais de voyage du gérant français en Israël. Le service avait redressé la société au titre de voyages de longue durée, estimant que ces derniers correspondaient à la mise en œuvre d'une assistance technique non rémunérée à la filiale, et des voyages de courte durée, que l'administration jugeait également motivés par le seul intérêt de cette filiale. Le Conseil d'Etat distingue toutefois les deux types de voyages. Sur les voyages de longue durée, rappelant le considérant de principe de la décision Boutique 2M, la Haute Assemblée relève que c'est l'administration fiscale, « *se fondant sur ce que les voyages effectués... auprès de la filiale de celle-ci en Israël, d'une durée totale annuelle d'un mois à un mois et demi, avaient pour objet de dispenser à ladite filiale une assistance technique, a estimé que la société Laboratoires Sicca, en ne facturant pas cette assistance à sa filiale, avait indirectement transféré à celle-ci des bénéfices à due concurrence du montant des frais correspondants et du montant des rémunérations* » perçus par le gérant pendant ces voyages. Ainsi, « *l'existence du pouvoir de contrôle étant constant et l'administration ayant établi l'existence d'une assistance technique non facturée, il appartient à la société requérante de rapporter la preuve des faits dont elle se prévaut pour démontrer qu'il n'y a pas eu, malgré les apparences, un transfert de bénéfices ; que, si elle fait valoir à cet effet que cette assistance était fournie dans son propre intérêt, pour aider cette filiale qui se trouvait en difficulté financière, elle n'établit pas l'existence de ces difficultés en se bornant à invoquer la situation économique qui, selon elle, prévalait alors en Israël et en prétendant que sa filiale était en période de démarrage, alors que c'est en 1968, soit 7 ans avant l'époque des faits, que cette filiale a été créée, à son initiative* ». Le Conseil d'Etat confirme donc les rappels. Sur les voyages de courte durée, le juge relève que l'administration avait eu recours au même fondement légal. Toutefois, « *s'agissant de la prise en charge, par la société requérante, de ces dépenses, nécessitées par la saine gestion du capital investi dans la filiale* », le Conseil d'Etat juge que l'administration ne peut être regardée comme apportant la preuve d'un transfert de bénéfices à l'étranger. La décision est fichée sur ce dernier point dans la rubrique « *Avantages équivalents à un transfert de bénéfice à l'étranger (article 57 du C.G.I.) - Absence - Dépenses exposées par la société mère, dans son propre intérêt, afin de contrôler la bonne marche d'une filiale* ».

⁶⁵⁷ TA Paris n° 0001130/1, 0001133/1 du 20 juin 2006, Société TI France, fiché en C+.

⁶⁵⁸ *Ibid.*

⁶⁵⁹ *Ibid.* La société TI France avait été assujettie à des cotisations supplémentaires d'impôt sur les sociétés et à une retenue à la source au titre de revenus réputés distribués. En effet, elle avait comptabilisé en charge « *des factures de frais de production de normes émises par sa société sœur de droit anglais TI UK* ». Le tribunal relève, « *qu'en se bornant d'une part à soutenir avoir exécuté pour le compte de la société TI UK les termes du contrat conclu en mai 1984 entre ladite société et l'AFNOR aux fins de publication des normes françaises sur microforme, et, d'autre part, à lister les différentes tâches qui seraient accomplies par la société anglaise pour son compte du fait d'un nombre insuffisant d'immobilisations, la société TI France, qui, contrairement à ce qu'elle soutient, a la charge de la preuve, n'établit pas la réalité des prestations qui lui ont été facturées par la société TI UK ; qu'en conséquence, la prise en charge de frais de production des normes par la société TI France, alors que cette activité ressortait, aux termes du contrat susmentionné, à la société anglaise TI UK, constitue un avantage sans contrepartie favorable à la propre*

valide ce raisonnement dans la décision Office Dépôt du 13 décembre 2017, en jugeant que les charges supportées par une société française au titre de l'accomplissement, par sa mère américaine, de ses obligations au regard de la législation des Etats-Unis ne sont pas déductibles⁶⁶⁰.

Par conséquent, on ne peut regarder comme un avantage anormal le fait, pour une société française tête de groupe, de supporter des commissions versées en vue de la prise de contrôle d'une société étrangère, même si l'instrument de cette prise de contrôle est une filiale située dans le même Etat⁶⁶¹. Dans ses conclusions, la Présidente Maugué fait valoir « *qu'une société mère qui finance la recherche de partenaires financiers pour l'une de ses filiales effectue une dépense dans son propre intérêt financier... Si la société mère avait adopté une*

exploitation de la société TI France ». Par ailleurs, la société TI France avait versé à l'AFNOR « *une redevance de 20 % correspondant aux recettes tirées de la vente ou de la location des normes AFNOR* ». Or, cette redevance résultait d'un contrat signé « *entre l'AFNOR et TI UK, et non pas TI France* ». La société a vainement soutenu que TI UK lui aurait sous-traité l'exécution matérielle du contrat et qu'elle aurait à ce titre dégagé une marge commerciale substantielle. Mais le tribunal a jugé qu'elle n'établissait pas « *qu'elle était redevable de la redevance versée à l'AFNOR ; que, par suite, dès lors que la société TI France a pris en charge des obligations qui n'incombaient qu'à la société TI UK, elle a consenti à cette dernière un avantage sans contrepartie pour sa propre exploitation ; qu'elle a ainsi opéré au bénéfice de la société TI UK un transfert indirect de bénéfices que l'administration a réintégré à bon droit dans ses résultats imposables des exercices litigieux, en application de l'article 57 du code général des impôts* ». De façon similaire, le tribunal rejette la prise en compte, pour réduire sa marge, d'une remise concédée à l'Afnor au titre de la vente de certains produits et résultant également du contrat entre l'Afnor et la société sœur britannique TI UK. Enfin, le tribunal a regardé comme une avance sans intérêts à la société TI UK une somme de 6,5 MF que la société TI France lui avait versée, et que la société ne pouvait justifier. Le tribunal juge, sur ce point également, que le manque à gagner résultant de l'absence d'intérêt sur une telle avance constitue un transfert de bénéfices au sens de l'article 57. Il confirme enfin le redressement du service qui avait regardé comme un revenu distribué le défaut de perception d'intérêts sur des sommes représentatives d'avances en tant qu'elles figuraient au solde débiteur du compte courant d'associé ouvert, dans les comptes de la société TI France, au nom au nom de la société américaine IHS.

⁶⁶⁰ CE n° 387975 du 13 décembre 2017, société Office Dépôt Participations France, rapp. Champeaux, concl. Bokdam-Tognetti : « *Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que, pour regarder comme fondée la réintégration aux résultats de la société Office Dépôt BS de la somme de 242 711 euros, la cour a relevé les circonstances, d'une part, que la prestation d'audit refacturée pour ce montant par la société Office Dépôt Inc. à sa filiale établie en France, bien qu'ayant pour objet l'analyse des procédures de contrôle interne comptable de cette dernière, visait à remplir les obligations de la loi américaine dite " Sarbanes-Oxley " pesant sur la société américaine en raison de sa cotation à la bourse de New-York, d'autre part, que l'audit n'avait pas été diligenté par la société Office Dépôt Inc. en vue d'être utilisé par sa filiale établie en France. C'est sans erreur de droit, par un arrêt suffisamment motivé et sans dénaturer les faits qui lui étaient soumis, que la cour a pu en déduire, le lien de dépendance entre la société Office Dépôt BS et la société holding de droit américain Office Dépôt Inc. n'étant pas contesté, que l'administration établissait l'existence d'une pratique entrant dans les prévisions de l'article 57 du code général des impôts citées au point 2 et que le paiement de la dépense correspondante constituait, dès lors que la société Office Dépôt BS n'établissait pas qu'elle en avait retiré une contrepartie, un transfert indirect de bénéfices devant être réintégré aux résultats d'ensemble imposables de la société requérante* ».

⁶⁶¹ CE n° 224350 du 5 décembre 2001, min. c/Cie européenne de distribution et de pesage, rapp. Salesse, concl. C. Maugué, (sol. Implicite), au sujet de l'acquisition des parts d'Adidas par la filiale Bernard Tapie Finance GmbH. En l'espèce, l'administration, estimait que la prise de contrôle du groupe Adidas avait profité à la filiale Bernard Tapie Finance GmbH, et non à la société français Bernard Tapie Finance, et que les sommes versées à titre de commission en vue de cette prise de contrôle correspondaient à un acte anormal de gestion et à un transfert de bénéfices. Le débat ne portait plus en cassation que sur une question d'application des dispositions de l'article 111 c. Mais dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement reconstituait le montage, en faisant observer que « *la société BTF avait demandé à la société Clinvest de rechercher d'autres partenaires pouvant contribuer à l'augmentation de capital et au renforcement des fonds propres de sa filiale allemande, ceci en prévision de l'acquisition des titres de la société Adidas* ».

autre démarche et financé l'entière augmentation du capital de sa filiale pour, ensuite, vendre ses parts, la société mère aurait eu des frais de recherche de partenaires dont l'administration ne conteste pas qu'ils auraient été déductibles en charges ». Dans une affaire Fiat⁶⁶², la cour de Versailles avait à juger d'un cas d'avantages supposés accordés par une filiale française du groupe Fiat à son fournisseur italien, à raison du coût excessif des véhicules qui lui étaient vendus dès lors que la filiale assumait les risques inhérents à la garantie constructeur⁶⁶³. Mais la cour refuse de voir dans la prise en charge d'une telle garantie un avantage par nature. Elle juge en effet que le coût qui en résulte « *ne fait que concourir, avec d'autres éléments, tels que les délais de règlement, les frais de publicité, le coût de certains équipements des véhicules, ainsi que les frais de transport et de douane, à la définition du prix d'importation desdits véhicules* ».

B. Le problème de la liste fermée des avantages par nature

1. En matière de charges

L'examen sous l'angle des charges révèle tout particulièrement à quel point les avantages par nature sont dominés par l'appréciation de normalité. Dans la décision Labo Industries, par exemple, le caractère anormal de l'avantage par nature se déduit du fait que la charge correspondante relevait « *normalement* » du résultat de la société suisse⁶⁶⁴. Cette

⁶⁶² CAA Versailles n° 07VE02836 du 20 mai 2009, Ministre du Budget, des comptes publics et de la fonction publique c / SA Fiat France venant aux droits de la SA Fiat Auto France.

⁶⁶³ *Ibid.* En première instance, l'administration avait cherché à étayer ses constats relatifs à l'insuffisante rémunération du distributeur français sur le terrain de la comparaison. Le tribunal lui ayant donné tort, elle ne se prévalait plus en appel d'éléments de comparaison avec des entreprises similaires, mais faisait seulement valoir que la prise en charge contractuelle par la filiale française du coût de la garantie attachée aux véhicules importés et légalement à la charge du constructeur établissait l'anormalité des prix de transfert. Il s'agissait donc de passer de l'avantage par comparaison à l'avantage par nature. Sur ce point, le ministre soutenait que le tribunal avait examiné les moyens invoqués indistinctement pour les deux rehaussements, à savoir, d'une part, la prise en charge des frais de garantie constructeur et, d'autre part, l'insuffisance de rémunération de l'activité de distribution. Sur l'avantage par nature, il indiquait que l'utilisation d'un panel de sociétés comparables n'avait d'autre finalité que de souligner le fait que le résultat de la SA Fiat France, ajusté de ces coûts, restait inférieur à la médiane des entreprises ayant une activité similaire, ce qui montrait le « caractère anormal de l'organisation choisie ». Dès lors que le quantum des bénéfices transférés était entièrement déterminé par l'anormalité de l'avantage issu de la prise en compte d'une garantie constructeur, le panel était surabondant.

⁶⁶⁴ CE Section n° 52754 du 30 mars 1987, SA Labo Industries, rapp. Tiberghien, concl. B. Martin-Laprade, publiée au recueil Lebon. En l'espèce, « *l'administration établit que la société anonyme Labo Industries... a porté en charges... la rémunération d'un de ses cadres qu'elle avait détaché durant ces années auprès de la société de droit helvétique Labo-Suisse, dont elle possède le contrôle, pour assurer la direction de celle-ci ; que ces faits révèlent que la société "Labo Industries" a pris en compte, pour le calcul du bénéfice imposable en France, une somme qui, normalement, constitue une charge de la société suisse ; que, de ce fait, la société "Labo Industries" est présumée avoir réalisé, au sens des dispositions précitées de l'article 57, un transfert de bénéfices à une entreprise située hors de France ; qu'il lui incombe, dès lors, de prouver que ce transfert comportait pour elle une contrepartie suffisante et avait ainsi le caractère d'un acte de gestion commerciale normale* ».

appréciation de normalité prend sa source, comme on s'en souvient dans le dispositif même de l'article 57 dès son origine. On en trouve la conséquence indirecte dans l'assimilation de la décision Cap Gemini entre la notion « *d'entreprises similaires exploitées normalement* » et la notion d'entreprises dépourvues de lien de dépendance. La mise en œuvre du critère suppose que l'anormalité chez l'entité auteur du transfert saute aux yeux, parce qu'elle prend à sa charge la dépense relevant normalement d'une entité liée.

C'est ce qui explique que, dans la décision Rottapharm⁶⁶⁵, le Conseil d'Etat juge que l'absence de marge commerciale appliquée sur des refacturations de frais commerciaux à des sociétés liées ne peut, à elle seule, faire présumer le caractère anormal de cette facturation et donc l'existence d'un avantage. Par analogie avec le raisonnement tenu en matière d'intérêt sur des prêts, on aurait pu penser qu'il y avait là matière à constater un avantage par nature, quitte à regarder comme une contrepartie la circonstance que la mère ainsi privilégiée apportait des avantages à sa filiale. Il apparaît toutefois que, depuis les jurisprudences Pierre de Reynal⁶⁶⁶ et Compagnie rhénane de raffinage⁶⁶⁷, la liste des avantages par nature doit être regardée comme fermée.

2. En matière de renonciation à un produit ou à une marge

Nous avons vu que la renonciation à intérêt sur les prêts est un cas évident d'avantage par nature. A cet égard, observons que l'intérêt est certes la rémunération du temps, mais il est un dédommagement du prêteur. Il n'est donc pas si différent, d'un point de vue économique, de la marge qui constitue, pour le fournisseur, la couverture de ses coûts les plus directement liés à la production. Ainsi, dans l'affaire de la Compagnie rhénane de Raffinage, l'absence de marge bénéficiaire correspondait à une tarification qui couvrait tout de même, « *outre les frais et charges proportionnels, une quote-part de frais fixes de la société, notamment au titre des intérêts des capitaux empruntés et des amortissements des investissements, ainsi que l'éventuelle rémunération des capitaux propres décidée par le conseil d'administration* ». En réalité, la seule chose que la marge ne couvrait pas était le financement des investissements de la compagnie, ceci parce que les statuts imputaient le coût

⁶⁶⁵ CE n° 369214 du 23 janvier 2015, SAS Rottapharm, 9e et 10e s.-s., rapp. J. Anfruns, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon, mentionné aux tables du recueil Lebon.

⁶⁶⁶ CE n° 223092 du 26 février 2003, 9e et 10e réunies.

⁶⁶⁷ CE n° 337227 du 22 novembre 2009, 3e et 10e s.-s., concl. E. Geffray, Droit fiscal 2010 n° 7 comm. 186, RJF 2/2010 n° 106.

de ce financement aux actionnaires, à peine de perdre une partie de leur droit de tirage⁶⁶⁸. Dans ce contexte, la facturation sans marge de l'arrêt Compagnie rhénane de raffinage n'est pas vraiment une renonciation à recette, mais une facturation à prix coûtant correspondant au montage où l'actionnaire supporte tous les risques d'entrepreneur, tandis que la compagnie fonctionne comme une simple association coopérative. D'ailleurs, l'avantage retiré par l'actionnaire de ce montage est identique pour tout actionnaire, contrairement à la mécanique du transfert de bénéficiaires, qui se traduit par un flux identifié allant de l'entreprise vers un bénéficiaire donné.

La présence dans la liste des avantages par nature des abandons de créances permet d'envisager que cette liste soit un jour élargie à toutes les renonciations à produits, et non seulement aux renonciations à recettes. En effet, toutes les recettes correspondent à des produits⁶⁶⁹. Mais la réciproque est fautive⁶⁷⁰. C'est d'ailleurs cette distinction qui marque la séparation entre la comptabilité de caisse et la comptabilité en droits constatés. Or, parmi ces deux systèmes comptables, le droit fiscal s'attache au second, au travers de la définition du bénéfice fournie au 2 de l'article 38 sous la forme d'une variation d'actif net. En d'autres termes, l'abandon de créance contient toujours une renonciation à produits. Le fait que cette renonciation soit invisible à l'examen des décisions juridictionnelles tient à la procédure d'enregistrement comptable de tels abandons, qui fait transiter la créance douteuse par un compte de provisions, assorti d'un enregistrement en compte de charge, et souvent se traduit par une inscription en charge au compte « *créances définitivement irrécouvrables* ».

De sorte que l'avantage par nature constitué par l'abandon de créance apparaît sous la forme d'une charge *a priori* anormale, et sa véritable nature de renonciation à produit ne passe qu'au second plan. A cet égard, toutefois, nous observons que le Conseil d'Etat juge qu'une créance exigible doit être recouvrée si possible, ce qui implique à l'évidence que constitue un acte anormal le fait de s'en abstenir⁶⁷¹. Ainsi, dans la décision Altran

⁶⁶⁸ *Ibid.* : « en vertu du protocole d'accord et du contrat de raffinage du 12 juin 1986, chaque actionnaire, ... est tenu de participer aux investissements nécessaires à l'exploitation de la raffinerie et se voit attribuer un droit de tirage proportionnel à sa part en capital sur les capacités de raffinage ».

⁶⁶⁹ En effet, une inscription en comptabilité en compte de classe 7 - Produits, accompagne, en général, l'inscription en compte de classe 5 - Disponibilités, caractéristique de l'enregistrement d'une recette.

⁶⁷⁰ L'enregistrement d'un produit peut avoir pour contrepartie une simple écriture en compte de tiers, qui n'a pas d'incidence en termes de disponibilités financières.

⁶⁷¹ CE n° 387661 du 22 février 2017, Société Altran Technologies, 9e et 10e ch., rapp. S. Larere, concl. E. Bokdam-Tognetti. La société Arthur D Little (ADL), filiale de la société américaine Arthur D Little (ADL) Inc. liquidée en juillet 2002, détenait une créance sur cette dernière. Elle avait constitué dans ses comptes une provision pour créance douteuse, qui continuait d'y figurer à fin 2002, qui s'était imputée sur son résultat et avait alimenté ses déficits

Technologies, la Haute Assemblée donne gain de cause au service, rappelant, d'une part, que la compensation des créances et des dettes, dans les cas où le code civil le prévoit, « *s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs* », et, d'autre part, que la jurisprudence de la cour de Cassation interprète les règles de compensation comme impliquant une compensation de plein droit « *dès lors qu'elle est invoquée par une personne créancière de son débiteur, lorsque les dettes réciproques sont certaines, liquides et exigibles* »⁶⁷². Certes, une provision pour créance douteuse ne peut donc, par elle-même, constituer un acte anormal de gestion ; mais la société avait commis un acte anormal de gestion en s'abstenant de recouvrer une créance, alors qu'elle en avait le droit et que la liquidation prochaine du débiteur ne laissait aucune autre occasion de préserver son intérêt.

Nous voyons donc que c'est bien la renonciation à une créance acquise qui constitue l'avantage par nature, et non seulement sa traduction ultérieure sous forme de charge ou de renonciation à recette. La jurisprudence y met une condition, tenant à l'impossibilité d'autre recouvrement que celui auquel le contribuable a renoncé. Elle traduit une appréciation de normalité c'est-à-dire l'idée que l'entreprise s'est délibérément privée de toute perspective de recouvrement.

Cette condition est-elle nécessaire ? Le recouvrement des produits acquis est le miroir du paiement des dettes certaines. Il n'est pas plus dans l'intérêt de l'entreprise de renoncer au recouvrement d'un produit que de se soustraire au paiement d'une dette, parce que s'il est vrai qu'une dette non réglée expose à la faillite, un produit non recouvré menace l'exploitation et nuit aux actionnaires. Par ailleurs le défaut de recouvrement comme le défaut de paiement se traduisent par des actes positifs dans la gestion, sous la forme d'une abstention d'agir en présence de pièces qui auraient commandé l'action. La renonciation à produits n'est donc pas une simple imprudence mais le résultat d'une intention, et le fait qu'elle s'effectue au profit d'un tiers devrait suffire à la regarder comme un acte anormal, même dans le contexte resserré que nous avons décrit.

reportables. L'administration avait remis en cause cette provisions au titre du premier exercice non prescrit et avait mis le rappel à la charge de la société intégrante Altran Technologies. En effet, le service avait estimé que la provision était irrégulière à l'origine dès lors que la société ADL, étant débitrice de sa société mère en même temps que sa créancière, aurait pu imputer la somme qui lui était due sur les remboursements auxquels elle avait procédé, au lieu de payer sa dette et de constater, parallèlement, une provision pour créance douteuse.

⁶⁷² *Ibid.* Dans ce contexte, la cour avait pu juger sans erreur de droit « *que le fait pour la société ADL de s'abstenir volontairement et sans contrepartie de procéder à la compensation légale de ses dettes avec sa société mère américaine ADL Inc. ne répondait pas à son intérêt propre et constituait un acte anormal de gestion* ».

Peut-on alors réserver un traitement fiscal distinct entre la renonciation à produit exigible et le défaut de perception d'une marge comme dans l'affaire Rottapharm ? Nous estimons que non : le choix de la filiale, en l'espèce, traduit le refus de couvrir les coûts de production dans la relation commerciale avec sa société mère. L'action de la société n'est pas une simple décision commerciale prise par un responsable dans l'insouciance de sa relation de clientèle ; elle traduit au contraire une décision de gestion prise au vu des pièces comptables de coûts, tout autant que la renonciation à un produit exigible consiste à négliger un titre explicite de recette pour accommoder un tiers. Nous avons donc bien affaire, dans les deux cas, à une décision de gestion contraire à l'intérêt de l'exploitation et favorable au tiers, ce qui devrait justifier l'existence d'un avantage par nature. Il resterait bien sûr possible à la société d'octroyer des remises ou rabais, mais à condition qu'ils apportent une contrepartie globalement équivalente.

CONCLUSION DE LA SECTION

En définitive, l'élément d'anormalité apparaît présent à la fois du côté des dépenses et des recettes entraînant un avantage par nature. Il montre une certaine symétrie également dans les situations de groupe : l'avantage par nature supporté chez l'entité versante correspond à un autre acte anormal, favorable celui-ci, du côté de l'entité bénéficiaire. La liste de tels avantages s'établit sans recours à une quelconque comparaison et s'inscrit dans une grille strictement appliquée, voire restrictive.

SECTION 2. LA DIALECTIQUE DE L'INTERET D'EXPLOITATION ET DE L'ANORMALITE

Dès lors que l'intérêt social constitue le moteur d'appréciation exclusif de l'éventuel octroi d'un avantage par nature, il faut en étudier les effets en matière de régulation des flux intra-groupes (§ 1) et au regard de la tendance générale de la jurisprudence en matière d'acte anormal de gestion (§ 2).

§ 1. L'EXTENSION DE L'INTERET A CONSENTIR UNE AIDE

Le principe général est qu'un exploitant commet un acte anormal de gestion s'il poursuit des fins autres que de satisfaire l'intérêt de l'entreprise⁶⁷³. En situation de groupe intégré, par exemple, le créancier qui abandonne une créance ne peut se prévaloir de l'intérêt du groupe et doit démontrer qu'il a eu un intérêt propre à une telle opération⁶⁷⁴.

Ceci étant, le développement d'une société à l'international l'autorise à exposer des charges ou à minorer ses produits si l'intérêt de son exploitation le justifie. Dans ses conclusions relatives à l'affaire Labo Industries⁶⁷⁵, le commissaire du gouvernement Bruno Martin-Laprade synthétise ce principe de la jurisprudence⁶⁷⁶. La rectification du transfert de bénéfices sur le fondement de l'article 57 s'inscrit dans cette logique.

A. L'intérêt propre à consentir une aide

1. Les motifs commerciaux et financiers de l'intérêt à aider

La jurisprudence traditionnelle distingue les abandons de créances commerciaux et financiers. Ces deux formes d'abandon de créance sont susceptibles d'être admis entre sociétés, situées en relation de dépendance directe ou indirecte⁶⁷⁷, et dans le cadre des relations impliquant des établissements stables⁶⁷⁸.

⁶⁷³ CE n°186108, 7 janvier 2001, Epoux Philippe, mentionné aux tables du recueil Lebon.

⁶⁷⁴ CE n°81690 du 17 février 1992, SA Carrefour, RJF 4/92, n°444.

⁶⁷⁵ CE Section n° 52754 du 30 mars 1987, SA Labo Industries, rapp. Tiberghien, concl. Martin-Laprade, publiée au recueil Lebon.

⁶⁷⁶ *Ibid.* Le commissaire du gouvernement écrit ainsi : « toutes les dépenses de prospection tendant à s'assurer à l'étranger un débouché ou une source d'approvisionnement pour des productions faites en France, sont par principe rattachées à l'activité française, exactement au même titre qu'une facture de publicité dans la presse internationale, qu'une commission versée à un intermédiaire pour obtenir un marché d'exportation ou que les frais de participation à une foire ou exposition à l'étranger. C'est ce que vous avez formellement jugé par votre arrêt de Plénière du 27 novembre 1981 (n° 16814 - V. en ce sens CE n° 34430 du 14 mars 1984, RJF 5/84 n° 593) ».

⁶⁷⁷ CE n° 263183 du 10 mars 2007, Société Sept. ; CE n° 281033 du 11 avril 2008, 10e et 9e s.-s., Société anonyme Guerlain.

⁶⁷⁸ CE Section n° 222956 du 16 mai 2003, Société Télécoise, rapp. M. Salesse, concl. M.-H. Mitjavile. Auparavant, la question était tranchée, pour reprendre les termes de Mme Mitjavile, en appliquant « frontalement » le principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés, ce qui aboutissait à distinguer radicalement la situation des filiales et des établissements stables à l'étranger en refusant aux seconds la possibilité de recevoir des aides déductibles du bénéfice de la société mère française y compris lorsque de telles aides avaient lieu dans l'intérêt de son exploitation. A partir de la décision Télécoise, les établissements stables peuvent recevoir des aides aux mêmes conditions que les filiales à l'étranger, sous réserve d'intérêt pour la mère. Le critère territorial jusqu'alors rigide est donc assoupli, comme il l'avait été dans le cadre des relations entre des sociétés et leurs filiales étrangères dotées de la personnalité morale.

La décision Labo-Industries⁶⁷⁹ a consacré la possibilité d'un abandon de créance commercial, justifié par le maintien dans le pays d'exportation d'un réseau de distribution⁶⁸⁰. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Martin-Laprade avait tenté de fixer un critère de déductibilité. Il proposait d'admettre en déduction les aides versées à une filiale distributrice, à concurrence du montant qu'aurait normalement consenti un fournisseur à son client extérieur au groupe pour conserver le débouché. La comptabilité analytique pouvait être employée pour évaluer le montant de l'aide déductible. La décision du Conseil d'Etat reprend cette analyse tout en permettant, en pratique, la déduction intégrale de l'abandon de créance commercial motivé par la préservation d'un flux d'échange. La décision relève en effet que l'administration n'avait pas contesté l'exactitude matérielle des faits.

Dans le cas de l'abandon de créance à caractère financier, l'intérêt à aider peut exister sous réserve que l'aide financière ne conduise pas l'entité bénéficiaire à disposer d'une situation nette positive. En effet, par construction, l'aide financière apportée au-delà des besoins d'une situation nette négative se traduit par un accroissement à due concurrence de la valeur de la participation détenue dans la société aidée. Plus généralement, la logique de déduction reflète l'idée qu'une entité placée dans une telle situation est bénéficiaire et n'a pas besoin d'aide. La jurisprudence limite donc la déductibilité de l'abandon de créance financier, par contraste avec l'abandon de créance consenti pour la préservation d'un flux commercial, qui est entièrement déductible sous réserve d'un intérêt propre. La limitation s'effectue en référence au montant qui équilibre la situation nette de la filiale, la jurisprudence présument, sauf preuve contraire, que l'aide doit être réputée augmenter la valeur de la participation détenue dans le capital de la filiale⁶⁸¹.

Mais cette distinction des relations de groupe entre un courant d'échange commercial direct et un courant financier n'est pas simple. Une société mère peut ainsi avoir intérêt à

⁶⁷⁹ CE Section n° 52754 du 30 mars 1987, SA Labo Industries, rapp. Tiberghien, concl. Martin-Laprade, publiée au recueil Lebon.

⁶⁸⁰ *Ibid.* Le Conseil d'Etat relève que « la société requérante fait valoir que, compte tenu de la difficulté, en raison de la concurrence, de vendre sur le marché suisse les huiles qu'elle fabrique, la solution qu'elle a adoptée lui permettait, sans avoir à pratiquer des tarifs à l'exportation inférieurs aux prix de revient des fabrications, de mener sur place une politique commerciale active tout en assurant la pérennité de la société de droit helvétique, nécessaire à la conservation et au développement de ses propres débouchés ; que, compte tenu de l'ensemble de ces circonstances dont l'exactitude matérielle n'est pas contestée par l'administration, la société requérante établit que l'avantage accordé à la société suisse avait une contrepartie suffisante dans l'intérêt de l'exploitation de l'entreprise française et était justifié par une gestion normale de ses intérêts propres ».

⁶⁸¹ Cf. par exemple CE n° 263183 du 10 mars 2007, Société Sept, rapp. A. Egerszegi, concl. F. Seners publiée au recueil Lebon : dans le cas d'une aide à une sous-filiale, sauf preuve contraire, cette aide doit être réputée augmenter la valeur de la participation détenue dans le capital de la filiale qui contrôle la sous-filiale.

consentir un abandon de créance à une filiale de distribution, pour maintenir sa capacité de développement commercial dans un autre Etat menacée par le risque de disparition de cette dernière. Dans un tel cas, il n'y a pas lieu d'examiner l'effet de l'abandon de créance sur l'actif net de la filiale⁶⁸² s'agissant d'un abandon de créance motivé par des buts commerciaux quoique rendu nécessaire par les finances dégradées de la filiale.

De même, dans l'affaire SA Guerlain⁶⁸³ était en cause la déductibilité d'une aide versée par une société aux deux succursales de sa filiale. La société soutenait que cette aide visait des fins commerciales, à l'échelon des succursales, tout en ayant une dimension financière au niveau de la filiale. Selon le commissaire du gouvernement Célia Verot, cela a brouillé le raisonnement de la cour, qui « *aurait commis une erreur de droit en appréciant la normalité de l'aide au niveau de la filiale et non au niveau des deux succursales* ». La cour administrative d'appel avait reconnu que les deux succursales connaissaient des difficultés financières, mais avait observé que la filiale dont elles étaient l'émanation, et qui avait perçu l'aide, dégageait pour sa part des bénéfices et distribuait des dividendes. La normalité de l'aide devait donc être appréciée au niveau de la filiale, même si la SA Guerlain disposait d'un intérêt commercial à aider les deux succursales⁶⁸⁴.

On voit donc que l'intérêt commercial, caractérisé en principe par la seule préservation d'un flux d'échange entre deux entités, se diversifie pour traduire la préservation d'un flux d'échange permis, au profit d'une entité, par l'action de l'autre auprès des tiers.

⁶⁸² CE n° 16814 du 27 novembre 1981 SA X, publié au recueil Lebon, Plénière fiscale, 7/8/9 SSR, rapp. André, concl. Verny. RJF 1/82 n° 7 concl. J-F. Verny. La société K, filiale de la société Y, se trouvait dans une situation financière difficile. Le Conseil d'Etat juge que la société Y a, par l'abandon de créance litigieux, « *cherché à éviter le dépôt du bilan de sa filiale, lequel aurait risqué de porter atteinte à son crédit et surtout n'aurait pas manqué d'entraver la poursuite de ses activités commerciales en Allemagne dont cette filiale était un instrument* ». Il admet dans ces conditions que la société Y soit « *regardée comme ayant agi dans le cadre d'une gestion normale et comme n'ayant pas procédé, par la voie de cet abandon de créance, à un transfert de bénéfices à l'étranger au sens de l'article 57 du code général des impôts ou de l'article 5 de la convention fiscale franco-allemande du 21 juillet 1959* ». L'abandon de créance est commercial et pouvait être déduit du résultat sans qu'il y ait lieu de rechercher son incidence sur l'actif net de la filiale qui le recevait.

⁶⁸³ CE n° 281033 du 11 avril 2008, 10e et 9e s.-s., Société anonyme Guerlain, rapp. Salesse, concl. C. Vérot.

⁶⁸⁴ Célia Verot conclut : « *Ainsi, bien que la filiale ne connaissait pas de difficultés financières immédiates, les abandons de créance répondaient tout de même à un véritable besoin de sa part en même temps qu'à l'intérêt commercial propre de la société mère... Ainsi, dans la mesure où la SA Guerlain aurait été capable de démontrer... la nécessité d'accorder des aides à sa filiale pour lui permettre de préserver l'activité de distribution des deux succursales et en même temps de se développer dans d'autres pays, il nous semble que les abandons de créance auraient pu être regardés comme répondant à une gestion normale pour la société mère. A cet égard, la seule circonstance que la filiale n'était pas elle-même en situation de difficulté financière n'aurait pas suffi à justifier la solution retenue par la cour. Cependant, la cour a également retenu que la filiale avait versé des dividendes à la société mère d'un montant de 3,4 millions de francs en 1989 et 6,5 millions de francs en 1992. Ce versement de dividendes ôte toute crédibilité à l'argument selon lequel la filiale ne pouvait combler les pertes des succursales parce qu'elle devait conserver ses fonds propres pour ses projets de développement dans la région* ».

2. La généralisation de l'aide motivée par un intérêt propre

La jurisprudence J.-C. Lattès⁶⁸⁵ systématise le raisonnement ci-dessus en autorisant des aides commerciales mais aussi financières, et généralement toute catégorie d'aide, pour autant que de telles aides soient dans l'intérêt de l'entreprise qui les concède. Dans une décision Rocardis⁶⁸⁶, le Conseil d'Etat juge que l'octroi de prêts sans intérêts, l'abandon de créances ou le consentement gratuit d'une caution sont normaux s'il apparaît qu'en consentant de tels avantages, l'entreprise a agi dans son propre intérêt⁶⁸⁷. Il en va ainsi notamment lorsque les avantages consentis peuvent être regardés comme la conséquence d'engagements constituant la contrepartie des avantages que l'entreprise retire directement de son adhésion à une association ou à un groupement et du respect des conditions auxquelles l'appartenance à ce groupement est subordonnée.

La dynamique libérale de la jurisprudence a conduit le législateur, par la loi de finances rectificative pour 2012, à restreindre la déductibilité des abandons de créance aux seuls cas motivés par l'intérêt commercial de l'entité qui les consent⁶⁸⁸. Mais cette restriction se révèle en réalité limitée, et n'empêche pas par exemple une holding disposant de quelques fonctions d'animation de déduire des abandons de créance commerciaux⁶⁸⁹.

B. Reconnaissance d'un intérêt de groupe confondu avec celui de la mère

La question de la nature commerciale ou financière de l'aide ne doit pas occulter la problématique fondamentale de l'aide au sein d'un groupe : l'intérêt propre d'entités distinctes recèle un intérêt émergent du groupe, qu'il appartient à la société mère de garantir.

⁶⁸⁵ CE n° 119726 du 11 février 1994, Editions Lattès, RJF 4/94 n° 396.

⁶⁸⁶ CE Section n° 219825 du 26 septembre 2001, SA Rocardis, rapp. F. Béreyziat, concl. G. Bachelier ; chron. Maïa, RJF 10/2001, p.800.

⁶⁸⁷ CE, 26 septembre 2001, SA Rocardis : « au cas d'une société venue en aide à deux autres sociétés sous forme d'engagements de caution portant sur des emprunts souscrits par ces dernières, de prêts sans intérêts et d'abandons de créances, en conséquence du parrainage qu'avec d'autres centres de distribution préexistants de la même enseigne commerciale, elle avait assumé au profit desdites sociétés ».

⁶⁸⁸ Le 13 de l'article 39 du code général des impôts dispose désormais : « Sont exclues des charges déductibles pour l'établissement de l'impôt les aides de toute nature consenties à une autre entreprise, à l'exception des aides à caractère commercial ».

⁶⁸⁹ CE n° 398676 du 7 février 2018, 9e et 10e chambres réunies, rapp. J.-L. Matt, concl. Y. Bénard.

1. La mère garante en dernier ressort des intérêts de groupe

Une société ne peut déduire une charge sur le fondement du seul intérêt de groupe si elle n'y trouve pas un intérêt social⁶⁹⁰. Le principe explicité pour les groupes intégrés vaut également pour les groupes au sens du lien de dépendance : dans tous les cas, une aide ne peut être déductible au sein d'un groupe lorsque l'appréciation de cette déductibilité à l'échelon de l'entité, envisagée comme s'il s'agissait d'une société indépendante, n'aurait pas conduit à accorder la déduction.

Le Conseil d'Etat reprend ce raisonnement dans sa décision Atys France. En l'espèce, deux filiales américaines avaient pris en charge, pour le compte du groupe, des dépenses de personnel occasionnées par l'expatriation de cadres sur leur continent. La déductibilité est refusée⁶⁹¹. La décision Atys France montre toutefois que ce principe n'interdit pas à la société mère d'un groupe d'exercer, en matière d'aide aux entités, des prérogatives spécifiques à sa qualité de mère garante des intérêts de l'ensemble. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement François Séners estime ainsi qu'une société peut prendre en charge, dans le cadre de son groupe international, des frais de personnel concourant à une politique de gestion des ressources humaines mondiale, caractérisée par l'unité de traitement des expatriés. Mais, corrélativement, il réfute qu'une telle prise en charge puisse être effectuée par une filiale pour le compte d'autres filiales. Il appartenait à la mère de la prendre en charge, et donc à la filiale de refacturer à cette dernière les coûts qu'elle occasionnait⁶⁹².

⁶⁹⁰ CE Section n° 263183 du 10 mars 2006, Société Sept, rapp. A. Egerszegi, concl. F. Séners. Le fichage de la décision au recueil Lebon détaille le mode d'emploi : « *l'option pour le régime dit de "l'intégration fiscale", ... implique que les résultats de chacune des sociétés du groupe fiscal intégré, ... soient déterminés dans les conditions de droit commun, ainsi que le prévoit l'article 223 B du code général des impôts, sous la seule réserve des dérogations expressément autorisées par les dispositions propres à ce régime d'exception. Aucune de ces dispositions n'autorise l'une des sociétés d'un groupe fiscal intégré à déduire, dans des conditions différant de celles du droit commun, une aide apportée à une société n'appartenant pas à ce groupe* ».

⁶⁹¹ CE n° 278738 du 28 avril 2006, 3e et 8e s.-s., Société Atys France, rapp. Anne Egerszegi, concl. François Séners. L'affaire concernait la société SIAS France, devenue Atys France, dans ses relations avec le groupe Pernod-Ricard auquel elle était rattachée via sa mère SIAS-MPA. La filiale SIAS France avait pris en charge des dépenses de personnel correspondant à des primes versées à d'anciens cadres employés par elle, expatriés dans d'autres filiales du groupe. Le Conseil d'Etat casse l'arrêt de la cour, pour erreur de droit à avoir relevé qu'en contrepartie des avantages qui leur étaient consentis par le groupe, les filiales mexicaine et américaine versaient à la société SIAS MPA des redevances assises sur leur chiffre d'affaire et dont les montants étaient supérieurs aux charges salariales supportées par la société SIAS France ; ce qui revenait à apprécier, contrairement à la jurisprudence Sept, l'intérêt des charges comptabilisées à l'échelle du groupe et non pas à l'échelle de la seule société concernée.

⁶⁹² Concl. F. Séners BDCF 7/06 n° 84. Le commissaire du gouvernement indique : « *La société invoque de façon plus convaincante l'intérêt que présente une politique de mobilité des cadres vers l'étranger. Sur le principe, elle a certainement raison et le Pdt Martin Laprade avait parfaitement explicité dans l'affaire de plénière du 30 mars 1987 les motifs pour lesquels une société mère peut avoir intérêt à prendre en charge des frais d'expatriation de ses cadres dans ses filiales étrangères. Dans un groupe multinational, la mobilité des cadres supérieurs et le brassage des méthodes managériales sont d'incontestables facteurs d'intégration et de progrès et il est naturel que les coûts d'expatriation soient supportés par la société qui gère de façon centralisée la carrière de ces cadres. Mais ce schéma*

Un jugement du tribunal administratif de Montreuil fait application de ce principe⁶⁹³, dans le cas de la société Crédit agricole qui avait décidé de racheter des cotisations retraites de ses salariés expatriés. Celle-ci soutenait en effet qu'une telle mesure concourait à son intérêt de société mère, en facilitant la cohésion du réseau⁶⁹⁴, dès lors qu'elle avait simplement visé à prendre en charge les conséquences de la réforme des retraites en France, laquelle risquait de limiter les droits à pension de ses expatriés⁶⁹⁵. Le tribunal lui donne gain de cause⁶⁹⁶.

2. L'intérêt de groupe non exclusif de l'intérêt d'une filiale

Le fait que la tête de groupe puisse être dépositaire d'intérêts spécifiques au groupe n'implique pas qu'une filiale ne dispose jamais d'un intérêt propre à des décisions prises dans l'intérêt du groupe. Une décision du TA de Pau illustre ce point⁶⁹⁷. La société ESK Ceramics France était filiale à 100 % de la société allemande ESK Ceramics GmbH. Elle avait procédé en 2003 et 2004 à une restructuration de son activité de production de céramiques pour s'orienter vers des productions de grande série à faible valeur ajoutée, cependant que sa société mère récupérait la production des pièces de plus forte valeur ajoutée et la commercialisation des produits. Cette restructuration s'était traduite par le licenciement de 17 personnes du service commercial, sur 90 salariés. La société avait supporté le coût de la restructuration et en particulier les charges de licenciement. Le service n'avait pas remis en

ne peut pas être invoqué en l'espèce pour établir l'existence d'un intérêt propre de la société SIAS France: il est constant, en effet, que cette société n'était pas la tête du groupe, ni même du sous-groupe, dont il s'agit et qu'elle n'était qu'une filiale de la société SIAS MPA, au même titre que les deux sociétés étrangères ayant bénéficié des transferts de bénéfices. Seule la société SIAS MPA avait, en sa qualité de sous-holding du groupe, vocation à définir la politique de gestion commune des cadres et les règles de leur mobilité internationale ».

⁶⁹³ TA Montreuil n° 1003852 du 19 mai 2011, Société Crédit agricole.

⁶⁹⁴ *Ibid.* La société avait été assujettie à des cotisations supplémentaires d'impôt sur les sociétés au titre de 2003 à raison de la prise en charge, par sa filiale intégrée, de frais de personnels employés par ses établissements à l'étranger.

⁶⁹⁵ *Ibid.* Du fait de l'évolution de la législation sociale française, la société avait dû, en sa qualité de caution de la caisse de retraite du régime banque et afin d'assurer un maintien des prestations aux salariés expatriés, prendre en charge les cotisations en litige. « *que suite à la réforme du régime de retraite des professions bancaires intervenue en 1993, ceux des salariés de la société Calyon qui avaient été détachés auprès de succursales et de filiales de cette société situées dans des pays hors de l'Union européenne n'ayant pas conclu d'accord avec les organismes de sécurité sociale français, risquaient de voir leurs droits à pension de retraite réduits en raison d'un nouveau mode de calcul de ces droits excluant la prise en compte des périodes d'activités effectuées dans ces pays* ».

⁶⁹⁶ *Ibid.* Il est en effet jugé que les salariés concernés n'étaient plus employés à l'étranger par les entités du groupe, qui dès lors n'avaient plus intérêt à prendre la dépense à leur charge. Dans ce contexte, la société Calyon disposait d'un intérêt à prendre à sa charge les dépenses litigieuses. puisqu'elle « *était attachée au maintien des possibilités de détachement de ses salariés auprès de ses succursales et filiales étrangères, qui permettait d'assurer une cohésion du réseau formé par ses établissements à la tête duquel elle se trouvait* ».

⁶⁹⁷ TA Pau n° 1001851 du 3 avril 2012.

cause le lien de ces dépenses, objets de la rectification, avec l'activité de la société. Le tribunal lui donne donc tort quant à l'intérêt pour l'exploitation⁶⁹⁸.

L'affaire est intéressante en ce que l'administration estimait, en réalité, que les dépenses litigieuses avaient été engagées principalement dans l'intérêt de la société mère et du groupe ; selon cette analyse, la société vérifiée n'avait pas pu retirer de la nouvelle organisation de contreparties suffisantes. Le jugement met sur ce point en œuvre la règle de déduction des charges exposées dans l'intérêt de l'exploitation. Mais il met aussi en lumière le fait qu'une société peut parfaitement avoir des intérêts conjoints avec les autres entités de son groupe⁶⁹⁹.

*

* *

La prise en compte de l'intérêt à aider confère aux groupes une latitude plus grande en matière de gestion fiscale de leurs flux économiques. Elle ouvre deux pistes d'interrogation :

- premièrement, il s'agit de s'interroger sur l'intention du législateur en matière de distinction des entités. Sur ce point, on relève que l'avancée jurisprudentielle concernant les abandons de créance financier a fini par déboucher sur une limitation par la loi. Nous retrouvons la dialectique signalée par Jérôme Turot dans sa chronique en réaction à la décision Monte Paschi⁷⁰⁰. En forçant un peu l'argument, nous voyons que le libéralisme

⁶⁹⁸ *Ibid.* Ce d'autant que la société semblait avoir le choix entre une restructuration radicale le dépôt de bilan. Le tribunal relève à cet égard : « que l'administration remet ainsi en cause un choix d'organisation économique du groupe, dont la société ESK Ceramics France, créée en 1993, est d'ailleurs une émanation récente ». Par ailleurs, l'entreprise était structurellement déficitaire et ses comptes s'étaient dégradés au cours des années précédant le contrôle, donnant à prévoir un dépôt de bilan si rien n'était fait. Le tribunal relève enfin que les décisions prise « se sont traduites, en pratique, par le maintien de la société avec des comptes moins dégradés, les effectifs revenant d'ailleurs rapidement au niveau atteint en 2002, puis passant à 188, soit un doublement, au cours de l'année 2008 ; qu'ainsi, et en tout état de cause, la contrepartie pour la société ESK Ceramics France de l'opération de restructuration ainsi conduite a été sa propre survie ; qu'une telle contrepartie paraît suffisante lorsque l'alternative est le dépôt de bilan ».

⁶⁹⁹ *Ibid.* Le tribunal détaille avec un grande pédagogie sa démonstration, alors que le service avait prétendu remettre en cause la déductibilité de charges dont il ne contestait pas vraiment l'intérêt pour l'exploitation : « la circonstance que la société mère ait tiré aussi un avantage financier à cette opération de restructuration, au prix du reste d'une recapitalisation représentant plus de quatre fois le montant du coût de la restructuration elle-même, ne constitue pas un motif pour qualifier d'acte anormal de gestion le fait que la société française ait assumé, conformément au code de commerce et au code du travail, le coût de cette restructuration ». L'administration fiscale, en refusant la déduction du coût de la restructuration de l'activité de production de céramiques qui, selon elle, bénéficiait principalement à la société mère allemande et au groupe, remet en cause un choix d'organisation économique du groupe. Au surplus, l'administration ne contestant pas que l'état des comptes sociaux de la société requérante rendait probable son dépôt de bilan si la restructuration n'était pas intervenue, la circonstance que la société mère avait tiré aussi un avantage financier à l'opération ne pouvait constituer un motif pour qualifier d'acte anormal de gestion le fait que la société requérante ait assumé, conformément au code de commerce et au code du travail, le coût de sa propre restructuration.

⁷⁰⁰ Cf. TUROT, Jérôme, *La liberté de gestion des entreprises entre enfer et paradis (et plus près de l'enfer)*, Droit fiscal n° 27, 6 Juillet 2017, comm. 378.

jurisprudentiel, dans une matière à risque d'évasion fiscale, occasionne mécaniquement des législations anti-abus et une régression de la liberté de gestion ;

- deuxièmement, la délimitation du rôle respectif des entités par le principe d'intérêt est d'un maniement compliqué en configuration de groupe. L'intérêt des entités peut être conjoint, de sorte que plusieurs d'entre elles pourraient avoir lieu de payer certaines dépenses. Il peut être aussi propre à la mère dans sa fonction d'animatrice, et conduire à regarder comme normal qu'une tête de groupe ou de sous-groupe prenne à sa charge des dépenses difficiles à rattacher à l'activité de chaque entité. En d'autres termes, la difficulté de ce rattachement, plutôt que de trouver sa solution dans le raisonnement économique fondé sur la contribution respective des entités du groupe à ses bénéficiaires, est fortement influencée par les catégories de raisonnement de l'acte anormal de gestion.

Il convient donc d'analyser la dynamique propre de cette théorie.

§ 2. APPRECIATION DE NORMALITE ET ABUS DE GESTION

A. Acte anormal de gestion et risques excessifs

1. L'abandon de la théorie du risque excessif

Dans l'affaire Monte Paschi⁷⁰¹, une agence bancaire avait consenti d'importantes avances à une société cliente et avait provisionné le risque de non-recouvrement. L'affaire ne montrait aucune collusion entre la société prêteuse et l'emprunteur, non plus qu'aucune alternative légale permettant au prêteur de recouvrer sa créance⁷⁰². Le problème était donc de savoir si l'on pouvait rejeter comme anormale une provision dès lors que la société avait pris un risque élevé en prêtant. La cour avait répondu par l'affirmative, estimant que l'ensemble des circonstances de l'espèce devait être regardée comme révélant une « *prise de risque inconsidérée de la banque* ».

Le Conseil d'Etat censure l'arrêt pour erreur de droit à avoir méconnu les règles de l'acte anormal de gestion⁷⁰³. Il juge en effet que « *c'est au regard du seul intérêt propre de l'entreprise que l'administration doit apprécier si les opérations litigieuses correspondent à des actes relevant d'une gestion commerciale normale. Indépendamment du cas de détournements de fonds rendus possibles par le comportement délibéré ou la carence manifeste des dirigeants, il n'appartient pas à l'administration, dans ce cadre, de se prononcer sur l'opportunité des choix de gestion opérés par l'entreprise et notamment pas sur l'ampleur des risques pris par elle pour améliorer ses résultats* ». En l'espèce, la cour s'était bornée à relever que l'ensemble des circonstances de l'espèce devait être regardée comme révélant une « *prise de risque inconsidérée de la banque* ». La Haute Assemblée casse et renvoie en relevant qu'en statuant ainsi, « *alors qu'il lui appartenait seulement de*

⁷⁰¹ CE n° 375801 du 13 juillet 2016, SA Monte Paschi Banque, rapp. M.-G. Merloz, concl. E. Bokdam-Tognetti.

⁷⁰² *Ibid.* L'agence de Strasbourg de la société anonyme Monte Paschi Banque avait consenti à la société KMX Technologie d'importants concours financiers entre le 31 décembre 2000 et le 31 décembre 2004. Au titre des exercices clos en 2003 et 2004, elle avait constitué des provisions pour risque de non-recouvrement de ces créances. A l'issue d'une vérification de comptabilité, l'administration fiscale avait réintégré dans le résultat de l'exercice clos en 2004 une somme de 7 560 500 euros correspondant à une fraction de la provision constituée à hauteur de 11 237 561 euros, au motif que la SA Monte Paschi Banque n'avait pas agi dans le cadre d'une gestion commerciale normale.

⁷⁰³ *Ibid.* Le Conseil d'Etat rappelle classiquement le principe de l'acte anormal de gestion. Il relève à cet égard que la règle, déduite des articles 38 et 39 du CGI, selon laquelle « *le bénéfice net est établi sous déduction des charges, comprenant notamment des provisions, supportées dans l'intérêt de l'entreprise* », implique que « *ne peuvent être déduites du bénéfice net passible de l'impôt sur les sociétés les provisions constituées en vue de faire face à des pertes ou charges étrangères à une gestion commerciale normale* ».

rechercher si les décisions en cause étaient conformes à l'intérêt de l'entreprise, sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur l'ampleur des risques pris, la cour a commis une erreur de droit ».

La décision Monte Paschi sanctionne l'abandon de la jurisprudence Loiseau⁷⁰⁴ en consacrant que, désormais, le critère de l'ampleur des risques pris devient inopérant, comme le montre le fichage au recueil Lebon⁷⁰⁵ qui attache un soin particulier à décrire le nouveau mode d'emploi⁷⁰⁶ et indique qu'elle fixe la jurisprudence « *sur la notion de Prise de risque excessif* ». Deux cours administratives d'appel ont d'ailleurs, depuis lors, fait application de cette nouvelle jurisprudence⁷⁰⁷.

La doctrine salue généralement cet abandon⁷⁰⁸ mais il ne fait pas l'unanimité. Pour ne rien dire de l'importante chronique précitée de Jérôme Turot⁷⁰⁹, un autre argumentaire est dû à Anne-Charlène Bezzina⁷¹⁰. L'abandon de la théorie du risque excessif n'était ni nécessaire, écrit-elle, dès lors que la jurisprudence en avait très strictement encadré le recours et limité au minimum les risques de dérive, ni utile à la cohérence de la théorie de l'acte anormal de gestion. L'auteur soutient ainsi que l'appréciation du risque est intrinsèquement comprise dans l'appréciation de normalité des opérations commerciales : « *on souscrit à l'analyse d'une certaine partie de la doctrine qui considère le risque comme un élément de définition même du critère de l'intérêt de l'entreprise* »⁷¹¹. Ceci est d'ailleurs particulièrement vrai dans le cadre des opérations financières. Par ailleurs, Laurent Olléon avait clairement fixé la limite dans ses conclusions sous la décision Legeps⁷¹² : il ne faut pas regarder « *comme*

⁷⁰⁴ CE 17 octobre 1990 n° 83310, 7e et 8e s.-s., Loiseau : RJF 11/90 n° 1317. L'abandon de la jurisprudence Loiseau apparaît nettement par la formulation de la décision : « *En statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait seulement de rechercher si les décisions en cause étaient conformes à l'intérêt de l'entreprise, sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur l'ampleur des risques pris, la cour a commis une erreur de droit* ».

⁷⁰⁵ Fichage dans la rubrique « Bénéfices industriels et commerciaux-Détermination du bénéfice net- Acte anormal de gestion

⁷⁰⁶ *Ibid.* « *C'est au regard du seul intérêt propre de l'entreprise que l'administration doit apprécier, pour déterminer le caractère déductible d'une charge, si des opérations correspondent à des actes relevant d'une gestion commerciale normale. Indépendamment du cas de détournements de fonds rendus possibles par le comportement délibéré ou la carence manifeste des dirigeants, il n'appartient pas à l'administration, dans ce cadre, de se prononcer sur l'opportunité des choix de gestion opérés par l'entreprise et notamment pas sur l'ampleur des risques pris par elle pour améliorer ses résultats* ».

⁷⁰⁷ CAA Versailles n° 15VE03890 du 7 février 2017, Sté REM Consulting, RJF 5/17 n° 415, concl. B. Coudert ; CAA Marseille n° 15MA03323 du 23 février 2017, min. c/ Sté de distribution saint-maximoise, RJF 6/17, concl. F. Salvage.

⁷⁰⁸ Cf. par exemple Nicolas Labrune, Retour à la normale de l'acte anormal de gestion : l'abandon du risque manifestement excessif, RJF 11/16 p. 1245.

⁷⁰⁹ TUROT, Jérôme, *La liberté de gestion des entreprises entre enfer et paradis (et plus près de l'enfer)*, Droit fiscal n° 27, 6 Juillet 2017, comm. 378.

⁷¹⁰ BEZZINA, Anne-Charlène, *Acte anormal de gestion : de quelques considérations sur l'abandon du critère du « risque excessif »*. Réflexions à propos de l'arrêt CE Sect. n° 375801 du 13 juillet 2016, SA Monte Paschi Banque

⁷¹¹ DEDEURWAEDER, Gilles, DE BISSY, Arnaud, *Le critère du risque dans la jurisprudence fiscale*, CDE, dossier 14, 2016.

⁷¹² CE n° 327764 du 27 avril 2011, 8e et 3e s.-s.

un acte anormal de gestion, une décision des dirigeants prise initialement dans l'intérêt de l'entreprise du seul fait que l'opération n'a pas in fine généré les profits escomptés ». Enfin, la théorie de l'acte anormal de gestion a évolué au cours du temps. La jurisprudence a pu ainsi exiger une contrepartie directe à l'opération⁷¹³, puis fait référence aux usages de la profession et définissant ainsi des normes sectorielles. Nous retrouvons là tous les éléments déjà signalés lors du précédent chapitre : on ne peut réellement renoncer à comparer pour apprécier la normalité d'une décision de gestion.

2. Le recentrage du critère de l'acte anormal

Le recentrage de l'acte anormal de gestion traduit un retour à la doctrine exprimée par le Président Racine dans ses conclusions sous la décision Renfort Service, selon laquelle l'acte anormal de gestion se limite au cas d'enrichissement délibéré d'un tiers⁷¹⁴.

La décision Monte Paschi traduit ainsi une tendance à la simplification de l'appréciation de normalité. Le critère de cette appréciation est en effet devenu unique alors qu'il était double, puisque la théorie du risque manifestement excessif aboutissait à dédoubler complètement le critère de l'acte anormal. La notion d'un risque excessif constituait dans cette perspective une polarité de sens opposé, et pour autant une limite, à la formule traditionnelle selon laquelle « *le contribuable n'est jamais tenu de tirer des affaires qu'il traite le maximum de profits que les circonstances lui auraient permis de réaliser* »⁷¹⁵. On pouvait donc établir l'existence d'une décision anormale soit par le fait qu'elle reflétait un acte délibéré d'appauvrissement, soit par son caractère imprudent excluant toute perspective de profit⁷¹⁶. Par analogie avec le vocabulaire de la responsabilité, on peut dire que l'acte anormal de gestion pouvait exister avec faute ou sans faute. L'abandon de la théorie du risque manifestement excessif reflète, dans cette mesure, une volonté du Conseil d'Etat de recentrer l'acte anormal de gestion sur les décisions fautives, tout en exonérant les entreprises ayant

⁷¹³ CE n° 219825 du 26 septembre 2001, Sté Rocardis, 8e et 3e s.-s., concl. G. Bachelier.

⁷¹⁴ CE Plén. n° 34588 du 27 juillet 1984, Sté Renfort Service, concl. P.-F. Racine, RJF 10/84 p. 582 : « *la présente affaire permettra de juger avec une certaine solennité qu'il n'y a de gestion anormale que si délibérément une entreprise agit en dehors de son intérêt* ».

⁷¹⁵ CE n° 35977 du 7 juillet 1958, Dupont p. 575.

⁷¹⁶ CE 17 octobre 1990 n° 83310, 7e et 8e s.-s., Loiseau : RJF 11/90 n° 1317. Dans ses conclusions, Olivier Fouquet note : « *il est incontestable que la pratique suivie par M. Loiseau avait un intérêt pour son entreprise : elle lui attirait des clients séduits par la garantie contre les pertes qui leur était offerte* ». Ainsi le Conseil d'Etat, tolérant pour deux années de garantie, juge que pour les années suivantes : « *eu égard tant à l'expérience qu'il avait progressivement acquise dans l'exercice de son activité qu'à l'importance des pertes déjà effectuées, excédé manifestement les risques qu'un chef d'entreprise peut être conduit à prendre pour améliorer les résultats de son exploitation* ».

subi les effets d'une décision imprudente⁷¹⁷. Il s'agit d'un retour sur l'idée que l'acte anormal de gestion tend à préserver les intérêts du Trésor⁷¹⁸.

Quels sont les effets de cette jurisprudence pour la régulation des prix de transfert ?

Dans sa chronique sur l'arrêt Loiseau⁷¹⁹, Jérôme Turot trouvait à la notion de risque excessif l'intérêt de mettre un terme à la multiplicité des critères de l'acte anormal de gestion, en particulier le recours à l'idée qu'un acte est anormal s'il ne correspond pas aux usages, idée qui peut répandre le conformisme chez les entrepreneurs⁷²⁰. Cette théorie permettait également de mieux réguler les enrichissements indus d'une entité par les autres au sein d'un groupe⁷²¹.

Deux conséquences nous paraissent se déduire de la jurisprudence Monte Paschi :

- d'une part, l'avantage par nature/acte anormal de gestion constaté dans les comptes d'une entreprise suppose un enrichissement lui-même regardé comme anormal chez l'entité bénéficiaire. A cet égard, la séparation des avantages par nature des avantages par comparaison rend difficile l'identification des enrichissements anormaux intra-groupes, ce qui explique le caractère rigide de la catégorie des avantages par nature ;

⁷¹⁷ TUROT, Jérôme, *L'entrepreneur, le risque et le fisc. La notion d'acte qui, sans être étranger à l'intérêt de l'entreprise, lui fait courir un risque excessif*, RJF 11/90 p. 735, 1990. La théorie du risque excessif rapprochait la notion fiscale d'acte anormal et la notion d'imprudence fautive. Dans sa chronique sous l'arrêt Loiseau, Turot écrit : « La jurisprudence judiciaire ne sanctionne pas un acte comme fautif du seul fait qu'il s'est révélé dommageable à la société ; mais, inversement, il ne suffit pas que le dirigeant ait agi dans l'intérêt de l'entreprise pour être exonéré de sa responsabilité ».

⁷¹⁸ LABRUNE, Nicolas, *Retour à la normale de l'acte anormal de gestion*, RJF 11/16 p. 1247. : « Il faut, à cet égard, se départir de l'idée consistant à voir dans la déductibilité d'une perte procédant d'une opération risquée une façon pour l'entreprise imprudente ou négligente de "faire payer la note" aux contribuables. Le droit commun est qu'une entreprise n'est imposée que sur ses bénéficiaires et, lorsqu'une entreprise a subi une perte à la suite d'une opération risquée, cette perte a bel et bien grevé son résultat ». A cet égard, on peut objecter que toute entreprise privant ses actionnaires par l'effet de fautes de gestion supporte au premier chef les conséquences de ses actes dans son compte de résultat. Il n'en va pas différemment de celle qui octroie un avantage par nature à une société liée dans le contexte de l'article 57. C'est donc bien l'idée d'une théorie de l'acte anormal de gestion destinée à préserver les intérêts du Trésor comme « actionnaire » de la société qui est ainsi remise en cause.

⁷¹⁹ TUROT, Jérôme, *L'entrepreneur, le risque et le fisc. La notion d'acte qui, sans être étranger à l'intérêt de l'entreprise, lui fait courir un risque excessif*, RJF 11/90 p. 735, 1990.

⁷²⁰ *Ibid.* : « La notion de risque excessif présente un inestimable avantage : celui d'en finir avec les faux critères... : les actes illicites, ... l'absence d'obligation de supporter une charge..., la conformité aux usages ». Sur ce point, « on pourrait être tenté de voir dans la référence aux usages un critère souple et réaliste de la gestion normale. Mais ce serait condamner les entreprises à faire la même chose que leurs concurrents, et les cantonner dans une gestion « à la papa »... la référence aux usages semble cependant admise dans le cas particulier des relations entre sociétés d'un même groupe. Ainsi, dans une affaire où une société qui avait consenti à sa filiale divers avantages se prévalait de l'intérêt du groupe pris dans son ensemble, le Conseil d'Etat juge que la société a poursuivi des fins étrangères à son intérêt propre en consentant des avantages "qui ne sont pas conformes aux usages commerciaux" » (CE n° 2138 et 2769 du 12 juillet 1978, RJF 10/78 n° 401).

⁷²¹ *Ibid.* : « En effet, s'agissant de groupes, les relations entre sociétés ne peuvent être réputées librement négociées ».

- d'autre part, l'absence de prise en compte du risque dans le critère d'anormalité fait immanquablement ressortir les « faux critères »⁷²² dans l'appréciation des décisions d'entreprise, notamment intra-groupes. La décision Sodirep, qui commente les usages du crédit fournisseur, comme on l'a vu, en fournit un exemple.

B. Le principe de non-immixtion élargi jusqu'aux frontières de l'abus

Nous pouvons dans cette mesure établir une continuité entre la décision Monte Paschi et la logique présidant à la décision Rottapharm⁷²³, qui participe au resserrement de la catégorie de l'acte anormal de gestion⁷²⁴.

Le Conseil d'Etat considère en effet qu'une cour méconnaît le principe de non-immixtion dans la gestion en jugeant que l'administration peut imposer, en les regardant comme anormales, des dépenses promotionnelles dont le volume, en pourcentage du chiffre d'affaires, excède le niveau constaté pour le secteur économique considéré. Dans ses conclusions sur ce point, le rapporteur public de Barmon affirme : « *Un acte normal n'est pas un acte conforme à une norme, encore moins à une moyenne abstraite* ».

Le Conseil d'Etat censure également pour erreur de droit la présomption d'anormalité instaurée par la cour, en présence de la renonciation d'une société à percevoir une marge sur des dépenses qu'elle refacture à prix coûtant à sa mère. En effet, comme nous l'avons relevé, la liste des dépenses ou renoncations à recettes susceptibles d'être présumées anormales depuis la jurisprudence Pierre de Reynal⁷²⁵ doit être regardée comme fermée par la décision Compagnie rhénane de raffinage⁷²⁶. Le fait d'élargir la catégorie à toute renonciation à recette est critiqué par le rapporteur public et censuré par la haute juridiction, en vertu du principe selon lequel « *la liberté de gestion demeure la règle et l'acte anormal de gestion un correctif face à des situations abusives* ».

⁷²² *Ibid.*

⁷²³ CE n° 369214 du 23 janvier 2015, SAS Rottapharm, 9e et 10e s.-s., rapp. J. Anfruns, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon, mentionné aux tables du recueil Lebon, conclusions disponibles sur la base Ariane du Conseil d'Etat. La SAS Rottapharm avait supporté des frais de publicité au titre de médicaments dont le droit de distribution lui avait été concédé par sa société mère, la société néerlandaise Rotta Research International, elle-même détenue par la société italienne Rottapharm SPA. Elle avait par ailleurs pris en charge pour le compte de cette dernière certaines dépenses et les lui avait refacturées sans marge. L'administration avait remis en cause ces opérations et avait gagné devant le TA puis la CAA, même si le rapporteur public devant la cour avait amorcé une révision sur le premier redressement. Le Conseil d'Etat censure les deux rectifications.

⁷²⁴ V. de MASSIAC, Alice, BAGDASSARIAN, Raphaël, *Coup de frein réaffirmé par le Conseil d'Etat aux immixtions de l'Administration dans la gestion des entreprises*, Droit fiscal n° 16, 16 avril 2015, comm. 268

⁷²⁵ CE n° 223092 du 26 février 2003, 9e et 10e réunions.

⁷²⁶ CE n° 337227 du 22 novembre 2009, 3e et 10e s.-s., concl. E. Geffray, Droit fiscal 2010 n° 7 comm. 186, RJF 2/2010 n° 106.

1. Rapprochement des jurisprudences Monte Paschi et Rottapharm

Négociante en produits de pharmacie, la SAS Rottapharm avait subi une rectification au titre de la déduction de charges de promotion pour une fraction excédant 12 % du chiffre d'affaires imputable au médicament concerné, soit le taux moyen des frais de promotion des entreprises du secteur pharmaceutique, ainsi que la déduction des frais financiers d'un emprunt. L'administration avaient en effet estimé que l'exposition de charges d'une telle ampleur constituait un acte anormal de gestion dans la mesure où la promotion en cause profitait seulement à l'entité irlandaise du groupe.

La cour administrative d'appel de Paris avait rejeté l'appel de la société Rottapharm⁷²⁷. Dans ses conclusions, le rapporteur public Martine Dhiver rappelait que c'est à l'administration d'établir les faits qu'elle juge constitutifs d'un acte anormal de gestion. Aussi, le rapporteur public prescrivait à la cour, qui ne l'a pas suivie, de faire droit à l'appel de la société en ce qui concerne les frais de promotion et les frais financiers y afférents. Elle se prévalait de l'analyse de Julie Burguburu dans sa chronique à la RJF⁷²⁸, ainsi que des conclusions de Laurent Olléon dans l'affaire Legeps⁷²⁹, selon lesquels la théorie du risque excessif revêtait un caractère résiduel et n'était applicable que de façon « *marginale et exceptionnelle* ». Selon son analyse, une décision de gestion ne saurait être regardée comme anormale du seul fait qu'elle s'est révélée malencontreuse et que l'opération n'a pas généré les profits escomptés. On retrouve là les arguments de l'affaire Monte Paschi : il n'est pas juste de la part du service de porter, *a posteriori*, un jugement sur sa décision qui a pu être motivée, à l'époque, par l'intérêt de l'entreprise. En l'espèce, le dossier montrait que la société pouvait espérer un retour économique appréciable de son comportement en matière de vente de médicaments. La lecture du dossier selon la théorie du risque excessif suffisait donc pour reprocher à l'administration son rôle de censeur des décisions de gestion guidées par un réel intérêt entrepreneurial.

Au cas particulier, la société avait dû réorganiser sa force de vente pour assurer la distribution du produit, ce qui ne pouvait s'effectuer sans occasionner des coûts importants, mais dont on peut penser qu'ils étaient susceptibles d'être couverts dans le futur non seulement par les profits du médicament en cause, mais aussi par la distribution d'autres

⁷²⁷ CAA Paris n° 11PA00847 du 11 avril 2013, concl. M. Dhiver consultables sur la base Ariane du Conseil d'Etat.

⁷²⁸ BURGUBURU, Julie, « *Acte anormal de gestion : le juge prend-il trop de risques ?* », RJF 4/08 p. 331.

⁷²⁹ CE 27 avril 2011, n° 327764, Sté Legeps, concl. au BDCF 7/11 n° 81.

médicaments. La cour n'avait pas accueilli cet argument en relevant que le produit était « *déjà commercialisé antérieurement* », que la société n'en avait pas l'exclusivité « *dans un marché certes prometteur mais fortement concurrentiel, où la part de marché de ce produit n'était que de 6 % alors que le seuil de rentabilité qui aurait dû être atteint en 2002 imposait qu'elle doublât son chiffre d'affaires* ».

C'est cette appréciation que le Conseil d'Etat a censurée. Le fichage de la décision dans la base de données Ariane précise que, sur ce seul redressement, deux points font jurisprudence : « *1) Il n'appartient pas à l'administration de se prononcer sur l'opportunité des choix arrêtés par une entreprise pour sa gestion. 2) a) Il appartient en principe à l'administration d'apporter la preuve des faits sur lesquels elle se fonde pour estimer qu'une dépense engagée par une entreprise, établie par cette dernière dans sa nature et son montant, ne relève pas d'une gestion commerciale normale* ».

Dans sa note sous la décision, Raphaël Badgassarian⁷³⁰ est convaincu par le raisonnement. Il ajoute que l'écueil rencontré par l'administration sous la forme des règles de preuve de l'acte anormal de gestion aurait pu être évité si le service avait fondé sa rectification sur les dispositions de l'article 57⁷³¹. Cet argument nous donne matière à réfléchir : d'un côté, il est curieux que l'administration n'ait pas exploité le lien évident de dépendance pour justifier sa rectification sur le terrain de l'article 57. Dans ses conclusions devant la cour d'appel, Martine Dhiver marque un étonnement similaire⁷³². D'un autre côté, nous avons vu qu'en matière d'avantage faisant présumer un transfert, le lien de dépendance est inopérant. Comment trancher ? La réponse nous paraît résider non pas dans la base légale mais dans la nature du redressement. Il était possible au service, en présence d'un bénéfice insuffisant, de contester soit l'excès de charge, soit l'insuffisance de produits au regard des fonctions exercées. La rectification en matière de transfert de bénéfices aurait donc pu consister à remettre en cause non pas la déduction des frais de promotion, mais l'absence de compensation d'une partie de ces frais par la mère, réputée décisionnaire en matière de

⁷³⁰ Cf. Bagdassarian, Raphaël, *Loc. cit.* Dr. fisc. 2015, n° 16, comm. 268.

⁷³¹ *Ibid.* : « *Dans le cadre de ce dispositif, s'il appartient à l'administration de prouver l'existence d'avantages consentis à une société liée, il revient à la société d'apporter la preuve contraire en établissant que l'opération apparemment anormale est en réalité justifiée par les nécessités de l'exploitation* ».

⁷³² CAA Paris n° 11PA00847 du 11 avril 2013, concl. M. Dhiver consultables sur la base Ariane du Conseil d'Etat. Martine Dhiver relève que l'administration, qui a mené une étude économique de la situation, « *n'a toutefois pas tiré véritablement de conséquences de son analyse des prix de cession intra-groupe puisque le redressement a finalement consisté uniquement à remettre en cause la déductibilité des frais de promotion* ».

politique de prix de transfert. Encore fallait-il pour cela admettre que la minoration d'un tel produit soit un avantage par nature, ce qui, on l'a vu, n'est pas dépourvu de difficulté.

A ce point, on pourrait encore voir dans la décision le résultat d'un choix tactique malheureux de l'administration devant le juge. Selon cette interprétation, il en irait de ce type de redressement comme des rectifications de marge de distributrices françaises visant des sociétés sœurs, alors que la responsable de leur mauvais sort est la société mère, chef d'orchestre véritable de la politique de prix de transfert. Il appartiendrait alors au service de bien « flécher » son redressement, en examinant non seulement l'anormalité de la dépense, mais la nature du gain enregistré par la société liée, bénéficiaire du transfert. L'effectivité de l'article 57 serait une question touchant aux méthodes de contrôle fiscal, et le droit serait sauf. L'idée est séduisante, mais la décision Rottapharm sur le deuxième redressement montre que le problème est plus profond.

2. La question de l'acte anormal de gestion cantonné à la répression des abus

Dans ses conclusions précitées devant la cour administrative d'appel, Martine Dhiver proposait de confirmer les rappels concernant la refacturation sans marge des frais commerciaux. En effet, dans la perspective de la distribution en France d'un produit, la société Rottapharm avait facturé au titre de l'exercice 2000 des prestations de promotion à la société italienne Rottapharm Srl, filiale italienne du groupe et propriétaire de la marque Saugella dont les produits étaient en cause. Il s'agissait de frais de visite médicale pendant 5 mois, de mars à juillet 2000, pour des produits qui étaient alors commercialisés par la société M3G distribution. Constatant que la société n'avait appliqué aucune marge, l'administration avait estimé qu'elle avait anormalement renoncé à des recettes, et avait fixé la marge à 10 % du montant facturé. La société cherchait à combattre cette présomption en soutenant que les frais en cause avaient été engagés dans son intérêt puisqu'il s'agissait « *de présenter les produits aux médecins et ainsi de préparer leur distribution par ses soins à partir du 1er janvier 2001* ». L'administration faisait valoir, de son côté, que les produits de la marque Saugella en question avaient été distribués, avant comme après l'exercice litigieux, par une société tierce M3G distribution. Pour le rapporteur public Martine Dhiver, « *les actions de visite médicale auprès des médecins réalisées entre mars et juillet 2000 sont des actions de court terme qui visaient à soutenir immédiatement les ventes et ne peuvent donc pas être rattachées à la commercialisation future des produits à partir de janvier 2001* ». Dans ce contexte, il y avait

bien lieu de confirmer la rectification des bases de Rottapharm. Ce que fit la cour en estimant que la facturation sans marge de frais de distribution exposés au titre d'un contrat dont la société n'était pas titulaire revêtait un caractère anormal⁷³³. Elle notait à titre surabondant que la SAS Rottapharm se trouvait dans une situation déficitaire.

Pourtant le Conseil d'Etat censure la décision pour erreur de droit quant à la dévolution de la preuve en matière d'acte anormal constitué par une minoration de recettes. Pour expliciter le point jugé, rappelons que, pour Martine Dhiver, « *certaines actes qui s'apparentent à une libéralité - tels que des abandons de créances, des prêts sans intérêts ou une renonciation à recettes - sont réputés anormaux et, en présence de ces actes, il incombe à l'entreprise de justifier qu'en consentant un tel avantage à un tiers, elle a agi dans son intérêt commercial* ». Ainsi, la facturation à prix coûtant par une filiale à sa mère entre dans la catégorie des avantages par nature constituant des actes anormaux de gestion, sauf à démontrer qu'il est dans l'intérêt de la filiale d'agir de la sorte. Le fichage de la décision Compagnie rhénane de raffinage⁷³⁴ pouvait laisser présumer le caractère conforme de cette interprétation⁷³⁵. Ainsi, on pouvait penser qu'une facturation à prix coûtant est par nature anormale, puisqu'elle ne permet pas de couvrir les frais généraux et de dégager un profit, sauf lorsqu'une telle anomalie résulte de l'objet d'une société qui, à l'instar de la compagnie de raffinage, pratique une facturation sans marge envers tous ses actionnaires. L'examen de la décision Rhénane de raffinage accrédite cette interprétation⁷³⁶. L'administration ne pouvait

⁷³³ CAA Paris n° 11PA00847 du 11 avril 2013. La cour relève « *qu'au moment où ces derniers ont été engagés, la société M 3 G Distribution était toujours titulaire d'un contrat de distribution exclusive du produit Saugella en France et que son contrat de location gérance avec la société Oberlin, précédent propriétaire de la marque Saugella, n'avait pas été résilié ; que s'il était loisible à la société italienne Rottapharm SPA de prendre en charge les frais de lancement et de promotion des produits Saugella en tant que propriétaire de cette marque, la SAS Rottapharm, qui n'en était alors pas le distributeur légal, ne justifie pas de l'intérêt commercial de se faire rembourser les frais litigieux sans appliquer de taux de marge ; que l'intéressée, qui ne conteste pas les faits, ne se prévaut d'aucune contrepartie qu'elle aurait retirée en se privant des recettes auxquelles elle aurait pu prétendre si elle avait appliqué un taux de marge conforme aux pratiques de la profession et évalué par le service à 10 %* »

⁷³⁴ CE n° 41396, 41399 du 4 mars 1985, RJF 5/85 n° 683 ; CE n° 307227 du 25 novembre 2009, 3e et 8e s.-s., min. c/ Cie Rhénane de Raffinage, RJF 2/10 n° 106, concl. E. Geffray BDCF 2/10 n° 15.

⁷³⁵ *Ibid.* Le fichage indique en effet que « *La réalisation de ces prestations à prix coûtant couvrant, outre les frais et charges proportionnels, une quote-part de frais fixes de la société, notamment au titre des intérêts des capitaux empruntés et des amortissements des investissements, ainsi que l'éventuelle rémunération des capitaux propres décidée par le conseil d'administration, était inhérente aux conditions d'exploitation de la société telles que définies, dans le respect des dispositions de l'article 1832 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978, dans le pacte social. Par suite, il était de l'intérêt de la société de réaliser, sans marge bénéficiaire, les prestations de raffinage destinées à ses actionnaires. Absence d'acte anormal de gestion* ».

⁷³⁶ CE n° 307227 du 25 novembre 2009, 3e et 8e s.-s., min. c/ Cie Rhénane de Raffinage : le Conseil d'Etat relève qu'en « *jugeant..., que l'administration fiscale n'apportait pas la preuve qui lui incombait, de ce que la renonciation par la CRR à facturer une marge bénéficiaire sur les prestations effectuées au profit de ses actionnaires relèverait d'une gestion anormale, la cour a, sans commettre d'erreur de droit, exactement qualifié les faits* ».

regarder comme anormal, entendu comme non conforme au but lucratif, le fait qu'une entité à laquelle on n'a pas assigné un tel but se prive d'une marge de distribution.

La question implicitement posée dans l'affaire Rottapharm consistait donc à déterminer si la jurisprudence Rhénane de raffinage pouvait être généralisée à toute société lucrative. A cet égard, la Haute Assemblée impose que le service démontre d'abord le caractère anormal de la facturation sans marge⁷³⁷, ce qui revient à exclure la facturation sans marge de la liste des avantages par nature. Les conclusions du rapporteur public Marie-Astrid de Barmon éclairent cette appréciation⁷³⁸. On comprend qu'est reproché à la cour d'avoir étendu la présomption d'anormalité des avantages octroyés à un tiers à tous les types d'actes, alors, selon le rapporteur public, que la jurisprudence ne prévoit une telle présomption qu'en matière d'abandon de créances⁷³⁹. La contradiction est frontale avec l'analyse précitée de Martine Dhiver, pour laquelle les abandons de créance, les prêts sans intérêts ou les renonciations à recettes constituent des avantages par nature. L'extension de la liste des avantages par nature aux renonciations à recettes est fautive, selon le rapporteur public du Conseil d'Etat : *« si l'on veut que la liberté de gestion de l'entreprise demeure le principe et l'acte anormal de gestion un correctif face à des situations abusives, la présomption d'anormalité liée à la nature de l'acte doit rester dérogatoire. Une extension de la présomption d'acte anormal de gestion à cette hypothèse ne nous paraît dès lors pas souhaitable »*.

*

*

*

Que penser du resserrement de l'acte anormal de gestion en matière de prix de transfert ?

D'abord, nous ne pouvons nous résoudre à supposer une véritable volonté du Conseil d'Etat de resserrer l'objet de l'acte anormal de gestion aux « *situations abusives* » au sens

⁷³⁷ CE n° 369214 du 23 janvier 2015, SAS Rottapharm, 9e et 10e s.-s., rapp. J. Anfruns, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon, mentionné aux tables du recueil Lebon. Le Conseil d'Etat précise que cette lecture suppose une démonstration préalable de l'anormalité : *« après avoir constaté l'absence de facturation d'une marge commerciale, la cour a estimé que l'administration avait pu, à bon droit, réintégrer au résultat de la SAS Rottapharm une somme correspondant à une fraction de la marge commerciale qu'elle estimait normale, dès lors que la SAS requérante n'avait pas établi les contreparties qu'elle avait retirées de l'avance sans marge qu'elle avait consentie ; que, cependant, conformément aux règles rappelées au point 4, il revenait à l'administration d'apporter la preuve du caractère anormal de la facturation en litige ; que l'absence de marge commerciale ne pouvait, à elle seule, faire présumer un tel caractère ; que par suite, en statuant comme elle l'a fait, la cour a méconnu les règles gouvernant la charge de la preuve »*.

⁷³⁸ Cf. Dr. fisc. 2015, n° 16, comm. 268.

⁷³⁹ CE n° 223092 du 26 février 2003, Sté Pierre de Reynal et Cie, 9e et 10e s.-s.) et de prêt sans intérêt (CE n° 350003, Sté Oldtown p/c Sté Exor, 8e et 3e s.-s..

d'un abus de droit. Si tel était le cas, l'acte anormal de gestion perdrait sa faculté régulatrice des situations d'appauvrissement de société au bénéfice de tiers. Le point délicat est que, nous l'avons vu, l'abandon de la théorie du risque manifestement excessif tend bien à une restriction du périmètre de l'acte anormal de gestion.

Nous pouvons résumer le débat en recourant à nouveau, par analogie, au vocabulaire de la responsabilité. Nous avons dit que l'abandon de la théorie du risque manifestement excessif revient à supprimer l'acte anormal « sans faute » pour le réserver à des situations délibérées. Dans le contexte de groupes, est-ce à dire que la faute doit toujours être « personnelle », c'est-à-dire imputable à l'intention délibérée de la société rectifiée d'agir contre son intérêt social ? Ou y a-t-il place pour une responsabilité du contribuable à raison des « fautes de service » commises par l'effet d'une logique de groupe ? Dans le contexte des prix de transfert, et sur le terrain de l'article 57 en tant qu'il comporte un critère tiré du lien de dépendance, il nous paraît logique de répondre de façon affirmative à cette deuxième question et de rejeter la première. Cela impliquerait de ne pas regarder ce critère comme inopérant au sens de la présomption de transfert proprement dite, contrairement au réflexe de la jurisprudence en matière de sous-capitalisation. Cette interprétation est cohérente avec la distinction entre un intérêt social et un intérêt de groupe que nous avons formulée précédemment : elle permet de ne mettre au compte d'une entité en France que ce qui résulte des intérêts dont elle est dépositaire, à savoir un intérêt social et, seulement si l'entité est une tête de groupe, des intérêts collectifs. Dans le cas de la SAS Rottapharm, par exemple, cette appréciation aurait conduit à pratiquer une rectification au titre des frais de promotion, non pas du chef de leur importance, mais à raison de leur non-compensation par la mère.

CONCLUSION DE LA SECTION

L'évolution récente de l'acte anormal de gestion influe sur l'appréciation du transfert de bénéfices au travers de la catégorie des avantages par nature. Le lien est révélé de façon indirecte par l'abandon de la théorie du risque excessif, qui s'inscrit dans une tendance plus large de promotion de la liberté de gestion et, corrélativement, de restriction du périmètre des avantages soupçonnés de constituer des transferts de bénéfices.

Cette tendance est complémentaire avec la logique libérale qui anime la jurisprudence des abandons de créance. Elle révèle une contradiction entre le principe de rectification contenu dans le dispositif de l'article 57 et la conception que le juge se fait, souvent au fil de l'eau et sans encore de mode d'emploi, de la liberté d'entreprendre au sein d'un groupe.

CONCLUSION DU CHAPITRE

La référence de normalité prévue par l'article 57 coïncide en définitive avec la référence à une gestion normale au sens de la théorie de l'acte anormal de gestion. Elle correspond à une limitation tendancielle de la liste des avantages par nature, et entre en phase avec la jurisprudence de l'acte anormal de gestion lui-même. Dans le contexte de l'abandon de la jurisprudence Loiseau, la référence de normalité interdit par exemple d'apprécier les risques pris par une filiale pour complaire à sa mère, ce qui est assez contre-intuitif du point de vue de la régulation des prix de transfert et devra nous conduire à examiner la conformité de la jurisprudence avec l'esprit du principe de pleine concurrence.

CONCLUSION DU TITRE

La double référence de pleine concurrence en droit français, c'est-à-dire le fait que la mise en œuvre du principe de pleine concurrence suppose un élément de comparaison et un point d'appui au regard des normes de comportement économique, se traduit en définitive par une divergence entre ces deux composantes.

Deux causes de cette divergence pourraient être imputées au juge français. Restreindre la comparaison aux seuls cas d'indépendance et durcir la référence de normalité semblent, en effet, constituer les deux axes d'une même jurisprudence voulue comme libérale. Le résultat combiné de ces deux causes est de désarticuler le dispositif de rectification et d'accentuer le clivage entre la nature et la comparaison. La classification des avantages par nature et par comparaison, qui correspond à ce clivage, élimine progressivement la comparaison et même la quantification de la référence de normalité, tandis que l'avantage par comparaison exclut progressivement toute référence à une norme de comportement théorique. Le résultat est une alternative nette entre les deux concepts, alors que l'on aurait pu penser la relation entre la nature et la comparaison comme un aller-retour dialectique entre l'essence et le phénomène.

Mais il y a une autre cause à cette divergence, qui touche à la conception du principe de pleine concurrence lui-même. En droit fiscal interne, ce principe existe comme droit à la rectification des assiettes imposables. A l'échelle internationale, il doit s'agir plus largement d'un élément de régulation par la neutralité de l'impôt.

CONCLUSION DE LA PARTIE

On ne peut en définitive comprendre le principe de pleine concurrence universel au seul vu de sa formulation textuelle dans les conventions modèle ou de sa transposition dans le droit interne. En particulier, le fait qu'un Etat écrive son dispositif de rectification à l'identique de l'article 9 § 1 de la convention-modèle, quand bien même ses juridictions assortiraient une telle disposition de toutes les garanties de l'Etat de droit, ne fournit qu'une indication partielle sur la portée de ce principe.

En effet, l'acclimatation du principe de rectification est tributaire de la tension entre deux pôles d'analyse qui sont l'économie idéale et la situation pratique. Ces deux points de référence, la norme naturelle et la comparaison, sont présents dans l'article 9 § 1 mais peuvent prendre, en application du principe du for, autant d'apparences qu'il y a de traditions juridiques nationales et de relations possibles entre le droit fiscal et l'économie, même si l'enjeu de l'appréciation de normalité est toujours présent dans la problématique.

Il faut donc remonter au principe de pleine concurrence si l'on veut comprendre sa portée régulatrice en matière de prix de transfert. A l'issue de cette première partie, nous voyons que cette entreprise ne peut se limiter à l'analyse de l'article 9 § 1, mais va nécessiter une étude de ses déclinaisons et une recherche de ses sources.

DEUXIEME PARTIE. LE DROIT FISCAL DE LA PLEINE CONCURRENCE

L'objet de cette deuxième partie concerne l'origine et la portée du principe de pleine concurrence dans le cadre de la régulation des prix de transfert. La séparation entre le principe comme référence et sa concrétisation comme droit de rectification pour les Etats fait naître un écart entre l'idée d'une régulation générale et sa mise en œuvre par le pouvoir administratif. Elle soulève le problème des modalités envisageables pour résorber cet écart. En effet, la fracture se loge au sein même de l'article 9 § 1 ; mais aussi entre le droit international et le droit interne ; entre l'administration, le juge et le contribuable ; et, à la limite, entre le droit fiscal, les autres branches du droit et l'économie.

La question posée consiste donc à déterminer si, et à quelles conditions, le principe de pleine concurrence universel, à supposer que l'on puisse vérifier son existence, peut constituer un principe de conciliation entre ces contraires.

Deux directions de travail se font jour. La première consiste à identifier précisément le principe de pleine concurrence universel au regard de ses sources (Titre 1). La deuxième consiste à définir comment ce principe peut guider les règles et pratiques de conciliation entre les intérêts des acteurs ainsi que l'orientation des comportements, conditions d'une régulation compatible avec la complexité du système (Titre 2).

TITRE 1. AU PRINCIPE DE LA PLEINE CONCURRENCE

On doit commencer toute étude du principe de pleine concurrence universel par l'analyse des lignes directrices de l'OCDE en matière de prix de transfert. Nous leur consacrerons le Chapitre 1 du présent titre. Nous verrons que cette référence textuelle et historique ne suffit pas, et qu'une analyse du principe dans l'ordre économique permet, seule, d'en éclairer l'inspiration et donc la portée. Tel sera l'objet du Chapitre 2.

CHAPITRE 1. L'EXPRESSION DU PRINCIPE DE PLEINE CONCURRENCE

Les lignes directrices de l'OCDE sont, pour l'essentiel de notre questionnement, contenues dans le rapport périodique intitulé : « *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales* ». Elles constituent dans leur édition 2017⁷⁴⁰, un corpus de doctrine de plus de trois cent pages, élaboré au fil du temps et régulièrement mis à jour. Des compléments thématiques sont développés en parallèle sous forme de rapports particuliers⁷⁴¹, qui sont ensuite intégrés dans le corpus.

Il convient à titre liminaire de commenter le mode d'élaboration de cette doctrine. Les lignes directrices se négocient dans une enceinte multilatérale prenant la forme d'un ou plusieurs groupes de travail relevant du comité des affaires fiscales de l'OCDE (en particulier le Groupe n° 6). Chaque étape de rédaction, menée sous la présidence d'un représentant d'un Etat membre, est animée par le secrétariat de l'OCDE et réunit des fonctionnaires des Etats parties. Le secrétariat propose les documents de travail et les versions consolidées après négociation. Il assure également les relations avec la société civile, avec les représentants de laquelle il entretient ses propres relations, et la gestion des procédures de consultation publique et de publication des documents adoptés. Les consultations publiques donnent lieu à des commentaires de chercheurs, de représentants d'entreprises et de cabinets de conseil ou sociétés d'avocats, ou encore d'organisations non gouvernementales. La représentation des intérêts privés et académiques est donc transparente et officielle. Ceci étant, le processus est loin d'être parfait : l'abondance des documents, la technicité des productions et le temps inéluctable de bureaucratie se traduisent par une compression forte, pour les délégations, des délais de validation, et une difficulté à apporter des contributions approfondies. Un Etat dont la position sur un point donné est dissidente risque même, sauf grande vigilance de ses représentants, de voir la position majoritaire progresser à son détriment d'une édition sur l'autre. Il peut résulter de ce processus une certaine frustration des délégués, et l'impression

⁷⁴⁰ Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales, juillet 2017. Nous désignons ces « Principes directeurs » par les termes « lignes directrices ». Les références correspondent à l'édition 2017 sauf indication contraire. Elles comportent deux nombres dont le premier indique le chapitre et le second le numéro de paragraphe.

