

Fiscalité internationale

296 Création de valeur dans une économie multipolaire, ou la face cachée des prix de transfert

Vincent RENOUX,
avocat associé, cabinet Stehlin & Associés
 Simon BERNARD,
*diplômé du M2 Fiscalité internationale
 (université Paris II-HEC), élève-avocat*



Le contrôle du prix des transactions intra-groupe a été conçu comme garde-fou contre les stratégies de transfert des bénéfices au sein d'un même groupe aux entités le moins lourdement imposées. La méthode transactionnelle de la marge nette est majoritairement employée par l'administration fiscale pour effectuer ce contrôle. En faisant apparaître une pluralité d'acteurs pour participer à la création d'un même revenu, l'économie numérique et l'importance grandissante des marchés locaux forcent à repenser cette méthode fondée sur une binarité exclusive entrepreneur principal/activité de routine. Pour surmonter ses résultats peu satisfaisants et éloignés des nouvelles réalités économiques, le partage des bénéfices préconisé par l'OCDE apparaît comme la méthode la plus robuste et la moins compliquée à mettre en œuvre parmi celles susceptibles d'offrir une réponse au défi posé. Cette approche est une première étape pour imposer plus justement l'ensemble des sociétés du numérique et permettre aux sociétés françaises et européennes de grandir dans l'économie moderne.

1. Introduction

1 - En droit interne français, l'imposition des sociétés est fondée sur le lien entre l'activité et le territoire (CGI, art. 209, I)¹. Lorsque deux États imposent le même revenu, sur le plan international, la répartition est effectuée à partir d'une logique similaire, sur le fondement du lien entre la création de valeur et le territoire des deux États où est réalisée l'activité économique génératrice du revenu imposable². Dans l'hypothèse d'un groupe de sociétés implanté dans deux ou plusieurs États, les dispositions relatives aux prix de transfert ont pour objet de s'assurer que cette connexion entre création de valeur et État n'est pas artificiellement modifiée grâce à la présence de

la multinationale dans plusieurs États³. C'est une garantie apportée au principe de territorialité et par conséquent à la légalité de l'impôt et à l'égalité devant les charges publiques⁴.

2 - Or, ce contrôle, inscrit en droit français à l'article 57 du CGI depuis 1948⁵, est particulièrement complexe, tant les éléments de connexion sont, dans le contexte actuel, mis à rude épreuve. L'économie du numérique bouleverse les modalités de création de valeur, y incluant tant les développeurs que les utilisateurs⁶, alors que sa part

1. Ce d'autant plus que le principe est celui de la territorialité de l'impôt sur les sociétés, V. JCl. Fiscal international, fasc. 3500, Détermination du bénéfice imposable des entreprises exploitées en France, par F. Le Mentec. – Pour une remise en cause du principe de territorialité de l'IS français, V. N. Melot, Territorialité et mondialité de l'impôt. Etude de l'imposition des bénéfices des sociétés de capitaux à la lumière des expériences française et américaine : Dalloz, 2002, n° 1737 et s., p. 847 et s.

2. V. B. Delaunay, Les évolutions de la fiscalité internationale depuis la crise financière de 2008 : Dr. fisc. 2017, n° 39, étude 470. – S. Bernard, L'obligation fiscale limitée et illimitée en fiscalité internationale : Dr. fisc. 2016, n° 51-52, étude 659.

3. V. G. Gest et G. Tixier, Droit fiscal international : PUF, 2^e éd., 1990, n° 418 et s.

4. Pour une analyse de l'objectif de l'article 57 du CGI, V. M. Jarnevic, Les dérogations au principe de territorialité des impôts établis sur les bénéfices des sociétés de capitaux en droit fiscal français : Travaux Université de Clermont I, thèse 1978, p. 101.

5. L. 31 mai 1933, art 76, incorporé à l'article 57 du CGI par le D. n° 48-1986, 9 déc. 1948.

6. V. par ex., M.-H. Delmond, A. Keravel, F. Coelho et R. Mahl, Business model, coproduction de valeur et système d'information : Broché, 2013. – Fabernovel, GAFAnomics, saison 2 : Slideshare, 4 nov. 2015. – M. Coupez, GAFAnomics : new economy rules/4 superpowers to outperform in the network economy : Belgian financial forum/Revue bancaire et financière, 2015. – V. également, introduction Comm. UE, communiqué n° IP/18/2041, 21 mars 2018 : Dr. fisc. 2018, n° 13, act. 137.

de marché grandit en permanence⁷. La création de valeur évolue également profondément au sein des groupes de l'économie traditionnelle avec l'émergence de nouveaux marchés qui participent à la valorisation croissante des incorporels utilisés pour engendrer des revenus imposables⁸. Les fonctions des sociétés sont de plus en plus complexes et de plus en plus interdépendantes.

3 - En l'absence de méthode de contrôle acceptable fondée sur les transactions⁹, la méthode transactionnelle de la marge nette est utilisée dans ce contexte – souvent par défaut ou par facilité – pour vérifier que le profit n'a pas été artificiellement déplacé en comparant la marge nette de la société testée à celle de sociétés qualifiées de comparables. Si la marge nette de cette société est en décalage avec l'échantillon des comparables¹⁰, alors l'Administration considère que le prix des transactions intragroupe a été majoré ou minoré afin de diminuer la base taxable. Cette méthode déforme pourtant la réalité des organisations complexes de création de valeur et de la répartition du profit (I). Elle compromet même, en refusant de reconnaître la multiplicité des sources créatrices de valeur, la modernisation souhaitée par la Commission européenne, notamment, en faveur d'une imposition des établissements stables numériques¹¹. La méthode du partage de bénéfice plébiscitée par l'OCDE est pourtant une alternative moderne qui pourrait servir tant les finances publiques que la compétitivité et la sécurité juridique des sociétés (2).

2. L'inadaptation de la méthode transactionnelle de la marge nette aux schémas modernes de création de valeur axés sur l'utilisateur et une grande adaptabilité aux marchés

4 - La méthode transactionnelle de la marge nette se révèle efficace dans des schémas simples et aseptisés de création de valeur – un entrepreneur dit « principal » et des sociétés routinières – mais n'a pas vocation à s'appliquer à des situations avec de multiples sociétés fortement créatrices de valeur, au risque dans le cas contraire d'apporter une réponse différente de la réalité à la question de la manipulation ou non du prix intragroupe. Or, l'évolution des ambitions économiques, grâce aux mutations des moyens de déploiement à la fin du XX^e siècle¹², et plus encore l'émergence de l'économie numérique¹³, ont

grandement complexifié les schémas traditionnels. L'activité locale, qu'elle soit virtuelle ou physique, joue désormais un rôle majeur dans la création de valeur d'un groupe multinational (A). Une réalité qu'ignore le choix de la méthode transactionnelle de la marge nette, ce qui fausse dès lors toute problématique de comparabilité (B).

A. - Les schémas économiques modernes augmentent substantiellement la complexité de l'analyse des sources créatrices de valeur

5 - Classiquement, la répartition de la matière imposable d'une multinationale entre États peut être relativement simple, même en l'absence de transactions comparables entre sociétés indépendantes. En vulgarisant volontairement, dans un groupe, chaque société peut avoir une fonction bien définie : A pilote l'ensemble des opérations et prend la majeure partie des risques, notamment le développement de la marque et de la stratégie globale, B assemble les pièces, C distribue le produit final. Il peut alors être relativement aisé d'appliquer la méthode transactionnelle de la marge nette pour déterminer si le montant des résultats opérationnels de C tenant compte des redevances d'utilisation de la marque est juste, car trouver des sociétés comparables ayant des fonctions de simple distributeur n'est pas utopique.

1^o L'économie numérique : une boucle créatrice de valeur qui bouleverse les schémas classiques

6 - Avec l'économie numérique, la traditionnelle chaîne de valeur a été totalement disloquée au profit d'une boucle à l'intérieur de laquelle chaque acteur, les utilisateurs y compris et surtout eux, participent à la création de valeur¹⁴. Dans la nouvelle économie, celle des GAFA¹⁵ et bien au-delà avec les NATU¹⁶, BATX¹⁷ et autres Snapchat ou Blablacar, la valeur n'est plus seulement créée par une société mais aussi et surtout par le réseau et son exploitation¹⁸. Cette vérité s'explique par la loi de Metcalfe : l'utilité d'un réseau est proportionnelle au carré du nombre de ses utilisateurs¹⁹. La technologie mise en place n'est qu'une clé pour permettre aux entreprises et aux particuliers d'interagir en permanence²⁰. Ce sont ces interactions qui créent la valeur qui permettra ensuite à la plateforme de dégager ses revenus, au-delà du biais classique qui voudrait que la valeur est seulement créée là où les ingénieurs à l'origine des algorithmes et du traitement des données sont implantés. Le numérique appelle à une évolution des critères de rattachement qui ne doivent plus seulement dépendre de la présence physique mais aussi du lieu de situation des ressources utilisées, dans l'hypothèse où elles sont une partie de la création de valeur.

7. À titre d'exemple, parmi les 5 plus importantes capitalisations boursières dans le monde au quatrième trimestre 2012, l'économie numérique comptait un seul représentant (Apple) alors qu'elle en compte 5 (Apple, Alphabet, Microsoft, Amazon et Tencent) au premier trimestre 2018.

