

202

Prix de transfert : actifs incorporels difficiles à valoriser : voyage dans la machine à remonter le temps de la création de valeur

Alexandre GUILLEMONAT,

Membre de la Société française des évaluateurs (SFEV),
Avocat associé, Selarl A7tax

Guillaume LOITRON,

membre de la Société française des évaluateurs (SFEV),
Avocat associé, Selarl A7tax

Théophile TRANCART,

élève avocat, Selarl A7tax



L'action 8 du plan BEPS relative aux actifs incorporels difficiles à valoriser rebat les cartes de l'évaluation et des prix de transfert pour des actifs au cœur de la création de valeur mais sources de contentieux fiscaux. Cette nouvelle approche implique une stratégie proactive comprenant la mise en place de pratiques efficaces de sécurisation fiscale et de préservation de la valeur créée au sein des groupes.

Introduction

1 - L'émulation internationale contribue à créer des systèmes au sein desquels se conjuguent centres de recherche, ingénieurs, et capitaux favorables au développement d'incorporels protéiformes. Dans le même temps, l'évolution des modèles économiques des entreprises produit d'incessantes mutations de leur chaîne de valeur¹.

2 - Les actifs incorporels induisent des effets complexes sur la création de valeur. Lorsque plusieurs entreprises liées y participent, la détermination d'une rémunération de pleine concurrence pour chacune de ces contributions, parfois mal identifiées, représente un défi. Le principe de pleine concurrence, fiction juridique énoncée par l'article 9 de la convention modèle de l'OCDE, encadre les relations commerciales et financières entre entreprises associées. Les conditions qui prévaudraient entre entreprises indépendantes, dont le comportement est en principe régi par les mécanismes du marché libre, servent de référence à un éventuel ajustement de bénéfices. Son application a longtemps conduit à privilégier le recours, suivant une

logique additive et unilatérale parfois peu respectueuse des réalités opérationnelles, à des transactions comparables sur le marché libre.

3 - Or, en s'attachant à aligner les prix de transfert sur la création de valeur, les actions 8-10² du plan de lutte contre les pratiques de *Base Erosion and Profit Shifting* semblent remettre en cause cette compréhension. En son sein, l'action 8 relative aux actifs incorporels difficiles à valoriser ou *Hard-To-Value-Intangibles*³ marque un bouleversement. Pour protéger les administrations fiscales contre certaines conséquences de l'asymétrie de l'information, l'OCDE rebat en partie les cartes de l'évaluation et des prix de transfert en instaurant la règle selon laquelle les résultats *ex post* peuvent être considérés comme une présomption de preuve du bien-fondé d'un prix convenu *ex ante*. Ce faisant, elle oblige les entreprises à penser différemment leurs stratégies de répartition de la création de valeur générée par ces actifs incorporels difficiles à valoriser.

4 - Cette approche s'inscrit dans une conception renouvelée du principe de pleine concurrence (1). La faiblesse des exceptions prévues et l'inadéquation de la législation française aux actifs incorporels

1. Concept issu des travaux de Michael Porter : « *The value chain disaggregates a firm into its strategically relevant activities in order to understand the behavior of costs and the existing and potential sources of differentiation* » (V. M. Porter, *Competitive Advantage* : Free Press, 1985).

2. OCDE, Aligner les prix de transfert calculés sur la création de valeur, Actions 8-10 : Rapports finaux, 2015.

3. OECD, *Guidance for Tax Administrations on the Application of the Approach to Hard-to-Value Intangibles*, BEPS Actions 8-10, 2018.

difficiles à valoriser (2) imposent le recours à des solutions efficaces (3).

1. Les actifs incorporels difficiles à valoriser, fruits d'un nouveau du principe de pleine concurrence

5 - Les prix de transfert impliquant des actifs incorporels mettent en évidence un changement dans la compréhension du principe de pleine concurrence (A). Afin de lever entièrement le voile sur la création de valeur, l'approche des actifs incorporels difficiles à valoriser s'attaque à l'asymétrie d'information. En s'attachant aux résultats obtenus *ex post* comme présomption de preuve du bien-fondé des accords convenus *ex ante*, elle soulève sur son passage nombre d'interrogations et de craintes légitimes (B).

