

Prix de transfert : chronique d'actualité

Transfer pricing: news column



Terence WILHELM
Avocat Associé
CARA Avocats

Dans le cadre de la chronique des activités fiscales du couple OCDE/G20 (juillet 2019 à juin 2021), cet article est consacré aux travaux portant les prix de transfert.

As part of the OECD/G20 Tax Activity Chronicle (July 2019 to June 2021), this article focuses on transfer pricing.

L'année 2020 restera malheureusement dans les livres d'histoire comme une période trouble, durablement marquée par la crise sanitaire et économique dont les conséquences continueront d'irradier longtemps encore nos modes de vie. Dans une tentative qui se veut rassurante, gageons néanmoins que les manuels fiscaux présenteront un récit plus dynamique, nourri par l'effervescence technique retrouvée de l'OCDE. Sur cette seule année, l'Organisation publiait en effet deux rapports cardinaux, invitant, d'une part, les entreprises et les administrations à adopter des solutions pratiques pour intégrer les conséquences de la pandémie sur les politiques de prix de transfert (I) et, d'autre part, abordant l'épineuse question du traitement des transactions financières à l'aune du principe de pleine concurrence (II). Hasard du calendrier ou témoignage des enjeux stratégiques de la matière des prix de transfert, ces rapports interviennent, concomitamment à une forte activité jurisprudentielle, en France, qui ouvre tout de même le doute sur la place véritable de ces principes internationaux dans notre droit positif (III).

I. Le Guide de l'OCDE sur les conséquences de la pandémie en matière de prix de transfert : un diagnostic plus qu'un remède ?

En nautisme, on les appelle des vagues scélérates, ces mouvements de l'eau aussi soudains que brutaux capables d'envoyer par le fond même les plus gros navires. À l'instar des glissements tectoniques qui sont à l'origine de ces phénomènes océaniques, la pandémie du COVID-19 a ainsi pris tous les acteurs économiques de court. Les entreprises, pourtant usuellement mieux préparées que les États aux

retournements de marché grâce à leur plus grande capacité d'anticipation et d'adaptation, ont dû modifier leur cap et écoper les pertes et autres fracas, le tout dans une situation d'urgence et une visibilité quasi nulle.

La crise étant devenue mondiale, il était de la responsabilité de l'OCDE, engagée depuis le plan d'actions BEPS dans un plan de refonte de l'économie et de la fiscalité à l'échelle planétaire, d'allumer un phare dans la nuit. Après moult tergiversations des experts fiscaux de tout bord, l'OCDE publiait le 18 décembre 2020 un guide sur les conséquences de la pandémie en matière de prix de transfert¹. Sûrement qu'à l'approche des fêtes, ce rapport prenait des airs de cadeau : alors que la plupart des groupes d'entreprises internationaux clôturaient leurs exercices au 31 décembre, il devenait en effet impérieux de disposer de clarifications et de recommandations mutuellement satisfaisantes pour les entreprises et les administrations fiscales permettant de traiter les effets structurels et économiques de la pandémie. Fort d'une influence désormais mondiale (partie A), le principe de pleine concurrence s'affirme désormais comme le cap à suivre dans toute réflexion (partie B). Il irrigue plus que jamais l'analyse même en l'absence de références comparables (partie C) ou lorsqu'il s'agit de prendre en compte l'influence des aides publiques sur les modes de rémunérations intra-groupes (partie D).

1. <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/guide-sur-les-consequences-de-la-pandemie-de-covid-19-en-matiere-de-prix-de-transfert>. Rapport disponible en langues française, anglaise et allemande.

A. Une vocation mondiale

À titre liminaire, il convient de noter que le guide de plus d'une trentaine de pages a été élaboré et approuvé par les 137 États membres du Cadre Inclusif. Ce groupe de travail est né à l'occasion du projet « BEPS » qui, au sortir de la crise financière précédente, visait à répondre à l'érosion de la base d'imposition et au transfert de bénéfices.

Progressivement, ce projet a cristallisé l'adhésion d'un nombre croissant d'États, permettant ainsi de dépasser le cadre initial du G20 et d'embarquer des pays en voie de développement, en plus de certaines juridictions classiquement montrées du doigt pour leur attractivité fiscale. Désormais, le cadre inclusif place sur un pied d'égalité les États membres de l'OCDE, ainsi que les non-membres, tels que la Chine, la Russie ou l'Inde, qui forment aujourd'hui des partenaires indépassables de l'économie mondiale. Ce faisant, le guide revêt une vocation quasi universelle et permet d'offrir une certaine sécurité juridique et fiscale en proposant des concepts communs, et d'appeler à une uniformisation des pratiques. Il tend également à supplanter les travaux de l'ONU en matière de prix de transfert qui, malgré une adaptation récente de son « Manuel pratique des Nations Unies sur les prix de transfert à l'intention des pays en développement »², n'a pas pris position sur les effets de la pandémie.