8. Les résultats d'une étude réalisée par l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, les incorporels représenteraient plus de 30 % de la valeur totale de production. Pour l'année 2014, la valeur des actifs incorporels s'élèverait selon cette étude à au moins 5.900 milliards de dollars, V. OMPI, *Rapport sur la propriété intellectuelle dans le monde, 2017*.

9. Les méthodes traditionnelles sont au nombre de trois : la méthode du prix comparable sur le marché libre, la méthode du prix de revente et la méthode du prix de revient majoré, V. B. Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales : Éditions Francis Lefebvre, 11^e éd., 2016, n° 75955 et s.*

10. À défaut de comparables internes, des comparables externes issus de bases de données publiques sont utilisés. Mais souvent, parce qu'il n'existe pas de comparables dans le pays concerné (c'est le cas par exemple des pays du Golfe), des comparables d'autres pays, parfois bien différents dans leur structure et lointains géographiquement, sont néanmoins utilisés, ce qui corrompt toute comparaison, V. concl. F. Aladjidi ss *CE, 9^e et 10^e ss-sect., 16 mars 2016, n° 372372, Sté Amycel France : JurisData n° 2016-005256 ; Dr. fisc. 2016, n° 49, comm. 639, note C. Silberstein et L. Ngüyen-Lapierre.*

11. V. Comm. UE, *Communication pour un système d'imposition des entreprises juste et efficace au sein de l'Union pour le Marché unique numérique, 21 mars 2018.*

12. V. D. Barjot, *Histoire économique et historiographie française : crise ou renouveau ? : Histoire, économie & société*, vol. 31^e année, n° 2, 2012, p. 5-27.

13. N. Colin, A. Landier, P. Mohnen et A. Perrot, *Économie numérique : Notes du conseil d'analyse économique*, vol. 26, n° 7, 2015, p. 1 à 12.

14. Pour une étude de la création de valeur par les sociétés du numérique, V. Fabernovel, *GAFAnomics season 2, préc. note n° 6.* – M. Coupez, *GAFAnomics : new economy new rules/4 superpowers to outperform in the network economy, préc. note n° 6.*

15. Google, Apple, Facebook et Amazon.

16. Netflix, Airbnb, Tesla et Uber.

17. Baidu, Alibaba, Tencent et Xiaomi.

18. V. G. Koenig, *La révolution, l'expert, le geek : combat pour l'autonomie : Plon, 2015, p. 197.*

19. V. not., C. Shapiro et H. R. Varian, *Information rules* : Harvard Business Press, 1999. – G. Dupuy, *Internet : une approche géographique à l'échelle mondiale : Flux, 2004, vol. 58, n° 4, p. 5 à 19.*

20. Concernant les méthodes qui permettent d'évaluer la boucle de valeur de l'économie numérique, V. par ex. la Loi de Metcalfe, utilisée notamment par Facebook, V. A. Wing Kosner, *Facebook values itself based on Metcalfe's law, but the market is using Zipf's : Forbes, 31 mai 2012.*

7 - L'exemple de Google est caractéristique²¹. L'algorithme de la plateforme permet de mettre à disposition des utilisateurs²² un nombre infini d'informations grâce à un nombre d'applications toujours plus important : le moteur de recherche, Google Maps, Google Books, Google Flights, Google Finance. Les recherches sont ensuite analysées pour améliorer la plateforme et multiplier ainsi tant le nombre d'utilisateurs que le nombre de recherches par utilisateurs, donc de données disponibles. Dans le même temps, les sociétés utilisent l'ampleur du réseau ainsi développé par Google pour être mises en relation avec les utilisateurs, que ce soit par le référencement ou la publicité²³. C'est ainsi que les données collectées sont monétisées. Plus il y a de données, plus l'efficacité et l'effet sur-mesure des publicités proposées sont grands, donc le montant à payer pour se les offrir est élevé.

8 - C'est-à-dire que la valeur est créée dans chaque État où le service est utilisé, et pas seulement dans l'État où se situe la propriété intellectuelle, à savoir la technologie ou la marque. En pratique, une plateforme doit déployer d'importants moyens localement pour pénétrer sur le marché en adaptant le service aux utilisateurs et développer la marque auprès d'eux avant que l'effet de réseau ne fasse son effet. Les difficultés auxquelles est confronté Qwant²⁴ pour s'implanter dans de nouveaux pays en sont une excellente illustration²⁵. Pourtant, déterminer en appliquant la méthode transactionnelle de la marge nette si le partage de la rémunération avec une société locale du groupe Alphabet²⁶ est juste, revient à comparer la société locale à une société qui n'aurait très peu voire aucune influence sur la valeur que permet de créer le moteur de recherche Google.

9 - Au-delà des problématiques liées à l'absence de présence digitale significative en France²⁷, dans l'hypothèse où des revenus seraient effectivement imposables en France²⁸, il serait très facile de diminuer cette base d'une redevance considérable dès lors que la marge nette de l'activité déployée en France avec une forte influence sur la valeur de l'incorporel serait comparée à celle d'une société ayant des fonctions routinières, c'est-à-dire une très faible influence sur l'incorporel, donc une marge nette nettement moindre. Or, une partie de cet incorporel devrait revenir à la présence digitale significative en France qui contribue à augmenter la valeur de la marque et à l'amélioration de la qualité des services. Il ne s'agit pas seulement d'un revenu de source française mais bien d'une création de valeur de source française notamment lorsqu'une filiale locale s'emploie à développer et à enrichir cette source de valeur en l'adaptant aux spécificités du marché français.

2° La quête de nouveaux marchés à forte singularité transforme l'influence locale

10 - La participation d'entités locales à la valeur créée au sein d'un groupe multinational est loin d'être une vérité réservée à l'économie numérique. Elle y est certes particulièrement flagrante et a pour cela introduit le propos sur la multiplication des sources créatrices de valeur, mais ne doit pas occulter les profondes mutations que vit en ce sens l'économie traditionnelle. Au cours des deux dernières décennies du XX^e, l'économie s'est globalisée. Les acteurs occidentaux se sont attaqués à de nouveaux marchés jadis réservés aux acteurs locaux. L'Asie du Sud-Est a été l'un des premiers de ces territoires au fort potentiel, ne serait-ce que par l'importance en nombre de sa population²⁹, comme peut l'être l'Inde aujourd'hui³⁰. Or, ces marchés ont des particularités compte tenu des différences de pouvoir d'achat considérables de l'un à l'autre, des différences culturelles, des barrières de la connaissance des produits qui ne se répandent pas aussi facilement de la France à l'Allemagne que de la France au centre de la Chine, malgré les nouveaux moyens de communication.

11 - Les nouveaux marchés ne peuvent être pilotés de la même manière qu'auraient pu l'être jadis l'exportation d'un produit de l'autre côté du Rhin. Danone est un exemple de société qui pour réussir sa pénétration en Asie du Sud-Est a su prendre en considération le rôle clé des acteurs locaux³¹. Plutôt que de créer des sociétés de toutes pièces, le groupe a préféré acquérir un certain nombre de sociétés locales, connaissant parfaitement les spécificités du marché³². Si les choix des groupes occidentaux peuvent être de réduire ensuite le nombre des fonctions locales en espérant une uniformisation des préférences à l'échelle du monde, les tendances dans le luxe notamment tendent à affaiblir la pertinence d'un tel choix.

12 - Avec l'avènement du numérique, les marchés de l'économie traditionnelle sont devenus beaucoup plus exigeants, les stratégies doivent être adaptées au regard de la demande formulée localement. Bien des modèles sont construits autour de l'expérience client dont est déduit le *Return on emotion*³³. Les vitrines des établissements du luxe adaptées par des graphistes locaux ou dans un tout autre registre les sandwiches McDonald's adaptés aux goûts des clients³⁴ en sont une illustration. Or, les modèles émotionnels changent en fonction de la culture, du passé commun. La variable distribution est devenue une source primordiale d'avantages concurrentiels et les implantations locales sont devenues « le meilleur véhicule de communication »³⁵.

13 - Ce mouvement se traduit par une importance croissante des fonctions locales, bien que la technologie ou la marque reste détenue dans un pays qui n'est pas celui du marché. Ainsi, les efforts de marketing locaux et le savoir-faire local sont deux variables qui ne peuvent plus être négligées. Concernant le marketing local, c'est notamment

21. K. J. Lee, F. Casalegno, *An explorative study for business models for sustainability : MIT Mobile experience Lab*, p. 426 et s.

22. Tant les entreprises que les particuliers.

23. Google vend essentiellement deux services : les services de publicité via AdWords et les services de référencement.

24. Qwant est un moteur de recherche français qui souhaite offrir un service équivalent à Google tout en garantissant la vie privée des utilisateurs et la neutralité du contenu. Pour cela, la plateforme assure ne pas tracer ses utilisateurs ni vendre leurs données personnelles.

25. V. les propos du fondateur et PDG de Qwant, A. Cherif, *Démanteler Google : la menace se précise : La Tribune*, 13 avr. 2018.