A. - Un principe de pleine concurrence axé sur les contributions à la création de valeur

6 - Dans la mesure où les entreprises associées concluent des accords significativement plus divers que des entreprises indépendantes, les praticiens connaissent depuis longtemps les difficultés induites par le principe de pleine concurrence en matière d'incorporels. Plus que son bien-fondé, c'est sa mise en œuvre qui interroge. À cet égard, J. Scott Wilkie soulève l'ampleur du problème : « *The 'comparables' analysis that has spawned and dominates even in the Transfer Pricing Guidelines has become a transfer pricing industry that does not capture the essence of the ALS [...] as stipulated by Article 9, the ultimate comparator is a more expensive evaluation of all market and other circumstances within which particular transactions take place* »⁴. En effet, un prix de transfert correspond à la traduction de relations commerciales et financières intragroupe souvent complexes où le comportement et les objectifs respectifs des parties doivent être pris en compte. Il semble donc vain, sous prétexte d'assurer une meilleure comparabilité des transactions, de réduire les véritables contributions des parties à des comportements standardisés.

7 - Ce rappel s'avère d'autant plus fondamental pour identifier un actif incorporel, défini comme « une chose qui n'est pas un actif corporel ni un actif financier, qui peut être possédée ou contrôlée aux fins d'utilisation dans le cadre d'activités commerciales, et dont l'utilisation ou le transfert serait rémunéré s'il avait lieu dans le cadre d'une transaction entre parties indépendantes dans des circonstances comparables. »⁵.

8 - La répartition des revenus générés par les actifs incorporels selon les contributions à la création de valeur des entreprises met en lumière cette nouvelle compréhension du principe de pleine concu-

rence et de l'analyse fonctionnelle⁶. Elle suppose de reconstituer une chaîne de valeur propre, incluant la mise au point, l'amélioration, l'entretien, la protection et l'exploitation de l'incorporel. Une grille d'analyse des fonctions exercées et contrôlées, du financement et des risques assumés par chaque entité doit ensuite être menée⁷. Cette dissociation entre propriété juridique et fixation d'une rémunération de pleine concurrence pour chacune des entreprises intervenantes suppose un contrôle de cohérence approfondi de la stratégie du groupe en matière d'incorporel.

9 - Plus que jamais, la valorisation des incorporels constitue le cheval de bataille des administrations fiscales à travers le monde. L'affaire *DQ Entertainment International Ltd*⁸ est l'une des nombreuses illustrations de ce potentiel de contentieux fiscaux. Rendue en Inde à propos de faits antérieurs à l'action 8 du plan BEPS, elle en préfigure néanmoins pleinement les enjeux. En effet, les juridictions indiennes ont consacré à plusieurs reprises l'utilisation des méthodes d'évaluation financière aux actifs incorporels⁹. En l'espèce, une société indienne de production d'animation et de jeux vidéo, *DQ Entertainment International Ltd*, avait cédé à sa filiale *DQ Entertainment Ireland* des droits de propriété intellectuelle d'une série d'animation en cours de développement tirée du Livre de la jungle. Afin de justifier du bien-fondé de la valeur retenue, la société cédante, avisée, se prévalait de deux rapports d'évaluation réalisés par des experts indépendants : l'un fondé sur la méthode *Discounted Cash-Flow* (méthode des flux de trésorerie actualisés), l'autre sur la méthode du *Relief from royalty* (méthode des redevances). Sans écarter ces méthodes, les *Transfer Pricing Officers* ont notamment modifié les projections de flux de trésorerie retenus *ex ante* en leur substituant ceux réalisés *ex post*, obtenant ainsi une valeur plus importante. Pour cela, ils se sont référés aux paragraphes 9.87 et 9.88 des principes de l'OCDE de 2010, prévoyant qu'en cas d'évaluation suffisamment incertaine « les autorités fiscales seraient fondées à déterminer le prix de pleine concurrence du transfert de l'actif incorporel sur la base d'une clause d'ajustement de prix ou de renégociation qui serait prévue pour une transaction comparable dans des conditions de pleine concurrence ». En considérant qu'un transfert de valeur s'était produit entre les deux sociétés, ils ont alors appliqué une méthode de partage des bénéfices résiduels attribuant 80 % des bénéfices à la société indienne à raison d'une propriété économique sur les droits cédés. Le tribunal d'Hyderabad a refusé que l'Administration remplace les projections de flux de revenus retenus à la date d'évaluation par celles effectivement générées par l'incorporel, en exigeant à la fois de l'entreprise et de l'Administration une justification approfondie des paramètres d'évaluation. Il a également rejeté la méthode du partage des bénéfices résiduels, en constatant l'absence de propriété économique de la société cédante à la suite de la transaction litigieuse. Cette affaire montre également que l'action des administrations fiscales porte conjointement sur la valorisation et la mesure des contributions à la création de valeur. Avec un recul de plusieurs années, elles peuvent être tentées de considérer que la valeur découlant des flux effectivement dégagés se rapproche de celle *ab initio*, calculée à partir