B. La réaffirmation du principe de pleine concurrence

Pour adresser les conséquences de la pandémie sur les politiques de prix de transfert, le guide de l'OCDE se concentre sur quatre questions prioritaires : (i) l'analyse de comparabilité ; (ii) les pertes et l'attribution des coûts spécifiques de la COVID-19 ; (iii) le traitement des programmes d'aide gouvernementale ; et (iv) les accords préalables en matière de prix de transfert. Cependant, si l'on met à part cette quatrième et dernière partie, les trois premiers chapitres ont en commun d'apporter par des voies différentes des clarifications bienvenues sur l'utilisation et la mise en œuvre concrète du principe de pleine concurrence en période de crise.

Rappelons immédiatement que ce principe de pleine concurrence constitue la pierre angulaire des concepts OCDE applicables en matière de prix de transfert. Issu dans sa forme actuelle des travaux de l'organisation de 1979, ce principe irrigue depuis toujours

notre corpus juridique. Il figure dans toutes les conventions fiscales internationales signées par la France, habituellement à l'article 9, dès lors qu'elles sont établies sur le modèle de convention de l'OCDE. Son applicabilité pratique demeure cependant limitée dans la mesure où dans la sphère domestique, l'article 57 du Code général des impôts, dont la rédaction diffère certes, a néanmoins été explicitement reconnu comme compatible avec ce principe de pleine concurrence à l'occasion de plusieurs arrêts de référence³. L'article 9 des conventions fiscales ne trouve donc en pratique pas à s'appliquer dès lors que le mécanisme de la subsidiarité des conventions internationales n'est pas activé, à défaut d'incompatibilité de notre droit interne avec la norme supérieure. Toujours est-il, ce principe de pleine concurrence a le mérite d'avoir été bien plus commenté et de manière plus précise et exhaustive que notre article 57, et même la doctrine administrative y fait abondamment référence pour éclairer la matière des prix de transfert, par ailleurs si complexe⁴.

Selon ce principe, les transactions réalisées entre deux entreprises d'un même groupe doivent être rémunérées de manière à refléter le comportement d'acteurs économiques fonctionnellement comparables et placés dans une situation économique similaire. Il est donc intrinsèquement corrélé à la capacité d'identifier des références comparables pertinentes sur le marché libre. Pour apprécier le degré de comparabilité avec une transaction intragroupe, l'OCDE propose de se concentrer sur cinq facteurs de comparabilité que sont (i) la nature du bien ou du service (cette liste n'étant évidemment pas limitative mais pouvant couvrir également toute transaction économique tels un flux touchant un droit ou un actif incorporel, des véhicules financiers, etc.) ; (ii) l'analyse fonctionnelle des parties, c'est-à-dire la combinaison de leurs fonctions, risques et actifs ; (iii) les relations contractuelles entre les parties ; (iv) la situation économique dans laquelle les parties sont placées ; et (v) les stratégies économiques poursuivies par les parties. En pratique cependant, force est de constater que les dispositions contractuelles des références indépendantes ne sont usuellement pas accessibles, de même que les détails sur leurs stratégies économiques ou l'intensité de leurs fonctions et risques. La comparabilité ne peut alors s'apprécier que selon quelques critères, qui eux-mêmes

2. <https://www.un.org/development/desa/financing/document/united-nations-practical-manual-transfer-pricing-developing-countries-2021>.

3. Voir notamment CE, 3 mars 1989, n° 77581, *Lainière de Picardie*, à propos de la convention franco-brésilienne ; ou CE, 25 novembre 1985, n° 40288 à propos de la convention franco-sénégalaise.

4. Voir notamment BOI-BIC-BASE-80-10-10.

dépendent de l'exhaustivité des bases de données spécialisées auxquelles les parties peuvent avoir accès.

C. Les recommandations pour pallier l'absence de références comparables

Et c'est justement là que le bât blesse. L'OCDE, qui par le passé avait déjà mis en lumière les difficultés d'identifier des comparables indépendants sur certains secteurs, relève que les références disponibles à date produisent au mieux des données arrêtées en 2019, c'est-à-dire non contemporaines à la crise. Elle note ainsi avec justesse que « La crise peut avoir un effet significatif sur la fixation des prix de certaines transactions entre entreprises indépendantes, et limiter la fiabilité des données historiques lors des analyses de comparabilité »⁵.