⁷⁴¹ Sur l'établissement stable, la sous-capitalisation et les actifs incorporels, par exemple.

diffuse que les acteurs autres que les Etats bénéficient d'une écoute comparable sinon meilleure que celle qui leur est accordée. Les délégués nationaux à l'OCDE, dont fut un temps le rédacteur de ces lignes, ne sont donc pas toujours, en tant qu'individus, les défenseurs les plus convaincus des acquis de l'organisation.

Ceci étant, les positions exprimées par les Etats dépassent celles de leurs représentants et traduisent toujours, peu ou prou, la doctrine des administrations fiscales et l'esprit des législations nationales. On peut donc faire l'hypothèse que les éléments de consensus stabilisés dans les lignes directrices sont compatibles avec les traditions nationales ou, à tout le moins, que le texte de ces dernières ne reflète pas, dans les éléments les plus importants de sa substance, des points de doctrine en opposition frontale avec le droit des prix de transfert émis par les Etats représentés.

Corrélativement, l'élaboration au consensus et au long cours rend difficile l'identification des mobiles poursuivis par le concert des Etats membres. Nous avons vu que, dans le droit des traités, l'interprétation d'un texte s'effectue dans son contexte et à la lumière de son objet et de l'intention des parties contractantes⁷⁴². Il en va de même en droit interne pour la loi, qui s'examine notamment à la lumière de l'intention du législateur. Mais l'interprétation téléologique des lignes directrices de l'OCDE bute sur le foisonnement de leurs sources, la vitesse de leur renouvellement, et l'ampleur de leur contenu. Seul reste comme point fixe une partie, substantielle tout de même, de leur texte, la doctrine de l'organisation qui les porte, et en définitive la philosophie des Etats qui donnent à cette organisation son influence. Tels sont les éléments que nous allons nous efforcer de dégager.

Les lignes directrices de l'OCDE ont fait l'objet d'une actualisation publiée le 10 juillet 2017. La version consolidée inclut en particulier les amendements introduits par les rapports sur les actions 8-10 et 13 du Plan d'action BEPS, ainsi que les révisions apportées au chapitre 4⁷⁴³.

Les chapitres II (méthodes de prix de transfert), III (analyse de comparabilité), VII (services intra-groupes), VIII (accords de répartition de coûts) et IX (restructurations) sont à peu près inchangés. La partie II du chapitre II, par exemple, consacrée aux méthodes traditionnelles fondées sur les transactions, est allégée de quelques-uns de ses exemples. Le

⁷⁴² Convention de Vienne, art. 31 à 33 ; Cf. F. Engelen, *Interpretation of Tax Treaties Under International Law*, IBFD, Academic Council, Doctoral Series, 2004, pp. 59 s.

⁷⁴³ *Safe Harbours*.

corpus de cinq méthodes de détermination des prix de transfert recommandées par l'OCDE conserve son intégrité. De même, le chapitre IV consacré aux méthodes administratives de prévention et de règlement des différends n'évolue guère, en substance, qu'en ce qui concerne les actualisations relatives aux pratiques fiscales préférentielles, actualisation rendue nécessaire par la mise au jour, ces dernières années, de politiques étatiques encourageant la planification fiscale agressive. Le chapitre V, relatif à la documentation de prix de transfert, tient compte des évolutions importantes survenues en cette matière encore nouvelle⁷⁴⁴.

Au chapitre I, la section D relative aux directives en matière de mise en œuvre du principe de pleine concurrence a été refondue et son volume a été augmenté pour passer d'une vingtaine de pages à près de cinquante pages. Dans l'édition de 2010, la moitié de la section était consacrée à l'analyse de comparabilité, c'est-à-dire à la description de son importance, à la qualification de la notion de « *comparable* », et aux facteurs déterminant la comparabilité. Le reste du propos constituait une série de développements relatifs en particulier à la définition des transactions à prendre en compte⁷⁴⁵, ou encore à l'analyse des entités en situation de perte comptable. La refonte de la section aboutit à huit sous-sections mais la sous-section D.1. « *Identifying the commercial or financial relations* », d'un volume de 35 pages, reprend et enrichit les développements précédents sur le principe et l'analyse de comparabilité. Elle ajoute des développements substantiels concernant la gestion des risques, matière indispensable dans des lignes directrices qui insistent en de nombreuses occurrences sur la nécessité, pour qui met en œuvre une méthode quelconque de prix de transfert, de l'inscrire dans une analyse préalable des fonctions et des risques incombant aux entités concernées. Cette section comprend des développements sur la délimitation des transactions⁷⁴⁶ rendus nécessaires par l'appréhension des montages de délocalisation complète de chiffre d'affaires favorisés par la nouvelle économie. Trois paragraphes inédits sont consacrés aux économies de localisations et caractéristiques du marché local, au collectif de travail⁷⁴⁷, et aux synergies de groupes d'entreprises multinationales.

Au chapitre VI, la question des actifs incorporels est mieux située qu'auparavant dans le contexte des prix de transfert, c'est-à-dire de la définition du principe de pleine concurrence (6.1 à 6.3) et de l'importance d'une analyse soignée de comparabilité (6.4). Les actifs font

⁷⁴⁴ Cf. Titre II, Chapitre II de la présente partie.

⁷⁴⁵ Préférence pour une prise en compte des transactions réellement effectuées plutôt que pour des transactions structurées par les services fiscaux.

⁷⁴⁶ « *delineation* ».

⁷⁴⁷ « *assembled workforce* ».

l'objet d'une définition (6.5 à 6.12), tout comme dans l'édition 2010 (6.3 à 6.7) mais, avec de substantielles différences d'approche.

La définition de l'édition de 2010 partait en effet des qualifications retenues pour la mise en œuvre de la notion de redevance figurant à l'article 12 du modèle de convention. Le propos commençait donc par décrire les actifs incorporels comme correspondant à deux catégories : les biens incorporels commerciaux comprenant « *les brevets, les savoir-faire, les dessins et modèles qui sont utilisés pour la production d'une marchandise ou pour une prestation de services, ainsi que les biens incorporels qui constituent eux-mêmes des actifs d'une entreprise transférés à des clients ou utilisés dans l'exploitation de l'entreprise* » (6.3) ; et les biens incorporels de commercialisation, comprenant notamment les « *marques de fabrique ou de commerce et les noms commerciaux qui concourent à l'exploitation commerciale d'un produit ou d'un service* » (6.4). La suite du propos permettait d'élargir ces premières énumérations, en indiquant cependant que toute qualification d'incorporel devait être passée au crible du principe de pleine concurrence⁷⁴⁸. Les paragraphes 6.13 à 6.15, puis 6.20 à 6.35, apportaient des recommandations pour l'analyse et la pratique administrative.

L'édition 2017 commence à l'inverse par une définition négative des incorporels⁷⁴⁹. Pour éviter une interprétation trop extensive, une limite importante est fixée à la définition : la « chose » constituant un incorporel « *peut être possédée ou contrôlée aux fins d'utilisation dans le cadre d'activités commerciales* ». Dans les premières versions de travail, cette précision n'était pas explicitée, de sorte qu'on pouvait craindre d'éventuels conflits d'interprétation sur la répartition de l'incorporel, par exemple, entre des entités de distribution dont l'une exploiterait une marque inscrite au bilan tandis que l'autre, située en aval de la chaîne de distribution, pourrait revendiquer que soit accordée une valeur incorporelle au savoir-faire spécifique de sa force de vente. La limite fixée par les lignes directrices finales permet donc de réserver, en principe, la qualification d'incorporel au cas dans lequel un bien spécifique est susceptible d'identification dans le patrimoine de l'entité, ce qui n'est pas le cas de la deuxième situation. De même, la prise en compte des conditions de marché permet

⁷⁴⁸ 6.6. : « Déterminer l'existence d'un bien incorporel manufacturier ou de commercialisation demande beaucoup d'attention. C'est ainsi que toutes les dépenses de recherche et de développement n'aboutissent pas à un bien incorporel manufacturier qui ait de la valeur et toutes les activités commerciales n'entraînent pas nécessairement la création d'un bien incorporel de commercialisation ».

⁷⁴⁹ Ibid. : « Le terme "incorporel" désigne une chose qui n'est pas un actif corporel ni un actif financier ».

de distinguer les entités dont le chiffre d'affaires provient d'un revenu disponible élevé des consommateurs et celles qui le doivent à leur gestion d'un incorporel spécifique⁷⁵⁰.

Dans les deux cas, le critère de l'incorporel est, pourrait-on dire, le caractère « appropriable » d'un actif ; c'est une importante limite à la tentation extensive que pourraient manifester des Etats ou des groupes. Cette tentation peut s'alimenter de l'imprécision d'une définition présentée comme libre des contingences comptables⁷⁵¹. La divergence avec les normes comptables ne doit toutefois pas être surestimée puisque ces dernières visent à assurer la description fidèle des valeurs économiques, ce qui constitue un objectif identique à celui des lignes directrices en matière de prix de transfert. Seuls certains cas limites de différence sont en cause, par exemple la règle comptable selon laquelle les incorporels développés en interne n'ont pas de valeur au bilan, les charges ayant permis de les constituer faisant l'objet d'une déduction du résultat.

En définitive, la nouveauté de l'édition 2017 concernant les incorporels consiste à initier le basculement entre une définition fondée sur des énumérations à une définition par critères. Pour éviter les dérives, l'examen doit dans tous les cas être passé au crible d'une analyse de comparabilité : la qualification d'incorporel est réservée aux cas du bien 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* », ce qui fixe une limite opérationnelle à la catégorie. Par précaution, et pour éviter d'éventuels conflits d'interprétation avec le droit des marques ou le droit comptable, l'OCDE précise que la nouvelle définition ne s'applique que pour la mise en œuvre des prix de transfert⁷⁵², ce qui, par ricochet, exclut en principe l'utilisation des commentaires issus des lignes directrices pour l'interprétation des stipulations des conventions fiscales en matière de redevances au sens de l'article 12 de la convention modèle.

Nous procéderons dans le présent chapitre à une analyse des lignes directrices destinée à préciser les éléments principe de pleine concurrence. Nous verrons qu'il exprime une forme fiscale du libre-échange (Section 1) et repose sur un principe fondamental de pertinence qui explique la diversification progressive du corpus des méthodes (Section 2).

⁷⁵⁰ 6.9.

⁷⁵¹ *Ibid.* « Les actifs incorporels qu'il importe de prendre en compte aux fins de la détermination des prix de transfert ne sont pas toujours considérés comme des actifs incorporels dans une optique comptable ».

⁷⁵² 6.13.

SECTION 1. UNE PHILOSOPHIE DE LIBRE-ECHANGE

Dans notre introduction générale, nous avons décomposé les stipulations de l'article 9 § 1 en deux parties affirmant, d'une part, un principe de rectification et, d'autre part, un référentiel de pleine concurrence. L'examen des lignes directrices fournit, comme nous le verrons, d'importantes indications pour interpréter ces deux règles.

Mais l'analyse des lignes directrices révèle aussi, très rapidement, une profession de foi libre-échangiste constamment réitérée. A son tour, celle-ci permet de prêter deux propriétés au principe de pleine concurrence. D'une part, ce principe véhicule avec lui un principe d'équilibre spontané (§ 1) ; d'autre part, il est animé d'un principe de liberté (§ 2).

§ 1. LE PRINCIPE D'EQUILIBRE SPONTANE

Selon l'hypothèse que nous avons émise, le principe de pleine concurrence peut être défini comme principe même de neutralité. Cela signifie non seulement qu'il assure l'équilibre des échanges mais aussi que, en raison de son universalité matérielle et géographique, il constitue une règle de neutralité de l'impôt dans la compétition mondiale (A). Il en résulte un principe de confiance dans le libre jeu des acteurs pour assurer l'équilibre (B), trait caractéristique du libre-échange.

A. Le principe de pleine concurrence comme principe de neutralité

1. Un principe universel

Le principe de pleine concurrence s'ancre dans la convention modèle de l'OCDE, héritière du modèle de Londres et qui a vocation à servir, en cible, pour la négociation des conventions entre les Etats du monde entier. Le 1.6 des lignes directrices énonce en particulier le principe de pleine concurrence en référence directe⁷⁵³ à l'article 9 § 1⁷⁵⁴. L'organisation revendique ici, à la fois, l'autorité du principe de pleine concurrence et sa force d'attraction au-delà de la sphère géographique d'influence de l'organisation. Cette dernière prétention est désormais pleinement justifiée, puisque le modèle de convention de l'Organisation des Nations unies de 2001 est rédigé à l'identique du modèle OCDE quant au libellé du paragraphe 1⁷⁵⁵, auquel le commentaire du groupe d'expert réuni pour la rédaction du modèle

⁷⁵³ L'article 9 stipule : « [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 indépendantes, les bénéfiques 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 bénéfiques de cette entreprise et imposés en conséquence ».

⁷⁵⁴ 1.6. : « Le principe de pleine concurrence qui fait autorité est énoncé à l'article 9 paragraphe 1 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, lequel est à la base des conventions fiscales bilatérales liant des pays membres de l'OCDE et, de plus en plus, des pays non membres ».

⁷⁵⁵ Sur l'article 9.1., le modèle de l'ONU de 2001 prévoit ainsi : « Lorsque... deux entreprises (unies par un lien de dépendance) sont, dans leurs relations commerciales ou financières, liées par des conditions convenues ou imposées qui diffèrent de celles qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes, les bénéfiques 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 bénéfiques de cette entreprise et imposés en conséquence ». Le commentaire de ce modèle explicite cet alignement : « Le Groupe d'experts a introduit en 1999 une modification rédactionnelle dans le paragraphe 1, alignant la partie essentielle sur le libellé du Modèle de convention de l'OCDE. Avant la modification, il se lisait comme suit : "les bénéfiques qui, sans ces conditions, ... n'ont pas été réalisés". Cette partie du paragraphe 1 a été modifiée en 1999 et se lit comme suit : "les bénéfiques qui, sans ces conditions, auraient été réalisées par l'une des entreprises mais n'ont pu l'être en fait à cause de ces conditions" » (Commentaire du modèle de convention de l'ONU, Article 9., B. Commentaires sur les paragraphes de l'article 9, 5.).

de l'ONU fait référence dans ses commentaires, qui valident également les lignes directrices de l'OCDE en bloc⁷⁵⁶.

L'affirmation d'universalité est toutefois tempérée, dans les développements qui suivent, par l'exposé des tentations permanentes de remise en cause du consensus suivi d'un plaidoyer en faveur de son maintien. L'idée sous-jacente est qu'il faut distinguer les difficultés d'application de la validité théorique du principe. Cela explique que, dans le rappel des stipulations conventionnelles associées à l'article 9 § 1, l'organisation ne se limite pas à un renvoi aux stipulations des articles 7 et 25, qui sont directement connectées aux paragraphes de l'article 9, mais situe le principe dans l'ensemble des règles devant être appliquées aux entreprises y compris le principe de non-discrimination et l'échange de renseignement⁷⁵⁷. Pour l'OCDE en effet, le principe de pleine concurrence reste en tout état de cause « *théoriquement valide puisqu'il assure la meilleure approximation possible du marché libre* »⁷⁵⁸.

Dans ce contexte, le principe de pleine concurrence des textes internationaux se caractérise à la fois quant à sa source théorique et quant au rapport d'approximation qu'il entretient avec elle. L'emploi du conditionnel « *seraient convenues* » dans le libellé de l'article 9 § 1 prend alors tout son sens ; et nous en déduisons qu'il n'est pas possible de limiter l'application du principe aux cas où l'observation de prix est possible : il faut admettre, dans les cas où c'est nécessaire, la possibilité d'une comparaison avec des prix théoriques de marché déterminés selon un modèle idéal de pleine concurrence. Le soin mis, dans l'analyse des prix de transfert, à justifier que des prix observés sont bien comparables au prix testé équivaut à la vérification du rapport d'approximation contenu dans le principe, et cette

⁷⁵⁶ Cf. Modèle de convention de l'ONU, 2001, Commentaires sur l'article 9 - § A. Considérations générales : « 3. Pour ce qui est des prix de transfert (des marchandises, de la technologie, des marques de fabrique, de commerce ou de service, et des services) entre entreprises associées et des méthodes qui peuvent servir à déterminer le prix lorsque les transferts ont donné lieu à des conditions autres que de pleine concurrence, les États contractants suivront les principes définis dans les Principes applicables en matière de prix de transfert de l'OCDE. Ces conclusions représentent des principes internationalement admis, et le Groupe d'experts recommande de les suivre pour l'application du principe de pleine concurrence qui sous-tend cet article ».

⁷⁵⁷ Préface, 9. : « Les articles qui concernent au premier chef l'imposition des entreprises multinationales sont les suivants: l'article 4, qui définit la résidence, les articles 5 et 7, qui ont trait à l'imposition des établissements stables, l'article 9, qui porte sur l'imposition des bénéficiaires d'entreprises associées et applique le principe de pleine concurrence, les articles 10, 11 et 12 qui fixent respectivement le régime de l'imposition des dividendes, des intérêts et des redevances, et les articles 24, 25 et 26, qui renferment des dispositions spéciales relatives à la non-discrimination, au règlement des différends et à l'échange de renseignements ».

⁷⁵⁸ 1.14. : « les pays membres de l'OCDE continuent de penser que le principe de pleine concurrence doit régir l'évaluation des prix de transfert entre entreprises associées. Ce principe est théoriquement valide puisqu'il assure la meilleure approximation possible du fonctionnement du marché libre en cas de transfert de biens... ou de prestation de services entre entreprises associées ».

vérification s'effectue nécessairement au vu du principe théorique envisagé à son niveau le plus élevé d'abstraction.

Les commentaires du modèle de convention relatifs à l'article 9 § 1 ne sont guère développés. Ils comportent trois alinéas dont seul le premier constitue un commentaire direct du principe. On y trouve trois éléments importants touchant au principe et aux modalités de la rectification des prix de transfert :

- tout d'abord, l'autorisation générale donnée aux Etats de rectifier les bases taxables⁷⁵⁹. Nous avons dit que le principe économique de pleine concurrence nécessitait une transposition juridique. A cet égard, l'article 9 § 1, éclairé par son commentaire, manifeste l'intention des négociateurs de laisser les Etats assurer cette transposition. Toutefois, le commentaire ne fournit pas de critère de démarcation précise entre le domaine de la rectification fiscale et celui de la liberté de gestion. Ainsi, le problème de la transposition du principe en droit positif est transféré dans son ensemble du droit international vers le droit des Etats, ce qui explique que les stipulations proprement dites de l'article 9 § 1 n'ont de portée universelle que sous réserve de la coopération des Etats en vue de permettre la coexistence de leurs différentes législations, par exemple dans le cadre des procédures amiables prévues à l'article 25 de la convention modèle ;

- ensuite, l'affirmation de la règle de rectification fait l'objet d'une atténuation immédiate dans le membre de phrase qui suit. On pourrait voir là une technique de rédaction traduisant les conséquences de la règle du consensus en ce qui concerne le mode d'élaboration de la doctrine internationale. Une telle technique permet en effet de fixer un principe tout en faisant la place à la doctrine des Etats minoritaires et vise, à terme, à la suppression du deuxième argument. En l'espèce, toutefois, le commentaire exprime un devoir ferme de correction en cas d'atteinte au principe de pleine concurrence : « *Il est évidemment normal de prévoir une rectification en pareil cas* », mais aussi une limite générale destinée à prévenir les abus que les Etats pourraient déduire de leur pouvoir de rectification : « *Les dispositions de ce paragraphe ne s'appliquent que lorsque des conditions spéciales ont été convenues ou imposées entre les deux entreprises* ». Une telle limitation participe donc du renvoi à la

⁷⁵⁹ Modèle de convention de l'OCDE, commentaires sur l'article 9 : « *les autorités fiscales d'un Etat contractant peuvent, pour calculer l'impôt payable par des entreprises associées, rectifier la comptabilité des entreprises si, par suite des relations spéciales existant entre ces dernières, leurs livres ne font pas apparaître les bénéfices réels imposables qu'elles réalisent dans cet Etat* » L'expression « rectifier la comptabilité » n'implique pas qu'un ajustement fiscal donne lieu à une contrepassement des écritures ayant abouti à minorer l'impôt. Elle signifie que les prix de transfert donnent alors lieu à un redressement de l'imposition elle-même.

législation des Etats pour assurer l'effectivité du principe de rectification, et tend à encadrer l'exercice de leur compétence en fournissant un critère général d'application des stipulations de l'article 9 § 1. A la lettre, La condition ainsi posée porte sur l'existence de conditions spéciales « *convenues ou imposées* ». Selon ce commentaire, le fait que la transaction ait lieu au sein d'un groupe est sans incidence, *a priori*, sur sa conformité avec le principe de pleine concurrence, ce qui tend à affirmer que la preuve des conditions spéciales revient à l'autorité qui rectifie les bases imposables. Ceci étant, il n'y a pas de consensus pour tirer de cette indication une règle de procédure donnant toujours la charge de la preuve aux administrations ;

- l'encadrement du pouvoir de rectification est précisé par un commentaire sur les modalités de correction des bases en référence aux conditions du marché libre : « *Aucune rectification ... n'est autorisée si leurs transactions se sont déroulées dans des conditions commerciales normales du marché libre (de pleine concurrence ou en toute indépendance)* ». On retrouve ici l'épithète « *normale* », déjà commentée dans notre première partie. Elle ouvre techniquement la voie à trois acceptions possibles, : soit la qualification de normalité renvoie aux traditions nationales en la matière, selon le principe du for ; soit il s'agit d'une normalité au sens statistique, c'est-à-dire l'expression de l'usage commercial le plus répandu ; soit encore il s'agit d'une conformité à une norme économique théorique. Par ailleurs, l'alternative « *de pleine concurrence ou en toute indépendance* » est exprimée, dans la version anglaise, par la formule unique : « *on an arm's length basis* »⁷⁶⁰. Les auteurs de la version française ont donc visiblement cherché à expliciter la formule imagée de la langue anglaise et l'ont traduite par une périphrase⁷⁶¹. La conjonction « ou » entre « *de pleine concurrence* » et « *en toute indépendance* » se comprend dans ce contexte comme synonyme de « c'est-à-dire »⁷⁶². La parenthèse a donc pour objet d'expliquer la notion de marché « libre » et de la relier au principe de pleine concurrence, expression de la liberté économique, comme nous le supposons ;

⁷⁶⁰ Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, Commentaires sur l'article 9, 2.

⁷⁶¹ *At arm's length* peut être traduit par « à une distance de la longueur d'un bras ». Le français utilise l'expression « à bonne distance », « bonne » signifiant ici convenable. L'expression est empruntée au registre des relations interpersonnelles. Dans la conversation courante, il y a lieu de demeurer à bonne distance du visage de son interlocuteur. La transposition de l'expression dans la sphère des groupes traduit l'idée que les entités doivent se comporter sans immixtion dans les affaires les unes des autres, à l'image de ce que feraient des personnes distinctes.

⁷⁶² Cette interprétation est aussi celle du commentaire de la convention modèle de l'ONU rédigé par le groupe d'expert de l'organisation. Cf. sur ce point Commentaire du modèle de convention de l'ONU de 2001, A. Considérations générales, qui mentionne « 2. *L'application du principe de l'assimilation à des opérations normales (c'est-à-dire aux opérations d'entreprises indépendants)...* ».

Les deux autres alinéas du commentaire portent respectivement sur la sous-capitalisation et sur les règles de procédure en matière de rectification des prix de transfert. Le traitement de la sous-capitalisation démontre l'universalité matérielle et organique voulue pour le principe de pleine concurrence, qui s'étend à la sphère financière en même temps qu'il régit les entités dotées ou non de la personnalité morale⁷⁶³. S'agissant de la capitalisation des établissements stables, par exemple, un rapport de 2010⁷⁶⁴ distingue les choix de gestion offerts aux contribuables en dehors de toute règle fiscale et la règle à observer pour se conformer au principe de pleine concurrence. Dans le premier cas, la liberté est en apparence totale, faute de règle prudentielle opposable aux entités non personnifiées. Mais, pour le droit fiscal, l'OCDE émet une « *hypothèse de travail* » selon laquelle un établissement stable doit disposer d'un montant « *adéquat* » de capital déterminé, notamment, en référence à celui qui serait attribué à une filiale tenue de disposer de fonds propres⁷⁶⁵. Il en résulte un germe de normalisation des ressources propres des établissements stables, fondant sur le principe de pleine concurrence une vision « *autorisée* » de leur capitalisation⁷⁶⁶.

Quant aux règles de procédure, le commentaire de l'article 9 § 1 de la convention modèle rappelle qu'il existe des régimes d'exception, telles que la procédure de répression des abus de droit ou des dispositions consistant à inverser la charge de la preuve pour certains types de dépenses, à l'image des dispositions françaises de l'article 238 A du CGI. Mais ce rappel tend à justifier l'idée que ce sont à l'inverse les procédures de droit commun qui sont à privilégier, et par suite la règle selon laquelle la charge de la preuve revient aux administrations. Surtout, le commentaire insiste sur l'importance d'une résolution des

⁷⁶³ Cf. Rapport du comité des affaires fiscales sur « La Sous-Capitalisation » adopté le 26 novembre 1986.

⁷⁶⁴ Cf. Rapport de 2010 sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables.

⁷⁶⁵ Rapport de 2010 sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables, 115. : « *Toutes considérations fiscales mises à part, et en l'absence d'obligations réglementaires, il n'est généralement pas nécessaire d'attribuer formellement du capital « libre » à un ES. Par conséquent, les besoins de financement d'un ES pourraient être, juridiquement parlant, entièrement couverts par le recours à l'emprunt. Néanmoins, s'il n'est pas forcément nécessaire d'imputer du capital « libre » à l'ES, l'hypothèse de travail considère que l'ES doit disposer d'un montant adéquat de capital « libre » pour financer les activités qu'il exerce, ses actifs et ses risques. En outre, si ces mêmes activités étaient exercées par le biais d'une filiale située dans le pays d'accueil, cette filiale pourrait être tenue, en vertu des dispositions en matière de sous-capitalisation, de disposer de fonds propres ou de capital « libre ».*

⁷⁶⁶ Rapport de 2010 sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables, 116. : « *Selon l'approche autorisée de l'OCDE, l'ES a besoin en vue de l'imposition de se voir attribuer un montant de capital « libre » conforme au principe de pleine concurrence, indépendamment de la question de savoir si ces capitaux lui sont formellement affectés. Déroger à cette règle serait inacceptable pour des motifs tenant à la politique fiscale. Le résultat ne serait pas conforme au principe de pleine concurrence, ne refléterait pas les bénéfices perçus par l'ES et offrirait des possibilités considérables d'évasion fiscale. Par conséquent, une décision des dirigeants dans le pays d'origine d'imputer un certain montant de capitaux à l'ES ou d'enregistrer des capitaux en comptabilité ne permet pas de déterminer les risques assumés par l'ES et le montant de capital « libre » qui est attribué dans le cadre de l'analyse fonctionnelle et factuelle ».*

difficultés par la voie pacifique de la procédure amiable et du dégrèvement corrélatif⁷⁶⁷ spontanément octroyé par les autorités administratives.

2. Un principe de neutralité économique

Le principe de l'entité distincte qui justifie l'origine du principe de pleine concurrence implique de définir une norme d'évaluation et de comportement. Dans la préface des lignes directrices de l'OCDE, les paragraphes 1 et 2 constatent la part croissante des entreprises multinationales dans l'économie mondialisée, et la complexité qui en résulte en matière d'imposition de leurs revenus. Les paragraphes 3 et 4 montrent que cette complexité occasionne des coûts pour les entreprises comme pour les Etats. C'est le paragraphe 1.6 qui rattache le principe de pleine concurrence au principe fondamental de l'entité distincte⁷⁶⁸, et apporte une précision méthodologique concernant la façon d'aborder les groupes⁷⁶⁹. L'approche dite « *de l'entité distincte* » consiste à envisager chaque entité comme s'il s'agissait d'un tout économique, et non la simple partie d'une entité-groupe composite. C'est cette hypothèse qui permet de regarder les relations à l'intérieur d'un groupe comme des opérations économiques, et de les rendre justiciables d'une tarification marchande : « *En procédant de cette manière, on met l'accent sur la nature des transactions entre les membres du groupe* »⁷⁷⁰. On recherche ainsi une équivalence totale de nature entre les transactions intra-groupes et les transactions externes, ce qui tend à assurer la neutralité entre l'organisation en groupe et l'organisation concurrentielle. Cette équivalence a pour support une norme de comportement de l'entreprise, laquelle doit agir elle-même comme le ferait un

⁷⁶⁷ On appelle dégrèvement ou ajustement corrélatif l'élimination de la double imposition consentie par un Etat en présence d'une rectification pratiquée par un autre Etat. Une telle rectification élève en effet la base imposable sur le territoire où elle s'applique. Pour rétablir l'équilibre et neutraliser la double imposition économique, il est attendu du premier Etat qu'il diminue à due concurrence la base imposable de l'entité bénéficiaire du transfert.

⁷⁶⁸ Préface, paragraphe 6 : « *Pour appliquer l'approche de l'entité distincte aux transactions internes au groupe, il faut imposer les différents membres du groupe en partant de l'idée qu'ils opèrent en pleine concurrence dans leurs transactions internes au groupe. Cependant, les liens qui unissent les membres d'un groupe multinational peuvent leur permettre de fixer dans leurs relations... des conditions spéciales qui diffèrent de celles qui auraient été applicables si les membres du groupe, avaient agi comme des entreprises indépendantes opérant sur des marchés libres. Pour assurer l'application correcte de la méthode de l'entité distincte, les pays membres de l'OCDE ont convenu d'adopter le principe de pleine concurrence, qui devrait éliminer l'incidence de conditions spéciales sur les niveaux de bénéfices* ».

⁷⁶⁹ 1.6 : « *En se référant, pour procéder à un ajustement des bénéfices, aux conditions qui prévaudraient entre entreprises indépendantes pour des transactions comparables et dans des circonstances comparables (c'est-à-dire pour des "transactions comparables sur le marché libre"), le principe de pleine concurrence adopte la démarche consistant à traiter les membres d'un groupe multinational comme des entités distinctes et non comme des sous-ensembles indissociables d'une seule entreprise unifiée. En procédant de cette manière, on met l'accent sur la nature des transactions entre les membres du groupe multinational et sur le fait de savoir si les conditions de ces transactions contrôlées diffèrent de celles qui seraient obtenues pour des transactions comparables sur le marché libre* ».

⁷⁷⁰ 1.6.

opérateur dépourvu de liens de dépendance. Par exemple, une facturation sans marge n'est pas totalement proscrite si une telle pratique devait se révéler justifiée dans le cas d'une entité placée en situation de pleine concurrence⁷⁷¹, c'est-à-dire si elle est économiquement expliquée et appuyée de justificatifs.

La préférence pour l'entité distincte ne va pas de soi. Les lignes directrices relèvent d'ailleurs que des voix s'élèvent contre cette approche en ce qu'elle ne tiendrait pas compte des économies d'échelle propres aux groupes⁷⁷². L'OCDE réaffirme toutefois son attachement au principe et relativise l'importance de cette lacune, au regard des avantages d'un principe qui garantit, de manière réaliste, la meilleure compatibilité avec les théories du marché⁷⁷³. L'explication de la préférence pour l'approche de l'entité distincte figure dès le chapitre 1, au 1.8⁷⁷⁴. On y trouve l'idée que la fiscalité doit être neutre pour le commerce, c'est-à-dire que les règles fiscales et notamment la disparité de législation entre Etats ne doit pas faire obstacle au développement mondial des échanges promu par un traitement équitable des entreprises.

*

En définitive sur ce point, nous voyons que le principe de pleine concurrence est, expressément et de manière très profonde, ancré dans la philosophie du libre échange et la recherche d'une neutralité de l'impôt à l'égard du projet libre-échangiste.

En outre, la référence de pleine concurrence est un instrument au service de l'égalité devant les charges publiques, puisqu'il vise l'égalité entre les contribuables selon qu'ils appartiennent ou non à un groupe.

⁷⁷¹ 2.99. : « La question se pose de savoir si et dans quelle mesure il est acceptable, dans des conditions de pleine concurrence, de répercuter sans marge une fraction significative des coûts du contribuable ... Il s'agit de déterminer dans quelle mesure une partie indépendante agissant dans des circonstances comparables accepterait de ne pas percevoir de marge sur une fraction des charges qu'elle engage ».

⁷⁷² 1.10 : « Pour certains, le principe de pleine concurrence présente des défaillances intrinsèques dans la mesure où la méthode de l'entité distincte sur laquelle il s'appuie ne prend pas toujours en compte les économies d'échelle et les interactions entre diverses activités qui résultent de l'intégration des entreprises ».

⁷⁷³ 1.14. : « Bien qu'il ne soit pas toujours facile à mettre en pratique, il induit généralement pour les différents membres de multinationales des niveaux de revenus appropriés, acceptables pour les administrations fiscales. Il reflète la réalité économique de la situation spécifique du contribuable qui procède à des transactions avec des entreprises associées en prenant pour référence le fonctionnement normal du marché ».

⁷⁷⁴ 1.8. : « Les pays membres de l'OCDE et d'autres pays ont adopté le principe de pleine concurrence pour plusieurs raisons. L'une des raisons primordiales est que ce principe permet de traiter à peu près sur un pied d'égalité les entreprises multinationales et les entreprises indépendantes. En s'efforçant d'harmoniser le régime fiscal des entreprises associées et des entreprises indépendantes, le principe de pleine concurrence évite que l'une ou l'autre de ces catégories d'entreprises ne soit désavantagée sur le plan fiscal, ce qui fausserait les positions concurrentielles relatives. En éloignant ainsi les décisions économiques de toute considération fiscale, il favorise l'expansion du commerce et de l'investissement internationaux ».

B. Un principe de régulation par la confiance dans les comportements

La philosophie du libre-échange s'appuie sur le pari que, de la confiance en la liberté des acteurs naîtront des bienfaits qui sont en eux-mêmes la cause et le résultat de l'équilibre voulu. Pour notre propos, cela implique un lien direct entre le choix d'un principe de rectification limité (1) et les bienfaits du principe de pleine concurrence-neutralité (2).

1. Le principe de rectification dans les lignes directrices

Après une première mention au point 15 de la préface du recueil, l'ajustement des prix de transfert en regard du principe de pleine concurrence fait l'objet du premier chapitre des lignes directrices. Le 1.2 en décrit le mécanisme général : les entreprises appartenant à un groupe sont certes présumées agir selon les règles du marché, mais elles peuvent échouer et fausser la répartition des produits de l'impôt ; le principe de pleine concurrence a pour objet de fonder le droit des Etats à rétablir cette répartition⁷⁷⁵. L'objectif de lutte contre l'évasion fiscale est ici formulé et rattaché, comme nous l'avons vu en droit interne, au principe de rectification.

Ainsi, la dichotomie entre le principe de rectification et la référence de pleine concurrence traduit deux objectifs différents contenus dans le dispositif de l'article 9 § 1. Toutefois, les lignes directrices apportent des précisions importantes sur la conduite des rectifications qui tendent à assurer la convergence de ces deux objectifs.

La rectification des prix de transfert en référence au principe de pleine concurrence présente en effet quatre caractéristiques :

- la rectification des bases taxables des groupes (« *peuvent être ajustés* ») s'effectue en référence à un principe normatif (« *et faire ainsi en sorte que le principe de pleine concurrence soit respecté* »). Le principe de pleine concurrence s'ancre dans une norme univoque et ne constitue pas un simple appel à fournir une documentation économique imposante ;

⁷⁷⁵ « Lorsque des entreprises associées procèdent à des transactions entre elles, leurs relations commerciales et financières ne subissent pas forcément de la même manière l'influence directe des mécanismes du marché, bien que les entreprises cherchent souvent à reproduire la dynamique de ces mécanismes dans leurs transactions... cela peut avoir pour effet de fausser... le montant de l'impôt dû... C'est pourquoi les pays membres de l'OCDE sont convenus qu'aux fins d'imposition les bénéfices des entreprises associées peuvent être ajustés si nécessaires pour corriger ces distorsions et faire ainsi en sorte que le principe de pleine concurrence soit respecté ».

- l'ajustement des prix de transfert tend seulement à corriger l'impôt et n'a pas d'impact sur la liberté contractuelle, les rectifications fiscales n'affectant pas les relations intra-groupes dans leurs dimensions autres que fiscales⁷⁷⁶. Il ne peut y avoir de législation compatible avec le principe de pleine concurrence qui porte une atteinte frontale aux libertés de l'entreprise ;

- la possibilité de redressements fait l'objet d'un consensus entre les Etats (« *sont convenus* »), consensus subordonné à une démonstration (« *si nécessaire* »). L'universalité du principe de pleine concurrence, mais aussi le rappel que la concurrence fiscale entre Etats est toujours possible, sont posés ici, et donc l'idée de neutralité du principe sous-jacent à l'égard des échanges ;

- l'expression normative est souvent euphémisée ou atténuée⁷⁷⁷. On peut choisir d'imputer la prudence de l'énoncé à la recherche du consensus dans une logique de négociation multilatérale, mais nous pensons que cette explication ne suffit pas⁷⁷⁸. Il faut y voir aussi, à notre sens, le souci de privilégier la coopération dans l'administration des prix de transfert. C'est donc l'expression d'un trait que le système emprunte à ses sources libérales : l'économie est une science sociale et pour autant interdite de dogmatisme : pour l'OCDE, « *les prix de transfert ne sont pas une science exacte* »⁷⁷⁹. Sur ce point, également, il ne semble pas permis d'imaginer le déploiement d'un principe de rectification conforme au principe de pleine concurrence dans le seul but de la lutte contre l'évasion fiscale, et sans égard pour les autres objectifs de l'égalité devant les charges publiques et du respect de la liberté d'entreprendre.

⁷⁷⁶ 1.2. : « *Il importe de garder à l'esprit que la nécessité d'opérer des ajustements pour se rapprocher des conditions de pleine concurrence s'impose quelles que soient les obligations contractuelles par lesquelles les parties se seraient engagées à payer un prix déterminé et qu'il y ait ou non intention délibérée de minimiser l'impôt. En effet, l'ajustement fiscal au titre du principe de pleine concurrence ne porte pas atteinte aux obligations contractuelles qui lient les entreprises associées sur tous les plans autres que fiscal et peut être nécessaire même s'il n'y a pas d'intention de réduire ou d'éviter l'impôt. Il ne faut pas confondre la vérification d'un prix de transfert avec les vérifications portant sur des cas de fraude ou d'évasion fiscale, même s'il arrive que les politiques suivies en matière de prix de transfert poursuivent de tels objectifs* ».

⁷⁷⁷ 1.2. : « *leurs relations commerciales et financières ne subissent pas forcément de la même manière l'influence directe des mécanismes du marché, bien que les entreprises cherchent souvent à reproduire la dynamique de ces mécanismes* ».

⁷⁷⁸ Cette atténuation systématique reflète la recherche permanente de consensus de la part de l'OCDE, enceinte internationale chargée de promouvoir le libre-échange et donc l'activité des entreprises, et qui se trouve naturellement encline à ne pas formuler de manière trop anguleuse des règles pouvant déboucher sur des rectifications fiscales. C'est une constante des lignes directrices que, si une règle forte est exprimée, elle est atténuée immédiatement par une exception tout aussi forte.

⁷⁷⁹ 1.13.

2. La préférence pour les bienfaits du libre-échange

Comment une régulation spontanée par le marché assure-t-elle l'optimum ? Les paragraphes 5 et 6 de la préface font à cet égard émerger le principe de pleine concurrence d'une volonté de coopération des Etats destinée à résoudre les conflits de compétence fiscale entre les systèmes d'imposition de la résidence et de la source⁷⁸⁰. Nous retrouvons ici l'opposition fondamentale relevée par Jérôme Turot dans sa tribune précitée du 31 juillet 2017⁷⁸¹. Toutefois, le principe de pleine concurrence apparaît non pas comme le choix en faveur du système de la résidence, mais comme la norme de conciliation des deux systèmes. Le principe de l'entité distincte est le vecteur de cette conciliation. Ainsi, l'imposition des entreprises multinationales s'effectue à l'échelon de chacune des entités qui les constitue, en fonction du ou des territoires où ces entités exercent leur activité⁷⁸². De même, l'ensemble des lignes directrices constituent un corpus destiné à limiter les litiges fiscaux par la coopération⁷⁸³.

Voici qui explique l'attachement renouvelé de l'OCDE et donc des Etats parties au principe de pleine concurrence, dont l'abandon serait catastrophique pour l'organisation du libre-échange et en matière de double imposition, et que la coopération de tous doit préserver⁷⁸⁴. Ce jugement de valeur ne minimise pas les difficultés d'attribution des profits qui peuvent accompagner la mise en œuvre de l'article 9 § 1, par exemple lorsque la production est hautement intégrée ou fait intervenir des actifs spécifiques⁷⁸⁵. Mais les lignes

⁷⁸⁰ Préface, 5 : « *Fondamentalement, les compétences fiscales revendiquées par chaque pays varient selon que le système d'imposition est fondé sur la résidence, sur la source ou sur ces deux éléments* ».

⁷⁸¹ Cf. Introduction générale.

⁷⁸² Préface, 5 : « *Les pays membres de l'OCDE ont opté pour cette approche de l'entité distincte parce qu'elle constitue le moyen le plus raisonnable de parvenir à des résultats équitables et de réduire le risque de non élimination de la double imposition* ».

⁷⁸³ Préface, 15. : « *Ces Principes visent à aider les administrations fiscales (des pays membres de l'OCDE comme des pays non membres) et les entreprises multinationales, en indiquant les moyens permettant de trouver une solution satisfaisante aux problèmes de prix de transfert, de manière à réduire au minimum les conflits entre administrations fiscales ainsi qu'entre les administrations fiscales et les entreprises multinationales, et d'éviter des contentieux coûteux* »

⁷⁸⁴ 1.15. : « *L'abandon du principe de pleine concurrence reviendrait à renoncer aux solides fondements théoriques décrits ci-dessus et compromettrait le consensus international, augmentant sérieusement par là même les risques de double imposition. L'expérience acquise dans l'application du principe de pleine concurrence est aujourd'hui suffisamment étoffée et circonstanciée pour que les entreprises et les administrations fiscales puissent s'accorder sur un ensemble conséquent d'enseignements communs. Cette compréhension commune est d'une grande valeur pratique dans la poursuite des objectifs visés, à savoir asseoir une imposition appropriée dans chaque juridiction et éviter la double imposition. Il faut mettre à profit l'expérience acquise pour développer et préciser le principe de pleine concurrence et en améliorer la mise en œuvre en donnant des directives plus claires aux contribuables et en procédant à des vérifications plus rapides. En résumé, les pays membres de l'OCDE restent fermement attachés au principe de pleine concurrence. En fait, on ne lui a pas trouvé de solution de remplacement légitime ou réaliste* ».

⁷⁸⁵ 1.9. : « *On constate aussi que le principe de pleine concurrence fonctionne bien dans la grande majorité des cas. À titre d'exemple, pour de nombreuses opérations concernant l'achat et la vente de biens ainsi que le prêt d'argent, on*

directrices retournent cet argument en faveur du principe de pleine concurrence universel, c'est-à-dire appliqué dans un souci de coopération : l'application pratique n'allant pas sans difficulté, le consensus est toujours préférable à l'observance stricte des règles⁷⁸⁶.

*

* *

Le principe de pleine concurrence dépasse sa formulation textuelle et la simple comparaison entre des entités liées et indépendantes pour exprimer une intention générale de neutralité dans les échanges. Il ne se définit pas seulement comme un principe d'observation mais comme une norme universelle de comportement inspirée de la théorie économique, ainsi que comme un rapport d'approximation entre celle-ci et celui-là.

L'existence de ce rapport d'approximation implique la coopération des parties prenantes et traduit, au cœur même du dispositif et non comme un corollaire, la confiance que leur libre comportement fera advenir l'équilibre.

peut trouver facilement un prix de pleine concurrence pour une transaction comparable effectuée par des entreprises indépendantes comparables opérant dans des circonstances comparables. Dans bien des cas, une comparaison pertinente des transactions peut être effectuée au niveau d'indicateurs financiers tels que la marge sur coûts, la marge brute ou le bénéfice net. Néanmoins, dans certains cas le principe de pleine concurrence est difficile et complexe à mettre en œuvre, par exemple pour des groupes multinationaux produisant de façon intégrée des biens hautement spécialisés, traitant des biens incorporels uniques et/ou fournissant des services spécialisés. Il existe des solutions pour traiter ces cas difficiles, notamment l'application de la méthode transactionnelle du partage des bénéfices ».

⁷⁸⁶ 2.11. : « toute méthode devrait pouvoir être utilisée lorsqu'elle est acceptable pour les membres du groupe multinational parties à la transaction ou aux transactions considérées ainsi que pour les administrations fiscales des pays dont relèvent ces membres ».

§ 2. PRINCIPE DE LIBERTE

La liberté comme but ne peut être comprise comme une tolérance générale et molle à l'égard des contingences de choix économique : le principe de coopération a pour corollaire que sont seules recevables, en cas de désaccord entre les parties, les méthodes conformes au principe de pleine concurrence⁷⁸⁷.

Les lignes directrices consacrent d'importants développements au rejet du dirigisme, opposé du libre-échange (A). Elles manifestent corrélativement une acceptation philosophique de la compétition fiscale (B).

A. Le rejet du dirigisme

1. La contestation du dirigisme administratif

Dès le début des lignes directrices, il est rappelé que le non-respect du principe de pleine concurrence peut provenir de facteurs autres que fiscaux⁷⁸⁸. L'action dirigiste des pouvoirs publics, par exemple le contrôle des prix, peut fausser les prix de transfert⁷⁸⁹ en générant de la complexité⁷⁹⁰. Le blocage des paiements, de façon caricaturale, introduit une

⁷⁸⁷ 2.62 : « Les seules méthodes de bénéfices qui satisfont au principe de pleine concurrence sont celles qui sont conformes à l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE... En particulier, les méthodes dites « des bénéfices comparables » ou la « méthode modifiée du coût majoré/du prix de revente » ne sont acceptables que dans la mesure où elles sont conformes à ces Principes ».

⁷⁸⁸ 1.4. : « Hormis les considérations fiscales, d'autres facteurs sont susceptibles de fausser les conditions dans lesquelles s'établissent les relations commerciales et financières entre entreprises associées. À titre d'exemple, ces entreprises peuvent être soumises de la part des pouvoirs publics (aussi bien de leur pays que d'un pays étranger) à des pressions contradictoires liées à la valeur en douane, à des droits antidumping, à un contrôle des changes ou à un contrôle des prix... En outre, certaines distorsions au niveau des prix de transfert peuvent être dues aux contraintes de trésorerie des entreprises d'un groupe multinational. Un groupe multinational dont le capital est largement diffusé dans le public peut subir des pressions de la part de ses actionnaires pour qu'il fasse apparaître une rentabilité élevée au niveau de la société mère, notamment si les comptes présentés aux actionnaires ne sont pas consolidés. Tous ces facteurs peuvent avoir des répercussions sur les prix de transfert et sur le montant des bénéfices des entreprises associées d'un groupe multinational ».

⁷⁸⁹ 1.132. : « Dans certains cas, un contribuable considérera qu'un prix de pleine concurrence doit être ajusté pour tenir compte des interventions de l'État sous la forme d'un contrôle des prix (et même des réductions de prix) ou des taux d'intérêt, de restrictions concernant la rémunération de prestations de services ou de prestations de gestion, d'une réglementation des versements de redevances, de subventions en faveur de certains secteurs, d'un contrôle des changes, de droits antidumping ou de mesures touchant au taux de change. En général, ces interventions des pouvoirs publics doivent être prises en compte au nombre des conditions du marché du pays considéré et en temps normal elles constitueront l'un des éléments d'appréciation qui permettront de se prononcer sur le prix de transfert pratiqué par un contribuable sur ce marché. La question qui se pose alors est de savoir si, dans ces conditions, les transactions effectuées par les entreprises associées sont en conformité avec celles qui interviennent entre entreprises indépendantes ».

⁷⁹⁰ 1.134. : « L'un des problèmes qui se pose à cet égard est de déterminer le stade auquel un contrôle des prix affecte le prix d'un produit ou d'un service. Souvent, il aura une incidence directe sur le prix final à la consommation, mais il peut aussi avoir un effet sur les prix payés aux stades antérieurs. En pratique, les entreprises multinationales pourront ne pas ajuster leurs prix de transfert pour tenir compte d'un contrôle des prix... Il faut examiner si un fournisseur

distorsion dans l'équilibre spontanément mis en place par le marché⁷⁹¹, et peut à la limite exonérer les groupes de leur responsabilité⁷⁹², sauf à rétablir l'équilibre par une analyse comparant la situation observée avec les événements qui seraient survenus en l'absence de dirigisme⁷⁹³.

2. Le rejet des formules de répartition préétablies

Le premier chapitre des lignes directrices examine un anti-modèle du principe de pleine concurrence, constitué par le modèle de répartition selon une formule préétablie. Il s'agit d'une méthode forfaitaire, séduisante par sa simplicité apparente. Mais elle bute sur le risque de désaccord entre les parties et se révèle plus complexe que l'application du principe de pleine concurrence. Il ne faut pas confondre : par cette formule préétablie, il ne s'agit pas de disqualifier toutes les répartitions plus ou moins forfaitaires résultant d'une négociation. Par définition, de telles répartitions ne sont pas « préétablies ». Ce n'est donc pas un excès de

indépendant prendrait sa part des coûts résultant d'un contrôle des prix et si une entreprise indépendante chercherait d'autres lignes de produits ou d'autres débouchés commerciaux. À cet égard, il est peu probable qu'une entreprise indépendante soit disposée à produire, distribuer ou fournir autrement des produits ou services dans des conditions qui ne lui rapportent aucun bénéfice. Il n'en reste pas moins qu'un pays pratiquant un contrôle des prix doit tenir compte du fait que ce contrôle altérera les bénéfices réalisables par les entreprises qui vendent les produits contrôlés ».

⁷⁹¹ 1.134. : « Un problème particulier se pose lorsqu'un pays empêche ou « bloque » le paiement d'une somme due – ou qui, aux termes d'un accord de pleine concurrence, serait due – par une entreprise associée à une autre entreprise associée. Par exemple, un contrôle des changes pourra réellement empêcher une entreprise associée de transférer à l'étranger les intérêts d'un prêt consenti par une autre entreprise associée. Cette situation peut donner lieu à un traitement différent dans les deux pays concernés : le pays de l'emprunteur peut ou non considérer les intérêts non transférés comme ayant été versés par l'emprunteur et le pays du prêteur peut ou non considérer les intérêts comme ayant été reçus par le prêteur. En règle générale, si la réglementation s'applique également aux transactions entre entreprises associées et entre entreprises indépendantes (à la fois légalement et dans la pratique), le régime fiscal devrait être le même pour des entreprises associées que celui qui s'appliquerait si la transaction avait lieu entre des entreprises indépendantes. Si la réglementation ne s'applique qu'aux transactions entre entreprises associées, il n'y a pas de façon simple de régler le problème. L'une des solutions pourrait être d'appliquer le principe de pleine concurrence en considérant la réglementation comme une condition modifiant les termes de la transaction. Les conventions internationales pourraient envisager les solutions possibles en pareils cas ».

⁷⁹² 1.135. : « souvent, des entreprises indépendantes ne concluraient tout simplement pas une transaction pour laquelle les paiements seraient bloqués. ... Il semble ... peu probable qu'une entreprise indépendante assume délibérément un risque important de non-paiement de produits ou services en concluant une transaction alors qu'une réglementation stricte est déjà en application, à moins que les prévisions de profits ou le rendement anticipé dans le cadre de la stratégie envisagée par l'entreprise en question soient suffisants pour rendre le taux de rendement acceptable malgré l'existence de la réglementation bloquant les paiements.

⁷⁹³ 1.136. : L'une des solutions possibles est de traiter le paiement comme s'il avait été effectué entre les entreprises associées, en partant de l'idée qu'une entreprise indépendante se trouvant dans une situation similaire aurait exigé de recevoir un paiement par d'autres moyens. ... Une autre solution envisageable dans certains pays serait de différer à la fois le revenu et les dépenses concernées du contribuable. Autrement dit, la partie redevable de ce paiement bloqué ne serait pas autorisée à déduire les dépenses, comme les coûts de financement supplémentaires, tant que le paiement bloqué n'est pas effectué. ... De toute façon, le contribuable ne devrait pas être autorisé à appliquer aux paiements bloqués dus par une entreprise associée un régime différent de celui des paiements bloqués dus par une entreprise indépendante ».

pragmatisme qui est critiquable, mais au contraire une vision que les lignes directrices invitent à regarder comme dogmatique en dépit de son apparente commodité.

La section intitulée « *rejet des méthodes ne reposant pas sur le principe de pleine concurrence* » identifie la répartition globale selon une formule préétablie⁷⁹⁴ comme l'anti-modèle du principe de pleine concurrence⁷⁹⁵. Cette méthode « *consiste à répartir les bénéfices globaux d'un groupe multinational sur une base consolidée entre les entreprises associées localisées dans différents pays au moyen d'une formule prédéterminée et automatique* »⁷⁹⁶. La répartition globale selon une formule préétablie fait ainsi figure d'alternative théorique. La différence foncière entre les deux systèmes est que le principe de pleine concurrence tolère toutes les adaptations pourvu que la détermination des prix et des impôts soit pragmatique. La répartition selon une formule préétablie doit donc s'entendre, *stricto sensu*, d'un choix de répartition irrévocable⁷⁹⁷. Ce caractère irrévocable compromet la recherche de consensus dans la négociation bilatérale entre Etats et avec le contribuable, telle qu'elle se manifeste par exemple à l'occasion des procédures amiables d'élimination des doubles impositions⁷⁹⁸. La formule déterminée à l'issue d'une procédure amiable s'apparente ici au résultat d'une analyse de prix de transfert selon la méthode du partage de bénéfice : il ne s'agit pas d'une méthode forfaitaire, contrairement à la répartition globale selon une formule préétablie. La différence entre les deux peut apparaître ténue car, dans les deux cas, le partage repose sur une formule. De plus, ce partage peut avoir lieu dans les deux cas *a priori*, puisque l'on doit mettre en œuvre le principe de pleine concurrence dans le cadre des accords préalables de prix de transfert. Ici prend tout son sens l'ancrage du principe de pleine concurrence dans

⁷⁹⁴ *Global Formulary Apportionment*.

⁷⁹⁵ 1.32. : « *les pays membres de l'OCDE réaffirment leur attachement au consensus qui s'est dégagé au fil des ans sur l'utilisation du principe de pleine concurrence entre les pays membres et avec les pays non membres et ils conviennent que l'alternative théorique au principe de pleine concurrence que représente la répartition globale selon une formule préétablie doit être rejetée* ».

⁷⁹⁶ 1.17. Le même paragraphe précise : *Il y aurait trois composantes essentielles à l'application d'une répartition globale selon une formule préétablie : la détermination de l'unité à imposer, c'est-à-dire des filiales et succursales du groupe multinational devant constituer l'entité globale imposable; la détermination précise des bénéfices globaux; et la détermination de la formule à appliquer pour répartir les bénéfices globaux de l'unité considérée. Cette formule reposerait probablement sur une combinaison des charges, des actifs, des salaires et du chiffre d'affaires* ».

⁷⁹⁷ 1.18. : « *La répartition globale selon une formule préétablie se distingue des méthodes transactionnelles Elle utiliserait une formule de répartition des bénéfices prédéterminée pour tous les contribuables, alors que les méthodes transactionnelles de bénéfices comparent au cas par cas les bénéfices [des entités] avec le bénéfice que des entreprises indépendantes comparables auraient cherché à réaliser dans des circonstances comparables* ».

⁷⁹⁸ 1.18. : « *La répartition globale selon une formule préétablie se distingue également de l'application d'une formule déterminée par les deux autorités fiscales en coopération avec un contribuable..., comme cela peut se faire dans le cadre d'une procédure amiable, d'un accord préalable en matière de prix ou d'un autre mécanisme bilatéral ou multilatéral. La formule résulte alors de la situation spécifique du contribuable et évite donc le caractère globalement prédéterminé et mécanique de la répartition globale* ».

l'économie normative. Il conduit en effet à distinguer la négociation bilatérale du mécanisme forfaitaire car, dans le premier cas, les parties chercheront à déterminer un prix c'est-à-dire une grandeur issue de la rencontre entre une offre et une demande. Elles seront ainsi animées d'un esprit de coopération qui maintiendra ouverte la discussion si les faits démentent radicalement les termes de l'accord. A l'inverse, la formule préétablie est censée fournir une réponse définitive alors qu'elle ne peut être déterminée au vu de toutes les informations de marché provenant du côté offre et du côté demande.

En tant qu'anti-modèle du principe de pleine concurrence, qui offre un système pragmatique et auto-régulé, nous pouvons ainsi envisager le système de la formule préétablie comme une approche constructiviste des prix de transfert au sens de la doctrine libérale⁷⁹⁹. La norme que comporte ce système traduit une conception volontariste de la régulation des prix de transfert. Par opposition, la philosophie libérale inspirant le principe de pleine concurrence opte pour une recherche utilitariste de l'auto-régulation, plus à même de correspondre à la variété des situations. Le constructivisme du système préétabli suppose un haut degré de coopération internationale, sans doute inaccessible⁸⁰⁰. Par exemple, « *Il faudrait harmoniser les normes comptables entre tous les pays si l'on voulait pouvoir mesurer correctement les bénéfiques* »⁸⁰¹. Sur ce point également, l'OCDE ne minimise pas les difficultés du même ordre que rencontre le principe de pleine concurrence, mais l'organisation valorise le cadre dont dispose ce dernier pour les surmonter par la négociation⁸⁰². Les tenants de la formule préétablie revendiquent sa plus grande pertinence pour la prise en compte des groupes, au

⁷⁹⁹ HAYEK, Friedrich, *Droit, Législation et Liberté*, PUF, 1983. Le constructivisme dérive lui-même du scientisme à l'œuvre depuis le XIXe siècle, qui conduit les auteurs à rechercher l'imitation de la physique davantage que l'adaptation des méthodes de la science à leur discipline, et aboutit à bâtir des systèmes politiques sur une base pseudo-scientifique. Dans *Scientisme et sciences sociales* (p. 8), Hayek écrit que « *Cette ambition d'imiter la Science dans ses méthodes plus que dans son esprit allait, pendant quelque cent vingt ans, dominer l'étude de l'homme, mais elle a dans le même temps à peine contribué à la connaissance des phénomènes sociaux* ». Le scientisme contribue avec l'avènement des grands groupes et de la complexité industrielle à l'illusion que la planification est mieux adaptée que la concurrence, comme Hayek le montre dans le chapitre 4 de *La Route de la Servitude* (1944).

⁸⁰⁰ 1.24. : « *nécessiterait un degré de coopération internationale qu'il n'est pas réaliste d'escompter dans le domaine de la fiscalité internationale* ».

⁸⁰¹ 1.28.

⁸⁰² 1.28. : « *Bien entendu, on rencontre également certaines de ces difficultés avec le principe de pleine concurrence, notamment pour l'évaluation des actifs et des biens incorporels, mais des progrès importants ont été réalisés dans ce domaine pour l'application de ce principe, alors qu'il n'a jusqu'à présent été proposé aucune solution crédible pour l'application de la répartition globale selon une formule préétablie* ».

travers d'une approche consolidée⁸⁰³. L'OCDE retourne leurs arguments et juge au contraire la répartition préétablie arbitraire⁸⁰⁴ et irréaliste⁸⁰⁵.

S'agissant des groupes, la répartition globale selon une formule préétablie revient à abandonner le principe de l'entité distincte. Contrairement à l'idée selon laquelle il y aurait là un gain de réalisme, l'OCDE soutient que cela aboutit à ne pas prendre en compte la contribution spécifique de chaque entité et de chaque sous-groupe⁸⁰⁶. Corrélativement, la formule préétablie conduirait à des distorsions de recettes fiscales entre Etats, en fonction de la politique poursuivie par ces derniers et aussi des choix d'attribution de bénéfices par les groupes aux différents territoires. Il y aurait là un risque pour les Etats sur le territoire desquels les groupes sont représentés par des entités de faible poids économique, Etats qui pourraient subir une éviction au profit des Etats à plus fort enjeu pour les groupes. Il faudrait alors complexifier le système, pour garantir que tout Etat est convenablement rémunéré. Plus généralement, l'application de la formule préétablie devrait s'appliquer à la totalité des groupes, tout en préservant une part du principe d'entité distincte, voire une application simultanée du principe de pleine concurrence pour les besoins des législations, par exemple douanière ou concurrentielle, qui l'utilisent⁸⁰⁷.

⁸⁰³ 1.19. : Selon ces adversaires du principe de pleine concurrence, « la répartition globale selon une formule préétablie est plus conforme à la réalité économique. Selon eux, un groupe multinational doit être envisagé en tant que tel ou sur une base consolidée pour bien refléter la réalité des relations commerciales entre les entreprises associées. Ils reprochent à l'approche reposant sur des comptabilités distinctes de n'être pas adaptée aux groupes très intégrés dans la mesure où il est difficile de déterminer la contribution de chacune des entreprises associées au bénéfice global ».

⁸⁰⁴ 1.25. : « on peut craindre que les formules préétablies soient arbitraires et ... sans rapport réel avec les circonstances spécifiques de la transaction. Plus précisément, une formule fondée sur une combinaison des charges, des actifs, des salaires et du chiffre d'affaires impute implicitement pour chaque élément un taux fixe de bénéfice par unité monétaire (par ex. dollar, euro, yen) à chaque membre du groupe et à chaque territoire ..., quelles que soient les différences au niveau des fonctions, des actifs, des risques et de l'efficacité, et entre les membres du groupe multinational. Cela pourrait aboutir à affecter des bénéfices à une entité qui aurait subi des pertes si elle avait été une entreprise indépendante ». De même, en ce qui concerne « le traitement des fluctuations des taux de change... Si la formule préétablie se fonde sur les charges,... la répartition globale ... aboutira à augmenter les bénéfices de l'entreprise associée opérant avec la monnaie la plus forte ».

⁸⁰⁵ 1.21. : « Les pays membres de l'OCDE n'acceptent pas ces propositions et considèrent, pour les raisons suivantes, que la répartition globale selon une formule préétablie n'est pas une alternative réaliste au principe de pleine concurrence ».

⁸⁰⁶ 1.29. : L'approche néglige « l'efficacité de chacune des entreprises et d'autres facteurs spécifiques à une entreprise ou à un sous-ensemble du groupe multinational, facteurs susceptibles de jouer normalement un rôle dans la répartition des bénéfices entre les autorités fiscales en présence. Au contraire, le principe de pleine concurrence reconnaît qu'une entreprise associée peut constituer un centre de profit distinct doté de caractéristiques particulières et dégager d'un point de vue économique un bénéfice même si le reste du groupe multinational accuse des pertes ».

⁸⁰⁷ 1.31. : « Sauf si elle inclut tous les membres d'un groupe multinational, la répartition globale selon une formule préétablie devrait conserver une règle fondée sur le principe de l'entité distincte pour l'interface entre le groupe assujéti à la répartition globale et le reste du groupe multinational. La répartition globale selon une formule préétablie ne pourrait pas être utilisée pour évaluer les transactions entre le groupe soumis à la répartition globale et le reste du groupe multinational. On voit donc clairement l'inconvénient de cette méthode : elle ne règle pas totalement la question de la répartition des bénéfices d'un groupe multinational tant qu'elle n'est pas appliquée à l'ensemble du groupe. Une telle application à l'échelle de l'ensemble du groupe serait une tâche énorme pour une seule administration fiscale,

Nous voyons ici la deuxième lacune du système concurrent du principe de pleine concurrence : sa complexité, grandement sous-estimée par ses défenseurs⁸⁰⁸. En réalité, la formule préétablie supposerait un accord préalable sur la méthode, sur le fond, et sur les normes comptables⁸⁰⁹. Il en résulterait un surcoût administratif non pris en compte par les tenants du système⁸¹⁰, et corrélativement l'émergence de comportements de passager clandestin de la part des Etats⁸¹¹. Le système serait donc sous-optimal et occasionnerait des surcoûts fiscaux pour les entreprises⁸¹².

*

En conclusion sur ce point, nous pouvons affirmer que le principe de pleine concurrence se rattache à l'épicentre de la philosophie du libre échange, en tant que

étant données la dimension et l'échelle des opérations des grands groupes multinationaux et la quantité d'informations qui serait nécessaire. Le groupe multinational devrait aussi maintenir en tout état de cause une comptabilité distincte pour les sociétés qui ne sont pas membres du groupe multinational aux fins de l'application de la répartition globale tout en étant des entreprises associées à un ou plusieurs membres du groupe multinational. En fait, un grand nombre de règles nationales de droit commercial et de droit comptable exigeraient encore l'utilisation de prix de pleine concurrence (notamment les règles douanières), de sorte qu'indépendamment des dispositions fiscales le contribuable devrait comptabiliser correctement chaque transaction au prix de pleine concurrence ».

⁸⁰⁸ 1.19. : « Les partisans de la répartition globale selon une formule préétablie estiment que cette approche offre, par rapport au principe de pleine concurrence, une plus grande commodité administrative et une plus grande sécurité pour le contribuable ». De même, « les partisans de la répartition globale selon une formule préétablie soutiennent que cette approche réduit le coût du respect des obligations fiscales pour les contribuables, puisqu'en principe une seule comptabilité est à établir pour l'ensemble du groupe à l'intention des autorités fiscales nationales » (1.20).

⁸⁰⁹ 1.22. : « La préoccupation majeure que suscite la répartition globale selon une formule préétablie tient à la difficulté de mettre en œuvre ce système d'une manière qui à la fois protège contre une double imposition et assure une imposition. Pour ce faire, une étroite coordination internationale serait nécessaire et il faudrait qu'il y ait accord sur les formules préétablies à utiliser et sur la composition du groupe considéré. À titre d'exemple, il faudrait, pour éviter la double imposition, s'entendre d'abord sur l'adoption de cette approche, puis sur la façon de déterminer l'assiette globale de l'impôt pour un groupe multinational, sur l'utilisation de normes comptables communes, sur les facteurs qui devraient être utilisés pour répartir la base d'imposition entre les différentes autorités fiscales (y compris des pays non membres) et sur la façon de mesurer et de pondérer ces facteurs ». Ainsi, « Il serait long et extrêmement difficile d'aboutir à un tel accord et il est loin d'être clair que les pays aient l'intention de convenir d'une formule universelle ».

⁸¹⁰ 1.27. : « la répartition globale selon une formule préétablie peut en fait occasionner des coûts très élevés de respect des obligations fiscales et imposer de très lourdes charges pour l'obtention de données, parce que des informations doivent être collectées sur l'ensemble du groupe multinational et être présentées dans chaque pays dans sa monnaie et selon ses règles comptables et fiscales. Ainsi, les obligations en matière de documentation et de discipline fiscale... seraient généralement plus lourdes qu'en cas d'application du principe de pleine concurrence, qui se situe dans l'optique d'entités distinctes ».

⁸¹¹ 1.23. : « Même si certains pays avaient l'intention d'accepter la répartition globale selon une formule préétablie, des divergences pourraient surgir parce que chaque pays voudrait sans doute inclure dans la formule des facteurs différents, ou privilégier certains d'entre eux, en fonction des activités ou des facteurs qui prédominent dans le pays considéré. Chaque pays aurait intérêt à ce que la formule ou les pondérations adoptées maximisent ses propres recettes. En outre, il faudrait que les autorités fiscales examinent ensemble comment résoudre le problème du transfert artificiel de facteurs pris en compte dans la formule (par exemple le chiffre d'affaires ou les capitaux) vers des pays à faible imposition. Des possibilités d'évasion fiscale s'offriraient dans la mesure où il pourrait y avoir manipulation des éléments de la formule, par exemple en concluant des transactions financières ne répondant à aucune nécessité, en délocalisant délibérément des actifs mobiles, en imposant à certaines sociétés du groupe multinational des stocks supérieurs à la normale par rapport à une société indépendante du même type, etc ».

⁸¹² 1.24. : « Si tous les grands pays ne s'entendaient pas pour adopter cette approche, les entreprises multinationales verraient leurs charges alourdies puisqu'elles ... seraient obligées, pour un même ensemble de transactions, de calculer les bénéfices réalisés par leurs membres selon deux approches totalement différentes, d'où des possibilités de double imposition ou de sous-imposition dans chaque cas ».

composante fiscale des principes qui l'animent. D'une part, sa mise en œuvre conséquente est réputée assurer la régulation spontanée des prix de transfert, tant pour les entreprises que pour les administrations. D'autre part, tout principe fondé sur un autre référentiel que la pleine concurrence se révèle comme un constructivisme inefficace, ce qui fait du principe de pleine concurrence la seule référence libérale acceptable. Nous sommes ici au plus haut degré de la valeur politique qui justifie sa défense : conçu comme un dérivé des meilleurs acquis de la science économique, le principe de pleine concurrence universel s'alimente, pour ses défenseurs, aux meilleurs sources philosophiques de l'ordre économique mondial. Corrélativement, le principe universel s'ancre en dehors du droit positif et peut animer les esprits de bonne volonté en tout lieu, à l'abri même des désordres qui guetteraient les échanges internationaux si on remettait en cause sa formulation en droit positif.

Il faut dès à présent relever que cet ensemble de propriétés est acquis seulement si le principe de pleine concurrence est envisagé de manière conséquente, c'est-à-dire assorti d'un effort tendant à prolonger sa portée en matière d'assiette dans les autres domaines de l'impôt, notamment le taux et la procédure. La formulation du principe de pleine concurrence limitée aux stipulations de l'article 9 § 1 n'épuise donc pas la matière de son projet et, à la limite, un déploiement de législations copiées sur cet article sans autre effort de législation fiscale serait sans effet sur la toile de fond de la compétition fiscale mondiale.

B. L'acceptation de la compétition fiscale entre États

1. Rationalité et liberté

Il s'agit de rechercher l'avantage matériel de toutes les parties par une régulation spontanée. L'expression de philosophie libérale que constitue le principe de pleine concurrence a, pour contrepartie, la croyance qu'il faut toujours privilégier une mise en œuvre sincère de ce principe, ce qui revient à lui conférer une valeur universelle. D'ailleurs, le point 16 de la préface des lignes directrices proclame leur utilité pour tous les acteurs concernés, et non seulement les administrations ou les contribuables, ou pour tel groupe de pays⁸¹³.

⁸¹³ Préface, 16 : « Les pays membres sont encouragés à suivre ces principes dans leurs pratiques internes en matière de prix de transfert, et les contribuables sont invités à les suivre dans l'évaluation de la conformité de leurs prix de transfert au principe de pleine concurrence en vue de l'imposition. Les administrations fiscales sont invitées à tenir compte de l'appréciation du contribuable, d'un point de vue commercial, quant à l'application du principe de pleine concurrence dans le cadre de leurs vérifications, et de mettre en œuvre leurs analyses des prix de transfert en se plaçant de ce point de vue ».

Un tel universalisme est mis au service du double objectif d'asseoir le consentement à l'impôt et d'éviter les doubles impositions⁸¹⁴. Il s'agit de concourir au libre échange et de faire advenir une régulation fiscale harmonieuse des prix de transfert, par sa vertu d'équilibre spontané reposant sur l'intérêt mutuel bien compris. Le principe de pleine concurrence remplit ainsi une double fonction fiscale et économique. Si les règles d'imposition et la pression fiscale étaient parfaitement uniformes à l'échelle mondiale, la fiscalité n'influencerait pas les choix de répartition des activités économiques. Toutefois, même si l'assiette et le taux de l'impôt étaient ainsi harmonisés, la répartition des activités ne déboucherait pas forcément sur une répartition adéquate du produit de l'impôt entre les Etats, dans un contexte mondialisé, si les protagonistes de l'échange refusaient de se montrer rationnels c'est-à-dire coopératifs.

En effet, à défaut même d'incitation à l'évasion fiscale, si les groupes ne faisaient pas l'effort de répartir leur cotisation d'impôt conformément à un critère économiquement fondé, il y aurait des Etats lésés et des Etats favorisés. Le seul instrument garantissant une répartition du produit de l'impôt congruente avec la répartition des activités est aussi celui qui assure l'équivalence de traitement fiscal entre les opérations intra-groupes et les opérations entre firmes indépendantes : il s'agit par définition du principe de pleine concurrence universel. La régulation des prix de transfert assurée par ce principe se caractérise donc, dans l'ordre de la philosophie du libre échange, par le fait qu'elle satisfait à ses deux objectifs : la prévention des conflits par l'avantage matériel de tous, et un ancrage pragmatique dans la science.

2. Concurrence et coopération

Le principe de pleine concurrence s'accommode d'une concurrence des compétences fiscales des Etats sur les mêmes bases taxables. Cela explique que les lignes directrices fixent une orientation générale dans le sens de l'harmonisation, dont nous avons vu qu'elle concerne à la fois l'assiette et la procédure des prix de transfert. Mais il ne s'agit que d'une orientation, et l'OCDE n'a pu à ce stade édifier de règle opposable aux Etats dans ces matières.

⁸¹⁴ Préface, 7. : « Ces principes de fiscalité internationale ont été choisis par les pays membres de l'OCDE pour servir un double objectif: asseoir correctement l'impôt dans chaque pays et éviter les doubles impositions, de façon à éviter les conflits entre administrations fiscales et à promouvoir les échanges et les investissements internationaux. Dans une économie mondiale, la coordination internationale est mieux à même de parvenir à ces objectifs que la surenchère fiscale. L'OCDE, qui a pour vocation de contribuer à l'expansion des échanges mondiaux sur une base multilatérale et non discriminatoire et de réaliser dans les pays membres le taux de croissance durable le plus élevé possible, s'est constamment efforcée de dégager un consensus à propos des principes de fiscalité internationale, afin d'éviter des réponses unilatérales à des problèmes multilatéraux ».

Nous sommes ici confrontés au malentendu dont pâtit l'exposé traditionnel du principe de pleine concurrence composé d'un principe de rectification et d'une référence de pleine concurrence. Il postule en effet que l'entreprise et l'administration sont rivales en matière d'accès à l'information et, indirectement, que les Etats sont entre eux en situation de concurrence. Si ces acteurs coopèrent, une tendance spontanée à l'équilibre est à l'œuvre. Or, le principe de pleine concurrence tel qu'il est formulé à l'article 9 § 1 ne s'étend qu'à l'assiette en débordant timidement sur la procédure, mais reste muet en matière de taux. La transposition de l'article 9 § 1 dans tous les systèmes de droit pourrait donc servir de vecteur d'harmonisation des bases taxables mais elle ne pourrait suffire à abolir la compétition fiscale entre Etats, qu'une disparité minime de taux suffirait à aviver. A la limite même, une parfaite harmonisation d'assiette et de procédure ferait du signal de taux un vecteur décisif de localisation des bases économiques, et rendrait la concurrence fiscale entre Etats parfaitement simple. Ce constat est suffisant pour les détracteurs du principe, qui assimilent, à notre sens de manière trop rapide, l'énoncé traditionnel du principe et le principe lui-même, et qui établissent un lien entre le respect des préceptes du libre-échange dont le principe participe avec la mondialisation et l'érosion des bases taxables. On serait tenté d'oublier, à les suivre, que la même lacune affecte également le projet européen d'assiette comptable consolidée de l'impôt sur les sociétés. Incapable de produire de solution réelle au problème de la concurrence fiscale entre Etats, le projet Accis, *ersatz* encore en devenir d'un réel projet d'impôt européen, souffre en outre, par le fait qu'il constitue une modalité de la répartition forfaitaire selon une formule préétablie, de la comparaison avec la plasticité du principe de pleine concurrence universel, seul principe applicable en situation réelle⁸¹⁵.

⁸¹⁵ 1.16. : La formule préétablie « n'a pas été appliquée jusqu'à présent dans les relations internationales bien qu'elle ait été essayée par des autorités fiscales locales ».

SECTION 2. UN PRINCIPE DE PERTINENCE

Dans la préface des lignes directrices⁸¹⁶, l'OCDE évoque l'importance du principe de pleine concurrence comme norme à la fois consensuelle et perçue comme obligatoire pour les Etats disposant de conventions fiscales destinées à éliminer les doubles impositions⁸¹⁷. L'organisation insiste sur l'importance du riche corpus de doctrine que constituent les lignes directrices : il s'agit d'analyser les nombreux cas possibles de relations commerciales et financières dans les groupes, et de proposer des applications pratiques conformes au principe de pleine concurrence⁸¹⁸. Au centre de ce corpus se trouvent les méthodes de détermination des prix de transfert et l'analyse des règles de comparabilité. Leur lecture linéaire ne nous semble pas rendre compte des principes qui en constituent le soubassement, et que nous allons nous efforcer de dégager.

Pour cela, nous relevons que, dans les lignes directrices, la comparabilité est présentée comme la clé d'application du principe de pleine concurrence⁸¹⁹. Ainsi, l'analyse de comparabilité, qui comporte d'emblée une référence à l'ensemble des éléments économiques pertinents, est inhérente à la mise en œuvre de ce principe⁸²⁰, ce qui résume le rapport entre la recherche de transactions réelles et la référence théorique de pleine concurrence : certes, il s'agit de trouver des transactions réelles et de les rendre comparables ; mais cette convention d'application ne remet pas en cause le principe théorique lui-même. La comparabilité fait entrer dans l'application du principe de pleine concurrence une exigence de pragmatisme qui comporte en germe l'essentiel des libertés prises par les lignes directrices,

⁸¹⁶ Cf. Préface, 15. Dans le cadre de cette étude, les références des citations, à l'exception de celles tirées du glossaire, sont spécifiées par un chiffre correspondant au chapitre, suivi du numéro de paragraphe. L'édition citée est celle de 2017.

⁸¹⁷ Ibid. : « les pays membres de l'OCDE demeurent attachés au principe de pleine concurrence, tel qu'il est exprimé dans le Modèle de Convention fiscale de l'OCDE (et dans les conventions bilatérales qui les obligent à respecter ce principe) et dans le rapport de 1979 ».

⁸¹⁸ Préface, 15 : « ces Principes portent sur l'application du principe de pleine concurrence pour déterminer les prix de transfert des entreprises associées... Ces Principes analysent les méthodes pouvant être mises en œuvre pour déterminer si les conditions qui régissent les relations commerciales et financières au sein d'une entreprise multinationale répondent au principe de pleine concurrence et examinent l'application pratique de ces méthodes ».

⁸¹⁹ 1.6. : « Cette analyse des transactions contrôlées et des transactions sur le marché libre, appelée "analyse de comparabilité", est au cœur de l'application du principe de pleine concurrence ».

⁸²⁰ 1.7. : « L'article 9 paragraphe 1 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE est le fondement des analyses de comparabilité parce qu'il prévoit la nécessité : a) d'une comparaison entre les conditions (notamment les prix, mais pas seulement les prix) convenues ou imposées entre entreprises associées et celles qui seraient convenues entre entreprises indépendantes, afin de déterminer si une rectification de la comptabilité des entreprises associées est autorisée en vertu de l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE (voir le paragraphe 2 du Commentaire sur l'article 9) ; b) d'une détermination des profits qui auraient été réalisés en conditions de pleine concurrence, afin de déterminer le montant de la rectification éventuelle de comptabilité ».

et les instances chargées de les mettre en œuvre, avec la pureté des principes de concurrence non faussée⁸²¹.

Deux principes nous paraissent dans cette perspective structurer les lignes directrices : d'une part, il s'agit de toujours privilégier l'observation (§ 1) ; d'autre part, le corpus évolue constamment pour garantir que de nouvelles méthodes sont développées pour faire face aux nouveaux enjeux (§ 2).

⁸²¹ 1.7. : « Il est important de mettre en perspective la question de la comparabilité afin de souligner la nécessité de rechercher un équilibre entre, d'une part, la fiabilité de l'analyse de comparabilité et, d'autre part, les contraintes qu'elle génère pour les contribuables et les administrations fiscales ».

§ 1. LE PRINCIPE D'OBSERVATION DES TRANSACTIONS ET DE LEUR CONTEXTE

On ne peut observer sans analyser. Ces deux activités sont complémentaires et non concurrentes. Il ne faut donc pas voir, à notre sens, le principe selon lequel l'observation doit prioritairement s'appuyer sur des transactions réelles (A) comme un absolu excluant toute faculté de recourir, par l'analyse, aux résultats de l'économie théorique (B).

A. Principe des transactions réelles

Il s'agit à la fois de respecter les transactions passées par les parties (1) et de choisir des comparables réels (2).

1. Le respect des transactions déclarées

Dans la méthode du prix comparable sur le marché libre (CUP), la notion de « *marché libre* » servant de référence à la comparaison reste implicite, mais l'on comprend qu'il s'agit d'observer des transactions comparables, ce qui signifie que l'analyse doit s'appuyer sur des transactions réelles et non, en principe, théoriques⁸²². De cette définition résulte le respect, par les lignes directrices, des transactions déclarées et leur rejet de principe de la « *restructuration* » des transactions. Notons que, depuis la version 2017, les lignes directrices comprennent des développements relatifs à la délimitation des transactions qui doivent être articulés avec ce principe général.

La définition induit, en première analyse, que la méthode CUP détermine les prix de transfert par simple référence à des transactions entre parties libres, et non par rapport à un prix déterminé selon les règles de la concurrence pure et parfaite. Il en résulte une interrogation fondamentale pour notre propos, consistant à déterminer si les termes « *pleine concurrence* » doivent s'entendre d'une simple situation de concurrence observée, ou si l'on doit y voir une référence à la concurrence pure et parfaite entendue comme un référentiel contraignant.

⁸²² 2.14. : « *La méthode du prix comparable sur le marché libre consiste à comparer le prix d'un bien ou d'un service transféré dans le cadre d'une transaction contrôlée à celui d'un bien ou d'un service transféré dans des conditions comparables* ».

2. Le choix de comparables réels

Les lignes directrices définissent une transaction comparable sur le marché libre servant de référence pour les comparaisons en matière de prix de transfert⁸²³. La comparaison doit ainsi avoir lieu, en principe, avec des transactions effectuées par des opérateurs dépourvus de tout lien de dépendance entre eux, qu'il s'agisse de deux tiers ou de l'entreprise elle-même dans ses relations avec des tiers indépendants. Corrélativement sont exclues en principe, du moins pour servir de base aux rectifications par les services fiscaux, les transactions contrôlées effectuées à l'intérieur du groupe ou dans un autre groupe⁸²⁴. Nous reviendrons au prochain titre sur ce point qui semble contredire la conclusion à laquelle nous sommes parvenus dans notre première partie. Dès à présent, on peut noter que la comparabilité est, selon le cas, recommandée ou non recommandée, ce qui lui confère l'apparence d'une règle juridique souple. Simultanément, la comparabilité se présente comme une source d'analyse économique, manifestant la volonté d'ancrage de la norme dans la science.

La recherche de transactions comparables n'est pas simplement affaire de contrôle fiscal ou de documentation destinée à anticiper le risque fiscal. Il s'agit, selon les lignes directrices, d'une exigence fondamentale du calcul économique, que l'on trouve chez les opérateurs indépendants⁸²⁵ pour lesquelles la question du redressement fiscal ne se pose pas. Leur calcul économique de base se rattache à la question du coût d'opportunité⁸²⁶, dans la mesure où elle implique que les entreprises indépendantes prennent en compte toutes les

⁸²³ 3.24. : Il s'agit d'une « transaction entre deux parties indépendantes qui est comparable à la transaction contrôlée examinée. Il peut s'agir d'une transaction comparable entre une partie à la transaction contrôlée et une partie indépendante ("comparable interne") ou entre deux entreprises indépendantes dont aucune n'est impliquée dans la transaction contrôlée ("comparable externe") ».

⁸²⁴ 3.25. : « La comparaison des transactions contrôlées d'un contribuable avec d'autres transactions contrôlées effectuées par le même groupe multinational ou par un autre groupe n'est pas pertinente pour l'application du principe de pleine concurrence et ne devrait donc pas être utilisée par une administration fiscale comme base pour procéder à un ajustement des prix de transfert ou par un contribuable pour étayer sa politique en matière de prix de transfert ».

⁸²⁵ 1.38. : « Pour évaluer les conditions d'une transaction potentielle, des sociétés indépendantes vont comparer cette transaction aux autres possibilités réalistes qui leur sont offertes et elles ne vont conclure la transaction que si elles ne voient pas d'autres solutions nettement plus avantageuses ».

⁸²⁶ Comme nous le verrons au chapitre 2 du présent titre.

alternatives économiques à la transaction⁸²⁷. Or, même dans ce cas, la comparabilité n'est pas un simple exercice pratique, mais une norme de calcul économique rationnel⁸²⁸.

Toutefois, le principe d'observation ne signifie pas à notre sens qu'il faut limiter l'application du principe de pleine concurrence à des situations dans lesquelles existent des comparables réels. Si tel était le cas, il ne serait pas possible de distinguer, parmi les observations réputées comparables, celles qui sont les plus recevables. D'ailleurs, les lignes directrices admettent bien que, dans certaines situations, il n'existe pas de transaction comparable et que l'analyse économique peut seule suppléer l'absence d'observation⁸²⁹.

B. Principe d'analyse des situations économiques

Deux traits saillants apparaissent sur ce point. D'abord, les lignes directrices laissent aussi souvent que possible une marge d'appréciation aux parties sous réserve de fiabilité de leurs résultats (1). Par ailleurs, la diversité des analyse économiques possibles semble du même ordre que la diversité de l'économie elle-même (2), ce qui donne une indication de plus sur le fait que la référence de pleine concurrence trouve son ancrage dans l'économie.

1. La démarche d'analyse : un ordonnancement pragmatique

Le pragmatisme de l'analyse se manifeste dans le processus de comparabilité mais aussi par la liberté de mise en œuvre des méthodes de prix de transfert.

Sur le premier point, les lignes directrices fournissent un processus type d'analyse de comparabilité. Il s'effectue en 9 étapes⁸³⁰. Le processus décrit est présenté comme une

⁸²⁷ 1.38. : « À titre d'exemple, il y a peu de chances qu'une entreprise accepte un prix offert pour son produit par une entreprise indépendante si elle sait que d'autres clients potentiels sont prêts à payer plus cher dans des conditions similaires... des entreprises indépendantes tiennent généralement compte de toutes les différences économiquement significatives entre les options réalistes qui s'offrent à elles (et notamment des différences de niveau de risque ou d'autres facteurs de comparabilité) ».

⁸²⁸ Cf. par exemple Lignes directrices, 2010, 1.36. : « Pour déterminer le degré de comparabilité effective puis effectuer les ajustements de comparabilité nécessaires à l'établissement de conditions (ou d'un éventail de conditions) de pleine concurrence, il faut comparer les caractéristiques des transactions ou des entreprises qui auraient une incidence sur les conditions des transactions en situation de pleine concurrence ».

⁸²⁹ 2.118. : « Un autre atout de la méthode transactionnelle du partage des bénéfices est qu'elle offre de la souplesse en tenant compte de la situation factuelle spécifique des entreprises associées, qui peut être exceptionnelle et ne pas exister dans le cas d'entreprises indépendantes, tout en constituant toujours une approche de pleine concurrence dans la mesure où elle reflète ce qu'auraient fait des entreprises indépendantes, confrontées à des circonstances identiques ».

⁸³⁰ 3.4. : « Étape 1 : Détermination des années à inclure dans l'analyse ;

Étape 2 : Analyse d'ensemble des circonstances du contribuable ;

Étape 3 : Compréhension de la ou des transaction(s) contrôlée(s) examinée(s), en s'appuyant notamment sur une analyse fonctionnelle, afin de choisir la partie testée (le cas échéant), la méthode de prix de transfert la plus appropriée compte tenu des circonstances du cas d'espèce, l'indicateur financier à tester (dans le cas d'une méthode transactionnelle de bénéfices) et d'identifier les facteurs de comparabilité importants à prendre en compte ;

« bonne pratique », qui n'a de caractère contraignant qu'à proportion de son efficacité⁸³¹. En particulier, le processus type n'est pas linéaire et certaines étapes peuvent être répétées⁸³². De même, le choix d'une méthode doit être effectué de façon pragmatique⁸³³. Par ailleurs, la pondération des facteurs de comparabilité doit être motivée par un souci d'efficacité⁸³⁴. Ainsi, la règle dominante doit être le réalisme économique, qui implique la mise en œuvre d'une démarche cohérente⁸³⁵. L'ordonnement du travail obéit à la logique mathématique plutôt qu'à un découpage temporel : peu importe l'ordre de l'analyse pourvu que chaque étape aboutisse, si possible, à la détermination d'un écart quantifiable entre la situation étudiée et l'élément de comparaison⁸³⁶.

Autre exemple de cette liberté d'analyse sous réserve de fiabilité : la répartition des bénéfices dans le cas de la méthode du *Profit Split*. Il convient en effet de fixer une répartition des profits en fonction d'une clé « *correspondant à une répartition similaire effectuée entre des parties indépendantes dans des transactions comparables* »⁸³⁷, ou en fonction de variables telles que la valeur relative des dépenses de commercialisation de chaque

Étape 4 : Examen des comparables internes existants, le cas échéant ;

Étape 5 : Identification des sources disponibles d'informations sur des comparables externes dans les cas où de tels comparables sont nécessaires, et appréciation de leur fiabilité ;

Étape 6 : Sélection de la méthode de prix de transfert la plus appropriée et, en fonction de celle-ci, détermination de l'indicateur financier à utiliser (par exemple détermination de l'indicateur du bénéfice net dans le cas d'une méthode transactionnelle de la marge nette) ;

Étape 7 : Identification de comparables potentiels : détermination des caractéristiques fondamentales qui doivent être satisfaites par toute transaction sur le marché libre pour qu'elle puisse être considérée comme potentiellement comparable, sur la base des facteurs pertinents identifiés à l'étape 3 et conformément aux facteurs de comparabilité ;

Étape 8 : Le cas échéant, détermination et réalisation des ajustements de comparabilité ;

Étape 9 : Interprétation et utilisation des données recueillies et détermination de la rémunération de pleine concurrence ».

⁸³¹ 3.4. : « Ce processus est considéré comme une bonne pratique, mais n'est pas obligatoire, ... car la fiabilité du résultat est plus importante que la procédure suivie ».

⁸³² 3.5. : « Les étapes 5 à 7... doivent parfois être mises en œuvre à plusieurs reprises jusqu'à parvenir à une conclusion satisfaisante ».

⁸³³ 2.8. : « Les indications au paragraphe 2.2 selon lesquelles la sélection d'une méthode de prix de transfert vise toujours à trouver la méthode la plus appropriée au cas d'espèce ne signifient pas qu'il faille analyser en détail ou tester à chaque fois toutes les méthodes de prix de transfert pour sélectionner celle qui est la plus appropriée ».

⁸³⁴ 2.32. : « Il est parfois souhaitable de donner davantage d'importance à d'autres facteurs de comparabilité ... lorsque la marge bénéficiaire est principalement liée à ces autres facteurs et seulement accessoirement au produit qui fait l'objet de la transaction ».

⁸³⁵ 2.58. : « On ne peut définir aucune règle d'application générale pour tous les cas. Quoi qu'il en soit, les diverses méthodes utilisées pour déterminer les coûts des transactions sur le marché libre et ceux des transactions entre entreprises associées doivent être cohérentes. Elles doivent être également appliquées de façon cohérente sur le plan temporel aux entreprises considérées ».

⁸³⁶ 2.17. : « Lorsque l'on étudie la question de savoir si les transactions sur le marché libre et les transactions entre entreprises associées sont comparables, il convient d'examiner l'effet sur les prix, de fonctions de l'entreprise plus larges que la simple possibilité de comparer des prix... Lorsque des différences existent entre les transactions sur le marché libre et les transactions entre entreprises associées ou entre les entreprises effectuant ces transactions, il peut être difficile de déterminer quels correctifs suffisamment précis devront être apportés pour remédier à l'incidence que ces différences peuvent avoir sur le prix ».