26. Les sociétés détenues par Google ont été restructurées en 2015 sous une société dénommée Alphabet.

27. P. Collin et N. Colin, *Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique : Rapp. ministère de l'Économie et des Finances et ministère du Redressement productif*, 2013. – V. Renoux, *Fiscalité réelle pour un monde virtuel : The Digital New Deal Foundation*, sept. 2017. – V. Renoux et S. Bernard, *Quelle imposition des revenus de l'économie numérique ? : Dr. fisc.* 2017, n° 39, étude 477. – Comm. UE, communiqué n° IP/18/2041, 21 mars 2018, préc. note n° 6.

28. Selon l'agence VRDCI, pour ce qui concerne Google, en 2013, les clients situés en France ou à destination du marché français lui auraient rapporté un montant avoisinant 1,4 Md €.

29. En 2007, le nombre d'habitants en Asie de l'Est et du Sud-Est était estimé à 2,1 milliards, V. I. Attané et M. Barbieri, *La démographie de l'Asie de l'Est et du Sud-Est des années 1950 aux années 2000. Synthèse des changements et bilan statistique : Population*, vol. 64, n° 1, 2009, p. 7.

30. V. D. W. Jorgenson, *Why is India the most rapidly growing economy in the world ? : Kotak family distinguished lecture*, Columbia University, 2016.

31. S. Hertrich, M. Kalika et U. Mayrhofer, *Danone, les mouvements stratégiques d'une multinationale française : 3^e colloque d'Atlas/AFMI (Association Francophone de Management International)*, 2013, p. 11 et 12.

32. C'est également le choix fait par Renault par exemple pour s'implanter en Indonésie, V. A.-G. Verdevoye, *Renault s'implante en Indonésie, poursuivant une intercontinentalisation réussie : La Tribune*, 18 sept. 2013.

33. J. Kagan, *Don't discount the business power of emotions : Ecommercetimes.com*, 23 janv. 2018.

34. F. Motey, *McDonald's adapte son burger aux goûts de ses clients : Leftigaro.fr*, 26 oct. 2014.

35. V. not., P. di Marco, CEO du groupe Gucci, *The physical experience of a luxury store remains a key component of luxury retailing : Luxury groups global trends and prospects Euromonitor* 2013, p. 50.

le cas lorsqu'une marque d'envergure mondiale est peu connue sur le marché chinois et doit être commercialisée de sorte à ce qu'elle remplisse les critères recherchés par les consommateurs locaux. Concernant le savoir-faire local, les multinationales transmettent bien souvent un savoir-faire acquis globalement, lequel doit ensuite être adapté à la culture des consommateurs pour leur plaire toujours davantage. Alors, le savoir-faire transmis par le groupe peut s'en trouver nettement amélioré et servir à d'autres filiales, dans d'autres pays, le marché local aura alors servi une fonction de commercialisation essentielle pour estimer la valeur de l'incorporel. Cette vision correspond particulièrement à celle que peut avoir la Chine qui considère que son marché sur lequel s'implantent des sociétés américaines ou européennes est un facteur important de création de valeur pour ces entreprises³⁶.

14 - En appliquant la méthode transactionnelle de la marge nette de façon quasi-systématique, l'administration fiscale française refuse pour l'instant de reconnaître aux fonctions locales la place qui est la leur dans l'économie moderne, sans même revenir sur l'économie numérique. L'idée actuelle est qu'une imposition plus forte par les marchés locaux entraînera une fuite des capitaux vers l'étranger alors qu'il s'agirait d'y voir davantage un moyen d'accroître à terme le nombre des employés et des revenus et donc de l'assiette imposable dans l'État du siège³⁷. En plus de faire vœu de pragmatisme au service des finances publiques, cette vision permet d'exclure l'utilisation de la méthode transactionnelle dans bien des cas où elle n'aurait pour effet que de vicier la vérification de la réalité du montant d'une transaction intragroupe.

B. - La méthode transactionnelle de la marge nette n'est adaptée qu'aux schémas binaires de création de valeur

15 - La détermination, comme le contrôle, du prix des transactions intragroupe requiert deux étapes : le choix de la méthode en fonction de l'analyse fonctionnelle des acteurs et la comparaison des résultats obtenus en appliquant la méthode avec ceux de sociétés comparables. L'application de la méthode transactionnelle de la marge nette dans des situations avec une multiplicité des sources créatrices de valeur biaise les deux étapes du raisonnement et fausse par conséquent la conclusion.

1° La recherche systématique de fonctions binaires occulte bien souvent la réalité des fonctions exercées et invalide le choix de la méthode de la marge nette

16 - La première étape est celle de l'analyse fonctionnelle. Elle est fondamentale, tant dans la pratique que dans l'esprit des juges³⁸. Elle seule permet de dégager la méthode à adopter et de préciser en quoi les éléments utilisés pour la comparaison sont pertinents. Une première faiblesse d'une application systématique de la méthode tran-

sactionnelle de la marge nette est de réduire – voire d'occulter – l'analyse fonctionnelle des parties à la transaction intragroupe étudiée. Parce que pour être appliquée à raison dans tous les cas, il faudrait que soit universalisé le concept de binarité à la française³⁹ ; entrepreneur principal contre société exerçant des fonctions de routine⁴⁰.

17 - Or, dans les cas du numérique ou d'une forte adaptabilité aux marchés locaux, lorsque les deux entités parties à une transaction intragroupe participent à la création de valeur, il n'est, compte tenu de la binarité de l'analyse fonctionnelle recherchée, pas possible de considérer le véritable rôle de la société qualifiée de routinière, et donc la rémunération qui doit normalement lui revenir, comme si la stratégie économique du groupe considéré et le talent spécifique de ses managers locaux n'avaient aucune importance. Les juges commencent à prendre la mesure de ces cas et tendent à exiger plus strictement désormais que l'Administration explicite en quoi la méthode transactionnelle de la marge nette est dans le cas d'espèce mieux appropriée pour démontrer une augmentation ou une diminution du prix de la transaction⁴¹.

18 - L'utilisation quasi systématique d'une seule méthode, quelle que soit la contribution effective des sociétés à la chaîne de valeur ne peut être conduite qu'en avançant de faux motifs micro-économiques de nature à discréditer les fonctions avancées par les sociétés. Il faudrait par exemple comparer les ratios dépenses de communication/chiffre d'affaires ou investissements/chiffre d'affaires afin de relever celle des deux sociétés qui a le plus faible ratio et en déduire des fonctions de routine. Mais ces deux ratios peuvent être affectés par un certain nombre d'éléments.

19 - Concernant le facteur marché, d'une part, il justifie des disparités de communication et d'investissement. La France, l'Italie et l'Allemagne par exemple sont des pays relativement grands, largement peuplés, avec de grandes différences de pouvoir d'achat au sein des territoires et des villes. C'est-à-dire qu'il est très difficile de concentrer la publicité en un endroit précis. Les potentiels consommateurs se trouvent être partout. De plus, les pays du vieux continent sont sujets à d'importants flux migratoires et touristiques. C'est-à-dire qu'il n'est pas envisageable de concentrer les dépenses de communication ou d'investissement dans un espace-temps réduit, au risque d'être tout de suite dépassé par la concurrence.

20 - Ces vérités ne sont pas celles d'autres territoires totalement opposés tels ceux de Dubaï ou encore d'Asie du Sud-Est avec une exceptionnelle concentration des richesses. C'est par exemple le cas dans le micro-État de Macao ou dans une microrégion comme Hong Kong – où le marché du luxe est par exemple le plus rentable au monde⁴² –, isolés du reste du territoire. Tout les oppose aux pays précédemment cités. Les consommateurs avec un important pouvoir d'achat sont concentrés dans un même espace-temps. C'est-à-dire qu'il est possible de bénéficier pendant une importante période des investissements concentrés sur seulement quelques mois. Ces deux marchés sont des hubs, dans lesquels les consommateurs sont particulièrement captifs. Il n'y a donc pas un grand besoin de renouveler les campagnes de publicité une fois la notoriété établie.

21 - D'autres éléments pourraient toutefois servir la démonstration de façon plus pertinente : le rapport dépenses de

36. L. Tizhong et C. Silberstein, *Chine : fiscalité internationale et prix de transfert* : Dr. fisc. 2013, n° 22, étude 298, spéc. n° 10.

37. D'après Pascal Saint-Amans, directeur du Centre de politique et d'administration fiscales de l'OCDE, les États-Unis s'orienteraient vers cette approche en considérant davantage les marchés locaux, V. P. Saint-Amans, *Salé temps sur les GAFA : BFM Business, Décodeurs de l'éco*, 29 mars. – Pour une analyse des effets au niveau de l'État d'origine d'une prise en considération plus importante des marchés locaux, V. M. A. Desai, *A better way to tax US businesses*, Harvard Business Review, July-August 2012. – Office of tax policy, US Department of Treasury, *Approaches to improve the competitiveness of the US business tax system for the 21st Century* : December 20, 2007.