Pour pallier ces difficultés, l'OCDE encourage alors la réalisation d'une analyse fine permettant d'identifier et évaluer les effets de la pandémie de COVID-19 sur l'entreprise. Elle indique à cet égard que tout type d'information peut être utilisé, dès lors bien sûr que ces éléments participent d'une démarche cohérente et – rappelons-le – assurent le respect du contradictoire. L'OCDE produit ensuite une liste non limitative d'informations sectorielles, financières, organiques, ou même juridiques pour apprécier les effets de la pandémie sur les transactions⁶.

Pragmatique, l'Organisation propose également quelques pistes pour remédier de manière concrète aux lacunes en matière d'information⁷. Parmi celles-ci figurent des solutions que la pratique des administrations (et de quelques praticiens peu inspirés) a contribué à rendre exceptionnelles, voire anormales, alors qu'elles découlent d'une logique économique et fiscale implacable. Au rang de celles-ci on notera la possibilité d'utiliser dans les panels de comparables des références accusant des résultats négatifs, ou de procéder à des analyses pluriannuelles.

Sur le premier point en effet, on rappellera utilement que rien dans le droit positif n'interdit de réaliser des pertes. Dès lors que des entreprises indépendantes peuvent accuser des déficits, le principe de pleine concurrence ne peut en outre naturellement et automatiquement interdire cette possibilité pour des parties liées. Aboutir à la conclusion inverse reviendrait nécessairement à priver le principe de pleine concurrence de son objet même, en plus de créer une discrimination sur la nationalité, ce principe ne

s'appliquant en effet qu'aux transactions transfrontalières par l'effet des conventions fiscales.

Sur le second point, on retiendra que la cyclicité de l'économie ne débute pas au premier jour de l'exercice pour s'arrêter à sa clôture, mais déborde évidemment sur une plage d'années. Ces cycles traduisent le renouvellement de l'offre ou de la demande et diffèrent selon les secteurs. Bien qu'ils entrent en contradiction avec le principe d'indépendance des exercices, il est donc normal d'apprécier la rentabilité d'une entreprise sur une période possiblement différente de son exercice comptable et fiscal.

Une chose demeure néanmoins tranchée : l'utilisation de données historiques provenant d'autres crises notamment est déconseillée par l'Organisation. Elle soutient à cet égard que « la pandémie de COVID-19 a créé des conditions économiques qui sont dans bien des cas différentes de celles qui prévalaient les années précédentes »⁸. Dans tous les cas donc, une lecture directe de données antérieures ne semble pas possible et des ajustements raisonnables et réalistes du point de vue économique s'avèrent nécessaires.

En l'absence de comparables contemporains, les entreprises sont invitées à poursuivre ce que l'OCDE qualifiait déjà dans ses principes directeurs antérieurs « d'option réaliste disponible »⁹. En l'espèce, il s'agit de rechercher le comportement dicté par les paramètres économiques du marché libre et qu'auraient hypothétiquement adopté deux entreprises indépendantes placées dans une situation similaire. Pour vulgariser la chose : il s'agit de la rémunération adéquate issue du jeu libre de l'offre et de la demande.

À ce titre, cette recherche de l'option réaliste irrigue également la question de la répartition des pertes ou des éventuels profits générés par la crise. En fonction du secteur sur lequel ils opèrent, les acteurs économiques ont en effet pu enregistrer des résultats qui diffèrent d'un cycle ou d'un rythme normal. Leur chiffre d'affaires a pu connaître un brusque arrêt en raison des confinements successifs et de la fermeture des lieux de travail, ou à l'inverse fortement augmenter pour répondre à une demande plus forte. La question se pose donc naturellement de savoir quelle entité est la plus légitime à se voir allouer ces conséquences financières exceptionnelles.

Un premier élément de réponse réside dans l'analyse fonctionnelle, dont l'OCDE rappelle légitimement l'importance fondamentale dans toute analyse

5. OCDE, *Guide sur les conséquences de la pandémie de COVID-19 en matière de prix de transfert*, Paris, Éditions OCDE, 2020, § 9.

6. *Ibid.*, § 11.

7. *Ibid.*, §§ 18 à 24.

8. *Ibid.*, § 31.