⁸³⁷ 2.140.

participant. A cet égard, la répartition des profits apparaît très libre. Par exemple, « *les clés de répartition s'appuyant sur les actifs / les capitaux (actifs d'exploitation, actifs immobilisés, actifs incorporels, capitaux employés) ou sur les charges (dépenses et / ou investissements relatifs dans des domaines clés comme la recherche-développement, l'ingénierie, le marketing) sont souvent utilisées* »⁸³⁸. En outre, la répartition des bénéfices peut s'effectuer sur la base des coûts engagés ou des fonctions exercées⁸³⁹ et sur la valeur relative de ces fonctions et actifs⁸⁴⁰. Cette répartition en fonction des actifs correspond au cas où la valeur ajoutée est corrélée aux investissements, conformément à la théorie économique de la valeur travail⁸⁴¹. Ce type d'appréciation de la valeur doit céder la place à une appréciation selon la valeur utilité lorsque c'est possible⁸⁴². Une répartition en fonction des éléments de coûts suppose en effet que la valeur finale dépend étroitement des frais engagés⁸⁴³. La clé de répartition peut donc, par exemple, reposer sur les frais de commercialisation ou de publicité si leur niveau présente un effet notable la valeur des produits. De même, l'importance de la recherche et développement peut servir de critère de répartition, ou encore le montant des rémunérations, sous réserve que ces facteurs influent de manière décisive sur la valeur finale⁸⁴⁴.

⁸³⁸ 2.141. Et aussi : « *D'autres types de clés de répartition, reposant par exemple sur le chiffre d'affaires marginal généré, sur les effectifs (nombre de personnes participant aux fonctions clés qui apportent de la valeur à la transaction), sur le temps passé par un certain groupe de salariés s'il existe une forte corrélation entre le temps passé et la création de bénéfices combinés, le nombre de serveurs informatiques, les données stockées, la surface des points de vente, etc., peuvent être appropriés en fonction des faits et circonstances des transactions* » (ibid.).

⁸³⁹ 2.117. : « *En l'absence d'élément plus direct indiquant comment des parties indépendantes auraient partagé les bénéfices dans des circonstances comparables, les bénéfices peuvent être répartis sur la base de la répartition des fonctions (tenant compte de la répartition des actifs et des risques) entre les entreprises associées elles-mêmes* ».

⁸⁴⁰ 2.125 : « *cette répartition peut s'appuyer sur des données comparables lorsqu'elles sont disponibles. En leur absence, elle est souvent basée sur la valeur relative des fonctions exercées par chacune des entreprises associées participant aux transactions contrôlées, compte tenu des actifs qu'elles emploient et des risques qu'elles assument* ».

⁸⁴¹ 2.98. : « *Les indicateurs basés sur les coûts doivent être employés uniquement dans les cas où les coûts sont un indicateur pertinent de la valeur des fonctions accomplies, des actifs utilisés et des risques assumés par la partie testée* ».

⁸⁴² 2.125. : « *Dans les cas où la valeur relative des contributions peut être mesurée directement, il peut ne pas être nécessaire de déterminer la valeur... des contributions de chaque participant* » (2.119.).

⁸⁴³ 2.142. : « *Les clés de répartition fondées sur les actifs ou sur le capital peuvent être utilisées lorsqu'il existe une forte corrélation entre, d'une part les actifs corporels ou incorporels ou les capitaux employés, et d'autre part la création de valeur dans le contexte de la transaction contrôlée* ».

⁸⁴⁴ 2.144. : « *Une clé de répartition reposant sur les coûts peut être adaptée s'il est possible d'identifier une corrélation forte entre les charges relatives encourues et la valeur ajoutée relative. Par exemple, les charges de commercialisation peuvent constituer une clé utile pour un distributeur si la publicité donne naissance à des actifs incorporels commerciaux significatifs, par exemple dans le cas de biens de consommation dont la valeur est influencée par la publicité. Les dépenses de recherche et développement peuvent être adaptées pour un fabricant si elles concernent le développement d'actifs incorporels manufacturiers significatifs tels que des brevets. Toutefois, si par exemple les deux parties apportent des actifs incorporels de valeur de natures différentes, alors il n'est pas approprié d'utiliser une clé de répartition fondée sur les coûts à moins que les coûts donnent une mesure fiable de la valeur relative de ces biens incorporels. Le montant des rémunérations est souvent retenu lorsque ce sont des fonctions assurées par des personnes qui constituent le principal facteur générateur des bénéfices combinés* ».

Il faut donc relativiser toute impression de laxisme que donneraient les lignes directrices en matière de répartition des profits. Pour éviter une dispersion des méthodes, elles fixent des contraintes de fiabilité et de cohérence de la répartition adoptée avec les résultats de l'analyse fonctionnelle⁸⁴⁵. La clé de répartition doit être si possible fixée au début du contrat⁸⁴⁶ et demeurer valable sur toute sa durée⁸⁴⁷. En particulier, si le bénéfice est calculé en référence à des facteurs d'offre, l'analyse doit permettre d'expliquer leur rapport avec la valeur créée⁸⁴⁸. Une telle clause s'explique par le risque de détournement de la méthode du *Profit Split*, censée présenter un caractère subsidiaire devant céder le pas devant une méthode CUP ou *Cost Plus*⁸⁴⁹. En tout état de cause, la liberté de répartition des profits s'exerce sous réserve d'une référence au principe de pleine concurrence⁸⁵⁰. Plus précisément, la méthode du *Profit Split* est à utiliser sous réserve de preuve de sa pertinence⁸⁵¹. Cette limitation explique que le bénéfice à retenir soit un bénéfice net, ou, en cas d'analyse portant sur des bénéfices bruts, que la cohérence soit préservée ensuite pour la détermination des charges à répartir⁸⁵².

⁸⁴⁵ 2.122. : « le calcul des bénéfices combinés à répartir et la définition des clés de répartition doivent être cohérents avec l'analyse fonctionnelle..., susceptibles d'être mesurés de manière fiable ».

⁸⁴⁶ 2.145. : « il est donc nécessaire de préciser à l'avance quels seront les coûts pris en compte dans la détermination de la clé de répartition et d'appliquer la même clé de répartition pour toutes les parties ».

⁸⁴⁷ 2.123. : « La méthode de détermination des bénéfices combinés à répartir et les facteurs de répartition doivent généralement être utilisés de manière cohérente sur la durée de l'accord, y compris au titre des années déficitaires ».

⁸⁴⁸ 2.150. : « Lorsque le bénéfice est réparti en fonction d'une évaluation de l'importance relative des fonctions, actifs et risques pour la création de valeur ajoutée de la transaction contrôlée, cette évaluation doit être étayée par des données objectives fiables afin d'en limiter le caractère arbitraire. Il est particulièrement important d'identifier les contributions en termes d'actifs incorporels de valeur et l'assomption de risques significatifs, et de déterminer l'importance, la pertinence et la mesure des facteurs qui ont donné naissance à ces actifs incorporels de valeur et risques significatifs ».

⁸⁴⁹ Cf. 2.3. commenté *infra*.

⁸⁵⁰ 2.122. : « les bénéfices combinés doivent être répartis ... sur une base économiquement valable s'approchant de la division des bénéfices qui aurait été prévue et reflétée dans un accord conclu dans des conditions de pleine concurrence ».

⁸⁵¹ 2.123. : « La personne qui applique une méthode transactionnelle du partage des bénéfices (qu'il s'agisse du contribuable ou de l'administration fiscale) doit être prête à expliquer en quoi cette méthode est appropriée aux circonstances du cas d'espèce ainsi que la manière dont elle est mise en œuvre, et en particulier les critères ou les clés de répartition qui sont utilisés pour le partage des bénéfices combinés ».

⁸⁵² 2.137. : « Généralement, les bénéfices combinés à répartir dans une méthode transactionnelle du partage des bénéfices sont les bénéfices d'exploitation... il peut être approprié, à l'occasion, d'opérer un partage des bénéfices bruts et de déduire ensuite les dépenses encourues ou attribuables à chaque entreprise concernée... Dans ces cas..., il faut veiller à s'assurer que les dépenses encourues par ou attribuables à chaque entreprise sont cohérentes avec les activités entreprises et les risques qui y sont pris, et que la répartition des bénéfices bruts est de même cohérente avec l'attribution des activités et des risques ».

2. Diversité des champs de l'analyse économique

Nous pouvons mettre en évidence la diversité de l'analyse de prix de transfert en nous appuyant, successivement, sur les développements relatifs à la comparabilité, sur ceux relatifs à la mise en œuvre des méthodes de prix de transfert, et enfin sur la nouvelle version du chapitre relatif aux incorporels.

Les lignes directrices distinguent cinq facteurs de comparabilité, touchant à la substance des biens échangés, à celle des entreprises en cause, et à tous les éléments d'environnement⁸⁵³. C'est la prise en compte de ces facteurs qui permet d'identifier les caractéristiques distinctives des transactions étudiées⁸⁵⁴. Dans ce contexte, la caractérisation d'une situation comparable mobilise toutes les ressources analytiques de l'économie, et notamment la description de toutes les composantes économiques de la situation⁸⁵⁵. En outre, l'analyse doit prendre en compte l'existence d'un cycle « économique, commercial ou produit »⁸⁵⁶, ainsi que l'étendue spatiale du marché pertinent⁸⁵⁷. Ce sont, par conséquent, tous les facteurs d'environnement qui doivent entrer dans l'analyse, pour autant qu'ils soient significatifs dans la détermination du prix. S'y ajoutent tous les types possibles de comportements d'acteurs⁸⁵⁸. Voici qui explique pourquoi la recherche de comparables n'épuise pas l'analyse de comparabilité, laquelle constitue une modélisation effectuée en

⁸⁵³ Lignes directrices 2010, 1.36. : « Les caractéristiques ou « facteurs de comparabilité » qui peuvent être importantes pour évaluer la comparabilité incluent les caractéristiques des biens ou des services transférés, les fonctions assurées par les parties (compte tenu des actifs mis en œuvre et des risques assumés), les clauses contractuelles, les circonstances économiques des parties et les stratégies industrielles et commerciales qu'elles poursuivent » ; cf. aussi Lignes directrices 2017, 1.36 et 1.37.

⁸⁵⁴ Lignes directrices 2010, 1.36. : « il faut tenir compte dans ces comparaisons des différences significatives éventuelles entre les transactions ou entreprises comparées ».

⁸⁵⁵ 1.110. : « Les caractéristiques de la situation économique à envisager pour déterminer la comparabilité des marchés sont notamment : la localisation géographique, la dimension des marchés, le degré de concurrence sur les marchés et la position concurrentielle relative des acheteurs et des vendeurs, l'existence de biens et de services de substitution ou le risque d'apparition de tels biens ou services, le niveau de l'offre et de la demande sur l'ensemble du marché (et, le cas échéant, dans certaines régions), le pouvoir d'achat des consommateurs, la nature et la portée des réglementations publiques applicables au marché, les coûts de production (en particulier, le coût des terrains, de la main-d'œuvre et du capital), les coûts de transport, le stade de commercialisation (détail ou gros, par exemple), la date et le moment des transactions, etc. ».

⁸⁵⁶ 1.111.

⁸⁵⁷ 1.112. : « Pour un certain nombre de secteurs, les grands marchés régionaux englobant plusieurs pays peuvent s'avérer homogènes, alors que pour d'autres, les différences entre les marchés nationaux (ou même au sein des marchés nationaux) sont très significatives ».

⁸⁵⁸ 1.114. : « Il faut également prendre en compte les stratégies des entreprises dans la détermination de la comparabilité en vue de la fixation des prix de transfert. Les stratégies des entreprises présentent de nombreux aspects, et portent notamment sur l'innovation et la mise au point de nouveaux produits, le degré de diversification, l'aversion pour le risque, la prise en compte des facteurs politiques, le rôle de la législation du travail en vigueur et des nouvelles dispositions envisagées dans ce domaine, la durée des accords, ainsi que sur tous les autres facteurs qui ont une incidence sur le fonctionnement quotidien des entreprises. Il peut être nécessaire de prendre en compte ces stratégies pour déterminer la comparabilité des transactions contrôlées et sur le marché libre ainsi que des entreprises elles-mêmes ».

référence à tous les apports de la théorie concurrentielle⁸⁵⁹. Il s'agit d'une modélisation à un double titre. D'abord parce que l'analyse repose sur l'identification de facteurs pertinents destinés à simplifier le réel⁸⁶⁰. Mais aussi et surtout parce que chaque convention d'analyse doit pouvoir être justifiée⁸⁶¹, ce qui implique la traçabilité des méthodes.

Quant à la diversité d'analyse au sein des méthodes, on relève que la méthode CUP elle-même peut servir pour des situations simples ou très complexes⁸⁶². Ainsi, dès les premières lignes, la comparaison se sophistique pour tenir compte des modes usuels de détermination des prix⁸⁶³ ou des pratiques de ristournes et remises commerciales⁸⁶⁴. Cette complexité de l'analyse, introduite d'emblée, donne à la méthode CUP sa plasticité et permet de l'appliquer y compris dans des situations compliquées telles que l'évaluation des biens incorporels⁸⁶⁵. Certes, la méthode peut être mise en défaut dans certaines situations

⁸⁵⁹ 3.1. : « La recherche de comparables n'est qu'un aspect de l'analyse de comparabilité. Elle ne doit pas être confondue avec cette analyse, pas plus qu'elle ne doit en être dissociée ».

⁸⁶⁰ 3.1. : « La recherche d'informations sur des transactions potentiellement comparables sur le marché libre et l'identification de comparables sont tributaires de l'analyse antérieure de la transaction contrôlée du contribuable et des facteurs de comparabilité pertinents ».

⁸⁶¹ 3.1. : « Une approche méthodologique cohérente doit assurer une certaine continuité ou établir des liens au sein du processus analytique d'ensemble, permettant de conserver une relation constante entre les différentes étapes : depuis l'analyse préliminaire des conditions de la transaction contrôlée jusqu'à la sélection de la méthode de prix de transfert, en passant par la recherche potentielle de comparables et en aboutissant à une conclusion sur la question de savoir si les transactions contrôlées examinées sont compatibles avec le principe de pleine concurrence décrit à l'article 9 paragraphe 1 ».

⁸⁶² Les lignes directrices en fournissent des exemples d'application. Le premier exemple donne une indication sur les critères de comparabilité. Il s'agit de l'exemple d'un produit identique ne présentant pas de qualité particulière, vendu dans les mêmes quantités et au même moment, et dans des conditions analogues pour les deux entreprises. Ainsi en 2.24. : « une entreprise indépendante vend du café en grains de Colombie sans marque et une entreprise associée vend à une autre entreprise associée, en quantités similaires, du café en grains de Colombie sans marque, d'un type et d'une qualité similaire, les deux types de transaction ayant lieu à peu près au même moment, au même stade du processus de production/distribution et dans des conditions similaires. Si la seule transaction sur le marché libre dont on dispose pour effectuer une comparaison porte sur du café en grains du Brésil sans marque, il y aura lieu de rechercher si la différence au niveau du produit peut avoir une incidence matérielle sur le prix. Par exemple, on pourra rechercher dans quelle mesure l'origine même du produit exige généralement sur le marché libre un prix plus élevé ou moins élevé. De telles informations peuvent être obtenues sur les marchés des matières premières ou être déduites des prix des négociants. Si cette différence a effectivement une incidence matérielle sur le prix, il y a lieu d'effectuer des ajustements. S'il n'est pas possible d'effectuer un ajustement de comparabilité suffisamment fiable, la fiabilité de la méthode du prix comparable sur le marché libre s'en trouvera réduite, et il pourrait être nécessaire de sélectionner une autre méthode moins directe à la place ».

⁸⁶³ 2.25. « Comme autre exemple significatif de cas où des ajustements peuvent s'avérer nécessaires, on peut citer celui où les conditions des ventes sur le marché libre et des ventes contrôlées sont identiques, hormis le fait que le prix des ventes contrôlées est un prix de livraison et que les ventes sur le marché libre sont effectuées au prix d'usine franco à bord. Les différences en termes de transport et d'assurance ont généralement un effet déterminé et raisonnablement quantifiable sur le prix. En conséquence, pour déterminer le prix de vente sur le marché libre, il convient de corriger le prix par la différence des conditions de livraison ».

⁸⁶⁴ 2.26. : « Autre exemple, supposons qu'un contribuable vende 1 000 tonnes d'un produit pour 80 \$ la tonne à une entreprise associée dans son groupe multinational et qu'il vende parallèlement 500 tonnes du même produit pour 100 \$ la tonne à une entreprise indépendante. Dans un tel cas, il convient de savoir si les différences de volumes doivent se traduire par une correction du prix de transfert. Il convient de déterminer le marché pertinent en analysant des transactions sur des produits analogues afin de déterminer les rabais normalement appliqués en fonction du volume ».

⁸⁶⁵ Lignes directrices de l'OCDE, 2010, 6.23. : « Pour déterminer un prix de pleine concurrence dans le cas d'une vente ou de la concession d'une licence portant sur un bien incorporel, il est possible d'utiliser la méthode du prix

particulières, mais ce n'est pas une raison pour la disqualifier⁸⁶⁶. Dans ce contexte, le périmètre d'application des méthodes du prix de revente minoré et du coût majoré peut être considéré comme identique à celui de la CUP. S'agissant du *Resale Minus*, les lignes directrices indiquent que « *C'est probablement lorsqu'elle est appliquée à des opérations de commercialisation que cette méthode est la plus efficace* »⁸⁶⁷. Toutefois, elle peut théoriquement être mobilisée pour tout type d'opération, y compris dans les cas complexes d'évaluation de biens incorporels⁸⁶⁸. Même en matière de comparaison d'activités de distribution, la méthode *Resale Minus* peut couvrir une large gamme de situations, de la plus concurrentielle jusqu'au monopole de distribution⁸⁶⁹. Un usage aussi extensif est rendu possible par le fait que la méthode du prix de revente minoré, tout comme la méthode CUP, s'effectue sous réserve d'un test de fiabilité et d'éventuels ajustements : « *Soit deux distributeurs vendant le même produit sur le même marché sous la même marque. Le distributeur A offre une garantie ; le distributeur B n'en offre pas. Le distributeur A n'inclut pas la garantie dans sa stratégie de prix ; il vend donc son produit à un prix supérieur ... Les deux marges ne sont pas comparables en l'absence d'un ajustement ...* »⁸⁷⁰.

comparable sur le marché libre lorsque le même propriétaire a transféré des biens incorporels comparables ou en a cédé la licence dans des conditions comparables à des entreprises indépendantes (...). Les offres faites à des parties indépendantes ou les offres loyales de licenciés concurrents peuvent également être prises en compte » ; cf. aussi Lignes directrices de l'OCDE, 2017, 6.116. : « Il est donc essentiel de tenir compte des caractéristiques spécifiques des actifs incorporels lors de la réalisation d'une analyse de comparabilité portant sur un transfert de tels actifs. Cela est particulièrement important si la méthode de prix de transfert retenue comme étant la plus appropriée est la méthode du prix comparable ou une autre méthode utilisant des comparables ».

⁸⁶⁶ 2.17. : « *Mais cette difficulté ne doit pas conduire à écarter l'éventuelle application de la méthode du prix comparable sur le marché libre. Pour des raisons pratiques, une plus grande souplesse s'impose de manière à pouvoir utiliser cette méthode et à la compléter le cas échéant par d'autres méthodes adéquates, toutes ces méthodes devant être appréciées en fonction de leur exactitude relative. Il faut s'efforcer, dans toute la mesure du possible, d'ajuster les données pour qu'elles puissent être utilisées de façon adéquate dans le cadre de la méthode du prix comparable sur le marché libre. Comme pour toute autre méthode, la fiabilité relative de la méthode du prix comparable sur le marché libre est fonction du degré d'exactitude des correctifs qui peuvent être apportés aux fins de comparabilité* ».

⁸⁶⁷ 2.27.

⁸⁶⁸ Lignes directrices 2010, 6.24. : « *En cas de vente de biens intégrant des éléments d'actif incorporels, il est également possible d'utiliser la méthode du prix comparable sur le marché libre ou celle du prix de revente suivant les principes énoncés au chapitre II* » ; ou encore « *Si l'entreprise associée cède le bien incorporel à des parties indépendantes par voie de sous-licence, il sera possible d'utiliser sous une forme ou sous une autre la méthode du prix de revente pour analyser les conditions de la transaction entre entreprises associées* » (Lignes directrices 2010, 6.23).

⁸⁶⁹ 2.40. : « *La valeur du droit d'exclusivité dépend dans une certaine mesure du territoire qu'il couvre et de l'existence de produits de substitution éventuels ainsi que de leur compétitivité relative. Dans une situation de pleine concurrence, l'accord d'exclusivité peut être profitable aussi bien au vendeur qu'au revendeur. Par exemple, il peut inciter le revendeur à redoubler d'efforts pour vendre une certaine ligne de produits. Au contraire, s'il lui assure une sorte de monopole, il peut le conduire à réaliser un chiffre d'affaires substantiel sans grand effort* ».

⁸⁷⁰ 2.43. Ou, de façon plus compliquée : « *Supposons qu'une garantie soit offerte pour tous les produits de sorte que le prix en aval soit uniforme. Le distributeur C assume la fonction de garantie, mais il est en fait dédommagé de cette fonction par le fournisseur à travers un prix minoré. Le distributeur D n'exerce pas la fonction de garantie qui est assumée par le fournisseur (les produits sont retournés à l'usine). Toutefois, le fournisseur du distributeur D lui facture un prix supérieur à celui qui est facturé au distributeur C. Si le distributeur C comptabilise le coût de l'exercice de la fonction de garantie à titre de coût des marchandises vendues, les différences sont alors automatiquement corrigées* ».

A noter que ces méthodes sont plus faciles à mettre en œuvre si l'on est dans une situation économique de routine : tout comme la méthode du prix comparable sur le marché libre, la méthode du prix de revente minoré nécessite moins d'efforts de comparaison en présence de fonctions de routine⁸⁷¹. Il en résulte que la marge est d'autant plus facile à déterminer qu'elle est faible⁸⁷². De même, la méthode du coût majoré s'applique mieux en présence d'une entité testée s'exposant à un faible risque entrepreneurial.

La plasticité des méthodes se manifeste aussi, à l'inverse, dans certains cas compliqués. Les lignes directrices de l'OCDE précisent par exemple que la méthode *Cost Plus* est adaptée aux divisions du travail intra-groupes complexes, pour la détermination des prix de vente pratiqués par un fournisseur interne⁸⁷³. Il y a donc une certaine commodité à recourir à une méthode de coût pour déterminer les prix de transfert. Les lignes directrices de l'OCDE permettent l'application de la méthode du coût majoré à une catégorie très vaste de situations intra-groupes, notamment les livraisons et prestations de services intermédiaires dans le processus de production et les activités de centre de service partagé ou de mise en commun d'immobilisations. Les types d'opérations auxquelles s'applique cette méthode correspondent à toutes les transactions qui justifient de rémunérer une entité en fonction de sa contribution à la valeur du groupe sans lui faire supporter les aléas d'un risque entrepreneurial⁸⁷⁴. La méthode du coût majoré induit ainsi l'idée que la rémunération de l'offreur dépend de l'intensité des efforts qu'il déploie et des dépenses qu'il engage dans son activité. Elle s'applique dans tous les cas où la valeur dépend des facteurs de production davantage que de l'utilité du produit pour le client. Le surprofit dégagé sur la transaction

dans les marges bénéficiaires brutes. En revanche, si les frais de garantie sont comptabilisés en tant que dépenses d'exploitation, il y a une distorsion des marges qui doit être corrigée. Dans ce cas, le raisonnement consiste à dire que si D assumait lui-même la fonction de garantie, son fournisseur réduirait le prix de transfert, ce qui accroîtrait la marge bénéficiaire brute de D ».

⁸⁷¹ 2.35. : « C'est lorsque le revendeur n'accroît pas sensiblement la valeur du produit qu'il est le plus facile de déterminer la marge appropriée sur le prix de revente ».

⁸⁷² 2.38. : « Si le revendeur effectue véritablement une opération commerciale substantielle, en sus de l'opération de revente proprement dite, on peut s'attendre à ce qu'une marge bénéficiaire raisonnablement importante lui soit imputée ».

⁸⁷³ 2.45. : « Cette méthode convient sans doute le mieux lorsque des produits semi-finis sont vendus entre des entreprises associées, lorsque des entreprises associées ont conclu des accords de mise en commun d'équipements ou d'approvisionnement à long terme, ou lorsque la transaction contrôlée consiste en prestations de services ».

⁸⁷⁴ Un exemple illustre ce point : « La société A d'un groupe multinational convient avec la société B du même groupe de réaliser un contrat de recherche pour la société B. Tous les risques d'échec de la recherche sont supportés par la société B. Cette société est aussi propriétaire de tous les actifs incorporels mis au point par la recherche et c'est à elle que s'offrent les perspectives de bénéfices induits par la recherche. Il s'agit là d'une configuration classique pour l'application de la méthode du coût majoré. Tous les frais de recherche sur lesquels les parties associées se sont entendues doivent être rémunérés » (2.61).

traduit alors la prise de risque particulière de l'entrepreneur principal, rémunéré pour sa part autrement que par un *Cost Plus*⁸⁷⁵.

Autre motif de diversification de l'analyse : le niveau de sensibilité de l'indicateur comparé aux facteurs de comparaison. Ainsi, le bénéfice peut être sensible à des facteurs qui affectent dans des proportions moindres les prix et les marges brutes⁸⁷⁶ parce que le bénéfice est sensible aux aléas et au volume des charges d'exploitation⁸⁷⁷. Enfin les méthodes de bénéfices, tout comme les méthodes de marge, sont sensibles aux facteurs propres au positionnement concurrentiel et aux performances de gestion⁸⁷⁸. Dans tous les cas, ce sont les ajustements de comparabilité qui permettront de rétablir la fiabilité de la méthode⁸⁷⁹. A cet égard, la particularité de la méthode *Resale Minus* tient au fait que la comparaison a lieu ici entre des marges, ce qui implique que l'opérateur exerce des fonctions proches de l'entité qui sert de référence. Cette implication est aussi présente dans la méthode CUP, puisque la

⁸⁷⁵ 2.61. : « Le coût de revient majoré supplémentaire peut refléter le caractère innovant ou la complexité de la recherche effectuée ».

⁸⁷⁶ 2.70. : « L'indicateur de bénéfice net d'un contribuable peut être influencé par certains facteurs qui, soit n'auraient pas d'incidence, soit auraient une incidence moins marquée ou moins directe, sur le prix ou les marges brutes entre parties indépendantes ».

⁸⁷⁷ 2.76. : « Le recours aux indicateurs du bénéfice net risque d'introduire plus d'aléas dans la détermination des prix de transfert, et ce pour deux raisons. Premièrement, les indicateurs de bénéfice net peuvent subir l'influence de certains facteurs qui sont sans effet (ou ont un effet moins marqué ou moins direct) sur les marges brutes et sur les prix, parce que les dépenses d'exploitation peuvent varier d'une entreprise à l'autre. Deuxièmement, les indicateurs du bénéfice net peuvent subir l'influence de facteurs qui sont les mêmes que pour le prix et les marges brutes, notamment tous ceux qui ont trait à la position concurrentielle, mais il sera alors sans doute plus difficile d'éliminer l'incidence de ces facteurs. Avec les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions, cette incidence peut être éliminée du simple fait qu'on met davantage l'accent sur les similitudes au niveau des produits et des fonctions. En fonction des circonstances spécifiques et notamment de l'effet des différences fonctionnelles sur la structure des coûts et sur les recettes des "comparables potentiels", les indicateurs du bénéfice net peuvent être moins sensibles que les marges brutes aux différences qui sont liées à l'étendue et à la complexité des fonctions et aux différences de niveaux de risques (sous réserve que la répartition contractuelle des risques soit conforme aux conditions de pleine concurrence). En revanche, en fonction des circonstances du cas d'espèce et notamment de la proportion des coûts fixes et des coûts variables, la méthode transactionnelle de la marge nette peut être plus sensible que les méthodes du prix de revente ou du coût majoré aux différences d'utilisation des capacités, parce que les différences de niveaux d'absorption des coûts fixes indirects (par exemple, coûts fixes de production ou coûts fixes de distribution) auraient une incidence sur l'indicateur du bénéfice net, mais pas forcément sur la marge brute ou sur la marge brute sur coûts si elles ne se traduisent pas par des différences de prix.

⁸⁷⁸ 2.77. : « Les indicateurs du bénéfice net peuvent être directement affectés par les facteurs suivants en vigueur dans le secteur d'activité : la menace de l'arrivée de nouveaux concurrents, la position concurrentielle, l'efficacité de la gestion et des stratégies individuelles, la menace du développement de produits de substitution, des variations dans la structure des coûts (telle que reflétée, par exemple, dans l'ancienneté des usines et équipements), des différences quant au coût des capitaux (autofinancement ou emprunt, par exemple) et le degré d'expérience industrielle ou commerciale (selon que l'activité est en phase de démarrage ou mature, par exemple). Chacun de ces facteurs fait intervenir à son tour un grand nombre d'autres éléments. Par exemple, le niveau de la menace liée à l'arrivée éventuelle de nouveaux concurrents sera fonction d'éléments tels que la différenciation des produits, les besoins en financement, les subventions gouvernementales et les réglementations applicables. Certains de ces éléments peuvent jouer également pour l'application des méthodes traditionnelles fondées sur les transactions.

⁸⁷⁹ 2.78. : « Tout comme avec les autres méthodes, la fiabilité des ajustements de comparabilité nécessaires conditionne la fiabilité de l'analyse. On notera que même si deux entreprises exercent exactement les mêmes activités, la rentabilité variera en fonction de la part de marché, de la position concurrentielle, etc ».

proximité des fonctions influence la fiabilité et les ajustements pratiqués pour tenir compte de l'environnement et du comportement de l'entreprise. Mais, dans le cas de la méthode *Resale Minus*, la notion de fonction devient centrale en raison de la comparaison de marges, qui diffèrent si les fonctions des entités comparées sont différentes⁸⁸⁰. Il en résulte que la méthode *Resale Minus* est moins sensible que la CUP aux différences de produits⁸⁸¹. Corrélativement, elle peut être appliquée uniformément dans des secteurs différents⁸⁸². Il s'agit là d'une propriété essentielle des quatre méthodes exposées dans les lignes directrices autres que la méthode CUP. L'analyse économique peut être effectuée, en théorie, en comparant des secteurs tout à fait différents sous réserve que la formation de la valeur entre les entités qui les composent soit similaire. Dans la pratique, il est rare que les administrations ou les entreprises s'autorisent à pratiquer des comparaisons hors secteur. Mais, comme nous le voyons, ce choix, sans doute inspiré par des difficultés pratiques, n'affecte pas le principe, que l'on peut faire dériver de l'uniformité des comportements d'agents économiques en économie de marché. Une telle uniformité donne une indication sur la source théorique de la référence de pleine concurrence, puisqu'elle traduit l'idée qu'une science normative en assure le fondement et non simplement une collection de recettes économiques.

Pour terminer, nous pouvons nous arrêter sur l'exemple éclairant de la valorisation des biens incorporels. Dans leur version traditionnelle, les lignes directrices distinguaient des incorporels de commercialisation et des incorporels manufacturiers⁸⁸³. L'édition 2017

⁸⁸⁰ 2.42. : « Soit deux distributeurs vendant le même produit sur le même marché sous la même marque. Le distributeur A offre une garantie ; le distributeur B n'en offre pas. Le distributeur A n'inclut pas la garantie dans sa stratégie de prix ; il vend donc son produit à un prix supérieur ... Les deux marges ne sont pas comparables en l'absence d'un ajustement ».

⁸⁸¹ 2.31. : « la méthode du prix de revente s'accommode de différences plus marquées entre les produits ».

⁸⁸² 2.30. : « dans une économie de marché, la rémunération de l'exécution de fonctions analogues tend à se rapprocher entre les différentes activités » même si les prix des produits sont disparates, ceci parce que « les prix de produits différents ne tendent à se rapprocher que dans la mesure où ces produits peuvent se substituer les uns aux autres ». En effet, « étant donné que la marge brute bénéficiaire représente une rémunération brute, après prise en compte du coût de la vente dans le cadre des fonctions exercées..., les différences de produits sont moins importantes. A titre d'exemple, l'observation des faits semble indiquer qu'une entreprise de distribution exerce les mêmes fonctions (en tenant compte des actifs utilisés et des risques encourus) en vendant des grille-pain qu'en vendant des mixeurs. Par conséquent, en économie de marché, le niveau de rémunération devrait être similaire pour ces deux activités ».

⁸⁸³ Lignes directrices 2010, 6.24. : « Lorsque des biens incorporels de commercialisation (par exemple, une marque de fabrique) sont concernés, l'analyse de comparabilité doit prendre en considération leur valeur ajoutée, compte tenu de leur acceptabilité pour le consommateur, de leur zone d'application géographique, des parts de marché, du volume de ventes et des autres facteurs pertinents. Lorsque des biens incorporels manufacturiers sont concernés, l'analyse de la comparabilité doit en outre prendre en compte la valeur attribuable à ces biens incorporels (protégés par des brevets ou bénéficiant autrement d'une exclusivité) ainsi que l'importance des fonctions de la recherche-développement en cours ».

s'accompagne d'un enrichissement de l'analyse sur ces éléments, et d'une définition systématique que nous pouvons caractériser par deux composantes essentielles :

- d'une part, il n'est pas nécessaire que la comptabilité caractérise l'actif en cause comme un élément incorporel⁸⁸⁴, mais l'incorporel doit pouvoir être possédé ou contrôlé aux fins d'utilisation dans le cadre d'activités à but lucratif⁸⁸⁵. Il s'agit en ce sens d'un bien économique, même si les formes de la comptabilité devaient ne pas le reconnaître, c'est-à-dire qu'il est caractérisé par une possibilité d'appropriation ou de contrôle⁸⁸⁶;

- d'autre part, l'incorporel se définit négativement comme tout ce qui n'est pas corporel ou financier⁸⁸⁷, et les éléments incorporels sont couverts par les développements génériques des chapitres I à III⁸⁸⁸. La catégorie des incorporels au sens des prix de transfert est donc étendue par rapport aux traditionnels incorporels « *manufacturiers* » ou de « *commercialisation* ». Pour le développement qui nous occupe, cette systématisation de l'incorporel manifeste l'ambition des négociateurs de l'OCDE de recourir à toutes les dimensions de l'économie. Le spectre de valorisation des biens incorporels coïncide d'ailleurs avec toute l'étendue des théories économiques de la valeur, dans les acceptions les plus larges que revêt ce concept⁸⁸⁹. Ainsi, pour les biens incorporels commerciaux comme pour les biens industriels, il y a lieu de tenir compte d'une valeur utilité (« *acceptabilité par le consommateur* » par exemple). Pour les biens industriels, il faut en outre prendre en compte les coûts de production et de recherche, ce qui représente la valeur « *travail* ».

En définitive, le référentiel d'analyse des termes de comparaison s'étend à l'ensemble des dimensions de l'économie, sans restriction. Cela explique la plasticité revendiquée par l'OCDE en matière de méthodes de prix de transfert, y compris en ce qui concerne les trois

⁸⁸⁴ 6.7.

⁸⁸⁵ 6.6.

⁸⁸⁶ On parle en économie de bien « rival » pour désigner un bien appropriable en ce sens. Le contraire d'un tel bien est un bien collectif. Cette propriété du bien incorporel nous paraît essentielle et, lors des travaux de l'OCDE sur cette question, la délégation française avait fait valoir qu'il ne saurait y avoir de bien au sens des prix de transfert qui ne soit caractéristique comme un bien économique objet de propriété ou de contrôle. A défaut, en effet, on pourrait voir des Etats revendiquer pour leur territoire des actifs incorporels manufacturiers ou de distribution dès qu'une entité réalise des opérations régulières. Par exemple, la distribution d'articles de luxe dans des points de vente à l'étranger pourrait occasionner des litiges entre le pays d'enregistrement de la marque et les lieux de distribution.

⁸⁸⁷ 6.6.

⁸⁸⁸ 6.3.

⁸⁸⁹ 3.7. : « *L'analyse d'ensemble des circonstances du contribuable ... peut être définie comme une analyse du secteur d'activité, de la concurrence, des facteurs économiques et réglementaires, ainsi que d'autres éléments permettant de mieux comprendre le contribuable et son environnement, sans se placer à ce stade dans le contexte plus limité de l'examen des transactions spécifiques en question. Cette étape permet de comprendre les conditions de la transaction contrôlée du contribuable ainsi que celles des transactions sur le marché libre qui seront comparées, notamment les circonstances économiques de la transaction (voir les paragraphes 1.110 à 1.113)* ».

méthodes traditionnelles. Il en résulte également un défi puisque toute analyse peut impliquer le déploiement de ressources intellectuelles et matérielles considérables. Pour limiter ces ressources, il est admis de proportionner leur emploi aux enjeux de l'analyse. Les imprécisions qui en résultent sont couvertes par le principe selon lequel « *les prix de transfert ne sont pas une science exacte* »⁸⁹⁰. Cette tolérance pour l'imprécision, sous contrainte d'efficacité, est elle-même le trait d'une approche collaborative que les parties prenantes, administrations et entreprises, sont invitées à respecter dans leur échange. Il existe ainsi, selon nous, un marché informationnel entre ces parties, qui livre la clé d'une régulation efficace des prix de transfert (cf. Titre II).

*

* *

L'exemple des incorporels montre, de même que les développements en matière de comparabilité et de mise en œuvre des méthodes de prix de transfert, la diversification des techniques d'analyse en fonction des nouveaux enjeux. Cette diversification tendancielle constitue, après le principe d'observation, l'autre trait de l'exigence de pertinence contenue dans le principe de pleine concurrence.

⁸⁹⁰ 1.13.

§ 2. PRINCIPE D'ADAPTATION DES METHODES

Cinq méthodes forment aujourd'hui le corpus des lignes directrices. Les méthodes de bénéfiques se sont ajoutées à l'édifice à partir de 1979, et la construction du dispositif avec l'ajout éventuel de nouvelles méthodes éprouvées peut être regardée comme un mouvement permanent. Nous pouvons supposer qu'une telle évolution du corpus, pour décrire de nouvelles situations, tend à un objet de couverture progressive du champ des possibles en matière d'analyse économique.

Par exemple, l'ajout des méthodes de bénéfiques (B) au corpus des méthodes traditionnelles (A) traduit, selon nous, une volonté de prendre en compte la légitimité, sous conditions, de l'approche macroéconomique, instrument nécessaire d'analyse en situation d'information lacunaire.

A. Les méthodes traditionnelles

1. Les principes de comparaison dans les méthodes traditionnelles

La méthode du prix comparable sur le marché libre⁸⁹¹ constitue la méthode canonique dans le référentiel de l'OCDE. L'objet de la méthode⁸⁹² est de comparer le prix observé pour les transactions étudiées⁸⁹³ avec le prix observé dans des circonstances comparables. La méthode du prix de revente⁸⁹⁴ élargit d'emblée cette perspective en permettant la comparaison de la marge⁸⁹⁵ obtenue à l'occasion d'une vente avec celle observée pour des ventes

⁸⁹¹ L'appellation française de cette méthode est une paraphrase de l'anglais « *comparable uncontrolled price method* » (CUP), littéralement, « méthode du prix non contrôlé comparable ».

⁸⁹² Elle est définie dans le glossaire annexé aux lignes directrices comme « *une méthode de prix de transfert qui consiste à comparer le prix de biens ou services transférés dans une transaction contrôlée au prix facturé pour des biens ou services transférés dans le cadre d'une transaction entre entreprises indépendantes dans des circonstances comparables* ».

⁸⁹³ Ces dernières sont encore appelées « transactions contrôlées ». Le glossaire annexé aux lignes directrices les définit comme les « transactions entre deux entreprises qui sont associées l'une à l'autre ».

⁸⁹⁴ Le glossaire des principes de l'OCDE définit cette méthode, « *Resale Minus Method* », comme la « *méthode de prix de transfert fondée sur le prix auquel un produit qui a été acheté à des entreprises associées est revendu à une entreprise indépendante. Le prix de revente est réduit de la marge sur le prix de revente. Le résultat obtenu après avoir soustrait la marge brute peut être considéré, après ajustement... comme un prix de pleine concurrence du transfert d'origine du bien entre des entreprises associées* ».

⁸⁹⁵ La marge sur le prix de revente est définie dans le glossaire comme la « *marge représentant le montant à partir duquel un revendeur cherche à récupérer ses frais liés à la vente et autres dépenses d'exploitation et, compte tenu des fonctions exercées (ainsi que des actifs utilisés et des risques assumés) à réaliser un bénéfice approprié* ».

comparables⁸⁹⁶. Symétriquement, la méthode du coût majoré⁸⁹⁷ permet de comparer la marge⁸⁹⁸ obtenue à l'occasion d'une production vendue avec celle dégagée pour des productions comparables. La notion de coût n'est pas précisée⁸⁹⁹. Il s'agit de la somme des coûts de l'opération, ce qui peut s'interpréter comme le coût complet mais, plus généralement, correspond à l'identification des coûts directs et indirects de la transaction (ce qui peut conduire à négliger les frais généraux et les coûts financiers). La marge, en revanche, n'est pas déterminée au regard d'éléments internes mais recherchée parmi les transactions comparables⁹⁰⁰.

La méthode du coût majoré présente plus d'un trait commun avec la méthode du prix de revente minoré. Dans le cadre de ces deux méthodes, la notion de fonction exercée intervient de façon explicite. Les deux méthodes sont similaires en ce que l'objet de l'évaluation de prix de transfert est la marge, entendue de manière très générale comme la différence entre un prix et un coût⁹⁰¹, mais la symétrie est imparfaite. La méthode du prix de revente minoré repose sur la détermination d'une marge brute, alors que la méthode du coût majoré s'appuie à tout le moins sur une base de coûts directs et indirects, ce qui débouche sur une marge semi-nette. La méthode *Cost Plus* peut par exemple conduire à la prise en compte des coûts variables induits par des stratégies de pénétration de marché⁹⁰²

⁸⁹⁶ 2.27. : Le mécanisme de base est le suivant : « Avec la méthode du prix de revente, le point de départ est le prix auquel un produit acheté à une entreprise associée est revendu à une entreprise indépendante. On défalque ensuite de ce prix (le prix de revente) une marge brute appropriée (la « marge sur prix de revente ») représentant 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), réaliserait un bénéfice convenable. Le prix obtenu après défalcation de la marge brute peut être considéré, après correction des autres coûts liés à l'achat du produit (par exemple, les droits de douane), comme un prix de pleine concurrence pour le transfert initial de propriété entre entreprises associées »

⁸⁹⁷ La méthode du coût majoré est, selon le glossaire, une « méthode de prix de transfert utilisant les coûts encourus par le fournisseur de biens (ou de services) dans le cadre d'une transaction entre entreprises associées. Une marge est ajoutée à ces coûts pour obtenir un bénéfice approprié compte tenu des fonctions exercées, des actifs utilisés, des risques encourus et des conditions du marché. Le résultat obtenu après addition de la marge aux coûts ci-dessus peut être considéré comme un prix de pleine concurrence de la transaction initiale entre entreprises associées ».

⁸⁹⁸ La méthode repose sur la détermination d'une marge sur coût, que le glossaire définit comme la « marge calculée par référence aux marges déterminées après les coûts directs et indirects à la charge d'un fournisseur de biens ou de services dans le cadre d'une transaction ».

⁸⁹⁹ Cf. 2.45. : Le coût est déterminé au regard des éléments de la transaction liée : « Cette méthode consiste tout d'abord à déterminer, pour les biens (ou services) transférés à un acheteur associé, les coûts supportés par le fournisseur dans le cadre d'une transaction entre entreprises associées ».

⁹⁰⁰ 2.45. : « On ajoute ensuite une marge appropriée à ces coûts, de façon à obtenir un bénéfice approprié compte tenu des fonctions exercées et des conditions du marché. On obtient ainsi un prix pouvant être considéré comme le prix de pleine concurrence pour la transaction initiale entre entreprises associées ».

⁹⁰¹ Cf. *infra*, chapitre 2 du présent titre.

⁹⁰² 2.57. : « Dans certains cas, l'utilisation des seuls coûts variables ou marginaux peut être justifiée, dans la mesure où les transactions en cause représentent la cession d'une production marginale. Ce raisonnement peut être justifié si les biens ne peuvent être vendus à un coût plus élevé sur le marché étranger ».

Le processus de comparaison, dans le cadre des méthodes *Cost Plus* et *Resale Minus*, peut s'effectuer au travers de l'observation de marges libres (comparable externe) ou des marges pratiquées par l'entreprise avec des clients tiers (comparable interne)⁹⁰³, avec une préférence pour les premières. Il en résulte une possibilité d'opérer des comparaisons intersectorielles et non seulement entre des entreprises du même secteur. Cela tient au fait que les deux méthodes sont moins sensibles à la différence des produits, pour autant que les fonctions soient similaires⁹⁰⁴. Lorsque les fonctions sont les mêmes, en effet, la comparaison peut s'opérer même si les secteurs sont différents, et même si le point de comparaison est constitué par des opérations similaires effectuées par la même entité⁹⁰⁵.

2. Valeur théorique des méthodes traditionnelles

La mise en œuvre des trois méthodes traditionnelles, CUP, *Cost Plus* et *Resale Minus*, s'effectue prioritairement dans le cadre de la comparaison de transactions. Il s'agit de méthodes fondamentalement microéconomiques c'est-à-dire qu'elles reposent sur l'analyse des comportements à l'échelle individuelle. Il en va ainsi même si l'on compare non plus les prix des transactions mais l'effet direct de ces prix sur le résultat d'entreprise. Dans l'hypothèse où les conditions de formation des prix constituent la seule variable de détermination du résultat, par exemple si l'entité exerce une seule fonction simple, la comparaison du résultat de l'entité examinée avec celui d'entreprises comparables est envisageable. Elle repose alors sur la comparaison d'une classe entière de transactions réalisées par une même entité avec des motifs économiques identiques. S'agissant des méthodes *Cost Plus* et *Resale Minus*, le même type de comparaison peut avoir lieu d'un secteur à l'autre. On glisse alors, imperceptiblement, vers la possibilité d'une analyse macroscopique, mais on demeure théoriquement dans un cadre microéconomique puisque la

⁹⁰³ 2.46. : « La solution idéale est de déterminer la marge sur coûts du fournisseur dans le cadre de la transaction contrôlée par référence à la marge sur coûts de ce même fournisseur dans le cadre de transactions comparables sur le marché libre ("comparable interne"). De plus, la marge sur coûts qui aurait été obtenue dans des transactions comparables par une entreprise indépendante peut servir d'indicateur ("comparable externe") ».

⁹⁰⁴ 2.47. : « Par conséquent, il est probablement nécessaire d'apporter moins de correctifs pour tenir compte des différences entre les produits qu'avec la méthode du prix comparable sur le marché libre ».

⁹⁰⁵ 2.32. : « lorsque les transactions sur le marché libre et les transactions entre entreprises associées sont comparables dans toutes leurs caractéristiques autres que celles concernant leurs produits transférés, la méthode du prix de revente peut constituer un indicateur plus fiable de la conformité au principe de pleine concurrence que la méthode du prix comparable sur le marché libre ».

méthode n'est recevable que sous réserve de fiabilité, c'est-à-dire de recoupement avec la rationalité des comportements à l'échelle individuelle⁹⁰⁶.

C'est ce degré d'exigence particulier dans la doctrine d'emploi des méthodes traditionnelles qui justifie la priorité à leur accorder par rapport aux méthodes transactionnelles. Les lignes directrices de l'OCDE continuent en effet de regarder les méthodes historiques comme plus probantes, toutes choses égales par ailleurs⁹⁰⁷. En particulier, « *lorsqu'il est possible d'identifier des transactions comparables sur le marché libre, la méthode du prix comparable sur le marché libre constitue le moyen le plus direct et le plus fiable pour mettre en œuvre le principe de pleine concurrence. En conséquence, cette méthode doit être dans ce cas préférée à toute autre* »⁹⁰⁸.

B. Les méthodes transactionnelles

Il est toutefois des situations où les méthodes transactionnelles sont plus appropriées que les méthodes traditionnelles, en particulier en cas de relation très intégrée ou lorsque les parties apportent des contributions uniques ou de valeur⁹⁰⁹.

⁹⁰⁶ Cf. 2.31. : « *même si l'utilisation de la méthode du prix de revente nécessite une moindre comparabilité des produits, il n'en demeure pas moins qu'une comparabilité plus étroite des produits donne de meilleurs résultats* ».

⁹⁰⁷ 2.3. : « *les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions sont considérées comme le moyen le plus direct de déterminer si les conditions des relations commerciales et financières entre les entreprises associées sont des conditions de pleine concurrence. En effet, toute différence entre le prix d'une transaction contrôlée et le prix d'une transaction comparable sur le marché libre peut normalement être directement imputée aux relations commerciales et financières fixées ou imposées entre les entreprises, et les conditions de pleine concurrence peuvent être établies en substituant le prix de la transaction comparable sur le marché libre au prix de la transaction contrôlée. Lorsque, compte tenu des critères décrits au paragraphe 2.2, une méthode traditionnelle fondée sur les transactions et une méthode transactionnelle de bénéfices peuvent être appliquées avec un degré de fiabilité identique, la méthode traditionnelle fondée sur les transactions est préférable à la méthode transactionnelle de bénéfices. En outre, lorsque compte tenu des critères présentés au paragraphe 2.2, la méthode du prix comparable sur le marché libre et une autre méthode de prix de transfert peuvent être appliquées avec un degré de fiabilité identique, la méthode du prix comparable sur le marché libre est préférable* ».

⁹⁰⁸ 2.17. Aussi, la « *plus grande souplesse s'impose de manière à pouvoir utiliser cette méthode et à la compléter le cas échéant par d'autres méthodes adéquates.... Il faut s'efforcer, dans toute la mesure du possible, d'ajuster les données pour qu'elles puissent être utilisées de façon adéquate dans le cadre de la méthode du prix comparable sur le marché libre* » (2.16).

⁹⁰⁹ 2.4. : « *Il existe des situations dans lesquelles les méthodes transactionnelles de bénéfices s'avèrent plus appropriées que les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions. Par exemple, dans les cas où chacune des parties apporte des contributions uniques et de valeur à la transaction contrôlée, ou lorsque les parties participent à des opérations très intégrées, une méthode transactionnelle de partage des bénéfices peut être plus appropriée qu'une méthode unilatérale. Autre exemple : lorsqu'on ne dispose pas d'informations publiques fiables sur les marges brutes de tiers, il peut être difficile d'appliquer une méthode traditionnelle fondée sur les transactions à moins de disposer de comparables internes, et une méthode transactionnelle de bénéfices peut alors s'avérer la plus appropriée compte tenu des informations qui sont disponibles* ».

Les lignes directrices précisent alors que la préférence ne doit pas être accordée aux méthodes transactionnelles seulement pour des motifs de commodité⁹¹⁰. Il convient de s'interroger, après avoir présenté les méthodes transactionnelles (1), sur les raisons qui expliquent de telles précautions (2).

1. Jutification des méthodes de bénéfices

Les lignes directrices de l'OCDE admettent depuis 1979 le recours à des méthodes de comparaison des bénéfices résultant de transactions⁹¹¹, à savoir la méthode transactionnelle de la marge nette et la méthode du partage de bénéfices.

La MTMN permet de comparer la marge dégagée par l'entité à l'occasion de transactions comparables avec celle d'autres entités, en prenant en compte, comme référence de détermination de cette marge des coûts de production, des prix de vente et même des capitaux investis⁹¹². Il s'agit d'une méthode intrinsèquement bilatérale, dans la mesure où deux entités sont concernées dont l'une est considérée, dans les lignes directrices, comme « *la partie testée* ».

L'usage de la MTMN s'est fortement répandu dans la pratique des prix de transfert des entreprises et des administrations. Elle s'appuie sur une comparaison de marge nette, ce qui est différent de la comparaison retenue dans les méthodes du coût majoré et du prix de revente minoré⁹¹³. Avec la MTMN, en effet, il s'agit toujours de déterminer une marge nette tenant compte de l'ensemble des coûts⁹¹⁴, c'est-à-dire non seulement les coûts directs et

⁹¹⁰ 2.5. : « *Cependant, une méthode transactionnelle de bénéfices n'est pas plus appropriée simplement parce les données concernant des transactions sur le marché libre sont difficiles à obtenir ou sont incomplètes... Les mêmes critères énumérés au paragraphe 2.2 qui ont été appliqués pour arriver à la conclusion initiale qu'il n'était pas possible d'appliquer d'une manière fiable une méthode traditionnelle ..., doivent être réexaminés pour évaluer la fiabilité de la méthode transactionnelle* ».

⁹¹¹ La classe des méthodes transactionnelles de bénéfices est définie comme l'ensemble des « *méthodes de fixation des prix de transfert qui consistent à examiner les bénéfices réalisés à la suite de transactions contrôlées particulières d'une ou plusieurs entreprises associées* ».

⁹¹² Le glossaire annexé au recueil des principes de l'OCDE définit la MTMN comme une « *méthode transactionnelle de bénéfices qui consiste à examiner la marge bénéficiaire nette par rapport à une base appropriée (par exemple les coûts, les ventes ou les actifs) qu'un contribuable réalise à la suite d'une transaction contrôlée (ou de transactions qu'il y a lieu d'additionner conformément au principe du chapitre III)* ».

⁹¹³ 2.54. : « *On peut interpréter la distinction entre les analyses de marge brute et les analyses de marge nette de la manière suivante. En général, la méthode du coût majoré se fondera sur des marges calculées après prise en compte des coûts directs et indirects de production alors qu'une méthode portant sur le bénéfice net utilisera des bénéfices calculés après que les dépenses d'exploitation de l'entreprise aient été également prises en compte* ».

⁹¹⁴ 2.54. : « *On peut interpréter la distinction entre les analyses de marge brute et les analyses de marge nette de la manière suivante. En général, la méthode du coût majoré se fondera sur des marges calculées après prise en compte des coûts directs et indirects de production alors qu'une méthode portant sur le bénéfice net utilisera des bénéfices calculés après que les dépenses d'exploitation de l'entreprise aient été également prises en compte* ».

indirects mais aussi les frais généraux. Ainsi fondée sur les coûts complets⁹¹⁵, cette méthode est potentiellement plus précise que la méthode du coût majoré en ce qui concerne la répartition des charges entre les parties⁹¹⁶.

Ceci étant, les lignes directrices déconseillent la MTMN dans le cas où les entités parties à l'échange ont un statut de véritable entrepreneur principal⁹¹⁷ ou emploient toutes deux des actifs incorporels spécifique. Une telle directive semble impliquer que la MTMN est à réserver aux entités n'ayant pas un rôle clé dans la chaîne de valeur.

Dans le cas contraire, « *une méthode transactionnelle du partage des bénéfices sera généralement mieux adaptée* »⁹¹⁸. La méthode du partage des bénéfices⁹¹⁹ se présente donc comme une méthode subsidiaire adaptée aux situations les plus complexes. Elle consiste tout d'abord, pour les entreprises associées, à identifier le montant global des bénéfices ou les pertes, puis à les partager d'une manière comparable au partage qu'auraient pratiqué des indépendants⁹²⁰. A noter, sur ce point, que la technique du *Profit Split* se traduit implicitement par une répartition relativement équilibrée du profit, ce qui peut limiter les litiges⁹²¹. Elle est essentiellement bilatérale, dans la mesure où l'analyse porte sur la détermination d'un profit de pleine concurrence conjoint entre les différents protagonistes de l'échange, puis à le répartir (elle implique donc de prendre en compte de façon complète le contexte des transactions et notamment le marché pertinent⁹²²).

⁹¹⁵ 2.99. : « *lorsqu'on applique une méthode transactionnelle de la marge nette basée sur les coûts, on utilise souvent les coûts complets, qui englobent tous les coûts directs et indirects imputables à l'activité ou à la transaction, en procédant à une répartition appropriée compte tenu des frais généraux de l'entreprise* ».

⁹¹⁶ 2.56. : « *Les coûts à prendre en considération pour l'application de la méthode du coût majoré sont limités à ceux du fournisseur de biens ou services. Cette limitation peut soulever le problème de la répartition de certaines charges entre fournisseurs et acheteurs* ».

⁹¹⁷ 2.65. : « *Une méthode transactionnelle de la marge nette ne sera vraisemblablement pas fiable si les deux parties à une transaction effectuent des contributions uniques de valeur* ».

⁹¹⁸ 2.65.

⁹¹⁹ Le glossaire annexé au recueil des principes de l'OCDE définit la méthode du partage des bénéfices comme une « *méthode transactionnelle de bénéfices qui consiste à identifier le bénéfice combiné à répartir entre les entreprises associées à la suite d'une transaction contrôlée (ou de transactions contrôlées qu'il y a lieu de totaliser...) et à partager ensuite ces bénéfices entre les entreprises associées sur le fondement d'une base économiquement valable qui est proche de la division des bénéfices auxquels on aurait pu s'attendre dans un accord conclu en pleine concurrence et qui aurait été reflétée par un tel accord* ».

⁹²⁰ Cf. 2.114. : le partage s'effectue « *entre les entreprises associées en fonction d'une base économiquement valable qui se rapproche du partage des bénéfices qui aurait été anticipé et reflété dans un accord réalisé en pleine concurrence* ».

⁹²¹ 2.119. : « *un atout supplémentaire de la méthode transactionnelle du partage des bénéfices est qu'il y a moins de chances que l'une ou l'autre des parties à la transaction contrôlée se retrouve avec un résultat extrême et improbable, puisque l'analyse porte sur les deux parties à la transaction* ».

⁹²² *Ibid.* : « *cette prise en compte des deux parties à la transaction peut également permettre de répartir les gains liés aux économies d'échelle ou à d'autres performances du groupe d'une manière qui soit satisfaisante aussi bien pour le contribuable que pour les autorités fiscales* ».

Au prix de cette complexité, la méthode du *Profit Split* permet de traiter les situations de coopération intégrée⁹²³. Par exemple, un domaine privilégié d'application de la méthode est la prise en compte des incorporels spécifiques⁹²⁴ c'est-à-dire les actifs particulièrement déterminants dans une chaîne de valeur. Elle permet alors d'éliminer l'incidence de tels incorporels sur les conditions d'échange entre les parties⁹²⁵.

Dans ce contexte, la méthode du *Profit Split* correspond, à notre avis, à des situations où l'analyse microéconomique est délicate, voire impossible, et dans lesquelles c'est une analyse de nature macroéconomique qui offre les outils d'examen compatibles avec la référence de pleine concurrence. En particulier, cette méthode prend directement en compte la possibilité d'une agrégation des transactions⁹²⁶. De même, l'analyse suppose une modélisation comptable adéquate, ce qui explique les prescriptions des lignes directrices en ce qui concerne la mise en conformité comptable des données des parties concernées⁹²⁷. Ces mêmes lignes directrices fournissent quelques illustrations de situations permettant l'observation directe de comparables en matière de répartition de bénéfices dans les cas de coopération intégrée⁹²⁸.

⁹²³ 2.115. : « Le principal atout de la méthode transactionnelle du partage des bénéfices est d'offrir un moyen de traiter les opérations très intégrées pour lesquelles une méthode unilatérale ne serait pas appropriée ».

⁹²⁴ Cf. par exemple *Lignes directrices OCDE*, 2010, 6.26 : « Lorsqu'on a affaire à des biens incorporels de grande valeur, il peut être difficile d'identifier des transactions comparables entre entreprises indépendantes. Il peut donc être difficile d'appliquer les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions et la méthode transactionnelle de la marge nette... Dans de tels cas, la méthode du partage des bénéfices peut être pertinente, même si elle est susceptible de soulever des problèmes pratiques ».

⁹²⁵ 2.115. : « cette méthode peut aussi s'avérer la méthode la plus fiable lorsque les deux parties à la transaction apportent des contributions uniques et de grande valeur ».

⁹²⁶ 2.130. : « Les bénéfices combinés à partager doivent uniquement être ceux qui relèvent de la transaction ou des transactions contrôlées faisant l'objet de l'examen. Dans la détermination de ces bénéfices, il est essentiel de commencer par identifier les transactions pertinentes à prendre en compte dans le partage transactionnel des bénéfices. Il est également essentiel d'identifier le niveau d'agrégation ».

⁹²⁷ 2.131. : « Pour déterminer les bénéfices combinés à répartir, il faut que les comptes des parties à la transaction à laquelle s'applique le partage transactionnel des bénéfices soient convertis selon une base commune (normes comptables et devise), puis combinés. Les normes comptables pouvant avoir des effets importants sur la détermination des bénéfices à partager, le choix des normes comptables devrait être effectué préalablement à l'application de la méthode, et elles devraient être appliquées de manière cohérente pendant toute la durée de l'accord ». Cf. aussi 2.126 : « ... En l'absence de normes de comptabilité fiscale harmonisées, la comptabilité financière peut être le point de départ de la détermination des bénéfices combinés à répartir. L'utilisation d'autres données financières (par exemple la comptabilité analytique) devrait être autorisée lorsqu'elles existent, qu'elles sont fiables, vérifiables et suffisamment détaillées au niveau transactionnel. Dans ce contexte, les comptes de résultat par ligne de produit ou par division au sein de l'entreprise pourraient s'avérer les plus utiles ».

⁹²⁸ 2.139. : « des accords de co-entreprise entre parties indépendantes dans lesquelles les bénéfices sont partagés, comme des projets de développement dans les industries pétrolières et gazières ; des accords de collaboration, de co-commercialisation ou de co-promotion dans le domaine pharmaceutique ; des accords entre labels de musique indépendants et artistes ; des accords entre parties indépendantes dans le secteur des services financiers ».

2. Précautions dans l'emploi des méthodes transactionnelles

Il convient de s'interroger sur le point de savoir pourquoi, malgré leurs avantages, les méthodes transactionnelles et notamment la MTMN continuent de susciter une certaine réserve, aussi bien de la part des Etats⁹²⁹ que des entreprises, qui contestent la tendance des services vérificateurs à appliquer la MTMN après avoir rejeté comme non pertinent le recours aux méthodes classiques (par exemple, lorsque l'entité vérifiée présente un déficit structurel ou une faible marge, comparée à d'autres entreprises sélectionnées sur une base de données commerciale).

Pour dégager une explication, il faut revenir aux propriétés mêmes de ces méthodes. Par exemple, si on compare la MTMN aux méthodes *Cost Plus* et *Resale Minus*, on constate qu'elle permet, comme ces dernières, une comparaison intersectorielle ou lorsque le produit en cause est très différent⁹³⁰. En outre, la méthode peut s'appliquer si l'information relative aux fonctions et risques est défaillante⁹³¹. De plus, en s'appuyant sur le coût complet et non simplement des bases de coûts partielles comme la méthode du coût majoré, la méthode MTMN peut acquérir un degré supplémentaire de robustesse par rapport aux méthodes traditionnelles de marge qui s'appuient sur un indicateur de marge brute ou semi-nette.

Mais une telle robustesse statistique est la contrepartie d'un niveau d'abstraction supplémentaire dans la méthode d'analyse. En effet, comme pour le *Profit Split*, la MTMN aboutit en général à un changement d'échelle de l'analyse économique. Certes, une méthode telle que la MTMN reste en apparence une méthode microéconomique, d'où l'épithète « *transactionnelle* »⁹³². Cependant, les nécessités d'une comparaison fiable conduisent intrinsèquement à forger l'étude sur la base d'un groupe de transactions⁹³³. Dans ce contexte, l'analyse se porte non pas sur l'identification de comportements économiques, transaction par

⁹²⁹ 2.80. : « Un grand nombre de pays craignent que les garde-fous mis en place pour les méthodes fondées sur les transactions ne soient ignorés lorsqu'on applique la méthode transactionnelle de la marge nette. Par conséquent, lorsque les différences quant aux caractéristiques des entreprises comparées ont une incidence importante sur les indicateurs du bénéfice net utilisés, il ne serait pas approprié d'utiliser la méthode transactionnelle de la marge nette sans effectuer d'ajustements de comparabilité pour éliminer ces différences ».

⁹³⁰ 2.68. : « L'une des forces de la méthode transactionnelle de la marge nette est que les indicateurs du bénéfice net (par exemple, le rendement des actifs, le bénéfice d'exploitation sur chiffre d'affaires, ou d'autres indicateurs de marge nette) sont moins sensibles aux différences affectant les transactions que ne l'est le prix, tel qu'il est utilisé dans la méthode du prix comparable sur le marché libre ».

⁹³¹ 2.68. : « les indicateurs du bénéfice net peuvent aussi être plus tolérants que les marges brutes à l'égard de certaines différences fonctionnelles entre les transactions contrôlées et les transactions sur le marché libre ».

⁹³² 2.64. : « La méthode transactionnelle de la marge nette consiste à déterminer, à partir d'une base appropriée (par exemple les coûts, les ventes ou les actifs), le bénéfice net que réalise un contribuable au titre d'une transaction contrôlée (ou de transactions qu'il convient de combiner en vertu des principes des paragraphes 3.9-3.12) ».

⁹³³ 2.63. : « Une méthode transactionnelle de bénéfices consiste à examiner les bénéfices réalisés sur des transactions particulières entre des entreprises associées ».

transaction, mais sur un type de comportement, déterminé pour un segment d'activité de l'entité voire pour la totalité de son périmètre d'opération.

Au fond, la MTMN permet le passage d'une approche réellement transactionnelle à une analyse globalisée caractéristique de l'approche macroéconomique, dans laquelle les comportements d'acteurs demeurent une référence mais peuvent ne pas être analysés dans le détail.

Une MTMN conduite selon les règles de l'art tend donc à fournir une analyse macroéconomique des échanges substituée à l'analyse microéconomique dans les cas où cette dernière est indisponible, ce qui explique que l'on regarde habituellement les méthodes transactionnelles comme des méthodes subsidiaires. L'idée sous-jacente est que la science reste productrice d'intelligibilité même lorsque ses moyens d'observation des comportements individuels sont limités. La méthode transactionnelle constitue alors un substitut des méthodes classiques dans le cas où les moyens d'observation individuelle des transactions font défaut ; et puisque son domaine d'application est théoriquement complémentaire à celui des méthodes classiques, il paraît logique de conclure que cette méthode ne peut leur être considérée comme inférieure. Nous distinguons donc le principe de priorité des méthodes traditionnelles, ou de subsidiarité des méthodes de bénéfiques, qui correspond à la supériorité théorique de l'analyse par transaction reposant sur l'étude des comportements, d'une quelconque classification hiérarchique, qui supposerait de regarder toutes les méthodes comme s'appliquant au même domaine.

La mise en œuvre de l'approche agrégée s'accompagne de précautions spéciales⁹³⁴ sans lesquelles sa légitimité peut être mise en doute. En particulier, il est impératif de vérifier si les conditions d'exercice des comportements d'acteurs sont bien comparables⁹³⁵. La fiabilité des méthodes transactionnelles, MTMN et *Profit Split*, dépend donc d'une adéquate identification des variations affectant les différentes chaînes de valeur du groupe, et une

⁹³⁴ 2.84. : « Un niveau de segmentation approprié des données financières du contribuable est nécessaire... il ne faut pas appliquer la méthode transactionnelle de la marge nette au niveau de l'ensemble de la société si celle-ci effectue beaucoup de transactions différentes entre entreprises associées qui ne peuvent être comparées sur une base combinée à celles d'une entreprise indépendante ».

⁹³⁵ 2.80. : « Cette méthode exige que les indicateurs du bénéfice net soient déterminés à partir de transactions effectuées par le même contribuable sur le marché libre dans des circonstances comparables ou, lorsque les transactions comparables sur le marché libre sont celles d'une entreprise indépendante, que l'on tienne dûment compte des différences entre les entreprises associées et les entreprises indépendantes qui ont une incidence matérielle sur l'indicateur du bénéfice net utilisé ».

modélisation de ces chaînes de valeur et des paramètres de détermination des bénéfices⁹³⁶. Elle nécessite le recours aux données issues de la comptabilité analytique, ce qui explique que des obligations déclaratives nouvelles apparaissent dans ce domaine, comme nous le verrons.

Il faut ajouter, s'agissant plus particulièrement des réserves envers la MTMN, qu'elle permet de concentrer les investigations sur la situation d'une seule des deux entités parties à l'échange, l'entité « testée » ; ce qui légitime un emploi « unilatéral » de cette méthode pourtant bilatérale⁹³⁷ et la rend concurrentielle par rapport au coût de déploiement des trois méthodes traditionnelles⁹³⁸. L'unilatéralisation combinée avec l'approche globalisée peut ainsi donner l'apparence d'une simplification extrême de l'analyse, apparence que la pratique ne dément pas⁹³⁹.

Peut-on lever les réserves envers les méthodes transactionnelles ? Cette question trouve en partie sa réponse dans la doctrine d'emploi naturelle de telles méthodes. En effet, si les moyens sont objectivement insuffisants pour produire une analyse microéconomique, la méthode transactionnelle est parfaitement recevable. Si, en revanche, leur insuffisance n'est pas objective mais due à des moyens d'investigation insuffisants, la méthode transactionnelle constitue un expédient critiquable.

Le problème de cette réponse est que les parties ont un intérêt différent en ce qui concerne les moyens à consacrer à l'analyse : l'entreprise peut considérer que l'enjeu financier des opérations, rapporté au risque de contrôle fiscal, ne justifie pas d'analyse en profondeur ; symétriquement, les services de contrôle peuvent avoir des ressources limitées et privilégier la méthode transactionnelle pour pallier leurs insuffisances d'accès à l'information.

⁹³⁶ 2.72. « Le fait que de nombreux facteurs sans rapport avec les prix de transfert puissent affecter les bénéfices nets, ajouté à la nature unilatérale de l'analyse menée selon cette méthode, peut réduire la fiabilité globale de cette méthode si un standard de comparabilité insuffisant est appliqué ».

⁹³⁷ 2.69. : « Un autre atout pratique de la méthode transactionnelle de la marge nette est que, comme avec toute méthode unilatérale, il est nécessaire d'examiner un indicateur financier pour l'une des entreprises associées seulement (la "partie testée"). De même, on n'aura pas, bien souvent, à uniformiser les normes comptables de tous les participants ».

⁹³⁸ 2.72. : « Comme la méthode du prix de revente et la méthode du coût majoré, la méthode transactionnelle de la marge nette n'est appliquée qu'à une seule des entreprises associées ».

⁹³⁹ Cf. VIDAL, J.-P., LAROQUE, D., LEROUX, *Incidences du petit nombre de comparables sur la justice fiscale dans le domaine du prix de transfert*, Revue de planification fiscale et financière de l'APFF, vol. 33, n° 2, 2013 ; VIDAL, J.-P., LAROQUE, D., LEROUX, J., *Prix de transfert et justice fiscale*, Petites Affiches n° 124/2013 p. 29.

Ainsi, la conflictualité des prix de transfert peut-elle se nourrir, en présence d'une méthode intrinsèquement légitime, du positionnement asymétrique des parties en ce qui concerne l'accès à l'information.

*

*

*

En définitive, l'examen des cinq méthodes fait apparaître, au-delà de la sédimentation progressive de nouvelles techniques, une logique sous-jacente consistant à produire des analyses intelligibles au regard d'un critère de rationalité économique. Au point de départ, la comparaison doit porter sur une ou plusieurs transactions⁹⁴⁰. En principe, il ne doit donc pas s'agir d'une comparaison entre des entreprises. Une telle comparaison, parfois sans précaution, constitue la limite à opposer à l'emploi abusif des bases de données commerciales⁹⁴¹.

Toutefois, comme nous l'avons vu, l'application des méthodes de prix de transfert peut s'effectuer sur une base agrégée, et conduire indirectement à comparer des modèles économiques d'entreprise, et pour finir des entreprises elles-mêmes. La logique d'une telle analyse est de ne pas reposer sur des lois de comportement rationnel à l'échelon élémentaire, mais sur des lois d'observation statistique dont on déduit une hypothèse de causalité économique. L'approche microéconomique, justifiée par des hypothèses portant sur les lois de comportement économique, se prévaut d'une légitimité supérieure à une telle approche macroéconomique établie sur une base inductive. Ainsi, dans le cadre des lignes directrices, le recours à l'approche macroéconomique, par exemple la comparaison entre les marges de deux entités réputées comparables (plutôt que le prix de deux transactions) ne peut être autonome et s'effectue sous contrainte de respect du principe de pleine concurrence. Par exemple, « *le rendement moyen non ajusté d'un secteur d'activité ne peut en aucun cas, à lui seul, permettre de déterminer des conditions de pleine concurrence* »⁹⁴².

La possibilité de recourir aux analyses microéconomique et macroéconomique traduit une volonté de produire une information intelligible à toutes les échelles d'observation. Ainsi,

⁹⁴⁰ Le glossaire des lignes directrices définit la transaction comparable sur le marché libre comme « *une transaction entre deux parties indépendantes qui est comparable à la transaction contrôlée examinée. Il peut s'agir d'une transaction comparable entre une partie à la transaction contrôlée et une partie indépendante ("comparable interne") ou entre deux entreprises indépendantes dont aucune n'est partie à la transaction contrôlée ("comparable externe")* ».

⁹⁴¹ 3.31 : « *on constate dans de nombreux pays que les bases de données commerciales sont utilisées pour comparer des entreprises plutôt que des transactions, car les informations transactionnelles sur les tiers sont rarement rendues publiques* ».

⁹⁴² 1.40.

l'approche microéconomique repose sur l'analyse des comportements élémentaires et de la formation des prix de marché ; lorsque c'est impossible, l'approche macroéconomique prend le relais et fournit les méthodes d'une comparaison agrégée, à l'échelle d'un contrat de long terme, d'un segment d'activité ou d'une entité prise dans son ensemble. Comparer des marges globales, par exemple, ne constitue qu'une façon médiante de comparer des comportements d'acteurs, tant il est vrai que les marges examinées sur plusieurs opérations ne résultent qu'indirectement des comportements du producteur considéré. Mais ces deux analyses peuvent être probantes dans le cadre des lignes directrices, quoique la première présente une validité théorique particulière qui justifie, implicitement, le primat des comparaisons par transaction.

CONCLUSION DE LA SECTION

L'examen du riche corpus de méthodes de prix de transfert de l'OCDE permet de dégager trois conclusions :

- le principe de comparaison porte sur des opérations réelles. Les opérations testées comme les opérations qui sont l'objet de la comparaison sont des opérations réelles, c'est-à-dire constatées. Une difficulté pourra naître en pratique de ce principe, concernant les situations dans lesquelles un groupe aura omis de déclarer certaines opérations. Par exemple, en présence d'une restructuration privant une entité de recettes futures, il est admis qu'une compensation doit être versée. Si le groupe n'a pas procédé à une telle compensation, et qu'elle ne figure pas dans les comptes, la tâche du service de contrôle en sera compliquée. Autre exemple, en matière de comparaison des biens et services⁹⁴³, on débouche souvent sur une comparaison des fonctions⁹⁴⁴. Il en va ainsi en particulier pour les méthodes de bénéfices⁹⁴⁵. Corrélativement, les acteurs ont la possibilité d'étendre la comparaison à des produits différents sous réserve que les fonctions soient similaires et que l'analyse conserve sa fiabilité⁹⁴⁶. La rigueur de l'analyse fonctionnelle⁹⁴⁷ garantit alors que les parties se livrent

⁹⁴³ 1.107 : « Les différences dans les caractéristiques spécifiques des biens ou des services expliquent souvent, au moins en partie, les différences dans leur valeur sur le marché libre... Les caractéristiques qu'il peut être important de prendre en compte sont les suivantes : dans le cas de transferts de biens corporels, les caractéristiques physiques du bien, sa qualité et sa fiabilité, ainsi que la facilité d'approvisionnement et le volume de l'offre ; dans le cas de prestations de services, la nature et l'étendue des services ; enfin, dans le cas d'actifs incorporels, 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), la durée et le degré de protection et l'avantage escompté de l'utilisation de l'actif en question ».

⁹⁴⁴ 1.108 : « il se peut que des différences de produits impliquent ou reflètent des différences dans les fonctions assurées, les actifs utilisés et/ou les risques assumés par la partie testée ».

⁹⁴⁵ 1.109. : « Dans la pratique, on constate que les analyses de comparabilité pour les méthodes basées sur les indicateurs de bénéfices nets ou bruts accordent souvent plus d'importance aux similarités de fonctions qu'à celles de produits ».

⁹⁴⁶ 1.109. : « En fonction du cas d'espèce, il peut être acceptable d'élargir l'analyse de comparabilité afin d'inclure des transactions sur le marché libre qui portent sur des produits différents mais qui sont fonctionnellement similaires. L'acceptabilité de cette approche dépend toutefois de l'incidence des différences de produits sur la fiabilité de la comparaison, ainsi que de la possibilité éventuelle de trouver des données plus fiables ».

⁹⁴⁷ 1.51. : « Dans le cadre de transactions entre deux entreprises indépendantes, la rémunération correspondra en général aux fonctions assumées par chaque entreprise (compte tenu des actifs mis en œuvre et des risques assumés). Par conséquent, pour déterminer si des transactions entre entreprises associées et des transactions entre entreprises indépendantes sont comparables, ou si des entités associées et des entités indépendantes sont comparables, il faut réaliser une 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. Pour ce faire, il peut être utile de comprendre la structure et l'organisation du groupe et la mesure dans laquelle elles influent sur le contexte dans lequel le contribuable opère. Il sera aussi pertinent de déterminer les droits et obligations juridiques du contribuable dans l'exercice de ses fonctions ».

à un effort de compréhension des activités et responsabilités⁹⁴⁸ ainsi que de la répartition des actifs⁹⁴⁹ et des risques⁹⁵⁰, définis dans le contexte des prix de transfert comme « *l'effet de l'incertitude sur les objectifs de l'entreprise* »⁹⁵¹. L'analyse des risques tend alors elle-même à se sophistiquer, dans l'édition 2017 des lignes directrices, pour tenir compte des différents types de risques et des méthodes de gestion du risque⁹⁵² ;

- la plasticité des méthodes ne remet pas en cause la référence de pleine concurrence. Cette dernière se décline indéfiniment mais sans perdre son unité. La faculté de comparer des groupes d'opérations, par exemple, reste autorisée en présence d'une impossibilité d'observer directement le comportement des acteurs à l'échelle microéconomique, sous réserve d'une rigueur renforcée dans le déploiement de la méthode et d'une prudence constante dans l'interprétation des résultats obtenus. Cette règle de traçabilité et de prudence⁹⁵³ est une condition de validité des méthodes de bénéfices⁹⁵⁴, qui doivent être rebouclées en permanence

⁹⁴⁸ 1.51. : *Alors qu'une des parties peut assurer un nombre important de fonctions par rapport à l'autre partie à la transaction, ce qui compte c'est l'importance économique de ces fonctions du point de vue de leur fréquence, de leur nature et de leur valeur pour les parties respectives* ».

⁹⁴⁹ 1.54. « *comme les usines et équipements, l'utilisation d'éléments incorporels de valeur, les actifs financiers, etc., et les caractéristiques de ces actifs, comme leur âge, leur valeur marchande, leur localisation, l'existence de droits de propriété industrielle, etc* ».

⁹⁵⁰ 1.56. : « *L'analyse fonctionnelle est incomplète tant qu'on n'a pas pris en compte les principaux risques supportés par chacune des parties, puisque l'acceptation réelle des risques influencerait sur les termes des transactions entre entreprises associées* ».

⁹⁵¹ 1.71.

⁹⁵² L'édition 2017 des lignes directrices introduit une section D.1.2.1. comportant des développements nouveaux relatifs à la gestion des risques. Quant aux types de risques à prendre en compte, l'édition 2010 précisait déjà : « *Les risques à prendre en compte sont notamment : les risques de marché, tels que les fluctuations du coût des moyens de production et du prix des produits ; les risques de perte liés à l'investissement dans des biens meubles ou immeubles, des installations productives et des biens d'équipement, ainsi qu'à leur utilisation ; le caractère aléatoire des résultats des investissements en recherche-développement ; les risques financiers tels que ceux qui découlent des variations des taux de change et des taux d'intérêt ; le risque de crédit, etc* » (1.46).

⁹⁵³ 2.155. : « *En tout état de cause, la prudence sera de rigueur pour déterminer si une méthode transactionnelle de bénéfices peut, lorsqu'elle est appliquée à un aspect particulier d'une affaire, permettre d'obtenir un résultat de pleine concurrence, seule ou en combinaison avec une méthode traditionnelle fondée sur les transactions. Cette question ne saurait en définitive qu'être réglée au cas par cas, compte tenu des forces et des faiblesses qui ont été signalées pour les diverses méthodes transactionnelles de bénéfices, de l'analyse de comparabilité (et notamment fonctionnelle) des parties à la transaction, ainsi que de la disponibilité et la fiabilité de données comparables. En outre, ces conclusions supposent que le système fiscal des pays soit suffisamment élaboré, avant d'appliquer ces méthodes* ».

⁹⁵⁴ 2.6. : « *Les méthodes de bénéfices ne sont acceptables que dans la mesure où elles sont compatibles avec l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, en particulier en ce qui concerne la comparabilité. On y parvient en appliquant les méthodes de manière à se rapprocher d'un prix de pleine concurrence. L'application du principe de pleine concurrence repose généralement sur une comparaison du prix, de la marge ou des bénéfices de transactions données entre entreprises associées avec le prix, la marge ou les bénéfices de transactions comparables entre entreprises indépendantes. Dans le cas de la méthode transactionnelle de partage des bénéfices, elle repose sur une approximation raisonnable du partage des bénéfices que des entreprises indépendantes auraient escompté de la transaction ou des transactions en question* ».

avec l'observation⁹⁵⁵ à peine de perdre leur crédibilité⁹⁵⁶. Les réserves ainsi exprimées manifestent la tension entre la référence de pleine concurrence et son application la plus constructive, sous la forme d'une comparaison agrégée assortie d'un luxe méthodologique et d'une profusion de règle bien éloignés de l'impression de concision que donne l'énoncé de l'article 9 § 1. Le point de passage entre les deux réside dans la notion de comparabilité, qui apparaît ainsi comme la clé du dispositif normatif et une condition d'effectivité du principe de pleine concurrence ;

- le principe international de pleine concurrence est presque muet sur l'idée d'une rectification mais les lignes directrices fournissent des indications non négligeables sur ce point. Juridiquement, la rectification à pratiquer reste à définir par les législations nationales. Economiquement, le mobile d'une telle rectification doit être appuyé sur une certitude, au moins relative, en ce qui concerne la cause de la discordance observée. Les nouveaux développements des lignes directrices sur la gestion du risque, loin de constituer un blanc-seing pour une remise en cause de la délimitation des transactions⁹⁵⁷, s'inscrivent dans ce contexte. Le fond de l'analyse débouche sur une répartition des acteurs en deux catégories, selon qu'ils prennent en charge ou non le risque de l'entrepreneur, correspondant à l'espérance d'un surprofit⁹⁵⁸. Or, d'une manière générale, « *sur le marché libre, l'acceptation d'un risque accru serait compensée par un accroissement du rendement escompté, sachant que le rendement effectif augmentera ou n'augmentera pas suivant le degré de réalisation effective des risques* »⁹⁵⁹. Cette compensation est quantifiable sous la forme d'une espérance

⁹⁵⁵ 2.154. : « Le fait que l'on reconnaisse que l'utilisation de méthodes transactionnelles de bénéfiques peut être nécessaire n'implique pas que des entreprises indépendantes les utiliseraient pour fixer leurs prix ».

⁹⁵⁶ 2.153. : « Comme indiqué dans ces Principes, la méthode transactionnelle de la marge nette suscite des préoccupations, notamment parce qu'elle est parfois appliquée sans prendre correctement en compte les différences qui doivent l'être entre les transactions contrôlées et les transactions sur le marché libre qui font l'objet de la comparaison. De nombreux pays craignent que les garde-fous mis en place pour les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions soient ignorés dans l'application de la méthode transactionnelle de la marge nette ».

⁹⁵⁷ Cf. SILBERZTEIN, Caroline, DERO, Cyrille, *L'objet des conflits de juridictions : l'attribution de la matière imposable*, Droit fiscal n° 39, 28 Septembre 2017, comm. 472. Caroline Silbersztein, ancienne animatrice des travaux du Groupe de travail n° 6 du comité des affaires fiscales de l'OCDE, en charge des prix de transfert, s'inquiète de la conformité à ce principe des développements relatifs à « la caractérisation purement fiscale des transactions » à la lumière des risques (« *accurate delineation of the transaction* »).

⁹⁵⁸ 1.57. : « L'identification des risques va de pair avec l'identification des fonctions et actifs » ; Lignes directrices 2010, 1.47. : « Les fonctions exercées (compte tenu des actifs utilisés et des risques assumés) déterminent dans une certaine mesure la répartition des risques entre les parties, et donc les termes dont chacune d'entre elles devrait bénéficier si les transactions se faisaient dans des conditions de pleine concurrence ».

⁹⁵⁹ Lignes directrices 2010, 1.45. ; Lignes directrices 2017, 1.58 : « L'identification des risques liés à une opportunité commerciale a une incidence sur les bénéfiques qu'on peut attendre de cette opportunité sur le marché libre, et la répartition des risques assumés entre les parties à la transaction influe sur la façon dont les bénéfiques ou les pertes générés par la transaction seront attribués en conditions de pleine concurrence par la fixation du prix de la transaction ».

de marge. Ainsi, « *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 termes de valeur actuelle nette* »⁹⁶⁰. Les administrations peuvent tirer de cette analyse des conséquences pour la rectification des bases imposables au regard du principe⁹⁶¹ en examinant la réalité des risques supportés⁹⁶². Une entité assumant des risques n'est ainsi en droit d'en attendre une rémunération plus élevée que si ces risques sont bien ceux auxquels un entrepreneur indépendant est spécifiquement exposé⁹⁶³. La prise en compte du risque traduit alors une analyse en profondeur du comportement économique en référence à une norme théorique : le choix de l'échantillon doit refléter cette analyse et un échantillon large de comparables ne peut remplacer une lacune d'analyse des stratégies des entreprises qui le composent⁹⁶⁴. Un cas particulier de risque est celui lié à la pénétration d'un nouveau marché, qui peut justifier des prix plus bas et/ou des

⁹⁶⁰ 1.79. Cet énoncé tranché est toutefois relativisé dès le paragraphe suivant : « *Cependant, il ne faudrait pas en conclure que le fait pour des entreprises associées de renoncer contractuellement à un rendement potentiellement élevé mais plus incertain au profit d'un rendement plus faible mais plus sûr relève automatiquement du principe de pleine concurrence* » (1.80).

⁹⁶¹ Lignes directrices 2010, 1.49. : « *Dans l'examen de la nature économique de la répartition des risques qui est indiquée, il y a lieu également de rechercher quelles seraient les conséquences de cette répartition dans le cadre de transactions de pleine concurrence. Dans le cadre de telles transactions, il est généralement rationnel pour les parties de se voir attribuer une plus grande part des risques sur lesquels elles peuvent exercer un certain contrôle... Bien entendu, il existe un grand nombre de risques, notamment les risques généraux liés aux cycles industriels et commerciaux, sur lesquels en général aucune des parties n'exerce un réel contrôle et qui pourraient donc, dans des conditions de pleine concurrence, être imputés à l'une ou l'autre des parties à une transaction. Une analyse est nécessaire pour déterminer quelle est en pratique la part de risque supportée par chaque partie* ».

⁹⁶² L'édition 2017 est enrichie en ce qui concerne l'analyse des dispositions contractuelles de la transaction (§ 1.42 à 1.50), et détaille en particulier l'écart possible entre les termes du contrat et la réalité. Cette idée était déjà présente dans les précédentes éditions. Ainsi dans l'édition 2010, au 1.48. : « *il est possible de rechercher si la répartition des risques qui est indiquée est conforme à la nature économique de la transaction. À cet égard, c'est en général le comportement des parties qui doit être considéré comme l'élément le plus judicieux pour déterminer la répartition effective des risques. Si, par exemple, un fabricant vend des biens à un distributeur associé dans un autre pays et si par ailleurs le contrat du contribuable indique que le distributeur assume tous les risques de change alors qu'en fait le prix de transfert est ajusté de manière à le mettre à l'abri des effets des variations de change, l'administration fiscale peut être amenée à contester la répartition du risque de change invoquée par le contribuable* ». Toutefois le trait est amplifié dans l'édition 2017, qui manifeste une vigilance renforcée des Etats membres envers les contrats intra-groupes. Par exemple au 1.89 : « *La prise en charge du risque doit être déterminée en se basant sur le comportement effectif des parties dans le contexte des dispositions contractuelles, et non sur des aspects des dispositions contractuelles qui ne sont pas appliqués en pratique* ». Des développements similaires sont apportés au chapitre 6, en matière d'analyse de prix de transfert sur les incorporels (cf. exemple 7).

⁹⁶³ Lignes directrices 2010, 1.50. : « *Quand on veut savoir dans quelle mesure une partie à une transaction supporte un risque de change et/ou un risque de taux d'intérêt, il faut en général déterminer si le contribuable et/ou le groupe multinational a mis en place une stratégie industrielle ou commerciale visant à minimiser ou à gérer les risques en question... Si l'analyse des prix de transfert ne tient pas compte de façon appropriée de ces stratégies..., cela peut conduire à une détermination inexacte des bénéfices dans un pays en particulier* ».

⁹⁶⁴ Lignes directrices 2010, 1.51. : « *Dans certains cas, il a été avancé que la relative imprécision de l'analyse fonctionnelle ... pourrait être contrebalancée par la taille de l'échantillon de données sur des parties tierces ; toutefois, la quantité ne peut pas compenser la mauvaise qualité des données lorsque l'on cherche à produire une analyse suffisamment fiable* ».

coûts plus élevés⁹⁶⁵. L'analyse au regard de la référence de pleine concurrence se complique alors par la prise en compte du délai de retour⁹⁶⁶ inhérent à une stratégie de pénétration⁹⁶⁷. Dans ce cas, l'OCDE invite expressément à examiner la compatibilité de la stratégie alléguée avec les données de fait. Un agent commercial, rémunéré à la commission, ne peut espérer des perspectives de retour d'une stratégie de pénétration de marché si sa rémunération ne couvre que des fonctions de routine⁹⁶⁸.

Ainsi, les lignes directrices laissent entendre prudemment qu'une administration peut remettre en cause une stratégie comportant des risques manifestement excessifs ou un montage comportant le passage au commissionnaire. De même, il ne suffit pas qu'une entité soit placée en tête de groupe pour qu'elle soit autorisée à déduire les dépenses dans l'intérêt du groupe : l'intérêt de groupe ne peut être admis que s'il est économiquement congruent avec un intérêt social ; ce qui revient à dire que, dans une décision donnée, les deux intérêts sont inséparables. La mesure des effets implique d'examiner concrètement si l'entité peut être elle-même bénéficiaire des retombées de la stratégie de groupe, ce que l'administration ne peut déterminer sans le concours actif du contribuable.

⁹⁶⁵ 1.115. : « 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. En outre, un contribuable s'efforçant d'entrer sur un nouveau marché ou d'accroître (ou de préserver) sa part de marché pourra temporairement supporter des coûts plus élevés (par exemple à cause des coûts de lancement ou d'un renforcement de son effort de commercialisation) et réaliser ainsi des bénéfices inférieurs à ceux d'autres contribuables opérant sur ce marché ».

⁹⁶⁶ 1.118. : « Un autre point qui doit être examiné est la question de savoir si on peut-on raisonnablement s'attendre à ce que la mise en œuvre de la stratégie en question procure un bénéfice suffisant dans un délai qui soit acceptable dans le cadre d'une transaction de pleine concurrence pour justifier son coût. Il est admis qu'une stratégie d'entreprise telle que la pénétration du marché peut échouer, et l'échec ne permet pas en lui-même de ne pas tenir compte de cette stratégie pour la détermination du prix de transfert. Toutefois, si un tel résultat n'était pas plausible au moment de la transaction ou si la stratégie de l'entreprise est infructueuse mais se poursuit néanmoins au-delà de ce qu'une entreprise indépendante accepterait, la conformité de la stratégie en question avec le principe de pleine concurrence peut être discutable. Pour déterminer la période qu'une entreprise indépendante accepterait, l'administration fiscale pourra examiner les stratégies pratiquées dans le pays où la stratégie examinée est mise en œuvre. Mais, en définitive, le facteur le plus important est de savoir si la stratégie en cause pouvait raisonnablement se révéler rentable dans un avenir prévisible (tout en admettant que la stratégie pouvait échouer) et si une partie opérant dans des conditions de pleine concurrence aurait été disposée à sacrifier ses bénéfices pendant une période similaire dans les mêmes conditions économiques et de concurrence ».