4. J. Scott Wilkie, *Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, in M. Lang, A. Storck & R. Petrucci (dir.), *Transfer Pricing in a Post-BEPS World*, Chapter 3 : *Eucotax, Wolters Kluwer*, 2016 – pouvant être traduit « l'analyse de comparabilité engendrée et dominante au sein des principes directeurs en matière de prix de transfert est devenue une industrie qui ne saisit pas la substance du principe de pleine concurrence [...] comme stipulé par l'article 9, le comparable ultime réside dans une analyse approfondie du marché et de l'ensemble des circonstances dans lesquelles les transactions ont lieu ».

5. Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales 2017, préc., § 6.6.

Notons toutefois que cette définition a été bousculée aux États-Unis par le *Tax Cuts and Jobs Act*, qui comprend désormais « *any goodwill, going concern value, or workforce in place (including its composition and terms and conditions (contractual or otherwise) of its employment) ; or any other item the value or potential value of which is not attributable to tangible property or the services of any individual* ».

6. Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales, 2017, § 1.51 et s.

7. *Ibid.*, § 6.32.

8. *DQ Entertainment International Ltd c/ ACIT (ITA No. 151/Hyd/2015) et DQ Entertainment International Ltd c/ ACIT (ITA No. 441/Hyd/2017)*.

9. V. not. *Tally Solutions Private Limited c/ DCIT (ITA No. 1235/Bang/2010)* à propos d'une *excess earnings method* (méthode des surprofits) et *Ascendas (India) Private Limited c/ DCIT (ITA No. 1736/Mds/2011)* pour le recours à une *Discounted Cash Flows*.

de prévisions. Cet écueil concerne également l'évaluation des valeurs mobilières souscrites par les dirigeants de sociétés¹⁰.

B. - Le défi des actifs incorporels difficiles à valoriser

10 - L'action 8 du plan BEPS poursuit cette profonde mutation, à la croisée de l'évaluation et des prix de transfert, en s'attachant aux implications négatives des asymétries d'information, particulièrement sensibles en matière d'incorporels en cours de création¹¹. Bien que la terminologie d'asymétrie de l'information soit empruntée à la microéconomie, elle se définit comme la méconnaissance par l'administration fiscale des événements pertinents pour la valorisation d'incorporels. Elle présuppose que l'entreprise détienne l'ensemble des informations, tandis que l'administration fiscale en serait privée. Or, des facteurs internes, comme un changement de stratégie à la suite d'une réorganisation du groupe, ou externes, tels qu'un brutal retournement de marché pour lequel l'incorporel avait été développé, ne peuvent être raisonnablement anticipés par les entreprises. Plus encore, une évaluation qui se révèle finalement inexacte ne signifie pas que l'entreprise aurait pu se prévaloir d'informations prévisibles¹².