9. OCDE, *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, Paris, Éditions OCDE, version 2017, 9.27.

holistique de prix de transfert. Cette analyse permet en effet de déterminer la capacité de chaque partie à réaliser de manière réaliste les fonctions qui lui sont allouées et, surtout, de délimiter avec acuité les risques réels qui lui incombent et sur lesquels ces parties auraient un contrôle. En cela, il est impératif de rappeler que l'analyse fonctionnelle ne peut être théorique mais doit obligatoirement être accompagnée d'une étude fine de la substance des entreprises, c'est-à-dire la combinaison des ressources humaines, matérielles et financières qu'elles hébergent.

Sur ce point, on saluera l'OCDE qui, fort utilement, met un terme à une dérive intellectuelle qui s'enracinait dans les esprits des praticiens et consistant à ranger les entreprises dans des catégories simplistes entre les entités dites « à faible risque » et les « entrepreneurs ». S'il nous a déjà été permis de condamner cette qualification infondée¹⁰, l'OCDE apporte un éclairage utile en précisant que « Bien que l'expression “à faibles risques” soit couramment employée, comme elle n'est pas définie dans les Principes de l'OCDE, les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques assumés par une entité “à faibles risques” varient d'une entité à l'autre, et il n'est donc pas possible d'établir une règle générale selon laquelle les entités ainsi qualifiées devraient ou non supporter des pertes »¹¹.

Il faut donc rechercher si, compte tenu des moyens dont elle dispose et des responsabilités qui lui ont été allouées, l'entreprise peut et doit subir les conséquences financières de la crise et influant sur ses transactions intragroupes. Par conséquent, l'OCDE reconnaît qu'une société présentant un profil dit « à risques limités » peut être confrontée à une perte si l'analyse fonctionnelle de cette dernière est cohérente avec sa situation de perte. On ajoutera que cette conclusion doit perdurer au-delà même des effets de la pandémie et s'applique dans les mêmes proportions à toute circonstance économique.

Si cette démarche permet de rétablir un peu de bon sens, elle ne saurait néanmoins se suffire à elle-même. Un retour à une certaine orthodoxie juridique s'avère également nécessaire et une analyse des contrats intragroupes doit également être conduite. Cette étude permettra ainsi de mettre en lumière l'attribution éventuelle de risques que la seule analyse fonctionnelle ne traduit pas, en plus peut-être de produire des solutions tranchées par la seule lecture des clauses

de force majeure ou de « *harsdhip* ». Après tout, le guide de l'OCDE ne saurait se substituer à nos concepts juridiques les plus élémentaires, et nous rappellerons que les conventions régulièrement formées « tiennent lieu de loi à ceux qui les ont fait[e]s »¹². Il se peut donc que le jeu soit fait à la seule lecture des contrats.

À l'inverse, si la convention demeure muette, il appartiendra alors aux parties liées de rechercher le comportement de parties indépendantes confrontées à des circonstances comparables. Par conséquent, si les circonstances économiques, les clauses contractuelles et le cadre légal permettent une renégociation entre parties indépendantes, cette même possibilité sera donc offerte aux sociétés liées dans les mêmes conditions.

D. L'effet des programmes d'aides publiques

Pour accompagner les entreprises dans cette tourmente, la très grande majorité des États a adopté des mesures exceptionnelles, certaines visant à réduire la charge fiscale, ou d'autres, à l'instar de la France, préférant l'aménagement calendaire et le versement d'aides publiques. Dès lors qu'elles influent sur le résultat de l'entreprise, se pose nécessairement la question de la prise en compte de ces mesures dans l'étalonnage de la rémunération à l'aune du principe de pleine concurrence. Sur ce point, l'OCDE considère à juste titre que ces programmes d'aides doivent être intégrés à l'analyse des transactions contrôlées et aux études de comparabilité. L'Organisation produit en outre des exemples afin de déterminer si et comment une aide publique est susceptible de modifier les caractéristiques d'une transaction contrôlée et détaille ses conséquences en matière de prix de transfert. Cependant, le guide ne fournit pas de recommandations sur la manière d'opérer, ni de démarche d'analyse pratique. Le contribuable est donc laissé seul avec ses doutes et ses idées.

Il est intéressant de noter que cette situation fait écho à la décision *Philips* tranchée par le Conseil d'État quelques années plus tôt¹³. Il était alors question de savoir si, aux fins de calculer la marge nette sur la base de coûts totaux que la société Philips refacturait à sa mère, celle-ci était en droit de déduire le crédit d'impôt recherche dont elle bénéficiait de la base de coûts sujette à refacturation. Fort logiquement, l'ad-

10. T. WILHELM, « Comment intégrer les effets de la pandémie liée au Covid-19 dans les politiques de prix de transfert », *Les Nouvelles Fiscales*, n° 1268, juin 2020, p. 22.