⁹⁶⁷ 1.116. : « Des problèmes particuliers de cadre temporel peuvent se poser.... Si, plus tard, l'accroissement des bénéfices ne se concrétise pas parce que la stratégie prévue n'a pas été mise en œuvre en fait par le contribuable, des contraintes d'ordre juridique peuvent empêcher le réexamen par l'administration fiscale des exercices fiscaux antérieurs ».

⁹⁶⁸ 1.117. : « l'administration fiscale doit examiner le comportement des parties pour déterminer s'il est conforme à la stratégie alléguée... Il faudra également rechercher si la nature des relations entre les parties à la transaction contrôlée est compatible avec le fait que le contribuable supporte le coût de la stratégie. C'est ainsi que dans le cadre d'une transaction de pleine concurrence, une entreprise qui intervient uniquement comme agent commercial et dont la responsabilité dans le développement à long terme du marché est faible ou nulle ne supporte pas en général le coût d'une stratégie de pénétration du marché. Lorsqu'une entreprise s'engage dans des activités de développement du marché à ses propres risques et valorise un produit grâce à une marque de fabrique ou à un nom commercial ou accroît la notoriété du produit, il faudra en tenir compte dans l'analyse des fonctions visant à déterminer le degré de comparabilité ».

CONCLUSION DU CHAPITRE

Nous avons vu que la sélection d'une méthode de prix de transfert est toujours un processus spécifique, tributaire des informations disponibles⁹⁶⁹ mais bénéficiant de l'ensemble des apports de l'économie en matière d'analyse des normes de comportement d'acteurs. Il en résulte que la régulation prix de transfert prônée par les lignes directrices doit s'effectuer par le recours à l'économie théorique, qui seule produit les normes du comportement rationnel des opérateurs permettant de concilier leurs points de vue. La référence de pleine concurrence ne poursuit donc pas une visée relativiste, selon laquelle la comparaison devrait simplement s'effectuer à l'intérieur d'un même secteur ou parmi un groupe d'entités réputées *a priori* comparables, mais elle doit être regardé comme le support d'un principe universel. Le fond normatif commun est l'unité de comportement dans l'économie, par-delà les différences sectorielles : « *Dans une économie de marché, la rémunération de l'exécution de fonctions analogues tend à se rapprocher entre les différentes activités* »⁹⁷⁰.

Corrélativement, le principe universel de pleine concurrence s'ancre hors du domaine du droit et emprunte directement ses concepts à l'économie. Par exemple, les critères de distinction entre les biens, et donc leurs prix, sont purement économiques⁹⁷¹. De même, la souplesse prêtée à la méthode du coût comparable sur le marché libre, pour s'en tenir à cette seule méthode canonique, correspond à la richesse normative du modèle économique de la concurrence⁹⁷², et à son aptitude à produire des indications quantifiables concernant les motifs de divergence entre une valeur observée et une valeur théorique au sens de l'article 9 § 1.

⁹⁶⁹ 2.2. : « la sélection d'une méthode de prix de transfert vise toujours à trouver la méthode la plus appropriée dans un cas spécifique ... le processus de sélection doit tenir compte des forces et des faiblesses des méthodes reconnues par l'OCDE ; de la cohérence de la méthode envisagée avec la nature de la transaction ..., déterminée notamment par une analyse fonctionnelle ; de la disponibilité d'informations fiables (notamment sur des comparables indépendants) ... ; du degré de comparabilité des transactions contrôlées et des transactions indépendantes, y compris la fiabilité des ajustements de comparabilité pouvant être nécessaires pour éliminer les différences entre elles. Il n'existe pas de méthode qui soit utilisable en toutes circonstances et il n'est pas nécessaire de démontrer la non-applicabilité de telle ou telle méthode aux circonstances du cas d'espèce ».

⁹⁷⁰ 2.30.

⁹⁷¹ 2.30.: « les prix de produits différents ne tendent à se rapprocher que dans la mesure où ces produits peuvent se substituer les uns aux autres ».

⁹⁷² Cf. chapitre 2 ci-après.

CHAPITRE 2. L'ESPRIT DU PRINCIPE DE PLEINE CONCURRENCE

Le présent chapitre doit beaucoup à la thèse de Julien Pellefigue, consacrée à la théorie économique de la réglementation des prix de transfert⁹⁷³. Malgré cette lourde dette, il nous semble devoir nous séparer de cet auteur en matière de définition du principe de pleine concurrence⁹⁷⁴, qu'il décrit comme suit : « *Le prix de transfert "de pleine concurrence" est donc simplement, selon la terminologie de l'économie de la concurrence, le prix contrefactuel de la transaction, dans un monde où toutes les filiales auraient repris leur pleine autonomie* »⁹⁷⁵.

La pleine concurrence désignerait ainsi une concurrence où les acteurs sont autonomes, hypothèse dont nous percevons dès à présent qu'elle est contraire à l'idée selon laquelle les acteurs ont besoin les uns des autres dans l'équilibre marchand, lequel doit être regardé comme le réel producteur de norme.

La question soulevée par l'hypothèse de pleine autonomie des acteurs correspond donc à s'interroger sur le pouvoir dont ils peuvent disposer, individuellement, en matière de fixation du prix. Répondre par l'affirmative nous semble aboutir à priver la référence de pleine concurrence de sa portée universelle, en rapportant le fonctionnement de chaque marché à ses caractères et à son histoire ainsi qu'au pouvoir des agents fixant les prix à leur guise. La réglementation fiscale des prix de transfert existerait alors sans référence à une norme, et suivrait au mieux les particularismes sectoriels et les traditions. La science économique serait cantonnée à l'extérieur des prix de transfert, utilisée comme simple réservoir de techniques pour exploiter des bases de données. Enfin, le principe de pleine concurrence apparaîtrait comme une construction contingente de l'histoire du droit, susceptible de disparaître sans dommage pour l'édification du libre-échange. La thèse de Julien Pellefigue penche dans la

⁹⁷³ PELLEFIGUE, Julien, *Théorie économique de la réglementation des prix de transfert*, Université Panthéon-Assas, 2012

⁹⁷⁴ « *Schématiquement, il recommande de traiter les filiales d'un groupe comme s'il s'agissait d'entreprises indépendantes, et donc de fixer le prix de transfert au niveau qu'on aurait observé si les deux parties à la transaction avaient été des tiers* ».

⁹⁷⁵ PELLEFIGUE, Julien *op. cit.* p. 10.

direction d'un tel relativisme lorsque l'auteur ramène la portée du principe à sa valeur en tant que norme issue de l'histoire⁹⁷⁶.

La sédimentation progressive du principe de pleine concurrence dans les textes internationaux, que nous avons exposée en introduction générale, pourrait donner une impression similaire. Mais, comme nous l'avons remarqué à l'examen des lignes directrices, le corpus de méthodes et le référentiel de pleine concurrence présentent une certaine stabilité, ce qui traduit la constance des principes qui les animent. L'évolution des méthodes, en particulier, et leur raffinement progressif, ne traduisent pas une prolifération normative incontrôlée mais le signe d'une recherche consensuelle dans le sens d'une plus grande pertinence économique. Il apparaît donc qu'un principe extérieur à ce corpus de textes en assure l'unité et en ordonne les prévisions. Les traits de ce principe nous apparaissent, à la lumière des développements du chapitre 1 du présent titre : l'universalité, la recherche de neutralité pour les échanges économiques, et l'utilité d'un recours à la coopération pour éviter les tentations dogmatiques.

Or, nous trouvons là une parenté avec les caractères prêtés dans la littérature économique au marché de concurrence pure et parfaite, au centre duquel se trouve l'hypothèse selon laquelle les agents n'ont pas, individuellement, le pouvoir de fixer le prix.

Nous formulerons donc l'hypothèse selon laquelle l'autonomie des acteurs n'existe que lorsqu'ils se réunissent au marché. L'idée sous-jacente est que le marché constitue une institution sociale, et en tant que tel un principe d'organisation de la société matérielle. Coase⁹⁷⁷ parle à ce sujet de « *système régulé*⁹⁷⁸ *par le mécanisme de prix de sorte que la société devienne non une organisation mais un organisme* ». Autrement dit, en empruntant ainsi la référence de pleine concurrence non pas à l'économie, science générale, mais plus précisément à l'économie de marché, système de la liberté matérielle régulée par des prix marchands, nous regardons le normalisateur fiscal international comme ayant l'intention d'importer un principe universel issu de la tradition du libre-échange.

⁹⁷⁶ PELLEFIGUE, Julien, *op. cit.* p. 97. : « *Le principe de pleine concurrence a finalement été retenu [plutôt que la technique de l'allocation forfaitaire] (...). Les modalités actuelles de réglementation des prix de transfert monétaires sont essentiellement le fruit d'un processus d'évolution historique dont le moteur est la relation entre l'entreprise et l'Etat. A chaque fois qu'une réglementation a été édictée, les entreprises ont cherché une manière de la contourner, ce qui a donné lieu à de nouvelles règles correctrices, etc.* ».

⁹⁷⁷ COASE, Ronald H. *The nature of the Firm*, *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16., Nov., 1937, pp. 386-405.

⁹⁷⁸ « *co-ordinated* ».

Dans le cadre du présent chapitre, par conséquent, notre problématique concernera la portée du principe économique de pleine concurrence pour la régulation des échanges intra-groupes.

A cet égard, il conviendra de distinguer le principe de pleine concurrence comme règle issue de la théorie des marchés (section 1), du problème épineux d'application des mécanismes de prix à l'intérieur des groupes (section 2).

SECTION 1. PRINCIPE DE TRANSACTION SUR UN MARCHE

L'hypothèse de cette section est que la référence de pleine concurrence constitue un renvoi aux théories économiques de la concurrence et notamment au modèle de la concurrence pure et parfaite. Du primat doctrinal accordé à ce modèle, le principe de pleine concurrence tirerait son statut de norme optimale et une portée universelle. Les théories de la concurrence lui donneraient ainsi le maximum de force et d'extension.

En effet, la concurrence pure et parfaite décrit, dans la littérature, la forme suprême de l'économie de marché. Une version formalisée de cette théorie figure dans un article célèbre d'Arrow et Debreu, publié en 1954, qui définit les conditions d'obtention d'un équilibre général⁹⁷⁹. Il est fréquemment admis, à la suite de ces travaux, qu'un lien de cause à effet existe entre l'organisation de l'économie de marché et le plus grand bien-être possible, ce qui fonde la supériorité de la concurrence sur tout autre régime d'organisation de l'économie.

Il convient de s'interroger sur les implications du modèle pour l'économie des prix de transfert.

⁹⁷⁹ ARROW, Kenneth, DEBREU, Gérard, *Existence of an equilibrium for a competitive economy*, *Econometrica*, 22(3), p. 265 à 290, 1954.

§ 1. LE PRIX ET LA PLEINE CONCURRENCE

On peut décrire le mécanisme de marché par l'effet qui lui est couramment prêté, et qui consiste à ajuster une offre et une demande en assurant l'équilibre des intérêts par les prix. Dans son Introduction à la microéconomie, Varian résume ce mécanisme comme suit : « *Le prix d'équilibre d'un bien est le prix pour lequel l'offre du bien égale la demande. Graphiquement, il s'agit du prix pour lequel les courbes de demande et d'offre se coupent* »⁹⁸⁰. Il y a là une description assez complète du fonctionnement de l'économie de marché : la satisfaction des besoins humains s'effectue par l'allocation de ressources rares ; cette fonction d'allocation résulte de la rencontre entre une offre de chaque bien et la demande correspondante ; sur chaque marché, l'offre et la demande sont quantifiables (graphiquement observables), et les échanges dépendent du prix des biens ; la demande de chaque agent est contrainte par son budget et décroît en fonction du prix ; l'offre, au contraire, dépend des coûts de production et augmente en fonction du prix ; la loi d'offre croissante et la loi de demande décroissante se croisent en un point, qui a pour coordonnées un prix d'équilibre et une quantité d'équilibre. En ce point l'offre et la demande sont égales.

Une telle égalisation de l'offre et de la demande traduit l'existence d'un optimum pour les offreurs comme pour les demandeurs, qui atteignent à l'équilibre leur objectif de maximisation du profit ou de l'utilité, selon le cas (A). Cela revient à dire que la quantité échangée à l'équilibre est la plus grande possible pour des conditions données de marché, et que le prix est le plus bas possible. Le marché assure ainsi, à travers un mécanisme de prix, le meilleur mode d'allocation des ressources ainsi que la meilleure répartition des revenus atteignable d'après les conditions initiales (B).

A. Le prix et le coût en économie de marché

1. Valeur d'offre et de demande

La distinction fondamentale entre l'offre et la demande permet d'expliquer la distinction entre les notions de coût et de prix. De manière triviale, le coût diffère du prix par une marge bénéficiaire qui représente la rémunération de l'offreur.

⁹⁸⁰ VARIAN, Hal. R., *Introduction à la microéconomie*, 8e éd. Trad. Bernard Thiry, de Bœck 2014, p. 330.

La distinction entre prix et coût suppose toutefois que la transaction a été réalisée, et que le prix est donné. En affirmant qu'il appartient au marché de déterminer le prix, comme nous l'avons relevé, la science économique opère une distinction entre le coût et le prix qui correspond à la différence entre ce que connaît l'offreur, par sa rationalité propre, et l'information que produit spécifiquement le marché. Il y a donc d'un côté une information interne au calcul du producteur ; de l'autre une information générée par le marché seul, grâce à l'introduction d'une donnée que fournit le « côté demande » du marché. La marge bénéficiaire de l'offreur se rattache ainsi à une valeur générée par le côté demande, tandis que la fraction du prix correspondant au coût traduit la valeur du bien du point de vue de l'offre, mesurée par l'ensemble des facteurs nécessaires à la production.

On retrouve ici une distinction fondamentale de la science économique entre la valeur utilité et la valeur travail⁹⁸¹. Dans la tradition de la valeur travail, représentée par Smith et Ricardo ainsi que par Marx, la valeur naturelle des biens tient à la quantité de travail incorporée dans leur transformation. Pour autant qu'une telle valeur puisse être déterminée par l'observation économique, on peut supposer que le producteur en a une parfaite connaissance par l'observation de la quantité de facteurs qu'il a dû incorporer dans sa production. Selon la tradition de la valeur utilité de Say ou Stuart-Mill, au contraire, la valeur des biens est attribuée par le besoin qu'en ont les consommateurs. Dans ce contexte, la valeur ne peut être déterminée par l'offreur seul, mais résulte de la confrontation avec la demande. Cette théorie de la valeur constitue le soubassement du modèle de la concurrence pure et parfaite, en ce qu'elle distingue la valeur attribuable par les offreurs, sur la base de leur coût de production, de la valeur attribuable par les consommateurs en fonction de leur utilité. La conciliation des deux valeurs correspond parfaitement à l'hypothèse de marché concurrentiel, qui fait reposer la détermination de la valeur des biens sur un mécanisme extérieur au pouvoir des agents, conformément à l'hypothèse selon laquelle les prix sont donnés⁹⁸².

Ainsi, les distinctions entre le coût et le prix contiennent-elles implicitement une distinction entre la valeur d'offre d'un bien et sa valeur de demande, distinction capitale pour la détermination des prix de transfert.

⁹⁸¹ Cf. pour une présentation des théories de la valeur : BLAUG, Mark, *La pensée économique*, *Economica*, 5^e éd., 1996, notamment p. 114-136, 277-292, et 399-434.

⁹⁸² Agent dit *price taker*.

2. Coût d'opportunité et régulation des prix de transfert

Le coût d'opportunité désigne la valeur à laquelle renonce un acteur lorsqu'il formule un choix⁹⁸³. Cette valeur est égale à la différence entre la valeur de marché et la meilleure alternative que l'agent aurait pu retenir. Sous l'hypothèse de rationalité, le choix retenu par l'opérateur, à savoir l'échange, constitue un optimum de premier rang, et le coût d'opportunité un optimum de second rang⁹⁸⁴. La différence entre les deux traduit la rationalité de l'acteur, qui a préféré le premier au second, ainsi que la capacité du marché à lui fournir un tel choix. Le coût d'opportunité traduit donc une valeur qui aurait été accessible, mais que le marché idéal permet de dépasser grâce à la rencontre avec d'autres agents. Si l'agent qui procède au calcul du coût d'opportunité est un offreur, la rencontre en cause est celle qu'il consent à avoir avec la demande. On retrouve donc au travers du coût d'opportunité cette même distinction entre le coût et le prix, le premier traduisant le résultat d'un calcul interne, tandis que le second induit une rencontre de marché. La différence est qu'à l'équilibre parfaitement concurrentiel, le prix converge vers le coût d'opportunité, tout en lui demeurant légèrement supérieur, puisque, théoriquement, l'offreur dispose d'une suite continue d'opportunités sur une infinité de marchés, avec pour meilleure alternative à l'échange la vente d'un bien assortie d'une espérance de prix qui tend vers le prix d'équilibre. La notion de coût d'opportunité permet ainsi de distinguer le prix comme résultat d'un calcul économique rationnel et comme transcription d'une valeur marchande⁹⁸⁵. La conformité au principe de pleine concurrence traduit l'idée que ces deux valeurs coïncident.

D'emblée, toutefois, l'idée une telle coïncidence bute sur la pratique sous la forme des conventions comptables, des réglementations juridiques et fiscales, et sur l'impossibilité

⁹⁸³ Sur la relation entre les coûts, les rendements, et la comparaison entre les opportunités économiques alternatives, cf. BLAUG, Mark, *La pensée économique*, Economica, 5^e éd., 1996, notamment p. 67, 231, 263, 448, 518, 549-554, 602, 604-608, 756.

⁹⁸⁴ Cf. aussi *Lignes directrices* de l'OCDE, 2017, 1.38 : « Pour évaluer les conditions d'une transaction potentielle, de sociétés indépendantes vont comparer cette transaction aux autres possibilités réalistes qui leur sont offertes et elles ne vont conclure la transaction que si elles ne voient pas d'autres solutions plus avantageuses pour atteindre leurs objectifs commerciaux ».

⁹⁸⁵ PELLEFIGUE, Julien, *op. cit.* p. 23. L'auteur insiste sur la convergence numérique entre les deux valeurs du coût d'opportunité et du prix de marché, convergence dont nous avons expliqué le mécanisme mais qui ne peut, à notre sens, être interprétée comme l'expression d'une même signification des deux concepts : « On peut, dans la locution « prix de transfert » donner deux sens au mot prix : celui de « coût d'opportunité », et celui de « rapport d'échange entre deux biens sur un marché ». Cette distinction permet de définir deux types de prix de transfert différents, adaptés chacun à l'une des problématiques. Ainsi, la problématique de maximisation de la valeur dans une entreprise décentralisée nécessite l'usage de prix qui soient des indicateurs du coût d'opportunité des ressources internes, alors que la problématique fiscale nécessite de réglementer des prix qui correspondent à des valeurs d'échanges. Pour éviter la confusion, nous désignerons par la suite le premier type de prix par l'expression « prix de transfert économique », et le second par celle de « prix de transfert monétaire ».

pour les acteurs de prendre en compte toutes les données d'analyse. Si l'on prend l'exemple de la réglementation fiscale, on sait qu'elle pose des exigences qui ne portent pas tant sur la valeur des prix d'échange que sur la transcription des valeurs correspondantes dans les comptes. Une législation convenablement conçue tendra donc vers une coïncidence spontanée entre ces deux valeurs, la valeur théorique et la valeur retranscrite, en même temps qu'elle permettra aux acteurs de débattre sur les écarts possibles en faisant porter le débat sur la traçabilité de ces écarts.

L'exigence de conformité des prix de transfert se ramifie donc, à l'intérieur même de la théorie économique, en une double exigence dont la conciliation définit l'équilibre de marché : d'une part, la conformité des prix de transfert observés aux prix de transfert théoriques ; et d'autre part, la qualité du dialogue entre les acteurs permettant l'examen de cette conformité. Sur le premier point, la législation peut manquer à son but en entretenant l'hétérogénéité entre l'équilibre de prix déterminable dans le respect de la liberté d'entreprendre, et l'équilibre de prix conforme aux intérêts fiscaux de l'Etat (lacune d'application de la référence de pleine concurrence). Il en va ainsi, par exemple, si la législation vise un but autonome de rendement ou, ce qui est équivalent, si elle constitue un pur dispositif contre l'évasion fiscale sans égard pour l'égalité des acteurs économiques. Sur le second point, la régulation peut être prise en défaut lorsque les acteurs, agissant spontanément selon leur intérêt, n'ont aucune incitation à coopérer pour convenir d'une transcription des prix de transfert réputée conforme au principe (lacune du principe de rectification).

B. La concurrence pure et parfaite, meilleur marché possible

1. La concurrence pure et parfaite comme marché optimal

Les meilleures conditions initiales possibles sont définies par le cadre de la concurrence pure et parfaite. Selon Bernard Guerrien : « *A l'équilibre de concurrence parfaite chacun atteint son objectif (il maximise sa fonction d'utilité ou son profit) et, en outre, les ressources sont affectées de façon efficace (optimum de Pareto)*⁹⁸⁶ ». Décrivons la manière classique dont les conditions de la concurrence pure et parfaite sont exposées. Nous pouvons

⁹⁸⁶ GUERRIEN, Bernard, *Où en est le programme de recherche néo-classique ?*, L'Actualité économique Vol. 69 n° 4, Déc. 1992. ; <http://archive.wikiwix.com/cache/?url=http%3A%2F%2Fbernardguerrien.com%2Fconcurrence-parfaite.pdf>, consulté le 2 septembre 2016, p. 4/12.

prendre deux exemples. Le premier est emprunté à Jean-Jaskold Gabszewicz⁹⁸⁷, qui reprend la qualification d'Alexis Jacquemin et Henry Tulkens⁹⁸⁸. Elle repose sur les hypothèses suivantes :

1. Atomicité de l'offre et de la demande : « *chaque agent participant à l'échange est une goutte d'eau dans la mer* », selon la formule de Gabszewicz. Les offreurs et les demandeurs sont négligeables au regard du marché. Cela veut dire, dans le cas général, que les agents sont de petite taille, et que même s'ils acquièrent une plus grande dimension, ils n'exercent aucune part dans la détermination du prix. L'atomicité implique en outre de ne se livrer à aucune opération de coalition destinée à maîtriser le prix ;

2. Homogénéité du produit. Chaque produit correspond à un marché distinct ;

3. Transparence du marché. « *Tous les offreurs et les demandeurs sont parfaitement au courant des conditions de prix en vigueur sur le marché, des quantités disponibles, et des caractéristiques du produit ; en d'autres termes, leur information est parfaite* »⁹⁸⁹ ;

4. Mobilité parfaite. Il y a libre entrée, et absence d'obstacle à quitter le marché.

Dans son manuel d'économie politique, Gilbert Abraham-Frois⁹⁹⁰ reprend ces mêmes caractéristiques, à savoir trois conditions pour une concurrence pure : atomicité, homogénéité du produit, et libre entrée dans la branche ; et deux conditions de concurrence parfaite : parfaite transparence, parfaite mobilité des facteurs de production.

La description ainsi reprise par les auteurs renvoie à la caractérisation fondatrice de Knight⁹⁹¹. On y retrouve les cinq conditions précédentes :

- libre-entrée et sortie⁹⁹² ;
- information parfaite⁹⁹³ ;
- atomicité⁹⁹⁴ ;

⁹⁸⁷ GABSZEWICZ, Jean Jaskold, *Théorie microéconomique* 2e ed. De Boeck 1997, p. 128.

⁹⁸⁸ JACQUEMIN, Alexis, TULKENS, Henry, *Fondements d'économie politique*, De Boeck p. 150.

⁹⁸⁹ GABSZEWICZ, J.-J., *op. cit.* p. 130.

⁹⁹⁰ ABRAHAM-FROIS, Gilbert, *Economie politique*, Economica, 7e ed. 2001, pp. 258-259.

⁹⁹¹ WHITE, Chris, *Franck H. Knight on Competition*, https://federation.edu.au/_data/.../HETSA2016_Whitepaper.pdf consulté le 3 septembre 2016.

⁹⁹² "(4) *There are no obstacles to their chosen actions: changes are costless, commodities are continuously divisible, production is continuous*".

⁹⁹³ "(5) *Perfect, costless, continuous intercommunication ensures everyone knows and chooses among all commodities on offer*".

⁹⁹⁴ "(6) *They act individually and independently, free of prejudices etc (other than reflected in market dealing), and of collusion or monopoly*".

- liberté de marché⁹⁹⁵ ;
- homogénéité des biens ou absence de différenciation⁹⁹⁶.

2. Conditions de la concurrence et prix de transfert

Aucune des hypothèses de la concurrence pure et parfaite n'est indifférente à la question des prix de transfert.

1. L'hypothèse d'atomicité de l'offre et de la demande implique qu'aucun acteur de marché ne peut avoir une influence sur la formation de l'équilibre économique. C'est évidemment une hypothèse très forte et une contradiction fondamentale avec les motifs, sinon toujours les effets, de la création de groupes d'entreprises. L'atomicité suppose en particulier que les offreurs sont preneurs de prix. La théorie ne laisse donc pas de place, à proprement parler, pour une politique de prix de leur part, non plus que pour une politique de prix de transfert ;

2. L'hypothèse d'homogénéité des produits traduit, selon Gilbert Abraham-Frois, l'absence de publicité ou de différenciation du produit. Cette hypothèse semble également contredire l'aspiration de toute entreprise à fidéliser sa clientèle par des produits particuliers, puisqu'elle se définit par l'idée que les produits que tous les offreurs mettent sur le marché sont de parfaits substituts les uns des autres. Cela implique qu'il n'y a pas de politique de *marketing*, ou du moins que ces politiques sont inefficaces ;

3. L'hypothèse de fluidité des marchés traduit la faculté permanente, pour tout acteur, d'entrer ou de sortir d'un marché en qualité d'offreur, sans délai, sans coût et sans limitation technique ou administrative. On peut analyser cette hypothèse comme la réunion de deux séries de conditions touchant aux techniques de production, d'une part, et aux réglementations de marché, d'autre part :

- quant à la réglementation, d'abord, la fluidité des marchés suppose la suppression des barrières normatives telles que le *numerus clausus* ou les monopoles légaux. C'est pour satisfaire à ce type de conditions que les Etats libéralisent les marchés et dérèglementent les professions. Nous pouvons noter dès à présent qu'une telle déréglementation s'accompagne parfois, pour les acteurs, d'obligations de conformité imposées par les Etats et dont la

⁹⁹⁵ "(7) Goods are only acquired in open markets, free of fraud, deceit or theft".

⁹⁹⁶ "(8) Motives for division of labour being present and operative, each person produces a single commodity at any given time".

surveillance est confiée à des autorités de régulation. L'ensemble des techniques de gestion de ce type d'obligations est désigné en anglais sous le vocable de *compliance*, que l'on traduit couramment sous le terme légèrement différent de « conformité » ;

- quant aux techniques de production, la fluidité de marché implique que des offreurs nouveaux puissent fabriquer un produit donné sans délai. Par exemple, un nouvel entrant pourrait pénétrer un marché industriel sans avoir à consentir d'effort préalable de recherche et développement, ni acquérir d'immobilisations spécifiques. L'existence d'actifs spécifiques est un facteur essentiel de stratégie d'entreprise et de constitution des groupes, ainsi qu'un facteur déterminant des prix de transfert puisque la rémunération des actifs spécifiques est, par excellence, le fait générateur de la redevance⁹⁹⁷ qui constitue une catégorie de revenu à part entière dans les conventions fiscales internationales⁹⁹⁸ ;

4. L'hypothèse de libre circulation des facteurs implique que les facteurs de production se déplacent immédiatement et sans coût d'un marché à l'autre. De même que la précédente, cette hypothèse suppose des conditions techniques et normatives, appliquées cette fois non pas aux comportements des acteurs du marché, mais aux facteurs de production proprement dits. Un Etat désireux de favoriser la fluidité des marchés et la libre-circulation des facteurs doit donc conduire des politiques de régulation des marchés des biens et du travail ainsi que, le cas échéant, des politiques de formation ou de soutien à certains investissements. On voit à ce point affleurer les deux branches de la politique industrielle, à savoir les politiques de concurrence et les politiques de compétitivité, ce qui explique en particulier l'interaction de ces politiques avec la politique fiscale. Une politique de la concurrence libérale a, par exemple, pour objet d'assurer l'égalité entre les acteurs en matière d'accès aux marchés. La politique fiscale peut renforcer les effets de cette politique, en particulier si elle favorise l'égalité de traitement entre les groupes et les entreprises isolées, ou la contrarier, selon les options normatives retenues par les autorités ;

5. L'hypothèse de transparence de l'information. C'est une condition d'efficience du marché, mais aussi d'automatisme du mécanisme de régulation, et pour autant un facteur-clé du modèle. Le prix de concurrence pure et parfaite est réputé comporter toutes les informations disponibles sur les biens et sur les déterminants du marché (hypothèse dite « d'efficience »). Il traduit parfaitement la rareté relative de ces facteurs et les quantités

⁹⁹⁷ « *Royalty* ».

⁹⁹⁸ Cf. Modèle de convention de l'OCDE, art. 12.

disponibles de substituts, permettant un arbitrage fin concernant à la fois les combinaisons productives (côté offre) et les paniers de biens à consommer (côté demande). Cela implique qu'il n'y a pas d'externalité, c'est-à-dire de phénomène affectant la rareté des ressources du marché qui ne soient pris en compte dans les calculs des agents. Un consommateur de carburant polluant aurait à payer un prix incluant le coût de dépollution, et le producteur connaîtrait ce coût et le consentirait spontanément sans qu'il soit besoin d'aucune écotaxe. C'est évidemment une hypothèse forte, qui implique indirectement que le marché touche tous les recoins de la vie économique, et que tous les marchés sont en interaction en même temps.

L'hypothèse de transparence implique, en outre, que la circulation de l'information soit suffisamment rapide et parfaite pour permettre aux acteurs de rendre des arbitrages immédiats. En effet, le mécanisme de formation des prix repose sur un flux d'information en amont des opérations d'achat et de vente. Si l'on prête à cet « amont » une forme temporelle, c'est-à-dire que l'on suppose les échanges d'information antérieurs à la formation de l'équilibre, l'hypothèse revient à supposer que toutes les opérations ont lieu à un instant t , au vu d'informations dont chacun dispose à l'instant $t-1$. Pour expliquer cette circulation d'information préalable, ou plus exactement pour lui conférer un certain réalisme, la littérature ne peut éviter de recourir à une forme ou une autre d'algorithme d'échange d'informations entre agents. Le plus célèbre de ces algorithmes est le « tâtonnement » du commissaire-priseur imaginé par Walras dans son marché au blé⁹⁹⁹. Nous retrouverons ce problème d'algorithmique dans l'examen de la littérature relative aux politiques de prix de transfert. Remarquons, à ce stade, qu'il faut introduire une notion de dynamique temporelle pour que le mécanisme prenne la forme d'un algorithme d'optimisation des échanges. Car, dans la pureté de l'hypothèse, une telle dimension temporelle n'existe pas. L'idée d'une perfection de l'information implique au contraire que l'équilibre a lieu dans l'esprit des acteurs, et se réalise d'un même mouvement. On dit que l'équilibre est statique.

L'hypothèse de transparence contient donc l'idée que l'échange a lieu en un seul moment qui se confond, à la limite, avec le moment où peut se constater l'équilibre de marché. Il s'agit là d'une source centrale de critique envers le modèle, et par là même un moteur de son adaptation par les chercheurs pour sauvegarder les acquis de la concurrence pure et

⁹⁹⁹ WALRAS, Léon, *Principe d'une théorie mathématique de l'échange*, Journal des économistes, Tome 34 pp. 5-22, 1874.

parfaite. La littérature contemporaine a modélisé cette parfaite contemporanéité sous la forme de l'hypothèse d'anticipations rationnelles¹⁰⁰⁰.

*

Les lignes directrices de l'OCDE définissaient le principe de pleine concurrence comme une règle très simple assortie d'un renvoi théorique qui la rendait complexe. L'analyse économique inverse cette perspective : la détermination des comportements élémentaires est compliquée par leur nécessaire interaction ; et, simultanément, l'imperfection de leur rencontre peut directement être confrontée à une norme idéale. Dès lors, si l'on distingue le principe de pleine concurrence proprement dit et sa formulation par l'article 9 § 1 commenté par les lignes directrices, la référence de concurrence pure et parfaite peut apparaître comme le fondement du premier et le calcul des acteurs comme source d'inspiration de la seconde.

L'analyse économique est donc une source du droit des prix de transfert, que l'on considère les principes qui les régissent du point de vue de la norme théorique ou de sa transcription.

¹⁰⁰⁰ MUTH, John, *Rational Expectations and the Theory of Price Movements*, *Econometrica*, Vol. 29 n° 3, pp. 315-335, 1961.

§ 2. LE PRINCIPE NORMATIF DE PLEINE CONCURRENCE

La force de l’ancrage dans l’économie théorique ne tient pas à une quelconque validité supérieure qu’aurait la science économique par rapport aux autres sciences sociales, même si l’armature mathématique de cette discipline peut présenter un caractère rassurant¹⁰⁰¹. Le trait intéressant de la théorie touche au statut du prix dans l’économie. Manifestation de la valeur, qui est le centre même de la science économique, le prix de pleine concurrence n’est pas un emprunt quelconque à la discipline, comme le seraient les notions d’amortissement ou de fonds propres ; il s’agit d’un concept fédérateur autour duquel peuvent s’ordonner les théories et les observations.

La première manifestation de ce statut particulier tient à la manière dont la littérature simplifie la caractérisation du modèle de concurrence pure et parfaite. De cinq hypothèses, on peut résumer la concurrence à une seule, essentielle pour notre propos, qui porte sur l’absence de pouvoir de prix (A). On ne perd alors rien de la prétention du modèle, même si l’on y trouve des difficultés conceptuelles (B).

A. La plasticité du paradigme de la régulation par les prix

1. Place centrale de l’hypothèse d’atomicité dans le modèle

L’hypothèse d’atomicité est regardée, du point de vue théorique, comme le point central du modèle de concurrence pure et parfaite. Jean Gabszewicz écrit qu’en effet toute la description des cinq hypothèses se ramène à celle-ci¹⁰⁰². De même, Bernard Guerrien¹⁰⁰³ critique la caractérisation de la concurrence pure et parfaite comme résultante des cinq hypothèses vues précédemment, et discute la théorie en partant de l’hypothèse fondamentale d’atomicité. Il décrit alors la concurrence pure et parfaite comme un cadre théorique principalement dominé par la condition selon laquelle les acteurs n’ont aucune influence sur les conditions de formation des prix. L’auteur démontre ensuite la tension qui résulte de cette hypothèse avec l’idée selon laquelle le modèle de concurrence aboutit spontanément à

¹⁰⁰¹ Cf. *Lignes directrices*, 1.13 : l’OCDE, nous l’avons dit, réitère fréquemment que les prix de transfert ne sont pas une science exacte.

¹⁰⁰² GABSZEWICZ, J.-J. *op. cit.* p. 128. : « Cette caractérisation de la concurrence parfaite vise entièrement à fonder l’hypothèse cruciale qui sous-tend toute l’analyse concurrentielle : *offreurs et demandeurs sont censés se comporter comme si les prix leur étaient donnés* ».

¹⁰⁰³ GUERRIEN, Bernard, *Loc. cit.* L’auteur compare les entrées Wikipédia des termes « concurrence pure et parfaite » en français et en anglais. Il constate que le nombre d’hypothèses diffère entre les deux du simple au double (dix hypothèses en anglais).

l'équilibre par le jeu des acteurs : si, en effet, l'équilibre de marché dépend des signaux de prix, et si ces prix sont fixés hors du pouvoir d'action des opérateurs, on ne peut pas expliquer l'équilibre comme résultant de leurs décisions. Nous retrouvons ici une autre formulation du problème posé en introduction de ce chapitre.

On peut rapprocher ces observations de la définition que donne Hal Varian de la concurrence pure et parfaite¹⁰⁰⁴. La caractéristique principale est, pour ce dernier, que « *Les demandeurs et les offreurs individuels sont censés prendre les prix pour des données, c'est-à-dire des éléments non soumis à leur contrôle. Ils déterminent simplement leurs comportements optimaux en tenant compte de ces prix. Un marché où chaque agent économique prend les prix du marché comme des données sur lesquelles il n'exerce aucun contrôle, est appelé un **marché concurrentiel*** ». On retrouve ici l'idée que les acteurs n'ont aucune part individuelle dans la détermination de l'équilibre¹⁰⁰⁵.

2. Le modèle de concurrence comme marché régulé par les prix

Hal Varian insiste sur la propriété de l'économie de « concurrence parfaite », qui repose sur une coopération spontanée entre les acteurs¹⁰⁰⁶. Celle-ci traduit la conciliation des intérêts individuels et de l'intérêt général comme on la trouve dans la philosophie libérale depuis la fable des abeilles de Mandeville¹⁰⁰⁷. Ronald Coase, nous l'avons vu en introduction au présent chapitre, fait de la régulation par le mécanisme de prix le principe central d'organisation non seulement de l'économie, mais de la société¹⁰⁰⁸. Par le prix, la conciliation émerge spontanément de l'intérêt de chacun, et se matérialise dans l'équilibre, lui conférant sa stabilité. Varian écrit encore : « *Pourquoi p étoile est-il un prix d'équilibre ? Un équilibre est une situation dans laquelle chaque agent choisit l'action qu'il préfère. De plus, à*

¹⁰⁰⁴ VARIAN, Hal, *Introduction à la microéconomie*, 8e ed. Trad. Bernard Thiry, de Bœck 2014, p. 330.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.* : « Bien que le prix du marché soit indépendant de l'action de chaque agent individuel sur un marché concurrentiel, ce sont les actions de l'ensemble des agents qui déterminent le prix de marché ».

¹⁰⁰⁶ VARIAN, Hal, *op. cit.* p. 463. : « pour un profane, le terme "concurrence" évoque l'idée d'une rivalité intense. C'est pourquoi les étudiants sont souvent surpris du fait que les économistes définissent la concurrence comme une situation où les firmes sont si passives : nous disons qu'un marché est de concurrence parfaite ou parfaitement concurrentiel si chaque entreprise suppose que le prix du marché est indépendant du niveau de son output. Sur un marché de concurrence parfaite, chaque firme ne doit donc se préoccuper que de la quantité d'output qu'elle désire produire. Quelle que soit la quantité produite, celle-ci ne peut être achetée qu'à un seul prix, le prix en vigueur sur le marché ».

¹⁰⁰⁷ MANDEVILLE, Bernard, *The Fable of the Bees : or, Private Vices, Publick Benefits*, 1714.

¹⁰⁰⁸ COASE, Ronald H, *The nature of the Firm*, *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16. (Nov., 1937), p. 386 à 405.

*l'équilibre, le comportement de chaque individu doit être compatible avec celui des autres »*¹⁰⁰⁹.

Il n'est pas dans notre sujet de détailler la littérature qui critique cette vertu d'équilibre spontané. Retenons, pour notre part, que l'économie concurrentielle repose sur une régulation des intérêts par le mécanisme fondamental du prix, que la concurrence est réputée parfaite lorsque les acteurs n'ont pas d'influence sur son mode de détermination, et que le marché a pour fonction d'assurer la meilleure conciliation des intérêts en présence.

B. Imperfections de marché et perfection de l'économie de marché

1. Imperfections de marché

Nous avons vu qu'en concurrence parfaite, l'hypothèse d'atomicité garantit l'absence de pouvoir des entreprises, ce qui débouche sur un optimum maximisant la quantité offerte pour un prix plus faible. Dans le cas opposé, celui du monopole, un pouvoir de marché absolu est conféré à la firme, qui dispose des informations lui permettant de piloter le prix et les quantités, et de les ajuster à l'optimum de sa fonction de coût¹⁰¹⁰.

Ces effets négatifs peuvent certes être compensés « *si, par exemple, le passage au monopole entraîne des économies d'échelle* »¹⁰¹¹, à condition que ces gains d'organisation soient répercutés au bénéfice des consommateurs. Toutefois, dans le cas général, le monopole est sous-optimal puisqu'il permet une captation de la marge et débouche donc, mécaniquement, sur un prix plus haut pour une quantité offerte réduite. Les intermédiaires entre la concurrence et le monopole, l'oligopole et la concurrence monopolistique, présentent des défauts similaires à celui du monopole, parce qu'ils se caractérisent par l'existence d'un pouvoir stratégique temporaire d'un agent (concurrence monopolistique), voire par l'organisation durable du marché en un petit groupe d'entreprises dominantes en interaction stratégique (oligopole).

¹⁰⁰⁹ ABRAHAM-FROIS, Gilbert, *Economie politique, Economica*, 7e ed. 2001, p. 330.

¹⁰¹⁰ *Ibid.* p. 312. : « *alors qu'en concurrence l'équilibre de marché est obtenu au point de concours des courbes d'offre et de demande totale, le monopoleur (détermine son équilibre) à partir de l'intersection de la courbe de recette marginale et de la courbe de coût marginal (qui n'est autre que la courbe d'offre du régime, antérieur, de concurrence parfaite, puisque les conditions de production sont supposées identiques). Le monopoleur renchérit le prix ; simultanément, il est « malthusien »(et rationne les quantités).... ; enfin, le profit total qu'il obtient est supérieur à celui que l'ensemble des entreprises obtenaient en régime de concurrence* ».

¹⁰¹¹ *Ibid.* p. 313.

2. Perfection de l'économie de marché

Ainsi la classification des situations de marché conforte-t-elle le statut du modèle de concurrence comme meilleur modèle possible. Le problème du réalisme subsiste certes, comme un défi aux théories. Mais il aiguillonne la recherche et conduit les auteurs à élaborer des hypothèses plus souples et néanmoins compatibles avec l'élaboration d'un équilibre similaire au modèle de régulation spontané. C'est ainsi que les cinq hypothèses de Knight ont été rabattues sur l'hypothèse d'atomicité, elle-même simplifiée puisqu'elle ne requiert plus que les agents soient de taille négligeable, mais prescrit seulement qu'ils n'aient aucune influence individuelle sur l'équilibre.

Le paradigme de l'économie de marché se nourrit donc des insuffisances mêmes de la théorie, qui l'enrichissent et la rendent peu à peu plus réaliste tout en sauvegardant l'essentiel, à savoir la préférence pour la concurrence contre le monopole et les formes intermédiaires. Le régime du marché peut alors apparaître comme le pire des systèmes à l'exclusion de tous les autres et, ce faisant, survivre à ses insuffisances sans perdre sa justification. Par exemple, il peut être admis que toutes les formes d'entreprise ont droit de cité dans une économie et non seulement celles qui correspondent aux canons de la concurrence pure et parfaite ; mais cela n'ôte rien à l'idée que plus ces entités se rapprochent du modèle concurrentiel, et plus elles seront socialement productives, ce qui peut légitimer les politiques de concurrence de l'Etat.

Nous touchons ici à la force normative du paradigme de la concurrence comme source d'organisation des marchés, et pouvons accrédi-ter l'hypothèse formulée en début de chapitre selon laquelle ce paradigme, quoiqu'il soit extérieur au droit, constitue la source fondamentale et univoque du principe juridique de pleine concurrence.

SECTION 2. UN PRINCIPE DE NECESSAIRE COOPERATION ENTRE LES ACTEURS

Les difficultés d'application de la théorie à la pratique des groupes décentralisés révèlent le principe de pleine concurrence comme règle de coopération.

On peut déduire des développements précédents une première description du principe de pleine concurrence applicable aux groupes de sociétés. Formé d'une direction unique et d'entités économiques subordonnées, le groupe pour ses filiales un lieu d'exercice de la concurrence pure et parfaite. Le prix pratiqué entre les entités pour assurer la division interne du travail possède alors comme étalon le prix déterminé, dans les mêmes conditions, sur un marché où interagissent des entités atomistiques. On se souvient que, pour Hal Varian, les firmes en concurrence idéale coopèrent davantage qu'elles ne cherchent à se détruire, et participent à une organisation du travail dont l'équilibre est assuré par le mécanisme des prix. Il est possible de transposer cette logique de coopération à l'organisation d'un groupe, totalité organique s'il en est.

Mais, de façon tout aussi évidente apparaît une difficulté, touchant à l'existence d'un comportement économique des entités qui constituent le groupe. Pour que le prix soit un régulateur et que la pleine concurrence soit un optimum, il faut en effet que la filiale se comporte réellement comme un agent qui se livre à un calcul maximisateur. Si la filiale n'est qu'un lieu de production privé de toute autonomie, l'économiste ne peut lui prêter de comportement au sens du calcul du producteur. Dans ce cas, le calcul d'optimisation est concentré au niveau du siège et le groupe forme globalement un seul agent. A l'opposé, si la filiale dispose d'une parcelle de compétence stratégique et l'exerce contre la direction du groupe, le mécanisme de prix peut jouer, mais l'équilibre entre les acteurs diffère du modèle concurrentiel pour se rapprocher des formes d'interaction stratégique telles que l'oligopole.

Ainsi l'économie des prix de transfert se trouve-t-elle de plain-pied avec les difficultés théoriques de l'organisation des firmes en groupes. Dans ce contexte, la présente section permettra de mettre au jour la principale difficulté pratique du principe de pleine concurrence, liée à la complexité des règles d'organisation des groupes et à la nécessité d'une coopération entre acteurs.

§ 1. LA PRISE EN COMPTE DES STRATEGIES D'ACTEURS

A. Théorie du groupe et prix de transfert

1. Le groupe comme résultat d'un arbitrage entre autorité et prix

Le défaut des théories de marché est de ne pas permettre de détailler, pour chaque firme, la structuration interne la plus efficace en fonction de conditions environnementales données. Longtemps, à cause de ce défaut, l'entreprise apparaissait comme une boîte noire.

Il revient à Coase d'avoir mis fin à cette limitation¹⁰¹². L'auteur part d'un constat qui invite d'emblée à relativiser l'applicabilité des mécanismes de prix, puisque ces derniers supposent l'existence d'un comportement économique autonome¹⁰¹³. Il en déduit la définition même de l'entreprise par opposition à l'agent producteur des théories de marché¹⁰¹⁴. Cette définition implique que la firme procède d'un arbitrage en faveur de l'autorité directe, arbitrage résultant d'une comparaison du coût d'organisation avec celui qu'occasionnerait le recours au marché. L'organisation interne devient alors préférable au marché tout comme, à l'inverse, une entreprise fait appel à la sous-traitance lorsque le recours au marché devient préférable aux coûts d'une production interne. Coase théorise cet arbitrage : « *La raison principale pour laquelle il est profitable d'établir une firme semblerait être qu'il y a un coût à utiliser le mécanisme des prix* »¹⁰¹⁵. La comparaison oppose des coûts d'organisation, occasionnés par l'établissement de la firme et son fonctionnement, et des coûts de transaction, générés par la formalisation des échanges marchands en contrats. L'arbitrage entre des coûts de transaction et des coûts d'organisation est devenu, depuis cette analyse fondamentale, le cadre de référence pour décrire le choix entre l'autorité interne et l'organisation marchande, et la clé de structuration des entreprises en grandes firmes et en groupes.

¹⁰¹² COASE, Ronald H., *The nature of the Firm*, *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16. (Nov., 1937), p. 386 à 405.

¹⁰¹³ COASE, *Loc. cit.* p. 388. : « *dans le monde réel, ... si un travailleur se déplace d'un département Y à un département X, il ne le fait pas en raison d'un changement des prix relatifs, mais parce qu'il en reçoit l'ordre... Hors de la firme, les mouvements de prix orientent la production, laquelle est coordonnée à travers une série de transactions de l'échange marchand. A l'intérieur d'une firme, ces transactions de marché sont éliminées et à la structure complexe d'échanges marchands se substitue l'entrepreneur co-ordonnateur, qui dirige la production* ».

¹⁰¹⁴ COASE, *Loc. cit.* p. 389. : « *On peut, je pense, faire l'hypothèse que la marque distinctive de la firme est la substitution (de l'autorité) au mécanisme de prix* ».

¹⁰¹⁵ COASE, *Loc. cit.* p. 390.

2. Le groupe comme dévolution d'une compétence aux filiales

L'analyse de Coase constitue, corrélativement à la théorie de la firme, le cadre de référence pour décrire l'arbitrage, à l'intérieur des groupes, entre les organisations ne conférant que peu latitude aux entités filiales et les groupes décentralisés. Williamson¹⁰¹⁶ prolonge en effet l'analyse en décrivant, en fonction de l'arbitrage entre les coûts de transaction et les coûts d'organisation, les différents choix possibles de gouvernance au sein des groupes¹⁰¹⁷. Le paysage qui en résulte est complexe et a donné lieu à une imposante littérature dont n'émerge pas de théorie unifiée¹⁰¹⁸. Nous relevons cependant que l'économie prend en compte la différence entre les organisations gouvernées par le principe d'autorité et les organisations structurées en groupe d'entreprises, à l'intérieur desquelles peut émerger un pouvoir stratégique des filiales qui fait renaître, en interne, l'intérêt du recours au mécanisme de prix.

Schématiquement, on peut admettre que l'existence d'un groupe de sociétés prend sa source dans la possession d'un pouvoir de marché, dont une parcelle est conférée à chaque filiale qui dispose, dès lors, d'une compétence stratégique et d'une faculté de décision susceptibles de la placer en position de rivalité avec d'autres filiales ou la direction de groupe. Nous voyons bien la difficulté, pour l'économiste, de modéliser et d'expliquer le passage de la concurrence fluide à des firmes structurées, puis à des groupes comprenant une part de décentralisation. Dans le premier cas, en effet, l'entreprise n'a aucun pouvoir de marché et se voit imposer une régulation par le prix. Les départements de la firme sont mus par le principe de l'autorité et la firme dans son ensemble obéit au marché. Si sa taille le lui permet, ou si elle développe des actifs spécifiques, la firme en vient à exercer une influence stratégique temporaire ou durable ; l'organisation de grande taille permet ainsi aux firmes de sortir de la condition concurrentielle au profit de l'oligopole voire du monopole. Mais la gestion d'une firme de grande taille génère une déséconomie d'échelle ; la firme a alors intérêt à réintroduire le contrat comme forme de régulation interne, plutôt que la seule autorité. La réintroduction du contrat impose aux entités du groupe des coûts de transaction qui rendent valable une régulation interne par les prix, plutôt que par la planification autoritaire.

¹⁰¹⁶ WILLIAMSON Oliver, *The Economic Institutions of Capitalism*, The Free Press, 1985.

¹⁰¹⁷ *Ibid.* Forme en U : pas d'autonomie, forme en M : autonomie assortie d'une gouvernance; forme en H : autonomie sans gouvernance.

¹⁰¹⁸ V. pour une revue approfondie : PELLEFIGUE, Julien, *Théorie économique de la réglementation des prix de transfert*, Université Panthéon-Assas, 2012.

Ainsi l'émergence des groupes et leur diversification conduit-elle à devoir modéliser des organisations dans lesquelles les filiales sont dotées d'un pouvoir, les plaçant en situation d'interaction voire de concurrence. Il en résulte une complexification radicale des mécanismes de prix appliqués aux groupes, et donc des questions de prix de transfert.

B. L'algorithme des prix de transfert en situation réelle

1. Etat de la recherche sur les prix de transfert et la question du groupe

Dans sa thèse précitée, Julien Pellefigue répartit les théories des prix de transfert en trois catégories, correspondant à trois programmes de recherche¹⁰¹⁹ et trois niveaux de préoccupations en matière de réglementation. Le premier programme de recherche, qui doit ici nous arrêter, a pour objet de justifier le recours aux prix de transfert au sein des groupes pour des motifs autres que fiscaux, et de préciser les modalités de détermination de ces prix. Le chercheur mène une revue approfondie de cette littérature dont ressort le lien direct entre la complexification des situations de groupe et la complexification de la théorie des prix de transfert correspondante. Ainsi, pour une firme donnée, il est aisé de choisir entre l'organisation interne et l'échange extérieur tant que la firme n'est pas trop complexe¹⁰²⁰ ; mais, pour un groupe de sociétés, dès que l'information n'est plus centralisée, la détermination de l'optimum des prix de transfert se complique¹⁰²¹.

Le problème est double :

- en premier lieu, la détermination théorique des prix qui optimisent le profit d'un groupe se complexifie à mesure de la sophistication des situations. Une première source de complication est liée à la taille des groupes et à la diversité des produits échangés entre filiales. Elle a longtemps bridé les théories en érigeant une barrière technique aux calculs d'optimisation, difficiles à résoudre en l'absence de ressources informatiques suffisantes. Une

¹⁰¹⁹ *Ibid.* Le premier domaine concerne les mécanismes optimaux d'allocation internes des ressources dans l'entreprise, hors considérations fiscales, et tout particulièrement ceux qui utilisent un système de prix ; / 2. Le deuxième concerne l'influence de la réglementation fiscale des prix de transfert sur les décisions des entreprises, à la fois en termes d'allocation des ressources et en termes de distribution du profit entre les filiales... ; / 3. Le troisième concerne la réglementation fiscale... ».

¹⁰²⁰ *Ibid.*, p. 37. : « il semble finalement que la théorie économique permette de trancher relativement clairement la question du meilleur système de coordination à l'intérieur d'une entreprise « simple » (l'autorité) et entre deux entreprises indépendantes (le prix), mais ne donne pas de solutions aussi claires pour le fonctionnement interne d'une entreprise multidivisionnelle ».

¹⁰²¹ KAPLAN, 1982 (cité par Pellefigue, Julien, op. cit. p. 67) : « les chercheurs en économie et en gestion réalisent à présent que, dans les conditions qui rendent la décentralisation valable, c'est-à-dire, un environnement incertain et une part de monopole informationnel détenu par les managers locaux, nous ne savons pas grand'chose des politiques optimales de prix de transfert ».

seconde source de difficulté est née de la prise en compte d'imperfections de marché : ces dernières proviennent par exemple d'une influence stratégique exercée par le groupe sur son marché, des difficultés de division du travail entre les filiales en fonction de la détention d'actifs spécifiques, d'asymétries d'information entre les managers locaux et le siège central, ou encore de la présence d'externalités ;

- en second lieu, le mécanisme des prix de transfert est délicat en présence de rivalités entre le centre du groupe et les filiales, puisqu'alors doit être organisé un arbitrage entre l'intérêt consolidé du groupe et l'intérêt social de ses composantes. Malgré les progrès de l'algorithmique et des systèmes informatiques, ce conflit n'est toujours pas résolu parce qu'il implique, tout comme la relation entre l'Etat et l'entreprise, la question de la coopération des acteurs autour du prix réputé conforme.

2. Prise en compte des formes contemporaines d'organisation des groupes

Deux classifications des groupes dominent la littérature, la première en fonction du degré de compétence stratégique conférée aux filiales, et la seconde en fonction des motifs d'internationalisation. A l'intérieur de ces classifications, deux modèles attirent notre attention pour leur richesse d'analyse des situations réelles.

a) Prise en compte de l'autonomie stratégique des filiales

Le modèle de la firme en M de Williamson répond au souci de prendre en compte une part d'autonomie stratégique des filiales motivée par le gigantisme du groupe. En présence d'un groupe de grande taille, la direction répond aux déséconomies d'échelle occasionnées par le principe d'organisation autoritaire en conférant aux entités du groupes une capacité de calcul économique. La firme exploite alors des structures plus indépendantes, et le centre se transforme en structure d'animation. Ce facteur d'évolution expliquerait une grande part de la dynamique des groupes au XX^e siècle¹⁰²².

Corrélativement, le groupe instaure en son sein la possibilité de conflits d'intérêts, susceptibles d'être dénoués par des mécanismes marchands d'incitation. La littérature des prix de transfert peut alors s'enrichir par le recours à la classe des modèles inspirés de la

¹⁰²² PELLEFIGUE, Julien, *op. cit.* p. 37. : « *l'histoire nous enseigne que les grandes entreprises ont progressivement fait évoluer leur organisation vers un modèle décentralisé dans lequel des centres de profit se comportaient de manière relativement autonome* ».

distinction entre un dirigeant (« *principal* ») et son subordonné (« *agent* »)¹⁰²³. Cette littérature permet en définitive de conserver le cadre d'arbitrage défini par Coase¹⁰²⁴.

b) Analyses de l'internationalisation des firmes

Il revient à Dunning¹⁰²⁵ d'avoir dégagé le modèle OLI d'analyse du mouvement d'internationalisation des firmes, défini comme la création de filiales à l'étranger de préférence au recours aux marchés extérieurs. Trois séries de facteurs l'expliquent :

- la préservation d'un droit de propriété¹⁰²⁶. La firme assure la préservation de sa technologie, de son savoir-faire ou de sa marque. Ce mobile puissant d'internationalisation explique une partie de la dynamique contemporaine de mondialisation des firmes, caractérisée par la division internationale des processus productifs et une croissance de la taille des multinationales ;

- la recherche d'opportunités géographiques, telles que l'émergence de nouveaux marchés, de nouvelles sources de matières premières, ou de nouvelles sources de consommations intermédiaires¹⁰²⁷. Ce facteur explique notamment le phénomène de l'externalisation et de la délocalisation des productions historiquement développées au sein d'un groupe ou en relation avec des sous-traitants domestiques, phénomène associé, dans l'opinion, à la mondialisation et à l'évasion fiscale des groupes ;

- la croissance de taille et l'extension du groupe à des productions complémentaires ou voisines des produits du groupe¹⁰²⁸. Ce facteur permet d'expliquer les phénomènes d'acquisitions d'entités étrangères par des multinationales, destinées à accroître la taille du groupe pour le doter d'une masse critique, ou à prévenir l'apparition de concurrents.

Forme en M et paradigme OLI illustrent bien l'évolution de la littérature de modélisations de groupes, et la prise en compte de l'intérêt stratégique des acteurs qui les constituent. Elle permet de saisir la complexité de la régulation interne des prix de transfert à proportion des divergences possibles entre les stratégies des acteurs.

¹⁰²³ HOLMSTROM B et MILGROM P, *The firm as an incentive system*, American Economic Review, 84: 972– 991, 1994. ; HOLMSTROM B, *The firm as a subeconomy*. Journal of Law, Economics, and Organization, vol. 15: 74–102, 1999.

¹⁰²⁴ PELLEFIGUE, Julien, *op. cit.* p. 33. : « *la firme existe dans les cas où elle permet au principal de fixer et de coordonner les incitations des agents plus efficacement que le marché* »

¹⁰²⁵ DUNNING John, *Trade, location of economic activity and the multinational enterprise: a search for an eclectic approach*, in Ohlin Hesselborn and Wijkman (eds). The international allocation of economic activity. Macmillan, 1977.

¹⁰²⁶ Paramètre O : *Ownership*.

¹⁰²⁷ Paramètre L : *Location*.

¹⁰²⁸ Paramètre I : *Internalization*.

§ 2. LA COOPERATION ET L'EQUILIBRE DES PRIX DE TRANSFERT

La régulation des prix de transfert est particulièrement délicate en présence de groupes décentralisés et internationalisés.

Julien Pellefigue recense trois études principales portant sur les méthodes adoptées en pratique par les groupes en matière de détermination des prix de transfert¹⁰²⁹. Les trois études convergent pour conclure qu'environ un tiers des groupes s'efforcent de trouver un prix comparable de marché¹⁰³⁰. Une moitié environ des groupes recensés¹⁰³¹ déclare organiser entre filiales une refacturation des coûts assortie d'une marge. Le reste des firmes interrogées déclare s'en remettre à des formes de négociation directe entre filiales¹⁰³². On peut déduire de ce tour d'horizon que l'économie est bien présente dans les politiques de prix de transfert des groupes, au travers d'efforts de tarification fréquents et sophistiqués, mais que la logique de prix de marché, qui traduit le mieux l'application du principe de pleine concurrence, est relativement minoritaire.

On peut aussi mener une lecture des enquêtes fondée sur une classification des méthodes de prix de transfert en fonction du degré de coopération qu'elles requièrent entre les acteurs. Selon cette lecture, les techniques recourant à la négociation directe et celles dans lesquelles le prix intervient peuvent être regroupées et opposées aux techniques de type *Cost Plus*, que l'on peut voir comme une forme d'organisation par l'autorité même si elle n'exclut pas une négociation préalable permettant de déterminer la place respective des entrepreneurs principaux, au sens des lignes directrices de l'OCDE, et des agents rémunérés en fonction de leur coût de revient. Cela revient à constater que la moitié des formes de régulation internes des prix de transfert recourent à la coopération directe, et que la coopération n'est jamais absente dans la régulation des prix de transfert des groupes.

Nous allons voir que le choix des méthodes correspond à l'intérêt pratique des (A), dans un contexte où l'application concrète des théories est difficile (B).

¹⁰²⁹ VANCIL R. *Decentralization: Managerial Ambiguity by Design*. Dow Jones-Irwin, 1978 ; BENVIGNATI A. *An Empirical Investigation of International Transfer Pricing by US Manufacturing firms*, 1985. In RUGMAN et EDEN (eds) *Multinational and Transfer Pricing*. St Martin's Press, 1993, études citées par PELLEFIGUE, Julien, *op. cit.*

¹⁰³⁰ *Ibid.* 31% selon l'étude Vancil, 49% selon l'étude Benvignati, et 37% selon l'étude Tang.

¹⁰³¹ *Ibid.* Respectivement 47%, 48%, 46%, selon l'étude considérée.

¹⁰³² *Ibid.* 22%, 3%, et 17%, selon l'étude considérée.

A. Le problème du prix comme instrument de coordination

1. Les modèles sans prise en compte des comportements stratégiques

Le premier modèle d'analyse des prix de transfert dans un groupe en M est dû à Hirshleifer dans un article de 1956¹⁰³³. Dans le cas très simple de deux entités en concurrence l'une avec l'autre¹⁰³⁴, le prix de transfert est égal au coût marginal observé au sein de la filiale pour le volume optimum de sa production. Ce coût s'égalise au profit marginal de la filiale consommatrice. Ainsi, s'il existe un marché pour le bien considéré, le prix de transfert est égal au prix de marché. Le groupe peut atteindre l'optimum en achetant ses produits en interne ou en externe, indifféremment. Un tel résultat pourrait faire douter de la pertinence des modèles économiques de prix de transfert, puisqu'il tend à montrer que, même dans le cas le plus rudimentaire, le recours au prix conduit les filiales à n'avoir pas de réelle préférence de groupe. En pratique toutefois, les groupes sont placés dans une situation où l'entrée et la sortie ne sont pas sans coût (contrairement à l'hypothèse de fluidité), ce qui induit une préférence de groupe grâce aux gains de mutualisation des investissements.

Le calcul interne aux divisions, et même le dimensionnement du groupe, peuvent ainsi passer au crible d'une analyse comparant les coûts et avantages de la coordination. On peut voir l'analyse de prix de transfert comme un filtre permettant, par exemple, de déterminer s'il y a lieu d'internaliser la production d'un bien intermédiaire, ou de recourir à l'externalisation. Ici apparaît nettement une conclusion déjà aperçue précédemment, à savoir que les prix de transfert constituent une réponse à la problématique de naissance de la firme posée par Coase, dans le cas où les hypothèses de concurrence parfaite ne sont pas réunies. On retrouve également la question de la convergence entre les principes de régulation fiscale et les préoccupations de régulation concurrentielle, déjà rencontrée.

Pour le reste, les travaux d'Hirshleifer donnent naissance à une classe de modèles dont le trait commun est de supposer que le groupe procède à un calcul économique centralisé,

¹⁰³³ PELLEFIGUE, Julien, *op.cit.* p. 39. : Deux entités, l'une productrice l'autre consommatrice, s'échangent un bien intermédiaire. Le groupe et ses filiales disposent d'une fonction de profit. Le profit du groupe traduit de manière consolidée la différence entre les recettes des ventes sur le marché externe et le coût global de production. Le modèle détermine le prix de transfert entre les filiales tel que soit maximisé le profit consolidé du groupe. L'auteur calcule d'abord la production globale qui maximise ce profit. Ce volume de production résulte de la confrontation de l'offre et de la demande sur le marché externe, le prix étant fixé par le marché de façon exogène (le groupe est « *price taker* » face au marché externe). La direction déduit de ce premier calcul le prix interne, ce qui oriente chaque filiale, selon ses conditions internes, à produire ou à consommer du bien considéré.

¹⁰³⁴ HIRSHLEIFER J., *On the Economics of transfer pricing*, The journal of business, vol. 29: 172-184, 1956, cité par PELLEFIGUE, Julien, *op. cit.*

ce qui relativise leur portée au regard de la problématique consistant à décrire la forme en M^{1035} . Cette limitation tient à l'absence de prise en compte des comportements stratégiques d'acteur lors de la détermination du prix.

2. La prise en compte des comportements stratégiques intra-groupes

La question porte sur l'aptitude des prix à constituer un mécanisme adéquat d'incitation. Dans le modèle concurrentiel, on se souvient que les prix constituent le régulateur parfait. Logiquement, le prix constitue un mécanisme d'autant plus efficace au sein des groupes que les relations internes sont gouvernées par des conditions proches de la concurrence parfaite. Il en va ainsi, en particulier, lorsque les entités sont en compétition internes avec un grand nombre d'acteurs et lorsque l'information circule convenablement. Le partage des surplus de producteur et de consommateur entre les entités du groupe converge alors vers celui du modèle concurrentiel, et la direction n'exerce que des fonctions élémentaires telles que la garantie des paiements ou encore la maintenance du système d'information qui fait fonctionner l'algorithme des prix. Elle constitue la main visible d'un marché interne situé à l'optimum de concurrence pure et parfaite.

Mais, de la même façon que le cadre de concurrence est jugé trop théorique pour les entreprises indépendantes, la littérature le considère comme trop restrictif pour les groupes¹⁰³⁶. La recherche s'est donc employée à modéliser des situations plus réalistes :

- les progrès de l'informatique ont d'abord permis de lever les difficultés d'algorithmes posées par l'environnement de calcul qui caractérisait l'époque d'apparition des premiers modèles de prix de transfert¹⁰³⁷ ;

¹⁰³⁵ *Ibid.* Dans une variante au modèle décrit ci-dessus, l'auteur suppose que l'une des deux filiales se trouve en monopole pour le bien considéré ; le calcul économique est alors similaire à celui d'un monopoleur, et conduit cette filiale à optimiser son profit en captant le surplus du producteur, comme l'aurait fait un monopoleur. Julien Pellefigue étudie plusieurs autres modèles de ce type. Nous ne les détaillerons pas ici et pouvons constater que leur principal résultat est une parfaite coïncidence entre l'optimum pour la division centrale et l'optimum de groupe. Plus exactement, l'algorithme de calcul fait toujours précéder l'optimum à l'échelon des filiales d'un calcul au niveau consolidé. Cela revient à supposer que le groupe est gouverné par un calcul centralisé dans lequel les filiales n'exercent pas de réel comportement économique, ce qui est incompatible avec la forme en M .

¹⁰³⁶ PELLEFIGUE, Julien, *op. cit.* p. 36. : « le nombre d'acheteurs et de vendeurs pour un même bien intermédiaire est souvent trop faible pour justifier que les acheteurs soient preneurs de prix, mais surtout, certaines théories modernes, notamment celle de Dunning (1977), expliquent l'existence d'entreprises multinationales précisément par la présence de non convexités (notamment des rendements d'échelles croissants dans les fonctions de support). Enfin, les externalités sont nombreuses : les entreprises de biens de grande consommation ont couramment plusieurs marques en concurrence sur le même marché, à l'inverse les efforts de communication d'une division peuvent affecter la réputation de toutes les autres. La question du meilleur dispositif d'allocation des ressources reste donc entière »

¹⁰³⁷ PELLEFIGUE, Julien, *op. cit.* pp. 41-48. : Durant cette période, aucune méthode ne permettait de construire un algorithme centralisé reposant sur les seuls prix et fournissant aux filiales de quoi nourrir entièrement le calcul

- en outre, la littérature a construit des modèles intégrant les apports du paradigme « principal-agent », dans lequel la direction des filiales peut disposer d'informations inconnues du centre (asymétrie d'information). L'enjeu est alors de déterminer un équilibre entre l'incitation du manager et l'optimum du groupe¹⁰³⁸. Le profit consolidé peut par exemple être optimisé au travers d'un mécanisme d'incitation des managers de filiales à révéler leurs préférences (équilibre de Nash¹⁰³⁹). Mais il s'agit là de sophistications portant sur la relation spécifique entre les filiales et le centre, et non d'algorithmes d'ensemble prenant en compte à la fois l'optimisation du profit de groupe, celui des filiales, et le régime d'incitation entre les deux¹⁰⁴⁰ ;

- en troisième lieu, les modèles ont pu profiter des apports de la théorie des organisations, qui enrichit les critères d'optimisation en prenant en compte non seulement le profit, mais aussi la satisfaction personnelle des acteurs. Des modèles de coalition ont été imaginés, permettant d'expliquer les décisions de coordination. Loin de résoudre toutes les difficultés, ces modèles font apparaître la multiplicité des variables de décision, c'est-à-dire le fait que le prix ne peut constituer le seul mécanisme d'incitation¹⁰⁴¹. On voit ainsi

économique nécessaire à la forme en M. Pellefigue relève que cette impossibilité technique même pouvait être regardée comme une explication justifiant la décentralisation au sein des groupes. Mais, en ce qui concerne la détermination des prix de transfert, les modèles n'aboutissent pas totalement, et au mieux parviennent à concilier l'organisation économique avec les impératifs de gestion, en proposant un échange interne tarifé au coût complet, ou à une mesure du coût d'opportunité.

¹⁰³⁸ PELLEFIGUE, Julien, *op. cit.* p. 50. : En effet, « *La relation entre un manager de division et sa direction générale est analytiquement très proche de celle entre le dirigeant salarié d'une entreprise et son propriétaire. Dès lors que l'altruisme du dirigeant salarié a été remis en cause... par le développement du paradigme principal/agent, la question des prix de transfert a été naturellement réévaluée dans le même sens. Les articles s'inspirant de ce courant vont considérer que le manager de division dispose d'informations privées et qu'il peut en outre réaliser un effort, coûteux pour lui et non vérifiable par la direction générale, qui améliore le résultat de sa division. L'enjeu de cette approche des prix de transfert sera alors de déterminer un prix de transfert et un système de rémunération de la performance du manager qui maximise l'utilité de la direction générale (qu'on estime dans ce cas parfaitement alignée avec celle des actionnaires). Notons que, dans ce modèle, prix de transfert et système d'incitation des managers sont fortement liés. En effet, l'incitation du manager à révéler son information privée et à produire un effort optimal est obtenue via une rémunération qui se fonde sur une mesure ex post de la performance de sa division, qui elle-même est déterminée par le prix de transfert* ».

¹⁰³⁹ NASH, John. *Equilibrium points in n-person games*. Proceedings of the National Academy of Science, n° 36, janvier 1950.

¹⁰⁴⁰ Cf. PELLEFIGUE, Julien, *op. cit.* p. 48 à 55. : Pellefigue conclut, p. 55 : « *On peut noter qu'aucun article susmentionné ne donne d'explication quant à la supériorité du modèle décentralisé par rapport au modèle centralisé. L'enjeu pour le centre est finalement d'obtenir une information privée au meilleur coût, mais une fois qu'il dispose de cette information, il peut prendre lui-même les décisions de production optimale sans avoir à passer par une décentralisation par les prix. Ainsi, la solution décentralisée est toujours dominée par la solution centralisée* ».

¹⁰⁴¹ PELLEFIGUE, Julien, *op. cit.* p. 66 : « *les décisions de coordination interne ne sont pas déterminées mécaniquement par l'action d'un système de prix de transfert (parce que) les décisions des agents ne sont pas prises dans un objectif d'optimisation mais plutôt dans un objectif de « satisfaction », qui comprend d'autres dimensions que le pur profit : sentiment de justice, reconnaissance, etc.* ».

réapparaître la question de l'applicabilité du mécanisme de prix comme instrument de régulation en présence de principes d'organisation sociale concurrents ;

- à cet égard, une classe de travaux intéressante a porté sur la régulation des relations internes par les quantités plutôt que par le prix. Weitzmann¹⁰⁴² montre par exemple que la régulation par les quantités l'emporte en efficacité sur la régulation par les prix si les filiales sont en relation de production étroite, de sorte que leur contribution est peu modifiable (biens complémentaires). Entre les différents systèmes, le choix d'une régulation fondée sur les prix est celle qui a le mérite de requérir le minimum d'information préalable. Mais cela tient au fait que, dans ce cas, le besoin d'information se manifeste dans la détermination de chaque prix, ce qui rend le mécanisme de régulation lui-même tributaire de l'échange d'information entre les parties¹⁰⁴³.

Les constats issus de ces travaux semblent confirmer que la place du prix comme régulateur du groupe rencontre des obstacles similaires à ceux identifiés dans les relations entre des entreprises indépendantes :

- le prix est un régulateur parfait en économie concurrentielle ; il disparaît si les acteurs sont liés entre eux par des comportements non économiques ;

- le groupe se structure par les prix si ses filiales sont en relation économique de type concurrentielle entre elles ; mais la valeur du prix et son mode de détermination se brouillent si les conditions du marché interne se dégradent, et en particulier si la qualité d'information se détériore.

En définitive, malgré les gains théoriques des modèles, il demeure impossible de résoudre l'ensemble des questions posées à l'échelon du centre et à l'échelon des filiales. Le fait même de chercher une amélioration de la précision semble dégrader l'applicabilité du modèle, en complexifiant ses algorithmes. Il en résulte un dilemme entre le caractère praticable du modèle et sa précision ; cette dernière n'étant, en tout état de cause, jamais suffisante pour décrire la particularité des groupes décentralisés¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴² WEITZMAN M, *Prices vs Quantities*. The Review of Economic Studies, vol. 41: 477-491, 1974, cité par PELLEFIGUE, Julien, *op. cit.*

¹⁰⁴³ PELLEFIGUE, Julien, *op. cit.*, p. 37. : « Le système de prix a l'avantage de réduire le niveau optimal d'information à son minimum, cependant, il est peu robuste à un déficit d'information ».

¹⁰⁴⁴ PELLEFIGUE, Julien, *op. cit.*, p. 58. : « Les mécanismes d'incitation... sont souvent très élégants mathématiquement, mais impossibles à mettre en œuvre pratiquement. ... Les études traitant de coordination sont très nettement distinctes de celle portant sur l'incitation. ... Il ne semble pas exister de modèle général permettant de traiter simultanément les deux problématiques de coordination et d'incitation ».

B. L'économie des prix de transfert et l'exigence de coopération

Le problème de l'arbitrage entre l'optimum du groupe et celui de la filiale n'est pas nouveau¹⁰⁴⁵. La question, toujours d'actualité, tient à la contradiction entre la coordination et l'incitation, tranchée en pratique par la négociation interne.

1. Observation des pratiques de gestion des prix de transfert

Nous avons vu que l'observation des pratiques des prix de transfert révélait un choix statistiquement dominant en faveur des méthodes de coût. Il en résulte une difficulté touchant à la détermination des coûts au sens comptable par comparaison avec les attendus de la théorie économique. En particulier, le coût marginal de production employé par les économistes n'est guère observable dans la pratique des gestionnaires, qui lui substituent parfois le coût variable moyen. Une telle pratique omet de tenir compte des coûts fixes imputables à l'activité concernée, notamment l'amortissement des immobilisations engagées dans la filiale concernée, et conduit à minorer son avantage économique à l'échange intra-groupe.

Une deuxième série de simplifications occasionnées par le passage de la théorie à la pratique tient à la modulation des efforts de détermination des prix de transfert en fonction des enjeux associés à chaque type d'opération. Cela suppose l'existence d'une grille d'analyse permettant d'arbitrer le choix d'une méthode de prix de transfert en fonction des conditions de marché du produit, des enjeux financiers, et de la complexité pratique correspondante¹⁰⁴⁶. L'utilisation du prix de marché apparaît alors possible soit lorsqu'un prix comparable s'observe aisément dans le contexte de l'activité soit, si une telle observation n'est pas possible, dans le cas où l'enjeu financier des produits justifie le déploiement d'analyses approfondies. A l'inverse, le recours à des méthodes de coût comptable est à privilégier dans les cas où aucun marché similaire n'existe ; le degré d'approfondissement de l'analyse

¹⁰⁴⁵ ECCLES, Robert, *The transfer pricing problem, a theory for practice*. Lexington books, 1985. En ouverture de la conférence organisée en 1925 par l'association des comptables américains, le secrétaire déclare ainsi : « *[sur la question des prix de transfert, on trouve] deux types d'argumentation. La direction pourrait dire : « vous achetez ce produit sur la même base que celle sur laquelle nous vendons aux concurrents, et vous gagnez de l'argent si vous pouvez. L'autre ligne de raisonnement est que l'entreprise est [indissolublement] formée d'une division A et d'une division B et qu'il n'y a aucune raison pour que la division B paye à la division A plus que les coûts engagés sur le produit qu'elle lui achète. Alors, quelle ligne doit prévaloir ?* » » *We have two lines of argument in this question. The management may say « you take this product on the same basis we sell competitors and you make some money if you can ». The other line of reasoning is that the business stands as Division A and Division B and there is no reason why Division B should pay Division A anything more than costs for what it takes over from Division A. Now, which should prevail? »*. Source : proceedings of the 6th international cost conference, : citation reprise par PELLEFIGUE, Julien, *op. cit.* p. 60.

¹⁰⁴⁶ ECCLES, Robert, *The transfer pricing problem, a theory for practice*. Lexington books, 1985.

dépendra alors des enjeux financiers. On le voit, le passage à la pratique tend à introduire dans la question des prix de transfert une préoccupation d'adéquation aux conditions propres du groupe, au risque de s'éloigner des principes.

Eccles mène cette tendance relativiste à son terme, en optant radicalement pour une méthode inductive, fondée sur l'enquête de terrain, et décrivant les meilleures pratiques en fonction de leur adaptation aux particularismes du groupe¹⁰⁴⁷. Les méthodes de prix de transfert à retenir dans un tel cadre sont déterminées en fonction de deux classifications touchant exclusivement aux particularismes du groupe, à savoir le niveau d'intégration verticale entre le centre et les filiales, d'une part, et le niveau de diversification des produits du groupe, d'autre part. Dans ce contexte, les méthodes recourant aux prix de marché n'ont plus à être mises en œuvre que si le groupe est fortement intégré et fortement diversifié. S'il n'est pas très intégré, on peut faire confiance aux divisions pour dégager par la négociation un compromis acceptable, quel que soit le niveau de diversité des produits distribués par le groupe. Si, enfin, le groupe est intégré et faiblement diversifié, l'auteur recommande une méthode fondée sur le coût, afin d'optimiser les gains de coordination.

2. Gestion concertée de l'écart entre prix théorique et prix convenu

Le passage de la théorie à la pratique induit un passage de l'économie normative à l'utilitarisme. Eccles¹⁰⁴⁸ imagine une réunion entre les acteurs d'un groupe et un professeur d'économie omniscient. Au départ, ce dernier rappelle le principe de pleine concurrence. Puis, devant les objections successives du vendeur et de l'acheteur internes, qui lui détaillent leurs difficultés de gestion, l'économiste sophistique ses explications et l'expérience de pensée se termine par la renonciation au principe au profit d'une solution pratique¹⁰⁴⁹. La contradiction entre la décentralisation, censée induire une incitation au mécanisme de prix, et, la

¹⁰⁴⁷ PELLEFIGUE, Julien, *op. cit.* p. 67. : « Les travaux d'Eccles représentent certainement la plus importante contribution à la question des prix de transfert sous l'angle de la théorie des organisations. Après plusieurs articles sur ce sujet, il décida de mener une enquête auprès des managers de 13 grandes entreprises américaines pour valider sa conception. Il rédigea finalement un ouvrage qui contient une importante bibliographie, et synthétise le résultat de ses propres recherches. Selon lui, la stratégie de prix de transfert d'une entreprise consiste en une méthode (prix, coût, négociation) et un processus de fixation (centralisé ou décentralisé, programmé à l'avance ou pas, changé fréquemment ou non, avec des recours en cas de conflit, etc.). Le meilleur dispositif dépend de nombreux critères : maximisation du profit, cohérence avec la stratégie de l'entreprise à long terme, position des produits dans leur cycle de vie, nature des processus administratifs, respect de la culture de l'entreprise ».

¹⁰⁴⁸ ECCLES, Robert, *Control with Fairness in Transfer Pricing*, Harvard Review of Business, Nov 1983.

¹⁰⁴⁹ *Ibid.* Le manager jusqu'alors silencieux a le dernier mot : « le temps que vous autres professeurs parveniez à quelque chose d'utile en pratique, contentons-nous de nous débrouiller du mieux que nous le pourrons » (« Until you professors come up with something useful in practice, we'll just have to muddle along as best we can »).

coordination, nécessaire pour assurer le fonctionnement de ce mécanisme¹⁰⁵⁰, débouche sur une simplification du mécanisme interne de prix. Le décalage entre le principe et la pratique traduit ainsi une prise en compte de la complexité, certes, mais une complexité due au moins autant à la contradiction interne entre décentralisation et coordination qu'à l'exigence de nombreuses données de comparaison.

Remarquons que, d'un point de vue comptable, l'ampleur de ce décalage est théoriquement mesurable¹⁰⁵¹. Il est possible de confronter par l'audit, les méthodes mises en œuvre pour les comparer aux exigences du principe. Le problème est que le même penchant qui conduit à prendre des libertés avec la recherche d'une référence de pleine concurrence, à savoir le souci d'une gestion à moindre coût, conduit aussi à proportionner l'étendue du système d'information comptable aux enjeux des opérations conduites par l'entreprise¹⁰⁵². Dans ce contexte, l'écart à la norme est théoriquement mesurable, mais sous réserve que le groupe dispose d'une certaine taille¹⁰⁵³. Même dans ce cas, le critère d'auditabilité implique que l'ensemble des entités, ou au moins les plus significatives, peuvent être détaillées par l'auditeur.

*

L'observation des sciences de gestion recoupe les nécessités de l'économie théorique : l'économie des prix de transfert nécessite la coopération entre les acteurs du marché.

*

* *

Le prix demeure, même en configuration complexe, le meilleur instrument de recherche de l'optimum. Mais il est toujours le plus exigeant en termes de conditions

¹⁰⁵⁰ PELLEFIGUE, Julien, *op. cit.*, p. 68. : « Il est finalement intéressant de noter que le constat sur la problématique des prix de transfert est partagé par les chercheurs empiriques et les théoriciens. Une entreprise décentralisée doit mettre au point un dispositif qui permette à la fois la motivation et la coordination ; or un seul système de prix peut difficilement réaliser ces deux objectifs ».

¹⁰⁵¹ Cf. PELLEFIGUE, Julien, *op. cit.*, p. 97 : « [Le principe de pleine concurrence] postule qu'il est possible d'identifier la contribution de chaque entité au résultat net d'une EMN, et donc d'établir un compte de résultat pour chaque filiale qui rende compte de son activité réelle ».

¹⁰⁵² En vertu du principe de matérialité comptable.

¹⁰⁵³ PELLEFIGUE, Julien, *op. cit.*, p. 62. : « Les systèmes comptables ne mesurent pas le coût marginal économique mais permettent au mieux de déterminer un coût variable moyen dans le cas où l'entreprise n'a qu'un système comptable. Tel est le cas, selon une étude d'Ernst & Young, de la majorité des groupes réalisant moins de 2 Md\$ de chiffre d'affaires (ERNST & YOUNG, 2001. 2001 Global Transfer Pricing Survey. Ernst & Young) : 80% des entreprises de leur base statistique n'utilisaient qu'un seul système pour les deux fonctions mais en revanche 77% des entreprises de plus de 2 Md\$ de CA utilisaient deux systèmes distincts ».

préalables, et notamment d'information, puisqu'il suppose l'édification d'un cadre concurrentiel d'incitations. La caractéristique des situations complexes rencontrées dans la pratique tient à l'impossibilité pour un acteur de disposer d'une information parfaite. Cette imperfection de marché implique la coopération des acteurs, sans laquelle l'optimum n'est plus possible.

CONCLUSION DE LA SECTION

L'intérêt de la conclusion précédente déborde largement le cas des groupes. La différence de situation entre les acteurs, qu'ils soient : producteur et consommateur ; responsables d'entités d'un même groupe décentralisé ; ou contribuable et Etat, est toujours la même puisqu'il s'agit de modéliser une configuration d'indépendance stratégique dans un cadre où l'autonomie des acteurs ne peut qu'être collective. Un acteur seul, dans le système marchand, ne peut produire l'optimum de pleine concurrence et a besoin du concours des autres acteurs sauf dans le cas limite du modèle de concurrence pure et parfaite dans lequel l'information est complète et où l'équilibre se dégage en statique de manière spontanée.

Cette règle est le corollaire de celle selon laquelle il appartient au marché de déterminer les prix : les acteurs exercent une liberté mais ne peuvent être autonomes au sens strict du terme.

CONCLUSION DU CHAPITRE

Au terme de ce tour d'horizon de la référence économique de pleine concurrence, nous pouvons conclure qu'il s'agit non seulement d'un guide pour l'action des groupes, mais aussi et plus profondément d'une référence ancrée dans le cœur de la rationalité des comportements d'acteurs sur les marchés.

Par ailleurs, la tarification des prix de transfert peut être complexe mais, dans la littérature, la recherche d'une application de la référence de pleine concurrence n'est jamais abandonnée. La pratique des prix de transfert peut ne déboucher que sur des solutions approximatives, à cause des contraintes de sa conduite ; mais l'économie normative permet de les qualifier comme des optimums de second rang, et une armature de techniques quantitatives permet d'évaluer leur écart à l'optimum. Ici se fait jour la particularité de la science économique et sa force particulière pour la définition du principe normatif de pleine concurrence. L'économie est en effet la science de la valeur, et a pour fonction de rendre commensurables les écarts : l'économiste ne peut donc renoncer à mesurer l'écart entre les valeurs de marché garantissant l'équilibre et les valeurs correspondant à des situations sous-optimales ; il concourt ainsi à l'ordonnancement dont a besoin de le normalisateur pour asseoir la légitimité de la régulation des prix de transfert et la précision du principe de rectification.

Autrement dit, le choix d'une référence au prix de pleine concurrence place le point d'ancrage de la régulation des prix de transfert au centre de la discipline économique, lieu d'articulation de l'ensemble des concepts sur la base desquels cette science prétend rendre la réalité intelligible. Dans ce contexte, l'intérêt de l'économie ne réside pas seulement dans la définition des valeurs de pleine concurrence, mais aussi dans la recherche systématique d'une mesure des écarts entre ces valeurs et celles que les agents dotés d'un pouvoir stratégique entendent leur substituer. On peut par exemple mesurer l'écart entre l'optimum du monopoleur et l'équilibre de concurrence ; tout comme on peut théoriquement calculer l'écart entre les bénéfices attribués à des entités et les bénéfices qui devraient résulter de l'équilibre de pleine concurrence. La technique économique peut certes être mise à l'épreuve dans la mesure de ces écarts, mais la démarche scientifique n'abandonne jamais l'effort de mesure. De même, l'écart entre les méthodes de prix de transfert est en principe mesurable, ce qui

signifie que la comparabilité au sens des lignes directrices de l'OCDE n'a de sens qu'interprétée à la lumière de l'économie théorique.

Nous voyons ici comme il est réducteur de limiter le principe de comparaison aux seuls prix observables, ou de limiter la normalité économique à un simple critère de normalité de gestion hérité de la jurisprudence passée sans égard, dans les deux cas, pour la norme de comportement économique. Nous voyons aussi qu'il est théoriquement possible de concevoir une comparaison avec des comparables liés, sous réserve de pertinence ; de regarder l'analyse macroéconomique comme recevable, et dans quelles conditions on peut mesurer la préférence pour une méthode traditionnelle de détermination des prix de transfert.

La règle de l'OCDE selon laquelle les prix de transfert ne sont pas une science exacte¹⁰⁵⁴ prend alors tout son sens : la matière des prix de transfert aspire à la science, mais elle ne fixe de principe absolu de rectification que dans l'abstrait, et appelle dans le concret la coopération des acteurs comme réponse au principe d'incertitude, tout comme le marché exige la coopération pour fixer le prix.

Dans ce contexte, la régulation des prix de transfert ne peut être limitée à la possibilité de leur rectification : l'orientation des comportements doit s'effectuer hors de la seule gestion du risque fiscal, ce qui fait de la recherche de comportements coopératifs une pièce essentielle du dispositif de régulation.

¹⁰⁵⁴ *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, 1.13 - cf. chapitre 3.

CONCLUSION DU TITRE

Pour éclairer la portée du principe de pleine concurrence et sa valeur politique comme source du libre-échange, la référence à la concurrence pure et parfaite s'est révélée comme un détour particulièrement utile. Non seulement nous confirmons l'hypothèse d'un ancrage du principe hors du droit, mais nous en mesurons la portée comme source de neutralisation de l'arbitrage fiscal en matière d'échange économique, à condition de poursuivre l'œuvre de construction du principe de pleine concurrence.

Par surcroît, l'économie théorique a confirmé l'intuition que nous avons pu avoir à l'examen des lignes directrices, concernant la nécessité d'une coopération entre les acteurs. Nous pouvons donc réfléchir à l'approfondissement du principe par l'édification de règles de coopération entre les parties prenantes du système. Tel sera l'objet du Titre 2.

TITRE 2. REGULATION DES PRIX DE TRANSFERT ET COOPERATION

Dans *Les Métamorphoses de la Cité*¹⁰⁵⁵, Pierre Manent décrit la Cité grecque comme le lieu où se sont simultanément construits la vie politique et le discours sur la vie politique par la philosophie. La perte de cette unité entre l'action et la rationalité, après la disparition des cités, inaugure une recherche tendant à la recréer qui est le moteur de l'histoire politique, débouchant à chaque fois sur de nouvelles formes d'organisation : l'Empire, l'Eglise et la Nation, dont aucune ne se compare à l'unité originelle de la *polis*.

Nous pouvons faire une hypothèse analogue sur le principe de pleine concurrence : source de régulation des prix au sein des groupes et des relations fiscales entre Etats, le principe universel de pleine concurrence comporte les éléments indispensables de conceptualisation mais aussi d'organisation pratique, comme nous allons le voir, de la régulation des prix de transfert. Cette unité entre l'expression du principe et ses applications concrètes justifie sa force comme référence recherchée dans le cadre du libre-échange.

Pour approfondir cette hypothèse, nous devons dégager le principe de coopération dans le cadre du principe de pleine concurrence-neutralité (Chapitre 1). Nous verrons ensuite ses implications et les modalités possibles de sa concrétisation dans le contexte actuel (Chapitre 2).

¹⁰⁵⁵ MANENT, Pierre, *Les Métamorphoses de la Cité. Essai sur la dynamique de l'Occident*, Flammarion, 2010.

CHAPITRE 1. PRINCIPES DE LA COOPERATION EN PLEINE CONCURRENCE

Nous avons défini le principe de pleine concurrence, par-delà son expression par les stipulations de l'article 9 § 1, au regard de sa propriété de neutralité pour les échanges économiques. Le principe contient donc un ferment de régulation spontanée des prix de transfert aussi bien à l'échelle d'un Etat que de la communauté internationale.

Mais la réalité observable est marquée par la concurrence et l'optimisation fiscale industrialisées, au point que l'on pourrait douter que la quête initiée au XXe siècle soit encore à l'ordre du jour.

Remarquons toutefois un trait qui apparaît de manière récurrente dans la dynamique générale de négociation fiscale dans le cadre des organisations libre-échangistes : il semble y avoir une corrélation entre les moments de paralysie de l'harmonisation fiscale et la recherche concertée de règles de transparence sur les pratiques fiscales, comme si la mise en place de règles d'information était le minimum à construire ne serait-ce que pour pallier les défauts d'harmonisation. Par exemple, l'essoufflement progressif des moteurs d'harmonisation de la fiscalité directe en Europe, à partir des années 1970-1980, s'accompagne d'un dérivatif à partir des années 1990 sous la forme des travaux sur les pratiques fiscales dommageables et l'échange de renseignement fiscal. De la même façon, la concurrence fiscale au sein du bloc occidental, avivée par la mondialisation dans les années 2000, s'est traduite par la réforme du modèle de l'OCDE en matière d'échange de renseignement, en 2005, et par la logique de revue par les pairs à partir de 2009. Dans les deux cas, l'unanimité requise pour faire avancer le fond du système est absente, mais la logique libre-échangiste de l'organisation pousse à l'édiction des règles d'une concurrence fiscale plus loyale.