38. CE, 3^e et 8^e ss-sect., 7 nov. 2005, n° 266436 et n° 266438, min. c/ Sté Cap Gemini : *JurisData* n° 2005-080791 ; Dr. fisc. 2006, n° 14, comm. 311, concl. E. Glaser ; Dr. sociétés 2006, comm. 15, note J.-L. Pierre ; RJF 1/2006, n° 17. – V. également, CAA Paris, 2^e ch., 25 juin 2008, n° 06PA02841, Sté Novartis Groupe France SA : BDCF 2/2009, n° 15, concl. J. Evgenas.

39. Les lignes directrices de 2010 présentent une occurrence du mot « entrepreneur ». Elle concerne un risque en particulier, V. OCDE, *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales* : Éditions OCDE, 2010.

40. V. DGI, *Les prix de transfert – Guide à l'usage des PME*, 2006.

41. CAA Paris, 9^e ch., 26 janv. 2017, n° 15PA03283, SAS Rottapharm. – CAA Versailles, 3^e ch., 5 mai 2009, n° 08VE02411, Man Camions et Bus : Dr. fisc. 2009, n° 41, comm. 500, note É. Bonneaud.

42. I. Letessier, *Hermès mise sur le rebond du luxe à Hongkong* : Le Figaro, 14 janv. 2018.

communication/nombre de consommateurs potentiel ou le nombre de salariés mis à disposition de telles fonctions. Le LPF requiert la mention de ces données dans la documentation prix de transfert (LPF, art. 13 AA, II, 1°), mais elles sont insuffisamment utilisées. Les indices fournis sur le rôle des filiales semblent en tout état de cause destinés à se briser sur le mur froid et impassible de la logique implacable de la méthode transactionnelle de la marge nette au sens de l'administration fiscale française : tout distributeur est un acteur routinier qui s'ignore.

22 - Sur un plan conceptuel, chaque entreprise indépendante est un entrepreneur principal – au sens que lui donne l'administration fiscale française – à part entière. Ainsi, même une entreprise de sous-traitance, un commissionnaire, un façonnier, sont amenés à prendre à leur niveau des risques et à assumer des décisions stratégiques dont il est économiquement raisonnable qu'ils perçoivent le cas échéant les bénéfices. Microsoft n'a-t-il pas commencé comme sous-traitant d'IBM ? Avec la vision de la méthode transactionnelle de la marge nette à la française Microsoft aurait été condamné pour l'éternité à un profit standardisé maximal. Rappelons à ce titre que l'Administration, comme le relève la cour administrative d'appel de Versailles dans un arrêt du 16 février 2012⁴³, avait reconnu qu'en raison de la situation de monopole de la société Microsoft en France, aucune entreprise opérant en France ne pouvait lui être réellement comparée.

23 - Il résulte de la méthode transactionnelle de la marge nette une artificialité très forte conduisant *in fine* à forfaitiser le profit des filiales de distribution comme si elles avaient une activité routinière, quand bien même il ressortirait pourtant d'un tel dispositif une ingénierie dans la gestion des sociétés condamnée par des principes constitutionnels (DDHC 1789, art. 4) et la jurisprudence⁴⁴. Ce faisant, la combinaison d'une analyse fonctionnelle binaire articulée autour du concept d'entrepreneur principal/filiale de distribution et d'une recherche de comparables indépendants mais si peu comparables, transforme le principe de pleine concurrence en principe de détermination d'un profit standardisé, et donc d'un profit maximal à réaliser hors de France. La preuve selon l'administration fiscale française devient alors un syllogisme⁴⁵ : si la rentabilité est trop forte dans certains États, cela signifie nécessairement que du profit a été indûment transféré de la France vers ces mêmes États. Peu importe si, dans le cas inverse, cette méthode ne permet pas d'imposer équitablement les sociétés étrangères fortement profitables, notamment de l'économie numérique, qui pourtant créent une valeur très significative en France⁴⁶.

2° Une méthode qui omet les éléments de micro-économie de nature à justifier des marges en dehors des comparables

24 - Dans l'hypothèse où la méthode transactionnelle de la marge nette est appliquée malgré une analyse fonctionnelle relevant que plusieurs sociétés participent à la création de valeur, le profit est désincarné⁴⁷. La marge nette est un indicateur global qui permet dans des situations claires, avec des rôles limités, d'assurer un certain niveau de fiabilité dans la recherche du prix de pleine concurrence. C'est-à-dire que lorsqu'une société distribue des produits sans grande particularités et qui lui sont vendus par sa société mère, il est relativement exact de se dire que si sa marge est différente de celle de ses concurrents, c'est qu'elle a obtenu les biens à des prix plus faibles ou plus importants que ses concurrents. À condition que sa stratégie de marché soit la même que celle de ses concurrents, que le nombre de ses employés soit le même, que sa surface de vente soit équivalente.

25 - Prenons pour exemple une société A qui distribue un produit 10 euros, que ses concurrents B et C vendent également 10 euros. Toutes les trois obtiennent le produit pour un prix de 4 euros. Imaginons que la société A ait en année N investi en publicité bien davantage que ses concurrents, disons 3 euros contre seulement 1 euro pour B et C. En année N, il est fort vraisemblable que la société A, grâce à ses investissements plus importants, réalisera une percée sur le marché. Disons qu'elle poursuit des investissements publicitaires supérieurs à ceux de ses concurrents pendant 4 ans. Et qu'en N + 5, elle décide de diminuer radicalement ses dépenses de publicité car le marché est parfaitement informé de ses prestations, la clientèle tourne régulièrement dans sa boutique. Et dès lors que le panel de consommateurs ne se renouvelle pas, elle n'a plus d'intérêt à investir autant. A décide de ne plus investir que 0,5. Alors, ses concurrents vont eux faire le chemin inverse, démultiplier les dépenses de publicité. B et C vont dépenser 3 et 4 de publicités en pensant ainsi profiter de ce qu'ils croient être un désinvestissement de A pour pénétrer le marché.

26 - Quel va être l'effet sur le rapport chiffre d'affaires/résultat après déduction des dépenses ? En N + 5, pour un produit vendu 10 euros, en imaginant que les seules dépenses des sociétés, outre l'achat des produits (fixé désormais à 4 euros) soient dans la publicité, la marge bénéficiaire de A va être de 55 % $[(10 - (4 + 0,5))/10]$, celle de B et C respectivement de 30 % $[(10 - (4 + 3))/10]$ et 20 % $[(10 - (4 + 4))/10]$. C'est-à-dire qu'avec une stratégie de pénétration de marché relativement invisible au niveau de la marge bénéficiaire de N à N + 4, les différences de marges en N + 5 sont totalement décorrélées. Imaginons maintenant que ce même levier soit utilisé au niveau des dépenses de personnel (une fois le marché pénétré et les consommateurs informés des produits, il y a moins besoin de personnes pour faire ce travail), alors, l'écart de marge bénéficiaire a complètement explosé entre A, B et C. Pourtant, les produits ont bien été achetés au même prix.

27 - En d'autres termes, plus les postes de dépenses des sociétés testées sont nombreux – ce qui est le cas lorsque des sociétés ont de nombreuses fonctions –, et plus les sociétés ont de différences – ce qui est le cas dans le numérique, les sociétés à maturité peuvent proposer des services au plus grand nombre pour un coût marginal proche de zéro dans une situation de quasi-monopole⁴⁸ quand les autres doivent dépenser sans compter pour refaire leur retard dont l'effet est démultiplié par la loi de Metcalfe – plus le ratio de la marge bénéficiaire a de possibilités de ne plus être un indicateur du niveau des dépenses pour obtenir les produits à vendre. Ce ratio devient un indicateur bien plus global, bien plus complexe et extrêmement sensible.

43. CAA Versailles, 6^e ch., 16 févr. 2012, n° 10VE00752, min. c/ Microsoft France.

44. V. récemment, CE, 9^e et 10^e ch., 22 févr. 2017, n° 387786, Sté Additek : Dr. fisc. 2017, n° 28, comm. 395, concl. É. Bokdam-Tognetti ; note O. Fouquet. – CE, 9^e et 10^e ss-sect., 23 janv. 2015, n° 369214, SAS Rottapharm : JurisData n° 2015-005730 : Dr. fisc. 2015, n° 16, comm. 268, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon, note A. de Massiac et R. Bagdassarian ; RJF 4/2015, n° 30 ; RTD com. 2015, p. 173, obs. O. Fouquet.

45. Aussi peu convaincant que le raisonnement syllogistique qui permettait d'en déduire que Socrate était un chat.

46. Compte tenu du faible niveau des ratios de comparabilité externes, lorsqu'après bien des efforts l'imposition en France d'une présence fiscale significative aura enfin été établie, la politique fiscale de l'État en matière de prix de transfert ne laissera que peu de matière imposable. Le modeste taux de 3 % sur le chiffre d'affaires envisagé par la Commission européenne pourrait même paraître par contraste d'un niveau exceptionnel. Avec un taux d'imposition de 33,33 %, seul un niveau de rentabilité d'au moins 10 % entraîne un taux de 3 %. Avec des comparables indépendants formés de start-up françaises, il est loin d'être acquis que ce taux de 10 % puisse être atteint.