11. OCDE, *Guide sur les conséquences de la pandémie de COVID-19 en matière de prix de transfert*, op. cit., § 38.

12. Art. 1103 nouveau du Code civil. Ajoutons que le nouvel article 1194 précise que les contrats obligent à ce qui y est exprimé et à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi.

13. CE, 19 septembre 2018, n° 405779, *Sté Philips SAS*.

ministration répondait par la négative, en arguant que les subventions reçues avaient la nature de subventions d'investissement et demeuraient donc étrangères aux dépenses d'exploitation, qui forment la base de la méthode prix de transfert retenue par le groupe. Si le juge de cassation a cependant annihilé les prétentions du service, c'est uniquement au motif que l'administration n'avait pas démontré que des entreprises indépendantes, placées dans des conditions comparables, n'auraient pas déduit le montant du CIR de leur base de calcul. Selon nous, ces aides devraient être neutralisées dans le calcul de la rémunération, tant compte tenu de leur caractère exceptionnel, mais aussi et surtout en raison de l'objectif qu'elles poursuivent, à savoir protéger temporairement le tissu économique des États.

II. Les nouvelles lignes directrices de l'OCDE sur les transactions financières

« Mon véritable adversaire, c'est le monde de la finance ». On se souvient évidemment de ces paroles prononcées en 2012 au Bourget, par celui qui allait devenir le septième Président de la République française. Si l'on met de côté la ferveur du propos – un brin dogmatique –, force est de reconnaître que la finance au sens large a contribué au fil des ans à créer un microcosme complexe et intimiste, réservé aux initiés et aux fins techniciens. Les arcanes des groupes internationaux ne font évidemment pas exception, et les flux financiers ont pendant longtemps échappé aux fourches caudines des administrations fiscales, en raison de leur technicité et leur volatilité. Les typologies de flux tout d'abord : outre les prêts intragroupes, qui déjà revêtent des spécificités différentes en termes de maturité, de devise, et même de rang, les transactions financières se décomposent en conventions de trésorerie, garanties explicites et implicites, opérations de couverture, et même de captives d'assurances. La mécanique de rémunération ensuite, avec un profilage des transactions reposant sur une multiplicité de facteurs plus familiers aux économistes et analystes financiers qu'aux fiscalistes.

Saisi de ce constat, le plan d'actions BEPS de l'OCDE a mis en lumière certaines dérives, en plus de rappeler l'impérieuse nécessité d'adapter le principe de pleine concurrence à ces transactions particulières. Après une consultation publique du 3 juillet 2018, l'Organisation publiait en ce sens son rapport définitif sur les lignes directrices de prix de transfert appliquées aux transactions financières le 11 février 2020.

Les contribuables devraient se réjouir de ces nouvelles directives. Elles interviennent en effet dans un contexte de multiplication des contrôles fiscaux et partant, des rectifications, alimentés par ailleurs par une activité jurisprudentielle foisonnante dont on avait perdu l'habitude en matière de prix de transfert. Pour cause : en France, l'augmentation significative des litiges et contentieux sur ces questions découle de l'article 212 du Code général des impôts, et non de l'article 57 qui pourtant forme la pierre angulaire de notre dispositif réglementaire des prix de transfert. Cet article 212 renverse en effet automatiquement sur le contribuable la charge de la preuve du caractère de marché du taux d'intérêt auquel les entreprises empruntent en intragroupe, lorsque ce taux est supérieur à celui prévu par l'article 39.1.3 du même Code. Cette difficulté est devenue de plus en plus fréquente en raison, d'une part, de l'explosion des encours intragroupes au cours de ces dernières années et, d'autre part, de la faiblesse du taux d'intérêt légal.

On se félicitera donc de ce que les nouvelles lignes directrices de l'OCDE apportent des précisions essentielles sur le processus de détermination d'un taux d'intérêt de pleine concurrence en remplaçant d'une part la substance au cœur de l'analyse (partie A), et en fournissant par ailleurs certaines clarifications quant à l'utilisation des notations de crédit (partie B) et des modalités de détermination d'un taux de marché (partie C).