Ainsi, les organisations favorables au libre-échange, lorsque leur philosophie d'ensemble les conduit à s'accommoder de la concurrence fiscale, s'attachent tout de même à générer des normes de coopération entre les acteurs suffisantes pour faire fonctionner les principes de l'organisation, par exemple les libertés de circulation dans le cadre de l'Union européenne.

Nous chercherons au sein de ce chapitre à identifier les normes de coopération qui sont associés au principe de pleine concurrence et qui peuvent servir de moteur, à défaut même d'harmonisation fiscale, pour instaurer un régime de compétition fiscale loyale.

L'examen des lignes directrices permet de dégager des orientations générales dans un sens coopératif à destination des Etats, sous la forme d'un principe de tolérance à l'égard des contribuables (Section 1), mais aussi des entreprises, sous forme d'un intérêt à concourir à des mécanismes d'information loyale avec les autorités (Section 2).

SECTION 1. PRINCIPE DE TOLERANCE

Les deux principes envisagés dans le cadre du présent chapitre : tolérance à l'égard des contribuables et information loyale de l'administration par ces derniers, trouvent leur source principale dans les lignes directrices, parfois prolongées par un effort de transposition en droit interne. Un tel prolongement est nécessaire, comme nous l'avons vu, dès qu'il s'agit de passer d'une recommandation générale établie dans un cadre consensuel à une ligne de séparation nette entre le permis et l'interdit.

On peut donc avoir, à la lecture des lignes directrices, une impression de flou sur les normes si on les compare avec les règles de procédure interne poursuivant un but similaire. Cette impression peut être renforcée par l'objet des normes de droit souple qui nous intéresse, plus large que l'objet des règles de la procédure fiscale interne puisqu'il s'agit de promouvoir la régulation des prix de transfert et non seulement l'encadrement des rectifications pratiquées par l'administration.

Ce décalage entre le droit international et le droit interne correspond dans une certaine mesure à un déphasage temporel : c'est dans le dialogue avec leurs pairs que les Etats trouvent l'aliment doctrinal leur permettant, ultérieurement, de formuler la norme interne pertinente. De sorte que la création de normes relatives à une même matière ne se déroule pas au même moment dans les deux ordres. La rédaction des lignes directrices se présente ainsi comme un incubateur de principes naissants, parmi lesquels figurent sans doute des règles qui seront mineures à l'avenir ; mais aussi, à notre avis, les normes possibles d'une meilleure régulation des prix de transfert.

Pour guider notre analyse, nous l'appuyons sur les constats de la première partie. Nous avons vu qu'en droit interne, un principe fort d'affirmation de la liberté de gestion domine, de même qu'une règle de dévolution de la preuve à l'administration.

Nous mènerons donc l'étude des lignes directrices en examinant leurs prévisions au regard du principe de non-immixtion dans la gestion (§ 1), et des règles de dévolution de la preuve en cas de rectification (§ 2).

§ 1. PRINCIPE DE NON-IMMIXTION DE L'ADMINISTRATION

Nous avons vu qu'en droit interne, la normalité de gestion constitue une référence du principe de rectification, limitée, dans son périmètre, par le principe de liberté de gestion. Ce principe interne de non-immixtion dans la gestion ne se retrouve pas dans les lignes directrices, faute de consensus des Etats.

On y retrouve toutefois un principe analogue, et plus diffus, de séparation entre le domaine de la rectification fiscale et celui de la liberté d'entreprise, par l'énoncé de la norme selon laquelle la pratique d'un redressement ne doit pas impliquer de remise en cause des transactions proprement dites (A), et par une invitation faite aux administrations de respecter une juste mesure dans leur pratique du contrôle fiscal (B).

A. Le redressement fiscal sans remise en cause des transactions

1. La rectification des effets d'une transaction non conforme

La rectification ne doit porter que sur les éléments de la transaction qui nécessitent d'être rectifiés, et non pas sur la totalité de l'opération¹⁰⁵⁶ ; et l'administration doit s'abstenir de tenir pour nulles les opérations menées par les entreprises. En principe, donc, « *une transaction délimitée précisément entre les parties* »¹⁰⁵⁷ ne doit pas être écartée entièrement aux fins de l'établissement des prix de transfert¹⁰⁵⁸. En particulier, les transactions observables entre parties non liées n'ont pas à être écartées¹⁰⁵⁹ et, réciproquement, le fait qu'un type de transaction n'existe que dans un contexte intra-groupe ne doit pas conduire *ipso facto* à la rejeter ou à mettre en doute son bien-fondé¹⁰⁶⁰. Sur ce point, nous avons vu que l'analyse de

¹⁰⁵⁶ 1.124. : « *La structure qui, aux fins des prix de transfert, remplace la structure effectivement adoptée par les contribuables devrait correspondre le plus possible aux faits de la transaction réelle conclue, en atteignant un résultat escompté commercialement rationnel qui aurait permis aux parties de s'entendre sur un prix acceptable pour le deux au moment de la conclusion de la transaction* ».

¹⁰⁵⁷ 1.122.

¹⁰⁵⁸ Et aussi : « *tous les efforts doivent être mis en œuvre pour définir la nature réelle de la transaction, appliquer un prix de pleine concurrence à la transaction délimitée avec précision et faire en sorte qu'une transaction ne soit pas rejetée uniquement parvequ'il est difficile de fixer un prix de pleine concurrence* » (1.122.).

¹⁰⁵⁹ 1.122. : « *Lorsque la même transaction peut être observée entre des parties indépendantes dans des circonstances comparables (c'est-à-dire lorsque toutes les caractéristiques économiquement significatives sont identiques à celles dans lesquelles a lieu la transaction à ceci près que les parties sont des entreprises associées)* ».

¹⁰⁶⁰ 1.122. : « *Il importe de rappeler que le simple fait que la transaction ne puisse pas être observée entre des parties indépendantes ne signifie pas qu'elle doive être écartée. Des entreprises associées peuvent conclure des accords de types beaucoup plus divers que des entreprises indépendantes, et 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* ».

comparabilité doit s'effectuer sur la base des transactions réelles et non pas d'une relecture de ces opérations par l'administration fiscale. Sont ainsi retenues les transactions effectives, dont en principe l'administration fiscale « *ne devra pas faire abstraction* »¹⁰⁶¹.

Les lignes directrices manifestent une critique inhabituellement véhémement de la pratique qui consisterait à s'affranchir de la règle ainsi énoncée : « *La restructuration*¹⁰⁶² *de transactions commerciales légitimes relèverait d'une démarche totalement arbitraire rendue plus injuste encore par une double imposition au cas où l'autre administration fiscale concernée aurait une opinion différente sur la façon dont la transaction devrait être structurée* »¹⁰⁶³. La vivacité de la critique traduit la conviction philosophique vue au titre précédent. Au fond, elle s'appuie sur l'idée qu'une analyse de prix de transfert ne peut être absolument concluante à la manière d'un énoncé arithmétique, ce qui invite les administrations à une juste mesure.

2. Le principe de respect de la délimitation des transactions

La règle vue au 1. ne signifie pas que les administrations ne peuvent requalifier les opérations qui leur sont présentées. Au contraire, le fait que l'administration rectifie les prix de transfert ne traduit pas la mise en œuvre de procédures répressives ou d'exception¹⁰⁶⁴. Dans l'édition 2010, les lignes directrices admettaient deux cas de requalifications : lorsque la réalité du contrat ne correspondait pas à sa lettre¹⁰⁶⁵ et lorsque les modalités de la transaction

¹⁰⁶¹ 1.121. En effet, l'analyse menée dans le cadre du contrôle fiscal « aura permis de décrire la nature réelle des relations commerciales ou financières entre les parties et de délimiter précisément la transaction effective » (1.120).

¹⁰⁶² « *restructuring* ».

¹⁰⁶³ 1.123. Le renforcement du chapitre I à la faveur de l'édition 2017 a permis de faire précéder la phrase précitée de développements sur l'identification et la délimitation des transactions à analyser. Toutefois, cette réécriture nous semble rendre quelque peu incongru le terme « structuré » employé ici, alors qu'il se comprenait mieux dans l'édition précédente. Le 1.64 de l'édition 2010 prévoyait ainsi que le contrôle fiscal devait porter sur la transaction « *effectivement intervenue entre les parties telle que structurées par elles* ». « Structurées » est employé pour désigner le contexte juridique et économique de la transaction, telle que délimitée et conclue entre les parties - cf. 1.119 à 1.125.

¹⁰⁶⁴ 1.2. : « *Il importe de garder à l'esprit que la nécessité d'opérer des ajustements pour se rapprocher de transactions de pleine concurrence s'impose quelles que soient les obligations contractuelles par lesquelles les parties se seraient engagées à payer un prix déterminé et qu'il y ait ou non intention délibérée de minimiser l'impôt. En effet, un ajustement fiscal au titre du principe de pleine concurrence ne porte pas atteinte aux obligations contractuelles qui lient les entreprises associées sur tous les plans autres que fiscal et peut être nécessaire même s'il n'y a pas intention de réduire ou d'éviter l'impôt. Il ne faut pas confondre la vérification d'un prix de transfert avec les vérifications portant sur des cas de fraude ou d'évasion fiscale, même s'il arrive que les politiques suivies en matière de prix de transfert poursuivent de tels objectifs* ».

¹⁰⁶⁵ Lignes directrices 2010, 1.65. : « *Le premier cas se caractérise par une discordance entre la forme de la transaction et sa nature économique sur le fond. Les autorités fiscales peuvent alors ignorer la qualification donnée par les parties et requalifier la transaction en fonction de sa nature quant au fond. On peut illustrer ce premier cas par l'exemple d'une entreprise investissant dans une entreprise associée sous la forme d'un prêt rémunéré alors que, dans des conditions de pleine concurrence, compte tenu de la situation économique de l'entreprise emprunteuse, l'investissement n'aurait pas dû normalement prendre cette forme. Les autorités fiscales seront alors fondées à qualifier l'investissement*

révélaient un choix non rationnel des entités liées¹⁰⁶⁶. L'édition 2017 recentre le propos sur le second cas en l'explicitant davantage¹⁰⁶⁷. Le test de requalification porte exclusivement sur la rationalité de l'acteur dans sa conduite de l'opération, et non plus sur la comparaison entre les termes du contrat et la réalité. Ce recentrage limite la tentation des administrations qui, constatant que les groupes n'avaient pas respecté en tous points les contrats signés, décidaient d'écarter, comme une sorte d'abus de droit rampant, toute la construction contractuelle.

Cependant, les lignes directrices offrent désormais un double test de rationalité commerciale pour les administrations : soit le caractère irrationnel de la transaction est démontrable en lui-même, soit la relation intra-groupe s'est traduite par un appauvrissement d'ensemble du groupe¹⁰⁶⁸. Les précautions ainsi prises permettent d'inscrire les situations de requalification dans le cadre même de l'article 9 § 1. En particulier, les services fiscaux sont autorisés à pratiquer le test de rationalité commerciale pour toute entité concernée du groupe, et non seulement à l'échelle du groupe pris dans son ensemble, ce qui est une conséquence du principe de l'entité distincte¹⁰⁶⁹ ; de plus, la remise en cause de la transaction, en ne

en fonction de sa nature économique et à traiter le prêt comme une souscription au capital ». De façon intéressante, ce cas correspond à une situation de sous-capitalisation.

¹⁰⁶⁶ Lignes directrices 2010, 1.65. « *Le deuxième cas se présente lorsque, en l'absence de divergences entre la forme et la véritable nature de la transaction, les modalités de la transaction, envisagées dans leur totalité, sont différentes de celles qui auraient été adoptées par des entreprises indépendantes dans une optique commerciale rationnelle, et que, en pratique, la structure effective empêche l'administration fiscale de déterminer un prix de transfert approprié. On peut illustrer ce deuxième cas par l'exemple d'une vente dans le cadre d'un contrat de longue durée, pour une somme forfaitaire, d'un droit illimité sur les droits de propriété intellectuelle liés aux résultats de recherches futures jusqu'à l'expiration du contrat... S'il convient alors sans doute que les autorités fiscales considèrent effectivement cette transaction comme un transfert de propriété commerciale, elles seraient néanmoins fondées à aligner les modalités de ce transfert dans sa totalité (et non pas simplement du point de vue de la fixation des prix) sur celles auxquelles on aurait pu raisonnablement s'attendre si le transfert de propriété avait fait l'objet d'une transaction entre entreprises indépendantes. Dès lors, l'administration fiscale pourra être fondée, par exemple, à modifier les conditions de l'accord dans une optique commerciale rationnelle en le traitant comme un accord permanent de recherche* ».

¹⁰⁶⁷ 1.122. : « *La transaction délimitée avec précision peut être écartée et, le cas échéant, remplacée par une autre transaction lorsque les dispositions prises dans le cadre de la transaction, considérées dans leur ensemble, diffèrent de celles qui auraient été adoptées par des entreprises indépendantes se comportant de manière commercialement rationnelle dans des circonstances comparables, et empêchent ainsi la détermination d'un prix qui serait acceptable par les deux parties en tenant compte de leurs perspectives respectives et des options réalistes à la disposition de chacune d'elles au moment de conclure la transaction. Une autre approche pertinente consiste à déterminer si la situation du groupe d'entreprises multinationales dans son ensemble s'est détériorée, selon une analyse conduite avant impôts, puisque cela peut révéler que la transaction considérée dans son ensemble ne présente pas la rationalité commerciale des accords conclus entre des parties non associées* ».

¹⁰⁶⁸ 1.122.

¹⁰⁶⁹ 9.37 : « *Une réorganisation peut être motivée par des raisons commerciales à l'échelon du groupe multinational. Toutefois, il importe de rappeler que le principe de pleine concurrence traite les membres d'un groupe multinational comme des entités distinctes et non comme des sous-ensembles indissociables d'une seule entreprise unifiée... Par conséquent, du point de vue des prix de transfert, il ne suffit pas qu'un accord de réorganisation obéisse à une logique commerciale pour le groupe dans son ensemble : l'accord doit être conforme au principe de pleine concurrence au niveau de chaque contribuable, compte tenu de ses droits et autres actifs, des avantages qu'il escompte retirer de la réorganisation (c'est-à-dire toute rémunération de transactions post-réorganisation et, le cas échéant, toute éventuelle rémunération ou indemnisation pour la réorganisation proprement dite) et des options réalistes disponibles* ».

modifiant que ce que l'analyse des prix de transfert impose de modifier, est parfaitement compatible avec la liberté des échanges dont l'article 9 § 1 de la convention modèle est la traduction¹⁰⁷⁰. Dès lors, la rectification fiscale n'est pas en soi un déni des transactions réelles¹⁰⁷¹ : elle constitue seulement un rétablissement de la pleine valeur économique des échanges pratiqués au sein du groupe.

*

Dans le respect des lignes directrices, l'administration peut reconsidérer les conséquences fiscales d'une opération sans nier son existence, dans un souci de conformité avec le principe de pleine concurrence.

Cela peut conduire, à la limite, à distinguer des transactions présentées sous la forme d'une transaction unique, ou à considérer une transaction qui aurait dû avoir lieu mais qui n'a pas été enregistrée, par exemple l'indemnisation du cédant dans le cas de la transmission d'un actif incorporel¹⁰⁷².

B. La rectification et l'égalité entre acteurs

1. L'objet du principe de rectification

Les développements relatifs à la requalification et à la délimitation des opérations nous renseignent sur l'objet du principe de rectification dans les lignes directrices. Nous avons vu qu'en droit interne où il devient effectif, ce principe est transposé en vue de la lutte contre l'évasion fiscale. Il est ainsi justifié par l'idée que les entreprises qui transfèrent des bénéfices à l'étranger se placent dans une situation différente de celle des entreprises qui s'en abstiennent.

En droit international, même si le principe de rectification demeure de l'ordre de la déclaration, il tend, plus largement, à rétablir l'équilibre entre les groupes et les entreprises isolées. En effet, dans le contexte des lignes directrices, c'est la particularité des relations de groupes qui justifie la possibilité d'une requalification des opérations. La situation des filiales

¹⁰⁷⁰ Cf Section B de l'introduction au chapitre 9, ainsi que 9.9 et suivants.

¹⁰⁷¹ Lignes directrices 2010, 9.165 : « Selon l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, une autorité fiscale peut ajuster les bénéfices d'un contribuable lorsque les conditions d'une transaction contrôlée diffèrent de celles qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes. ... Cela ne signifie pas que tous les ajustements de prix de transfert ... doivent être analysés comme équivalant à la non-reconnaissance d'une transaction contrôlée. ... En effet, ces ajustements peuvent résulter de l'examen de comparabilité » (Lignes directrices 2010, 9.165).

¹⁰⁷² Cf. 9.48 et suivants.

diffère foncièrement de celle des entreprises indépendantes. Par exemple, la diversité des relations commerciales intra-groupes est très grande et autorise une grande créativité¹⁰⁷³. De même, une filiale peut accuser des pertes structurelles, contrairement à un opérateur indépendant que de telles pertes finiraient par condamner¹⁰⁷⁴. Cette différence foncière avec l'environnement concurrentiel entre indépendants tient au fait que le contrat peut se nouer dans le groupe sans antagonisme. Il peut alors revêtir des formes multiples justifiant que les administrations ne tiennent pas pour acquis le contenu des contrats au vu de leur seule apparence¹⁰⁷⁵. Ainsi, les prix de transfert sont soumis au principe de primauté de la substance sur la forme¹⁰⁷⁶ : même lorsque l'administration est tenue au respect de la transaction présentée, elle ne doit en conserver les paramètres que pour autant qu'ils aient été fixés dans le respect du principe de pleine concurrence.

Le contraste est fort entre le constat du titre précédent, selon lequel l'article 9 § 1 ne formule pas vraiment de principe de rectification mais donne simplement une faculté aux Etats d'en édicter un, et l'idée selon laquelle l'objet du principe de pleine concurrence universel tendrait à permettre la rectification de toutes les situations d'inégalité entre groupes et indépendants et non seulement celles qui traduisent une évasion fiscale. Mais il n'y a pas pour autant de paradoxe : les lignes directrices indiquent simplement que, si le droit interne met en œuvre un principe de rectification tiré du principe de pleine concurrence, il doit tendre à rétablir un équilibre et non simplement à réprimer des excès. Et pour éviter que l'extension

¹⁰⁷³ 1.11. : « les entreprises associées sont susceptibles de se livrer à des transactions dans lesquelles des entreprises indépendantes ne s'engageraient pas. Ces transactions ne sont pas nécessairement effectuées dans le but d'échapper à l'impôt, mais parce que, lorsqu'elles traitent entre elles, les entreprises d'un même groupe évoluent dans un contexte commercial différent de celui d'entreprises indépendantes. Lorsque des entreprises indépendantes s'engagent rarement dans des transactions du type de celles auxquelles se livrent des entreprises associées, le principe de pleine concurrence est difficile à appliquer, car on n'a que peu ou pas d'élément pour déterminer directement les conditions qui auraient été fixées par des entreprises indépendantes. Le simple fait qu'une transaction donnée ne soit pas observée entre parties indépendantes ne signifie pas forcément que cette transaction n'est pas conforme au principe de pleine concurrence ».

¹⁰⁷⁴ 1.129. : « une entreprise indépendante subissant des pertes récurrentes finira par cesser ses activités dans de telles conditions. Au contraire, une entreprise associée accusant des pertes peut continuer à fonctionner si ses activités sont profitables au groupe multinational dans son ensemble ».

¹⁰⁷⁵ Cf. Lignes directrices 2010, 1.53. : « Des entreprises associées peuvent conclure des contrats... beaucoup plus divers que des entreprises indépendantes, car elles ignorent souvent les conflits d'intérêt habituels entre entreprises indépendantes. Des entreprises associées peuvent passer et passent souvent des accords de nature spécifique que l'on ne rencontre que très rarement ou jamais entre entreprises indépendantes... l'administration fiscale appliquant le principe de pleine concurrence devra rechercher la réalité qui se cache derrière l'accord contractuel ». De même, « dans le cadre de transactions entre entreprises indépendantes, les parties – du fait de leurs intérêts divergents – s'efforceront habituellement de faire respecter le contrat et les clauses contractuelles ne seront ignorées ou modifiées après coup que si les deux parties y ont intérêt. On ne rencontre pas toujours cette divergence d'intérêt lorsqu'on a affaire à des entreprises associées et il importe alors d'examiner si les parties se sont conformées au contrat ou si leur comportement démontre que le contrat n'a pas été respecté ou n'est qu'une fiction. En pareils cas, une analyse s'impose pour déterminer les véritables modalités de la transaction ».

¹⁰⁷⁶ « Substance over Form ».

du principe de rectification ne donne aux Etats l'idée de trop rectifier, ces mêmes lignes directrices rappellent que l'essence du principe de pleine concurrence est la coopération, et que sa pratique s'effectue dans une situation d'incertitude.

2. L'incertitude comme limite du principe de rectification

Comme nous l'avons vu au Titre 1 de la présente Partie, le principe de pleine concurrence contient à la fois la référence à la norme de comportement économique et à son approximation. Il en résulte une méthode de comparaison résolument pragmatique¹⁰⁷⁷. Les ajustements de comparabilité dépendent par exemple de leur utilité¹⁰⁷⁸, ou plus exactement de l'idée que l'on peut se faire, dans un contexte de limitation des moyens d'enquête¹⁰⁷⁹, de l'importance des discordances entre la situation étudiée et les transactions comparables sur le marché libre¹⁰⁸⁰.

De la même façon, les rectifications sont réputées s'effectuer à l'extérieur d'un intervalle de concurrence, défini comme un intervalle de prix acceptables à l'issue d'une analyse¹⁰⁸¹. Par construction, un tel intervalle résulte soit de l'application d'une méthode qui est assortie d'une marge d'erreur, soit de l'application de plusieurs méthodes donnant une gamme de résultats quantitatifs ordonnés¹⁰⁸². La notion d'intervalle traduit un respect des

¹⁰⁷⁷ 3.38. : « L'identification de comparables potentiels doit viser à trouver les données les plus fiables, tout en sachant qu'elles ne seront pas toujours parfaites... Il faudra parfois rechercher une solution pragmatique, en procédant au cas par cas, par exemple en élargissant la recherche et en utilisant des informations relatives à des transactions sur le marché libre réalisées dans le même secteur d'activité et sur un marché géographique comparable, mais par des tiers ayant des stratégies commerciales, modèles commerciaux ou autres circonstances économiques légèrement différents ; ou des informations relatives à des transactions sur le marché libre réalisées dans le même secteur d'activité mais sur d'autres marchés géographiques ; ou des informations relatives à des transactions sur le marché libre réalisées sur le même marché géographique, mais dans d'autres secteurs d'activité. Le choix entre ces diverses options dépendra des faits et circonstances du cas d'espèce, et en particulier de l'importance des effets escomptés des insuffisances de comparabilité sur la fiabilité de l'analyse ».

¹⁰⁷⁸ 3.51. : « les ajustements de comparabilité ne sont nécessaires que s'ils visent à corriger des différences qui ont un effet significatif sur la comparaison... La simple existence d'une différence non ajustée ne doit pas conduire à rejeter une comparaison dès lors que cette différence n'a pas d'effet significatif sur la comparabilité ».

¹⁰⁷⁹ 3.2. : « Ceci ne signifie pas qu'il soit nécessaire de rechercher de manière exhaustive toutes les sources possibles de comparables car il est admis qu'il y a des limites aux informations disponibles et que les recherches de données comparables peuvent être onéreuses ».

¹⁰⁸⁰ Cf. Lignes directrices 2010, 1.38. : « Si l'on peut raisonnablement supposer que, malgré l'absence de certains éléments d'information, la différence non ajustée n'aura vraisemblablement pas d'effet significatif sur la comparabilité, la transaction sur le marché libre en question ne devrait pas être rejetée en tant que comparable potentiel ».

¹⁰⁸¹ Glossaire, Intervalle de pleine concurrence : « Fourchette de prix qui sont acceptables pour définir si les conditions d'une transaction entre entreprises associées sont des conditions de pleine concurrence et qui résultent, soit de l'application de la même méthode de fixation de prix de transfert à des données comparables multiples soit de l'application de différentes méthodes de fixation des prix de transfert ».

¹⁰⁸² Cf. par exemple 3.58. : « On peut également obtenir un intervalle de pleine concurrence lorsqu'on applique plusieurs méthodes pour évaluer une transaction entre entreprises associées. Par exemple, deux méthodes dotées d'un degré similaire de comparabilité pourront être utilisées pour juger si une transaction contrôlée est conforme au principe de pleine concurrence. Chacune de ces méthodes pourra aboutir à un résultat ou un intervalle de résultats ».

lignes directrices pour l'incertitude des prix de transfert¹⁰⁸³ et en faveur de l'idée selon laquelle il n'existe pas de méthode universelle et infaillible¹⁰⁸⁴. Dans ce contexte, les lignes directrices comportent des développements en matière de gestion des intervalles, en particulier pour en restreindre l'ampleur. Il convient également de prendre en compte le fait que l'intervalle peut contenir en réalité des transactions non comparables entre elles¹⁰⁸⁵, ce qui implique de ne retenir que celles qui sont pertinentes¹⁰⁸⁶. L'intervalle peut ainsi être réduit par une méthode statistique consistant à filtrer les valeurs extrêmes en restreignant l'échantillon à l'intervalle interquartiles¹⁰⁸⁷, afin d'écartier des valeurs représentatives de situations économiques non comparables ou singulières¹⁰⁸⁸. Un cas particulier de résultat extrême est constitué par le cas de l'entité en situation de pertes récurrentes, pertes appréciées à l'échelle du bénéfice d'ensemble, ou à l'échelle des prix de transactions, que l'on peut juger anormalement bas même si de tels prix sont justifiés par une stratégie de pénétration commerciale¹⁰⁸⁹. Dans ce cas, la question de savoir si l'entité doit être incluse dans

différents de ceux obtenus avec l'autre méthode, du fait des différences de nature entre les méthodes et entre les données correspondantes pertinentes pour l'application d'une méthode particulière. Néanmoins, chaque méthode pourrait être utilisée séparément pour définir un intervalle acceptable de pleine concurrence. Les données résultant de ces intervalles pourraient permettre de déterminer avec plus d'exactitude l'intervalle de pleine concurrence, par exemple lorsque les intervalles se chevauchent, ou de réexaminer l'exactitude des méthodes utilisées lorsque les intervalles ne se chevauchent pas. Il n'est pas possible d'établir une règle générale en ce qui concerne l'utilisation d'intervalles obtenus en appliquant plusieurs méthodes, dans la mesure où les conclusions tirées de cette utilisation dépendront de la fiabilité comparée des méthodes appliquées pour déterminer les intervalles et de la qualité des informations utilisées dans le cadre des différentes méthodes ».

¹⁰⁸³ Qui ne sont pas une science exacte (1.13., 3.56).

¹⁰⁸⁴ 3.56. : « dans certains cas, il sera possible d'appliquer le principe de pleine concurrence en aboutissant à un seul chiffre (par exemple, un prix ou une marge) qui sera la donnée la plus fiable pour établir si une transaction s'est faite ou non dans des conditions de pleine concurrence. Mais très souvent, comme la fixation des prix de transfert n'est pas une science exacte, l'application de la méthode ou des méthodes les plus appropriées débouchera sur un intervalle de chiffres tous relativement aussi fiables. Dans ce cas, les différences entre les chiffres compris dans cet intervalle peuvent être dues au fait qu'en général l'application du principe de pleine concurrence ne permet d'obtenir qu'une approximation des conditions qui seraient établies entre des entreprises indépendantes ».

¹⁰⁸⁵ 3.55. : « il est également possible que les différents points de l'intervalle résultent de ce que des entreprises indépendantes effectuant des transactions comparables dans des circonstances comparables ne pratiqueraient pas exactement le même prix pour la transaction en question ».

¹⁰⁸⁶ 3.56. : « Lorsqu'il est possible de déterminer que certaines transactions sur le marché libre ont un degré de comparabilité inférieur à d'autres, elles devraient être éliminées ».

¹⁰⁸⁷ 3.57. : « Il se peut également qu'après qu'on se soit efforcé d'exclure les points qui ont un moindre degré de comparabilité, on obtienne un intervalle composé de points pour lesquels on considère ... qu'il subsiste des insuffisances en termes de comparabilité qui ne peuvent pas être identifiées et/ou quantifiées et qui ne sont donc pas corrigées. En pareils cas, ... des outils statistiques qui prennent en compte la tendance centrale afin de restreindre l'intervalle (tels que l'intervalle interquartile ou d'autres centiles) pourraient permettre de renforcer la fiabilité de l'analyse ».

¹⁰⁸⁸ 3.63. : « Les résultats extrêmes peuvent consister en des pertes ou des bénéfices inhabituellement élevés. ...

Lorsqu'un ou plusieurs des comparables potentiels présentent des résultats extrêmes, il conviendrait de procéder à un examen complémentaire pour comprendre les raisons de tels résultats. La raison peut être une insuffisance de comparabilité ou des conditions exceptionnelles rencontrées par une tierce partie par ailleurs tout à fait comparable ».

¹⁰⁸⁹ 1.131. « Des pertes récurrentes intervenues durant une période raisonnable peuvent se justifier dans certains cas par une stratégie commerciale consistant à fixer les prix à un niveau particulièrement bas pour pénétrer sur le marché. Un producteur abaissera, par exemple, le prix de ses produits au point même de subir temporairement des pertes pour

l'échantillon fait l'objet d'un examen soigneux, dont l'exposé dans les lignes directrices est un bon exemple de ces arguments forts mais immédiatement nuancés du langage diplomatique : d'un côté, on est fondé à nourrir quelque suspicion envers une entité structurellement déficitaire¹⁰⁹⁰ puisqu'en pareil cas un indépendant serait conduit à disparaître¹⁰⁹¹ ; d'un autre côté, il ne faut pas faire des firmes déficitaires une cible de contrôle fiscal¹⁰⁹² (d'ailleurs, il faudrait aussi vérifier les situations de sur-rémunération¹⁰⁹³).

Une fois l'intervalle stabilisé, les lignes directrices préconisent de ne pratiquer de rectification que si le prix est extérieur à l'intervalle¹⁰⁹⁴. Même si la législation nationale ne permet pas directement l'application d'une telle règle, la directive est de permettre au contribuable de renverser toute présomption de transfert de bénéfice mise au jour par la détermination de prix de transfert situés dans l'intervalle de pleine concurrence¹⁰⁹⁵. Le raisonnement sous-jacent à cette règle est que, par construction, les points de l'intervalle sont équivalents¹⁰⁹⁶.

*

pouvoir accéder à de nouveaux marchés, élargir sa part de marché, lancer des produits ou des services nouveaux, ou décourager les concurrents potentiels. Toutefois, des prix particulièrement bas ne devraient normalement être pratiqués que pendant une période limitée, précisément dans le but d'accroître les bénéfices à long terme »

¹⁰⁹⁰ 3.64. : « une entreprise indépendante ne poursuivrait pas des activités déficitaires à moins de pouvoir raisonnablement compter sur des bénéfices futurs...En particulier, des fonctions simples ou à faible risque ne sont pas censées générer des pertes sur une longue période ».

¹⁰⁹¹ 3.64. Dans l'édition 2010, le 1.71. précisait que « les entreprises associées, tout comme les entreprises indépendantes, peuvent réellement accuser des pertes, dues à des coûts de démarrage élevés, à des conditions économiques défavorables, à un manque d'efficacité ou à d'autres motifs industriels ou commerciaux légitimes. Toutefois, une entreprise indépendante n'acceptera pas des pertes indéfiniment ». On pouvait donc voir dans la persistance de pertes structurelles une indication que « l'entreprise déficitaire n'est peut-être pas correctement rétribuée par le groupe multinational dont elle fait partie, compte tenu des avantages que celui-ci retire de ses activités ».

¹⁰⁹² 2.7. : « il n'y a pas de raison, dans le cadre du principe de pleine concurrence, d'imposer une charge fiscale additionnelle à des entreprises qui sont moins performantes que la moyenne ou, au contraire, de sous-imposer les entreprises qui sont plus performantes que la moyenne, lorsque les raisons de leur succès ou de leur insuccès sont imputables à des facteurs commerciaux ».

¹⁰⁹³ 3.66. : « que des transactions déficitaires ne peuvent jamais servir de comparables. De façon générale, toutes les informations pertinentes doivent être utilisées et il ne devrait pas y avoir de règle prépondérante sur l'inclusion ou l'exclusion des comparables déficitaires. En effet, c'est la situation particulière de la société concernée qui doit déterminer son statut de comparable et non pas son résultat financier ».

¹⁰⁹⁴ 3.60. : « Si la condition de la transaction entre entreprises associées (par exemple, le prix ou la marge) se situe à l'intérieur de l'intervalle de pleine concurrence, il n'y a pas lieu de procéder à un ajustement ».

¹⁰⁹⁵ 3.61. : « Si la condition de la transaction entre entreprises associées (par exemple, le prix ou la marge) se situe en dehors de cet intervalle de pleine concurrence déterminé par l'administration fiscale, le contribuable devrait avoir la possibilité de démontrer que les conditions de la transaction sont conformes au principe de pleine concurrence et que l'intervalle de pleine concurrence englobe leurs résultats (c'est-à-dire que l'intervalle de pleine concurrence est différent de celui déterminé par l'administration fiscale). Si le contribuable ne peut apporter cette démonstration, l'administration fiscale devrait déterminer le point de l'intervalle auquel il convient d'ajuster la condition de la transaction entre entreprises associées ».

¹⁰⁹⁶ 3.62. : « lorsque l'intervalle comprend des résultats dont le degré de fiabilité est relativement équivalent et élevé, on pourrait considérer que n'importe quel point de l'intervalle satisfait au principe de pleine concurrence ».

En conclusion sur ce point, on peut rappeler « *l'objectif d'arriver à une approximation raisonnable d'un résultat de pleine concurrence sur la base d'informations fiables* »¹⁰⁹⁷. Cet objectif doit être poursuivi en tenant compte du fait que la fixation des prix de transfert n'est pas une science exacte¹⁰⁹⁸, principe qui doit jouer de façon libérale, c'est-à-dire favorable à la liberté de gestion des entreprises puisqu'il atténue la valeur scientifique des démonstrations de l'administration.

*

* *

Le principe de non-immixtion résultant des lignes directrices s'articule avec le principe de liberté de gestion tel qu'il existe en droit national. Ces deux principes ne se superposent pas : en droit interne, la jurisprudence définit le périmètre de la gestion normale de façon extensive en référence à la liberté de gestion, et restreint corrélativement le principe même de rectification des prix de transfert ; en droit international, le principe de rectification peut recevoir une extension maximale et se définir comme un outil de rétablissement de l'égalité entre les groupes et les entreprises indépendantes, bien au-delà du seul objectif de lutte contre l'évasion fiscale.

Cette extension maximale a toutefois une contrepartie, dans la mesure où l'incertitude de mise en œuvre des prix de transfert conduit à ne tolérer de rectification unilatérale qu'en admettant des marges d'erreur. L'incertitude profite donc au contribuable et impose à l'administration, quelles que soient les règles de la charge de la preuve, la mise en œuvre d'un principe de tolérance caractérisé par des méthodes loyales et sérieuses.

¹⁰⁹⁷ 1.13.

¹⁰⁹⁸ 1.13.

§ 2. LE PROBLEME DE DEVOLUTION DE LA PREUVE

L'esprit que servent les lignes directrices ne rend pas nécessaire la formulation d'un principe général de dévolution de la preuve aux administrations. En effet, la mise en œuvre loyale du principe de pleine concurrence implique un principe de rectification tempéré par l'incertitude ; cela revient à dire que les administrations, sous le contrôle du juge, s'abstiennent de rectifier lorsque leur information est lacunaire ou leur méthode insuffisante.

Ceci étant, les lignes directrices tirent de l'ambition historique des modèles de convention une tendance à rechercher une formulation harmonisée des règles existant dans les différents Etats¹⁰⁹⁹. Les règles de la charge de la preuve n'échappent pas à cette tendance et puisque, généralement, les droits internes attribuent la preuve à l'administration, les lignes directrices tendent à faire de cette universalité un principe.

Une telle recherche nous intéresse dans la mesure où elle implique un présupposé important, selon lequel l'administration aurait un accès à l'information plus facile que le contribuable. En effet, l'acte de rectifier traduit une révision de la déclaration sur la base d'une analyse qui, d'une part, est rétrospective et, d'autre part, peut mobiliser d'importants moyens sur une période plus longue que le temps court de la décision économique. L'administration dispose donc en théorie de deux avantages sur le contribuable, et tout le propos du principe d'incertitude consiste à prévenir le risque qu'elle n'en abuse en rectifiant les prix de transfert de façon systématique.

Mais il faut distinguer cette supériorité logique, dans le contexte d'une expérience de pensée, de l'idée selon laquelle les Etats auraient, en pratique, davantage d'accès à l'information que les entreprises. Le préjugé selon lequel le service serait omniscient méconnaît en effet les atouts informationnels du contribuable.

¹⁰⁹⁹ Cf. notre analyse en introduction de la présente partie et CAROLL, Mitchell B., *Taxation of Foreign National Enterprises*, Vol. IV : *Methods of Allocating Taxable Income*, Société des Nations - Genève, 1933, p. 14, cité par COLLIER et ANDRUS, *op. cit.*, note 110.

A. La preuve attribuée à l'administration

1. Une présomption de régularité des bénéfiques déclarés

Les administrations sont invitées à présumer que les prix de transfert des groupes ne font pas forcément l'objet d'une optimisation fiscale¹¹⁰⁰. Il en va en ainsi même lorsque celui-ci se livre à des compensations intentionnelles¹¹⁰¹, c'est-à-dire une régulation financière des relations entre filiales destinée à couvrir des surcoûts de l'une d'entre elle. Pourtant, les lignes directrices reconnaissent que la pratique existe et facilite l'évasion fiscale par la complexité des flux de transfert¹¹⁰². Mais la réponse des lignes directrices à de telles pratiques demeure pragmatique¹¹⁰³. Les compensations intentionnelles sont admises à condition d'être conformes à la référence de pleine concurrence et convenablement documentées par une identification comptable de chaque opération. Dans ce contexte, les administrations peuvent se montrer tolérantes et même admettre d'accorder un dégrèvement si le contribuable s'avise d'une surimposition et souhaite la compenser¹¹⁰⁴.

¹¹⁰⁰ 1.5. : « il ne faut pas croire que les conditions qui président aux relations commerciales et financières entre des entreprises associées s'écartent toujours de celles qu'imposerait le marché libre. Les entreprises associées des groupes multinationaux peuvent disposer d'une autonomie considérable et peuvent souvent négocier entre elles comme s'il s'agissait d'entreprises indépendantes. Les entreprises réagissent en fonction des conditions économiques du marché, aussi bien dans leurs relations avec les tiers qu'avec les entreprises auxquelles elles sont associées. Par exemple, des dirigeants au niveau local peuvent être intéressés aux bénéfiques, auquel cas ils ne voudront pas amputer les bénéfiques de leur société par des prix inadéquats. La prise en compte de ces considérations par l'administration fiscale lui permettra d'allouer efficacement les ressources affectées à la sélection des prix de transfert à examiner et à l'examen lui-même ».

¹¹⁰¹ 3.13. : « Il y a compensation intentionnelle lorsque les entreprises associées intègrent sciemment cette compensation dans les conditions des transactions effectuées au sein du groupe. ... De tels accords peuvent être parfois conclus entre des entreprises indépendantes et il y a lieu d'en examiner la conformité au principe de pleine concurrence pour déterminer la valeur des différentes prestations présentées comme des compensations ».

¹¹⁰² 3.14. : « L'importance et la complexité des compensations intentionnelles sont variables. Elles peuvent aller d'une simple compensation entre deux transactions (prenant par exemple la forme d'un prix de vente avantageux de produits manufacturés en échange d'un prix d'achat avantageux des matières premières utilisées pour les fabriquer) à un accord général portant sur le règlement de l'ensemble des prestations offertes aux deux parties sur une période donnée. Il est très peu probable que des entreprises indépendantes concluent ce dernier type d'accord à moins qu'il ne soit possible d'évaluer avec précision les différentes prestations et que le contrat ne soit conclu à l'avance. Normalement, des entreprises indépendantes préféreraient que leurs flux de recettes et de dépenses restent indépendants les uns des autres, et enregistrer les bénéfiques ou les pertes résultant de transactions normales ».

¹¹⁰³ 3.15. : « La prise en compte de compensations intentionnelles ne modifie pas la condition essentielle, qui est la conformité au principe de pleine concurrence des prix de transfert entre entreprises associées. Une bonne pratique serait que les contribuables divulguent l'existence de compensations intentionnelles dans le cadre de deux ou plusieurs transactions entre entreprises associées et démontrent (ou déclarent qu'ils disposent de justificatifs nécessaires et ont effectué une analyse suffisante pour démontrer) que, une fois ces compensations prises en compte, les termes des transactions considérées sont compatibles avec le principe de pleine concurrence ».

¹¹⁰⁴ 3.17. : « À l'occasion d'une vérification, un contribuable peut tenter d'obtenir une réduction d'un ajustement du prix de transfert au titre d'une surévaluation involontaire du revenu imposable. L'administration fiscale a toute latitude pour donner ou non une suite favorable à une telle demande. Elle peut aussi examiner ces demandes dans le contexte des procédures amiables et des ajustements corrélatifs (voir chapitre IV) ».

2. La charge de la preuve aux administrations

Une administration procédant à une rectification doit en principe prouver son bien-fondé, même s'il n'existe pas de consensus sur une telle règle de procédure¹¹⁰⁵. Le service doit d'ailleurs veiller à la cohérence de ses choix de rectifications sur les bases fiscales du groupe. Par exemple, en matière d'application de la MTMN, le choix de rehausser la base imposable d'une entité doit impliquer d'identifier précisément quelle entité du groupe est bénéficiaire du transfert¹¹⁰⁶, ce qui exclut les choix d'opportunité que pourraient faire les services fiscaux de désigner le bénéficiaire d'un transfert, parmi les différentes entités du groupe, en cherchant seulement la maximisation du taux de retenue à la source applicable sur les revenus réputés distribués.

Si des régimes d'inversion de la charge de la preuve existent, ils revêtent le caractère d'une exception¹¹⁰⁷. Dans ce contexte, les Etats sont fermement invités à ne pas exercer de pression sur les contribuables en matière de preuve des prix de transfert au travers des règles fiscales autres que celles de détermination des prix de pleine concurrence, à savoir les règles de procédure et de sanction déclarative ou de contrôle fiscal¹¹⁰⁸. L'OCDE leur recommande un comportement libéral, et en particulier de ne pas utiliser les règles de procédures pour faciliter l'acceptation des redressements¹¹⁰⁹. Corrélativement, en matière de procédure amiable, les Etats restent libres, en présence d'une rectification pratiquée par un autre Etat,

¹¹⁰⁵ Préface, 18. : « Certains pays membres de l'OCDE estiment que l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE établit des règles en matière de charge de la preuve dans les affaires de prix de transfert qui l'emportent sur toutes dispositions nationales contraires. Toutefois, d'autres pays estiment que l'Article 9 ne fixe pas de règles en matière de charge de la preuve (cf. paragraphe 4 des Commentaires sur l'Article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE) ». Les lignes directrices dépassent ce questionnement en relevant que, « quelle que soit la partie à qui incombe la charge de la preuve, il faudrait rechercher si l'attribution de cette charge est équitable compte tenu des autres caractéristiques du système fiscal du pays qui ont une incidence sur l'application des dispositions régissant les prix de transfert, y compris en matière de règlement des différends ».

¹¹⁰⁶ 2.73. : « il peut également être difficile de déterminer l'ajustement corrélatif à opérer lorsqu'on applique la méthode transactionnelle de la marge nette... En pareil cas, si la méthode transactionnelle de la marge nette indique que le bénéfice du contribuable doit être corrigé à la hausse, on peut se demander quelle est l'entreprise associée dont les bénéfices devraient être corrigés à la baisse ».

¹¹⁰⁷ Préface, 18. « Dans la plupart des pays, cette charge incombe à l'Administration, qui doit démontrer d'emblée que le prix fixé par le contribuable est incompatible avec le principe de pleine concurrence. Il faut cependant noter que, même dans un tel cas, l'administration fiscale pourrait encore normalement obliger le contribuable à produire ses pièces justificatives concernant les transactions entre entreprises associées en vue de lui permettre d'effectuer sa vérification. Dans d'autres pays, la charge de la preuve peut incomber au contribuable à certains égards ».

¹¹⁰⁸ Préface, 18. : « les pénalités, les procédures de vérification, les procédures de recours administratif, les dispositions régissant le paiement d'intérêts sur les impôts dus et les remboursements, l'obligation éventuelle d'effectuer le paiement d'impôt correspondant au redressement avant de contester un redressement, les règles de prescriptions et la notification préalable éventuelle des dispositions applicables ».

¹¹⁰⁹ Préface, 18. « Il ne faut pas utiliser l'une ou l'autre de ces règles, notamment en ce qui concerne la charge de la preuve, pour justifier des assertions sans fondement concernant les prix de transfert. Certains de ces points sont examinés plus en détail au chapitre IV ».

d'accorder un dégrèvement corrélatif au groupe concerné selon leur propre analyse des prix de transfert en cause ; ce qui revient à prôner, sur ce point également, que la charge de la preuve revient à l'Etat procédant à la rectification¹¹¹⁰, du moins s'il est fidèle à l'esprit de la convention d'élimination des doubles impositions dont il est signataire.

*

En définitive, l'administration peut remettre en cause les opérations déclarées ou les montages des groupes, mais elle doit justifier ses interventions. La charge de la preuve qui lui revient (pour la majorité des pays) implique la mise en œuvre de méthodes loyales. Les lignes directrices rejoignent ainsi le sens général du droit interne mais le motif diffère : en droit interne, comme nous l'avons vu, la dévolution de la preuve est un mécanisme d'équilibrage des droits en présence du privilège du préalable ; dans les lignes directrices, la charge de la preuve résulte de l'hypothèse que l'administration dispose de plus d'informations que le contribuable. Leur propos consiste à présumer que l'Etat possède un dossier suffisant pour rectifier, et à lui demander, par suite, de le mettre en entier à la disposition du contribuable après avoir vérifié qu'il était constitué selon des méthodes éprouvées.

Nous ne trouvons rien à redire contre l'esprit général de cette hypothèse. Il nous paraît en revanche déraisonnable d'en faire un absolu.

B. Le fondement discutable du principe

Nous allons ici critiquer l'hypothèse discutable selon laquelle l'administration posséderait en général l'avantage de l'information.

Pour introduire notre propos, rappelons que la configuration envisagée au sein des lignes directrices pour confier la charge de la preuve aux Etats est spécifique. En effet, comme nous l'avons dit, cette dévolution s'effectue dans un cas où une rectification intervient. Dans le cadre des lignes directrices, si l'analyse a échoué à démontrer l'existence d'un écart rectifiable, alors il n'y a pas matière à redressement et l'Etat ne peut rien prouver du tout. Dans ce contexte, les développements relatifs à la preuve n'ont pas pour objet de condamner

¹¹¹⁰ Préface, 17. : « *Les Commentaires sur le paragraphe 2 de l'Article 9 du Modèle de Convention fiscale précisent que l'État auquel un ajustement corrélatif est demandé n'est tenu d'y procéder que s'il "estime que le chiffre des bénéficiaires rectifiés correspond bien à celui qui aurait été obtenu si les transactions avaient été conclues en toute indépendance". Cela signifie que, dans le cadre des procédures mises en œuvre par les autorités compétentes, il appartient à l'État qui a proposé l'ajustement primaire de démontrer à l'autre État que « l'ajustement est justifié dans son principe et dans son montant ». Il faudra que les autorités compétentes des deux États appliquent les procédures amiables dans un esprit de coopération ».*

des rectifications injustes ; et ce sont des développements spécifiques qui comportent ce message¹¹¹¹.

Il nous paraît donc impossible de déduire d'une configuration aussi spécifique que l'administration serait généralement mieux lotie en information que le contribuable. Or, supposer, sur la base d'une interprétation erronée des lignes directrices, que le service a davantage d'information qu'un groupe multinational est à notre sens nuisible à la régulation des prix de transfert. Nous tenterons de montrer cette hypothèse en examinant successivement la relation entre l'administration et le contribuable, au travers du cas des données prévisionnelles (1), puis la relation entre les Etats, au travers de la gestion des procédures amiables (2).

1. Le problème de la prise en compte des données prévisionnelles

La question met au jour une importante question d'asymétrie d'information. De façon générale, la question des conditions temporelles d'analyse est importante en raison du décalage entre la décision économique et le moment où elle produit ses effets¹¹¹². Pour résoudre cette difficulté, la faculté de recourir à des données prévisionnelles est présentée comme un droit du contribuable, et une modalité de la liberté de détermination des bénéfices¹¹¹³. Une telle possibilité de retenir des prévisions de bénéfices confère à l'analyse une propriété de réalisme puisque, dans une négociation entre indépendants, la question de répartition des bénéfices se pose dès l'amont du projet¹¹¹⁴. Le problème est qu'il existe un risque d'asymétrie d'information entre l'administration et le contribuable : au moment de son étude de pleine concurrence, l'entreprise multinationale peut n'avoir à sa disposition que des données prévisionnelles; tandis que l'administration intervient après coup et dispose de données d'exécution. En outre, les éléments économiques correspondant à l'époque des transactions contrôlées ont pu devenir indisponibles pour l'entreprise, alors que l'administration est réputée accéder plus facilement aux transactions comparables¹¹¹⁵. Les

¹¹¹¹ V. p. ex. 1.123 sur l'injustice d'une restructuration abusive des transactions.

¹¹¹² 2.146. : « La difficulté provient du fait qu'il peut exister un décalage entre la période où les charges sont encourues et celle où la valeur est créée, et qu'il est parfois difficile de décider quelle période utiliser ».

¹¹¹³ 2.124. : « il existe un certain nombre d'approches pour estimer le partage des bénéfices, fondées soit sur les bénéfices prévisionnels, soit sur les bénéfices réalisés ».

¹¹¹⁴ 2.129. : « analyse pourrait être effectuée... en prenant en compte des projections de trésorerie actualisée des parties aux transactions contrôlées sur la durée prévisible de l'activité ».

¹¹¹⁵ 2.71. : « L'application de toute méthode conforme au principe de pleine concurrence nécessite des informations concernant les transactions sur le marché libre qui peuvent ne pas être disponibles au moment où ont lieu les

lignes directrices expriment une tolérance particulière pour les entreprises dans ce cas, optant clairement en faveur de leur intérêt¹¹¹⁶.

A cet égard, il est permis de présumer que la situation est moins déséquilibrée qu'il n'y paraît. En effet, l'entreprise est en mesure d'incorporer, dans son analyse, des données d'exécution à mesure de leur disponibilité, et de corriger au fil du temps ses calculs initiaux jusqu'à disposer, au moment du contrôle, d'une information contemporaine de celle mise en œuvre par le service. Il suffit pour cela d'une clause de révision, et nous pensons d'ailleurs qu'une telle clause doit être prévue dans les contrats (ce qui implique, contrairement à l'hypothèse de Mitchell B. Carroll, de toujours les formaliser¹¹¹⁷).

Au-delà, il convient de prendre en compte la dimension irremplaçable, pour la fixation des prix de transfert, des données d'environnement de la transaction observables par les outils d'information du groupe, et en particulier le système d'information comptable, notamment la comptabilité analytique ; mais aussi par des instruments de veille économique sectorielle. Les entreprises ont un intérêt économique direct à collecter toute donnée susceptible d'affecter leur positionnement stratégique, contrairement aux administrations, ce qui indique qu'elles auront tendance à le faire et plaide contre l'hypothèse d'un déséquilibre d'information au détriment des contribuables.

2. Le positionnement du groupe dans la procédure amiable

L'article 9 § 2 des conventions modèles prévoit que lorsqu'un État pratique une rectification des bénéfices d'une entreprise de son territoire au titre des prix de transfert vers une autre entité, l'Etat de résidence de cette dernière lui accorde un dégrèvement dit « corrélatif ». Le montant de cet ajustement doit être « *approprié* », selon les termes des

transactions contrôlées. Cela peut compliquer particulièrement la tâche des contribuables... En outre, il est possible que les contribuables n'aient pas accès à des informations suffisamment précises sur les bénéfices imputables à des transactions comparables sur le marché libre... Les agents des impôts peuvent disposer d'informations plus abondantes à la suite de vérifications effectuées auprès d'autres contribuables ».

¹¹¹⁶ 2.134. : « lorsqu'une administration fiscale examine l'application de la méthode utilisée ex ante ..., il est fondamental qu'elle tienne compte du fait que le contribuable ne pouvait pas savoir, au moment où les conditions ont été fixées, quels seraient les bénéfices effectivement réalisés du fait de l'activité en cause. Sinon, l'application de la méthode transactionnelle du partage des bénéfices pourrait pénaliser ou favoriser le contribuable en se concentrant sur les circonstances qu'il ne pouvait raisonnablement prévoir. Cela serait contraire au principe de pleine concurrence, car, dans des circonstances similaires, des entreprises indépendantes auraient seulement pu s'appuyer sur des prévisions et n'auraient pu connaître à l'avance le montant des bénéfices réalisés ».

¹¹¹⁷ 2.102. : « des parties indépendantes ne fixeront vraisemblablement pas des prix sur la base de coûts prévisionnels sans se mettre d'accord sur les facteurs qui doivent être pris en compte pour déterminer le budget, sans examiner le rapport entre coûts prévisionnels et coûts réels les années précédentes et sans réfléchir au traitement à réserver aux circonstances imprévues ».

conventions modèles, c'est-à-dire proportionné au montant de la rectification que l'Etat estime justifiée en référence à la pleine concurrence. Idéalement, cette règle aboutit à une triple convergence entre le niveau de la rectification, le niveau de l'ajustement corrélatif, et le niveau de l'écart entre la situation déclarée et la situation de pleine concurrence. En pratique, les Etats peuvent se consulter dans le cadre de l'article 25 de la convention et discuter du montant de pleine concurrence de la rectification. Il y a donc un double enjeu d'information préalable à la mise en œuvre de l'ajustement corrélatif : information entre l'Etat et l'entreprise, pour la rectification ; information entre les Etats en lien avec l'entreprise, au stade de l'ajustement.

A cet égard, les mécanismes d'élimination des rectifications en prix de transfert peuvent rencontrer deux types d'obstacle :

- soit les Etats divergent sur ce que doit être la référence de pleine concurrence ou sur l'étendue de leurs obligations garanties par les traités. C'est ainsi que, en vertu de l'article 9 § 3 de la convention-modèle de l'ONU, et contrairement au modèle de l'OCDE, la procédure peut être exclue si l'entreprise accordant un transfert de bénéfice ou celle qui en bénéficie sont passibles d'une pénalité pour fraude, faute lourde ou défaillance délibérée. La relative dureté du modèle de l'ONU reflète une résistance de principe à la procédure amiable, qui se répercute sur l'efficacité concrète de cette procédure¹¹¹⁸ ;

- soit l'insuffisance du mécanisme tient à une limitation des moyens ou à un accès insuffisant à l'information du dossier¹¹¹⁹. Dans ce second cas, l'information insuffisante peut tenir à des facteurs multiples : moyens d'investigation, formation des personnels, asymétrie

¹¹¹⁸ Cf. HUBLLOT, Marie-Laure, *Les procédures de règlement de la double imposition résultant de la correction des prix de transfert entre entreprises associées*, Paris Sorbonne, 2014 ; V. également GIBERT, Bruno, MEDARD, Pascal, *La résolution des conflits : les procédures amiables et l'arbitrage*, Droit fiscal n° 39/2017 comm. 473, 2017 : « *Les procédures amiables dans les pays émergents sont soit difficilement mises en œuvre (Brésil, Chine), soit carrément impossibles (Asie du Sud-Est)... Certains pensent qu'ils perdent leur souveraineté en discutant avec une administration étrangère. Il y a également des problèmes de législation locale. Quand bien même les outils conventionnels sont prévus, les législations locales sont quelquefois en contradiction avec les textes signés... Prenons l'exemple d'un conflit entre la convention et le droit local thaïlandais. En 2015, les autorités compétences malaises et thaïlandaises concluent un accord au titre de l'année 2006. Les autorités thaïlandaises acceptent l'ajustement. Le redressement est accordé à la Malaisie. Mais en 2010, date du remboursement par la Thaïlande, celui-ci s'avère impossible. En effet, selon la législation Thaïlandaise, on ne peut rembourser un impôt que dans un délai de trois ans à compter du dépôt de la déclaration. Or celle-ci datait de 2006. La double imposition était donc effacée sur le papier mais pas dans les faits* ».

¹¹¹⁹ Ibid. : la complexité des dossiers et l'insuffisance des moyens ne peuvent toutefois tout expliquer, même en Europe, tant les disparités en matière de gestion des procédures amiables sont considérables : entre les Etats, tels que la France, qui consentent un réel effort, les Etats moyens, comme le Royaume-Uni ou les Pays-Bas, et un pays comme l'Italie, qui ne semble pas réellement désireux de coopérer, l'écart est très important. Ainsi, pour les seules affaires couvertes par le mécanisme européen d'arbitrage, la France règle 48 dossiers pour 51 entrées ; l'Allemagne en règle 50 pour 91 nouvelles entrées ; le Royaume-Uni, 27 pour 41 entrées ; les Pays-Bas, 13 pour 20 entrées ; l'Italie, 9 pour 110 entrées.

entre les administrations, double langage du groupe (ou asymétrie de suivi du dossier entre les entités du groupe dans les deux Etats), complexité des situations triangulaires ou multiples.

Tous ces facteurs ont leur intérêt en soi, mais nous relevons qu'ils sont, chacun, suffisants à démontrer qu'on ne peut prêter aux administrations de supériorité en matière d'accès à l'information du dossier. Si l'on suppose que le service est omniscient, et que l'on protège les entreprises dans tous les cas, on fait peser sur les administrations des charges informationnelles lourdes qu'elles peuvent ne pas être en mesure d'honorer, ce qui n'est pas à l'avantage des contribuables. Il en résulte par exemple une conséquence sur la loyauté du processus amiable de résolution des différends et, plus généralement, le risque que les Etats s'estimant lésés se détournent de l'orientation coopérative.

*

* *

La dévolution de la preuve à l'administration, telle que les lignes directrices la recherchent, traduit la volonté d'obliger les Etats à mettre à la disposition des contribuables un dossier complet appuyé sur des méthodes sérieuses. Elle correspond au cas où l'existence d'une rectification ne fait pas de doute, ce qui est une configuration spécifique, et pour autant différente de celle qui justifie la dévolution de la preuve en droit interne.

Il nous paraît donc erroné de transposer la logique de protection des droits à l'œuvre au sein des Etats les plus avancés dans la configuration de régulation générale des prix de transfert de l'ordre juridique international.

CONCLUSION DE LA SECTION

En définitive, le principe de tolérance exprimé dans les lignes directrices ne peut déboucher sur une préférence générale pour les mécanismes d'information favorables aux contribuables. Certes, il est évident que les administrations doivent à la fois justifier leurs rectifications c'est-à-dire les documenter loyalement. Mais il ne peut en résulter d'irresponsabilité générale des contribuables.

A cet égard, le vocabulaire des lignes directrices, semblant inspiré par celui de la protection des droits dans la législation interne, peut donner lieu à ambiguïté. Nous estimons à l'issue de cette section que cette apparence est trompeuse : les lignes directrices prescrivent en effet une mission très ample au principe de rectification, consistant à rétablir l'équilibre entre les contribuables et non, seulement, comme le principe de rectification résultant du droit interne, à lutter contre l'évasion fiscale. Une mission d'une telle ampleur n'est pas compatible avec la philosophie générale de coopération mise au jour au Titre précédent et avec la complexité de la matière.

Dans ce contexte, il est vain de donner aux groupes l'impression qu'ils n'ont aucun devoir dans la manifestation de la vérité des prix de transfert. Il convient de s'interroger au contraire sur la nature de leur relation à l'idée de coopération. Tel sera l'objet de la section 2.

SECTION 2. PRINCIPE D'INFORMATION LOYALE

Nous avons examiné dans la première partie comment s'articulent les obligations de justification des opérations, prescrites au contribuable, avec la charge de la preuve en matière de normalité des opérations dévolue au service.

A l'échelle internationale, la construction de l'équilibre des prix de transfert au regard de la référence de pleine concurrence impose le partage de l'ensemble des informations pertinentes. La faculté pour les contribuables de refuser ce partage est atténuée par leur intérêt à éviter les coûts de la non-coopération (§ 1). Elle est surtout contrebalancée par des gains évidents à l'échange d'information (§ 2).

§ 1. LES COÛTS DE LA NON-COOPERATION

Nous pouvons envisager la relation entre l'entreprise et l'administration en termes d'économie de l'information, l'équilibre étant atteint quand leur intérêt respectif à échanger égale leur espérance de gain fiscal. On peut donc présumer que les lignes directrices relatives au prix de transfert, dans la mesure où elles expriment le principe de pleine concurrence, recèlent des indications sur les modalités utiles en matière d'échange d'information.

Pour examiner cette hypothèse, nous partirons du cadre juridique de la relation classique entre l'Etat et la multinationale. L'asymétrie de pouvoir au bénéfice du premier est contrebalancée par un droit de la seconde à conserver pour elle les informations utiles, ou dont la communication aux services fiscaux lui porterait préjudice.

Nous verrons toutefois qu'un tel choix en faveur du silence n'est pas gratuit (A). A ce point se révélera la richesse du principe de pleine concurrence comme vecteur de régulation des prix de transfert. En effet, il permet à l'entreprise d'évaluer les effets de ses comportements non coopératifs, et produit donc une incitation dans le sens d'une définition des normes de régulation de prix de transfert (B).

A. Le coût du silence

1. Le droit du contribuable au silence

Les lignes directrices comprennent une invitation à produire spontanément les éléments de documentation des prix de transfert¹¹²⁰. La même invitation vaut dans l'usage des bases de données¹¹²¹ et en particulier des bases de données propriétaires¹¹²². Mais, nous l'avons dit, il s'agit là de bonnes pratiques dérivées d'une application loyale du principe, et

¹¹²⁰ 3.21. : « Pour que le processus soit transparent, on considère comme une bonne pratique le fait pour un contribuable qui utilise des comparables afin d'étayer ses prix de transfert ou pour une administration fiscale qui utilise des comparables pour étayer un ajustement des prix de transfert, de fournir des justificatifs adéquats permettant à l'autre partie intéressée (contrôleur des impôts, contribuable ou autorités compétentes étrangères) d'évaluer la fiabilité des comparables employés ». De même, en matière de méthodes de bénéfices, « il serait raisonnable d'attendre des contribuables qui ont l'intention d'utiliser une méthode transactionnelle du partage des bénéfices qu'ils soient prêts à fournir aux administrations fiscales les informations nécessaires relatives à l'entreprise étrangère associée à la transaction, y compris les données financières nécessaires pour procéder au partage du bénéfice ».

¹¹²¹ 3.32. : « Les bases de données commerciales doivent être utilisées de façon objective traduisant une volonté réelle d'identifier des informations sur des comparables fiables ».

¹¹²² 3.34. : « Lorsqu'un contribuable a utilisé une base de données propriétaire pour étayer ses prix de transfert, l'administration fiscale peut demander l'accès à cette base de données afin d'examiner les résultats soumis par le contribuable, pour des raisons évidentes de transparence ».

non d'une exigence de mise en œuvre conforme des lignes directrices. Concrètement, les protections recommandées en vue d'un allègement des procédures jouent en faveur des entreprises, dans un souci général de promotion de la liberté d'entreprendre et notamment d'allègement des coûts administratifs¹¹²³.

Dans ce contexte, les entreprises ayant élaboré des documentations de prix de transfert peuvent se dissuader de les produire spontanément à l'attention des administrations. Le jeu du contrôle fiscal peut les conduire à conserver au contraire des informations utilisables, soit pour atténuer progressivement les prétentions de l'administration en exploitant les phases de conciliation administrative¹¹²⁴, soit bien sûr en cas de contentieux juridictionnel ou d'arbitrage. Les conseils fiscaux dont s'entoure le groupe peuvent d'ailleurs encourager cette pratique, en vue de conserver des leviers ultérieurs de négociation¹¹²⁵.

Le pragmatisme libéral des lignes directrices donne l'apparence d'encourager ce penchant et même de favoriser la créativité des méthodes au risque de complexifier encore la tâche des administrations. En particulier, « *les groupes multinationaux sont entièrement libres*¹¹²⁶ *de recourir à des méthodes autres que celles qui sont exposées dans ces Principes, dès lors que les prix fixés satisfont au principe de pleine concurrence* »¹¹²⁷ et que la méthode employée est celle de l'OCDE¹¹²⁸.

Le risque de déséquilibre informationnel est manifeste en ce qui concerne les règles de comparabilité applicables lorsque la situation objet du contrôle est ancienne. Dans ce cas, la question est de garantir la fiabilité de données collectées au moment ou en amont des opérations¹¹²⁹. Spontanément, le contribuable peut, pour cela, établir une documentation de

¹¹²³ 3.22. : « *lorsqu'une méthode unilatérale donnée est choisie comme étant la méthode la plus appropriée et si la partie testée est le contribuable national, l'administration fiscale n'a généralement aucune raison de demander plus d'informations financières sur l'entreprise étrangère associée* ».

¹¹²⁴ Au-delà du recours proprement dit au médiateur ou conciliateur fiscal, on peut regarder comme mécanismes de conciliation les dispositifs d'entretien avec le supérieur hiérarchique, d'interlocution départementale, le recours à l'administration centrale et la procédure amiable.

¹¹²⁵ « *leverage* ».

¹¹²⁶ En anglais : « *retain the freedom to apply* ».

¹¹²⁷ En anglais : « *satisfy the arm's length principle in accordance with these Guidelines* ».

¹¹²⁸ 2.9. : « *Toutefois, ces autres méthodes ne doivent pas se substituer à celles reconnues par l'OCDE lorsque ces dernières sont plus appropriées aux circonstances de l'espèce. Lorsque d'autres méthodes sont utilisées, leur sélection devrait être étayée par une explication des raisons pour lesquelles les méthodes reconnues par l'OCDE ont été considérées comme moins appropriées ou non applicables au cas d'espèce, ainsi que de la raison pour laquelle on a considéré qu'une autre méthode donnait une meilleure solution. Le contribuable devrait conserver une documentation concernant la façon dont ses prix de transfert ont été établis et être prêt à la communiquer* ».

¹¹²⁹ 3.68. : « *En principe, les informations concernant les conditions de transactions comparables sur le marché libre qui ont été entreprises ou effectuées au cours de la même période que la transaction contrôlée... sont censées être les informations les plus fiables à utiliser dans une analyse de comparabilité, parce qu'elles reflètent la manière dont des parties indépendantes se sont comportées dans un environnement économique analogue à celui de la transaction*

prix de transfert¹¹³⁰, mais il peut fort bien choisir de ne pas la communiquer à l'administration. A l'inverse, l'administration qui prétend tester la cohérence de valeur entre les prix *ex ante* et les prix *ex post* doit s'appuyer sur une législation de procédure¹¹³¹, laquelle ne doit être ni trop intrusive ni excessivement unilatérale, pour éviter d'entretenir des doubles impositions¹¹³². A défaut de règle normative de droit interne, l'évaluation par l'administration de transactions passées n'est justifiable que si elle s'appuie sur la référence à ce qu'auraient fait des entreprises indépendantes¹¹³³. Dans ce cas, l'administration doit examiner si de telles entreprises auraient prévu une clause d'ajustement lorsqu'elle prétend elle-même imposer une

contrôlée du contribuable. Toutefois, en pratique, les informations disponibles sur les transactions contemporaines sur le marché libre peuvent être limitées, en fonction de leur date de collecte ».

¹¹³⁰ 3.69. : « *Dans certains cas, les contribuables établissent une documentation de leurs prix de transfert afin de démontrer qu'ils se sont efforcés de respecter le principe de pleine concurrence lorsque leurs transactions intragroupe ont été entreprises, c'est-à-dire sur une base ex ante (approche dite de la « fixation de prix de pleine concurrence »), en se basant sur des renseignements dont ils pouvaient raisonnablement disposer à ce moment. Ces renseignements englobent non seulement des informations sur des transactions comparables des années antérieures, mais également des informations sur les changements économiques et sur le marché qui peuvent s'être produits entre ces années antérieures et l'année de la transaction contrôlée. En effet, des parties indépendantes dans des circonstances comparables ne fonderaient pas leurs décisions de prix uniquement sur des données historiques ».*

¹¹³¹ 3.70. : « *Dans d'autres cas, les contribuables peuvent être tenus de tester le résultat effectif de leurs transactions contrôlées afin de démontrer que les conditions de ces transactions respectaient le principe de pleine concurrence, c'est-à-dire sur une base ex post (approche dite du « test du résultat de pleine concurrence »). Habituellement, ce test a lieu lors de l'établissement de la déclaration fiscale en fin d'année ».*

¹¹³² 3.71. : « *Les approches de la fixation de prix de pleine concurrence et du test du résultat de pleine concurrence, ainsi que des combinaisons de ces deux approches, sont mises en œuvre par les pays de l'OCDE. Un problème de double imposition peut se poser lorsqu'une transaction contrôlée a lieu entre deux entreprises associées dans des pays qui appliquent des approches différentes, conduisant à des résultats différents, par exemple à cause d'un écart entre les anticipations d'évolution du marché prises en compte dans l'approche de fixation de prix de pleine concurrence et les résultats effectifs observés avec l'approche de test du résultat de pleine concurrence... Les autorités compétentes sont invitées à faire tout leur possible pour résoudre tout problème de double imposition qui pourrait résulter des différences d'approches entre pays en ce qui concerne les ajustements en fin d'année et qui pourrait leur être soumis dans le cadre d'une procédure amiable (article 25 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE) ».*

¹¹³³ 3.72. : « *La question se pose de savoir s'il faut tenir compte, dans l'analyse des prix de transfert, d'événements futurs qui étaient imprévisibles au moment du test d'une transaction contrôlée... Cette question doit être résolue... en se référant à ce que des entreprises indépendantes auraient fait dans des circonstances comparables ».*

évaluation prenant en compte une révision de contrat¹¹³⁴. A défaut, le service risque d'infliger aux entreprises une analyse rétrospective injuste¹¹³⁵.

Ainsi, dans l'esprit des lignes directrices, les entreprises multinationales disposent d'un droit au silence même si l'équilibre et la coopération entre les parties est préférable¹¹³⁶.

2. Les coûts cachés de la non-coopération

Nous avons supposé que l'asymétrie de pouvoir entre les Etats et les firmes ne peut être assimilée à une asymétrie d'accès à l'information. La première asymétrie justifie le droit des contribuables au silence. Elle serait génératrice de gains nets si les asymétries d'information jouaient exclusivement en faveur du contribuable. Or il n'en est rien puisque nous avons vu que l'administration peut disposer d'informations en propre (c'est le présumé des lignes directrices) et même que, dans certaines situations, l'information est inaccessible aux parties¹¹³⁷ ou très coûteuse¹¹³⁸. Dans ces conditions, les lignes directrices

¹¹³⁴ 3.73. : « Le raisonnement qu'on trouve aux paragraphes 6.28-6.32 et dans l'annexe au chapitre VI « Exemples illustrant les Principes sur les actifs incorporels dont l'évaluation est très incertaine » concernant les incorporels dont la valeur est grandement incertaine au moment de la transaction s'applique par analogie à d'autres types de transactions présentant des incertitudes d'évaluation. La principale question est de déterminer si l'évaluation était suffisamment incertaine au départ pour justifier que les parties opérant dans des conditions de pleine concurrence auraient exigé un mécanisme d'ajustement de prix, ou si le changement de valeur constituait un fait si fondamental qu'il aurait entraîné une renégociation de la transaction. Lorsque tel est le cas, l'administration fiscale serait fondée à déterminer le prix de pleine concurrence pour la transaction en se fondant sur la clause d'ajustement ou sur la renégociation qui serait opérée dans des conditions de pleine concurrence pour une transaction comparable sur le marché libre. Dans d'autres circonstances, lorsqu'il n'y a pas de raison de considérer que l'évaluation était suffisamment incertaine au départ pour justifier le fait que des parties auraient exigé une clause d'ajustement de prix ou auraient renégocié les termes du contrat, l'administration fiscale n'aurait pas de raison de procéder à un tel ajustement qui constituerait un ajustement a posteriori injustifié. La simple existence de l'incertitude ne doit pas entraîner d'office un ajustement ex post sans tenir compte de ce que des entreprises indépendantes auraient fait ou ce dont elles seraient convenues ».

¹¹³⁵ 3.74. : « Les données portant sur des exercices postérieurs à celui où a eu lieu la transaction peuvent aussi être utiles pour l'examen des prix de transfert, mais il faut alors veiller à éviter les effets pervers de l'analyse rétrospective. Par exemple, des données d'années ultérieures peuvent être utiles dans la comparaison des cycles de vie des produits pour des transactions entre entreprises associées et entre entreprises indépendantes lorsqu'il s'agit de déterminer si la transaction sur le marché libre constitue un bon élément de comparaison pour l'application d'une méthode particulière. Le comportement ultérieur des parties devra également être pris en compte pour s'assurer des conditions effectives qui régissent leurs transactions ».

¹¹³⁶ 2.11. : « il n'est pas possible d'établir des règles précises pouvant s'appliquer dans chaque cas. Les administrations fiscales devraient hésiter à procéder à des ajustements mineurs ou marginaux. En général, les parties devraient s'efforcer d'aboutir à un accord raisonnable en ayant à l'esprit le manque de précision des diverses méthodes et la préférence pour un degré plus élevé de comparabilité et un lien plus direct et plus étroit avec la transaction. Il ne faut pas que des informations utiles, comme celles qui concernent des transactions sur le marché libre qui ne sont pas identiques aux transactions contrôlées, soient rejetées pour la simple raison qu'elles ne satisfont pas totalement à un quelconque critère de comparabilité appliqué de façon rigide ».

¹¹³⁷ 1.13. : « dans certains cas, des informations sur une entreprise indépendante qui pourraient s'avérer pertinentes peuvent tout simplement ne pas exister, ou il se peut qu'il n'existe pas d'entreprises indépendantes comparables, par exemple si le secteur d'activité a atteint un haut niveau d'intégration verticale ».

¹¹³⁸ 2.12. : « Le principe de pleine concurrence ne nécessite pas le recours à plusieurs méthodes pour une transaction donnée... et, en fait, un tel recours à plusieurs méthodes risquerait de faire peser une lourde charge sur les contribuables. Par conséquent, ces Principes n'exigent ni des vérificateurs ni des contribuables qu'ils mettent en œuvre

font de l'équilibre une question essentielle au simple niveau du bon sens : en définitive, « *il faut comparer ce qui est comparable* »¹¹³⁹.

Mais l'approche de bon sens suppose la collaboration des parties, et ne constitue donc pas la meilleure façon de mesurer les coûts cachés de la non-coopération pour les groupes. Nous pouvons mettre ces coûts cachés en évidence en examinant l'expérience concrète des contrôles fiscaux puis les tendances révisionnistes qui se font jour contre le système international des prix de transfert, tendances qui pourraient déboucher, sans précaution, sur une réduction drastique du rôle des entreprises dans sa régulation.

Sur le premier point, les difficultés d'accès à l'information se traduisent par des approximations méthodologiques qui ne sont pas qu'une source de perte de recettes fiscales, mais peuvent aussi porter préjudice aux entreprises. Une étude canadienne¹¹⁴⁰ menée sur la base de l'examen de 132 échantillons de comparables utilisés dans la région de Montréal montre que les comparaisons reposent souvent sur des données issues d'entreprises qui ne sont que faiblement comparables à l'entité testée¹¹⁴¹. De ce fait, les comparables réellement significatifs¹¹⁴² sont peu nombreux¹¹⁴³ et, corrélativement, les données d'ensemble donnent

plusieurs méthodes dans leur analyse. Bien que, dans certains cas, la sélection d'une méthode puisse ne pas être simple et le recours à plusieurs méthodes puisse être initialement envisagé, il sera généralement possible de sélectionner une méthode qui permette d'estimer au mieux le prix de pleine concurrence. Toutefois, dans des cas difficiles où aucune méthode n'est concluante, une approche souple permettra d'utiliser conjointement les données obtenues au moyen de méthodes différentes. Dans de tels cas, on s'efforcera d'aboutir à une conclusion conforme au principe de pleine concurrence qui soit satisfaisante pour toutes les parties en présence, eu égard aux circonstances spécifiques, à l'ensemble des données disponibles et à la fiabilité relative des différentes méthodes considérées ».

¹¹³⁹ 2,97.

¹¹⁴⁰ VIDAL, J.-P., LAROQUE, D., LEROUX, *Incidence du petit nombre de comparables sur la justice fiscale dans le domaine du prix de transfert*, Revue de planification fiscale et financière de l'APFF, vol. 33, n° 2, 2013 ; VIDAL, J.-P., LAROQUE, D., LEROUX, J., *Prix de transfert et justice fiscale*, Petites Affiches n° 124/2013 p. 29.

¹¹⁴¹ *Ibid.* : « *Les opérations reliées aux multinationales sont presque toujours uniques, jusqu'à un certain point, soit à cause de leur savoir-faire, soit à cause de leurs biens incorporels, soit à cause de leurs économies d'échelle, soit pour d'autres raisons* ».

¹¹⁴² *Ibid.* : « *S'il fallait effectuer les ajustements nécessaires pour parvenir à une véritable comparabilité, il faudrait s'acquitter de trois tâches. En premier lieu, il faudrait déterminer quelles sont les variables qui expliquent (déterminent mathématiquement) les marges en construisant un modèle (mathématique) sur la base de l'intuition et de l'expérience de travail. En deuxième lieu, il faudrait déterminer l'effet des variables explicatives (en estimant les paramètres) et il faudrait voir si ces variables sont statistiquement significatives. En troisième lieu, il faudrait calculer la marge testée en utilisant les valeurs connues des variables pertinentes rattachées à l'opération visée. En faisant ces ajustements, il serait possible de calculer une marge et un intervalle de confiance pour cette marge qui seraient exactement appropriés pour la partie visée en cause. Ce serait l'approche de la marge calculable, une expression que nous inventons ici à des fins de commodité, parce que la marge est calculée à partir des caractéristiques propres de la partie testée. Si elle était possible, cette méthode constituerait l'aboutissement ultime de tous les ajustements dont il peut être question dans les Principes de l'OCDE* ».

¹¹⁴³ *Ibid.* : « *De manière typique, à Montréal et, probablement au Canada, un intervalle de pleine concurrence n'est fait que de cinq comparables. Il est également bon de retenir que plus de la moitié des intervalles qui ont été mis à notre disposition contenaient au plus 7 comparables et que les trois quarts des intervalles contenaient au plus 9 comparables. Nous sommes donc en droit de dire que le nombre de comparables est généralement très petit* ».

une estimation diluée¹¹⁴⁴, voire faussée, des indicateurs comparés (généralement la marge). L'aléa statistique inhérent à une pratique aussi contingente conduit à un risque d'injustice pour le contribuable ou pour l'Etat¹¹⁴⁵.

Sur le second point, on peut faire état du contexte général du projet BEPS, sur le contenu duquel nous reviendrons plus en détail au prochain chapitre. Le projet traduit de manière générale une volonté d'adaptation voire de révision du système international des prix de transfert en réponse aux effets de la non-coopération. Les buts de l'OCDE elle-même dans le déploiement du projet sont difficiles à déterminer. On pourrait par exemple examiner l'hypothèse selon laquelle l'institution dominante en matière de prix de transfert, craignant d'être débordée par les Etats émergents ou d'apparaître en retrait à l'égard des ONG, devance le besoin des premiers, pour les rallier ; et donne un signal aux secondes en rehaussant le niveau de son standard. Mais une telle hypothèse est sans réponse dans le domaine de la recherche juridique et relèverait plutôt de la sociologie. Tout au plus peut-on présumer, à ce stade, que l'institution chargée de promouvoir le libre-échange suit la ligne de pente qu'impose cette doctrine, et encourage une évolution mesurée du système dans le sens du maintien des flux de commerce, face au risque de dérèglement de la compétition fiscale.

En tout état de cause, les positions qui s'expriment dans le cadre du projet BEPS montrent une véritable insatisfaction de nombreuses parties prenantes¹¹⁴⁶. Les

¹¹⁴⁴ *Ibid.* Face aux coûts financier et technique d'une expertise approfondie, La pratique des entreprises et des services de vérification conduit à d'inévitables raccourcis méthodologiques « Faute de pouvoir déterminer les véritables variables explicatives de la marge en se servant d'études empiriques, ces variables sont sélectionnées sur la base de l'intuition et de l'expérience de travail. C'est le premier raccourci de l'approche de la marge dans l'intervalle comparativement à l'approche de la marge calculable. Faute de pouvoir déterminer l'incidence d'une variable explicative sur la marge, on suppose que la similarité des variables provoque la similarité des marges. C'est le second raccourci ». En matière de ratio capital/travail par exemple, si le point de comparaison est à 2, « est-ce qu'une fourchette de 1,5 à 2,5 est similaire à 2,0 ? Ne devrait-on pas plutôt utiliser une fourchette qui va de 1,9 à 2,1 ? En pratique cette décision est faite sur la base du nombre de comparables obtenus. Il faut un minimum de comparables. Si la règle les élimine tous, cette règle est modifiée pour qu'il soit possible de trouver au moins quelques comparables. Cela ne signifie pas pour autant que la règle est bonne, au sens où elle permettrait que les marges se ressemblent. Cela signifie juste qu'au moyen de cette règle, il est possible de trouver quelques comparables ».

¹¹⁴⁵ *Ibid.* : « Dans la situation prise en exemple, aucun des comparables ne peut être soupçonné de manipuler ses prix de transfert parce que ses prix sont déterminés sur un marché libre. Les comparables servent même de référence pour cette raison. Aucun ne dégage pourtant la même marge qu'un autre. Sachant que la position relative d'un comparable est répartie au hasard, il n'y a aucune raison de croire que l'arrivée d'une partie visée rigoureusement honnête et qui se comporte donc exactement comme une entreprise indépendante arrive ailleurs que là où un comparable se retrouverait. Il n'y a donc aucune raison de croire que cette partie visée arriverait précisément au milieu des autres comparables. Elle pourrait arriver au milieu comme elle pourrait arriver à l'une ou l'autre des deux extrémités. Or, si elle arrivait à l'une ou l'autre des extrémités, elle serait redressée ».

¹¹⁴⁶ Cf. SILBERZTEIN, Caroline, DERO, Cyrille, *L'objet des conflits de juridictions : l'attribution de la matière imposable*, Droit fiscal n° 39/2017 comm. 472, 2017, 28 Septembre 2017, 472. Selon Caroline Silberztein, « la question qui se pose devant la multiplication des textes et les développements de la fiscalité internationale est de savoir si l'avenir sera une grande bataille pour la matière imposable. Certaines modifications introduites, notamment par l'OCDE, mais également par les Etats, résultent de la crise financière et budgétaire. Mais elles se combinent de

développements relatifs à la chaîne de valeur et la pression de certains acteurs pour un recours plus fréquent à la méthode du *Profit Split*, par exemple, sont révélatrices de véritables tendances révisionnistes qui s'expriment tant sur les options prises que par le caractère fortement évolutif des documents de travail¹¹⁴⁷. A cet égard, on peut certes comprendre que la méthode du *Profit Split* exerce une séduction en raison de l'apparente simplicité de son déploiement en vue d'un partage équilibré de la matière imposable¹¹⁴⁸. Mais on ne peut écarter aussi que certains l'encouragent comme un pas vers des formules de répartition cas par cas selon les rapports de force entre Etats, aboutissant à un pur partage budgétaire excluant la société civile sous couvert de défendre sa volonté de lutte contre l'évasion fiscale. Une telle issue serait bien sûr dommageable aux entreprises, qui n'auraient plus guère de part dans la régulation courante des prix de transfert.

B. Coûts de la non-coopération et implications normatives

Puisque le droit de ne pas coopérer est assorti de coûts en grande partie cachés, la question est de savoir comment les révéler aux entreprises et de les intéresser à la recherche d'un optimum de régulation des prix de transfert. Le principe de pleine concurrence, envisagé

manière particulière avec un phénomène sociétal sur l'implication des ONG, la médiatisation, les questions de transparence que l'on retrouve également de nos jours dans d'autres domaines que la fiscalité. Il y a en outre un troisième facteur, la montée en puissance des pays émergents... Tous ces phénomènes se combinent pour arriver finalement à ce grand « bazar » de la réallocation possible de l'attribution de matière imposable ». Ainsi, le périmètre de négociation s'étend et se déplace : « Les Nations Unies sont aujourd'hui un acteur important en matière de prix de transfert, notamment parce qu'il y a beaucoup de pays significatifs qui ne sont pas membres de l'OCDE. Les Nations Unies ont publié une révision du manuel des Nations Unies sur les prix de transfert, avec addition de nouveaux chapitres. Le manuel des Nations Unies fait valoir le point de vue des pays émergents de manière extrêmement claire, notamment dans une partie du Manuel qui recense des prises de position de pays tels que la Chine, l'Inde, le Brésil, le Mexique, et l'Afrique du Sud ».

¹¹⁴⁷ *Ibid.* Caroline Silberztein note : « la question de la chaîne de valeur participe peut-être d'un grand mouvement vers le profit split généralisé... L'OCDE avait publié en juillet 2016 un projet pour discussion sur la méthode du profit split qui avait entraîné énormément de commentaires inquiets, parce que dans ce document, il semblait que la méthode de profit split devenait potentiellement la norme, puisqu'il était écrit notamment que dès lors que les entreprises étaient dans des opérations très intégrées, le profit split pourrait être la méthode applicable... Or, en présence d'une entité propriétaire de la propriété industrielle et d'une entité concessionnaire et exploitante de la propriété industrielle, laquelle exerce ces fonctions de développement, amélioration, maintien, protection et exploitation des incorporels ? Celle qui donne en licence ou celle qui prend licence ? Les deux ? La réponse ne figure pas dans le rapport OCDE. Potentiellement, il y a là un risque de conflit, et à tout le moins une ouverture vers plus de profit split... Le 22 juin, l'OCDE a publié un nouveau projet de rapport sur la méthode de profit split, largement révisé par rapport à la première version. Le nouveau texte me paraît beaucoup plus équilibré et clair que le premier. Notamment, il réaffirme l'absence d'obligation d'effectuer un profit split, même en l'absence de comparables parfaits ou en présence d'un groupe multinational intégré ».

¹¹⁴⁸ *Ibid.* Par exemple en matière de répartition des marges, « la Chine est allée assez loin dans ses déclarations en considérant que son marché en croissance justifie des marges, des market premium, des incorporels marketing locaux et dans un certain nombre de cas l'utilisation d'une méthode de profit split ».

comme norme universelle, fournit à cet égard un critère de mesure des coûts (1) qui oriente la conception de la norme de droit (2).

1. La révélation des coûts de non-coopération

Nous avons vu que l'article 9 § 1 implique la comparaison entre un état d'optimum théorique et un état observé. Logiquement, cette même comparabilité s'applique pour la mesure de l'écart entre l'optimum de régulation des prix de transfert, à l'échelle de l'entreprise, et la situation vécue. En effet, la comparabilité est, par construction, une grandeur mesurable dont le critère est la fiabilité¹¹⁴⁹ ; elle correspond donc à un rapport de proportion entre un choix d'ajustement et ses effets en matière de comparaison¹¹⁵⁰. L'entreprise peut ainsi proportionner les gains d'information¹¹⁵¹ au regard de leur valeur¹¹⁵² et quantifier les écarts¹¹⁵³.

Dans cette perspective, elle peut se livrer à un calcul rationnel sur sa politique d'échange d'information avec l'administration fiscale, au regard d'une norme théorique de pleine concurrence c'est-à-dire d'information parfaite¹¹⁵⁴. Il y a ainsi un lien direct entre la qualité de la définition du référentiel de pleine concurrence et la capacité pour les acteurs de mesurer les coûts de non-coopération c'est-à-dire, implicitement, entre la référence de pleine concurrence et le principe de rectification.

A noter que la mesure du coût n'apparaît que si la norme est envisagée comme exprimant un véritable référentiel de pleine concurrence. Si, à l'inverse, les acteurs regardent la formulation de l'article 9 § 1 en matière de comparaison comme traduisant une règle contingente limitée à l'exigence de transactions observées, ils n'ont pas de raison de la juger

¹¹⁴⁹ 3.2. : « Dans le cadre du processus de sélection de la méthode de prix de transfert la plus appropriée et de son application, l'analyse de comparabilité a toujours pour objectif de trouver les comparables les plus fiables. Par conséquent, lorsqu'il est possible de déterminer que certaines transactions sur le marché libre ont un degré de comparabilité inférieur à d'autres, elles devraient être éliminées ».

¹¹⁵⁰ 2.16. : « l'ampleur et la fiabilité de tels ajustements affectent la fiabilité relative de l'analyse dans le cadre de la méthode du prix comparable sur le marché libre ».

¹¹⁵¹ 3.50. : « Les ajustements de comparabilité devraient être envisagés lorsque (et seulement lorsque) on peut s'attendre à ce qu'ils améliorent la fiabilité des résultats ». Il faut se garder des sophismes : « des ajustements sophistiqués peuvent parfois créer l'impression fallacieuse que le résultat est "scientifique", fiable et exact » (3.52).

¹¹⁵² 3.53. : « Les seuls ajustements qui devraient être pratiqués sont ceux dont on attend qu'ils améliorent la comparabilité ».

¹¹⁵³ 1.40. : « Toutes les méthodes fondées sur le principe de pleine concurrence se rattachent à l'idée que des entreprises indépendantes examinent les différentes options qui s'offrent à elles et, dans la comparaison de ces options, prennent en compte toutes les différences ayant une incidence sur la valeur respective de ces options ».

¹¹⁵⁴ 2.15. : « une transaction sur le marché libre est comparable à une transaction contrôlée ... si ... aucune différence entre les transactions faisant l'objet de la comparaison ou entre les entreprises effectuant ces transactions n'est susceptible d'avoir une incidence sensible sur le prix du marché libre ; ou des ajustements suffisamment fiables peuvent être apportés pour supprimer les effets matériels de ces différences ».

supérieure à l'équilibre auxquels ils peuvent prétendre par la rétention d'information. En particulier, si la législation nationale n'est pas conçue comme articulant le principe de rectification avec la recherche d'un véritable équilibre concurrentiel, la propriété selon laquelle l'écart à l'optimum est quantifiable disparaît. Tel est le cas notamment si le but du principe de rectification est limité à la lutte contre l'évasion fiscale puisque, alors, les entreprises peuvent regarder la norme comme reflétant un arbitrage politique en faveur du but général de l'administration. Dans ce cas, même un fonctionnement satisfaisant de l'Etat de droit ne suffit pas à corriger leur perception puisque le juge, garant de la confiance, intervient trop tard et au service de l'objectif constitutionnel.

2. Nécessité d'une règle de droit fixant la référence de pleine concurrence

On voit donc que l'incapacité d'un système à produire une régulation harmonieuse entretient une relation directe avec la formulation de la norme de comparaison. Cela revient à dire que la règle de droit est, sous l'angle économique, une condition nécessaire de la régulation des prix de transfert entre les Etats et les contribuables et répond en partie à la problématique centrale de cette thèse.

Les divergences d'interprétation qui existent sur le sens à donner à la formulation de l'article 9 § 1 appellent en effet des précisions juridiques, ce qui ajoute à la tâche que les législateurs nationaux ont à mener en matière de formulation du principe de rectification. Quant à ce dernier, d'ailleurs, le point de vue économique ajoute une perspective que n'ouvrait pas la seule formulation de l'article 9 § 1, dont on pouvait déduire simplement qu'il invitait à fixer la limite entre liberté de gestion et redressement fiscal. Il s'agit désormais d'incorporer, dans les règles d'assiette et de procédure relatives à la rectification, des mécanismes compatibles avec la recherche d'une régulation coopérative. Les lacunes du droit français en ce domaine, telles que nous les avons mises au jour dans la première partie, devraient donc être corrigées.