47. V. en ce sens, J.-L. Trucchi et A. Gobel, Prix de transfert : un benchmark est-il une preuve ? : BF 4/2010.

48. V. L. Ferry, La révolution transhumaniste : Plon, coll. J'ai Lu, 2016, spéc. p. 180 à 183 et p. 193. – C. Anderson, Free ! Comment marche l'économie du gratuit : Flammarion, coll. Champs Essais, 2014.

28 - Dans ses lignes directrices concernant l'application de la méthode de la marge nette, l'OCDE⁴⁹ pose quatre principaux critères pour déterminer les sociétés comparables : (i) les fonctions, actifs, risques, (ii) les termes contractuels, (iii) les circonstances de la transaction et (iv) la stratégie. Dans le cas du numérique ou des industries avec un fort besoin d'adaptation aux marchés, plusieurs critères d'identification des comparables seront particulièrement difficiles à mettre en œuvre : les stratégies des sociétés ou le risque de marché, notamment⁵⁰.

29 - Pour utiliser avec justesse la méthode transactionnelle de la marge nette dans un tel cas de figure, il faudrait s'interroger sur un trop grand nombre d'éléments qui sont tous susceptibles de faire varier le taux de l'indicateur de profit retenu. Le taux de marge nette d'une société n'est que la face visible d'une immense et fragile mécanique dont il est aisé de mal maîtriser toute l'alchimie. Quelle est l'organisation interne des sociétés comparables ? Le nombre d'employés ? Leur degré de formation ? Depuis combien de temps une société vérifiée engage-t-elle des dépenses ? Quid des comparables ? La société ne tire-t-elle pas aujourd'hui avec des coûts moindres les fruits d'investissements de plus longue durée ?

30 - L'Administration devrait ainsi prendre en considération la valeur future des frais engagés par le passé. Pour les entreprises qui vendent différents types de produits avec une longue période d'existence, les bénéfices de chaque année correspondent à l'ensemble des investissements réalisés dans le passé⁵¹.

31 - Il n'y a toutefois pas lieu de condamner la méthode de la marge nette, bien au contraire, son intérêt doit être sauvegardé en concentrant ses cas d'utilisation à toutes les fois où elle est la mieux fondée. C'est-à-dire pour un marché simple, avec des fonctions simplifiées. Ainsi, les juges ont validé l'utilisation de la méthode de la marge nette dans l'arrêt TCL Belgium⁵² alors que la société testée avait une fonction limitée à la distribution. Il est donc important de remettre chaque méthode à sa place et d'utiliser chacune d'entre elles lorsqu'elle est la plus apte à apporter l'information la plus sincère sur le prix de pleine concurrence.

32 - Or, pour l'économie numérique particulièrement, tant les marchés que les fonctions, excluent l'hypothèse d'un marché simple, de stratégies figées et de fonctions réduites. Ce d'autant plus que le business model de chacun des grands acteurs de cette économie est différent, atypique, et surtout en constante et fulgurante évolution. Cette évolution est encore plus vertigineuse lorsque l'on y ajoute les ingrédients de l'intelligence artificielle. Ces éléments d'ordre économique invalident à l'évidence l'utilisation de la méthode de la marge nette.

33 - D'un point de vue purement économique, lorsque la création de valeur dans une industrie est aussi multipolarisée que dans le numérique, il paraît préférable de se tourner vers la méthode du profit split⁵³ pour ce qui est de l'incorporer et des méthodes transactionnelles pour ce qui est des transactions en elles-mêmes (vente de mar-

chandise, prestation de service). Ces méthodes se fondent sur des comparables qui exigent moins de retraitements que la méthode transactionnelle de la marge nette.

3. L'adaptation de la « méthode » du partage des bénéfices aux schémas de création de valeur axés sur l'utilisateur et une grande adaptabilité aux marchés

34 - Pour ne pas amoindrir la compétitivité des groupes français et sa propre faculté à imposer équitablement les revenus du numérique, la France doit nécessairement s'adapter aux nouveaux schémas de création de valeur, et admettre sans honte que, dans bien des cas, elle est aussi un pays de consommateurs – sans pour autant qu'il ait vocation à le rester⁵⁴. Dans des cas où la création de valeur est partagée par deux ou plusieurs entités, la méthode de détermination et de contrôle du prix des transactions intragroupe doit tenir compte du partage de bénéfices et rémunérer équitablement les entités (A). Dans le même temps, l'État français doit poursuivre ses récentes avancées pour établir une relation de confiance entre l'Administration et le contribuable et cela passe nécessairement par une plus grande sécurité juridique relativement au contrôle du prix des transactions intragroupe (B).

A. - La modernisation de la méthode de détermination et de contrôle du prix des transactions intragroupe

35 - Les méthodes proposées doivent relever le défi de ne pas renier la réalité créatrice d'un groupe⁵⁵, c'est-à-dire le fait indéniable que la valeur qui y est créée n'équivaut pas à l'addition de la valeur créée individuellement par chaque société mais à cette addition à laquelle il convient d'ajouter un surplus⁵⁶. Il ne peut dès lors être envisagé qu'une méthode qui admet une répartition équitable du profit, et donc de ce surplus, et non plus une méthode qui attribue le surplus à un seul acteur⁵⁷.

1° Les méthodes alternatives d'allocation des bénéfices

36 - Plutôt que de déterminer et contrôler le partage du profit en testant une société d'un groupe, il pourrait être envisagé d'allouer directement le profit aux différentes entités qui le constituent. Une première méthode embrasse les courants actuels en proposant de répartir le profit consolidé entre les sociétés du groupe à partir d'une clé de répartition. Cette méthode est utilisée pour allouer le profit au sein des États fédérés des États-Unis⁵⁸ et constitue le fondement du

49. Le manuel des Nations Unies relatif aux prix de transfert fait également état d'un grand nombre de facteurs susceptibles de faire varier la marge nette : UN, *Practical manual on transfer pricing for developing countries*, 2013, p. 202.

50. V. sur pour une analyse moins circonstanciée de la difficulté à appliquer la méthode des comparables, J. Pellefigue, *Théorie économique de la réglementation des prix de transfert* : Thèse, université Panthéon-Assas, 2012, p. 234.

51. *Ibid.*, p. 303 et 306.

52. CAA Versailles, 3^e ch., 29 déc. 2016, n° 14VE02126 et n° 15VE02451, *Sté TCL Belgium* : Dr. fisc. 2017, n° 16, comm. 265 concl. B. Coudert, note C. Silberztein et G. Caulliez.

53. L'IGF ne cache d'ailleurs pas son souhait de voir la méthode du partage des bénéfices davantage appliquée par l'Administration : N. Colin, P. Painault et N. Mason-Schuler, *Mission de comparaisons internationales sur la lutte contre l'évasion fiscale via les échanges économiques et financiers intra-groupe* : Inspection générale des finances, mars 2013, p. 27.

54. Des efforts considérables sont mis en œuvre pour créer les conditions favorables au développement en France du numérique et notamment de l'intelligence artificielle, V. not., L. Ronfaut, *La France va investir 1,5 milliard d'euros pour l'intelligence artificielle d'ici 2022* : *Lefigaro.fr*, 13 avr. 2018.

55. Une première méthode peut dès lors être écartée, elle consisterait à suivre l'exemple du Brésil avec une fixation légale des prix des transactions intragroupe. Cette logique paraît être toutefois en totale contradiction avec la logique économique et l'idée même du marché. Elle s'éloigne par ailleurs de tout esprit de liberté d'entreprendre et écarte tout avantage à la constitution d'un groupe de sociétés, V. O. Marichal, *Le contrôle fiscal des prix de transfert* : Dr. fisc. 2015, n° 23, étude 392.

56. V. P. Saint-Amans et S. Picciotti, *Imposer les multinationales, une gageure ?* : *Revue projet 2014/4* (n° 341), p. 40 à 45.

57. V. J. Pellefigue, *Théorie économique de la réglementation des prix de transfert*, préc. note n° 50.

58. V. R. Avi-Yonah, K. Clausing, M. Durst, *Allocating Business Profits for Tax Purposes : A Proposal to Adopt a Formula Profit Split* : *Florida Tax Review* 2009, n° 5, p. 497 à 553.

projet ACCIS⁵⁹ et de celui de l'ICRICT⁶⁰. Mais en fonction de la clé de répartition choisie, le résultat peut être très éloigné de la réalité. En admettant une vulgarisation volontairement extrême, une clé fondée sur le nombre de salariés représentera difficilement la réalité de la création de valeur lorsque les fonctions à forte valeur ajoutée réclament une main-d'œuvre moindre comparée au reste de l'activité. Sans aller dans cet extrême, la formule proposée par le projet ACCIS ne prend pas en considération la valeur des incorporels et occulte dès lors un des facteurs clés de la création, donc de sa répartition. Ensuite, les difficultés à trouver un accord au sein de la seule Union européenne laissent peu de chance à un tel projet à l'échelle du monde. Unifier les corps de règles comptables dans le monde ainsi que la diversité des dispositifs fiscaux nationaux tient peut-être d'un idéal mais aucunement d'une réalité, même très lointaine⁶¹.