A. L'impérieuse nécessité de qualifier l'opération

À l'origine de ce rapport se posent les actions 8 à 10 du programme dit « BEPS » de l'OCDE, qui cherchait à lutter contre les dispositifs conduisant à l'évaporation des mannes taxables et le transfert de bénéfice. Plus spécifiquement, ces actions visent à aligner les prix de transfert sur la création de valeur et mettent l'accent sur la substance, c'est-à-dire la combinaison des ressources humaines, matérielles et financières nécessaires pour opérer les fonctions et maîtriser les risques dévolus à l'entreprise. Pour ce qui a trait aux transactions financières, il était question de corrélérer la rémunération des flux financiers avec les risques réellement portés par les parties et l'allocation des fonctions entre elles, placé à la lumière de leur substance respective. Pour utiliser un verbiage de juriste : il s'agit désormais de faire prévaloir le fond (la réalité opérationnelle) sur la forme (l'apparence contractuelle).

Pour l'OCDE, cet effort de qualification doit conduire à apprécier les contours exacts de la

transaction financière en la délimitant clairement et précisément, et en la replaçant dans son contexte économique et opérationnel propre. Au cas particulier des transactions financières, le rapport de l'OCDE précise que cette délimitation doit principalement se fonder sur une analyse (i) des termes et conditions de la transaction (nature, maturité, devise, montant, garanties éventuelles par exemple), (ii) des fonctions exercées par les parties et (iii) des spécificités du marché sur lequel la société emprunteuse évolue dans la mesure où elles peuvent influencer son niveau d'endettement. L'Organisation ajoute que la stratégie commerciale du groupe et sa politique de financement doivent également être prises en compte dès lors qu'elles peuvent avoir un effet significatif sur les conditions de la transaction analysée.

Dans cet environnement, l'OCDE recommande de permettre aux autorités de pouvoir redonner aux transactions leur nature réelle, et par la même occasion, leur appliquer la juste rémunération compte tenu de leurs paramètres intrinsèques. Le rapport valide en ce sens une démarche déjà accessible à l'administration fiscale, soit en redonnant aux conventions leur nature véritable, soit directement en requalifiant l'opération selon ses traits spécifiques. La décision *SNC Rhodia* de la cour administrative d'appel de Versailles¹⁴ nous en livre une illustration en distinguant les paramètres intrinsèques des prêts à court terme et à long terme et, ainsi, les différences de rémunération à leur octroyer.

Mais au-delà de la qualification, c'est l'opportunité même de la transaction que l'OCDE encourage à apprécier. Ce faisant, le rapport se fait une vitrine assez parfaite de tout le dogme du projet BEPS, en articulant la recherche de la substance avec la cohérence des opérations fiscales, c'est-à-dire leur potentiel de réalité sur le marché libre. En effet, même si le taux d'intérêt rémunérant une transaction financière paraît facialement adéquat, l'Organisation rappelle à juste titre que l'identification des caractéristiques économiquement pertinentes de la transaction financière doit conduire à s'interroger sur l'opportunité pour l'emprunteur de souscrire à l'emprunt, et sur celle du prêteur à avancer les fonds, compte tenu des options réalistes à la disposition de chacune des parties. On ne boudera pas notre plaisir et on se félicitera en constatant que même dans cette sphère financière réservée, notre mécanique fiscale de l'acte anormal de gestion «à la française» a visiblement bien pris racine. Hasard du calendrier, presque concomitamment à la publication du rapport de

l'OCDE, la cour administrative de Nantes tranchait d'ailleurs qu'indépendamment de l'existence d'intérêts, l'octroi d'une avance intragroupe devait d'abord et avant tout conduire à rechercher l'intérêt propre de l'emprunteur¹⁵.

B. La consécration du recours au risque de crédit

Dans une démarche didactique, l'OCDE explique dans son rapport qu'une fois la transaction délimitée avec précision, il convient de calculer une rémunération de pleine concurrence. Cette seconde étape quantitative se réalise cependant en deux temps et doit débiter par l'évaluation de la solvabilité du débiteur à la transaction. Ce faisant, on soulignera déjà que l'Organisation prend pour acquis que la rémunération doit nécessairement être appréciée du point de vue de l'emprunteur, ce que la doctrine de l'administration fiscale française valide dans ses fiches explicatives publiées en écho au rapport de l'OCDE au tout début de l'année 2021. Il est toutefois également intéressant, dans une démarche fiscale d'appréciation de l'intérêt des parties, de réfléchir à l'opportunité de l'opération du point de vue du prêteur, surtout si celui-ci dispose d'autres alternatives comme de placer ses fonds sur des comptes plus rémunérateurs.