Puisque l'existence d'une norme juridique appropriée constitue une condition économique nécessaire à la régulation des prix de transfert, il convient de s'interroger à quelles conditions elle peut être envisagée comme une condition suffisante d'une telle régulation, ce qui constitue l'enjeu central de notre problématique.

Sans faire un détour trop long par l'économie, nous pouvons sur ce point faire état des travaux sur l'échange d'information en situation concurrentielle, qui s'appliquent à la fois

à la situation des entreprises entre elles, mais également au cas de leur relation avec le régulateur (ainsi que des Etats entre eux). Les travaux initiés par Nash¹¹⁵⁵ rendent compte de cette configuration, dans laquelle la connaissance que les acteurs ont de la rationalité de leurs concurrents détermine l'équilibre concurrentiel. A la suite de ces travaux, on sait que les agents économiques, même concurrents les uns des autres, peuvent avoir un intérêt licite à l'échange d'information, c'est-à-dire à œuvrer conjointement à la formation du prix dans l'esprit de la pleine concurrence, sans qu'il y ait matière à voir là une collusion interdite¹¹⁵⁶.

Transposé à la pratique des prix de transfert, ce raisonnement bute toutefois sur sa formulation trop générale. Il serait par exemple difficile de soutenir qu'il est de l'intérêt d'une entreprise de toujours acquiescer aux faits en cours de litige, ou de livrer à un service fiscal agressif les points clés de fragilité de sa politique de prix de transfert. Mais nous pouvons formuler l'hypothèse que, dès lors qu'une discussion s'ouvre entre l'entreprise et l'administration, un échange d'information conforme à l'esprit du principe de pleine concurrence peut se mettre en place.

*

L'examen des incitations économiques à la coopération révèle l'unité profonde des deux règles que constituent, dans le droit positif, la référence de pleine concurrence et le principe de rectification. La définition de la première apparaît ainsi indispensable pour introduire la logique coopérative dans le fonctionnement du second.

A ce point du raisonnement, il apparaît que l'économie théorique justifie l'intervention d'une règle de droit et formule des orientations pour la concevoir, mais ne fournit qu'une indication générale sur la nécessité de la coopération en matière d'équilibre concurrentiel sans préciser ses modalités. L'insertion de mécanismes coopératifs dans la régulation concrète des prix de transfert se trouve donc renvoyée au droit et à la pratique, ce qui renforce l'enjeu de notre problématique et devra nous conduire à l'approfondir.

*

*

*

¹¹⁵⁵ NASH, John, *Equilibrium points in n-person games*. Proceedings of the National Academy of Science, n° 36, janvier 1950.

¹¹⁵⁶ V. par ex. VENAYRE, Florent, *Les apports de la théorie économique à l'étude des accords d'échanges d'informations*, Revue Lamy de la Concurrence, Editions Lamy/Wolters Kluwer, 2/2005, p.122 à 125, 2005.

Le modèle des échanges d'information en situation concurrentielle s'applique bien à la relation entre l'administration et le contribuable, singulièrement dans leur relation au titre de la régulation des prix de transfert. L'intuition selon laquelle ces deux protagonistes sont en situation de rivalité, qui justifie leurs précautions et notamment le secret gardé par l'entreprise, est en effet contrebalancée par leur intérêt rationnel à échanger des informations.

La mise en place d'un cadre coopératif suppose la définition des règles de pleine concurrence par des instruments de communication entre les acteurs que seul le droit, par le discours univoque qu'il produit à leur égard, peut apporter. Corrélativement, la liaison entre l'incitation à coopérer et l'existence d'une référence univoque de pleine concurrence révèle l'unité du principe de pleine concurrence dans ses deux composantes identifiées à la lecture de l'article 9 § 1.

Dans ce contexte, puisque l'économie n'est pas une science exacte, pour paraphraser la formule déjà citée des lignes directrices, il revient au droit d'apporter une contribution à la régulation économique des prix de transfert. Cette contribution se déploie tant au regard de la référence de pleine concurrence, qui doit être précisée, que du principe de rectification, qui doit être orienté vers la recherche de l'équilibre coopératif.

Afin d'illustrer les enjeux de la question, il convient d'examiner les gains possibles, en pratique, de l'option collaborative.

§ 2. LES GAINS DE LA COOPERATION

Nous avons vu que si la coopération est rationnelle en soi, elle n'est sans doute pas totalement praticable dans les situations de rivalité directe où les acteurs ont la certitude qu'une ouverture trop grande de leurs données serait préjudiciable. Mais cela ne contredit pas notre orientation de travail, puisque cette certitude est, par définition, incompatible avec l'hypothèse d'information imparfaite qui justifie la coopération¹¹⁵⁷.

L'hypothèse est donc, conformément aux acquis du principe de pleine concurrence, qu'il y a un lien entre l'échange d'information et la construction d'un équilibre de pleine concurrence. Nous examinerons deux domaines où les gains de l'échange d'information peuvent apparaître, à savoir la gestion de la comparaison (A), et la construction globale du cadre de régulation des prix de transfert (B).

A. En matière de gestion de la comparaison

Dans le cas général, la coopération est utile à la comparaison (1). Ce constat est renforcé en matière de comparaison agrégée (2), où le problème de l'information est aigu.

1. Comparabilité et coopération

Selon les lignes directrices, la comparaison porte sur tous les paramètres d'environnement pour autant qu'ils aient une incidence matérielle. La taille de l'entreprise, l'existence d'incorporels, le volume des ventes, voire l'importance des stocks, constituent les

¹¹⁵⁷ Cf. Titre 1, chapitre 2, section 1, § 1.

critères de comparabilité les plus communs¹¹⁵⁸ ; en somme, tout l'environnement de la transaction¹¹⁵⁹.

Pour rendre compte d'un processus faisant intervenir autant de variables, l'OCDE recommande de justifier soigneusement les étapes de comparaison¹¹⁶⁰. On peut donner un exemple en ce qui concerne l'examen de données pluriannuelles¹¹⁶¹. Dans ce cas, les données correspondantes, justifiant l'existence d'un cycle économique ou d'un cycle de vie des produits étudiés, doivent être conservées¹¹⁶². De même, nous avons vu que, contrairement aux comparaisons de prix, dans lesquelles de faibles différences économiques peuvent se traduire par une forte divergence¹¹⁶³, les comparaisons de marge ou de bénéfices restent possibles en présence de fortes différences économiques et donc d'un secteur à l'autre.

¹¹⁵⁸ 3.43. : « les plus communs sont : a) Les critères touchant à la taille de l'entreprise (chiffre d'affaires, éléments d'actif ou effectifs). La taille de la transaction en valeur absolue ou en proportion des activités des parties peut influencer la position concurrentielle relative de l'acheteur et du vendeur et donc la comparabilité ; b) Les critères liés aux éléments d'actif incorporels tels que la valeur nette des éléments d'actif incorporels rapportée à la valeur nette totale des éléments d'actif, ou le ratio des dépenses de recherche et développement (R&D) sur le chiffre d'affaires lorsqu'il est disponible : ils permettent, par exemple, d'exclure les entreprises qui ont à leur bilan des éléments d'actif incorporels de valeur ou qui exercent des activités de R&D significatives lorsque la partie testée ne détient pas d'éléments incorporels de valeur et ne participe à des activités de R&D significatives ; c) Les critères liés à l'importance des ventes à l'exportation (chiffre d'affaires à l'export sur chiffre d'affaires total), dans les cas appropriés ; d) Les critères liés aux stocks, en valeur absolue ou relative, dans les cas appropriés ; e) D'autres critères permettant d'exclure les tiers se trouvant dans des situations particulières, telles que les entreprises nouvelles, les entreprises en faillite, etc. lorsqu'il est évident que ces situations particulières empêchent d'établir des comparaisons pertinentes ». Dans ce contexte, « le choix et l'application des critères de sélection dépendent des faits et circonstances propres à chaque cas particulier et la liste ci-dessus n'est ni limitative, ni impérative ».

¹¹⁵⁹ 3.8. : « L'examen de la ou des transactions contrôlées concernées vise à identifier les facteurs importants qui influenceront sur la sélection de la partie testée (le cas échéant), la sélection et l'application de la méthode appropriée à la situation, la sélection de l'indicateur financier qui sera testé (dans le cas d'une méthode transactionnelle fondée sur les bénéfices), la sélection des comparables et, le cas échéant, la détermination des ajustements de comparabilité ».

¹¹⁶⁰ 3.3. : « Pour que le processus soit transparent, on considère comme une bonne pratique le fait pour un contribuable qui utilise des comparables afin d'étayer ses prix de transfert ou pour une administration fiscale qui utilise des comparables pour étayer un ajustement des prix de transfert, de fournir des justificatifs adéquats permettant à l'autre partie intéressée (contrôleur des impôts, contribuable ou autorités compétentes étrangères) d'évaluer la fiabilité des comparables employés ».

¹¹⁶¹ Cf. 3.76. : « afin d'appréhender parfaitement les faits et les circonstances de la transaction entre entreprises associées, il pourrait en général être utile d'examiner des données portant à la fois sur l'exercice vérifié et des exercices antérieurs ».

¹¹⁶² 3.77. : « Les données d'exercices antérieurs permettront de savoir, par exemple, si la perte déclarée par le contribuable pour une transaction fait suite à une série de pertes antérieures pour des transactions similaires, si elle est le résultat de conditions économiques particulières au cours d'un exercice antérieur qui ont eu pour effet d'accroître les coûts au cours d'exercices ultérieurs, ou si elle tient au fait que le produit se trouve à la fin de son cycle de vie. Une telle analyse peut être particulièrement fructueuse lorsqu'on applique une méthode transactionnelle de bénéfices ». De même, « les données pluriannuelles seront également utiles pour éclairer la conjoncture dans laquelle opèrent les entreprises comparables et les cycles de vie de leurs produits. Les différences tenant à l'évolution de la conjoncture ou au cycle de vie des produits peuvent avoir sur les conditions de fixation des prix de transfert une incidence substantielle qu'il est nécessaire d'évaluer pour se prononcer sur la comparabilité... ». Enfin, « des données pluriannuelles peuvent aussi améliorer le processus de sélection de comparables de tiers, par exemple en identifiant les résultats qui peuvent faire apparaître un écart significatif par rapport aux caractéristiques sous-jacentes de comparabilité de la transaction entre entreprises associées examinée, ce qui aboutit dans certains cas à rejeter le comparable ; elles peuvent aussi permettre de déceler des anomalies dans les informations sur les tiers » (3.78).

¹¹⁶³ Cf. 2.16. : « une différence mineure entre les biens transférés dans le cadre d'une transaction contrôlée et dans le cadre d'une transaction sur le marché libre peut avoir une incidence sensible sur le prix ».

L'échange de vues entre les acteurs pourrait alors permettre, conformément aux objectifs de l'analyse de comparabilité, de documenter la correction des différences économiques. Les lignes directrices fournissent plusieurs exemples, notamment les effets des différences de normes comptables et le choix des données financières significatives ou des données de structure économique¹¹⁶⁴. A l'évidence, ces domaines de travail recommandés pour chaque partie sont beaucoup plus faciles à mener dans la coopération parce que ni l'administration, focalisée sur un seul pays, ni l'entreprise, focalisée sur sa situation propre, ne disposent de tous les éléments.

2. Coopération et analyses agrégées

Comme nous l'avons vu, la légitimité d'une analyse agrégée est parfaitement reconnue dans les lignes directrices, en fonction du contexte¹¹⁶⁵. Selon les paragraphes 3.9 à 3.12, l'analyse conjointe se justifie soit par l'impossibilité pratique de mener une analyse par transaction, soit par l'intérêt de mener une analyse conjointe de transactions considérées comme connexes. L'exemple des approches de portefeuille est intéressant à cet égard, en ce qu'il montre un cas d'analyse agrégée, préconisée de préférence à une analyse séparée des transactions¹¹⁶⁶.

De façon encore plus intéressante, l'analyse agrégée menée en concertation permettrait d'apprécier plus finement une transaction dans son environnement, comme le

¹¹⁶⁴ 3.48.: « les effets des différences de normes comptables entre les transactions contrôlées et les transactions sur le marché libre ; la segmentation des données financières visant à éliminer les transactions non comparables significatives ; les ajustements visant à tenir compte des différences dans le capital, les fonctions, les actifs et les risques ».

¹¹⁶⁵ 3.11. : « S'il faut parfois évaluer conjointement certaines transactions conclues séparément..., d'autres transactions faisant l'objet d'un contrat global entre entreprises associées peuvent nécessiter des évaluations séparées. Une entreprise multinationale peut regrouper en une seule transaction – assortie d'un prix unique – un certain nombre de prestations, comme la concession de brevets, de savoir-faire et de marques de fabrique, des prestations de services techniques et administratifs et la location d'installations de production... Dans certains cas, il peut ne pas être possible d'évaluer l'arrangement dans son ensemble, et il faut donc en isoler les différents éléments ».

¹¹⁶⁶ 3.10. : « Les approches de portefeuille constituent un autre cas de figure dans lequel les transactions d'un contribuable peuvent être agrégées. Une approche de portefeuille est une stratégie d'entreprise qui consiste, pour un contribuable, à regrouper certaines transactions afin de dégager un bénéfice adéquat sur l'ensemble du portefeuille plutôt que sur un seul produit du portefeuille. Par exemple, certains produits peuvent être commercialisés en réalisant un bénéfice faible ou même à perte, parce qu'ils génèrent une demande pour d'autres produits de la même entreprise... Toutefois, ... ces considérations n'expliqueront pas des pertes globales ou des mauvais résultats sur une période prolongée. En outre, pour être acceptables, les approches de portefeuille doivent être correctement ciblées, car elles ne doivent pas servir pour appliquer une méthode de prix de transfert au niveau de l'ensemble de la société du contribuable dans les cas où différentes transactions répondent à différentes logiques économiques et doivent être segmentées. Enfin, les commentaires ci-dessus ne signifient pas qu'il serait acceptable qu'une entité membre d'un groupe multinational réalise un bénéfice inférieur au niveau de pleine concurrence pour avantager une autre entité du groupe multinational ».

précise l'édition de 2017 s'agissant de l'analyse contextuelle des transactions¹¹⁶⁷ ou, plus spécifiquement encore, en matière de délimitation des transactions¹¹⁶⁸. La coopération entre le service et l'entreprise peut être une excellente façon de prévenir le litige, mais aussi de concourir à la connaissance de cette question nouvelle des prix de transfert. Nous avons indiqué en introduction générale que le « problème Google » tient à la discordance entre le chiffre d'affaires réalisé en France et le volume de présence économique du groupe. L'approche coopérative des entités avec les services fiscaux permettrait de résoudre cette question de manière plus efficace que la réponse qui adviendra, inévitablement, à défaut de coopération, et qui pourrait consister en une multiplication des taxes nationales sur les transactions, des barrières administratives, et des doubles impositions.

Il y a ainsi, dans la coopération concrète au titre de dossiers ponctuels, un ferment de confiance plus durable propice à la régulation des prix de transfert, et tout à fait conforme aux lignes directrices¹¹⁶⁹.

B. Coproduction de l'information et cadre de la régulation

La coopération permet de réduire la tension née de la formulation de l'article 9 § 1 et de faire advenir une mise en œuvre intégrale du principe de pleine concurrence (1). Elle permet aussi de résoudre la question de la prise en compte des comparables liés (2).

1. La coopération comme production de sécurité juridique

Dans les lignes directrices, la comparabilité est présentée comme le cœur du principe de pleine concurrence, tout en étant une mise en œuvre de ce principe et, pour autant, une

¹¹⁶⁷ 1.38 : « il peut être nécessaire ou utile d'évaluer la transaction dans le contexte d'un dispositif de transactions élargi puisque l'évaluation des options réalistes offertes ne se limite pas nécessairement à une seule transaction mais peut prendre en compte un dispositif de transactions économiquement liées ».

¹¹⁶⁸ 3.9. : « En théorie, pour se rapprocher le plus possible de la juste valeur du marché, le principe de pleine concurrence doit être appliqué transaction par transaction. Mais bien souvent des transactions distinctes sont si étroitement liées ou continues qu'il n'est pas possible de se prononcer correctement sans les prendre en compte dans leur ensemble. Tel est le cas, par exemple, a) pour des contrats à long terme de fourniture de biens ou de services ; b) pour des droits d'exploitation de biens incorporels ; c) pour la fixation des prix d'un éventail de produits qui sont liés les uns aux autres (par exemple, une ligne de produits) lorsque la détermination du prix de chaque produit ou transaction pris(e) individuellement n'est pas faisable en pratique. Pour prendre un autre exemple, dans le cas d'une transaction combinant une licence d'un procédé de fabrication et la fourniture de composants vitaux à un fabricant associé, il sera sans doute plus raisonnable de déterminer les conditions de pleine concurrence pour les deux éléments considérés ensemble. Ces transactions doivent être examinées conjointement en utilisant la méthode reposant sur le principe de pleine concurrence qui est la plus appropriée ».

¹¹⁶⁹ Cf. 1.2. : « les administrations fiscales ne doivent pas présumer systématiquement que des entreprises associées ont essayé de se livrer à des manipulations concernant leurs bénéfices. Il peut être réellement difficile de déterminer un prix sur le marché libre alors que les mécanismes du marché n'entrent pas en jeu ou qu'il s'agit d'adopter une stratégie commerciale particulière ».

déviations proportionnelles au passage de l'idée au réel. Cette présentation se comprend à la lumière de l'article 9 § 1, qui comprend la référence théorique à la pleine concurrence et la recherche d'observations réelles. La comparabilité ainsi comprise induit en pratique une simplification puisqu'elle tend à rechercher une transaction observable, alors que la référence de pleine concurrence tend à la recherche d'une transaction mue par les comportements que l'on attendrait en concurrence pure et parfaite.

La comparabilité, ainsi entendue comme vecteur de passage du théorique au réel, correspond à la configuration dans laquelle chaque partie prenante s'efforce de reconstituer les prix de transfert conformes au prix de pleine concurrence. Dans cette perspective, il y a toujours une incertitude sur le point de savoir si le marché « libre » qu'aperçoit l'acteur est le marché parfait ou s'il s'agit simplement du marché hors la transaction liée. Cette incertitude subsiste dans tous les cas où un seul acteur décide de l'application du principe, par exemple dans le cadre du privilège du préalable et même de l'autorité de chose jugée. A l'inverse, la détermination d'un équilibre au regard du marché parfait, c'est-à-dire en coopération avec l'entreprise, aboutit à un redressement des comportements au vu des principes concurrentiels et comporte, à ce titre, un élément de régulation économique.

Un défi est posé à cette conclusion par la collusion entre certaines administrations complaisantes et les entreprises¹¹⁷⁰. En effet, une telle collusion crée un équilibre local, mais qui remet en cause le déploiement global du principe de pleine concurrence-neutralité. Nous estimons toutefois que ce défi n'est qu'apparent : il suffit d'élargir la perspective à plusieurs Etats pour retrouver les bénéfices de la coopération, et converger un peu plus dans la direction du principe de pleine concurrence.

2. Pour une prise en compte coopérative des comparables liés

Nous avons réservé, au chapitre 1 du titre précédent, la question de l'examen des comparables liés en rappelant qu'en principe, une transaction comparable sur le marché libre s'entend de la comparaison avec deux parties indépendantes¹¹⁷¹. Nous allons voir que la vision

¹¹⁷⁰ Sur les effets des législations « check the box » ou des rescrits de complaisance, V. par ex. U.S. GOVERNMENT PRINTING OFFICE, *Hearing before the Permanent Subcommittee on Investigations of the Committee on Homeland Security and Governmental Affairs*, United States Senate, mai 2013.

¹¹⁷¹ Cf. glossaire en début de lignes directrices : « Une transaction comparable sur le marché libre est une transaction entre deux parties indépendantes qui est comparable à la transaction contrôlée examinée. Il peut s'agir d'une transaction comparable entre une partie à la transaction contrôlée et une partie indépendante ("comparable interne") ou entre deux entreprises indépendantes dont aucune n'est partie à la transaction contrôlée ("comparable externe") ».

coopérative de la régulation des prix de transfert jette une lumière nouvelle sur cette question, qui consiste à déterminer s'il est exclu de tenir compte de transactions effectuées par des entités qui ne sont pas dépourvues de liens de dépendance.

Le problème comprend deux sous-questions : des transactions intra-groupes peuvent-elles tenir lieu de comparables ? A défaut, de telles transactions peuvent-elles receler des éléments d'analyse utiles ?

La deuxième question est simple. Les lignes directrices¹¹⁷² prévoient en effet de tenir compte d'opérations entièrement déterminées dans le cadre de politiques de prix de transfert par d'autres groupes, mais susceptibles de revêtir un sens du point de vue de la concurrence pure et parfaite¹¹⁷³. Cela correspond bien à l'idée, plusieurs fois répétée dans les lignes directrices, selon laquelle on ne doit pas présumer que les groupes cherchent toujours une optimisation fiscale de leurs prix de transfert : si les entreprises sont présumées agir conformément aux règles de la concurrence, il est possible de tenir compte, ne serait-ce qu'à titre d'élément environnemental, des données recueillies à l'examen de transactions contrôlées. Les lignes directrices l'autorisent puisqu'elles invitent à tenir compte de toute information susceptible d'être pertinente, ce parce que l'analyse des prix de transfert est complexe¹¹⁷⁴.

Au-delà de cette première réponse claire, la question des comparables non indépendants est plus délicate. Il n'est pas suffisant à cet égard de constater que les comparables internes¹¹⁷⁵ sont tout à fait recevables¹¹⁷⁶, car de tels comparables traduisent des

L'indépendance ici en cause s'entend *a priori* d'une absence de lien capitalistique mais aussi d'une absence de contrôle de fait d'une partie sur l'autre. L'indépendance substantielle est d'ailleurs plus importante que l'indépendance formelle, puisque les lignes directrices invitent à présumer que les entités appartenant à un groupe juridique respectent spontanément le principe de pleine concurrence.

¹¹⁷² 2.11. : les lignes directrices prévoient ainsi que « *des informations concernant des entreprises engagées dans des transactions contrôlées peuvent aider à comprendre la transaction considérée ou donner des indications pour de futures investigations* ».

¹¹⁷³ Nous pouvons trouver là une nouvelle indication de la portée normative du principe de pleine concurrence : s'il y a intérêt à tenir compte d'opérations internes, c'est que le calcul économique qui les motive prend racine dans une norme universelle de comportement. Si le principe de pleine concurrence traduisait une sorte de relativisme économique, les informations collectées à l'examen de transactions contrôlées seraient au contraire inopérantes. Le fait qu'elles soient pertinentes traduit, de notre point de vue, le fait que les groupes observés pour la comparaison exercent dans une certaine mesure un comportement similaire à celui que l'on attend. Il s'agit d'un comportement normal, au sens où il est conforme à la norme de pleine concurrence.

¹¹⁷⁴ Cf. 2.11.

¹¹⁷⁵ Pour mémoire, les comparables internes s'entendent de prix constatés dans les relations de l'entité elle-même avec des tiers indépendants, et peuvent s'utiliser dans toute méthode de prix de transfert.

¹¹⁷⁶ 3.27. : « *L'étape 4 du processus typique décrit au paragraphe 3.4 est un examen des comparables internes existants, s'il y en a. Les comparables internes peuvent avoir un lien plus direct et plus étroit avec la transaction contrôlée examinée que les comparables externes. L'analyse financière peut être à la fois plus facile à mener et plus fiable étant donné qu'elle repose supposément sur des normes et des pratiques comptables identiques pour le*

opérations économiques dans lesquelles les parties n'exercent pas de contrôle mutuel et sont donc, généralement, présumées agir selon les règles concurrentielles. La question est donc de déterminer dans quelle mesure on peut admettre, dans l'analyse, des faits tirés de l'examen de transactions entre entités liées.

En principe, la comparaison entre des transactions pratiquées par des entités liées n'est pas admise. Par exemple, lors de l'examen des effets d'une réorganisation, les lignes directrices pointent la difficulté d'une comparaison entre la situation précédant la réorganisation et la situation postérieure, arguant de ce qu'il ne s'agit pas d'une comparaison avec des transactions menées en conditions d'indépendance¹¹⁷⁷.

Il y a toutefois deux motifs d'atténuation de ce principe. D'une part, si l'étude des prix de transfert est une question complexe appelant de nombreux éléments d'information, il ne faut pas refuser de matériau d'analyse disponible, faute de mieux¹¹⁷⁸ et avec quelque prudence¹¹⁷⁹. Cela vaut y compris si un tel matériau ne provient pas d'une observation directe mais d'une analyse théorique pertinente¹¹⁸⁰. D'autre part, l'analyse des prix de transfert ne s'arrête pas au cas des opérations clairement identifiées mais peut porter sur des contrats

comparable interne et la transaction contrôlée. Par ailleurs, les informations sur les comparables internes peuvent être à la fois plus complètes et moins onéreuses ». De même, les méthodes de prix de transfert s'effectuent explicitement au regard de comparables internes. V. également, en matière de coût majoré : « La solution idéale est de déterminer la marge sur coûts du fournisseur dans le cadre de la transaction contrôlée par référence à la marge sur coûts de ce même fournisseur dans le cadre de transactions comparables sur le marché libre ("comparable interne") » - (2.46). La même observation vaut en matière de prix de revient minoré : « La marge sur prix de revendeur dans le cadre de la transaction contrôlée peut être déterminée par référence à la marge que le même revendeur réalise sur les produits achetés et revendus dans le cadre de transactions sur le marché libre (« comparable interne ») » (2.28) et en matière de méthode transactionnelle : « l'indicateur du bénéfice net obtenu par le contribuable... devrait théoriquement être déterminé par référence à l'indicateur du bénéfice net que le même contribuable réalise au titre de transactions comparables sur le marché libre, c'est-à-dire par référence à des « comparables internes » (2.64).

¹¹⁷⁷ 9.118 : « Un problème important soulevé par de telles comparaisons "avant/après" est qu'une comparaison des bénéfices dégagés par les transactions contrôlées après la réorganisation avec ceux réalisés avant la réorganisation ne suffirait pas à satisfaire l'obligation d'une comparaison avec des transactions indépendantes, énoncé à l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE. Les comparaisons des transactions contrôlées d'un contribuable avec d'autres transactions contrôlées ne sont pas pertinentes pour l'application du principe de pleine concurrence et ne devraient donc pas servir de base à un ajustement des prix de transfert par une administration fiscale ou pour étayer la fixation des prix de transfert par un contribuable » et 9.120 : « Reste que dans le cadre des réorganisations d'entreprises, les comparaisons "avant/après" pourraient permettre de mieux comprendre la réorganisation et pourraient contribuer à une analyse de comparabilité... ».

¹¹⁷⁸ 1.13. : « L'administration fiscale et les contribuables éprouvent souvent des difficultés à obtenir les informations nécessaires ... Les informations accessibles peuvent être incomplètes et difficiles à interpréter... En outre, il sera parfois impossible d'obtenir des informations auprès d'entreprises indépendantes pour des raisons de confidentialité ».

¹¹⁷⁹ Cf. 1.33. : Ainsi, « l'application du principe de pleine concurrence repose sur une comparaison entre les conditions d'une transaction contrôlée et celles qui auraient été appliquées si les parties avaient été indépendantes et si elles avaient effectué une transaction comparable dans des circonstances comparables ».

¹¹⁸⁰ 2.118. : « Un autre atout de la méthode transactionnelle du partage des bénéfices est qu'elle offre de la souplesse en tenant compte de la situation factuelle spécifique des entreprises associées, qui peut être exceptionnelle et ne pas exister dans le cas d'entreprises indépendantes, tout en constituant toujours une approche de pleine concurrence dans la mesure où elle reflète ce qu'auraient fait des entreprises indépendantes, confrontées à des circonstances identiques ».

transnationaux, que l'analyse a justement pour objet de décomposer en transactions bien délimitées¹¹⁸¹. Ainsi, en matière de services intra-groupes, le prix facturé peut correspondre à une grappe indistincte de transactions¹¹⁸². Dans une telle situation, l'identification insuffisante des transactions brouille les règles de tarification et la taxation¹¹⁸³. Les données internes sont alors indispensables¹¹⁸⁴ : « *les données internes sont essentielles pour estimer les valeurs des contributions respectives des parties* »¹¹⁸⁵.

En définitive sur ce point, nous nous permettons de ne pas regarder comme absolue la règle de comparaison avec des transactions constatées entre indépendants : la société et des tiers ou des tiers entre eux. Des faits observés à l'occasion de transactions liées peuvent avoir une pertinence pour l'analyse. Par extension, il nous semble que l'ensemble des données d'une transaction liée sont susceptibles d'intérêt pour une comparaison, s'il n'existe pas d'alternative¹¹⁸⁶.

¹¹⁸¹ Il s'agit là de la question centrale du « problème Google » de répartition du chiffre d'affaires mondial en fonction des lieux de signature des contrats, par opposition au lieu de service de la clientèle.

¹¹⁸² 7.27. : « *Le paiement des services rendus à une entreprise associée peut être inclus dans le prix d'autres transferts. Par exemple, le prix de la cession d'une licence portant sur un brevet ou sur du savoir-faire peut inclure un paiement au titre de services* ». V. également 7.24 : « *la nature du service rendu peut exiger une méthode d'imputation indirecte* » exigeant de quantifier « *de manière approximative ou sur la base d'une estimation la quote-part de la valeur de l'avantage procuré aux sociétés concernées* ».

¹¹⁸³ 7.26. : « *il se peut fort bien que l'entreprise à laquelle un service est facturé n'ait pas fait de rapprochement entre la facturation et le service rendu. Dès lors, le risque de double imposition est plus grand, parce qu'il peut être plus difficile de déterminer une déduction au titre des dépenses encourues pour le compte de membres du groupe si la rémunération ne peut être directement identifiée, ou parce que le bénéficiaire du service pourra éprouver des difficultés à prouver que les sommes versées sont déductibles s'il n'est pas en mesure de démontrer que des services ont été rendus* ».

¹¹⁸⁴ 2.147. : « *Lorsqu'on ne dispose pas de transactions comparables sur le marché libre d'une fiabilité suffisante pour étayer la répartition des bénéfices combinés, il faut se tourner vers des données internes... Elles seront fréquemment extraites de la comptabilité analytique ou de la comptabilité financière du contribuable* ». Egalement, 2.148 : « *Par exemple, lorsque l'on utilise une clé de répartition basée sur les actifs, celle-ci peut s'appuyer sur les données extraites du bilan des parties à la transaction. Il est fréquent ... qu'un certain travail analytique soit nécessaire pour que le contribuable établisse un bilan « transactionnel* ».

¹¹⁸⁵ 2.150.

¹¹⁸⁶ Prenons un exemple : soit un secteur de l'économie composé de différents sous-secteurs. Et soit un groupe en situation de quasi-monopole sur l'un de ces sous-secteurs. Nous avons vu que la comparaison doit alors être tentée avec des opérateurs d'autres secteurs. Supposons à présent que cette piste n'est pas praticable, parce que le secteur analysé se présente d'une manière nouvelle : songeons par exemple à un opérateur de la nouvelle économie dont le modèle d'affaires est nouveau.

Dans une telle situation, il serait vain de mener toute analyse de prix de transfert si l'on s'interdisait de comparer le quasi-monopole sous-sectoriel, et donc les flux internes qui l'animent, avec d'autres quasi-monopoles sous-sectoriels. Ce serait reconnaître l'incomparabilité de certaines transactions et cela constituerait un défi à l'universalité du principe de pleine concurrence, qui doit postuler que les transactions ne sont jamais totalement incomparables les unes aux autres.

Nous pensons donc que la contradiction est levée en admettant de comparer, dans notre exemple, des quasi-monopoles relevant de sous-secteurs distincts. On pourra par exemple comparer entre eux les modes d'allocation de ressources que pratiquent les différents opérateurs de la nouvelle économie à l'égard de leurs entités territoriales. Ces opérateurs disposent tous de cellules de production très centralisées (serveurs de traitement, centres de développement) et d'unités réparties dans le monde, auxquelles il est difficile d'attribuer un chiffre d'affaires. Mais comme cette difficulté est commune à tous les opérateurs, nous estimons que la comparaison entre eux devient possible. Par exemple, pour un opérateur de distribution disposant d'entrepôts répartis, un chiffre d'affaires par entrepôt existe et le chiffre d'affaires de

A ce point du raisonnement, nous pouvons réintroduire la logique coopérative, puisqu'elle supprime tout enjeu au problème que nous avons jusqu'ici regardé avec un pur esprit de rectification. Dans ce cas, non seulement il devient évident que la coopération apporte un gain d'efficacité dans la détermination des transactions pertinentes et de leur prix, mais il n'y a plus matière à débat : des parties désireuses de coopérer admettront spontanément les données pertinentes y compris s'il s'agit des données de comparaison interne à un groupe, parce que la logique de coopération permettra à chacune d'entre elle de réguler l'usage de ces données en ne lui donnant pas une importance excessive. Le critère de pertinence qui se trouve au centre de la comparabilité, et qui sert à réconcilier l'observation avec l'approche théorique de la pleine concurrence, est d'autant mieux servi qu'il reçoit l'assentiment de la partie susceptible de le mettre en cause.

*

En définitive sur ce point, la logique coopérative permet de surmonter les difficultés pratiques mais aussi les points de doctrine en apparence les plus épineux de la réglementation des prix de transfert.

*

* *

Pour optimiser la comparaison, ou pour assurer la convergence entre l'observation pratique et le référentiel théorique, la coopération entre les parties fait plus que suppléer la régulation de type contentieux. Elle modifie les conditions mêmes de l'équilibre et fait tendre sa détermination vers une logique coopérative de la régulation des prix de transfert.

la fonction de distribution du groupe correspond au chiffre d'affaires consolidé des différents entrepôts. La corrélation entre la présence territoriale et le chiffre d'affaires des entités est alors très forte. La même corrélation doit pouvoir se retrouver pour un opérateur agissant dans l'hébergement temporaire ou le service à la personne, rémunéré par une commission assise sur un chiffre d'affaires que l'on peut rattacher à un territoire. A l'inverse, des réseaux sociaux de partage de contenus, dont la mécanique est plus centralisée encore, pourront être comparés à un opérateur de service de recherche en ligne : dans ce cas, le chiffre d'affaires est plus difficile à rattacher à des territoires sauf au travers du nombre de participants au réseau par territoire. Admettre notre hypothèse permet d'envisager des comparaisons entre des entités économiques qui, sinon, défient l'analyse des prix de transfert et leur régulation par les autorités publiques, qu'elles relèvent de la fiscalité ou même du droit de la concurrence.

CONCLUSION DE LA SECTION

Le contribuable comme l'administration bénéficient, dans le cadre de la coopération, de gains mesurables et mutuels. L'équilibre non coopératif est en effet sous-optimal, puisque lui manque l'information nécessaire à l'optimum de marché en situation d'incertitude causée par la complexité des prix de transfert.

Corrélativement, la coopération apporte l'équilibre de marché définissant la réalisation du principe de pleine concurrence. La prise de conscience, par les acteurs, d'un tel avantage à l'échange peut suffire à déclencher des formes concrètes de coopération, fruits de leur rationalité propre, en infléchissant leur calcul économique, y compris lorsqu'ils sont en situation de compétition entre eux.

CONCLUSION DU CHAPITRE

Le présent chapitre nous a permis de mesurer l'étendue du principe de pleine concurrence comme principe de régulation coopérative des prix de transfert. C'est une conséquence de l'intuition de Mitchell B. Carroll, et de ses collègues qui ont poursuivi le but de construire un cadre fiscal de neutralité pour les échanges, que de faire reposer ce cadre sur un principe propice à la coopération.

A cet égard, l'analyse économique montre que l'esprit de coopération propre au principe de pleine concurrence est précisément l'outil de production des informations indispensables à la construction de l'équilibre économique de neutralité. L'incitation des acteurs à la coopération est donc intrinsèque au modèle, parce que leur intérêt converge vers cette coopération.

Certes, l'économie ne précise pas les formes de coopération non plus qu'elle n'apporte la norme univoque de construction du cadre de régulation. Mais l'approche économique démontre la nécessité d'une telle norme et justifie le statut du droit en matière de régulation des prix de transfert, tant pour la définition des normes de rectification que pour la référence de pleine concurrence, ce qui répond en partie à notre question centrale. L'analyse économique révèle en outre l'unité profonde du principe de pleine concurrence au-delà des deux composantes qui ressortent de la lecture de l'article 9 § 1 : la définition claire d'une référence de pleine concurrence introduit, pour les acteurs, un mécanisme de révélation de leur intérêt à coopérer qui sert le principe de rectification.

Le problème suivant consiste à déterminer le périmètre optimal et la forme de coopération entre les acteurs. Il sera l'objet de notre prochain et dernier chapitre.

CHAPITRE 2. LE DROIT DE LA COOPERATION EN MATIERE DE PRIX DE TRANSFERT

Dans la dialectique entre le principe international de pleine concurrence et le principe de rectification par le droit des Etats, on pourrait penser que le second progresse. La réforme fiscale américaine de fin 2017 est communément regardée comme une illustration de ce mouvement¹¹⁸⁷. Le projet BEPS sur lequel nous allons ici nous arrêter donne même à penser que ce mouvement est encouragé par les organisations internationales, y compris l'OCDE¹¹⁸⁸.

Deux tendances se font jour : l'une en faveur de la coopération fiscale et de la prévention des comportements de passager clandestin de certains Etats ; l'autre en faveur d'une restauration de la souveraineté des autorités fiscales, tendance en elle-même hétérogène puisque ces souverainetés sont concurrentes. On peut donc voir dans le mouvement général la promesse de réformes de fond et d'harmonisation¹¹⁸⁹ ou une tendance plus modeste.

Selon cette deuxième interprétation, qui est la nôtre, l'encouragement à lutter contre l'évasion fiscale émanant des organisations internationales reste une déclaration d'intention car ces organisations ne disposent pas du consensus leur permettant de modifier la substance des règles fiscales. La compétition fiscale resterait la règle, mais les organisations internationales parviendraient progressivement à la rendre plus transparente. L'échec relatif,

¹¹⁸⁷ V. par ex. BILLARD-MOALIC, Rosemary, COLLET, Michel, MILHAC, Edouard, *La réforme fiscale américaine : cadeau de Noël !*, Option Finance, 18 décembre 2017 ; LEPARMENTIER, Arnaud, *Les gagnants et les perdants de la réforme fiscale de Donald Trump*, Le Monde, 20 décembre 2017. La réforme de la fiscalité internationale doit rapporter 324 Md\$ sur dix ans et s'inscrit dans une réforme plus vaste censée procurer un total de 1450 Md\$ d'avantage fiscal aux contribuables. Le principe d'imposition mondiale à l'IS est abandonné au profit d'une imposition territoriale assortie d'une exonération des dividendes versés par des filiales étrangères (détenues à 10% au moins) à une mère américaine. Le taux de l'IS passe à 21% en 2019. Le report en arrière et abandonné et le report en avant plafonné à 90% du revenu de l'année d'imputation. La déductibilité des charges financières est limitée à 30% de l'EBITDA (les intérêts excédentaires sont reportables en avant), et une société américaine membre d'un groupe ne peut déduire d'intérêt correspondant à une dette excédant 110% de l'EBITDA du reste du groupe. Les actifs logés à l'étranger par les multinationales, estimés à 2900 Md\$, sont imposés forfaitairement à 15,5% lorsqu'il s'agit d'actifs liquides et à 8% pour les actifs non liquides. La cotisation d'impôt correspondante peut être fractionnée sur 8 ans et donne lieu à un crédit d'impôt sur l'IS de l'année. Le profit normal aux Etats-Unis est rehaussé et devrait rapporter 150 Md\$. Une retenue à la source sur les redevances versées dans les territoires à fiscalité privilégiée (112 Md\$) et un régime de faveur est instauré au profit des redevances versées aux Etats-Unis. En revanche, le projet d'imposition à 20% des importations intragroupes a été abandonné au profit de la taxe anti-érosion fiscale et anti-abus. Applicable aux sociétés américaines dont le chiffre d'affaires excède 500 M\$ et dont la part des dépenses intergroupes déductibles hors achats de marchandises dépasse 4% des dépenses déductibles, la taxe vise à limiter l'effet des crédits d'impôt étrangers. Elle est égale à la différence entre, d'une part, 10% de la base imposable de la société augmentée des flux intragroupes et, d'autre part, le montant de la charge fiscale effective de la société, après réintégration des crédits d'impôt étrangers.

¹¹⁸⁸ TUROT, Jérôme, *La liberté de gestion des entreprises entre enfer et paradis (et plus près de l'enfer)*, Droit fiscal n° 27, 6 Juillet 2017, comm. 378, 2017.

¹¹⁸⁹ Cf. position de Pascal Saint-Amans, représentant de l'OCDE, dans SAINT-AMANS, Pascal, JACQUES, Thomas, *Les perspectives de la fiscalité internationale*, in Actes du colloque du CEFEP du 29 juin 2017 : « Où va la fiscalité internationale ? », Droit fiscal n° 39/2017, étude 474, 2017.

au printemps 2018, des travaux de l'OCDE sur l'établissement stable numérique illustre cette discordance, également marquée en Europe par l'absence de débouché prévisible du projet ACCIS. Comme nous l'avons supposé au début de cette étude, la compétition fiscale mondiale est une toile de fond intangible et non un objet de politique internationale.

Nous essayerons de démontrer cette hypothèse dans le présent chapitre. Il s'agira d'établir que l'évolution du droit international tend vers une compétition fiscale loyale mais non pas vers l'harmonisation fiscale. Nous verrons alors que les organisations internationales libre-échangistes participent au mouvement et s'attachent à défendre le principe de pleine concurrence-neutralité, et que les Etats ont une responsabilité propre dans l'édification d'un cadre efficace.

A ce point, toutefois, deux chemins se présentent. La compétition loyale peut en effet être promue par une obligation de coopération, imposée aux acteurs et notamment aux entreprises (Section 1), ou par l'édification d'une régulation coopérative des prix de transfert (Section 2).

SECTION 1. LA COOPERATION IMPOSEE

La pratique de législations internes anti-abus semble encouragée par les organisations internationales, comme le montrent le paquet de mesures de l'Union européenne¹¹⁹⁰ ou les prolongements européens du projet BEPS¹¹⁹¹ que constituent les directives ATAD 1 et 2¹¹⁹².

Il ne fait pas de doute que ces évolutions participent à une volonté de régulation face à problème systémique. Pour l'OCDE, par exemple, « *les pratiques de BEPS ne découlent pas de la fragilité d'une règle fiscale isolée* » mais tiennent à deux autres facteurs décisifs : l'absence d'harmonisation fiscale, « *et l'absence quasi généralisée de données pertinentes à l'échelle des administrations fiscales et des gouvernements* » ; deux facteurs qui agissent, l'un, comme une incitation à l'évasion fiscale, l'autre, comme un facteur d'irresponsabilité, faute de données pertinentes de comparaison¹¹⁹³.

¹¹⁹⁰ Cf. MAITROT DE LA MOTTE, Alexandre, *La réaction de l'Union européenne : le « paquet de mesures contre l'évasion fiscale »*. Actes de colloque *La gestion fiscale des groupes de sociétés - Droit fiscal 49/2016* étude 631. : « *Contre l'évasion fiscale internationale, à angle droit de la décision CJCE aff. C-270/83 du 28 janvier 1986, Commission c/ France qui reconnaissait pour la première fois l'applicabilité générale des libertés de circulation en matière fiscale, la Commission a installé en 2013 une « Plateforme pour la bonne gouvernance dans le domaine fiscal, la planification fiscale agressive et la double imposition » (Comm. UE, déc. 23 avril 2013 : Doc. COM(2013) 2236). La commission Juncker a fait de la lutte contre l'évasion fiscale l'une de ses priorités par deux communiqués de presse dès 2015 (Comm. UE, Communication sur la transparence fiscale afin de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales : Doc. COM(2015) 136, 18 mars 2015 ; Comm. UE, Un système d'imposition des sociétés juste et efficace au sein de l'Union européenne : cinq domaines d'action prioritaires : Doc. COM(2015) 302 final, 17 juin 2015). Elle a ensuite présenté le 28 janvier 2016 un paquet fiscal qui s'est concrétisé par plusieurs directives adoptées en 2016* ».

¹¹⁹¹ FOUQUET, Olivier, *Les difficultés du contrôle fiscal des entreprises en France et ses améliorations possibles*, Revue française de Finances publiques, n°138-04, mai 2017 : « *Dans la continuité du projet BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) de l'OCDE, la Commission européenne propose un projet de directive obligeant les entreprises internationales opérant en Europe, qu'elles aient leur siège dans un État membre ou qu'il s'agisse des filiales européennes de sociétés ayant leur siège dans un État tiers, à communiquer publiquement les profits réalisés et les impôts payés dans chaque État européen où elles opèrent, et même à publier les données fiscales des paradis fiscaux où elles sont présentes. Il s'agit d'une mesure de transparence dont les effets à moyen terme sont, pour le moment, difficiles à apprécier* ».

¹¹⁹² Cf. SAINT-AMANS, Pascal, JACQUES, Thomas, *Les perspectives de la fiscalité internationale*, in Actes du colloque du CEFEP : *Où va la fiscalité internationale ?*, Droit fiscal n° 39/2017, étude 474, 2017. La Directive du Conseil de l'Union européenne de 2017 (« ATAD 2 ») prend en compte les dispositifs hybrides en matière de filiales et de succursales ainsi que les asymétries de qualification (*hybrid mismatches*). Selon Thomas Jacques, représentant de la Direction de la législation fiscale au colloque, elle entre à ce titre dans les projets que l'UE mène de façon concertée avec l'OCDE. Toutefois, « *l'Union européenne poursuit également un agenda propre* ». Les directives ATAD, l'échange de rulings et le reporting pays par pays, ainsi que le renforcement de l'arbitrage illustrent le premier mouvement : « *pour l'avenir, même s'il y aura encore au moins une directive relative à la déclaration des montages..., l'intégration du plan BEPS au sein de l'Union se fera sous des formes différentes, comme la création d'une liste européenne des juridictions non-coopératives* ». Le mouvement propre est illustré par l'exemple du « *rapport pays par pays public*. Ce projet, qui n'avait pas pu aboutir en France, avance désormais dans le cadre de l'Union européenne. Enfin, le dernier sujet propre à l'Union européenne est le projet d'assiette commune puis consolidée de l'impôt sur les sociétés. Il s'agit d'un débat récurrent, désormais ancien, que la Commission a réactivé avec une nouvelle proposition de directive en 2016. Les discussions sont ardues car il n'y a pas d'accord préalable dans le cadre international... ».

¹¹⁹³ OCDE, *Exposé des actions 2015, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, www.oecd.org/fr/fiscalite/beps-expose-des-actions-2015.pdf, 2015, Préface : « *5. Le rapport intitulé Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, publié en 2013, concluait que les pratiques de BEPS ne découlent pas de la fragilité d'une règle fiscale isolée, mais sont rendues possibles par une conjonction de*

Le doute nous paraît en revanche permis sur l'effet de ce type de mesure au regard de la régulation des prix de transfert. Par exemple, la France a pris, à la suite des premières réunions du G20 à la fin des années 2000, des orientations de nature à encadrer strictement les relations avec les juridictions non coopératives, ce qui implique à la fois de faire la transparence sur les pratiques fiscales impliquant ces territoires mais aussi de durcir le régime fiscal des opérations correspondantes¹¹⁹⁴. Ce double objectif est possible à l'échelle nationale, mais le cadre multilatéral ne permet pas d'organiser de sanction collective.

La réponse des autorités mondiales aux effets systémiques de la compétition fiscale se dédouble donc pour prendre deux formes : l'une qui touche à la transparence des opérations et des pratiques, notamment par l'échange d'information entre Etats ; l'autre qui prévoit une adaptation des règles fiscales. Parmi ces deux éléments de réponse, seul le premier peut sembler pouvoir relever du niveau multilatéral, tandis que le second suppose un pouvoir normatif réel.

Il faut donc examiner deux questions. Premièrement, y a-t-il une tendance consensuelle au durcissement de la régulation des prix de transfert au prix, si nécessaire, d'une réduction de la liberté de gestion ? Cette question ne peut être valablement traitée qu'à l'intérieur d'un ordre normatif et nous verrons, en examinant successivement la législation française et la politique européenne de contrôle des aides d'Etat, qu'une réponse affirmative est possible (§1.).

Deuxièmement, quel est le sens et la portée de l'action des organisations multilatérales, et en particulier de l'OCDE ? Le cadre multilatéral ne peut en lui-même structurer un ordre normatif complet mais, comme on l'a vu, une organisation qui suit la pente du libre-échange tend à exercer une force proactive en faveur d'une compétition fiscale loyale

facteurs. Des réglementations et législations fiscales nationales insuffisamment harmonisées entre différents pays, des standards internationaux qui n'ont pas toujours évolué au rythme des changements de l'environnement économique mondial, et l'absence quasi généralisée de données pertinentes à l'échelle des administrations fiscales et des gouvernements sont autant de facteurs qui se conjuguent et permettent aux contribuables d'élaborer des stratégies de BEPS. La disponibilité de pratiques fiscales dommageables a aussi été identifiée comme un élément clé ».

¹¹⁹⁴ Tel est l'objet des dispositions de l'article 238-0 A du CGI, introduites fin 2009. Cet article détermine les conditions de détermination d'une liste d'Etats et territoires non coopératifs. Il prévoit la constitution d'une liste d'Etats et territoires non coopératifs avec lesquels les échanges économiques sont rendus plus compliqués par des règles de taxation alourdies. A l'origine, étaient considérés comme non coopératifs les Etats et territoires non membres de la Communauté européenne dont la situation au regard de la transparence et de l'échange d'informations en matière fiscale avait fait l'objet d'un examen par l'Organisation de coopération et de développement économiques et qui, à cette date, n'avaient pas conclu avec la France une convention d'assistance administrative permettant l'échange de tout renseignement nécessaire à l'application de la législation fiscale des parties, ni signé avec au moins douze Etats ou territoires une telle convention. Par la suite, la liste ainsi déterminée est mise à jour en fonction de la conclusion d'accords, des modalités de l'échange rendu obligatoire (notamment l'échange automatique), et de l'effectivité de l'échange de renseignement.

et donc des options collaboratives en matière de régulation des prix de transfert. L'absence de pouvoir juridique contraste ici avec une réelle créativité en vue de l'élaboration des normes futures de régulation (§2.).

§ 1. DURCISSEMENT DES REGLES FISCALES

Dans le foisonnement des modifications normatives survenues en France ces dernières années, il convient de chercher celles qui limitent réellement la liberté de gestion pour répondre aux enjeux des prix de transfert.

Un exemple permettra de préciser le problème. Jusqu'en 2015, l'ouverture d'une procédure amiable d'élimination des doubles impositions donnait lieu à une suspension du cours de l'établissement de l'impôt¹¹⁹⁵, c'est-à-dire à un différé de mise en recouvrement. Il s'agissait là d'une mesure plus forte encore que celle du sursis de paiement applicable en cas de réclamation contentieuse. En effet, la suspension du cours d'établissement de l'impôt pouvait donner lieu à la demande d'ouverture de la procédure amiable avant même la mise en recouvrement, et non après, comme une demande de sursis de paiement.

Du point de vue des droits du contribuable, l'interruption du processus fiscal au stade de la liquidation et non après la mise en recouvrement est plus favorable. Elle implique en effet que le contrôle fiscal ne débouche pas sur une réelle modification de l'ordonnancement juridique. Quant aux effets économiques de la mesure, il faut noter que le sursis de paiement n'est octroyé que si le comptable public, personnellement responsable du recouvrement, dispose de garanties financières que les sommes dues pourront bien être collectées, ce qui suppose que le contribuable doit être en mesure de faire immobiliser des fonds et ainsi de supporter des charges financières. Le passage, en 2015, d'un régime de suspension au stade de l'assiette à un sursis de paiement, est donc un recul des avantages de procédure du contribuable.

Mais cela ne signifie pas que l'entreprise y perd en liberté de gestion et que la recherche d'un juste prix de transfert en est contrariée. En effet, la possibilité d'introduire une procédure amiable sans coût avant même que le service ait achevé sa mission d'assiette peut fausser le jeu normal de conciliation administrative, qui a été conçu pour garantir les droits du contribuable. A cet égard, la procédure de contrôle fiscal prend place avant le contentieux et l'intervention d'acteurs que la loi et la pratique administrative chargent d'exercer un nouveau regard sur le dossier, ce qui les responsabilise dans la recherche d'une résolution amiable du différend. Au contraire, si la direction de contrôle fiscal sait que le groupe peut recourir sans frais à la procédure amiable, et que ce recours transfère le dossier à

¹¹⁹⁵ LPF, art. L. 189 A.

l'administration centrale sans affecter ses propres statistiques du contrôle, elle n'a guère d'incitation à la modération.

Il n'est donc pas équivalent d'affirmer qu'une mesure est favorable aux contribuables et qu'elle sert leur liberté de gestion. D'ailleurs, saisi sur la question de savoir si l'abrogation des anciennes dispositions de l'article L. 189 A du LPF était de nature à causer une atteinte contraire aux droits du contribuable, le Conseil constitutionnel a répondu par la négative¹¹⁹⁶.

La question posée ici concerne donc la recherche des mesures d'autorité qui visent vraiment à affecter la liberté de gestion c'est-à-dire l'assiette de l'impôt ou les garanties de procédure. Il s'agira d'examiner les mesures résultant de la norme ou des pratiques administratives (A). Au-delà du cas français, nous examinerons le problème du contrôle des aides d'Etat par la Commission européenne, qui montre un penchant similaire d'une entité supranationale, disposant d'un pouvoir normatif, à agir dans le domaine de la régulation des prix de transfert (B).

A. Les limitations de la liberté de gestion en droit interne

Le durcissement du principe de rectification peut être illustré par des limitations normatives de la liberté de gestion (1), mais aussi par les pratiques restrictives des autorités de contrôle (2).

1. Les limitations par la loi

Parmi les modifications récentes du droit français, nous pouvons rattacher au mouvement de restriction de la liberté de gestion, en matière d'assiette, la réforme de l'article 212 du CGI¹¹⁹⁷ sur le modèle des limitations existant en droit fiscal allemand¹¹⁹⁸. De même,

¹¹⁹⁶ DC n° 2014-707 du 29 décembre 2014. Le Conseil constitutionnel juge conforme à la Constitution l'article 101, qui supprime à l'article L. 189 A du livre des procédures fiscales la suspension automatique de la mise en recouvrement de l'impôt en cas d'ouverture d'une procédure amiable en vue d'éliminer la double imposition. En effet, contrairement à ce que soutenaient les auteurs de la saisine, cette suppression est sans incidence sur le droit du contribuable à la procédure arbitrale et au recours juridictionnel dès lors « *que l'obligation d'acquitter immédiatement l'impôt qui peut résulter de cette suppression est sans incidence sur le droit, pour le contribuable intéressé, d'en obtenir restitution s'il venait à être établi que le pouvoir d'imposition appartenait à l'autre Etat intéressé* ».

¹¹⁹⁷ Par la loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014. L'article 212 bis limite à 3 M€ ou 25% du résultat fiscal la déductibilité des charges financières.

¹¹⁹⁸ Cf. ISRAEL, Hervé, MATRICON, Hugo, *La lutte contre la fraude et l'évasion fiscale : chronique de l'année 2013*, Gestion & Finances publiques, n°9/10 Septembre-Octobre 2014. « *Cette disposition... s'inspire de la législation allemande, qui limite la déductibilité des intérêts à 30% de l'EBITDA. Elle se démarque du choix effectué par les législateurs belge et italien, qui avaient opté pour la déductibilité d'intérêts notionnels en présence d'investissements en fonds propres* ».

l'obligation pour les sociétés recourant à un montage relevant de l'article 209 B de justifier de la réalité de leurs opérations dans le territoire considéré¹¹⁹⁹ constitue un durcissement du dispositif. Se rattachent au même objectif la limitation de la déductibilité des abandons de créances et la tentative, déjà évoquée, de modification de l'article 57 tendant à inverser la preuve en matière de transfert de bénéfices à l'occasion de restructurations d'entreprises.

De même, au regard de la procédure, la tentative d'extension de la procédure de répression des abus de droit à tous les montages à but principalement fiscal s'inscrit dans le mouvement, quoique cette procédure ne concerne pas que les prix de transfert. Quant aux règles déclaratives, nous relevons la tendance à responsabiliser les tiers à l'entreprise. A cet égard, les sanctions infligées à des personnes autres que le contribuable ne sont pas limitées aux questions de prix de transfert et posent des questions touchant au mécanisme de sanction lui-même¹²⁰⁰ ; mais on peut regarder comme concernant les prix de transfert la tentative d'instauration d'une obligation de déclarer les montages fiscaux par leurs promoteurs¹²⁰¹. Dans la continuité de ces évolutions, il n'est pas à exclure que des réformes restrictives affectent spécifiquement la pratique des prix de transfert dans certains secteurs tels que celui de l'économie numérique¹²⁰². Les projets « *d'établissement stable numérique* » ou de « *taxe Google* » constituent des orientations spécifiques de travail qui pourraient déboucher, s'ils voyaient le jour, sur un corpus spécifique de règles susceptibles d'affecter la liberté de gestion et, plus largement, l'idée d'un principe de pleine concurrence universel.

¹¹⁹⁹ Cf. article 15 de la loi n° 2012-958 de finances rectificative pour 2012.

¹²⁰⁰ Dans ses conclusions sur l'affaire Dom Com Invest (CE n° 419874 du 11 juillet 2018, Société Dom Com Invest, 10e et 9e chambres réunies), consultables sur la base Ariane du Conseil d'Etat, le rapporteur public Aurélie Bretonneau explique que les amortissements locatifs outre-mer ont suscité la création d'un marché d'ingénierie financière susceptible de diluer la responsabilité des contribuables : « *Le besoin s'est donc fait ressentir d'instaurer des amendes fiscales propres à sanctionner le comportement déloyal de tiers autres que le contribuable* ». Dans cette affaire, le Conseil d'Etat transmet au Conseil constitutionnel la QPC tirée de la non-conformité aux garanties résultant de l'article 8 DDHC des dispositions de l'article 1740 A du CGI, en vertu desquelles : « *La délivrance irrégulière de documents, tels que certificats, reçus, états, factures ou attestations, permettant à un contribuable d'obtenir une déduction du revenu ou du bénéfice imposables, un crédit d'impôt ou une réduction d'impôt, entraîne l'application d'une amende égale à 25 % des sommes indûment mentionnées sur ces documents ou, à défaut d'une telle mention, d'une amende égale au montant de la déduction, du crédit ou de la réduction d'impôt indûment obtenu* ». Cette transmission s'inscrit à la suite de la décision du Conseil constitutionnel sur QPC n° 2014-418 du 28 octobre 2014, concernant la pénalité de 100% de l'article 1740 du CGI. Le Conseil constitutionnel déclare cette disposition conforme sous réserve de non-cumul de l'amende avec les sanctions de droit commun pour les mêmes faits, et de restriction aux cas de manquements intentionnels.

¹²⁰¹ Dans le cadre de sa décision DC n° 2014-707 du 29 décembre 2014, le Conseil constitutionnel censure les dispositions tendant à infliger une sanction aux conseils dans le cadre de montages fiscaux.

¹²⁰² V. par ex. TEPER, Frédéric, *Quelle fiscalité pour Internet ? Enjeux pour les États et les opérateurs*, Droit fiscal 39/2013, 439, 2013 ; RENOUX, Vincent, BERNARD, Simon, *Quelle imposition des revenus de l'économie numérique ?*, Droit fiscal n° 39/2017, 477, 2017.

Notons que les possibilités normatives sont à cet égard plus grandes que l'on pourrait le croire. A la lumière des développements de notre première partie, on voit que le principe du for autorise les Etats à redéfinir presque complètement la notion de bénéfice. Le caractère vague de l'article 7 de la convention modèle permet, comme nous l'avons déjà indiqué, d'adopter des définitions totalement arbitraires des notions de produit et de charge, et notamment de prévoir des règles nationales de délimitation des transactions qui s'imposeraient aux groupes sans même recourir directement au dispositif de rectification. L'échec d'une régulation concertée des problèmes de l'économie numérique pourrait donc déboucher sur des mesures unilatérales de découpage territorial du produit des activités des GAFA à l'intérieur du corpus de l'impôt direct, sans qu'il soit besoin d'envisager une fiscalité sur les transactions. On peut ajouter, corrélativement, que la faculté de redécoupage de l'assiette pourrait conduire à élargir le périmètre de l'article 238 A en matière de déduction des charges versées à des entités faiblement taxées sur un autre territoire.

2. Les limitations par une pratique administrative offensive

En matière de contrôle fiscal, la doctrine se plaint parfois de l'insuffisante ouverture de l'administration aux avis extérieurs¹²⁰³, tout en reconnaissant que sa mission est rendue plus difficile depuis les années 1990¹²⁰⁴.

Au-delà de cette question, se pose celle de la stratégie de l'administration fiscale en matière d'interprétation des règles de droit. Nous avons vu, dans la première partie, en matière d'établissement stable et de sous-capitalisation, que le service s'adaptait aux montages en cherchant à ajuster la base légale de ses rectifications au contexte et à la jurisprudence, en

¹²⁰³ FOUQUET, Olivier, LOPATER, Claude, *Le nouvel accès aux comptes consolidés : de nouveaux motifs à redressement fiscal ?*, FR Lefebvre 28/16. Les auteurs proposent de faire publier par la Direction de la législation fiscale une instruction commune avec l'Autorité des normes comptables sur la portée des vérifications en matière de comptes consolidés, et permettre que le vérificateur regarde comme une présomption de correction comptable le fait que la comptabilité sociale coïncide avec le traitement comptable consolidé". En effet, selon Fouquet, "la maîtrise des règles de la comptabilité sociale ne suffit pas à donner à un comptable et a fortiori à un vérificateur la maîtrise des règles de la comptabilité consolidée".

¹²⁰⁴ FOUQUET, Olivier, *Les difficultés du contrôle fiscal des entreprises en France et ses améliorations possibles*, Revue française de Finances publiques, n°138-04, mai 2017. "Il est incontestable que la difficulté du contrôle fiscal s'est considérablement accrue. La globalisation des échanges conduit les entreprises nationales à produire une part importante des biens et services à l'étranger. L'économie numérique pose le problème de la non-coïncidence du lieu d'où sont rendues les prestations et du lieu où elles sont consommées, susceptible de faire obstacle à l'imposition d'un bénéfice qui n'est pas juridiquement en France, même s'il est réalisé dans notre pays. Elle pose également le problème de l'assujettissement à la TVA des biens et prestations qui sont fournis par voie numérique par des opérateurs étrangers".

fonction de l'opinion que se fait l'administration de la situation économique et de l'esprit de la loi.

Les débats lors d'un colloque sur la gestion fiscale des groupes de sociétés¹²⁰⁵ en montrent le mécanisme. Au cours d'une table ronde, une responsable du contrôle fiscal rend compte d'une question qui se présente à ses services au sujet de la refacturation des dépenses de recherche. La question porte sur la détermination du montant de coût qu'une société française doit refacturer à une société liée lorsque sa charge effective a été allégée par le bénéficiaire du crédit d'impôt recherche. Elle a, depuis, fait l'objet d'une décision du Conseil d'Etat dans l'affaire Philips¹²⁰⁶, qui donne tort à l'administration en jugeant que la déduction des sommes reçues à titre de crédit d'impôt recherche du montant refacturé à une société liée ne constitue pas, par elle-même, une modalité de transfert de bénéfices¹²⁰⁷. Nous nous séparons d'ailleurs de cette décision, à la lumière des développements de notre première partie sur la question de l'avantage par nature à raison d'une renonciation à produit. En effet, la notion de produit met en cause l'articulation entre les règles fiscales et comptables, qui malgré son apparence contingente¹²⁰⁸ ne peut pas autoriser les entreprises à délimiter leurs produits à discrétion selon la rédaction de leurs contrats, mais doit prendre en compte la primauté de la substance économique sur la forme contractuelle¹²⁰⁹. Dans cette perspective, le crédit d'impôt recherche constitue un produit distinct qui ne se confond pas avec celui né de la refacturation de charges à des entités liées, et une société consent un avantage lorsqu'elle renonce à ce produit en l'imputant sur celui de la refacturation¹²¹⁰.

¹²⁰⁵ BRUN, Marie-Christine, OLLEON, Laurent, *Table ronde sur la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales*, Actes du colloque *La gestion fiscale des groupes de sociétés* Droit Fiscal 49/2016.

¹²⁰⁶ CE n° 405779 du 18 septembre 2018, Min. c./ Sté Philips France, 8e et 3e ch. réunies, rapp. E. Petitdemange, concl. R. Victor. La société cédait à sa mère néerlandaise les droits incorporels sur des brevets développés en France en contrepartie d'une rémunération fixée par cost + 10%. Dans la détermination de ce coût, la société déduisait le montant du crédit d'impôt recherche reçu à l'occasion du développement des brevets en cause. La CAA de Versailles avait fait droit à son appel contre un jugement défavorable du tribunal administratif, en relevant qu'à défaut de comparaison avec le prix de prestations similaires réalisées par des tiers indépendants, le ministre n'avait pas établi de présomption de transfert de bénéfices.

¹²⁰⁷ *Ibid.* Dans son pourvoi, le ministre tentait d'opposer à la société la logique de la méthode du coût de revient majoré, qui implique la prise en compte des coûts directs et indirects, c'est-à-dire de l'ensemble des charges exposées à l'occasion du développement des incorporels litigieux. Le Conseil d'Etat juge qu'à défaut de définition, dans le contrat entre les deux entités du groupe Philips, du coût à retenir pour l'application du cost plus, la déduction du crédit d'impôt recherche ne peut être regardée par elle-même comme une modalité de transfert de bénéfice.

¹²⁰⁸ BOKDAM-TOGNETTI, Emilie, *Le juge fiscal face à la règle comptable : la connexion fiscal-comptable ne serait-elle, au fond, qu'une forme d'union libre ?*, Revue française de Finances publiques, n°138-04, mai 2017.

¹²⁰⁹ JAUNE, Renaud, *Accounting and Taxation : France*, in GRANDINETTI, Mario (Dir.), *Corporate Tax Base in the Light of the IAS/IFRS and EU Directive 2013/34*, Wolters Kluwer, pp. 101-114, 2016.

¹²¹⁰ Par cohérence avec le raisonnement que nous avons suivi en examinant la décision Huileries Réunies, étant précisé que, s'agissant du crédit d'impôt recherche, il n'y a aucun doute sur son rattachement à l'activité en France.

Toutefois, au lieu que le débat porte sur cette question d'interprétation, l'échange verbal de la table ronde se place d'emblée sur la réponse à apporter à l'évasion fiscale que constituerait le fait que des groupes localisent en France des filiales de recherches sous-rémunérées¹²¹¹. S'ensuit une discussion sur l'esprit respectif du crédit d'impôt recherche et de la législation des prix de transfert, dont il ressort que l'administration entend justifier ses rectifications sur le terrain de l'avantage par comparaison en recourant à la MTMN¹²¹². Le service donne donc l'apparence aux contribuables que le contrôle fiscal ne tend pas seulement à la vérification des écritures, mais à la mise en œuvre d'une orientation de politique fiscale de limitation des abus de gestion, au risque d'entretenir la méfiance mutuelle évoquée ci-dessus.

Toujours sur le terrain de la pratique administrative, mais cette fois envisagée de manière comparée au travers des procédures amiables d'élimination des doubles impositions, nous constatons des pratiques globalement restrictives de la part des Etats en matière d'élimination des doubles impositions nées du contrôle des prix de transfert¹²¹³, même si la France se comporte nettement mieux que la moyenne. Le diagnostic qui apparaît à l'examen des statistiques publiées par l'OCDE est que le nombre de nouveaux dossiers augmente partout. Le nombre de nouveaux cas au Royaume-Uni passe ainsi de 60 en moyenne jusqu'à 2011 à plus de 100 à partir de 2014. Aux Etats-Unis, il passe d'environ 300 à environ 350 nouveaux cas par an, entre avant et après 2011. En France, plus de 150 affaires nouvelles par an sont enregistrées depuis de 2008, contre 100 environ par an au titre de la période

¹²¹¹ BRUN, Marie-Christine, OLLEON, Laurent, *Table ronde sur la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales*, Actes du colloque *La gestion fiscale des groupes de sociétés* Droit Fiscal 49/2016. Pour Marie-Christine Brun, « ce sont des entreprises qui en France sont structurellement déficitaires et nous considérons que, dans ces conditions, elles n'ont pas à être déficitaires puisqu'elles font de la recherche, une activité à haute valeur ajoutée et qu'elles doivent être rémunérées sur la base de prestations qu'elles rendent. Nous effectuons des rectifications sur le fondement de l'article 57 du CGI en considérant que les montants refacturés ont été minorés à tort du CIR dont la société française a bénéficié ».

¹²¹² *Ibid.* Laurent Olléon se montre sceptique : « Pourquoi l'Etat octroie-t-il ces avantages ? Pour encourager la recherche en France. Quand la société française qui fait de la recherche pour le reste du groupe tient compte de cette "carotte fiscale" et du coût net que représente pour elle l'effort de rechercher pour calculer la base de refacturation aux autres sociétés du groupe, je ne suis pas sûr que cela soit condamnable ». Marie-Christine Brun répond : « Nous pouvons être amenés à remettre en cause les prix de transfert sur le fondement de l'article 57 du CGI lorsque nous constatons qu'une entité française est structurellement déficitaire en raison des prix qu'elle pratique, alors même qu'elle exerce une activité fortement rentable. D'une manière générale, dans le domaine des prix de transfert, nous recherchons des comparables, et c'est notamment en fonction de nos études de comparables que l'on apprécie le niveau de marge nette ou brute d'une société, et si cette société aurait dû avoir une rémunération supérieure ».

¹²¹³ Cf. GIBERT, Bruno, MEDARD, Pascal, *La résolution des conflits : les procédures amiables et l'arbitrage*, Droit fiscal n° 39/2017, n°473, 2017.

précédente. La tendance reste d'ailleurs croissante après 2008, même si le nombre d'affaires nouvelles reflue légèrement à partir de 2014 après un pic de 216 en 2013.

En face de ces flux, les Etats ne mettent généralement pas des moyens suffisants de réponse, en effectifs et en compétence, à l'exception notable de la France qui présente sur ce point les meilleurs résultats¹²¹⁴. La France consent en effet des efforts substantiels en matière de gestion des procédures amiables, ce qui se ressent dans ses statistiques en particulier depuis qu'elle s'est dotée d'un service dédié à la gestion des prix de transfert¹²¹⁵ suite au rapport de la mission de l'Inspection générale des Finances sur les prix de transfert confiée à Nicolas Colin¹²¹⁶. Partout ailleurs, le nombre d'affaires en stock augmente de manière continue¹²¹⁷. Surtout, l'approche spontanément coopérative reste minoritaire : l'activité des Etats qui maintiennent un taux de couverture correct s'effectue prioritairement sur les dossiers susceptibles d'entrer en phase d'arbitrage obligatoire¹²¹⁸, ce qui traduit une volonté des administrations de garder le contrôle des dossiers et des recettes qui en résultent¹²¹⁹.

¹²¹⁴ *Ibid.* Le taux de couverture pour les affaires soumises au mécanisme européen d'arbitrage s'établit à 94% pour la France (48 règlements en 2015 contre 51 entrées), alors qu'il n'est que de 55% pour l'Allemagne (50 règlements pour 91 nouvelles entrées), 66% pour le Royaume-Uni (27 pour 41 entrées), 65% pour les Pays-Bas (mais seulement 13 dossiers réglés et 20 entrées), et à peine 8% pour l'Italie (9 règlements pour 110 entrées).

¹²¹⁵ Il s'agit de la Mission expertise juridique et économique internationale. Cette mission est rattachée au chef du service juridique de la fiscalité de la Direction générale des finances publiques. Elle fusionne les moyens de gestion centrale des prix de transfert auparavant répartis entre la Direction de la législation fiscale, pour la gestion des procédures amiables (bureau E1), et le Service du contrôle fiscal, pour les accords préalables de prix de transfert.

¹²¹⁶ INSPECTION GENERALE DES FINANCES, *Note de la Mission de comparaisons internationales sur la lutte contre l'évasion fiscale via les échanges économiques et financiers intra-groupes*, établie par COLIN Nicolas, PAINAULT Pascal, MASON-SCHULER Nathanael, sous la supervision de AUVIGNE François, <http://www.economie.gouv.fr/files/2013-note-IGF-evasion-fiscale.pdf>, 2013.

¹²¹⁷ Selon les statistiques de l'OCDE, il dépasse 100 au Royaume-Uni en 2007, 150 en 2013 et 200 en 2015. En France il dépasse 250 dès 2006, 400 en 2009 et 550 en 2014. Aux Etats-Unis, le stock s'établit à 500 en 2007, à 700 en 2013 et 1000 en 2016.

¹²¹⁸ Conformément au modèle de convention de l'OCDE, les conventions bilatérales peuvent prévoir un mécanisme d'arbitrage obligatoire en matière de procédures amiables. Par ailleurs, en Europe, le mécanisme de la Convention européenne d'arbitrage du 23 juillet 1990, entrée en vigueur le 1er janvier 1995, prévoit une procédure encadrée dans un délai de 42 mois, soit 24 mois pour la procédure bilatérale, 6 mois pour la constitution de la commission arbitrale, 6 mois pour l'émission de l'avis de cette dernière, et 6 mois pour la décision des autorités compétentes. Le mécanisme européen de règlement des différends est amélioré pour permettre, lors de la phase d'arbitrage, la mise en œuvre d'un mécanisme alternatif s'il est plus efficace.

¹²¹⁹ Les administrations ne sont pas automatiquement désaisies du dossier en phase d'arbitrage. Elles peuvent en effet désigner un représentant au sein de la commission arbitrale. Par ailleurs, et surtout, elles conservent la faculté de régler le dossier par la voie amiable classique durant toute la phase arbitrale.

B. L'encadrement de la compétition fiscale par le droit européen

1. Le régime de contrôle des aides d'Etat et les prix de transfert

Le recours au régime du contrôle des aides d'Etat en matière de rescrits fiscaux¹²²⁰ a défrayé la chronique de ces dernières années¹²²¹. Ce régime de contrôle de l'action des Etats, aménagé par le règlement d'application de l'article 108 TFUE¹²²², prévoit trois types de décisions de la Commission¹²²³. Il concerne les Etats membres eux-mêmes, et non seulement l'exécutif européen, puisqu'ils doivent exercer leur compétence fiscale dans le respect des grandes libertés garanties par les traités¹²²⁴. Le Conseil d'Etat applique en cette matière le principe d'interprétation conforme et regarde les décisions prises en application du droit communautaire¹²²⁵ comme « *directement applicables dans l'ordre juridique interne* »¹²²⁶. En particulier, en cas d'aide illégale, le juge national ordonne les mesures de récupération de nature à remédier à l'illégalité et à sauvegarder les droits des justiciables¹²²⁷. Enfin, il est évident que toutes les décisions fiscales, y compris les rescrits ou les accords préalables de prix de transfert, constituent des décisions administratives susceptibles d'être contrôlées¹²²⁸.

Mais, si le caractère effectif du contrôle des aides d'Etat ne fait pas question, le caractère adéquat de ce contrôle pour la régulation des prix de transfert laisse place à davantage d'interrogations¹²²⁹.

¹²²⁰ Depuis juin 2014, au moins quatre procédures d'aide d'Etat : contre l'Irlande au titre du *ruling* accordé à Apple, les Pays-Bas au titre du *ruling* de Starbucks (décision SA.38374, enregistré au Tribunal sous numéro T-760/15), le Luxembourg au titre du *ruling* accordé à Fiat Finance and Trade (décision SA.38375, recours de Fiat T-759/15 et du Luxembourg T-755/15), et la Belgique au titre des « *Excess Profit Ruling* ».

¹²²¹ LABRUNE, Nicolas, *De la transmutation de la fiscalité en aide d'Etat et de ce qui s'ensuit*, RJF 7/16.

¹²²² Règlement 2015/1589 du 13 juillet 2015 portant modification du Règlement 659/1999 du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 108 du TFUE.

¹²²³ La décision positive autorise la pratique de l'aide d'Etat. La décision négative l'interdit. Un troisième type de décisions, dites conditionnelles, est possible consistant à assortir l'octroi par la Commission d'une décision positive de conditions « *lui permettant de reconnaître la compatibilité avec le marché commun et d'obligations lui permettant de contrôler le respect de sa décision* » - Article 9, 4.

¹²²⁴ CJCE 14 octobre 1999 off. 439/97, Sandoz GmbH, RJF 2/00 n° 316, CE n° 244671 du 27 juillet 2005, min c/ C., RJF 11/05 n° 1241, concl. L. Vallée BDCF 4/05 n° 136.

¹²²⁵ CE n° 368330, n° 368336 du 13 avril 2016, RJF 7/16 n° 592.

¹²²⁶ Il avait ainsi jugé que l'administration ne pouvait faire application d'une disposition du code général des impôts que la Commission aurait regardé comme une aide d'Etat (CE n° 335552 du 28 décembre 2012, SAS SIA Industrie, RJF 3/13 n° 270).

¹²²⁷ Le délai de prescription est prévu par le règlement d'application de l'article 108. Il est de dix ans à compter des premiers effets de l'aide d'Etat illégale, et se trouve interrompu par toute mesure la modifiant. Il fait l'objet d'une suspension de prescription durant la période d'examen par la Cour de Justice, après décision de la Commission.

¹²²⁸ Cf. en ce sens 15 mars 1994, aff. 387/92, Banco Exterior de España/Ayuntamiento de Valencia : RJF 6/96 n° 761.

¹²²⁹ DE FENOYL, Eric, PELLEFIGUE, Julien, *Rulings fiscaux et aides d'Etat : la fin justifie-t-elle les moyens ?* Bulletin fiscal 5/16, 2016.

Ainsi, pour Eric de Feynol et Julien Pellefigue, les accords préalables de prix de transfert relèvent d'une logique différente des mesures définies comme aides d'Etat¹²³⁰. D'abord, les APP n'occasionnent pas de dépense budgétaire, s'agissant de dépenses fiscales qui portent sur la base taxable et non sur l'impôt payé, et dont l'Etat attend un retour en termes d'emploi et d'investissement¹²³¹. Ensuite, la notion d'avantage contenu dans la définition des aides d'Etat n'est pas toujours perceptible dans les rescrits fiscaux : par exemple, l'APP s'applique sur plusieurs années et s'appuie sur une moyenne d'imposition qui a pour effet de lisser les effets de conjoncture, de sorte que l'avantage n'est pas clair. En troisième lieu, quant au critère de spécificité/sélectivité, les APP peuvent s'appuyer sur une doctrine homogène du principe de pleine concurrence, propre à l'Etat considéré mais commune à tous les opérateurs économiques relevant de sa juridiction sans discrimination, et par conséquent non spécifique à l'entité qui est partie à l'accord.

2. Le contrôle des décisions fiscales par la Commission européenne

Au-delà des arguments de définition, la critique fondamentale d'Eric de Fenoyl et Julien Pellefigue nous semble porter sur la conformité du référentiel de pleine concurrence avec les principes mêmes du marché commun et de la concurrence non faussée.

Ainsi, ils constatent que le recours au test de l'opérateur de marché, inspiré du test de l'investisseur privé indépendant utilisé dans l'étude des aides d'Etat octroyées aux entreprises en difficulté, exprime une prédilection excessive des autorités communautaires en faveur de la méthode CUP¹²³². Le choix de restreindre ainsi les méthodes de prix de transfert admises dans le référentiel de pleine concurrence manifeste, selon les auteurs, un certain dogmatisme de la Commission européenne envers les normes de la jurisprudence, qu'elle présenterait comme une vérité révélée alors que la Cour de Justice s'est elle-même appuyée, au début de son travail jurisprudentiel, sur les travaux de la Commission.

¹²³⁰ *Ibid.* La notion d'aide d'Etat, introduite dès l'article 4c du traité CECA et transportée jusqu'à l'article 107 du TFUE, suppose un avantage accordé par l'Etat ou au moyen de ressources d'Etat affectant la concurrence et les échanges entre les Etats membres et présentant un caractère spécifique ou sélectif en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.

¹²³¹ *Ibid.* : « Il s'agit pour l'Etat concerné d'une arbitrage entre des revenus fiscaux et des investissements en capital privé. la logique à l'œuvre est tout simplement celle de la concurrence fiscale, exactement au même titre que la baisse du taux statutaire d'IS. Il ne s'agit donc pas de favoriser une entreprise particulière ou d'essayer d'intervenir directement dans l'organisation industrielle du pays, mais bien d'attirer les multinationales sur son territoire ».

¹²³² *Ibid.* Selon les auteurs, elle se borne à mettre en œuvre le test du Prudent Independent Market Operator, voisin du test du Market Economy Operator Test décrit dans les lignes directrices d'application des aides d'Etat.

Par ailleurs, ils estiment que l'impact concurrentiel des APP sur les échanges entre les Etats membres n'est pas démontré¹²³³, et que la Commission européenne investit le champ des prix de transfert sans doctrine claire et consensuelle¹²³⁴ c'est-à-dire sans principe de pleine concurrence applicable uniformément aux Etats membres¹²³⁵, aboutissant à censurer des décisions légitimes de politique industrielle sans gain pour la sécurité juridique des acteurs.

Nous ne pouvons nous rallier entièrement à cette analyse.

D'abord, une prémisse du raisonnement mérite d'être reconsidérée : lorsque les auteurs estiment que les ressources de l'Etat ne sont pas consommées par un APP avantageux, du fait que l'avantage fiscal qu'il comporte a pour contrepartie l'espoir d'un supplément d'investissement privé, ils forment une hypothèse forte sur la capacité d'anticipation des Etats. Certes, du point de vue de l'Etat en cause, un tel espoir figure sans doute parmi les motifs (si l'on suppose les décideurs entièrement rationnels, entièrement honnêtes, et entièrement motivés par l'intérêt national sans influence d'intérêts locaux). Mais l'appréciation d'une distorsion concurrentielle implique de comparer la différence de charge fiscale à un moment donné, sans tenir compte des hypothétiques gains de long terme pour la collectivité.

Ensuite, les auteurs contestent à la Commission le droit de réguler la compétition fiscale entre les Etats mais sans examiner le motif profond d'une telle régulation, qui consiste à rétablir la concurrence c'est-à-dire l'égalité de traitement entre les opérateurs. Or, sur ce point, il nous semble difficile de ne pas regarder comme un détournement de trafic commercial la décision fiscale lorsque cette décision explique, par elle-même, que l'acteur choisit tel ou tel territoire.

Enfin, en résultante des deux premiers éléments, si l'on regarde la décision fiscale comme faussant l'équilibre concurrentiel, alors on ne peut pas, à notre sens, la regarder

¹²³³ *Ibid.* D'abord, les multinationales rentables peuvent distribuer à leurs actionnaires tout ou partie de l'avantage fiscal reçu et, dans ce cas, le bénéfice fiscal n'est pas réinvesti dans l'activité et n'affecte pas la concurrence ; ensuite, les multinationales en concurrence entre elles bénéficient toutes d'APP dans des conditions similaires et il n'est pas démontré qu'elles seraient lésées par la pratique des *rulings*.

¹²³⁴ *Ibid.* Par exemple le refus du taux de redevance variable dans l'affaire Starbucks est incohérent avec certaines pratiques des administrations nationales.

¹²³⁵ *Ibid.* : « *comme on peut l'imaginer, fixer un prix de marché théorique lorsqu'il n'existe pas de marché est une tâche particulièrement ardue et qui peut donner lieu à de très larges divergences d'interprétation entre l'entreprise et l'administration. En pratique, le principe de pleine concurrence est si peu clair qu'il crée énormément d'incertitudes pour les entreprises, qui ignorent le plus souvent si leur politique de prix de transfert sera jugée acceptable par les différentes administrations concernées* ».

comme conforme au principe de pleine concurrence envisagé comme une référence normative univoque et non comme une règle contingente.

*

En conclusion sur ce point, on peut rappeler que les montages optimisants présentés dans le cadre d'une demande de rescrit ne sont jamais limités à l'application d'une politique de prix de transfert donnée, mais s'appuient toujours sur une combinaison de montages juridiques faisant appel aux largesses du droit interne, à la discordance des conventions fiscales, et à une politique globale de prix de transfert. Dans ce contexte, le rôle de la Commission européenne s'exerce sur un autre plan que celui où agissent les Etats en matière de régulation des prix de transfert, mais elle agit tout comme eux en qualité de régulateur. Il est donc possible de comparer le but qu'elle poursuit avec celui que poursuivent les Etats.

Or, cette comparaison révèle un résultat équivoque : d'un côté, on peut trouver des exemples d'actions régulatrices allant dans le sens d'une restriction de la liberté économique (liberté de gestion pour les entreprises, liberté de politique fiscale pour les Etats) ; mais d'un autre côté, les motifs du régulateur européen peuvent se rattacher à la promotion du marché. La Commission européenne semble donc suivre, pour l'essentiel et comme l'OCDE, la pente du libre-échange.

§2. CREATION D'OBLIGATIONS NOUVELLES

Nous examinons ici le cas du renforcement du principe de rectification progressent.

Témoignent de ce renforcement :

- plusieurs évolutions de la procédure fiscale¹²³⁶, touchant en particulier aux états financiers objets du contrôle fiscal¹²³⁷ ;

- la création, plus spécifique, d'une obligation documentaire en matière de prix de transfert ;

- la création, nouvelle et, à ce stade, limitée au Royaume-Uni, d'une incrimination pénale en matière de défaut de prévention de l'évasion fiscale.

Sur la base de ces tendances générales, il nous semble que l'on peut identifier deux motifs possibles d'action de la part de l'Etat : soit la création de nouvelles règles tend à équilibrer le rapport entre l'administration et le contribuable en matière d'accès à l'information (A) ; soit, plus largement, la volonté de transférer aux entreprises une parcelle

¹²³⁶ En France, un premier bilan du renforcement des règles fiscales est tiré dès 2014 au vu des évolutions de l'année 2013 : cf. ISRAEL, Hervé, MATRICON, Hugo, *La lutte contre la fraude et l'évasion fiscale : chronique de l'année 2013*, Gestion & Finances publiques, n°9/10 Septembre-Octobre 2014. Ainsi, « une grande majorité des nouveaux dispositifs instaurés par la loi du 29 décembre 2013 est instituée dans une logique préventive et a pour dessein de dissuader les contribuables de recourir à des schémas d'évasion et de fraude fiscales. Ce constat traduit l'essor très récent d'un mouvement en faveur de l'avènement d'une fiscalité dite "administrée" basée sur une "relation de confiance" entre le contribuable et l'administration et qui se veut l'archétype d'un rapport fondé sur le dialogue, la transparence et le pragmatisme desdits acteurs ». La loi de finances pour 2014 crée une obligation de présentation de la comptabilité analytique. La loi de finances rectificative pour 2013 prévoyait à l'article 223 quinquies B une obligation de présenter une version simplifiée de la documentation prévue à l'article L. 13 AA dans les six mois qui précèdent le dépôt de leur liasse fiscale. Les études de comparables ne sont pas à fournir. Le législateur met ainsi en œuvre l'action 12 du programme BEPS, portant sur la communication par les groupes de leurs programmes de planification fiscale agressive, ainsi que l'action 13, relative à la révision des obligations documentaires. Les entreprises devront aussi fournir les rulings obtenus dans d'autres Etats, conformément aux orientations de l'action 13, afin de mettre en place un « système unique et global de reporting fiscal ». Par ailleurs, la loi de finances pour 2013 progresse vers la coopération internationale en prévoyant que les Etats qui ne se sont pas engagés sur la voie d'un échange automatique d'information fiscale au 1er janvier 2016 seront inscrits sur la liste des ETNC.

¹²³⁷ L'article L. 13 du LPF dispose que les agents de l'administration des impôts vérifient sur place la comptabilité des contribuables astreints à tenir et à présenter des documents comptables. Lorsque la comptabilité est tenue au moyen de systèmes informatisés, le contrôle porte sur l'ensemble des informations, données et traitements informatiques qui concourent directement ou indirectement à la formation des résultats comptables ou fiscaux et à l'élaboration des déclarations rendues obligatoires par le code général des impôts ainsi que sur la documentation relative aux analyses, à la programmation et à l'exécution des traitements. L'article 20 de la loi du 8 août 2014 ajoute à ces dispositions que les contribuables autres que les micro-entreprises qui tiennent une comptabilité analytique sont tenus de la présenter dans le cadre de la vérification de comptabilité. Cette obligation s'applique en principe en fonction d'un seuil de chiffre d'affaires (plus de 152,4 M€ pour les ventes et plus de 76,2 M€ dans le cas des prestations de services). Elle est étendue aux entités dont l'actif brut total est supérieur ou égal à 400 M€ à la clôture de l'exercice ainsi qu'aux entités appartenant à un groupe dont une entité au moins dépasse ces seuils. En outre, les sociétés commerciales qui établissent, en application de l'article L. 233-16 du code de commerce, des comptes consolidés sont tenues de les présenter.

de la mission de régulation de l'Etat, ce qui correspondrait à faire entrer les prix de transfert dans le paradigme de la *compliance* (B).

A. Les mesures tendant à équilibrer l'information

Afin de permettre que les administrations disposent de toutes les informations fiscales pertinentes en prix de transfert, des obligations documentaires spécifiques ont vu le jour depuis un peu plus d'une décennie. Leur construction se poursuit afin de permettre un équilibrage du dialogue entre les services fiscaux et les entreprises. Nous tenterons de montrer que cette construction juridique nouvelle n'impose pas seulement des sujétions aux entreprises mais aussi aux administrations, parce qu'elle oriente le début du contrôle fiscal et limite les demandes d'information non pertinentes.

1. L'édification des obligations documentaires

La documentation de prix de transfert est, à l'origine, l'objet du chapitre 5 des lignes directrices de l'OCDE en matière de prix de transfert de 2010. Dans cette édition, les lignes directrices reconnaissent déjà la possibilité, pour l'Etat, de modifier au profit de son administration l'équilibre informationnel¹²³⁸. Corrélativement, il ne s'agit pas de créer des obligations génératrices de coûts pour les entreprises¹²³⁹. Il ne s'agit pas non plus de forcer ces dernières à divulguer des secrets¹²⁴⁰. Ainsi, l'enjeu est non seulement de renforcer l'administration dans son rôle régulateur du principe de pleine concurrence ; mais aussi d'éviter que les services vérificateurs ne compensent un accès insuffisant à l'information par des orientations de travail non pertinentes. Il s'agit donc, de notre point de vue, d'améliorer

¹²³⁸ Lignes directrices 2010, 5.2. : Les lignes directrices précisent à cet égard : « même si la charge de la preuve incombe à l'administration fiscale, celle-ci peut raisonnablement obliger le contribuable à soumettre certains documents concernant ses prix de transfert, parce que, sans informations suffisantes, l'administration fiscale ne pourra pas instruire correctement le dossier ».

¹²³⁹ Ibid. 5.6. : « l'administration fiscale devrait soigneusement veiller à maintenir un juste équilibre entre ses besoins en documentation et le coût et la charge administrative que représente pour le contribuable la création ou l'obtention de ces documents ». V. aussi 5.7. : « si certains des documents susceptibles d'être normalement utilisés pour déterminer un prix de transfert de pleine concurrence à des fins fiscales sont d'un type spécifique, le contribuable ne devrait pas être tenu d'établir ou d'obtenir de tels documents, sauf s'ils sont indispensables pour une vérification raisonnable de la conformité du prix de transfert au principe de pleine concurrence et peuvent être obtenus ou établis par le contribuable sans frais disproportionnés ».