37 - Une seconde méthode consisterait à s'appuyer sur les jeux coopératifs comme le propose Julien Pellefigue dans son excellente thèse⁶². L'objectif est de chercher à individualiser le partage de la valeur réalisée par un ensemble en fonction de la contribution de chaque membre. La valeur de Shapley est une des réponses à cette recherche. Elle représente la répartition équitable des gains d'une coalition⁶³. L'auteur de la thèse précise toutefois qu'elle est en pratique extrêmement complexe à mettre en place, voire impossible⁶⁴.

38 - Ces deux méthodes ont le mérite de proposer une réponse aux difficultés soulevées par les schémas qui proposent une forte création de valeur dans plusieurs États. Si la première peut être sérieusement envisagée dans le cadre d'accords multilatéraux, la seconde paraît utopique et peu responsable compte tenu des efforts déjà nécessaires ne serait-ce que pour adapter le système actuel⁶⁵. La sagesse voudrait dès lors que les méthodes actuelles apportent d'elles-mêmes une réponse aux enjeux de notre temps.

2° La méthode du *profit split* : une méthode qui fera consensus

39 - N'y aurait-il pas, finalement, dans l'armurerie actuelle des prix de transfert, une méthode susceptible de contrôler efficacement le prix des transactions intragroupe lorsque les sources créatrices de valeur se multiplient ? Dans ce cas précis, le rapport BEPS peut servir

d'introduction au plaidoyer en faveur de la méthode du partage de bénéfices (« *Profit split* »)⁶⁶.

40 - Elle correspondrait parfaitement aux nouvelles recommandations de l'OCDE et à ses actions BEPS 8 à 10, lesquelles recommandent de se livrer à une analyse de la chaîne de valeur (*Value Chain Analysis*) qu'il convient d'effectuer notamment en déterminant comment les parties collaborent et partagent les actifs et les fonctions dans le cadre d'une intégration parallèle. Cette approche permet de rejoindre l'analyse d'un partage de la propriété économique de la marque⁶⁷. Dans une version modernisée de cette notion de partage, l'OCDE a ainsi promu l'acronyme DEMPE⁶⁸ (*Development, Exploitation, Management, Protection, Enhancement*), afin de noter et de quantifier l'implication des différents acteurs, de manière à partager entre eux le profit.

41 - La méthode du *profit split* permet ainsi de justifier explicitement les marges réalisées par deux sociétés dans l'hypothèse où elles se partagent les risques⁶⁹. Son grand atout est d'offrir une réponse concrète aux problématiques de répartition du profit dans l'hypothèse d'un schéma complexe, avec des fonctions grandement intégrées, en alignant le résultat de l'allocation du profit sur la substance économique. L'analyse combinée des profits des parties concernées répond à une approche nettement plus économique et en lien direct avec la réalité d'une transaction⁷⁰. Elle renoue avec les premiers travaux de la Société des Nations et la volonté d'attribuer la matière imposable à l'État dans lequel la valeur est créée⁷¹. Elle permet surtout de prendre en considération un véritable partage quant à la valeur créée par les incorporels, la marque et le savoir-faire. Une logique quelque peu perdue avec la méthode de la marge nette dès lors que l'allocation du profit revient à une seule partie. Le partage de bénéfice permet de résoudre les cas où la méthode de la marge nette va à l'encontre des modalités de management des sociétés, lesquelles reposent sur la performance, en effaçant artificiellement la performance d'une entité pour n'attribuer cette performance qu'à l'autre entité, avec pour seul effet de ne déterminer qu'un profit purement fiscal.

42 - En pratique, l'apport du partage de bénéfice est particulièrement évident dans l'hypothèse suivante : un groupe ayant sa société mère en France a développé pendant 5 ans un produit qui fonctionne très bien en France, en Allemagne et en Belgique, il est alors décidé de le commercialiser sur le marché américain où la marque est pourtant peu connue. La filiale implantée localement va alors devoir déployer d'importants moyens marketing et développer un savoir-faire local, entre autres, afin de réussir l'introduction du produit sur ce nouveau marché. Avec l'application de la méthode transactionnelle de la marge nette, seule la société située en France sera rémunérée pour l'incorporel – la marque et le savoir-faire – car elle seule sera considérée comme entrepreneur principal. Or, les risques pris et les coûts engendrés localement, participant à l'accroissement de la valeur de l'incorporel. Avec l'utilisation de la méthode du partage de bénéfices, cette réalité sera prise en compte. Ainsi, la marge potentiellement

59. ACCIS, Proposition de directive du Conseil concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS) du 16 mars 2011 : Doc. COM (2011) 121 final. – Pour une présentation, V. M. Aujean, *Actualité de la fiscalité des groupes de sociétés : Actes du colloque organisé par le CEFEP le 15 juin 2011* : Dr. fisc. 2011, n° 44, étude 568, spéc. n° 77 s. – M. Gérard et M. El Bakkali, *L'imposition des entreprises multinationales en Europe : de la taxation séparée au modèle ACCIS* : Service Public Fédéral Finances, Belgique, Bulletin de documentation n° 4, 2012. – F. Bendotti, *Nuove prospettive di tassazione dei gruppi europei su base consolidata* : thèse Milan, université Bocconi, 2007, p. 299.

60. La Commission indépendante pour une réforme de la fiscalité internationale des sociétés, dont sont notamment membres Eva Joly, Thomas Piketty et le prix Nobel d'économie Joseph Stiglitz, a une vision originale du sujet des prix de transfert puisqu'elle propose d'imaginer une multinationale unique, avec un profit mondial alloué suivant une clé de répartition aux différents États dans lesquels elle est située, V. ICRIC, *Une feuille de route pour améliorer les règles d'imposition des multinationales – un avenir plus équitable pour la fiscalité mondiale*, févr. 2018.

61. D. Gutmann, *L'imposition du numérique : un rêve ?* : LeClubdesJuristes.com, 16 avr. 2018.

62. V. J. Pellefigue, *Théorie économique de la réglementation des prix de transfert*, préc. note n° 50.

63. A. E. Roth, *The Shapley value, Essays in honor of Lloyd S. Shapley* : Cambridge University Press, 1988, spéc. p. 31 à 40 et 127 à 137.

64. V. J. Pellefigue, *Théorie économique de la réglementation des prix de transfert*, préc. note n° 50, spéc. p. 336.

65. P. Saint-Amans et P. Sol, *Imposer les multinationales, une gageure ?* : Revue Projet, vol. 341, n° 4, 2014, p. 40 à 45.

66. OCDE, *Aligner les prix de transfert calculés sur la création de valeur, Action 8-10 – Rapports finaux 2015, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices* : Éditions OCDE, 2016. – P. Saint-Amans et P. Sol, *Imposer les multinationales, une gageure ?*, préc. note n° 65.

67. I. Rouberol, *Prix de transfert : l'accession mobilière, un fondement légal de la propriété économique des marques ?* : Dr. fisc. 2011, n° 27, étude 410.

68. OCDE, *Aligner les prix de transfert calculés sur la création de valeur, Action 8-10 – Rapports finaux 2015*, préc. note n° 66.

69. S. Gelin, *Prix de transfert : la méthode du partage des bénéfices, meilleure et seule méthode ?* : Dr. fisc. 2014, n° 30, étude 456.

70. V. à ce titre les commentaires publics en date du 10 février 2015 sur le projet d'action 10 du rapport BEPS.

71. V. B. Delaunay, *Les évolutions de la fiscalité internationale depuis la crise financière de 2008*, préc. note n° 2.

importante réalisée localement ne sera pas systématiquement abaissée, dès lors qu'elle est économiquement justifiée. De la même manière, l'administration fiscale française pourra, suivant la même méthode, augmenter le profit imposable en France d'une multinationale – par exemple de l'économie numérique – implantée à l'étranger et qui ne rémunérerait pas suffisamment la participation des filiales françaises à la valeur de l'incorporel global.

43 - La méthode du *profit split* est à ce titre plébiscitée par la Chine, qui accorde une grande importance à l'analyse de la chaîne de valeur⁷² et fait l'objet d'un important effort de compréhension de la part des États-Unis⁷³.

44 - Concrètement, la détermination du prix d'une transaction intragroupe suivant la méthode du partage de bénéfice peut être effectuée en fonction de la contribution ou de la marge résiduelle. Pour illustrer le propos, concernant le partage de bénéfices suivant la méthode de la marge résiduelle, il permet de résoudre la question relative au partage de la valeur créée par une coalition de sociétés grâce à une analyse en trois temps, qui correspondent aux explications proposées par l'OCDE⁷⁴ et le Comité des experts des Nations unies⁷⁵. Dans un premier temps, une analyse de la chaîne de valeur afin de déterminer les fonctions et risques, ainsi que les incorporels qui seraient partagés par les entités. Dans un deuxième temps, un résultat opérationnel minimum – dit « résultat de routine » est déterminé à partir des éléments de rémunération qui peuvent être définis par l'étude de comparables externes. Dans un troisième temps, la différence entre le résultat opérationnel réel et le résultat opérationnel minimum est répartie entre les entités par rapport aux fonctions exercées par chacune⁷⁶.