Toujours est-il, dans le cadre d'un financement intragroupe, les contribuables apprécient généralement la solvabilité de l'emprunteur au moyen de modèles de scoring proposés par les agences de notation, ceux-ci permettant d'attribuer une note à l'emprunteur. Il est néanmoins intéressant de noter que la même année de publication du rapport, le juge de l'impôt critiquait la pertinence de ces outils, en ce qu'ils ne permettraient pas d'évaluer de manière fiable le risque de crédit de la société emprunteuse¹⁶. En l'espèce, le grief était porté sur la prise en compte exclusive par ces outils des critères quantitatifs, c'est-à-dire des données financières des entreprises, sans prendre en considération les éléments de contexte ou les paramètres intrinsèques à l'emprunteur, à l'instar de la stratégie économique, la qualité du management ou encore le secteur d'activité. À ce titre, si le rapport de l'OCDE rappelle l'importance des facteurs quantitatifs, il souligne également l'influence de ceux qualitatifs sur la notation de l'emprunteur. Il invite ainsi à adopter une approche holistique qui n'est pas sans rappeler la liste à la Prévert de l'arrêt

14. CAA Versailles, 9 février 2016, n° 15VE00394.

15. CAA Nantes (1^{re} ch.), 11 juin 2020, n° 18NT02811, *CEFIM*.

16. Voir notamment CAA Paris, 10 mars 2020, n° 18PA00608, *Apex Tool Group*; ou CAA Paris, 23 septembre 2020, n° 20PA00585, *Willink*.

de principe *Stryker Spine* qui, quelques années auparavant, suggérait déjà de prendre en compte entre autres éléments d'appréciation « la marge de manœuvre financière de l'entreprise, son secteur d'intervention, son positionnement concurrentiel sur le marché, ou la qualité de son équipe dirigeante »¹⁷.

Enfin, les directives mises à jour de l'OCDE insistent sur la prise en compte du soutien implicite au moment d'estimer les cotes de crédit pour les emprunts entre parties liées. Sans pour autant valider expressément ce que la pratique décrit comme « l'effet de halo », c'est-à-dire l'influence que la notation de crédit d'un groupe peut avoir sur ses filiales lorsque ces dernières ont une importance particulière dans la chaîne de valeur, elle marque néanmoins un rejet clair d'une autre approche, celle « de l'orphelin », qui au contraire conduit à séparer très nettement la notation de l'entreprise de son contexte de groupe. Même si elle ne fournit aucun élément permettant de la quantifier, l'OCDE précise à cet égard que l'appartenance à un groupe est susceptible d'avoir une influence sur l'évaluation du risque de crédit notamment, lorsqu'en raison de son importance relative, il est probable que la société emprunteuse reçoive un soutien de la part du groupe.

On retrouve ici la doxa strictement économique de l'OCDE qui ne manquera certainement pas de faire tiquer les juristes. En effet, la prise en compte du soutien indirect revient implicitement mais nécessairement à reconnaître une valeur à l'appartenance à un groupe. Évidemment, l'OCDE se garde bien de reconnaître cette (petite) entorse au principe de pleine concurrence. Néanmoins, notre article 57 du Code général des impôts est clair quant à lui : les transactions intragroupes doivent refléter le comportement de parties non liées entre elles. Or, celles-ci seraient par nature non concernées par les effets de l'appartenance à un groupe, en raison de leur indépendance capitalistique. Espérons donc que la pratique nous révélera à l'usage quelle dose de soutien implicite retenir pour le calcul de la notation de crédit de l'emprunteur. Gageons néanmoins et d'ores et déjà que ce sujet sera certainement porteur de frictions entre les contribuables et les administrations fiscales.

C. Des précisions importantes sur le calcul des taux intragroupes

Enfin, l'OCDE apporte des précisions concernant les données pouvant être utilisées afin de déterminer un taux de marché. En premier lieu, l'OCDE valide

sans surprise la pertinence de la méthode dite du prix comparable sur le marché libre qui, prise au cas d'espèce, consiste à répliquer le taux (et non pas un prix) qu'auraient consenti des parties indépendantes placées dans une situation comparable. Là encore, on retrouve l'impérieuse nécessité de correctement délimiter les transactions, dans la mesure où toute déviation sur la qualification exacte de l'opération pourrait conduire à sélectionner des comparables viciés. Des ajustements devraient alors être réalisés ce qui, compte tenu de la technicité de la matière, s'avère toujours source de discussions avec les autorités fiscales.