¹²⁴⁰ Ibid. 5.10. : « les administrations fiscales ne devraient pas exiger des contribuables qu'ils produisent des documents qui ne sont pas en leur possession ou sous leur contrôle ou qui ne peuvent pas autrement être raisonnablement obtenus, par exemple des renseignements qui ne peuvent pas être légalement obtenus ou qui ne peuvent pas en fait être obtenus par le contribuable parce qu'ils présentent un caractère confidentiel pour le concurrent du contribuable ou parce qu'ils n'ont pas été rendu publics et ne peuvent pas être obtenus par le biais d'une demande normale de renseignements ou la consultation d'informations du marché ».

simultanément la position de l'administration et le climat du contrôle, ce qui revient à instaurer un état d'esprit coopératif.

Dans ce contexte, les obligations documentaires ne font pas concurrence aux règles de procédure assurant une exacte justification des charges et des produits concourant à la formation des prix de transfert. Par exemple, les lignes directrices laissent à l'appréciation du contribuable le mode de conservation des documents¹²⁴¹, ce qui implique que la constitution de la documentation puisse avoir lieu chaque année ou seulement en cas de contrôle fiscal. Dans le premier cas, les lignes directrices précisent que la documentation doit être plus succincte, et viser à permettre avant tout à l'administration de cibler ses contrôles fiscaux¹²⁴².

En France, l'instauration de l'obligation documentaire¹²⁴³, tout en transposant les principes généraux, s'inscrit dans une réforme d'ensemble. Le projet de loi de finances rectificative pour 2009 comportait en effet des mesures de « *lutte contre les paradis fiscaux* », rebaptisés ensuite « *Etats et territoires non coopératifs* ». Cette évolution sémantique en dit assez sur le sens de la réforme : il s'agissait de promouvoir la coopération fiscale pour la circulation de l'information, en créant des différences de traitement lorsque les opérations sont menées avec des ETNC. L'article 22 de la loi de finances rectificative pour 2009 modifie ainsi pas moins de 27 dispositions dont 22 dans le seul code général des impôts, et à peu près toutes les mesures de fiscalité internationale, notamment les articles 57, 125 A, 155 A, 209 B, 238 A et 244 bis. L'article L. 13 AA du LPF qui instaure l'obligation documentaire précise que la documentation doit être mise à la disposition des services en début d'un contrôle fiscal. Un choix est donc fait en faveur d'une documentation au moment du contrôle, plutôt que d'imposer une obligation générique de documentation permanente.

Dans ce contexte, le dispositif français de 2009 repose sur les règles suivantes :

- une obligation concernant toutes les entités d'un groupe de taille significative, y compris lorsque le siège du groupe est à l'étranger. L'obligation s'applique à tout groupe dont

¹²⁴¹ *Ibid.* 5.5.

¹²⁴² *Ibid.* 5.15. :« *Les administrations fiscales devraient limiter la quantité d'informations demandées au stade de l'établissement de la déclaration d'impôt. A ce moment, aucune transaction particulière pouvant donner lieu à une vérification des prix de transfert n'a été identifiée. Il serait excessif de demander à ce stade une documentation détaillée... Cela risquerait d'entraver les échanges et les investissements internationaux. Les documents dont la production est exigée au stade de la déclaration d'impôt devraient se limiter à ceux qui sont suffisants pour permettre à l'administration fiscale de se faire une idée des contribuables devant faire l'objet d'un examen plus approfondi* ».

¹²⁴³ Le dispositif a été adopté dans le cadre de la loi n° 2009-1674 du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009, dont le projet, pris à la suite du G20 de Londres du printemps 2009, comportait des mesures de « *lutte contre les paradis fiscaux* », rebaptisés ensuite « *Etats et territoires non coopératifs* ».

une entité au moins dégage un chiffre d'affaires ou dispose d'un actif brut qui atteint ou excède 400 M€¹²⁴⁴, ce qui correspond au périmètre de gestion de la direction des grandes entreprises¹²⁴⁵ et au domaine de contrôle de la direction des vérifications nationales et internationales. Lors de l'élaboration de la loi, la question s'est posée de savoir si cette obligation devait être limitée aux groupes dont la société mère a son siège en France. Répondre de manière affirmative aurait instauré une discrimination à rebours au détriment des groupes français, et l'obligation a donc été définie comme symétrique¹²⁴⁶ ;

- deux rapports à produire par les entreprises : la documentation comprend d'une part des informations générales sur le groupe, et d'autre part des données spécifiques à l'entité contrôlée. Conformément aux orientations du forum conjoint sur les prix de transfert de l'Union européenne¹²⁴⁷, ces rapports doivent comporter environ 50 pages, ce qui fournit une substance appréciable tout en n'imposant pas une charge documentaire excessive ;

- une documentation permettant de justifier la politique de prix de transfert. La documentation doit concourir à expliquer les flux de transfert et leur évolution. Elle comprend ainsi une description des montages juridiques, de la répartition des fonctions et risques, des restructurations d'entreprise affectant le groupe avec un ciblage particulier sur l'entreprise objet du contrôle, et bien sûr une explication des méthodes de détermination des prix de transfert retenues.

La liste des informations à produire¹²⁴⁸ peut se ramener à deux grandes rubriques :

¹²⁴⁴ Cf. BOI-BIC-BASE 80-10-20. : L'obligation documentaire créée en France s'applique aux personnes morales établies en France, dont le chiffre d'affaires annuel hors taxe ou l'actif brut figurant au bilan est supérieur ou égal à 400 M €, ou détenant plus de la moitié du capital ou des droits de vote d'une entité juridique dont le chiffre d'affaires annuel hors taxe ou l'actif brut figurant au bilan est supérieur ou égal à 400 M €. Elle s'applique également aux personnes morales dont plus de la moitié du capital ou des droits de vote est détenue, directement ou indirectement, par une entité juridique dont le chiffre d'affaires annuel hors taxe ou l'actif brut figurant au bilan est supérieur ou égal à 400 M €. Cette définition couvre les établissements stables de sociétés étrangères exerçant en France, pour autant que l'établissement stable ou la société satisfasse aux conditions. L'obligation s'appliquait aussi, à l'origine, aux sociétés bénéficiaires de l'agrément au régime du bénéfice mondial et consolidé, supprimé à compter du 6 septembre 2011. Enfin dans le cas d'une intégration fiscale, l'obligation porte sur l'intégrante et toutes les filiales intégrées dès lors que l'une au moins de ces sociétés satisfait aux conditions de chiffre d'affaires ou de volume d'actif.

¹²⁴⁵ Annexe III au CGI, art. 344-0 A.

¹²⁴⁶ Les entreprises concernées doivent tenir à disposition de l'administration une documentation permettant de justifier la politique de prix de transfert pratiquée dans le cadre de transactions de toute nature réalisées avec des entités juridiques liées au sens du 12 de l'article 39. Sur l'élaboration de la loi et la doctrine de l'administration ; V. par ex. PERROTIN, Frédérique, *Obligations documentaires en matière de prix de transfert : les consignes de l'administration*, Petites affiches, 09 mai 2011 n° 91, p. 3.

¹²⁴⁷ Sur l'institution et ses travaux ainsi que leur articulation avec les travaux de l'OCDE, V. par ex. WITTENDORF, Jens, *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law*, Wolters Kluwer, chap 4, 2010. ; PERROTIN, Frédérique, *Les travaux du forum européen sur les prix de transfert*, Petites Affiches n° 199/2012 p. 3.

¹²⁴⁸ Il s'agit de décrire de façon générale : « la politique de prix de transfert du groupe ; ... l'activité déployée, incluant les changements intervenus au cours de l'exercice vérifié ; ... les structures juridiques et opérationnelles du groupe d'entreprises associées, comportant une identification des entreprises associées du groupe engagées dans des

- premièrement, une description générale de la politique de prix de transfert du groupe sous forme d'analyse fonctionnelle. Cette description, nonobstant l'emploi du terme « *analyse fonctionnelle* » qui évoque l'analyse en profondeur que nous avons évoquée en commentant les lignes directrices, peut donner lieu à un travail plus ou moins sérieux de la part du groupe. En effet, selon l'instruction de l'administration¹²⁴⁹, et comme l'a bien vu la doctrine¹²⁵⁰, il ne s'agissait pas d'une obligation détaillée d'explication sur les enjeux d'optimisation associés à la politique des prix de transfert¹²⁵¹ ; en revanche, si l'entreprise choisissait de produire une analyse fonctionnelle sérieuse, elle donnait au service l'opportunité d'examiner les relations existant entre le choix de localisation des activités économiques, les enjeux de commercialisation, et, directement ou indirectement, la charge fiscale imposée aux diverses entités. En d'autres termes, le groupe pouvait spontanément produire soit une information générique sans grand danger, ou présenter un modèle d'interprétation, à l'usage du service, sur sa politique d'optimisation fiscale des prix de transfert ;

- deuxièmement, des indications sur les actifs spécifiques et les restructurations. Quant aux actifs, il s'agit de fournir une liste des principaux incorporels détenus. L'obligation sur ce point est également proportionnée à l'importance économique des actifs en cause pour l'entité objet du contrôle : il s'agit des « *principaux actifs incorporels... en relation avec l'entreprise vérifiée* ». La description des actifs spécifiques permet d'éviter que le débat soit faussé. On se souvient en effet que de tels actifs peuvent avoir des conséquences importantes sur le choix de la méthode de prix de transfert et surtout sur ses résultats, en affectant fortement la comparabilité des transactions contrôlées. Quant aux restructurations, il s'agit de fournir une vision d'ensemble des transformations du groupe affectant la valeur de l'entreprise¹²⁵². Ainsi, la description permet, là aussi, de n'obtenir qu'une vision générale ou au contraire d'orienter le service vers un contrôle efficient.

transactions contrôlées ; ... les fonctions exercées et les risques assumés par les entreprises associées dès lors qu'ils affectent l'entreprise vérifiée » L'entreprise fournit également : la « *liste des principaux actifs incorporels détenus, notamment brevets, marques, noms commerciaux et savoir-faire, en relation avec l'entreprise vérifiée* ».

¹²⁴⁹ DB 4 A-10-10 du 23 décembre 2010, BOI n° 1, 4 janv. 2011.

¹²⁵⁰ CHEHRAZAD, Laurent-Lachheb, *L'essentiel du Droit fiscal*, 01 janvier 2011 n° 1, p. 4. : « *le contribuable ne saurait être tenu de divulguer des informations d'autres entités du groupe qui n'auraient pas de lien avec son activité, en particulier si celles-ci évoluent dans des secteurs différents, sont concurrentes ou même n'ont pas ces données* ».

¹²⁵¹ La description attendue est « générale », ce qui peut être lu comme signifiant qu'elle n'a pas à être trop détaillée. De même, l'analyse fonctionnelle s'applique aux flux et entités qui « affectent l'entreprise vérifiée ». Nous trouvons là l'expression d'un principe similaire au principe de matérialité comptable, induisant que des flux mineurs ou des entités lointaines n'ont pas à faire l'objet d'une analyse détaillée.

¹²⁵² « *Business restructuring* ». Cette obligation ressort de la « *description générale de l'activité déployée, incluant les changements intervenus au cours de l'exercice vérifié* ». *Au-delà même de la période de vérification, on doit considérer*

La même préoccupation vise le rapport concernant l'entité vérifiée. Il s'agit de communiquer des informations spécifiques à l'entité objet du contrôle¹²⁵³. On retrouve dans cette liste une préoccupation similaire à celle que nous avons relevée pour le groupe¹²⁵⁴. Le contenu du rapport est déterminé par la société contribuable selon un critère de pertinence¹²⁵⁵.

Il ressort de ces dispositions et indications une préoccupation de traçabilité de l'information produite, similaire à l'obligation de traçabilité figurant dans les normes comptables. Cela tend à montrer que les obligations documentaires, nées pour informer sur les déterminants des prix de transfert, s'inscrivent dans une tendance allant vers l'édification progressive d'une sorte de système d'information économique, complémentaire aux systèmes d'information comptables. D'ailleurs, l'obligation documentaire pesant sur les entreprises qui réalisent des transactions avec des entités liées relevant du territoire d'Etats ou territoires non coopératifs¹²⁵⁶ impose à l'entité française qu'elle produise la liasse fiscale des entités

que la description des réorganisations couvre tout changement, même relativement ancien, pour autant qu'il présente un impact significatif sur la description des fonctions et des risques. Sur ce point également, on note une préoccupation d'appliquer l'obligation documentaire à des transformations susceptibles d'induire des conséquences importantes en matière de prix de transfert.

¹²⁵³ Description de l'activité déployée, incluant les changements intervenus au cours de l'exercice vérifié ; description des opérations réalisées avec d'autres entreprises associées, incluant la nature et le montant des flux, y compris les redevances ; liste des accords de répartition de coûts ainsi qu'une copie des accords préalables en matière de prix de transfert et des rescrits relatifs à la détermination des prix de transfert, affectant les résultats de l'entreprise vérifiée ; présentation de la ou des méthodes de détermination des prix de transfert dans le respect du principe de pleine concurrence, comportant une analyse des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés ainsi qu'une explication concernant la sélection et l'application de la ou des méthodes retenues ; lorsque la méthode choisie le requiert, une analyse des éléments de comparaison considérés comme pertinents par l'entreprise. Ce sont :

- une description de l'activité déployée, incluant les changements intervenus au cours de l'exercice vérifié ;
- une description des opérations réalisées avec d'autres entreprises associées, incluant la nature et le montant des flux, y compris les redevances ;
- une liste des accords de répartition de coûts ainsi qu'une copie des accords préalables en matière de prix de transfert et des rescrits relatifs à la détermination des prix de transfert, affectant les résultats de l'entreprise vérifiée ;
- une présentation de la ou des méthodes de détermination des prix de transfert dans le respect du principe de pleine concurrence, comportant une analyse des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés ainsi qu'une explication concernant la sélection et l'application de la ou des méthodes retenues ;
- lorsque la méthode choisie le requiert, une analyse des éléments de comparaison considérés comme pertinents par l'entreprise.

¹²⁵⁴ Il s'agit de fournir les informations économiques pertinentes pour éviter à l'administration de faire fausse route. Les circonstances : changements intervenus dans l'activité, accords préalables de prix et rescrits obtenus, sont à présenter afin de préciser la toile de fond de l'audit et d'identifier les motifs d'inflexion de manière objective, pour éviter au service de construire une interprétation qui pourrait être erronée des motifs d'évolution d'une position de marché. Une préoccupation distincte de celle du rapport de groupe apparaît également, qui conforte notre interprétation. Pour la « *présentation de la ou des méthodes de détermination des prix de transfert* », la loi requiert « *une explication concernant la sélection et l'application de la ou des méthodes retenues* ».

¹²⁵⁵ Plus largement, l'instruction du 4 janvier 2011 précisait : « *L'administration recommande aux entreprises de : conserver tous les documents utilisés pour la définition et la mise en place de la politique de prix (surtout en cas de changement de méthode de détermination de ceux-ci) afin de justifier la rigueur et la pertinence de l'analyse : mémoires, échanges de correspondance, notes internes, consultations de conseils extérieurs, comptes-rendus de réunions, articles de presse ou de revues professionnelles* ».

¹²⁵⁶ LPF, art. L 13 AB.

étrangères en cause¹²⁵⁷ ; ce qui revient à suppléer directement les lacunes de l'information comptable issue des juridictions non coopératives¹²⁵⁸.

2. Les documentations de prix de transfert et leur régulation

Notre précédente remarque nous permet de supposer que l'esprit des documentations de prix de transfert consiste à fournir une description économique de la situation du groupe et de l'entité, tout en tenant compte des flux et données les plus significatifs pour donner de ce panorama économique une image fidèle. Sous ce rapport, l'obligation documentaire complète, par un dispositif distinct, les obligations comptables et fiscales existantes. Ce particularisme juridique se caractérise tant sur le fond qu'en matière de sanction :

- sur le fond, l'obligation documentaire s'ajoute aux obligations déclaratives préexistantes sous la forme d'un rapport spécifique produit en début de contrôle ou, désormais, en parallèle de la déclaration fiscale¹²⁵⁹. Le dispositif a d'ailleurs évolué¹²⁶⁰ puisque, depuis 2014, l'entreprise communique au service les décisions de même nature que les rescrits¹²⁶¹. Il s'agit de révéler les décisions des administrations fiscales étrangères pouvant avoir un impact sur le résultat imposable du groupe auquel elle appartient¹²⁶² ;

¹²⁵⁷ L'article L. 13 AB dispose en effet qu'est à produire « une documentation complémentaire comprenant l'ensemble des documents qui sont exigés des sociétés passibles de l'impôt sur les sociétés, y compris le bilan et le compte de résultat établis dans les conditions prévues par le IV de l'article 209 B du code général des impôts ».

¹²⁵⁸ L'obligation de l'article L. 13 AB permet, lorsque l'Etat d'implantation ne communique pas d'information, que le contribuable supplée sa carence et fournisse les éléments d'assiette des entités concernées. L'obligation corrige ainsi une défaillance du « marché informationnel » entre les Etats. C'est pourquoi l'information à produire doit permettre d'attester les flux, et non seulement de fournir des indications générales sur le contexte des prix de transfert.

¹²⁵⁹ Conformément aux dispositions de l'article 223 *quinquies* B du CGI issu de l'article 45 de la loi 2013-1117 du 6 décembre 2013.

¹²⁶⁰ Cf. DC 2014-707 du 29 décembre 2014. Le Conseil constitutionnel valide l'extension apportée à l'article L. 13 AA, relatif aux obligations de vérification de comptabilité en matière de prix de transfert. L'article 98 de la loi de finances complétait en effet le paragraphe II de l'article L. 13 AA par un 3° afin d'imposer que soient tenues à la disposition de l'administration : « Les décisions de même nature que les interprétations, instructions et circulaires mentionnées à l'article L. 80 A, prises par les administrations fiscales étrangères à l'égard des entreprises associées ». Il juge que de telles dispositions peuvent trouver leur place en loi de finances dès lors qu'elles portent sur la liste des documents que les personnes morales doivent tenir à la disposition de l'administration dans le cadre de son pouvoir de contrôle pour le recouvrement de l'impôt. Le Conseil constitutionnel relève en outre que les décisions visées sont à la disposition des entités et, par conséquent, « que les dispositions de l'article 98 n'ont ni pour objet ni pour effet d'imposer aux entreprises intéressées de tenir à la disposition de l'administration des documents émanant d'administrations étrangères que ces entreprises n'auraient pas en leur possession ».

¹²⁶¹ La loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014 a ainsi ajouté aux dispositions relatives au rapport de groupe un 3° : « les décisions de même nature que les interprétations, instructions et circulaires mentionnées à l'article L. 80 A, prises par les administrations fiscales étrangères à l'égard des entreprises associées ». Les décisions ainsi désignées peuvent être des rescrits (rulings) pris par des administrations étrangères, mais aussi des décisions en matière d'accord préalable de prix de transfert ou, plus généralement, des procès verbaux de procédures amiables qui auraient été communiqués au groupe et comporteraient une prise de position formelle de l'autorité compétente (ou des autorités compétentes) concernée(s) quant à la situation du groupe.

¹²⁶² L'obligation est apparue dans le contexte des *Luxleaks* et des révélations sur les rescrits accordés à Apple en Irlande. Elle comprend une copie des accords de fixation préalable des prix de transfert unilatéraux, bilatéraux et

- en matière de sanction, le régime applicable aux manquements est spécifique. Après mise en demeure d'avoir à régulariser sous trente jours, le service peut appliquer une amende prévue à l'article 1735 *ter* du CGI¹²⁶³. Depuis 2015, cette amende peut être établie en fonction du montant des prix de transfert en cause¹²⁶⁴ alors que, auparavant, elle ne pouvait dépendre que du montant des rectifications pratiquées au titre de l'article 57. Un premier changement d'assiette de la pénalité, pour ne plus la lier uniquement au montant des redressements, avait été voté par le législateur dans le cadre de la loi de finances pour 2013. A l'époque, il s'agissait d'une pénalité de 0,5% du chiffre d'affaires, mais le Conseil constitutionnel avait censuré cette disposition¹²⁶⁵ en jugeant qu'elle comportait une peine maximum sans lien avec les infractions réprimées et sans proportion avec leur gravité. Par la suite, le taux de 0,5% a été réintroduit par la loi de finances pour 2015 mais appliqué, cette fois, au montant des seules transactions pour lesquelles les documents ou compléments spécialement réclamés par l'administration fiscale¹²⁶⁶.

Ces vicissitudes normatives ne doivent pas occulter l'essentiel : en modifiant l'assiette de la pénalité, le législateur donne à l'obligation documentaire l'autonomie qui manquait au dispositif de l'article L. 13 B tel que nous l'avons analysé au cours de notre première partie. Le découplage de cette assiette avec le montant des rectifications pratiquées, en application de l'article 57, supprime en effet le risque que les assujettis n'arbitrent entre, d'une part, le fait de se conformer aux dispositions de l'article L. 13 AA et, d'autre part, le risque réel de la rectification. La transformation de la documentation de prix de transfert en élément déclaratif poursuit l'évolution de ce dispositif, qui devient un élément de transparence sur les pratiques de prix de transfert, de détection des risques d'évasion fiscale, et de

multilatéraux existants, ainsi que des décisions d'autres autorités fiscales et qui sont liés à des transactions contrôlées avec l'entreprise doit être fournie.

¹²⁶³ L'amende en cas de documentation absente ou insuffisante ne peut être inférieure à 10 000 € et correspond au plus élevé des deux montants suivants : 1° 0,5 % du montant des transactions concernées par les documents ou compléments qui n'ont pas été mis à disposition de l'administration après mise en demeure ; 2° 5 % des rectifications du résultat fondées sur l'article 57.

¹²⁶⁴ La quotité de 0,5% du montant des transactions a été introduite par l'article 78 de la loi n° 2014-1654 du 29 décembre 2014.

¹²⁶⁵ DC 2013-685, cons. 97.

¹²⁶⁶ Cette assiette a été validée par le Conseil constitutionnel (DC n° 2014-707 du 29 décembre 2014, cons. 48). Le Conseil constitutionnel estime en effet que, pour le calcul du plafond de l'amende, le taux de 0,5 % appliqué au montant des seules transactions pour lesquelles les documents ou compléments spécialement désignés et réclamés par mise en demeure de l'administration aboutissait à une règle de calcul du maximum de la peine encourue en lien avec les infractions réprimées, dont le montant est proportionné à la gravité des infractions.

programmation des contrôles en appuyant la cartographie des risques d'évasion fiscale de l'administration.

Cette complémentarité est expressément prévue dans le texte puisque, selon le III de l'article L. 13 AA, la documentation de prix de transfert « *ne se substitue pas aux justificatifs afférents à chaque transaction* »¹²⁶⁷. L'administration doit pouvoir porter une appréciation sur la justesse des prix de transfert, en disposant d'une information éclairée sur leurs motifs et leur valeur.

Dans ce contexte, l'obligation documentaire constitue un outil important d'équilibre informationnel :

- du côté de l'administration, il s'agit de rééquilibrer au profit du service la balance des données économiques déterminantes pour l'assiette fiscale¹²⁶⁸ ;

- pour le contribuable, l'obligation documentaire nous semble induire une obligation d'exploitation loyale par l'administration. Ainsi, le vérificateur est censé tenir compte de l'information qui lui est produite et ne peut échafauder des théories de prix de transfert trop éloignées du réel ou déconnectées des objections sérieuses de l'entreprise contribuable.

Au total, la documentation de prix de transfert apparaît comme un ferment de coopération non seulement par la production d'information qu'elle comporte, mais aussi par l'orientation qu'elle tend à donner aux comportements des acteurs dans leur relation mutuelle. Placés sous la surveillance les uns des autres, les contribuables, les Etats et les administrations peuvent être stimulés dans leurs comportements coopératifs et incités, implicitement, à les développer. Du point de vue de la régulation des prix de transfert, la logique documentaire est donc susceptible d'élargir la perspective d'échange entre les parties. On passe d'un cadre de dispute menée sous le regard du juge à un échange au stade du contrôle, susceptible d'éviter le recours au juge.

¹²⁶⁷ Cf. Instruction relative aux Obligations documentaire et déclarative en matière de prix de transfert - BOI-BIC-BASE-80-10-20-20160203. S'agissant du rapport de groupe : « *Ces informations doivent permettre à l'administration d'appréhender l'environnement économique, juridique, financier et fiscal du groupe d'entreprises associées* ».

¹²⁶⁸ Nous avons rencontré, au cours des chapitres précédents, plusieurs cas dans lesquels le ministre changeait de base légale en cours de contentieux, parfois de crainte de voir s'effriter une disposition normative, mais parfois aussi afin de procéder, du bureau et parfois longtemps après le contrôle, à une nouvelle appréciation de la situation économique. De telles évolutions sont le signe d'un débat insuffisamment instruit à l'étape du contrôle et révèlent donc le bénéfice que l'administration peut en tirer.

B. Les prix de transfert et le paradigme de la *compliance*

Le paradigme de la *compliance*¹²⁶⁹ est une donnée relativement nouvelle du droit et de la gestion des entreprises. On voit en effet se développer des obligations de conformité dans de nombreuses matières telles que la lutte contre le blanchiment des capitaux, la préservation des données personnelles, le contrôle des exportations, ou la lutte contre la corruption. Désormais, une obligation de conformité spécifique à l'évasion fiscale existe au Royaume-Uni.

1. L'incrimination de défaut de prévention de l'évasion fiscale

L'exemple britannique montre la convergence des règles de *compliance* entre les différentes branches de la conformité, à laquelle les prix de transfert se rattachent désormais. Le *Criminal Finances Act* du 27 avril 2017 comporte deux nouvelles incriminations susceptibles d'être exercées contre des personnes morales en matière de défaut de prévention de l'évasion fiscale. L'entrée en vigueur de cette partie de la loi a lieu après la publication du règlement d'application par le Trésor britannique et sa validation par la loi¹²⁷⁰. Le texte ne change pas ce qui constitue déjà l'infraction d'évasion fiscale. Il étend toutefois le champ des personnes susceptibles d'être poursuivies en cas de survenue de faits d'évasion fiscale. La nouveauté réside dans l'instauration d'une obligation de mettre en œuvre des « *procédures raisonnables de prévention destinées à empêcher toute personne agissant en son nom ou pour son compte de faciliter l'évasion fiscale au Royaume-Uni ou à l'étranger* ». Une entreprise qui échoue à prévenir de tels faits d'évasion fiscale peut encourir une amende d'un montant illimité¹²⁷¹.

L'objet de la loi est d'obliger les entreprises à mettre en place des diligences raisonnables destinés à empêcher ceux qui fournissent des services, pour leur compte ou en leur nom, de faciliter délibérément et de manière malhonnête l'évasion fiscale, que l'impôt soit dû au Royaume-Uni ou dans un Etat étranger¹²⁷². L'infraction pour défaut de prévention

¹²⁶⁹ Cf. FRISON-ROCHE, Marie-Anne (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, 2017.

¹²⁷⁰ « *implemented by a statutory instrument* ».

¹²⁷¹ « *unlimited fine* ».

¹²⁷² Deux incriminations nouvelles sont créées, l'une correspondant à la prévention de l'évasion fiscale au détriment du Trésor britannique, l'autre concernant les impôts éludés au détriment d'Etats étrangers. La doctrine de l'administration britannique (Government Guidance) a été mise à jour en octobre 2016 pour expliciter la nouvelle infraction, qui comporte trois éléments. Premier élément (« *Stage one* ») : constitue une infraction pénale le fait de commettre délibérément des faits d'évasion fiscale par un individu ou une personne morale. Deuxième élément (« *Stage two* ») : le fait de faciliter de manière criminelle (« *the criminal facilitation* ») une infraction d'évasion fiscale par une personne

peut concerner toute personne employée par l'entreprise ou par des partenaires liés¹²⁷³. Les entreprises doivent vérifier leurs procédures et en mettre en place de nouvelles, pour se donner une assurance raisonnable¹²⁷⁴ de nature à s'éviter des poursuites pénales ainsi que leurs conséquences en termes de réputation. La défense, pour l'entité assujettie, réside dans le fait d'avoir mis en place, à l'époque des faits, des mesures de prévention raisonnables¹²⁷⁵ de nature à empêcher les personnes qui lui sont liées de commettre les infractions de facilitation de l'évasion fiscale. Le fait qu'une personne soit poursuivie pour faits de fraude fiscale ou de facilitation de l'évasion fiscale la rend passible de poursuites au titre de l'infraction de défaut de prévention, dès lors qu'il s'agit d'une infraction de stricte responsabilité¹²⁷⁶, sauf pour cette personne à démontrer qu'elle a mis en place des mesures de prévention raisonnables. Elle encourt, entre autres peines, des pénalités financières et un risque de confiscation, ainsi que toute mesure accessoire prévue en matière de délinquance organisée¹²⁷⁷.

Les entreprises assujetties sont les personnes morales et les sociétés de personnes¹²⁷⁸, à but lucratif ou non, exerçant une activité civile ou commerciale, mais pas les personnes physiques. L'incrimination est encourue en cas d'association « *criminelle* », c'est-à-dire « *délibérée et malhonnête* », à un délit d'évasion fiscale. Par ailleurs, une personne est liée¹²⁷⁹ à une personne incriminée si elle fournit des services en son nom ou pour son compte¹²⁸⁰. Sont concernés aussi bien les employés que les partenaires commerciaux ou sous-traitants¹²⁸¹. La preuve des services peut être rapportée par tous moyens et non seulement au regard du contrat, la seule limitation résidant dans le critère d'exercice « *au nom ou pour le compte* » de l'entité en cause.

L'infraction d'évasion fiscale domestique¹²⁸² est définie comme une fraude à l'impôt¹²⁸³ ou tout délit consistant à être concerné en connaissance de cause ou à prendre part

agissant pour le compte de l'entreprise, soit en mettant en œuvre les moyens (« *whether by taking steps with a view to* »), soit en étant consciemment impliqué, soit en aidant, en encourageant, en conseillant, ou en fournissant (« *procuring* ») les outils de l'évasion fiscale par le contribuable. Troisième élément : l'entreprise a échoué à empêcher une personne qui lui est liée (« *associated with it* ») de commettre le deuxième élément de l'infraction.

¹²⁷³ « *related counterparties* ».

¹²⁷⁴ « *to ensure that they have reasonable procedures* ».

¹²⁷⁵ « *reasonable prevention procedures* ».

¹²⁷⁶ « *strict liability offence* ».

¹²⁷⁷ « *serious crime prevention orders* ».

¹²⁷⁸ « *partnerships* ».

¹²⁷⁹ « *associated* ».

¹²⁸⁰ « *performs services for or on behalf of the relevant body* ».

¹²⁸¹ « *contractors or sub-contractors* ».

¹²⁸² « *UK Tax Evasion Offence* ».

¹²⁸³ « *cheating the public revenue* ».

à des actions tendant à une évasion fiscale frauduleuse, laquelle couvre tout impôt mais aussi les cotisations de sécurité sociale. Seule la fraude est alors visée, à l'exclusion des situations où le contribuable élude l'impôt sans être passible de poursuites de ce chef. Le fait de « *faciliter* » comprend le fait d'être consciemment concerné, ou de prendre part à des actions tendant à l'évasion fiscale d'un tiers, de même que la fourniture d'une aide ou un encouragement à un projet d'évasion fiscale. Il n'y a donc pas infraction de la part de la personne associée en cas de facilitation par inadvertance ou même par négligence. Il faut une « *facilitation criminelle* » au sens de la loi pénale britannique¹²⁸⁴.

Dans le cas d'un délit de défaut de prévention d'évasion fiscale à l'étranger, le dispositif est le même, mais sont seules concernées les personnes disposant d'un lien¹²⁸⁵ avec le Royaume-Uni et sous réserve de double incrimination. Le lien avec le Royaume-Uni est constitué en cas d'enregistrement d'une entité dans ce pays, en cas d'activité commerciale¹²⁸⁶, ou lorsque la personne associée était établie au Royaume-Uni au moment des faits incriminés. Une succursale britannique à l'étranger ne peut donc être responsable au titre de son siège, sauf à ce que ce dernier ait agi en son nom ou pour son compte. En revanche, une société étrangère disposant d'un établissement au Royaume-Uni peut être poursuivie même si les faits de « *facilitation* » ont eu lieu au sein d'un établissement autre que celui du Royaume-Uni. Il en résulte une très forte extension du périmètre de l'obligation d'instaurer des mesures préventives. Dans ce cas, l'instruction de l'administration fiscale et des douanes de Sa Majesté précise que la préférence des autorités ira à un traitement par les juridictions étrangères concernées ; si, en revanche, une telle action n'est pas possible en raison d'un manque de ressources, pour des raisons de corruption sur l'autre territoire ou pour tout autre motif, des poursuites pourront être exercées par les institutions judiciaires britanniques. La double-incrimination suppose que la fraude fiscale ou sa facilitation puissent elles-mêmes être poursuivies au Royaume-Uni et par l'autre Etat.

Dans ce contexte, les autorités britanniques considèrent que les entreprises ne seront pas soumises à des charges administratives excessives en matière de mise en place des mesures préventives. Il leur appartient de développer une connaissance des faits de fraude proportionnée aux risques qu'elles encourent à contracter avec tel ou tel partenaire. Le niveau

¹²⁸⁴ A noter que les personnes concernées peuvent être établies au Royaume-Uni ou à l'étranger, de même que, dans ce cas, les personnes associées. Les poursuites sont conduites par le Service de poursuite de la Couronne, l'enquête étant conduite par les services fiscaux (HMRC).

¹²⁸⁵ « *nexus* ».

¹²⁸⁶ « *carried on part of its business in the UK* ».

de connaissance attendu des entreprises dépend ainsi des faits et circonstances de l'espèce, et peut être adapté en fonction de leurs moyens. Une entité assujettie sera regardée comme exonérée si elle dispose des procédures de prévention raisonnables susceptibles d'être attendues de sa part¹²⁸⁷ ou s'il n'est pas raisonnable d'attendre d'une telle entité qu'elle mette en place de telles procédures¹²⁸⁸, ce qui vise sans doute le cas des petites entreprises.

La notion de procédure de prévention raisonnable renvoie à la mise en place d'une politique formalisée et effective. Il s'agit d'un nouveau champ au sein du paradigme de la conformité, puisque la législation repose sur la vérification de l'existence et de l'efficacité de procédures¹²⁸⁹. Il ne s'agit pas d'obliger les entreprises à empêcher la survenue de faits d'évasion fiscale, mais de les conduire à prendre toute mesure garantissant qu'elles n'ont aucune part à de tels faits. Cette exonération de responsabilité dépend par exemple du niveau de contrôle que l'entité peut exercer sur les personnes qui lui sont associées. Ainsi, on peut attendre de sa part qu'elle sensibilise et forme ses employés ; en revanche, l'exigence est plus faible en ce qui concerne les salariés d'un sous-traitant, même s'il est attendu de l'entreprise qu'elle revoie les contrats avec ses partenaires pour s'assurer qu'eux-mêmes prennent les mesures de prévention adéquates.

Corrélativement, les autorités britanniques admettent qu'une entreprise ne mette en place aucune procédure si, après avoir procédé à une cartographie des risques, elle a établi que ces derniers sont très faibles¹²⁹⁰ ou que leur couverture présente un coût prohibitif¹²⁹¹. Cette cartographie des risques doit être révisée périodiquement¹²⁹².

2. La réforme britannique et le paradigme de la *compliance*

L'instruction d'application de la nouvelle loi, telle que préparée par les services du Chancelier, apparaît dérivée des 6 principes d'application de la législation anticorruption *United Kingdom Bribery Act*. Elle n'est pas contraignante et précise certains points à l'attention des secteurs à risque (en particulier les services financiers, le conseil fiscal et les

¹²⁸⁷ « *in place such prevention procedures as it was reasonable in all the circumstances to expect the relevant body to have in place* ».

¹²⁸⁸ « *it was not reasonable in all the circumstances to expect the relevant body to have any prevention procedures in place* ».

¹²⁸⁹ « *ensure compliance with and monitor the effectiveness of such policies* ».

¹²⁹⁰ « *extremely low* ».

¹²⁹¹ « *cost prohibitive* ».

¹²⁹² « *on a regular basis* ».

professions légales). De façon intéressante, la loi autorise les services de l'administration à agréer de sa propre autorité les instructions produites par des autorités sectorielles de régulation ou des instances représentatives de place¹²⁹³, à condition qu'elles soient publiques et accessibles aux non membres.

Les six principes sont :

- l'évaluation des risques, consistant à évaluer la nature et l'étendue de l'exposition aux risques occasionnés par les actes de l'entité ou menés en son nom, afin d'identifier les raisons, les possibilités et les moyens de maîtriser ces risques. L'évaluation du risque est une étape clé du processus ;

- un principe de proportionnalité, dépendant de la nature, de l'échelle et de la complexité de l'activité déployée par l'entité. Ce principe permet de prendre en compte la question du niveau de contrôle et de supervision exercé sur les tiers. Il permet d'écarter la mise en œuvre de procédures excessivement coûteuses en ressources¹²⁹⁴. Il découle également de ce principe, à la lumière de la communication du gouvernement britannique, que les circonstances temporelles du dispositif auront leur importance : des mesures raisonnables à un moment donné auront pu être contournées par des faits isolés d'évasion fiscale, sans que les entreprises n'aient à en répondre ;

- l'engagement des instances dirigeantes¹²⁹⁵ au plus haut niveau de l'organisation ;

- les diligences nécessaires¹²⁹⁶, c'est-à-dire les procédures, fondées sur une approche adéquate des risques¹²⁹⁷, qui tendent à diminuer les risques¹²⁹⁸ ;

- la communication et la formation ;

- le contrôle interne et l'évaluation périodique¹²⁹⁹.

La question de l'impact de cette nouvelle législation sur l'activité des entreprises dépend en partie de leurs ressources et de la complexité de leur activité, compte tenu de l'incitation à mener une approche sur mesure. Des questionnaires et ateliers de travail sont nécessaires, en interne à l'entreprise comme dans la relation avec les tiers, pour assurer l'évaluation correcte des risques et la mise en œuvre des mesures correctives. En contrepartie,

¹²⁹³ « *industry body* ».

¹²⁹⁴ « *burdensome* ».

¹²⁹⁵ « *top level commitment* ».

¹²⁹⁶ « *due diligence* ».

¹²⁹⁷ « *an appropriate risk based approach* ».

¹²⁹⁸ « *in order to mitigate such risks* ».

¹²⁹⁹ « *monitoring and review* ».

les entreprises peuvent espérer limiter le risque de leur mise en cause et donc, outre le risque financier de sanction, la mauvaise publicité occasionnée par des poursuites pénales. Il pourrait en résulter un regain de procédures dans les secteurs exposés ou dans le cadre des opérations de restructuration.

*

Il est probable que de nouvelles obligations de conformité naîtront à l'avenir. Le gouvernement britannique a d'ailleurs lancé début 2017 une étude de faisabilité en vue de l'éventuelle création d'une incrimination de manquement à prévenir les délits économiques¹³⁰⁰, également sur le modèle de la loi sur la corruption, en vertu de laquelle les entreprises peuvent être coupables d'avoir laissé des personnes associées commettre des faits de corruption sauf à démontrer qu'elles ont mis en place des procédures adéquates¹³⁰¹ pour prévenir de tels comportements.

*

* * *

En définitive, les obligations nouvelles ne peuvent être regardées comme apportant toujours une limitation du droit des entreprises ou de leurs libertés. En considérant la logique qui anime ces obligations, on peut distinguer soit une volonté d'équilibrer le dialogue entre l'administration et le contribuable, dans le cadre d'une régulation confiée à l'administration, soit une volonté de transférer sur les entreprises une parcelle de la régulation des prix de transfert en les rendant comptables des agissements de leurs cadres et de leurs partenaires.

¹³⁰⁰ « *failure to prevent economic crimes* ».

¹³⁰¹ « *adequate procedures* ».

CONCLUSION DE LA SECTION

En conclusion de cette première section, il apparaît que l'on ne peut avoir une image précise des tendances juridiques affectant la régulation des prix de transfert en formulant la question simplement sous forme de dialectique générale entre la liberté de gestion et le contrôle public. Pour préciser l'analyse, il faut analyser le statut du régulateur dans le dispositif et les motifs que poursuivent ses mesures.

Sur le premier point, s'il est possible de rapprocher le rôle des Etats en matière de régulation des prix de transfert et celui de la Commission européenne en matière de contrôle des aides d'Etat, on doit reconnaître à la seconde de poursuivre un but d'égalité entre les contribuables pour préserver leur liberté dans le marché commun et non seulement, comme les Etats, de lutte contre l'évasion fiscale.

Sur le second point, on peut identifier deux logiques normatives nouvelles tendant, l'une à équilibrer l'information entre l'administration et les contribuables, l'autre à transférer aux seconds une obligation de participer à la régulation des prix de transfert par un dispositif de *compliance*.

Nous allons à présent tenter de déterminer dans quelle mesure chacune de ces logiques peut déboucher sur une approche coopérative de la régulation des prix de transfert.

SECTION 2. LA RECHERCHE D'UNE REGULATION COOPERATIVE

Le contrôle des aides d'Etat examiné à la section précédente constitue une exception à l'échelle internationale : le pouvoir dont disposent les autorités communautaires ne se retrouve pas dans les autres domaines de l'action européenne ou dans le cadre de l'OCDE, pour ne rien dire du cadre de l'ONU. L'émergence d'une régulation coopérative des prix de transfert nécessite donc que les actions envisagées dans les enceintes internationales soient relayées dans la sphère interne des Etats.

On pourra nous reprocher de formuler une telle hypothèse alors que nombre des mesures structurantes du plan BEPS débutent à peine. Aussi devons-nous chercher à dégager l'esprit de ce plan.

En examinant les actions du plan BEPS (§ 1), nous distinguerons entre celles qui nous semblent promises à une conclusion, au moins sous forme de pérennisation bureaucratique¹³⁰², et celles sur lesquelles nous ne voyons pas d'issue prochaine faute de consensus international¹³⁰³. Puis, nous examinerons comment l'esprit du projet BEPS peut être transposé à l'échelle interne pour édifier une régulation coopérative des prix de transfert (§ 2).

¹³⁰² Par exemple le fonctionnement du cadre inclusif, c'est-à-dire l'extension du cadre de négociation au-delà de la sphère de l'OCDE, les mécanismes de revue par les pairs, ou encore la constitution d'outils de mesure statistiques des BEPS prévus par l'action 11.

¹³⁰³ Nous avons donné l'exemple du rapport d'avril 2018 sur l'établissement stable numérique dans le cadre du projet BEPS, dont il suffit de rappeler qu'il constituait la première action.

§ 1. LE PLAN BEPS ET LA COMPETITION FISCALE

Le plan BEPS manifeste la capacité forcément limitée des instances internationales à faire progresser l'harmonisation fiscale de fond (A). Il recèle toutefois un intérêt évident pour faire progresser le principe de pleine concurrence-neutralité, et faciliter la coopération entre les acteurs (B).

A. L'effet régulateur limité du plan BEPS quant aux règles de fond

Le projet BEPS vise à lutter contre l'érosion des bases fiscales et le transfert de bénéfices par une approche combinée, destinée à répondre au caractère multidimensionnel du phénomène. Ses effets sont toutefois limités sur le fond, faute de consensus, et progressent plutôt sur les volets touchant à la transparence (1). Ce constat révèle un intérêt du dispositif en matière de loyauté de la coopération (2).

1. Les succès du plan BEPS

Le plan BEPS a déjà reçu des suites tangibles, en particulier la signature puis l'entrée en vigueur de l'instrument multilatéral¹³⁰⁴ et l'aboutissement des travaux sur les dispositifs hybrides¹³⁰⁵. Directement pour notre propos, il faut relever l'actualisation des lignes directrices en juillet 2017¹³⁰⁶, complétée par de nouveaux développements sur les actifs

¹³⁰⁴ L'instrument multilatéral est entré en vigueur le 1er juillet 2018, soit un an après la cérémonie de signature le 7 juin 2017. Cette entrée en vigueur fait suite au dépôt du cinquième instrument de ratification par la Slovaquie le 22 mars précédent (l'Autriche, l'Île de Man, Jersey et la Pologne avaient auparavant déposé leur instrument de ratification). Selon le rapport d'étape du cadre inclusif de juillet 2017, la Nouvelle-Zélande, le Royaume-Uni, la Serbie, et la Suède ont déposé leur instrument de ratification. L'instrument prendra donc effet dans les conventions fiscales de ces juridictions en 2019. 82 juridictions sont couvertes, et 30 dépôts d'instruments sont attendus avant fin 2018 (dont celui de la France). Manquent encore les Etats-Unis, le Brésil, les pays d'Asie du Sud-Est sauf l'Indonésie, le Moyen-Orient sauf la Turquie, le Koweït et le Yémen, et l'essentiel de l'Afrique (l'Égypte, l'Afrique du Sud, le Nigéria, le Cameroun, le Gabon, le Sénégal, la Tunisie, la Côte d'Ivoire et le Burkina Faso sont toutefois signataires).

¹³⁰⁵ Le cadre inclusif a permis de présenter un cadre de traitement unifié entre les dispositifs impliquant des sociétés et ceux impliquant des succursales, ce afin d'éviter un mécanisme d'hybridation à raison de l'absence de personnalité juridique : « l'adoption d'un ensemble unique de règles visant les dispositifs hybrides et ceux impliquant une succursale permettrait en effet de garantir l'intégrité de l'approche commune exposée dans l'Action 2 en empêchant les contribuables d'opter pour des dispositifs hybrides impliquant une succursale afin de bénéficier des mêmes avantages fiscaux que ceux procurés par les dispositifs hybrides classiques ». Par ailleurs, l'OCDE se félicite de l'effet d'entraînement de ses préconisations notamment sur l'Union européenne, au travers de la directive ATAD 2, et sur les Etats-Unis, qui ont intégré des travaux relatifs aux asymétries hybrides dans le cadre de la réforme fiscale votée fin 2017.

¹³⁰⁶ Cf. Titre 1 de la présente Partie.

incorporels¹³⁰⁷ et le *Profit Split*¹³⁰⁸. L'idée qui ressort est que le *Profit Split* pourra s'appliquer dans les situations où la contribution respective des deux protagonistes est inséparable, et en particulier dans les cas où les entités seront réputées assumer conjointement des risques¹³⁰⁹.

Plusieurs actions du projet ont en outre bien progressé en matière de production d'information, soit qu'une telle production ait constitué le cœur de l'action du plan, soit qu'elle en constitue le préalable¹³¹⁰. Sur l'action 11¹³¹¹, il s'agit de définir un jeu de données pertinentes¹³¹². Le groupe de travail est parvenu à un accord sur une présentation en trois tableaux qui permettront, en cible, de rapprocher les informations fiscales des informations économiques sous-jacentes¹³¹³ et ainsi de mesurer la réalité et l'impact des BEPS, voire de cibler les contrôles¹³¹⁴. De même, sur l'action 14 relative au règlement des différends, le secrétariat de l'OCDE espère progresser vers la mise en œuvre de clauses d'arbitrages obligatoires à l'image du mécanisme de la convention européenne d'arbitrage ou de

¹³⁰⁷ Le comité des affaires fiscales a validé en juin 2018 une annexe au chapitre VI en ce qui concerne l'approche des actifs incorporels difficiles à valoriser.

¹³⁰⁸ *Ibid.* « L'Action 10 du projet BEPS OCDE/G20 appelait à clarifier l'application de la méthode de partage des bénéfices dans le contexte des chaînes de valeur mondiales. Suite à de vastes consultations avec les parties prenantes et à des discussions approfondies, une version révisée des orientations a été approuvée par le Cadre inclusif de l'OCDE et du G20 en juin 2018. Les pays en développement membres du Cadre inclusif de l'OCDE et du G20 ont, par leurs contributions, joué un rôle particulièrement important dans la révision de ces orientations, qui seront intégrées dans les Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert. Les orientations recensent les facteurs indiquant dans quels cas la méthode de partage des bénéfices est probablement la méthode de prix de transfert la plus appropriée. Ces indicateurs sont les suivants :

i. chacune des parties apporte des contributions uniques et de valeur ;
ii. les activités de l'entreprise sont fortement intégrées de sorte que les contributions des parties ne peuvent être évaluées séparément de manière fiable ;
iii. les parties assument conjointement des risques significatifs sur le plan économique ou assument séparément des risques étroitement liés ».

¹³⁰⁹ Ce dernier critère pourrait toutefois occasionner des litiges d'interprétation importants entre les autorités compétentes.

¹³¹⁰ Par exemple la revue par les pairs de l'action 5 en matière de pratiques fiscales privilégiées ou les travaux de préparation de l'action 11, relative à l'analyse des données.

¹³¹¹ Action 11 Analyse économique du phénomène de BEPS.

¹³¹² Le rapport était en principe attendu pour novembre 2018. Selon le rapport d'étape du cadre inclusif, « cette série statistique rassemblera de nombreuses données pertinentes aux fins de l'analyse des pratiques de BEPS et de la fiscalité des entreprises en général, qui seront présentées selon un format harmonisé à l'échelle internationale... La première édition comportera trois grandes catégories de données : données relatives aux recettes fiscales ; données relatives aux taux d'imposition ; et données relatives aux incitations fiscales. Les éditions ultérieures, à compter de 2019, intégreront également des statistiques provenant des déclarations pays par pays et basées sur des données nationales agrégées et anonymisées ».

¹³¹³ A partir de 2019, l'exploitation des données de la déclaration pays par pays permettra de présenter trois tableaux répondant aux questions : « 1. Où se déroulent les activités commerciales des entreprises multinationales ? ; 2. Quels sont les taux d'imposition qu'elles supportent ? ; 3. Quel est le lien entre les taux d'imposition et les activités commerciales des entreprises multinationales ? ».

¹³¹⁴ Cf. SAINT-AMANS, Pascal, JACQUES, Thomas, *Les perspectives de la fiscalité internationale*, in Actes du colloque du CEFEP du 29 juin 2017 : *Où va la fiscalité internationale ?*, Droit fiscal n° 39/2017, étude 474, 2017. Selon Pascal Saint-Amans, « l'OCDE essaye par ailleurs de promouvoir de nouvelles initiatives, en particulier l'ICAP (International Compliance Assurance Program) : une petite dizaine de pays vont tester avec une multinationale volontaire l'évaluation du risque encouru par cette multinationale à partir du reporting pays par pays. En l'absence de risque identifié, aucun contrôle fiscal ne sera déclenché. La France n'est encore qu'observatrice de cette expérience ».

l'arbitrage « *base-ball* » pratiqué par les Etats-Unis¹³¹⁵. Auparavant, une analyse des procédures amiables était nécessaire : il ressort de cette analyse¹³¹⁶ que les prix de transfert sont majoritaires en nombre de dossiers et requièrent des efforts plus importants que les autres types d'affaires, traitées plus rapidement. Au total, un stock de 6000 dossiers non résolus s'était constitué fin de 2016 sur la base des 8000 procédures ouvertes avant le 1er janvier de cette même année, auquel s'est ajouté un stock de l'ordre de 1100 dossiers générés au cours de cette année. Le nombre global de dossiers s'inscrit donc, sur la base du rapport d'étape, dans une tendance baissière d'environ 11%¹³¹⁷, baisse qui ne se concrétisera toutefois que si le flux entrant est stable¹³¹⁸.

2. Les limites du plan BEPS

Ces succès ne peuvent toutefois occulter les limites du consensus international, et au-delà, la portée limitée du plan BEPS en tant que projet en soi de régulation. Nous examinerons cette question à la lumière des travaux sur l'économie numérique et sur la fiscalité dommageable.

¹³¹⁵ La France a adopté cette règle d'arbitrage dans le cadre de sa convention avec les Etats-Unis. Il s'agit d'une méthode permettant au panel d'arbitres, par analogie avec les règles d'enchères en matière de contrats dans le baseball professionnel, de choisir entre deux solutions seulement dont chacune est proposée par l'une des autorités compétentes. Cette technique présente deux avantages. Lors de la résolution du litige, elle crée une incitation pour les autorités compétentes à proposer une solution réaliste et une seule. Ultérieurement, la méthode a pour effet de limiter l'effet de jurisprudence que créerait une décision arbitrale fondée sur des considérants. Elle peut dès lors faciliter l'adhésion des Etats au mécanisme puisqu'ils demeurent maîtres de l'interprétation des éléments du dossier.

¹³¹⁶ Le rapport d'étape du cadre inclusif relève : « *Il ressort des statistiques que : 1. les différends relatifs aux prix de transfert représentent légèrement plus de la moitié des cas soumis à la procédure amiable ; 2. la durée de la procédure est, en moyenne, plus longue pour les cas relatifs aux prix de transfert (approximativement 30 mois) que pour les autres cas (17 mois) ; 3. dans plus de 85 % des cas, les procédures amiables clôturées en 2016 ont permis d'aboutir à une solution : accord permettant de résoudre entièrement la question de l'imposition non conforme à la convention fiscale dans 60 % des cas clôturés, allègement consenti de façon unilatérale dans près de 20 % des cas, et résolution par voie de recours interne dans 5 % des cas. Enfin, 5 % des cas ont été clos suite à un retrait de la demande par le contribuable et environ 10 % d'entre eux n'ont pas pu être résolus pour diverses raisons* ».

¹³¹⁷ Chiffres que nous déduisons de l'exposé figurant dans le rapport : « *Sur les quelque 8 000 cas soumis à la procédure amiable avant le 1er janvier 2016 dans les juridictions déclarantes, près de 25 % étaient déjà clôturés à la fin de cette même année. De même environ un quart des 1 500 cas initiés à partir du 1er janvier 2016 ont été clos la même année* ». Nous prenons alors $8000/4=2000$ pour le chiffre de 25% correspondant au flux de sortie de dossiers antérieurs au 1er janvier 2016, et $1500 \times 25\% = 375$, que nous arrondissons à 400, pour obtenir le chiffre des sorties de 2016 au titre des dossiers enregistrés cette même année. Comme le rapport nous enseigne que les dossiers de prix de transfert ont un délai moyen de traitement de 30 mois, nous déduisons que les 400 dossiers traités concernent très majoritairement des thématiques étrangères aux prix de transfert : détermination de la résidence fiscale de personnes physiques, identification d'établissements stables, etc.

¹³¹⁸ Toutefois nous avons vu que la tendance s'inscrit à la hausse, de décennie en décennie, depuis plus de vingt ans. Le stock des dossiers de prix de transfert dans les pays de l'OCDE augmente donc structurellement, et seule une minorité d'Etats atteignent un taux de couverture d'au moins 66%, ce qui correspond à un flux de traitement équilibrant à peine 2/3 des entrées.

Le volet du plan BEPS relatif à l'économie numérique en constituait l'un des objectifs centraux même si l'action 1, qui retrace cet objectif « horizontal », ne constitue qu'une action parmi 16¹³¹⁹. A cet égard, le rapport intérimaire note que les Etats se divisent selon qu'ils veulent faire évoluer les règles ou estiment qu'une application des règles existantes suffit¹³²⁰. Un gradient de trois positions diplomatiques s'établit ainsi, entre des révisionnistes¹³²¹ et des conservateurs¹³²², auxquels se rallient la masse des Etats¹³²³ qui, tout en supportant les imperfections du système, ne peuvent se rallier à des positions remettant trop ouvertement en question le libre-échange. Le rapport du cadre inclusif sur l'économie numérique¹³²⁴ observe que trois éléments caractérisent les défis posés par ce secteur à la fiscalité¹³²⁵. Mais il constate la divergence des Etats sur le diagnostic, notamment sur la portée des effets de réseaux et la contribution à la valeur apportée par les utilisateurs¹³²⁶. Les Etats divergent aussi, on l'a vu, sur les réponses en fonction de leur positionnement au regard des grands enjeux de la fiscalité, notamment sur l'opposition historique entre les critères de la résidence et de la source, voire sur leurs options politiques à l'égard de la mondialisation. Même sur le plan seulement fiscal, la ligne de partage ne recoupe pas seulement la séparation historique entre les « Etats de la source », favorables à l'idée de force attractive de l'établissement stable, et les « Etats de la résidence ». Selon le rapport, en effet, la position des Etats qui souhaitent faire évoluer les lignes directrices consiste à « *mettre l'accent sur la notion de "participation des*

¹³¹⁹ Le plan BEPS comprend 15 actions mais, comme nous le verrons, l'action 5 se subdivise en deux.

¹³²⁰ Selon le rapport, « *le spectre des positions exprimées par les membres du Cadre inclusif de l'OCDE et du G20 sur ces questions recouvre généralement trois groupes de pays* ».

¹³²¹ *Ibid.* : « *Le deuxième groupe de pays considère que la numérisation en cours de l'économie, et plus généralement, les tendances associées à la mondialisation, menacent l'efficacité du cadre fiscal international existant qui régit l'imposition des bénéficiaires des entreprises. Surtout, aux yeux des pays qui composent ce groupe, ces défis ne sont pas propres ou spécifiques aux entreprises à forte composante numérique* ».

¹³²² *Ibid.* : « *Il existe enfin un troisième groupe de pays qui considèrent que le paquet BEPS a déjà pour une large part répondu aux inquiétudes relatives à la double non-imposition, tout en soulignant qu'il est encore trop tôt pour mesurer pleinement l'impact de toutes les mesures du projet BEPS OCDE/G20. Ces pays se satisfont généralement du système fiscal actuel et ne voient pas la nécessité d'engager une réforme radicale des règles fiscales internationales* ».

¹³²³ « *Le premier groupe de pays estime que le recours aux données et à la participation des utilisateurs peut entraîner un décalage entre le lieu où les bénéfices sont imposés et le lieu où la valeur est créée. D'après ces pays toutefois, ces problématiques sont circonscrites à certains modèles économiques et ils ne considèrent pas que ces facteurs menacent les principes qui sous-tendent le cadre fiscal international existant. Ils ne voient pas par conséquent matière à engager une refonte radicale du système* ».

¹³²⁴ OCDE, *Les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie - rapport intérimaire 2018 du cadre inclusif sur le BEPS de l'OCDE et du G20*, mars 2018.

¹³²⁵ *Ibid.* Premièrement, les industries peuvent atteindre une grande taille sans consentir au préalable des investissements constituant des barrières à l'entrée (« échelle sans masse critique »). Deuxièmement, on constate un fort pourcentage d'actifs incorporels dans le bilan des entités. Troisièmement, le « rôle essentiel des données et de la participation des utilisateurs, y compris les effets de réseau ».

¹³²⁶ *Ibid.* : « *s'agissant des données et de la participation des utilisateurs, deux opinions se dégagent quant à savoir s'il convient de considérer que ces deux caractéristiques contribuent, et le cas échéant dans quelle proportion, au processus de création de valeur d'une entreprise* ».

utilisateurs'' »¹³²⁷, notion qui n'engage pas seulement la notion d'établissement stable mais rétroagit, implicitement, sur la définition même des produits entrant dans le bénéfice au sens de l'article 7 § 1¹³²⁸.

Quant aux pratiques fiscales dommageables, le plan BEPS élaboré par l'OCDE reprend les acquis des travaux menés par la Commission européenne dès les années 1990. L'action 5 prévoit en plus une revue par les pairs des pratiques fiscales préférentielles, avec dès à présent une modification de nombre des régimes identifiés¹³²⁹ compte tenu de l'engagement pris d'assurer les mises en conformité nécessaires sous douze mois¹³³⁰. Le dossier est d'autant plus intéressant qu'il concerne au premier chef la France, critiquée pour son régime de taux réduit pour les plus-values à long terme et pour les bénéfices des concessions de licence d'exploitation des droits de la propriété intellectuelle¹³³¹, en raison de l'assiette trop large des revenus bénéficiant de ce régime et de l'absence de condition touchant à la localisation des activités de recherche et développement correspondantes sur le territoire français.

¹³²⁷ Cf. OCDE, *Cadre inclusif sur le BEPS de l'OCDE et du G20, Rapport d'étape juillet 2017-juin 2018*, Juillet 2018 : « Certains pays ne sont pas convaincus de la nécessité du changement, tandis que d'autres pensent qu'il faudrait mettre l'accent sur la notion de "participation de l'utilisateur", qui est souvent une caractéristique fondamentale de nombreuses entreprises de l'économie numérique. Pour d'autres pays, les changements futurs éventuels ne devront pas se limiter aux « entreprises numériques, mais concerner l'ensemble de l'économie ».

¹³²⁸ L'article 7 de la convention modèle traite des bénéfices d'entreprise en relation avec la notion d'établissement stable définie à l'article 5. A défaut de consensus sur cette dernière, il nous semble que les Etats désireux d'introduire la participation des utilisateurs dans la taxation des entités numériques agissant sur leur territoire pourraient choisir la voie unilatérale et inclure cette participation dans la définition du bénéfice imposé par leur droit interne, comme le principe du for les y autorise. Une telle option constituerait bien sûr une solution de dernier ressort, à laquelle nous préférons l'option coopérative exposée ci-après.

¹³²⁹ OCDE, *Cadre inclusif sur le BEPS de l'OCDE et du G20, Rapport d'étape juillet 2017-juin 2018*, Juillet 2018. Selon le rapport du cadre inclusif, 175 régimes fiscaux dommageables ont été identifiés. 47 ont été jugés de peu d'effet en matière de BEPS. 31 régimes ont été modifiés et 81 modifications seraient en cours. 12 régimes sont en cours d'examen : « à ce jour, 112 régimes sont en cours de modification ou ont déjà été modifiés ou abolis. De ce fait, il ne reste que trois régimes non modifiés ; il s'agit de régimes de propriété intellectuelle pour lesquels il a été établi qu'ils sont effectivement dommageables : France, Italie et Turquie. Dans le cas de l'Italie et de la Turquie, des modifications ont déjà été apportées de sorte que la détermination du caractère effectivement dommageable ne concerne que certains aspects du régime relatifs aux droits acquis. S'agissant de la France, la détermination du caractère dommageable porte sur le régime dans son ensemble. La France a cependant annoncé son intention de modifier son régime afin de se conformer à l'approche du lien aux termes de l'Action 5 ».

¹³³⁰ *Ibid.* : « La révision des régimes préférentiels présentant des caractéristiques dommageables est soumise à un calendrier ambitieux, que les membres du Cadre inclusif de l'OCDE et du G20 s'emploient à respecter au moyen de mesures législatives rapides. Pour les régimes examinés en 2017, les juridictions ont généralement convenu de modifier ou d'abolir les caractéristiques dommageables dans un délai de 12 mois, soit d'ici à octobre 2018. De plus, les avantages pouvant être maintenus dans le cadre des régimes existants qui présentent des caractéristiques dommageables sont strictement limités, ces régimes devant être fermés aux nouveaux entrants d'ici à octobre 2017 (ou au 30 juin 2018 pour les régimes de PI) et le maintien de droits acquis limités est généralement autorisé jusqu'au 30 juin 2021 au plus tard ».

¹³³¹ CGI, art. 39 terdecies. S'y ajoutent à ce régime le crédit d'impôt recherche et le dispositif en faveur des jeunes entreprises innovantes.

Stéphane Gélén et Antoine Faure relativisent toutefois la portée du dispositif, à la lumière du cas français¹³³². Selon eux, la France devrait revendiquer l'application de l'approche du lien et faire état du fait que, tout en étant attractif pour les activités de recherche et développement, le régime incriminé s'applique à des activités réelles¹³³³ dont la substance est directement en rapport avec l'avantage fiscal¹³³⁴ (principe du nexus). En tout état de cause, le taux réduit applicable aux plus-values et redevances concernées par le régime français est supérieur au taux normal de certains Etats membres¹³³⁵.

En généralisant ces observations, nous pouvons considérer que l'intérêt de l'action 5 réside surtout dans le fait qu'elle conduit à une transparence des pratiques de concurrence fiscale, et qu'elle ne comporte pas d'effet direct en matière de régulation des prix de transfert ou *a fortiori* en termes d'harmonisation fiscale. Cette conclusion nous conduit à revoir la classification des actions présentées dans le plan BEPS au regard du principe de pleine concurrence-neutralité.

B. Le plan BEPS et le principe de pleine concurrence universel

Nous tenterons de montrer que le plan BEPS n'a de réalité, dans l'ordre international, qu'en tant qu'il concourt à la poursuite du principe de pleine concurrence par la construction d'un cadre compétition fiscale transparente et loyale entre Etats (1). Cette observation nous permettra de montrer tout l'intérêt, pour notre propos, des avancées en matière d'obligation documentaire (2).

¹³³² GELIN, Stéphane, FAURE, Antoine, *Attractivité du régime fiscal des brevets : l'espoir demeure*, <http://www.lexplicité.fr/attractivité-du-régime-fiscal-des-brevets-lespoir-demeure/>, 8 juin 2018.

¹³³³ *Ibid.* « La part des brevets inventés à l'étranger détenus en France n'est que de 26%, contre 50% en Irlande ou en Suisse en 2015, voire 90% au Luxembourg ».

¹³³⁴ *Ibid.* En principe, l'avantage fiscal associé à un revenu de la propriété immatérielle doit profiter uniquement à des revenus prenant leur source dans une activité de recherche et développement effectuée par le contribuable bénéficiaire. L'avantage s'applique à un ratio entre, d'une part, les dépenses du contribuable augmentées des dépenses externalisées à des parties non liées et, d'autre part, ces mêmes dépenses augmentées des coûts d'acquisition des incorporels concernés et des dépenses externalisées à des parties liées. Le ratio ne doit en tout état de cause pas dépasser sans 100%.

¹³³⁵ *Ibid.* Subsidiairement, un Etat mis en cause peut atténuer l'effet de son régime préférentiel, par exemple en introduisant une règle selon laquelle il appartient au contribuable, en cas de contrôle, de justifier que le montant de l'avantage dont il a bénéficié ne dépasse pas la substance de ses dépenses de recherche et développement propres. Dans ce contexte, Stéphane Gélén et Antoine Faure estiment que l'action 5 vise surtout les dispositifs de « *patent box* » qui permettent de localiser, au sein d'une entité dans un Etat de basse pression fiscale, l'ensemble des éléments d'un actif incorporel déjà constitué dans un autre Etat et notamment les redevances. L'action est donc beaucoup moins ambitieuse qu'il n'y paraît de prime abord, notamment en présence de régimes de faveur touchant à la déduction de charges de recherche et développement, qui donnent lieu, généralement, à un avantage s'établissant en rapport avec leur objet.

1. Classification des actions du plan BEPS

Selon la classification officielle, les travaux du projet BEPS s'inscrivent dans la poursuite de trois objectifs généraux intitulés : cohérence, substance, et transparence, complétés par des actions dites « horizontales » touchant à l'économie numérique et à la mise en place de l'instrument multilatéral¹³³⁶. Les actions désignées comme visant un objectif de transparence nous paraissent bien nommées¹³³⁷. Nous distinguons en revanche mal entre elles les actions dites « de cohérence »¹³³⁸ et « de substance »¹³³⁹, qui portent toutes sur la substance des pratiques fiscales et s'inscrivent généralement en cohérence avec la promotion de l'équité fiscale entre les Etats et les acteurs.

Notons que l'OCDE propose une autre classification des actions par résultats, selon qu'il s'agit, d'une part, de promouvoir des règles internationales minimales¹³⁴⁰ ou renforcées¹³⁴¹ ou, d'autre part, de favoriser des bonnes pratiques de législation interne¹³⁴². Dans ce cas également, nous observons que la classification laisse de côté trois actions dites « horizontales »¹³⁴³. Par ailleurs, les deux classifications, par « nature » et par résultat, ne nous semblent pas rendre compte du fait que les travaux du plan BEPS s'inscrivent dans un cadre plus large que le club habituel des pays de l'OCDE, que ce soit au travers du cadre inclusif, de l'intégration des travaux sur les BEPS avec ceux du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, ou de la création d'une Plateforme pour la collaboration avec les autres Organisations internationales¹³⁴⁴.

¹³³⁶ OCDE, *Cadre inclusif sur le BEPS de l'OCDE et du G20, Rapport d'étape juillet 2017-juin 2018*, Juillet 2018.

¹³³⁷ *Ibid.* On trouve dans ce cadre : l'échange de renseignement sur les décisions fiscales, l'analyse des données, les règles de communication obligatoires d'informations, le réexamen des documentations de prix de transfert, mais aussi l'action relative au règlement des différends.

¹³³⁸ *Ibid.* Les actions de cohérence concernent la neutralisation des dispositifs hybrides, le renforcement des règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées, et la limitation de la déductibilité des intérêts.

¹³³⁹ *Ibid.* Les actions de substance concernent l'évaluation des pratiques fiscales préférentielles au regard du critère du régime fiscal dommageable, la lutte contre l'abus des conventions, la lutte contre l'évitement artificiel de la qualification d'établissement stable, et les travaux sur les prix de transferts en matière d'incorporels, de gestion du risque et du capital, et d'analyse des transactions à haut risque.

¹³⁴⁰ *Ibid.* Les actions ayant pour effet la promotion de standards minimums touchent à l'analyse des régimes fiscaux préférentiels et à l'échange de renseignement sur les rulings, l'anti-abus des conventions, le réexamen de la documentation des prix de transfert et le règlement des différends.

¹³⁴¹ *Ibid.* Il s'agit des actions contre l'évitement artificiel de la qualification d'établissement stable et de révision des lignes directrices en prix de transfert, sur les incorporels, les risques et capitaux, et transactions à haut risque.

¹³⁴² *Ibid.* Soit : neutraliser les effets des dispositifs hybrides, renforcer les règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées, limiter la déductibilité des intérêts, règles de communication obligatoire d'informations.

¹³⁴³ *Ibid.* Actions horizontales : économie numérique, analyse des données, instrument multilatéral.

¹³⁴⁴ *Ibid.* L'OCDE a établi en 2016, avec le FMI, l'ONU et le groupe Banque Mondiale, la Plateforme pour la collaboration en vue de mieux coordonner leurs activités de renforcement des capacités en matière fiscale. L'OCDE vise notamment, par cette plateforme dont la première conférence a eu lieu en février 2018, à mettre en place des boîtes à outils sur le BEPS visant à répondre aux principales priorités identifiées par ces pays. Elle doit par exemple diffuser, fin 2018, un guide pratique sur le transfert indirect d'actifs.

Dans ce contexte, nous proposons ici une classification simple et directement pertinente pour notre propos, consistant à regrouper les actions qui concourent à la mise en œuvre du principe de pleine concurrence-neutralité et à les distinguer des autres. Nous pouvons mettre à l'évidence dans le premier groupe les trois actions d'actualisation des prix de transfert¹³⁴⁵, le réexamen de la documentation des prix de transfert¹³⁴⁶ et des règles obligatoires de publication¹³⁴⁷, ainsi que le règlement des différends¹³⁴⁸ puisqu'il concerne majoritairement notre thématique. Nous rattachons également à cet objectif l'action sur l'économie numérique¹³⁴⁹, celle sur la réécriture des paragraphes 5 et 6 de l'article 5 du modèle de convention face aux schémas de commissionnaires¹³⁵⁰, la limitation de la déductibilité des intérêts¹³⁵¹ et le renforcement des régimes CFC¹³⁵².

Nous voyons alors que parmi les 10 actions qui forment ce premier groupe, 6 tendent à améliorer la substance des règles internationales¹³⁵³, et 4 fournissent la boîte à outils aux Etats pour confectionner des législations ou des pratiques internes qui facilitent la rectification sans trop porter atteinte au principe de pleine concurrence¹³⁵⁴. Dans la première de ces deux sous-catégories, nous voyons dès à présent que les actions 1 et 14 n'avanceront que sous réserve d'un engagement fort des Etats qui, à ce stade, ne fait pas consensus, tandis que les actions 8-10 et 13 affectent simplement les lignes directrices de l'OCDE et n'ont guère de portée normative¹³⁵⁵. De sorte que, parmi les 10 actions qui concourent au principe de pleine concurrence, 4 progressent bien parce qu'elles se limitent à la déclinaison du principe, 5 laissent les Etats libres car elles touchent en réalité au principe de rectification ; et celle qui demeure, et qui vise à renforcer le cadre normatif international proprement dit, avance peu.

¹³⁴⁵ Actions 8-10.

¹³⁴⁶ Action 13.

¹³⁴⁷ Action 12 : règles de communication obligatoires d'informations.

¹³⁴⁸ Action 14.

¹³⁴⁹ Action 1.

¹³⁵⁰ Action 7 : « Empêcher les mesures visant à éviter artificiellement le statut d'établissement stable ».

¹³⁵¹ Action 4.

¹³⁵² Action 3

¹³⁵³ Actions 1, 8-10, 13 et 14. Au titre de l'action 14, nous voyons comme principales nouveautés la promotion de mécanismes d'arbitrages, qui se rattache à l'ordre international mais appelle une transposition par les Etats, et la recherche de solutions réelles par les Etats en matière de procédure amiable, qui est à l'évidence un sujet de politique interne. Il s'agit donc d'équilibrer le renforcement du principe de rectification par des engagements de coopération concrète de la part des Etats.

¹³⁵⁴ Actions 3, 4, 7 et 12. Dans ce dernier cas, on peut en effet estimer que l'OCDE parviendra à un socle d'informations dont la production peut être rendue obligatoire dans un souci de limitation des formalités administratives des groupes dans les différents pays de leur implantation. La mise en œuvre concrète de ces obligations et le lien entre les informations collectées, le contrôle fiscal et les rectifications, resteront de la compétence des Etats.

¹³⁵⁵ On peut d'ailleurs considérer que beaucoup a été fait concernant ces 4 actions par la simple actualisation des lignes directrices en juillet 2017.

Examinons à présent les 6 actions que nous avons réputées ne servir qu'indirectement le principe de pleine concurrence, soit les actions 2¹³⁵⁶, 5¹³⁵⁷, 6¹³⁵⁸, 11¹³⁵⁹ et 15¹³⁶⁰. On peut leur appliquer la même grille de lecture et constater que 3 concourent essentiellement à l'information¹³⁶¹, 2 sont de la compétence ultime des Etats¹³⁶² et une seule, qui tend à la régulation des pratiques fiscales dommageables, touche à la substance du droit international. Encore peut-on subdiviser cette dernière, l'action 5-1ère composante, en deux sous-composantes tendant, respectivement, à faire la lumière sur les pratiques dommageables et à permettre leur encadrement souple par les règles que nous venons de discuter¹³⁶³.

En définitive, nous voyons que le projet BEPS se compose à parts égales d'actions tendant à améliorer la clarté des règles ou l'information des parties prenantes¹³⁶⁴, qui relèvent du niveau international et d'actions réellement normatives, qui relèvent toutes de la compétence des Etats¹³⁶⁵, à l'exception de celle sur l'économie numérique qui, comme nous venons de le voir, n'est pas bien engagée.

2. La déclaration par pays comme outil de régulation concertée

L'évolution de l'obligation documentaire a fait l'objet de l'action 13 du plan BEPS, et figure parmi les chantiers emblématiques de ce programme multilatéral de fiscalité internationale que l'OCDE présente comme le plus ambitieux jamais mis en œuvre. Dans son

¹³⁵⁶ Neutraliser les effets des dispositifs hybrides.

¹³⁵⁷ Elle-même composée de deux actions : 5 1ère composante, sur les régimes fiscaux préférentiels et 2e composante, sur l'échange d'information relatif aux rulings.

¹³⁵⁸ Empêcher l'utilisation abusive des conventions.

¹³⁵⁹ Analyse de données.

¹³⁶⁰ Instrument multilatéral.

¹³⁶¹ Actions 5, 2e composante (relative à l'échange des rulings), 11 (analyse des données) et 15 (instrument multilatéral). Dans ce dernier cas, nous prenons le parti de regarder l'IM comme un magnifique outil de codification et, pour autant, de gestion des négociations conventionnelles et d'accessibilité du droit. Mais nous séparons les composantes de ce chantier qui concourent à l'évolution de la substance des traités, lesquelles peuvent être rattachées à nos autres catégories.

¹³⁶² Actions 2 en matière de neutralisation des dispositifs hybrides et 6 en matière de clauses de limitation des bénéfices conventionnels.

¹³⁶³ L'une, consistant à faire fonctionner le mécanisme de revue par les pairs qui constitue un mécanisme d'information ; l'autre, tendant au désarmement des pratiques dommageables, qui concourt au principe de neutralité. Dans cette mesure, nous pouvons estimer que des pratiques d'optimisation habilement entretenues, ou résultant de la combinaison de règles anodines, continueront d'exister.

¹³⁶⁴ Action 5, 2e composante : échange de rulings, 8-10 sur l'actualisation des lignes directrices, 11 sur l'analyse des données, 12 et 13 sur la déclaration pays par pays sur la base d'une refonte de la documentation de prix de transfert, et 15 sur l'instrument multilatéral.

¹³⁶⁵ Actions 2 : dispositifs hybrides ; 3 : règles CFC ; 4 : déductibilité des intérêts ; 5 1ère composante : pratiques préférentielles - cf. notre remarque ci-dessus ; 6 : anti-abus conventionnels ; 7 : établissements stables ; 14 : règlement des différends, au bénéfice de notre remarque ci-dessus.

rapport d'étape 2017-2018¹³⁶⁶, l'OCDE rend compte de l'avancement de l'action 13, présentée comme assurant aux administrations des informations sans équivalent sur les groupes¹³⁶⁷. Cette action met à jour les lignes directrices en matière de documentation des prix de transfert. Elle ajoute aux deux rapports initiaux une déclaration pays par pays permettant le suivi des activités objets de prix de transfert sur les différents territoires d'implantation. Par ailleurs, l'OCDE s'inscrit, par cette action, dans une démarche de normalisation renforcée de la documentation, destinée à limiter les redondances déclaratives pour les entreprises et à éviter l'exigence, par les Etats, de production de données stratégiques dont la dissémination porterait atteinte au secret des affaires.

L'importance croissante des documentations de prix de transfert est manifestée par la place croissante que prend ce thème dans l'édition 2017 des lignes directrices de l'OCDE¹³⁶⁸. Cette augmentation de volume s'explique par les lacunes de la précédente édition¹³⁶⁹ et des documentations produites en pratiques depuis 2010¹³⁷⁰. L'objectif est donc à la fois de simplifier le travail des contribuables, en harmonisant les exigences administratives, et d'améliorer l'information mise à disposition des services fiscaux en matière de contrôle des prix de transfert¹³⁷¹.

A cet effet, les lignes directrices précisent les trois objectifs de la documentation¹³⁷², objectifs dans lesquels on retrouve la nécessité d'un dispositif d'information équilibré. A

¹³⁶⁶ OCDE, *Cadre inclusif sur le BEPS de l'OCDE et du G20, Rapport d'étape juillet 2017-juin 2018*, Juillet 2018.

¹³⁶⁷ *Ibid.* « La mise en œuvre de l'Action 13 sur la déclaration pays par pays, qui s'appuie sur l'introduction d'exigences renforcées en matière de documentation des prix de transfert et sur les travaux plus larges menés dans le domaine de la coopération fiscale, procure aux administrations fiscales des informations sans équivalent sur les activités mondiales des groupes d'entreprises multinationales présents dans leurs juridictions ».

¹³⁶⁸ Dans la mise à jour de 2017, le chapitre V, consacré aux documentations en matière de prix de transfert, présente des nouveautés conceptuelles importantes. Dans l'édition de 2010, le chapitre comprenait une dizaine de pages, consacrées aux principes généraux des documentations et à une description des informations utiles devant figurer dans une documentation. L'édition de 2017 porte la taille de ce chapitre à 23 pages.

¹³⁶⁹ 5.2. : « Dans sa précédente version, le chapitre V ne prévoyait pas de liste de pièces à fournir dans le cadre d'une documentation des prix de transfert, et ne fournissait aucune orientation claire concernant le lien entre le processus de constitution de la documentation des prix de transfert, l'administration des sanctions et la charge de la preuve ». De nouvelles lignes directrices étaient également rendues nécessaires par « la prolifération » des prescriptions émises par les administrations en la matière, conduisant à « un alourdissement sensible des coûts induits par le respect de la réglementation pour les contribuables ».

¹³⁷⁰ *Ibid.* « Les administrations fiscales jugent souvent que la documentation des prix de transfert laisse à désirer sur le plan informatif et qu'elle ne répond pas à leurs besoins en termes d'application de la législation fiscale et d'évaluation des risques » 5.3.

¹³⁷¹ Cf. 5.4.

¹³⁷² 5.5. : « 1. garantir que les contribuables prennent dûment en considération les prescriptions relatives aux prix de transfert lorsqu'ils établissent les prix et autres conditions des transactions entre entreprises associées, et lorsqu'ils indiquent les bénéfices retirés de ces transactions dans leurs déclarations fiscales ;
2. fournir aux administrations fiscales les informations nécessaires pour qu'elles puissent évaluer en connaissance de cause les risques liés aux prix de transfert ; et

nouveau, l'OCDE ne formule pas de règle de procédure impérative, mais de vives recommandations¹³⁷³ applicables dès le dépôt de la déclaration ainsi qu'en cours de contrôle. Les sources de profit doivent être précisées dans les recommandations à l'échelle du groupe, ce qui permet aux Etats de tester la conformité entre les politiques de prix de transfert, notamment la pratique du *Profit Split*, et la répartition des moteurs de création de valeur¹³⁷⁴ ou à l'inverse les fonctions de routine. Figurent également dans la documentation des éléments renforcés sur la gestion des incorporels et une description de la chaîne d'approvisionnement des cinq principaux produits, permettant d'identifier les centres purement financiers ou de facturation¹³⁷⁵. De même, les grands groupes sont désormais soumis à une obligation déclarative de prix de transfert¹³⁷⁶. Le rapport relatif à la documentation de prix de transfert au titre de l'action 13 du projet BEPS¹³⁷⁷, intégré en juillet 2017 aux lignes directrices, complète à ce titre la documentation en lui ajoutant, conformément aux orientations données lors du lancement du plan BEPS, « *une déclaration pays par pays contenant certaines informations relatives à la répartition mondiale des bénéficiaires de l'entreprise multinationale et des impôts qu'elle acquitte* ».

3. fournir aux administrations fiscales des informations utiles pour réaliser une vérification suffisamment approfondie des pratiques en matière de prix de transfert d'entités imposables dans leur juridiction, même s'il peut être nécessaire de compléter cette documentation à l'aide d'informations supplémentaires à mesure que la procédure de vérification suit son cours ».

¹³⁷³ 5.6. : « il importe que les contribuables soient tenus d'évaluer avec soin, au moment du dépôt de leur déclaration fiscale ou avant, leur propre situation en termes de conformité aux règles applicables en matière de prix de transfert. Il importe également que les administrations fiscales puissent avoir accès aux informations dont elles ont besoin pour procéder à une évaluation des risques liés aux prix de transfert leur permettant de décider en connaissance de cause si une vérification doit ou non être menée. En outre, il importe que les administrations fiscales puissent avoir accès à ou exiger qu'on leur remette, en temps voulu, toutes les informations supplémentaires nécessaires pour mener une vérification approfondie une fois que la décision d'effectuer une telle vérification a été prise ».

¹³⁷⁴ Cf. SILBERSZTEIN, Caroline, DERO, Cyrille, *L'objet des conflits de juridictions : l'attribution de la matière imposable*, Droit fiscal n° 39/2017 comm. 472, 2017, 28 Septembre 2017, 472. : Certains pays tels que la Chine et le Mexique demandent à l'OCDE de pousser plus loin cet effort afin que la documentation comporte une analyse des chaînes de valeur mettant en évidence les écarts entre ces dernières et les cotisations d'impôt dans les différents Etats.

¹³⁷⁵ *Ibid.*

¹³⁷⁶ Cf. DC 2014-707. Le Conseil constitutionnel valide aussi l'extension apportée par l'article 99 aux dispositions des articles L. 13 et L. 102 B du livre des procédures fiscales afin d'imposer aux contribuables dont le chiffre d'affaires ou l'actif brut dépassent un seuil et qui tiennent une comptabilité analytique ou une comptabilité consolidée l'obligation de présenter ces comptabilités au service dans le cadre des vérifications des comptabilités. En revanche, il censure les modifications apportées à l'article 1729 D du code général des impôts, relatif aux amendes en cas de défaut de présentation de la comptabilité tenue au moyen de systèmes informatisés et qui portait le montant de ces amendes, en l'absence de rehaussement, à 5 % du chiffre d'affaires déclaré par exercice soumis à contrôle ou à 5 % du montant des recettes brutes déclaré par année soumise à contrôle et, en cas de rehaussement, à 5 % du chiffre d'affaires rehaussé par exercice soumis à contrôle ou à 5 % du montant des recettes brutes rehaussé par année soumise à contrôle. Le Conseil juge en effet « que le législateur a, s'agissant d'un manquement à une obligation documentaire, retenu des critères de calcul en proportion du chiffre d'affaires ou du montant des recettes brutes déclaré sans lien avec les infractions et qui revêtent un caractère manifestement hors de proportion avec la gravité des infractions réprimées ».

¹³⁷⁷ OCDE, *Documentation des prix de transfert et déclaration pays par pays, Action 13, Rapport final 2015*, Nov 2015.

L'OCDE félicite les Etats qui ont mis en place la nouvelle obligation déclarative et ont assuré sa cohérence avec celle de leurs partenaires¹³⁷⁸. Le nouveau dispositif introduit en effet, dans le paysage de la régulation des prix de transfert, en plus de la logique de coopération entre l'Etat et l'entreprise, une logique de publication et de contrôle citoyen sur les obligations de conformité en matière de fiscalité internationale, de nature à limiter les perceptions négatives portées sur les pratiques de prix de transfert.

*

La documentation de prix de transfert et la déclaration pays par pays constituent en définitive deux modalités complémentaires d'un même dispositif tendant à l'édification d'un cadre coopératif de régulation des prix de transfert. Nous allons examiner comment ce dispositif peut se transposer dans le cadre français.

¹³⁷⁸ OCDE, *Rapport d'étape du cadre inclusif*, op. cit. 2018 : « Les déclarations pays par pays, des mesures ambitieuses ont été prises par les juridictions afin de mettre en place un cadre relatif au dépôt et à l'échange de déclarations pour les groupes d'entreprises multinationales dont le chiffre d'affaires consolidé est d'au moins 750 M€, ces mesures étant mises en œuvre rapidement, de manière cohérente et par plusieurs juridictions à travers le monde. Les renseignements recueillis sont précieux pour les administrations fiscales et concernent le montant du chiffre d'affaires, le bénéfice avant impôts, les impôts sur les bénéfices acquittés et dus, ainsi que le capital social, les bénéfices non distribués, le nombre d'employés et les actifs corporels. Ces informations seront particulièrement utiles pour les pays en développement qui seront en mesure de mieux évaluer les risques en matière de prix de transfert que présentent certaines entreprises multinationales dans leur juridiction fiscale et ainsi de prendre des décisions éclairées concernant la mise en œuvre de vérifications, permettant une allocation plus efficiente des ressources. Cinquante-sept juridictions soit exigent que les entités mères ultimes des groupes d'entreprises multinationales déposent une déclaration pays par pays au titre de l'exercice 2016, soit leur permettent de le faire sur une base volontaire ».

§ 2. LA REGULATION COOPERATIVE EN DROIT INTERNE

La France n'a pas encore mis en place de déclaration pays par pays. Il convient de se demander si cette lacune est irréversible ou si, sur le chemin de la régulation coopérative (B), une déclaration pays par pays française pourra émerger (A).

A. Les tentatives de rééquilibrage de l'accès à l'information

1. La refonte parlementaire de l'obligation documentaire

Le nouveau régime français d'obligation documentaire¹³⁷⁹ reprend les préconisations du rapport de l'OCDE au titre de l'action 13 du plan BEPS. La documentation comprend un fichier principal, relatif au groupe, et un fichier local relatif à l'entité vérifiée. Introduit par amendement du président de la commission des finances de l'Assemblée nationale¹³⁸⁰ et applicable aux exercices ouverts à compter de 2018, le texte réécrit le II de l'article L. 13 AA du LPF. Il prévoit que le Gouvernement remettra au Parlement, avant le dépôt du projet de loi de finances pour 2021, un rapport sur la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 13 AA comportant, notamment, des indications statistiques relatives aux documentations sur les prix de transfert ainsi qu'un examen de la pertinence des informations produites dans le cadre de cette documentation pour le contrôle des prix de transfert.

Au cours des travaux parlementaires, la commission des finances du Sénat a cherché à limiter le contenu législatif du II de l'article L. 13 AA et de renvoyer au décret la description précise des obligations¹³⁸¹. Si cette orientation n'a pas été suivie, le gouvernement a précisé

¹³⁷⁹ Issu de l'article 107 de la loi n°2017-1837 du 30 décembre 2017 de finances pour 2018.

¹³⁸⁰ Article 46 ter issu de l'amendement II-CF463 du Président Eric Woerth, adopté par la commission sous le numéro II-1509. Lors de sa présentation, l'ancien ministre du Budget a exposé : « *Cet amendement a trait aux prix de transfert, qui sont un des éléments extrêmement importants de la fraude et de l'évasion fiscales, lesquelles sont plus que jamais à l'ordre du jour. En 2009, nous avons fait en sorte, avec Christine Lagarde, de compléter la documentation qui peut être demandée par l'administration fiscale pour contrôler le niveau des prix de transfert. Or, depuis cette date, la France n'a pas revu cette liste de documents, contrairement à l'OCDE. Nous vous proposons donc d'adopter le standard international en la matière ; cela me paraît absolument nécessaire* ». Le rapporteur général et la rapporteuse ont approuvé l'amendement, sous réserve d'un décalage à 2021, au lieu de 2019, de la remise du rapport sur l'application des dispositions de l'article L. 13 AA, conformément au sous-amendement du rapporteur général, qui précise : « *Mais, je le répète, j'approuve l'esprit de l'amendement et son caractère éthique* ». La rapporteuse Emilie Cariou précise de son côté : « *J'approuve également – une fois n'est pas coutume non plus... – l'esprit de cet amendement, qui comprend le kit complet du contrôle des prix de transfert. Il est en effet urgent que toute entreprise dispose d'une véritable politique de prix de transfert, à jour, qui permette de faire l'analyse fonctionnelle du groupe et de valoriser les prix de transfert au sein de celui-ci* ».

¹³⁸¹ L'article proposé prévoyait : « *1. Le fichier principal contient des informations normalisées relatives à l'ensemble des membres du groupe d'entreprises associées, réparties en cinq catégories : a) la structure organisationnelle du groupe multinational ; b) une description du domaine ou des domaines d'activité du groupe multinational ; c) les actifs*

par un décret du 29 juin 2018¹³⁸² le contenu de l'obligation documentaire en créant un article R. 13 AA-1 du LPF. Cet article prévoit que la documentation, qui couvre les filiales et succursales, est communiquée à l'administration sous forme électronique standardisée. Le décret structure le fichier principal en cinq rubriques précisant l'organisation¹³⁸³, les activités¹³⁸⁴, les actifs incorporels¹³⁸⁵, les relations financières internes¹³⁸⁶ et la situation financière et fiscale du groupe¹³⁸⁷. Il fixe de même la structure du fichier local, « présenté

incorporels du groupe multinational ; d) les activités financières interentreprises du groupe multinational ; et (e) les situations financière et fiscale du groupe multinational ». S'agissant du fichier local : « 2. Le fichier local contient des informations faisant spécifiquement référence aux transactions importantes entre l'entreprise vérifiée et les entreprises associées localisées dans différents pays et qui sont importantes dans le contexte du système d'imposition local. Il se compose notamment des informations financières utiles concernant ces transactions spécifiques, d'une analyse de comparabilité, ainsi que d'informations relatives à la sélection et à l'application de la méthode de détermination des prix de transfert la plus appropriée ».

¹³⁸² Décret n°2018-554 du 29 juin 2018, art. 1.

¹³⁸³ Cette rubrique correspond au a) du 1. du II de l'article L. 13 AA, prévoyant la production d'un « schéma illustrant la structure juridique et capitalistique du groupe ainsi que la situation géographique des entités opérationnelles ».

¹³⁸⁴ Il s'agit des obligations prévues aux b à g du 1. du II : « b) Les sources importantes de bénéfices du groupe ; c) Une description de la chaîne d'approvisionnement des cinq principaux biens et services offerts par des entreprises du groupe ainsi que de tout autre bien et service représentant plus de 5 % du chiffre d'affaires du groupe ; d) Une liste et une description des accords importants de prestations de services entre entreprises associées, à l'exclusion des accords afférents à des services de recherche et développement. Ces informations incluent une description des capacités des principaux sites fournissant les services importants et des politiques appliquées en matière de prix de transfert pour répartir les coûts des services et déterminer les prix facturés pour les services intra-groupe ; e) Une description des principaux marchés géographiques sur lesquels les biens et services du groupe sont vendus ; f) Une analyse fonctionnelle décrivant les principales contributions des différentes entités du groupe à la création de valeur, c'est-à-dire les fonctions-clés exercées, les risques importants assumés et les actifs importants utilisés ; g) Une description des opérations importantes de réorganisations d'entreprises ainsi que d'acquisitions et de cessions d'éléments d'actif intervenues au cours de l'exercice ».