45 - L'illustration choisie pour expliciter l'avantage que représente le partage de bénéfices sur la méthode transactionnelle de la marge nette dans l'hypothèse de transactions intégrées ne doit toutefois pas éclipser l'un des reproches généralement fait à cette méthode : sa complexité. Il peut être difficile d'obtenir des informations sur les filiales étrangères ou de mesurer le revenu et les coûts des sociétés parties aux transactions analysées⁷⁷. Surtout, l'identification des éléments permettant d'allouer le profit résiduel peut paraître difficilement surmontable et représenter un fort risque d'être discuté par l'Administration. Plusieurs réponses peuvent être apportées à ces difficultés. D'abord, la généralisation du CBCR⁷⁸ doit permettre de surmonter les difficultés rencontrées, notamment par l'Administration, dans la collecte des informations relatives aux filiales étrangères et la mesure des indicateurs clés. Ensuite, la critique portant sur la fragilité de l'analyse fonctionnelle semble infondée compte tenu des exigences

dans la preuve que l'Administration doit apporter quant à un éventuel transfert de bénéfices. Dès lors que l'analyse fonctionnelle a été faite avec sérieux et en utilisant les facteurs clés d'une analyse pertinente, il n'y a pas lieu de redouter davantage qu'elle soit contestée. Pas plus du moins qu'à l'heure actuelle, alors que, en présence d'autant de méthodes, les analyses fonctionnelles sont systématiquement remises en question pour l'application d'une seule méthode, celle de la marge nette.

46 - L'utilisation de la méthode du partage de bénéfices peut éfrayer à première vue, parce qu'elle est une rencontre avec l'inconnu⁷⁹ et que la méthode actuelle de substitution en faveur de la méthode transactionnelle de la marge nette, aussi imparfaite et injuste puisse-t-elle être, a le mérite de ne plus être une surprise. Elle reste pourtant d'une grande fragilité et handicape grandement les PME qui n'ont pas les marges de négociation des multinationales. Elle reste surtout un avantage concurrentiel considérable pour les groupes étrangers nettement moins imposés dans l'État de leur siège et exerçant leur activité en France.

47 - Surtout, le passage au *profit split* dans les cas qui le justifient semble susceptible de sauvegarder les recettes de la France – sauf à penser que la part de l'économie numérique et notamment l'intelligence artificielle restera marginale – tout en répondant aux exigences de justice fiscale que réclament les pays émergents ou certaines organisations internationales⁸⁰. Il convient de suivre les efforts considérables déployés par l'OCDE et donner en France un nouveau souffle aux règles des prix de transfert, en cohérence avec le renouveau économique prôné. Cela passe par une sécurisation des règles de contrôle des transactions intragroupe et de leurs conséquences, eu égard notamment aux taxes et impôts autres que l'impôt sur les sociétés.

B. - La sécurisation des règles de partage et de ses conséquences

48 - Bien souvent, la méthode choisie par les sociétés et que rejette l'Administration est pourtant dictée par le droit positif et les lignes directrices de l'OCDE. La durée des contentieux et l'absence d'une jurisprudence suffisante au contraire d'autres domaines du droit fragilise la position des contribuables et pousse nombre d'entre eux à négocier compte tenu des enjeux. Alors même qu'au stade contentieux les juges doivent systématiquement vérifier si l'administration prouve l'existence et détermine le montant des avantages consentis par la société française à sa filiale à l'étranger⁸¹ et rejettent le plus souvent après cela les prétentions de l'Administration. Ce rapport de force est un frein à la confiance entre l'Administration et les contribuables pourtant voulue au plus haut niveau de l'État⁸².

1° Prévoir un cadre de confiance et inscrire les principes OCDE au sein de l'article 57

49 - Dans un premier temps, il convient de préciser le cadre relatif au contrôle des prix de pleine concurrence des transactions intragroupe. L'obligation pour les groupes de documenter leur politique

72. Bulletin No. 42 from China's State administration of taxation, Final rules on transfer pricing documentation released July 12, 2016. – V. *Transfer pricing report 407, July 28, 2016*. – Pour une analyse, V. S. Huijbregtse et Y. Van Galen Wang, *China takes the lead on transfer pricing policy : combating BEPS through a value chain analysis : Tax management transfer pricing report*, Vol. 25, 27 oct. 2016.

73. RPSM Inbound IRC 482.

74. OECD, OECD Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administration : www.oecd.org/publications/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-20769717.htm, p. 135 et s.

75. United Nations, *Practical manual on transfer pricing for developing countries*, 2017, p. 211.

76. Puis, par exemple, pour chaque groupe de filiales ayant des risques et fonctions similaires, en fonction d'une clé correspondant à leur chiffre d'affaires « théorique » tiré du calcul de leur rémunération de routine.

77. *Public discussion draft (2017)*, BEPS action 10, revised guidance on profit splits, § 10 et 11.

78. V. N. Sabin et B. Delaigue, *Institution d'une obligation pour les grandes entreprises multinationales de souscrire une « déclaration pays par pays », obs. ss L. fin. 2016, n° 2015-1785, 29 déc. 2015, art. 121 : Dr. fisc. 2016, n° 1, comm. 50.*

79. Sur les effets néfastes de la peur de l'inconnu à laquelle peuvent être confrontés l'État ou des entreprises dans le cadre de choix stratégiques, V. l'excellent questionnaire proposé par Jacques Barraux, V. J. Barraux, *La peur de l'inconnu : RF gest. 7/2015, n° 252, p. 5 et 6.*

80. C'est par exemple le cas d'ICRICT et d'Oxfam.

81. CE, 3^e et 8^e ss-sect., 7 nov. 2005, n° 266436 et n° 266438, *min. cf Sté Cap Gemini, préc. note n° 38*. – V. également, CAA Paris, 2^e ch., 25 juin 2008, n° 06PA02841, *Sté Novartis Groupe France SA, préc. note n° 38*.

82. Les articles 3 et 4 du projet de loi présenté le 27 novembre 2017 par le Premier ministre Édouard Philippe et le ministre de l'Action et des Comptes publics Gérard Darnaudin pour un État au service d'une société de confiance ont pour objectif direct de rétablir la confiance entre l'Administration et le contribuable.

intragroupe est dense (LPE, art. L. 13 AA et L. 13 B), et est suffisamment précise pour permettre à l'Administration de vérifier les différentes étapes du raisonnement. Pourquoi dès lors ne pas partir d'une présomption de régularité des prix des transactions intragroupe et simplement vérifier que les méthodes explicitées par l'OCDE sont correctement appliquées et ne servent pas à justifier un quelconque transfert de bénéfice ?

50 - Il est étonnant que la question soit ne serait-ce que posée alors que depuis plus d'un demi-siècle⁸³ la charge de la preuve repose sur l'Administration. C'est-à-dire que l'article 57 du CGI ne peut être invoqué pour fonder de lui-même une présomption de l'existence d'un transfert indirect de bénéfices. Cette présomption ne pourra naître que lorsque l'administration fiscale aura établi une minoration ou une majoration de prix en faveur d'une filiale située à l'étranger.

51 - La charge de la preuve est ainsi distribuée par O. Fouquet dans ses conclusions sous une décision de plénière du 27 juillet 1988⁸⁴ : « L'Administration démontre-t-elle l'existence d'un avantage accordé par la société établie en France à la société établie à l'étranger ? » et « Si l'Administration le démontre, le contribuable établit-il l'existence d'une contrepartie à cet avantage ? ». Il est toutefois regrettable que compte tenu de l'importance prise par la documentation des prix de transfert, elle ne soit pas considérée comme un point de départ. Et que, dès lors qu'une société aurait parfaitement appliqué les lignes directrices de l'OCDE, elle ne puisse s'en prévaloir sans crainte.

52 - Dans un deuxième temps, si l'Administration est la plupart du temps favorable aux arguments fondés sur ces lignes directrices, l'absence de toute disposition explicite en droit interne fragilise également la position des contribuables. Aussi, il y a lieu de se demander si le rapport de force aujourd'hui en faveur de l'Administration ne pourrait pas être rééquilibré si les méthodes de détermination du prix de pleine concurrence étaient inscrites et hiérarchisées dans le droit interne. Alors, il pourrait être clair tant pour l'Administration que pour le contribuable que les méthodes transactionnelles ne s'appliquent en aucun cas dès lors qu'une méthode traditionnelle est opportune et que lorsque ce n'est pas le cas, alors la méthode transactionnelle de la marge nette doit être préférée en présence d'une transaction dans le cadre de laquelle les fonctions des parties sont binaires, et que dans le cas contraire, la méthode du partage de bénéfices doit être utilisée⁸⁵.

53 - Dans l'hypothèse où la documentation prix de transfert ne respecterait pas la hiérarchisation des méthodes et les cas d'utilisation, l'article 57 du CGI devrait par ailleurs rappeler l'exigence d'une analyse fonctionnelle, sans laquelle toute substitution de méthode serait vaine. Toute substitution de méthode devrait par ailleurs obéir à une grille d'analyse identique à celle utilisée par les sociétés aux fins de choisir celle présentée dans leur documentation.

54 - Enfin, la mise à jour de l'article 57 du CGI doit coïncider au passage à une vision moderne de l'objet de règles de vérification du prix de pleine concurrence des transactions intragroupe. La spécificité des économies locales doit faire l'objet d'une attention toute particulière de la part du contribuable et de l'administration fiscale.