Plus important encore, l'OCDE valide le recours à des comparables issus du marché obligataire. Le rapport devance ainsi la décision de principe *WB Ambassador* du Conseil d'État qui, quelques mois plus tard, aboutissait à la même conclusion, en précisant toutefois que cette référence demeure pertinente si tant est que de tels emprunts constituent, « dans l'hypothèse considérée, une alternative réaliste à un prêt intragroupe »¹⁸. L'Organisation va néanmoins plus loin encore en admettant même l'utilisation de toute transaction alternative aux caractéristiques comparables, telle que les prêts, les rémunérations de dépôts, les titres de dette convertible ou encore les billets de trésorerie.

Un point demeure toutefois en suspens, celui de savoir si des taux négatifs peuvent refléter des conditions de pleine concurrence, notamment au titre des conventions de trésorerie. Un éclairage aurait été ici bienvenu, afin éventuellement d'aider les contribuables et les administrations à trancher un débat clivant entre économistes et juristes.

On rappellera en effet que du point de vue du droit français, les prêts soumis au Code civil emportent nécessairement les caractéristiques juridiques selon lesquelles, d'une part, le paiement des intérêts n'est prévu que de la part de l'emprunteur (art. 1906 C. civ.) et, d'autre part, que les intérêts sont versés à titre de rémunération des fonds prêtés sur une durée donnée (art. 1905 C. civ.). Ceci a conduit non sans fondement certains experts à soutenir que le droit privé implique nécessairement un taux plancher implicite à 0 %. On peut aussi considérer que la théorie de l'imprévision emporte que le contrat devrait être révisé, compte tenu de l'impossibilité de prévoir un retournement durable de marché et la plongée des taux sous la barre des 0 %.

17. CAA Bordeaux, 2 septembre 2014, n° 12BX01182.

18. CE (9^e ch.), 10 décembre 2020, n° 428522.

Cette dernière position demeure cependant contestable et certaines décisions de fond tendent à nuancer le propos, en reconnaissant qu'en l'absence de clause spécifique entre les parties mettant en œuvre un taux plancher, celui-ci ne saurait exister de manière implicite¹⁹. De manière moins orthodoxe mais tout aussi convaincante, des économistes usent également de paraboles pour illustrer la rationalité de taux négatifs. Notre préférée demeure celle d'Irving Fischer à propos des marins danois et de leurs biscuits embarqués à bord (les « *hardtacks* ») qui, pris comme monnaie d'échange, ne pourraient jamais produire d'intérêts positifs en cas de naufrage²⁰. Et Irving de poursuivre que si les marins avaient emporté à l'inverse des denrées périssables, leur nature même conduirait à produire des intérêts négatifs, les efforts visant à les préserver devenant rapidement supérieurs à leur valeur intrinsèque. L'histoire reste à dire si, même avec tous les talents d'orateur de l'avocat, une telle parabole d'économiste pourrait convaincre un juge de l'impôt.

III. Quelle valeur accorder à ces guides de l'OCDE ?

Il aurait été démesurément optimiste de penser que les guides de l'OCDE résoudreaient tous les maux, et

bon nombre de sujets demeurent encore en suspens. Il était évident cependant que l'OCDE ne produirait pas de mode opératoire ou de règles, aussi sûrement d'ailleurs que l'Organisation ne produit pas du droit positif. À cet égard, on empruntera à l'excellente Emilie Bokdam-Tognetti ses conclusions récentes rendues sous l'affaire *Ferragamo* en rappelant que « les principes définis par l'OCDE en matière de prix de transfert ne constituent pas des normes et sont dépourvus d'effet juridique en droit interne. S'ils ne sauraient notamment servir à interpréter les dispositions de l'article 57 du CGI, ils constituent néanmoins une utile source d'inspiration »²¹.

Gageons donc que ces guides ouvrent au moins les esprits et permettent de reposer les bonnes questions lorsqu'il s'agit de la matière des prix de transfert, loin des idées préconçues et des étiquettes lorsqu'il s'agit (notamment) des caractérisations fonctionnelles, des méthodes statistiques de pleine concurrence, ou de la construction des panels de comparables. Si ce guide permet aux administrations et à certains praticiens de changer de paradigme, son objectif pourra déjà être considéré comme rempli.

19. Voir notamment Référé civil n° 15/00765, TGI Strasbourg, ordonnance du 5 janvier 2016.

20. Voir notamment sur ce point « Negative Justice », *Finance and Economics*, 3 février 2018.

21. Conclusions rendues sous CE (9^e et 10^e ch.), 23 novembre 2020, n° 425577, *Sté Ferragamo France*.