¹³⁸⁵ Il s'agit des obligations prévues aux h à k du 1. du II de l'article L. 13 AA : « h) Une description générale de la stratégie du groupe en matière de mise au point, de propriété et d'exploitation des actifs incorporels. Cette description comporte notamment la localisation des principales installations de recherche et développement et celle de la direction des activités de recherche et développement ; i) Une liste des actifs incorporels ou des catégories d'actifs incorporels qui sont importants pour l'établissement des prix de transfert ainsi que des entités qui en sont légalement propriétaires ; j) Une liste des accords importants entre entreprises associées relatifs aux actifs incorporels, y compris les accords de répartition de coûts, les principaux accords de services de recherche et les accords de licence ; k) Une description générale des éventuels transferts importants de parts d'actifs incorporels entre entreprises associées, mentionnant les pays et les rémunérations correspondantes ».

¹³⁸⁶ Soit les rubriques l à n du 1. : « l) Une description générale de la façon dont le groupe est financé, y compris une description des accords de financement importants conclus avec des prêteurs indépendants du groupe ; m) L'identification de tous les membres du groupe multinational exerçant une fonction de centrale de financement pour le groupe, y compris des pays de constitution des entités considérées et de leur siège de direction effective ; n) Une description générale des politiques du groupe en matière de prix de transfert relatives aux accords de financement entre entreprises associées ».

¹³⁸⁷ Soit les rubriques o et p du 1. : « o) Les états financiers consolidés annuels du groupe pour l'exercice fiscal s'ils sont préparés par ailleurs à des fins d'information financière, réglementaires, de gestion interne, fiscales ou autres ; p) Une liste et une description des accords préalables en matière de prix de transfert unilatéraux conclus par le groupe et des autres décisions des autorités fiscales concernant la répartition des bénéfices entre pays ».

sous la forme de trois rubriques dans l'ordre suivant : "Entité en France"¹³⁸⁸, "Transactions contrôlées"¹³⁸⁹ et "Informations financières"¹³⁹⁰ ».

Le décret précise la forme attendue des documents, souvent pour ouvrir la faculté d'une présentation schématique¹³⁹¹ ou prescrire une certaine forme d'exposé¹³⁹². Il fournit en outre la définition de certains termes¹³⁹³, notamment ceux dont la mention est assortie d'un critère d'importance¹³⁹⁴ pour lesquels il fixe, dans certains cas, un seuil de matérialité de

¹³⁸⁸ Il s'agit des obligations prévues aux a et b du 2 du II : « a) Une description de la structure de gestion et un organigramme de l'entreprise ; b) Une description des activités effectuées et de la stratégie d'entreprise mise en œuvre en indiquant notamment si l'entreprise a été impliquée dans ou affectée par des réorganisations d'entreprises ou des transferts d'actifs incorporels pendant l'exercice ou l'exercice précédent et en expliquant les aspects de ces transactions qui affectent l'entreprise ».

¹³⁸⁹ Il s'agit des rubriques c à p du 2 du II : « c) Une description des transactions importantes avec des entreprises associées et des conditions dans lesquelles elles sont réalisées. Cette description porte notamment sur les achats de services de fabrication, les acquisitions de biens, la fourniture de services, les prêts, les garanties financières et garanties de bonne exécution, la concession de licences portant des actifs incorporels ; d) Les montants des paiements et recettes intra-groupes pour chaque catégorie de transactions impliquant l'entreprise vérifiée ventilés en fonction de la juridiction fiscale du payeur ou du bénéficiaire étranger ; e) Une identification des entreprises associées impliquées dans chaque catégorie de transactions contrôlées et des relations qu'elles entretiennent avec l'entreprise vérifiée ; f) Une copie de tous les accords intra-groupes importants conclus par l'entreprise vérifiée ; g) Une analyse de comparabilité et une analyse fonctionnelle détaillées de l'entreprise vérifiée et des entreprises associées pour chaque catégorie de transactions, y compris les éventuels changements par rapport aux exercices précédents ; h) Une indication de la méthode de détermination des prix de transfert la plus adaptée pour chaque catégorie de transactions et des raisons pour lesquelles cette méthode a été choisie ; i) Une indication de l'entreprise associée qui a été choisie comme partie testée, le cas échéant, et une explication des raisons de cette sélection ; j) Une synthèse des hypothèses importantes qui ont été posées pour appliquer les méthodes de fixation des prix de transfert ; k) Le cas échéant, une explication des raisons pour lesquelles une analyse pluriannuelle des méthodes de prix de transfert a été appliquée ; l) Une liste et une description des transactions comparables sur le marché libre et des indicateurs financiers relatifs à des entreprises indépendantes utilisés dans le cadre de l'analyse des prix de transfert, y compris une description de la méthode de recherche de données comparables avec l'indication de la source de ces informations ; m) Une description des éventuels ajustements effectués en indiquant si ces ajustements ont été apportés aux résultats de la partie testée, aux transactions comparables sur le marché libre ou aux deux ; n) Une description des raisons pour lesquelles il a été conclu que les prix des transactions avaient été établis conformément au principe de pleine concurrence en application de la méthode de prix de transfert retenue ; o) Une synthèse des informations financières utilisées pour appliquer la méthode de détermination des prix de transfert ; p) Une copie des accords de fixation préalable des prix de transfert unilatéraux, bilatéraux et multilatéraux existants ainsi que des décisions d'autres autorités fiscales et qui sont liés à des transactions contrôlées avec l'entreprise vérifiée ».

¹³⁹⁰ Il s'agit des rubriques q à s du 2 : « q) Les comptes financiers annuels de l'entreprise vérifiée ; r) Des informations et des tableaux de répartition indiquant comment les données financières utilisées pour appliquer la méthode de détermination des prix de transfert peuvent être reliées aux états financiers annuels ; s) Des tableaux synthétiques des données financières se rapportant aux transactions comparables utilisées avec l'indication des sources dont ces données sont tirées ».

¹³⁹¹ Par exemple en matière de fichier local, pour l'application du a, « la description de la structure de gestion distingue les organes de direction et les structures opérationnelles de l'entreprise avec des informations sur leurs responsabilités et rôles respectifs et les moyens humains. Cette description peut prendre la forme d'un schéma ou d'un diagramme ».

¹³⁹² Par exemple, en matière de fichier local, « la présentation de la méthode des prix de transfert la plus adaptée est effectuée sous la forme d'un tableau avec, en lignes, les catégories de transactions et, en colonnes, l'indication, d'une part, de la ou des méthodes des prix de transfert appliquées, d'autre part, d'une explication des raisons qui ont conduit au choix de ces méthodes. Ce tableau est complété par des précisions littérales ».

¹³⁹³ Ibid. « La description de la chaîne d'approvisionnement des biens et services comprend les principales étapes qui conduisent à la commercialisation des biens et services, ce qui inclut notamment les activités de conception et de fabrication ».

¹³⁹⁴ Ainsi, la notion de source importante de bénéfices est précisée comme traduisant des activités exerçant une influence déterminante dans la réalisation des bénéfices. De même, « Pour l'application du d, les accords importants de prestations de services entre entreprises associées correspondent à ceux dont l'exécution est prépondérante dans l'activité des entreprises du groupe qui sont bénéficiaires des prestations ». Enfin, « Pour l'application du k, les

100 000 €¹³⁹⁵. Le texte précise par ailleurs la définition des éléments d'analyse fonctionnelle attendus, en référence aux définitions usuelles des lignes directrices¹³⁹⁶, ainsi que les données attendues en ce qui concerne certains points de contrôle susceptibles de déclencher la mise en œuvre de mesures spéciales, telles que l'article 209 B¹³⁹⁷ ou l'application du critère du lien en matière d'article 39 terdecies¹³⁹⁸, ou encore de susciter une vigilance particulière du service. Tel est le cas, en particulier, en matière de réorganisation¹³⁹⁹ ou de structuration des politiques d'optimisation par les redevances¹⁴⁰⁰ ou la sous-capitalisation. Il définit enfin les catégories de transactions à prendre en compte en référence aux principales catégories du plan comptable général en matière de charges¹⁴⁰¹ et de produits¹⁴⁰² d'opérations en capital¹⁴⁰³, ou de contreparties financières de ces différents types de transactions¹⁴⁰⁴.

transferts importants de parts d'actifs incorporels entre entreprises associées sont ceux qui conduisent à une modification substantielle des fonctions exercées et des risques assumés par les entités concernées ».

¹³⁹⁵ Ainsi, dans le cas du fichier local, le décret précise que, « pour l'application des c à p, les transactions qui doivent faire l'objet de renseignements dans le fichier local sont celles réalisées entre l'entreprise et une ou plusieurs entreprises associées et dont le montant, tel qu'il est issu de la comptabilité sociale, agrégé par catégorie excède 100 000 € au titre de l'exercice ». La même précision s'applique pour les accords intra-groupe importants au sens du f. du 2. du II.

¹³⁹⁶ « L'analyse de comparabilité décrit, pour chaque catégorie de transactions, d'une part, les conditions de rémunération de l'entreprise, d'autre part, celles qui trouveraient à s'appliquer entre des entreprises indépendantes. Les éventuels écarts sont justifiés. L'analyse fonctionnelle comprend : 1° Une description des fonctions exercées, des risques assumés et des principaux actifs utilisés dans la réalisation des transactions ; 2° Les changements intervenus par rapport aux deux exercices précédents ».

¹³⁹⁷ Ainsi, « la description des capacités des sites qui fournissent les services comprend des informations sur les moyens humains, matériels, financiers et logistiques ».

¹³⁹⁸ « Pour l'application du h, la description de la stratégie du groupe en matière de mise au point, de propriété et d'exploitation des actifs incorporels comprend notamment des informations sur les opérations réalisées au sein du groupe et sur celles qui font l'objet d'une sous-traitance auprès d'entreprises qui ne sont pas membres du groupe ».

¹³⁹⁹ « Pour l'application du g, les opérations importantes de réorganisation correspondent aux opérations réalisées par des entreprises du groupe et qui se sont traduites par des transferts ou des créations d'activité ainsi que par des changements de statut juridique ou de fonctions ».

¹⁴⁰⁰ Ainsi, « pour l'application du i, la liste des actifs incorporels ou des catégories d'actifs incorporels importants pour l'établissement des prix de transfert est complétée par une rubrique relative aux politiques du groupe en matière de prix de transfert relatives à la recherche et développement et aux actifs incorporels ». De plus, « Les installations de recherche correspondent aux unités opérationnelles de recherche et de développement telles que les centres, laboratoires ou ateliers de recherche. La localisation de la direction des activités de recherche et de développement correspond au lieu où les orientations stratégiques de recherche et développement sont prises ».

¹⁴⁰¹ « les achats de biens, les prestations de services, les commissions, les redevances de brevet, les redevances de marque, les redevances de savoir-faire, les autres redevances de droits de propriété intellectuelle, les garanties de bonne exécution, les garanties financières, les charges financières, les flux sur instruments financiers à terme, les autres charges ».

¹⁴⁰² « les ventes des biens, les prestations de services, les commissions, les redevances de brevet, les redevances de marque, les redevances de savoir-faire, les autres redevances de droits de propriété intellectuelle, les garanties de bonne exécution, les garanties financières, les produits financiers, les flux sur instruments financiers à terme, les autres produits ».

¹⁴⁰³ Les transactions « qui correspondent à des acquisitions et des cessions d'actifs portant sur : les brevets, les marques, les fonds de commerce, les immobilisations financières, les biens meubles incorporels, les biens meubles corporels, les biens immeubles ».

¹⁴⁰⁴ « Pour l'application du d, les montants de paiements et recettes intra-groupe correspondent aux montants des transactions qui se sont traduites, dans la comptabilité sociale, par des produits, des charges, des augmentations ou des diminutions d'actif ou de passif ».

Cette logique de pontage avec les normes utilisées pour la production des états financiers conforte l'idée selon laquelle la documentation est un système complémentaire à l'information comptable. Elle concerne le chiffrage des effets de la politique de prix de transfert. Ainsi, la rubrique r) précise « *les conséquences arithmétiques de l'application des politiques de prix de transfert dans la comptabilité sociale avec l'identification des comptes concernés* », et « *la correspondance entre les états financiers ayant servi à la détermination des prix et ceux dont la tenue par l'entreprise est obligatoire* ».

Compte tenu des précisions ainsi fournies par décret, le contenu des commentaires apportés le 18 juillet 2018 par l'administration est limité. Ils comportent toutefois un renvoi général aux lignes directrices de l'OCDE¹⁴⁰⁵, ce qui confère une certaine importance à l'évolution à venir de ces directives¹⁴⁰⁶.

2. L'échec de l'introduction d'une déclaration pays par pays

L'article 138 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique avait introduit, à l'article 223 quinquies B du CGI, une obligation déclarative en matière de prix de transfert reprenant le modèle de la déclaration pays par pays. Elle s'appliquait aux entités qui réalisent ou sont liées par dépendance¹⁴⁰⁷ à une entité réalisant au moins 50 M€ de chiffre d'affaires ou disposant d'un actif brut de ce même montant. La déclaration comportait des informations sur le groupe¹⁴⁰⁸ et sur l'entreprise¹⁴⁰⁹ :

¹⁴⁰⁵ L'instruction BOI-BIC-BASE-80-10-10 précise : « *Cette documentation correspond désormais au standard international issu des travaux de l'OCDE (action 13 du plan BEPS), tel qu'il est décrit dans « les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales* ». Les recommandations prévues pour cette documentation dans le standard de l'OCDE s'appliquent à la documentation prévue à l'article L. 13 AA du LPF et sont désormais commentées au BOI-BIC-BASE-80-10-40 ».

¹⁴⁰⁶ En application des dispositions de l'article L. 80 A du LPF, l'instruction ne peut avoir pour effet de renforcer l'obligation des contribuables, mais elle peut fournir matière à discussion si les entreprises envisageaient d'en opposer le contenu aux services de contrôle fiscal, par l'intermédiaire de ce renvoi général aux lignes directrices.

¹⁴⁰⁷ La déclaration s'applique également dans le cadre des groupes intégrés, d'où la codification de l'obligation déclarative au sein des dispositions relatives à l'intégration fiscale.

¹⁴⁰⁸ Il s'agit de : « *a) Une description générale de l'activité déployée, incluant les changements intervenus au cours de l'exercice ; b) Une liste des principaux actifs incorporels détenus, notamment brevets, marques, noms commerciaux et savoir-faire, en relation avec l'entreprise déclarante ainsi que l'Etat ou le territoire d'implantation de l'entreprise propriétaire de ces actifs ; c) Une description générale de la politique de prix de transfert du groupe et les changements intervenus au cours de l'exercice* ».

¹⁴⁰⁹ « *a) Une description de l'activité déployée, incluant les changements intervenus au cours de l'exercice ; b) Un état récapitulatif des opérations réalisées avec d'autres entreprises associées, lorsque le montant agrégé par nature de transactions excède 100 000 €. Cet état indique la nature et le montant des transactions, ainsi que les Etats et territoires d'implantation des entreprises associées ; c) Une présentation de la ou des méthodes de détermination des prix de transfert dans le respect du principe de pleine concurrence en indiquant la principale méthode utilisée et les changements intervenus au cours de l'exercice* ».

Ceci étant, le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition en relevant que l'exigence, par l'administration, de données d'assiette, ne doit pas impliquer la divulgation publique d'informations sensibles¹⁴¹⁰. Il nous semble toutefois que la décision pourrait être surmontée, dans le futur, en imposant à l'administration fiscale, destinataire d'informations sensibles, des règles de secret fiscal renforcées.

B. *Compliance* et collaboration : deux modalités possibles de transposition

A ce point de l'analyse, nous pouvons considérer que les autorités fiscales nationales disposent d'un choix entre deux politiques. Soit elles choisissent d'imposer aux entreprises une obligation de prévenir l'évasion fiscale en leur déléguant une charge de gestion des risques qui en résultent ; soit elles s'efforcent d'instaurer un régime collaboratif de régulation des prix de transfert. Il ne s'agit pas là de deux options incompatibles : un régime collaboratif peut en effet naître de l'instauration d'obligations nouvelles. Les deux politiques se distinguent cependant par l'importance de la responsabilité qui est imposée aux acteurs dans le dispositif (1) et, plus profondément, par la nature du droit des prix de transfert qu'elles induisent (2).

1. Gestion déléguée ou gestion collaborative

Rappelons que, selon notre analyse, le paradigme de la *compliance* se caractérise par l'imposition aux entreprises d'obligations qui tendent à leur faire prendre en charge la poursuite, dans leur propre domaine d'autorité ou de contrôle, des objectifs de la personne publique. Un choix subsiste alors, portant sur le point de savoir si ces objectifs sont simplement transférés aux acteurs privés ou si le travail peut être fait en commun avec l'Etat. Au choix britannique d'une gestion intégralement déléguée¹⁴¹¹, nous préférons naturellement

¹⁴¹⁰ Cf. Décision 2016-741 DC du 8 décembre 2016, relative à la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique (dite « loi Sapin II »). Le Conseil constitutionnel se prononçait sur le paragraphe I de l'article 137 qui imposait une obligation déclarative, accessible gratuitement par le public, précisant pour chaque Etat membre de l'Union européenne, le nombre de salariés, le montant du chiffre d'affaires net, le montant du résultat avant impôt sur les bénéficiaires, le montant de l'impôt sur les bénéfices dû, le montant de l'impôt acquitté accompagné d'une explication sur les discordances éventuelles avec le montant dû, et le montant des bénéfices non distribués. Il admet que, par ces dispositions, le législateur a entendu, par une mesure de transparence, éviter la délocalisation des bases taxables afin de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales. Il a toutefois relevé que les informations produites permettaient à quiconque, notamment aux concurrents des sociétés concernées, d'identifier des éléments essentiels de leur stratégie industrielle et commerciale, portant une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

¹⁴¹¹ Ou à la variante française que l'on pourrait imaginer sur la base de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, qui instaure elle-même des obligations de conformité anticorruption dans l'ordre administratif, sur le modèle des infractions pénales pour défaut de prévention de la corruption existant aux Etats-Unis et au Royaume-Uni.

la seconde option, intrinsèquement collaborative, qui présente beaucoup d'avantages assortis de deux exigences.

Première exigence, la norme de rectification qui constitue le support des obligations nouvelles doit être claire. Les acteurs privés ne reçoivent en effet d'incitation à coopérer, on l'a vu, que si le gain de coopération peut se comparer à un risque réel de sanction ou de rectification. L'examen de la jurisprudence française auquel nous nous sommes livrés montre, à cet égard, que le droit français est très perfectible, tant en ce qui concerne la prise en compte de la référence de pleine concurrence qu'en ce qui concerne la définition du principe de rectification.

Pour la clarté des règles, il y aurait lieu de réécrire les dispositions de l'article 57 et des autres dispositifs de correction des revenus, et d'enrichir les instructions administratives qui commenteront ces nouvelles dispositions en prenant directement en compte les éléments de principe qui se dégagent de la profusion des lignes directrices de l'OCDE. Afin d'engager, dès le stade de cette réécriture, une logique collaborative, il pourrait être envisagée d'organiser une consultation publique dès le stade d'élaboration normative. La rédaction pourrait ainsi associer de façon transparente les fédérations professionnelles, les organisations internationales, les syndicats de salariés, les organisations de la société civile, les universités, et plus généralement les représentants d'intérêt. Elle pourrait être soumise au Conseil d'Etat pour avis public quant à son interprétation au regard des objectifs de lutte contre l'évasion fiscale et de préservation de l'égalité entre les contribuables en matière de contribution aux charges publiques. Une telle logique permettrait de prendre en compte l'exigence d'articulation entre le droit fiscal, la comptabilité et le droit, en poussant jusqu'au bout de la logique collaborative la proposition formulée par Olivier Fouquet et Claude Lopater en matière de coordination entre l'Autorité des normes comptables et la Direction de la législation fiscale¹⁴¹². Le projet de réécriture serait présenté comme une déclinaison nationale du plan BEPS, c'est-à-dire comme une contribution aux travaux multilatéraux, contrairement au choix fait par les autorités américaines dans la confection de la réforme fiscale de 2017 ;

Deuxième exigence, la nature des obligations de conformité doit pouvoir s'articuler avec une gestion du risque. Dans le paradigme de la *compliance*, cette gestion s'effectue au

¹⁴¹² Cf. FOUQUET, Olivier, LOPATER, Claude, *Réduire l'insécurité fiscale : nouvelle mission de la profession comptable et de l'ANC*, FR Lefebvre 25/15 ; FOUQUET, Olivier, *Les difficultés du contrôle fiscal des entreprises en France et ses améliorations possibles*, Revue française de Finances publiques, n°138-04, mai 2017.

travers d'une analyse des processus de l'entreprise, dont on déduit une cartographie des risques, un code de conduite, et des dispositifs d'évaluation des tiers et d'alerte interne¹⁴¹³. Dans le cas britannique étudié précédemment, il nous semble que l'obligation imposée aux acteurs n'est pas suffisamment assortie de précisions opérationnelles à leur intention, puisqu'elle s'appuie sur une référence générale aux standards de compliance issus de la législation anticorruption de l'*United Kingdom Bribery Act*. Il conviendrait que l'Etat définisse, en partenariat avec les acteurs, la nature des risques à couvrir. Au-delà du risque de fraude fiscale, seul couvert par la législation britannique, le but d'un standard de conformité devrait consister à maîtriser les risques d'atteinte aux droits des actionnaires et des salariés.

En définitive sur ce point, la gestion des risques associés aux prix de transfert pourrait faire l'objet d'un partenariat renforcé entre l'administration et les entreprises, à l'image de la manière dont les services fiscaux peuvent gérer les procédures amiables en matière de prix de transfert et les accords préalables de prix. La gestion collaborative serait étendue à la prise en compte des sujets émergents de la fiscalité des prix de transfert : délimitation des transactions, adaptation des règles de tarification aux évolutions de l'économie, et, pour pousser la logique jusqu'à son terme, identification des montages optimisants de façon à préciser la frontière entre les schémas acceptables et les politiques sujettes à rectification. Une telle logique permettrait de donner corps aux règles de rescrit et de contrôle à la demande, innovations normatives utiles, mais encore symboliques. Le rendement de l'impôt y gagnerait, puisque le service disposerait de règles efficaces de rectification et d'une capacité de dissuasion considérablement affermie. L'administration pourrait d'ailleurs réaffecter des ressources employées à de lourds contrôles¹⁴¹⁴ et leur confier des missions de conseil et d'instruction.

2. Vers un droit coopératif des prix de transfert

La thématique de la coopération montre qu'il y a deux façons d'organiser la régulation des prix de transfert qui, toutes deux, font usage de la science juridique mais qui donnent à la législation fiscale une importance différente.

La première prend acte du découplage entre la référence de pleine concurrence et le principe de rectification. En présence d'asymétries d'information et d'une certaine complexité de la matière, cette forme de régulation aboutit à créer un corpus juridique

¹⁴¹³ Cf. Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 précitée, art. 17 II sur le volet de la gestion du risque de corruption.

¹⁴¹⁴ Cf. BOI-BIC-BASE-80-20

supplémentaire, à côté des normes d'assiette et de procédure fiscale, et qui repose sur les méthodes de la *compliance* pour concilier les éléments disjoints du principe universel de pleine concurrence. L'embryon de cette gestion se développe aujourd'hui sous nos yeux : il est constitué par les obligations documentaires en matière de prix de transfert, qui organisent peu à peu une logique de reddition de comptes distincte de celle des déclarations de bénéficiaires, avec à la clé un risque de lourdeurs administratives et un problème de sécurité des informations sensibles communiquées à l'administration fiscale. Une telle forme de régulation est de nature à ajouter au corpus du droit fiscal composé par la loi, les instructions administratives et les lignes directrices de l'OCDE en matière de prix de transfert, un corpus nouveau de règles générales édictées par le droit national et décliné sous forme de règles internes aux groupes. La dérive entre les deux éléments du principe de pleine concurrence débouche donc sur un supplément de règle, manifestant une logique de prolifération normative qui interdit, à notre sens, de la considérer comme satisfaisante.

La deuxième façon de réguler les prix de transfert passe par des précisions concernant la référence de pleine concurrence et par d'importants amendements au principe de rectification. Au prix de ce détour théorique et d'un effort de coopération systématique, cette forme de régulation nous semble pouvoir déboucher sur un corps de règles fiscales homogène tout en assurant l'équilibre d'un système plus complexe :

- l'objectif dépasserait la lutte contre l'évasion fiscale pour englober la protection de l'ensemble des intérêts économiques en cause ;

- le dispositif ne se limiterait pas à une dialectique entre l'administration et le contribuable sous le contrôle du juge, mais permettrait une détermination non conflictuelle des prix de transfert ;

- au lieu d'une logique de compétition fiscale rationalisée, la logique collaborative permettrait d'envisager une coopération fiscale renforcée entre les Etats.

Le principe de pleine concurrence, au prix d'un emprunt à la science économique, fournit ainsi le support pour faire tenir ensemble les objectifs de neutralité fiscale et de sécurité juridique.

*

L'approche collaborative fait surgir dans la problématique de régulation des prix de transfert des perspectives inédites pour toutes les interactions qui régissent cette matière :

interactions entre les principes de rectification et de neutralité, entre la lutte contre l'évasion fiscale et l'égalité devant les charges publiques, entre le contentieux et la résolution amiable, entre l'administration et les entreprises, entre les Etats et la société civile, entre le droit fiscal et les autres branches juridiques, entre la forme et la substance. Sur tous ces sujets, une conciliation nous apparaît en définitive envisageable dans un même système de droit intelligible, plutôt que dans une addition complexe de normes.

*

*

*

On pourrait souhaiter que l'échec de la déclaration pays par pays en France ne soit que passager, et que la reconstruction d'un texte équivalent, appuyé sur la responsabilité sociale et environnementale des groupes, par exemple, aboutisse à compléter l'édifice recommandé dans le cadre du plan BEPS. Peut-être cet échec, ou ce retard, est-il une occasion de dépasser cette simple logique déclarative et de formuler par elle-même la question de la régulation des prix de transfert. Cette philosophie pourrait profiter de l'opportunité du plan BEPS pour affirmer l'intention d'en tirer les enseignements en droit français et d'aiguillonner les partenaires de la France, en recherchant une véritable coproduction avec toutes les parties prenantes, dans l'esprit d'un droit coopératif des prix de transfert.

CONCLUSION DE LA SECTION

La prise en compte de l'approche coopérative offre des perspectives de réforme particulièrement stimulantes pour la mise en œuvre des travaux internationaux du moment. Elle fournit aussi la matière pour une mise en œuvre effective, à l'échelle nationale, des objectifs qui ont motivé à l'échelle internationale la définition du plan BEPS : l'achèvement de la déclaration pays par pays, la délimitation des transactions numériques, la définition des règles de la fiscalité numérique, ou encore la gestion des règles de capitalisation et de restructuration des entreprises constituent autant de chantiers possibles dans lesquels cette approche pourrait fonctionner.

CONCLUSION DU CHAPITRE

La coopération apparaît en définitive essentielle à la régulation des prix de transfert, puisque l'alternative à la coopération est le conflit arbitré par le juge. La censure de la déclaration pays par pays a donné un aperçu de cette alternative générale et sous-optimale, puisqu'elle a donné lieu à une opposition frontale entre la liberté d'entreprendre et la lutte contre l'évasion fiscale, réplique constitutionnelle des contentieux analysés dans notre première partie.

La coopération n'apparaît pas seulement comme un gain systémique, mais comme une nécessité à l'échelle de chaque protagoniste du marché confronté à son propre intérêt. Corollaire d'une compétition fiscale qui est aujourd'hui indépassable, la coopération sera donc imposée ou négociée, mais il n'existera pas de véritable régulation des prix de transfert sans qu'une forme de coopération intervienne.

Nous préférons à l'évidence une collaboration choisie entre les parties prenantes, visant à redéfinir le principe de rectification pour l'articuler vraiment avec le principe de pleine concurrence-neutralité, cette intuition géniale, et si vivace, de Mitchell B. Carroll.

CONCLUSION DU TITRE

La théorie de la coopération vue au chapitre 1 s'est confirmée au chapitre 2. Non seulement le défaut de coopération a un prix, qui est le sous-optimum, mais le choix de la coopération procure un gain.

Ce gain est proportionnel à la supériorité du modèle concurrentiel par rapport aux autres formes d'équilibre économique. Sa mesure permet d'inscrire la problématique de régulation des prix de transfert en pleine adéquation avec les prédictions du principe de pleine concurrence. Elle permet d'esquisser les contours d'un droit coopératif des prix de transfert, garantissant que le système du droit et le système de l'économie des prix de transfert peuvent s'harmoniser. Elle implique en particulier de préciser de manière concertée la référence de pleine concurrence, afin de faciliter la révélation des intérêts à coopérer, et d'organiser la refonte du droit de la rectification en concertation avec les parties prenantes.

CONCLUSION DE LA PARTIE

La remontée au principe de pleine concurrence révèle un important décalage entre le dispositif de rectification propre au droit interne et la logique universelle de régulation des prix de transfert. Certes, ces deux masses normatives conservent une intersection commune, puisque l'article 57 couvre l'ensemble des transferts de bénéficiaires et que l'article 9 § 1 formule une autorisation de rectification. Mais il s'agit d'une intersection étroite entre deux principes non congruents, parce que leur définition et leur domaine d'emploi divergent tendanciellement.

Dans l'espace créé par cette divergence s'épanouit le paradigme de la *compliance*, qui tend à formaliser des obligations extra-fiscales aux entreprises, pour faire en sorte qu'elles prennent mieux en compte les objectifs de l'Etat et notamment la lutte contre l'évasion fiscale. Le risque associé à cette logique est une surcharge administrative et une absence de solution réelle à la compétition fiscale.

A cet égard, l'hypothèse du principe de pleine concurrence comme principe juridique de neutralité et comme principe économique d'harmonie apporte une perspective nouvelle. L'intérêt de l'approche est que cette double théorie, juridique et économique, se concilie dans le concret pour peu que l'on retienne avec elle le principe de coopération qui lui est associé. Il s'agit d'une coopération systématique entre les acteurs, mue par l'intérêt que leur procure l'échange d'information en vue de l'édification du marché, clé de l'optimum à rechercher.

CONCLUSION GENERALE

La présente thèse a porté sur « Le droit et la régulation des prix de transfert ». Au centre de cette thématique figure le principe de pleine concurrence, dont la formulation recèle une norme de régulation des pratiques de prix de transfert et donc d'organisation des relations économiques à l'intérieur des groupes multinationaux, des relations fiscales entre les administrations et les contribuables, et aussi des relations internationales compte tenu du contexte d'émergence de ce principe, dans le cadre de la Société des Nations puis de l'ONU et de l'OCDE.

Pourtant la portée du principe de pleine concurrence ne va pas de soi, en particulier en raison de la référence qu'il contient au domaine de l'économie, c'est-à-dire à l'extérieur de la science juridique. Le problème des prix de transfert s'inscrit en outre sur la toile de fond de la compétition fiscale entre les Etats qui, loin d'être abolie par les efforts des organisations internationales, s'est avivée à l'ère de l'économie mondialisée, au point que des doutes naissent sur l'utilité même du principe de pleine concurrence dans ce cadre renouvelé. Ces raisons expliquent les remises en cause dont le principe de pleine concurrence est l'objet, et qui participent à la menace susceptible de s'exercer contre l'édifice fiscal international, composante perfectible d'un ordre économique mondial lui-même contesté. Les défis ainsi posés s'adressent non seulement aux organisations internationales mais aussi aux Etats, de façon immédiate, puisque leur capacité d'action en matière de prix de transfert constitue un élément de souveraineté. C'est cette capacité d'action qui définit les contours de la régulation des prix de transfert, et l'identification des instruments qui peuvent y concourir apparaît évidemment comme un objet de politique publique.

Pour aborder cet objet, nous avons examiné la signification du principe de pleine concurrence comme ferment de résolution des nouveaux défis de la fiscalité internationale. Cela nous a conduit à émettre une hypothèse centrale consistant à définir le principe de pleine concurrence comme un universel, en observant que ce principe est susceptible de s'appliquer partout et en tout secteur, et de couvrir tous les types de flux économiques entre les entités composant un groupe multinational. Nous avons en effet supposé que l'affirmation d'universalité qui sous-tend la formulation du principe de pleine concurrence dans les textes internationaux doit correspondre à une idée elle-même universelle, qu'il s'agissait de dégager.

Cependant, l'idée d'universalité est d'emblée mise au défi par la formulation de l'article 9 § 1 des modèles de convention de l'OCDE et de l'ONU. Le texte de ces stipulations exprime en effet deux règles : d'une part, celle selon laquelle les relations économiques intra-groupes doivent s'établir de manière similaire à celle qu'établiraient des acteurs indépendants et, d'autre part, celle que, si une discordance est constatée entre les prix de transfert et les prix des indépendants, les Etats peuvent redresser l'impôt. De cette dualité résulte un découplage entre l'affirmation normative universelle et sa traduction pratique, tributaire d'une transposition en droit interne. Il ne nous semblait donc pas possible de vérifier notre hypothèse sans une analyse préalable des modalités de régulation des prix de transfert dans le droit positif d'un Etat, analyse que nous avons conduite en étudiant le droit fiscal français qui nous était le plus familier.

Nous devons reconnaître que cette option de recherche constitue une restriction puisque d'autres législations nationales existent, dont certaines reprennent d'ailleurs, mot pour mot, la formulation de l'article 9 § 1, contrairement au droit français. Mais l'analyse de ce dernier nous conduit à relativiser la limite de notre propos pour deux raisons :

- premièrement, le choix d'étudier la législation fiscale française permettait d'élargir le questionnement au-delà des seules normes de rectification des prix de transfert, et de les replacer dans le double contexte des règles internes de fiscalité internationale et de fiscalité des entreprises. Ces dernières s'entrecroisent dans le domaine des prix de transfert sous la forme d'un édifice séculaire, nourri par la jurisprudence, dont un examen au moins partiel était indispensable à notre recherche ;

- deuxièmement, il nous apparaît que la réglementation française des prix de transfert repose, fondamentalement, sur un problème d'appréciation de la normalité du prix de transactions qui est commun à tout système de rectification, et qui se pose par exemple à l'identique selon que la législation reprend mot à mot l'article 9 § 1 de la convention modèle de l'OCDE ou s'en écarte. Une incertitude de définition de la normalité des prix de transfert figure en effet dans le texte même de la convention modèle, entre trois acceptions possibles :

- normalité comme définition purement juridique laissée à l'appréciation des législateurs nationaux, conformément au principe du for. Nous avons vu que, dès l'époque de la Société des Nations, la référence à des usages réputés normaux par les législations nationales figure dans la littérature des prix de transfert et semble couvrir une sorte de référence générale aux usages « normaux » du droit civil c'est-à-dire, en définitive, à une

préférence pour l'apparence de conformité juridique. La jurisprudence Zimmer illustre cette préférence de manière éclatante en ce qui concerne la participation d'un commissionnaire à l'élaboration des contrats de son mandant. Le fait que les travaux du plan BEPS tendent, suite à cette décision du Conseil d'Etat français, à modifier les commentaires des paragraphes 5 et 6 de l'article 5 de la convention modèle sur la notion d'agent montre que le problème n'est pas spécifiquement français et traduit une incertitude fondamentale, nourrie par les écrits mêmes de Mitchell B. Carroll, sur les rapports entre la forme des contrats et la substance des opérations économiques dans le contexte particulier des groupes multinationaux. La dématérialisation de l'économie avive cette incertitude en brouillant les frontières géographiques de l'échange et a conduit, dans l'édition 2017 des lignes directrices de l'OCDE, à ouvrir un chantier conceptuel nouveau, censé surmonter le problème par une réflexion sur la délimitation (« *delineation* ») des transactions intra-groupes ;

- normalité comme comparaison avec un usage économique observé. Cette acception est celle que retient la jurisprudence française en ce qui concerne l'appréciation des avantages par comparaison, comme le révèle l'examen de la jurisprudence Andritz. Elle conduit à notre sens à simplifier à l'excès la problématique des prix de transfert, puisqu'elle débouche sur un référentiel de rectification inopérant dans les cas où la rationalité intra-groupe n'a pas d'équivalent dans les relations entre indépendants. Ceci étant, l'interprétation du juge se veut sur ce point conforme à l'interprétation des lignes directrices de l'OCDE et il n'y a pas de raison qu'un autre système de droit national, s'appuyant sur la même interprétation littérale des lignes directrices, ne débouche pas sur la même simplification. La littérature économique analysée par Julien Pellefigue produit d'ailleurs une conclusion similaire, nourrissant le doute sur l'universalité du principe de pleine concurrence ;

- normalité comme conformité à une théorie économique abstraite : cette acception, que nous privilégions au terme de notre analyse et qui confirme notre hypothèse de départ, a l'avantage de préserver le caractère universel du principe de pleine concurrence et renvoie, de façon irréductible, l'appréciation de normalité à un échange informé entre l'administration et le contribuable autour de la question de la comparabilité. Cette conception ne trouve pas aujourd'hui de transposition en droit positif français en raison d'un vice de conception de la régulation des prix de transfert, qui fait reposer l'arbitrage interne des différends sur l'intervention du juge, limitant les cas où les acteurs peuvent résoudre les cas en amont et à l'amiable. Cette situation juridique perfectible contraste avec le fait que la France gère plutôt

mieux les procédures amiables de prix de transfert que ses partenaires, ce qui révèle que l'approche collaborative n'est pas hors de portée.

En définitive, l'examen du cas français permet de mesurer les lacunes de toute régulation non coopérative et, par voie de conséquence, la nécessité d'introduire des mécanismes de coopération dans le dispositif. L'examen des lignes directrices de l'OCDE à la lumière de la théorie du marché de concurrence pure et parfaite démontre que l'option coopérative n'est pas un simple choix de bon sens qui résulterait de l'adage selon lequel « *un mauvais accord vaudrait mieux qu'un bon procès* », mais la traduction d'une philosophie qui est au centre de la construction internationale des prix de transfert, et que l'analyse économique confirme à toutes les échelles et à tous les stades de l'échange entre parties à la question des prix de transfert.

A ce point, l'hypothèse d'universalité du principe de pleine concurrence apporte un gain d'analyse parce qu'elle fournit une mesure de la qualité de régulation des prix de transfert. L'approche concurrentielle permet en effet de quantifier l'écart entre une régulation donnée et les résultats de l'équilibre de concurrence entre les acteurs, y compris au stade de la compétition fiscale entre Etats. L'option non coopérative, ou dirigiste, apparaît alors comme une source de déperdition d'énergie dans la gestion des prix de transfert, au sein du système international comme dans le périmètre national. Un tel coût systémique explique la réponse normative des autorités au problème que posent les prix de transfert dans le contexte précité. Elle donne en particulier un sens aux réponses institutionnelles qui se font jour, qu'il s'agisse du projet BEPS ou des législations nationales tendant à réprimer les abus ou à imposer des règles nouvelles de conformité aux entreprises, par-delà l'hétérogénéité de ces différentes réponses.

En outre, l'hypothèse d'universalité permet d'arbitrer entre deux modalités de coopération : soit l'édiction de normes nouvelles, imposées par les autorités en capacité d'exiger un accès à l'information, soit une refonte des normes fiscales assortie d'un encouragement de tous à la collaboration.

Dans le premier cas, la logique de transparence imposée aux acteurs est susceptible de se découpler de l'objectif de régulation des prix de transfert et peut déboucher sur une prolifération normative sans rapport direct avec le but recherché. Nous rangeons dans cette catégorie le choix britannique de créer une incrimination pénale en matière de défaut de prévention de l'évasion fiscale. On peut voir la même préoccupation de pertinence dans la

décision du Conseil constitutionnel, lorsqu'il a censuré une tentative d'introduction de la déclaration pays par pays pour atteinte excessive à la liberté d'entreprendre.

Dans le second cas, l'objectif poursuivi n'est pas, généralement, la transparence comme obligation morale, mais l'introduction de mécanismes coopératifs à tous les stades de la régulation des prix de transfert. De tels mécanismes gagneraient d'ailleurs à être mise en œuvre dans le cadre même d'élaboration de la loi, sous la forme d'une refonte participative de la législation des prix de transfert destinée à surmonter les lacunes de la législation française. Ces lacunes sont apparues dans notre première partie. En synthèse, on peut les rattacher à quatre rubriques générales :

- la régulation se résume à une rectification de prix de transfert, organisée principalement par le dispositif de l'article 57 en raison de la faiblesse des autres dispositifs de rectification (art. 238 A et 155 A) et des mécanismes anti-ajournement (art. 209 B et 123 bis) ;

- l'ensemble du dispositif concourt principalement à la lutte contre l'évasion fiscale et n'a aucune visée d'égalité entre les entreprises ou de protection des intérêts économiques dans l'entreprise ;

- la procédure fiscale ne produit guère d'incitation à la coopération entre les acteurs, et fait reposer la régulation sur l'intervention ultime du juge sans lui donner les outils d'un véritable contrôle économique des prix de transfert, ce qui conduit la jurisprudence à pratiquer des simplifications malheureuses comme l'assimilation entre les notions « *d'entreprise similaire exploitée normalement* » et « *d'entreprise dépourvue de lien de dépendance* » ;

- le dispositif d'assiette de l'article 57 est imprécis, qu'il s'agisse de sa lettre ou de son mode d'emploi jurisprudentiel, commencé il y a plusieurs décennies avec les décisions Boutique 2M (1988) et Cap Gemini (2005) mais encore parcellaire, même si les années 2016 à 2018 ont été marquées par des décisions significatives ;

- le système souffre d'une absence d'articulation explicite entre la législation française des prix de transfert et les buts internationaux de leur régulation.

Une refonte participative de la législation pourrait, dans ce contexte, s'inscrire comme une déclinaison nationale des objectifs généraux du plan BEPS, associant les parties prenantes à l'édification d'un cadre normatif propice à la régulation coopérative. Elle aurait alors des chances de susciter des initiatives similaires dans d'autres pays confrontés aux

mêmes difficultés, et de participer à la coopération internationale, si nécessaire aujourd'hui. L'initiative française se démarquerait ainsi de la méthode unilatérale déployée à l'occasion de la réforme fiscale américaine de fin 2017.

En outre, l'hypothèse d'universalité du principe de pleine concurrence révèle la force du principe de pleine concurrence par-delà sa formulation textuelle : aucune remise en cause des traités internationaux ne peut porter atteinte à ce principe universel puisqu'il est situé en-dehors de leur cadre. De sorte que le principe peut servir à la régulation des prix de transfert sans même que les Etats qui voudraient l'employer à cette fin n'aient à se revendiquer d'une transposition de l'article 9 § 1.

On peut d'ailleurs supposer qu'ils réussiraient, s'ils poursuivaient un tel but de manière conséquente, parce que les autres acteurs auraient un intérêt rationnel à coopérer avec eux pour instaurer édifier un véritable principe de pleine concurrence-neutralité. Nous avons vu sur ce point que, à la manière d'un équilibre de Nash, le système de la compétition fiscale internationale peut récompenser le choix collaboratif d'un acteur, parce que ce choix participe d'une construction de l'information nécessaire à l'équilibre du système, dont tous les acteurs peuvent être bénéficiaires. Ainsi, une entreprise confrontée à deux autorités compétentes désireuses de résoudre un dossier de procédure amiable gagne à leur fournir les informations dont elles ont besoin ; de même, un Etat est gagnant à se présenter comme plus favorable que la moyenne des autres Etats à la liberté de gestion des entreprises. Cette prime à l'option collaborative rencontre bien sûr une limite lorsqu'un partenaire ne recherche pas l'équilibre, par exemple lorsque les autorités fiscales d'un Etat ne respectent pas la procédure amiable ou qu'une entreprise refuse le jeu des procédures du contrôle fiscal. Mais alors, le principe de pleine concurrence fournit les clés d'élaboration d'une norme destinée à limiter l'influence des agissements non coopératifs. Par exemple, il est possible de faire évoluer les règles de procédures fiscales pour qu'elles permettent un examen du dossier loyal et complet en amont du contentieux, à l'image de l'instauration de documentations de prix de transfert, dont la construction a débuté au cours des années 2000 et dont nous avons supposé qu'elles convergent, en cible, vers un système d'information économique propice à la résolution amiable des dossiers. Les lignes directrices de l'OCDE illustrent particulièrement cette capacité de la construction normative collaborative à préciser les contours d'une procédure fiscale satisfaisante, puisqu'elles résultent elles-mêmes, malgré leurs imperfections, d'une construction collective.

Ainsi envisagée à la lumière de son principe fondateur, la régulation des prix de transfert nous paraît présenter un dernier avantage en ce qui concerne l'économie normative. Rechercher l'instauration du principe de pleine concurrence comme neutralité pour les échanges économiques aboutit en effet à minimiser le volume de règles tout en concourant à des buts diversifiés et bien articulés entre eux : la lutte contre l'évasion fiscale mais aussi l'égalité devant les charges publiques et la protection des intérêts économiques.

Ainsi, non seulement nous pouvons dire que le droit peut assurer la régulation des prix de transfert, mais qu'il est possible d'arbitrer entre des options normatives plus ou moins efficaces, et de choisir la meilleure. 80 ans après les intuitions de Mitchell B. Carroll et de ses collègues, instruits par un environnement profondément différent du leur, nous emboîtons leur pas.

*

Il nous faut à présent signaler quelques insuffisances de notre recherche.

Quant au corpus étudié, tout d'abord, nous avons déjà insisté sur les lacunes d'une conclusion qui est principalement appuyée sur l'examen du droit fiscal français, alors que les prix de transfert constituent un domaine juridique fort vaste dans l'ensemble des pays qui y sont confrontés, en interaction avec plusieurs branches du droit international, notamment le système de droit de l'Union européenne, et avec les règles locales du droit de la concurrence et les normes comptables. Nous avons esquissé l'examen de ces autres champs, mais il ne nous a pas été possible de les approfondir, même si nous croyons que la substance des conclusions ci-dessus n'en auraient pas été fondamentalement changées. Il serait toutefois utile d'analyser la jurisprudence d'autres Etats comme celle des Etats-Unis, du Royaume-Uni et de l'Allemagne, ou encore d'étudier les particularismes du droit dans les pays émergents dont l'importance économique va croissant.

Sur la jurisprudence fiscale française, nous avons commenté plusieurs décisions rendues par le Conseil d'Etat depuis 2016, témoignant d'une possible d'accélération du mouvement de construction d'un mode d'emploi du dispositif des transferts de bénéficiaires. Nous ne pouvons qu'espérer la poursuite de ce mouvement qui viendrait peut-être relativiser l'impression, créée par le prisme historique de notre analyse, selon laquelle le contrôle juridictionnel des prix de transfert est insuffisamment économique et excessivement formaliste. Toutefois, nous avons relevé que les reproches qui s'adressent à la jurisprudence prennent leur source dans une demande excessive faite au juge dans l'actuel système de notre

droit. On peut donc attendre du juge qu'il précise les contours de la législation, parce que cela constitue l'office naturel du juge, comme le montre la citation en exergue de notre travail, emprunté à la décision *Marbury vs. Madison* de la Cour Suprême des Etats-Unis. Mais cet office ne saurait comprendre l'édification de règles de fond, et surtout de collaboration, de nature à faire advenir une véritable régulation des prix de transfert.

Sur ce point, nous devons également reconnaître que le paradigme de la *compliance*, dont nous avons rendu compte de manière très partielle, est en constante évolution au rythme de la construction de nouvelles techniques de maîtrise des risques par les organisations. Il est possible que cette évolution débouche, à terme, sur une régulation des prix de transfert appuyée sur les politiques des entreprises soumises à des obligations de conformité ou, ce qui est équivalent, soumises à des risques de sanctions en cas de carence à mettre en place des procédures de prévention des infractions de fraude fiscale par leurs employés et partenaires. Si, par exemple, le Royaume-Uni parvenait à édifier une régulation des prix de transfert satisfaisante par l'instauration d'obligations fortes de conformité anti-évasion fiscale, l'option collaborative pourrait perdre de son intérêt aux yeux des décideurs publics. Nous continuons toutefois d'estimer, à la lumière des conclusions de la deuxième partie de ce travail, que l'option dirigiste est intrinsèquement non-optimale parce qu'elle ne peut couvrir l'ensemble des buts d'une régulation efficace et efficiente des prix de transfert.

Enfin, nous devons reconnaître que le champ des prix de transfert subit un enrichissement important à la faveur du plan BEPS, et nous avons rendu compte de la littérature sur ce sujet seulement jusqu'au milieu de l'année 2018, alors que des développements importants se poursuivent par exemple sur l'évaluation des incorporels spécifiques ou la prise en compte de l'économie numérique. Dans le dernier chapitre de la présente thèse, nous avons proposé une classification de ces travaux selon qu'ils concourent à l'édification du principe de pleine concurrence universel ou qu'ils visent à aiguillonner l'action des Etats. Et nous avons fait l'hypothèse que seuls les premiers pourraient trouver un débouché international à court terme, compte tenu des tendances centrifuges qui s'exercent contre l'harmonisation fiscale dans le contexte, encore indépassable à nos yeux, de la compétition fiscale mondiale. Mais nous espérons être démenti sur ce point, car ce serait le signe que la rationalité reste le moteur de la négociation internationale.

Pour terminer, nous pouvons esquisser un prolongement que pourraient, justement, apporter les travaux du plan BEPS concernant les schémas d'optimisation fiscale en matière

de prix de transfert. A ce stade, en effet, la littérature fiscale sur les politiques de prix de transfert des groupes ne peut s'alimenter qu'à la source des informations publiques, qui demeurent trop rares dans le champ fiscal et souvent limitées aux pratiques analysées à l'occasion des décisions de justice rendues plusieurs années après les faits. La logique d'ouverture des données (*open data*) qui commence à se développer dans nombre d'Etats de l'OCDE pourrait constituer une opportunité pour organiser la production d'une information ouverte sur les montages constatés en cours de contrôle ou à l'occasion des procédures amiables et accords préalables de prix de transfert. Pour compléter l'information, la présentation des cas serait mise en perspective en retraçant les réponses apportées par les différentes administrations régulatrices au cas posé, étudiant les délais d'examen, les liaisons entre services administratifs et avec les autorités politiques, les théories interprétatives envisagées et écartées, et de manière générale l'analyse des forces et faiblesses de la réponse administrative. Le fait qu'une pratique de prix de transfert conduise une administration à octroyer un rescrit ou au contraire à pratiquer une rectification, qu'elle donne lieu à l'ouverture de procédures amiables et que ces procédures débouchent rapidement ou non, qu'une seule ou plusieurs administrations traitent du dossier dans les différents pays, par exemple, constituent des informations pertinentes pour comprendre l'enjeu des affaires et pourraient contribuer à l'édification d'un cadre explicatif destiné à limiter, à terme, la conflictualité des prix de transfert. Une telle démarche devrait s'accomplir en concertation avec les contribuables, afin d'éviter la dissémination d'informations sensibles pour le secret des affaires. Autrement dit, elle constituerait elle-même une pièce de la construction du principe de pleine concurrence universel.

BIBLIOGRAPHIE

Manuels et ouvrages

- ABRAHAM-FROIS, Gilbert, *Economie politique*, Economica, 1991.
- AUJEAN, Michel, SAINT-ETIENNE, Christian, *Stratégies fiscales des États et des entreprises : souveraineté et concurrence*, Les cahiers du cercle des économistes, Puf, 2009.
- BELTRAME, Pierre, MAHL, Lucien, *Techniques, politiques et institutions fiscales comparées*, Thémis Droit public, Puf, 1997.
- BLAUG, Mark, *La pensée économique*, Economica, 1996.
- BOUVIER, Pierre-Jean, GIBERT, Bruno, GELIN, Stéphane, LE BOULANGER, Arnaud, *Prix de transfert, Données pratiques*, Francis Lefebvre, 2010.
- BOYER, Robert, *La théorie de la régulation*, La Découverte, 2004.
- BUISSON, Jacques, *Le sursis au paiement de l'impôt*, LGDJ, 1996.
- CASTAGNEDE Bernard, *Précis de fiscalité internationale*, PUF, 2013.
- COLLIER, Richard, ANDRUS, Joseph L., *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle after BEPS*, Oxford University Press, 2017.
- COUFFIGNAL, Louis, *La cybernétique*, PUF - Que sais-je ?, 1978.
- COZIAN, Maurice, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, LITEC, 1999.
- COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, *Précis de fiscalité des entreprises*, 2012/2013, 2012.
- DE BISSY, Arnaud, *Comptabilité et Fiscalité, Du résultat comptable au résultat fiscal*, LexisNexis, 2013.
- DE MONTBRIAL, Thierry, FAUCHART, Emmanuelle, *Introduction à l'économie*, Dunod, 1999.
- DE ROSNAY, Joël, *Le Macroscopie, vers une vision globale*, Editions du Seuil, 1975.
- DE ROSNAY, Joël, *L'homme symbiotique*, Editions du Seuil, 1995.
- DOUVIER, Jean-Pierre, *Fiscalité Internationale, 20 études de dossiers*, Litec, 1996.
- DRIE, Jean-Claude, *Le contrôle fiscal raconté aux dirigeants et à leurs conseils*, Précis fiscal, LexisNexis, 2014.

EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Mémento pratique*, éditions Francis Lefebvre, 2015, 2016, 2017.

ERA AUDIT INTERNATIONAL, *Les impôts en Europe 2013*, Éditions Delmas, 2013.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, 2017.

GABSCEWICZ, Jean Jaskold, *Théorie microéconomique*, 2^e ed., De Boeck, 1997.

GRANDINETTI, Mario (Dir.), *Corporate Tax Base in the Light of the IAS/IFRS and EU Directive 2013/34*, Wolters Kluwer, 2016.

GOUTHIERE, Bruno, *Les impôts dans les affaires internationales*, Editions Francis Lefebvre, 11e éd., 2016.

GOUTHIERE Bruno, *Les impôts en France*, Edition Francis Lefebvre, 2010.

HAREL, Xavier, *La Grande Evasion : les liens qui libèrent*, 2010.

HAYEK, Friedrich, *Droit, Législation et Liberté*, PUF, 1983.

HAYEK, Friedrich, *La route de la servitude*, 1944.

HAYEK, Friedrich, *Scientisme et sciences sociales : essai sur le mauvais usage de la raison*, Plon, 1953.

HUNAULT, Michel (dir.), *La lutte contre la corruption, le blanchiment, la fraude fiscale – L'exigence d'éthique dans les mouvements financiers*, Presses de Sciences Po, 2018.

IBFD, *Transfer Pricing Features of Selected Countries 2012*, IBFD, 2012.

JACQUEMIN, Alexis, TULKENS, Henry, *Fondements d'économie politique*, De Boeck, 1996.

MANDEVILLE, Bernard, *The Fable of the Bees : or, Private Vices, Publick Benefits*, 1714.

MAITROT DE LA MOTTE, Alexandre, *Droit fiscal de l'Union européenne*, 2^e édition, Bruylant, 2016.

MATHIEU, Jean-Luc, *La politique fiscale*, Economica, 1999.

MEIER, Olivier, SCHIER, Guillaume. *Entreprises transnationales. Stratégie, Restructuration, Gouvernance*, Dunod, 2005.

MONSELLATO, Gianmarco, RASSAT, Patrick, *Les prix de transfert*, Maxima, 1998.

OUDINOT, Philippe, *Fiscalité des sociétés et des restructurations*, Précis fiscal, LexisNexis, 2014.

PELLETIER, Marc, *Les normes du droit fiscal*, Dalloz, 2008.

POLANYI, Karl, *La grande transformation*, (1944) Gallimard, 1983.

REDOR, Dominique, *Economie européenne*, Hachette, 1999.

REICH, Robert, *L'économie mondialisée*, Dunod, 1993.

RIPERT, Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951.

RIU, Isabelle, *Sociétés et établissements stables en droit fiscal international et de l'Union européenne*, L'Harmattan, 2012.

ROUX, Jean, *Pour une France paradis fiscal*, Éditions scientifiques et juridiques, 1986.

TIXIER, Gilbert, GEST, Guy, *Droit fiscal international*, PUF, 1990.

VALLEE, Annie, *Économie des systèmes fiscaux comparés*, Puf, 1994.

VERDUN, Franck, *Le management stratégique des risques juridiques*, LexisNexis, 2018.

WALRAVENS, Eric, *Dumping fiscal : enquête sur un chantage qui ruine les États*, Institut Veblen - Les petits matins, 2014.

WITTENDORF, Jens, *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law*, Wolters Kluwer, 2010.

Reuves

ARROW, Kenneth Joseph, DEBREU, Gérard, *Existence of an equilibrium for a competitive economy*, *Econometrica*, 22(3), 1954.

AOUDJHANE, Augustin, *Lutte contre l'évasion fiscale internationale : des entités hybrides aux règles CFC américaines*, *Droit fiscal* n° 11/2017 comm. 205, 2017.

AVERY JONES, John F., LUDICKE, Jürgen, *The origins of the Article 5 (5) and 5(6) of the OECD Model*, *World Tax Journal*, Oct. 2014, p. 203, 2014.

BLANLUET, Gauthier, *L'arrêt Zimmer : une victoire du droit au service d'une plus grande sécurité juridique*, *Droit fiscal* n°16/2010, 2010.

BOKDAM-TOGNETTI, Emilie, *Le juge fiscal face à la règle comptable : la connexion fiscal-comptable ne serait-elle, au fond, qu'une forme d'union libre ?*, *Revue française de Finances publiques*, n°138-04, mai 2017.

BONNEAUD Eric, FONTAINE, Fabien, *Prix de transfert et droit de la concurrence: les liaisons dangereuses*, *Droit fiscal* n° 49/2011, 2011.

BONNEAUD Eric : *Sous-capitalisation et principe de pleine concurrence : l'équation impossible ?*, BF 3/10, pp. 173s, 2010.

BRUN, Marie-Christine, OLLEON, Laurent, *Table ronde sur la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales*, Actes du colloque *La gestion fiscale des groupes de sociétés*, Droit Fiscal 49/2016.

BURGUBURU, Julie, *Acte anormal de gestion : le juge prend-il trop de risques ?*, RJF 4/2007, 2007.

BURGUBURU Julie, *Mes concerts, mes impôts, mes....ou quand l'article 155 A pousse sa chansonnette un peu plus loin*, RJF, 5/2008, 2008.

CAROLL, Mitchell B., *Income Tax Conventions as an Aid to International Trade and Investment*, *International and Comparative Law*, Law Bulletin, n° 6 pp. 16-24, 1962.

COASE, Ronald H. *The nature of the Firm*, *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16., pp. 386-405, Nov. 1937.

COIN, Raphael, *Introduction aux situations triangulaires : du bilatéralisme à l'harmonisation fiscale...*, Droit fiscal n°24/2013, comm. 323, 2013.

COMOLET-TIRMAN Christian, *Peut-on en finir avec les prix de transfert ?*, Droit fiscal n°22/2012, 2012.

COZIAN Maurice, *L'imposition des distributions irrégulières effectuées par les sociétés relevant de l'impôt sur les sociétés*, Droit fiscal n°49, 1985.

DE FENOYL, Eric, PELLEFIGUE, Julien, *Rulings fiscaux et aides d'Etat : la fin justifie-t-elle les moyens ?*, Bulletin fiscal 5/16, 2016.

DE MASSIAC, Alice, BAGDASSARIAN, Raphaël, *Coup de frein réaffirmé par le Conseil d'Etat aux immixtions de l'Administration dans la gestion des entreprises*, Droit fiscal n° 16, comm. 268., 2015.

DELAUNAY, Benoît, *Acte anormal de gestion et prix de transfert*, Gestion et finances publiques, n°2, février 2012.

DEROUIN, Philippe, *La transparence des sociétés de personnes ou faut-il dissuader les étrangers de participer à des sociétés de personnes françaises ? (première partie)*, Droit fiscal n° 50/1997.

DEROUIN, Philippe, *La transparence des sociétés de personnes ou faut-il dissuader les étrangers de participer à des sociétés de personnes françaises ? (deuxième partie)*, Droit fiscal n° 51/1997.

DIBOUT, Patrick, *L'extension des prérogatives de l'administration fiscale dans le contrôle des opérations internationales*, Droit fiscal, n° 18 et 19/1996.

DIBOUT, Patrick, *L'inapplicabilité de l'article 209B du CGI face à la convention fiscale franco-suisse du 9 septembre 1966* (A propos de l'arrêt CE, Ass., 28 juin 2002, Schneider Electric), Droit fiscal, n° 36/2002.

FARQUET, Christophe, *Lutte contre l'évasion fiscale : l'échec de la SDN dans l'entre-deux-guerres*, L'économie politique n° 44 p. 112, 2009.

FENSBY, T., *Le projet BEPS survivra-t-il à l'administration Trump ?*, Droit fiscal n° 11/2017.

FOURNIER, Alice, LEMONNIER, Alexandre, in Actes de colloque *La gestion fiscale des groupes de sociétés* Droit fiscal n° 49, 8 décembre 2016.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne, *Le droit de la compliance*, Working Paper, 2016.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne, *Définition du droit de la régulation économique*, D.2004.

GELIN Stéphane, LE BOULANGER, Arnaud, *Prix de transfert : du principe de pleine concurrence à l'analyse de la valeur de l'entreprise*, Droit fiscal n° 48/2001, 2001.

GELIN Stéphane,, GUTMAN Daniel, AUSTRY Stéphane , *Commissionnaire et établissement stable : lumières et zones d'ombre de la décision Zimmer*, RJF, 10/10, 2010.

GIBERT, Bruno, MEDARD, Pascal, *La résolution des conflits : les procédures amiables et l'arbitrage*, Droit fiscal n° 39/2017.

GUERRIEN, Bernard, *Où en est le programme de recherche néo-classique ?*, L'Actualité économique Vol. 69 n° 4, Déc. 1992.

GUERRIEN, Bernard, *Quelques réflexions sur institutions, organisations et histoire*, Economie appliquée Vol. 43 n° 3, 1990.

GUTMANN, Daniel, *La double imposition, problèmes contemporains*, in L'année fiscale, Droit fiscal, n° 9, 2011.

GUTMAN Daniel, *How to avoid double taxation in the European Union, in Allocating Taxing Powers within the European Union*, MPI Studies in Tax Law and Public Finance, Springer Open, 2013.

GUTMANN, Daniel, *De l'optimisation à l'évasion fiscale, les termes de la controverse*, Banque et Stratégie, 2014, n° 322.

HUBLLOT Marie-Laure, *Le dispositif de l'article L 189 A du LPF : l'exception française en sursis ?*, Droit fiscal, n° 38, 2013.

LABRUNE, Nicolas, *Article 209 B du CGI : sauvegarde, preuve et pragmatisme*, RJF 3/16, 2016.

LABRUNE, Nicolas, *De la transmutation de la fiscalité en aide d'Etat et de ce qui s'ensuit*, RJF 7/16, 2016.

LABRUNE, Nicolas, *Retour à la normale de l'acte anormal de gestion : l'abandon du risque manifestement excessif*, RJF 11/16, 2016.

LABRUNE, Nicolas, *Transfert de bénéfices à l'étranger : actualité de l'article 57 du CGI*, RJF 6/16, 2016.

LAMBERT Thierry, *La transaction fiscale : une pratique autant qu'un droit*, BF 5/99, 1999.

LANGBEIN, Stanley, I., *The Unitary Method and the Myth of Arm's Length*, Tax Notes 30, 1986.

LE GALL, Jean-Pierre, *Un hybride atypique : la filiale française établissement stable de sa société étrangère (à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat « Sté Interhome AG du 20 juin 2003), Première partie*, Droit fiscal n° 47, 2004.

LE GALL, Jean-Pierre, *Fiscalité internationale des sociétés de personnes. L'arrêt Diebold : un incident ou un cataclysme ?*, Droit fiscal n° 15, 2000.

LESPRIT, Eric, *La réaction de l'OCDE : le plan BEPS*, in Actes du colloque : *La gestion fiscale des groupes de sociétés*, Droit fiscal n° 49, 2016.

LUBCZINSKI Frédéric, *Les aspects prix de transfert des biens incorporels*, DLA Piper, mars 2012.

MAITROT DE LA MOTTE, Alexandre, *La Commission européenne publie un « paquet sur la lutte contre l'évasion fiscale »* - Droit fiscal n°5, 2016.

MAITROT DE LA MOTTE, Alexandre, *La réaction de l'Union européenne : le « paquet de mesures contre l'évasion fiscale »*. Actes de colloque : *La gestion fiscale des groupes de sociétés*, Droit fiscal n°49, 2016.

MARTIN, Philippe, GOUTHIERE, Bruno, MARTIN, Philippe, GOUTHIERE, Bruno, *Les conflits de normes : les clauses anti-évasion*, in Actes du colloque du CEFEP du 29 juin 2017 : « Où va la fiscalité internationale ? », Droit fiscal n° 39, 2017.

MIGNON, Emmanuelle, *Fiscalité internationale des sociétés de personnes : la transparence n'est pas le vide*, RJF 12/1999, 1999.

MILHAC, Edouard, PASQUIER, Céline, *Etats-Unis : chronique de l'année 2016*, Droit fiscal n° 9, 2017.

MUNDET Emmanuel, *Le régime fiscal des transferts indirects de bénéficiaires à l'étranger*, DPCI, tome 8, n° 1, juillet 1982, 1982.

MUTH, John, *Rational Expectations and the Theory of Price Movements*, Econometrica, Vol. 29 n° 3, 1961.

PELLETIER, Marc, *Principe d'égalité devant les charges publiques et article 123 bis du CGI : l'agonie des présomptions irréfragables*, Droit fiscal n° 11, 2017.

PEREZ-NAVARRO, Grace, L., *Les frontières fiscales dans une économie mondialisée*, L'Observatoire de l'OCDE, n° 215, 1999.

PERROTIN, Frédérique, *Les travaux du forum européen sur les prix de transfert*, Petites Affiches n° 199, 2012.

PERROTIN, Frédérique, *Obligations documentaires en matière de prix de transfert : les consignes de l'administration*, Petites affiches, n° 91, 2011.

PERROTIN, Frédérique, *Prix de transfert : vers un renforcement des obligations des entreprises*, Petites Affiches n° 143, 2013.

RAINGEARD DE LA BLETIERE, Emmanuel, LEROY, Valentin, *Adoption formelle de la directive anti-évasion fiscale : premier aperçu*, Droit fiscal n° 29, 2016.

RAQUIN, Cécile, *Imposition des associés non-résidents des sociétés de personnes françaises. Le Conseil d'Etat clôt la controverse doctrinale sur l'application des conventions fiscales internationales*, RJF, 10/2011, 2011.

RENOUX, Vincent, BERNARD, Simon, *Quelle imposition des revenus de l'économie numérique ?*, Droit fiscal n° 39, 2017.

SAINT-AMANS, Pascal, JACQUES, Thomas, *Les perspectives de la fiscalité internationale*, in Actes du colloque du CEFEP du 29 juin 2017 : « *Où va la fiscalité internationale ?* », Droit fiscal n° 39, 2017.

SILBERZTEIN, Caroline, DERO, Cyrille, *L'objet des conflits de juridictions : l'attribution de la matière imposable*, in Actes du colloque du CEFEP : « *Où va la fiscalité internationale ?* », Droit fiscal n° 39, 2017

SILBERZTEIN, Caroline, GRANEL, Benoît, *La dépendance de fait en matière de prix de transfert*, Droit fiscal n° 51-52, 2016.

SILBERZTEIN, Caroline, NGUYEN-LAPIERRE, Laura, *Prix de transfert : précisions sur la notion de « comparables »*, Droit fiscal n° 49, 2016.

SILBERZTEIN Caroline, DIBOUT Patrick, *La mise à disposition de comparables comme mission de services publics*, Droit et Patrimoine, Décembre 2006.

SILBERZTEIN Caroline, *Les différends en matière de prix de transfert et leurs causes*, Droit fiscal n° 17, 2013.

SILBERZTEIN Caroline, *Les travaux des Nations Unies en matière de prix de transfert*, Droit fiscal n° 10, 2012.

SCHON, Wolfgang, *International Taxation of Risk*, Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance, Working Paper 2014-03, Févr. 2014.

TALY Michel et SCHIELE Pascal, *Les dispositions françaises tendant au contrôle des prix de transfert sont-elles « euro-compatibles ? »*, Droit fiscal, n° 29, 2003.

TEPER, Frédéric, *Quelle fiscalité pour Internet ? Enjeux pour les États et les opérateurs*, Droit fiscal 39, 2013.

TRUCCHI, Jean-Luc, DAVID, Marion, *Prix de transfert : la définition du marché pertinent, une étape complexe*, Petites Affiches n° 27, 2010.

TUROT Jérôme, *Avantages consentis entre sociétés d'un groupe multinational*, RJF 5/1989, 1989.

TUROT, Jérôme, *L'entrepreneur, le risque et le fisc. La notion d'acte qui, sans être étranger à l'intérêt de l'entreprise, lui fait courir un risque excessif*, RJF 11/90, 1990.

TUROT, Jérôme, *La liberté de gestion des entreprises entre enfer et paradis (et plus près de l'enfer)*, Droit fiscal n° 27, 2017.

VERGNET, Nicolas, *Les fondements théoriques de l'établissement stable à l'épreuve de la modernisation de l'économie*, Droit fiscal n° 39, 2017.

WALRAS, Léon, *Principe d'une théorie mathématique de l'échange*, *Journal des économistes*, Tome 34, 1874.

ZELLER E., *Qu'en est-il du principe de subsidiarité et du principe de non aggravation en droit fiscal international français ?*, RDAI, n°1, 2002.

Rapports

AICARDI, M. (prés.), *Rapport au ministre d'Etat, ministre de l'Economie, des finances et de la privatisation, L'amélioration des rapports entre les citoyens et les administrations fiscales et douanières*, 1986.

ASSEMBLEE NATIONALE, Commission des finances, *Rapport de la mission sur l'optimisation fiscale des entreprises dans un contexte international*, 2013.

CAROLL, Mitchell B., *Taxation of Foreign National Enterprises*, Vol. IV : *Methods of Allocating Taxable Income*, Société des Nations, 1933.

COLLIN, Pierre, COLIN, Nicolas, *Rapport sur la fiscalité de l'économie numérique*, 2013.

COMMISSION EUROPEENNE, *Conclusions and Recommendations of the Committee of Independent Experts on Company Taxation (Ruding Report)*, 1992.

COMMISSION EUROPEENNE, *Proposition de directive du Conseil concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés*, 2011.

COMMISSION EUROPEENNE, *Rapport de la Commission sur l'évolution des systèmes fiscaux*, 2001.

CONSEIL NATIONAL DU NUMERIQUE, *Avis n°8 relatif aux pistes de réflexion en matière de fiscalité du numérique*, 2012.

CONSEIL NATIONAL DU NUMERIQUE, Septembre 2013.

COUR DES COMPTES, *Rapport : Les relations de l'administration fiscale avec les particuliers et les entreprises*, 2012.

DE COURSON, Charles, LEONARD, Gérard, *Les fraudes et les pratiques abusives, rapport au Premier Ministre*, coll. des rapports officiels, La documentation française, 1996.

DOMINATI, Philippe, BOCQUET, Eric, *Rapport de la commission d'enquête du Sénat sur l'évasion des capitaux et des actifs hors de France et ses incidences fiscal : L'évasion fiscale internationale : et si on arrêta ?*, Sénat, 2012.

FOUQUET, Olivier, *Rapport au ministre du Budget, des comptes publics et de la fonction publique, Amélioration de la sécurité juridique des relations entre l'administration fiscale et les contribuables*, 2008.

GIBERT, Bruno, BAVAGNOLI, Corso, NICOLAS, Jean-Baptiste, *Rapport au Ministre d'Etat, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, Améliorer la sécurité du droit fiscal pour renforcer l'attractivité du territoire*, 2004.

IGF, *Mission de comparaisons internationales sur la lutte contre l'évasion fiscale via les échanges économiques et financiers intra-groupe*, 2013.

JTPF, *Secretariat's discussion paper on thin capitalization*, 2008.

JTPF, *Report on the Use of Comparables in the EU*, 2016.

JTPF, *Study on Comparable Data used for Transfer Pricing in the EU*, 2016.

LIGNEREUX, Bastien, *Le principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés, Rapport particulier n° 4 pour le Conseil des prélèvements obligatoires*, 2016.

OCDE, *Documentation des prix de transfert et déclaration pays par pays, Action 13, Rapport final 2015*, 2015.

OCDE, *Rapport d'étape juillet 2017-juin 2018 du cadre inclusif sur le BEPS de l'OCDE et du G20*, juillet 2018.

OCDE, *Les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie - rapport intérimaire 2018 du cadre inclusif sur le BEPS de l'OCDE et du G20*, mars 2018.

OCDE, *Les dépenses fiscales dans les pays de l'OCDE*, 2010.

OCDE, *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations*, 2010, 2017.

OCDE, *L'attribution de bénéfices aux établissements stables*, 2008.

OCDE, *Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, 2013.

OCDE, *Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, OCDE, 2013.

ONU, *Modèle de convention des Nations Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement*, Publication des Nations Unies, New York, 1980.

SENAT, Commission des finances, *Rapport d'information sur la fiscalité numérique*, 2012.

U.S. GOVERNMENT PRINTING OFFICE, *Hearing before the Permanent Subcommittee on Investigations of the Committee on Homeland Security and Governmental Affairs*, United States Senate, mai 2013.

Thèses

CAUSSADE, Thomas, *La stratégie fiscale des entreprises : entre optimisation et fraude*, Université de Toulouse 1 Capitole, 2017.

DELAUNAY Bénédicte : *L'amélioration des rapports entre l'Administration et ses administrés*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit public", t. 172, 1993.

EL HADJI, Dialigué Ba, *Le droit fiscal à l'épreuve de la mondialisation : la réglementation des prix de transfert au Sénégal*, Université Paris Est Créteil, 2011.

ENGELLEN, Frank, *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, IBFD Doctoral Series, 2004.

GAOUA, Noah, *La déductibilité des charges financières en droit fiscal français des entreprises*, L'Harmattan, 2013.

GARUFI, Sebastiano, *Les stratégies internationales sur la concurrence fiscale dommageable : paradis fiscaux, soft law et états souverains*, Université Panthéon-Sorbonne, Università commerciale Luigi Bocconi, 2011.

GHARBI Najib : *Le contrôle fiscal des prix de transfert*, L'Harmattan, Collection Finances Publiques, 2005.

GUIMARAES DE FREITAS, Magali, *Les prix de transfert pratiqués par les entreprises transnationales françaises et brésiliennes de 1994 à 2010 - Cas des droits de la propriété incorporelle*, Université Paris-Est, 2010.

HUBLLOT, Marie-Laure, *Les procédures de règlement de la double imposition résultant de la correction des prix de transfert entre entreprises associées*, Université Panthéon Sorbonne, 2014.

MELOT Nicolas : *Territorialité et mondialité de l'impôt – Etude de l'imposition des bénéfices des sociétés de capitaux à la lumière des expériences française et américaine*, Université Paris II Panthéon-Assas, 2002.

MONSENEGO Jérôme : *Taxation of foreign business income within the European internal market*, IBFD Doctoral Series, 2011.

NIRMAL-THOMAS, Jérôme, *Le contrôle fiscal des opérations internationales*, L'Harmattan, 2004.

PELLEFIGUE, Julien, *Théorie économique de la réglementation des prix de transfert*, Université Paris II Panthéon-Assas, 2012.

RAINGEARD de la BLETIERE Emmanuel, *Les relations entre le droit communautaire et le droit fiscal international - Nouvelles perspectives*, Université Panthéon Sorbonne, 2008.

TAUZIN, Emmanuel, *L'intérêt de l'entreprise en droit fiscal*, L'Harmattan, 2011.

TURQ, André, *La situation des étrangers vis-à-vis des impôts français sur le revenu*, Thèse pour le Doctorat présentée et soutenue devant la faculté de droit de Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1935.

Articles de presse

BELOUEZZANE, Sarah, *Les revenus de Google en France seraient nettement supérieurs à ce qu'il déclare*, Le Monde, 18 décembre 2013.

D'ABBUNDO, Antoine, *Loi Sapin 2 : « la censure du reporting pays par pays est une décision désastreuse »*, La Croix, 9 décembre 2016.

GELIN, Stéphane, FAURE, Antoine, *Attractivité du régime fiscal des brevets : l'espoir demeure*, 8 juin 2018.

FEUERSTEIN, Ingrid, *Fiscalité : pourquoi l'OCDE s'attaque au régime français des brevets*, Les Echos, 27 janvier 2017.

FEUERSTEIN, Ingrid, DI GIROLAMO, Luigi, *Impôts : les mille et une recettes de l'évasion fiscale*, Les Echos, 16 mars 2016.

LEPARMENTIER, Arnaud, *Les gagnants et les perdants de la réforme fiscale de Donald Trump*, Le Monde, 20 décembre 2017.

TABLE DES MATIERES

Résumé	vi
Abstract	vi
Mots-clés	vi
Liste des abréviations principales	viii
Sommaire général	ix
Introduction	1
Ouverture.....	1
Définitions.....	4
Premières interrogations	5
Concurrence fiscale et neutralité.....	11
Les deux composantes de l'article 9 § 1	14
Relation entre la norme universelle et le droit positif.....	17
Problématique et plan.....	18
Première Partie. La rectification des transferts de bénéfices	19
Titre 1. Le principe de rectification.....	23
Chapitre 1. Le sens du dispositif de rectification	24
Section 1. Place du dispositif de rectification.....	26
§ 1. Place de l'article 57 dans la législation.....	27
A. Un principe de rectification des transferts de revenu à l'étranger	27
1. Distinction au regard des dispositifs anti-ajournement.....	28
2. Distinction au regard des autres dispositifs sur les transferts de revenus	30
B. Un principe de rectification des relations fiscales entre les entreprises.....	33
1. L'autonomie juridique du transfert de bénéfices	34
2. L'acte contraire à la gestion normale	35
§ 2. Situation de l'article 57 au regard des traités.....	38
A. Compatibilité avec les traités internationaux	38
1. Au regard des conventions fiscales bilatérales.....	38
2. Au regard du droit de l'Union européenne	39
B. Autonomie du droit interne	40
1. Le principe de subsidiarité des conventions fiscales internationales.....	41
2. L'interprétation des conventions et le principe du for	44
Section 2. Objet du dispositif de rectification	53
§ 1. La lutte contre l'évasion fiscale.....	54
A. L'objectif constitutionnel de lutte contre l'évasion fiscale.....	54
1. Mise en ordre des régimes de fiscalité internationale	54
2. Rapprochement des contraintes constitutionnelle et communautaire	57
B. L'article 57, expression de la lutte contre l'évasion fiscale	59
1. L'article 57 et l'acte anormal de gestion contre l'évasion fiscale.....	60
2. L'article 57 comme réponse législative à l'évasion fiscale	61
§ 2. La substance du groupe international	66

A. La composition du groupe.....	68
1. La définition substantielle des entités composant le groupe.....	70
2. Les effets fiscaux de l'absence de personnalité juridique.....	73
B. Le périmètre du groupe.....	75
1. Le lien de dépendance comme pouvoir d'imposer un prix.....	76
2. La dépendance inopérante en matière de liberté de gestion.....	77
Chapitre 2. Les effets du dispositif français de rectification.....	84
Section 1. Effets sur le régime de la preuve.....	86
§ 1. Nature de la présomption de transfert.....	87
A. Statut de la présomption de transfert de bénéfices.....	87
1. Une présomption simple servant de clause de sauvegarde.....	87
2. Statut constitutionnel de la clause de sauvegarde.....	89
B. Lien entre les mécanismes de présomption.....	90
1. Présomption de normalité et de régularité comptable.....	90
2. La justification des opérations en fonction des informations détenues.....	93
§ 2. Administration de la preuve.....	98
A. Les rôles bien répartis.....	98
1. La charge de la preuve sur le lien de dépendance et le transfert.....	98
2. L'office du juge du fond.....	101
B. Les rôles indécis.....	104
1. Dévolution de la preuve et collaboration des parties.....	105
2. L'absence de mécanisme d'information avant le contentieux.....	108
Section 2. Effets sur la régulation des pratiques de prix de transfert.....	111
§ 1. Régulation des prix de transfert et optimisation fiscale agressive.....	112
A. La sous-capitalisation d'entités dépendantes.....	112
1. La sous-capitalisation comme enjeu de régulation des prix de transfert.....	112
2. Inopérance du référentiel de pleine concurrence en matière de capitalisation.....	114
B. Le montage de commissionnaire.....	118
1. Les problèmes fiscaux du montage de commissionnaire.....	118
2. Interhome et la réponse par l'agent dépendant.....	121
§ 2. La régulation des prix de transfert et le formalisme juridique.....	125
A. Zimmer et la qualification formaliste de l'agent dépendant.....	125
1. Le sens limité du terme « conclure ».....	126
2. Autres enseignements de la décision Zimmer.....	129
B. Approche formaliste et chaîne de valeur intra-groupe.....	131
1. Formalisme de la distinction entre la filiale et l'établissement stable.....	131
2. Formalisme de l'attribution des profits.....	132
Titre 2. La référence de rectification.....	141
Chapitre 1. La référence de comparaison.....	144
Section 1. Mode d'emploi de la présomption.....	145
§ 1. Constitution de la présomption.....	146
A. Au regard du dispositif de l'article 57.....	146
1. Quant aux modalités de transfert.....	146

2. Quant aux moyens de constitution de la présomption	149
B. Au regard de la jurisprudence	151
1. Liquidation de l'avantage par recours à la comparaison.....	152
2. Identification d'une discordance de valeur vénale.....	154
§ 2. Destruction de la présomption	160
A. Contreparties au moins équivalentes et contreparties favorables	160
1. L'exigence de contreparties au bénéfice de l'entité elle-même	161
2. La question des contreparties au moins équivalentes à l'avantage	163
B. Analogie avec la présomption de transfert instaurée à l'article 238 A	164
1. Fusion des critères de non-exagération et de non-anormalité.....	164
2. Absence d'exigence de quantification des contreparties	166
Section 2. Mode d'emploi de la comparaison	169
§ 1. La logique de transaction.....	171
A. La recherche d'une comparaison directe des transactions	171
1. Le principe de comparaison directe des prix.....	171
2. L'admission d'une comparaison agrégée.....	173
B. Le problème du contexte de la transaction.....	175
1. Le marché pertinent.....	176
2. Les pratiques des entreprises comparables avec leurs partenaires.....	177
§ 2. La logique d'entreprise	180
A. Contexte d'entreprise et contexte de transaction	180
1. Le contexte d'entreprise	180
2. Le lien avec le contexte de transaction.....	181
B. Logique d'entreprise et nécessité d'une observation	183
1. L'exclusion de principe des comparables liés.....	184
2. Limites de l'exclusion des comparables liés	187
Chapitre 2. La référence de normalité	193
Section 1. Le transfert anormal de bénéfices.....	194
§ 1. Anormalité d'une renonciation à produit.....	195
A. La renonciation à percevoir un intérêt	195
1. L'avantage par nature constitué par la renonciation à percevoir un intérêt	195
2. L'extension de l'avantage par nature au cas du crédit à court terme	197
B. La renonciation à recette	197
1. L'avantage par nature constitué par le défaut de perception d'une recette.....	198
2. La nécessité d'identification d'un avantage en principe et en montant	199
§ 2. La liste fermée des avantages par nature	202
A. Le transfert anormal de bénéfices par les charges	202
1. Passage du critère de territorialité au critère de normalité.....	202
2. L'appréciation de normalité en matière de charges	203
B. Le problème de la liste fermée des avantages par nature	206
1. En matière de charges	206
2. En matière de renonciation à un produit ou à une marge.....	207
Section 2. La dialectique de l'intérêt d'exploitation et de l'anormalité	212
§ 1. L'extension de l'intérêt à consentir une aide.....	213

A. L'intérêt propre à consentir une aide	213
1. Les motifs commerciaux et financiers de l'intérêt à aider	213
2. La généralisation de l'aide motivée par un intérêt propre.....	216
B. Reconnaissance d'un intérêt de groupe confondu avec celui de la mère	216
1. La mère garante en dernier ressort des intérêts de groupe	217
2. L'intérêt de groupe non exclusif de l'intérêt d'une filiale	218
§ 2. Appréciation de normalité et abus de gestion.....	221
A. Acte anormal de gestion et risques excessifs	221
1. L'abandon de la théorie du risque excessif	221
2. Le recentrage du critère de l'acte anormal	223
B. Le principe de non-immixtion élargi jusqu'aux frontières de l'abus.....	225
1. Rapprochement des jurisprudences Monte Paschi et Rottapharm	226
2. La question de l'acte anormal de gestion cantonné à la répression des abus.....	228
Deuxième Partie. Le droit fiscal de la pleine concurrence.....	236
Titre 1. Au principe de la pleine concurrence	237
Chapitre 1. L'expression du principe de pleine concurrence	238
Section 1. Une philosophie de libre-échange	243
§ 1. Le principe d'équilibre spontané	244
A. Le principe de pleine concurrence comme principe de neutralité	244
1. Un principe universel	244
2. Un principe de neutralité économique	249
B. Un principe de régulation par la confiance dans les comportements.....	251
1. Le principe de rectification dans les lignes directrices	251
2. La préférence pour les bienfaits du libre-échange	253
§ 2. Principe de liberté	255
A. Le rejet du dirigisme	255
1. La contestation du dirigisme administratif.....	255
2. Le rejet des formules de répartition préétablies	256
B. L'acceptation de la compétition fiscale entre Etats.....	261
1. Rationalité et liberté	261
2. Concurrence et coopération.....	262
Section 2. Un principe de pertinence.....	264
§ 1. Le principe d'observation des transactions et de leur contexte	266
A. Principe des transactions réelles.....	266
1. Le respect des transactions déclarées	266
2. Le choix de comparables réels	267
B. Principe d'analyse des situations économiques	268
1. La démarche d'analyse : un ordonnancement pragmatique	268
2. Diversité des champs de l'analyse économique.....	272
§ 2. Principe d'adaptation des méthodes	280
A. Les méthodes traditionnelles.....	280
1. Les principes de comparaison dans les méthodes traditionnelles	280
2. Valeur théorique des méthodes traditionnelles	282

B. Les méthodes transactionnelles	283
1. Justification des méthodes de bénéfices	284
2. Précautions dans l'emploi des méthodes transactionnelles.....	287
Chapitre 2. L'esprit du principe de pleine concurrence	298
Section 1. Principe de transaction sur un marché.....	301
§ 1. Le prix et la pleine concurrence.....	302
A. Le prix et le coût en économie de marché	302
1. Valeur d'offre et de demande.....	302
2. Coût d'opportunité et régulation des prix de transfert	304
B. La concurrence pure et parfaite, meilleur marché possible.....	305
1. La concurrence pure et parfaite comme marché optimal	305
2. Conditions de la concurrence et prix de transfert.....	307
§ 2. Le principe normatif de pleine concurrence	311
A. La plasticité du paradigme de la régulation par les prix	311
1. Place centrale de l'hypothèse d'atomicité dans le modèle.....	311
2. Le modèle de concurrence comme marché régulé par les prix.....	312
B. Imperfections de marché et perfection de l'économie de marché.....	313
1. Imperfections de marché	313
2. Perfection de l'économie de marché	314
Section 2. Un principe de nécessaire coopération entre les acteurs	315
§ 1. La prise en compte des stratégies d'acteurs.....	316
A. Théorie du groupe et prix de transfert.....	316
1. Le groupe comme résultat d'un arbitrage entre autorité et prix.....	316
2. Le groupe comme dévolution d'une compétence aux filiales.....	317
B. L'algorithme des prix de transfert en situation réelle	318
1. Etat de la recherche sur les prix de transfert et la question du groupe.....	318
2. Prise en compte des formes contemporaines d'organisation des groupes	319
§ 2. La coopération et l'équilibre des prix de transfert.....	321
A. Le problème du prix comme instrument de coordination	322
1. Les modèles sans prise en compte des comportements stratégiques	322
2. La prise en compte des comportements stratégiques intra-groupes.....	323
B. L'économie des prix de transfert et l'exigence de coopération	326
1. Observation des pratiques de gestion des prix de transfert	326
2. Gestion concertée de l'écart entre prix théorique et prix convenu	327
Titre 2. Régulation des prix de transfert et coopération.....	334
Chapitre 1. Principes de la coopération en pleine concurrence.....	335
Section 1. Principe de tolérance	337
§ 1. Principe de non-immixtion de l'administration.....	338
A. Le redressement fiscal sans remise en cause des transactions.....	338
1. La rectification des effets d'une transaction non conforme	338
2. Le principe de respect de la délimitation des transactions.....	339
B. La rectification et l'égalité entre acteurs.....	341
1. L'objet du principe de rectification.....	341

2. L'incertitude comme limite du principe de rectification.....	343
§ 2. Le problème de dévolution de la preuve.....	347
A. La preuve attribuée à l'administration	348
1. Une présomption de régularité des bénéficiaires déclarés	348
2. La charge de la preuve aux administrations	349
B. Le fondement discutable du principe	350
1. Le problème de la prise en compte des données prévisionnelles.....	351
2. Le positionnement du groupe dans la procédure amiable.....	352
Section 2. Principe d'information loyale	356
§ 1. Les coûts de la non-coopération	357
A. Le coût du silence.....	357
1. Le droit du contribuable au silence	357
2. Les coûts cachés de la non-coopération	360
B. Coûts de la non-coopération et implications normatives	363
1. La révélation des coûts de non-coopération.....	364
2. Nécessité d'une règle de droit fixant la référence de pleine concurrence.....	365
§ 2. Les Gains de la coopération.....	368
A. En matière de gestion de la comparaison.....	368
1. Comparabilité et coopération	368
2. Coopération et analyses agrégées.....	370
B. Coproduction de l'information et cadre de la régulation	371
1. La coopération comme production de sécurité juridique.....	371
2. Pour une prise en compte coopérative des comparables liés	372
Chapitre 2. Le droit de la coopération en matière de prix de transfert.....	379
Section 1. La coopération imposée.....	381
§ 1. Durcissement des règles fiscales	384
A. Les limitations de la liberté de gestion en droit interne	385
1. Les limitations par la loi.....	385
2. Les limitations par une pratique administrative offensive	387
B. L'encadrement de la compétition fiscale par le droit européen	391
1. Le régime de contrôle des aides d'Etat et les prix de transfert	391
2. Le contrôle des décisions fiscales par la Commission européenne	392
§2. Création d'obligations nouvelles	395
A. Les mesures tendant à équilibrer l'information	396
1. L'édification des obligations documentaires	396
2. Les documentations de prix de transfert et leur régulation	401
B. Les prix de transfert et le paradigme de la compliance.....	404
1. L'incrimination de défaut de prévention de l'évasion fiscale.....	404
2. La réforme britannique et le paradigme de la compliance.....	407
Section 2. La recherche d'une régulation coopérative	411
§ 1. Le plan BEPS et la compétition fiscale	412
A. L'effet régulateur limité du plan BEPS quant aux règles de fond.....	412
1. Les succès du plan BEPS	412

2. Les limites du plan BEPS	414
B. Le plan BEPS et le principe de pleine concurrence universel	417
1. Classification des actions du plan BEPS.....	418
2. La déclaration par pays comme outil de régulation concertée	420
§ 2. La régulation coopérative en droit interne.....	424
A. Les tentatives de rééquilibrage de l'accès à l'information.....	424
1. La refonte parlementaire de l'obligation documentaire	424
2. L'échec de l'introduction d'une déclaration pays par pays	428
B. Compliance et collaboration : deux modalités possibles de transposition	429
1. Gestion déléguée ou gestion collaborative.....	429
2. Vers un droit coopératif des prix de transfert.....	431
Conclusion générale	438
Bibliographie	447
Manuels et ouvrages.....	447
Revues	449
Rapports	455
Thèses.....	457
Articles de presse	458
Table des matières	459