Alors que le solde commercial de la France enregistre un déficit de 38,3 milliards d'euros pour 2017⁸⁶, l'idée de rapatrier systématiquement les profits des groupes multinationaux ayant leur siège ou d'importants incorporels en France, contrairement à la réalité économique, ne servira pas à rééquilibrer la balance. Il conviendrait au contraire d'avoir une vision plus pragmatique des prix de transfert et de les faire coïncider à une réalité économique. En prenant davantage en compte les difficultés auxquelles peut être confrontée une société française qui développe son activité sur de nouveaux marchés, qui plus est émergents. L'Asie du Sud Est, mais également le Brésil⁸⁷, par exemple, sont des marchés avec d'importantes particularités qui doivent être acceptées par l'administration fiscale française. Le développement d'une activité à l'étranger servira *in fine* le développement d'un groupe implanté en France et se répercutera nécessairement sur les revenus et emplois en France.

2° Circonscrire les conséquences d'un prix de transfert à la détermination de l'assiette imposable à l'impôt sur les sociétés

55 - Les conséquences d'un redressement en prix de transfert sont aujourd'hui multiples. D'abord avec l'impôt sur les sociétés, les intérêts de retard y afférents et une possible majoration de 40 % (CGI, art. 1729). Ensuite, avec des ajustements secondaires : une retenue à la source pour revenus distribués⁸⁸ mais aussi un supplément de contribution sur la valeur ajoutée des entreprises voire de droits de douane.

56 - Concernant la CVAE, d'abord⁸⁹. D'une part, l'article 57 limite les conséquences d'un redressement relatif aux prix de transfert à l'impôt sur le revenu (CGI, art. 57, al. 1^{er}), ce que n'est pas la CVAE. D'autre part, la valeur ajoutée est définie à l'article 1586 sexies du CGI qui ne mentionne aucunement le bénéfice, elle n'est que la différence entre le chiffre d'affaires majoré de quelques éléments (CGI, art. 1586 sexies, I, 4, a) et d'autres éléments CGI, art. 1586 sexies, I, 4, b) qui viennent en déduction. À cet égard, la doctrine administrative qui sert à préciser l'article 1586 sexies fait référence aux comptes 701 à 709 du Plan comptable général⁹⁰. C'est-à-dire qu'un ajustement en prix de transfert ne va avoir d'impact que dans l'hypothèse où le montant du chiffre ou des charges est modifié. Ce sera le cas avec les méthodes traditionnelles, mais en aucun cas avec les méthodes transactionnelles, un tel redressement étant censé n'avoir de conséquences que sur le résultat fiscal de la société et non sur sa comptabilité. Pourtant, même dans l'hypothèse d'un redressement motivé grâce à une méthode transactionnelle comme celle de la marge nette, le Conseil d'État vient de juger qu'il y avait lieu de remettre en cause le bien-fondé d'une écriture comptable et par conséquent de réintégrer les sommes réhaussées dans le calcul de la valeur ajoutée⁹¹.

57 - Concernant la retenue à la source, par ailleurs, la requalification du profit ajusté en revenu occulte est contestable, dès lors qu'il est difficile d'avancer qu'un redressement en prix de transfert fondé sur la méthode de la marge nette tient d'une dissimulation de quoi que ce

86. Contre 26,8 milliards d'euros en 2016. V. Direction générale du Trésor, Commerce extérieur de la France – Résultats 2017 : tresor.economie.gouv.fr, 8 févr. 2018.

87. La déduction fiscale des redevances est plafonnée, en fonction de l'industrie, à un taux situé entre 1 et 5 % du chiffre d'affaires tiré de la vente du produit concerné par la redevance.

88. Sous réserve de la mise en œuvre par le contribuable de la procédure prévue à l'article L. 62 A du LPE.

89. Pour une étude plus en profondeur du sujet, V. D. Villemot, *La CVAE : le parent pauvre des prix de transfert* : FR 11/2015, inf. 8, p. 8.

90. BOI-CVAE-BASE-20, 7 sept. 2016, § 30.

91. V. la récente décision du Conseil d'État en matière de cotisation minimale de taxe professionnelle : CE, 8^e et 3^e ch., 6 juin 2018, n° 409645, SCS General Electric Medical Systems.

83. CE, 29 janv. 1964, n° 47515, *Daïgnas* : *Lebon*, p. 57 ; *Dr. fisc.* 1964, n° 11, *comm.* 398 ; *Dupont* 1964, p. 253 ; *RO* p. 20.

84. CE, plén., 27 juill. 1988, n° 50020, *SARL Boutique 2 m* : *JurisData* n° 1988-600685 ; *Lebon*, p. 305 ; *Dr. fisc.* 1988, n° 49, *comm.* 2202 ; *RJF* 10/1988, n° 1139, *concl.* O. Fouquet, p. 577 ; *GAJF*, 4^e éd., th. n° 49, n° 52. – V. en ce sens, CE, 29 janv. 1964, n° 47515, *Daïgnas*, *préc. note* n° 83 – CE, 8^e ss-sect., 23 févr. 1966, n° 64449, *min. c/ Sté X* : *Dr. fisc.* 1966, n° 48, *doctr.*, *concl.* L. Mehl. – Et plus récemment, CE, 3^e et 8^e ss-sect., 2 mars 2011, n° 342099, *Sté Soutiran et C^{ie}* : *JurisData* n° 2011-003451 ; *Lebon T.*, p. 1109 à 1112 ; *Dr. fisc.* 2011, n° 18, *comm.* 339, *concl.* É. Geffray ; *RJF* 6/2011, n° 733.

85. OECD, *OECD Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administration*, *préc. note* n° 74, *spec.* p. 133 et s.

soit par le contribuable⁹². Dans l'hypothèse où le profit recalculé est simplement qualifié de revenu distribué, la méthode de calcul à partir de comparables externes et des indicateurs de profit est si peu définie et si variable selon les vérificateurs que l'idée que ce bénéfice aurait pu être mis en réserve ou incorporé au capital⁹³ (CGI, art. 109, 1°) n'a tout simplement aucun sens.

58 - Ces redressements en cascade sont un frein à la relation de confiance qui doit permettre un nouveau souffle à la compétitivité de la France. Aussi conviendrait-il de revenir à une certaine orthodoxie en limitant les redressements en matière de prix de transfert à la seule assiette de l'impôt sur les sociétés puisqu'en réalité, ce dont il s'agit, c'est d'un partage de la matière imposable entre les États pour les besoins de l'impôt sur les sociétés⁹⁴. Cela ne pourra que servir le cadre de confiance que tant l'Administration que les sociétés et leurs conseils appellent de leurs vœux.

Conclusion

59 - L'inadaptation de la politique fiscale de la France⁹⁵ en matière de prix de transfert aux modèles économiques modernes a une

92. La documentation doit contenir une démonstration précise des méthodes pour démontrer celle qui est finalement choisie. Les benchmarks sont publics, donc ne peuvent être cachés, ils sont en plus de cela annexés à la documentation.

93. L'article 109, 1° du CGI prévoit que « 1. Sont considérés comme revenus distribués : 1° Tous les bénéfices ou produits qui ne sont pas mis en réserve ou incorporés au capital ».

94. C'est la raison pour laquelle les propositions de l'OCDE reçoivent l'imprimatur du G20.

95. Pour un point de vue critique sur la politique fiscale internationale menée par la France, V. J. Turot, *L'échec du fisc face à Google est celui de notre politique fiscale internationale* : Libération, 30 juill. 2017.

double conséquence. D'une part, elle aboutit pour les multinationales ayant leur siège en France à une pression fiscale déraisonnable et décorrélée des schémas de création de valeur. Le revenu est imposé au taux du siège et non à celui du marché sur lequel il est effectivement réalisé. D'autre part, elle minimise artificiellement le résultat de certaines sociétés étrangères exerçant leur activité en France, notamment et surtout dans le domaine du numérique. Cela ne peut qu'accroître le sentiment d'injustice fiscale et d'inutilité de l'impôt quand ces sociétés fournissent dans le même temps des services gratuits.

60 - L'utilisation déraisonnée de la méthode transactionnelle de la marge nette, faute de bien vouloir apprendre à manier le partage de bénéfices, donne raison à l'esprit libertaire des géants du numérique et condamne toute politique ayant vocation à accompagner nos fleurons vers le monde de demain. Sans une modernisation prochaine des pratiques de l'administration fiscale en matière de prix de transfert et une prise de conscience de l'importance d'une relation de confiance, les moteurs de l'économie française perdront de leur influence ou s'en iront⁹⁶.

61 - Une politique fiscale nouvelle, en lien avec les mutations du monde peut permettre de nous éloigner de ce sombre tableau. Et nous en distinguons les prémices. Une utilisation accrue du *profit split* dans les cas qui l'appellent aurait le mérite d'amplifier, en matière de prix de transfert, cette tendance générale.

MOTS-CLÉS : Prix de transfert - Méthode de contrôle - Méthode transactionnelle de la marge nette - Méthode du partage de bénéfice

96. V. à ce titre la prophétie de Nicolas Baverez in N. Baverez, *Lettres béninoises* : Albin Michel, janv. 2014.