11 - La notion d'actif incorporel difficile à valoriser recouvre potentiellement nombre des actifs ou de droits attachés à ces actifs, car elle « désigne des actifs incorporels ou des droits sur des actifs incorporels pour lesquels, au moment du transfert entre des entreprises associées, (i) il n'existe **pas de comparables fiables** et (ii) au moment de la conclusion de la transaction, **les prévisions** de flux de trésorerie ou de revenus futurs susceptibles d'être tirés de l'actif incorporel transféré ou les **hypothèses utilisées** pour évaluer l'actif incorporel sont **très incertaines**, et rendent difficile la prévision du niveau de réussite finale de l'actif incorporel au moment du transfert. »¹³.

12 - Afin de bien mesurer son champ d'application, intéressons-nous d'abord au critère de l'absence de comparable fiable. Un simple aperçu des caractéristiques communes aux actifs incorporels permet de pressentir toute la complexité d'une analyse de comparabilité. Les contrats portant sur ces actifs stratégiques étant le plus souvent conclus entre entreprises liées, il n'existe pas de marché. Le marché libre, source essentielle en matière de prix de transfert, ne peut alors fournir d'informations satisfaisantes, tant sur la valorisation que sur le niveau de risque. Des acteurs sont parfois capables d'appréhender les effets d'incorporels sans en être propriétaires. Par ailleurs, les risques inhérents aux actifs immatériels semblent souvent plus importants que ceux associés aux actifs corporels, car en cas d'échec du projet, ces actifs spécifiques ne peuvent aisément être redéployés. Faute de marché secondaire, l'investissement engagé par l'entreprise est alors fréquemment perdu dans son intégralité. Enfin, la nature combinatoire appelle des remarques particulières. Au sein de l'entreprise, les incorporels interagissent avec tout ou partie des autres ressources. Non interchangeables, ce sont ces interactions, uniques, qui créent de la valeur pour l'entreprise. La modélisation des relations

entre les actifs, grâce à des matrices, devient indispensable pour un partage du surprofit conçu à partir des facteurs clés de succès¹⁴.

13 - Les facteurs de comparabilité retenus par l'OCDE¹⁵, à savoir la nature exclusive des droits sur l'incorporel, l'étendue spatio-temporelle de sa protection juridique, sa couverture géographique, sa durée d'utilité, son niveau de développement, les droits relatifs aux améliorations, révisions et mises à jour, les avantages espérés de l'utilisation, constituent autant de circonstances économiques non limitatives. Plus périlleuse encore, la comparabilité des risques est fondamentale, car des risques effectivement assumés par les parties découle le niveau de rémunération de l'entreprise. Cinq catégories de risques spécifiques sont identifiées¹⁶. Il existe les risques liés à la mise au point des actifs incorporels, ceux relatifs à l'obsolescence des produits, d'autres encore liés aux violations de droits, certains pouvant survenir de la responsabilité du fait des produits, et enfin plus largement les risques d'exploitation. Force est de constater que les synergies négatives de certains incorporels avec les autres actifs de l'entreprise élargissent encore les risques potentiels (en ce sens, les fraudes réglementaires entraînent souvent la dégradation de la valeur d'une marque). Dès lors, nous partageons pleinement le constat selon lequel « l'analyse de comparabilité relative à des transferts d'actifs incorporels [...] révélera souvent l'absence de transactions comparables sur le marché libre »¹⁷.

14 - Analysons ensuite l'incertitude inhérente aux flux de revenus générés par l'actif incorporel ou aux hypothèses retenues pour l'évaluation. Il existe de nombreuses situations dans lesquelles ces prévisions sont incertaines, e.g. le marché sur lequel sera exploité l'actif est en phase d'émergence ou lorsque l'incorporel devra être perfectionné au fil des besoins de l'entreprise. Nul n'étant véritablement en mesure de prédire sa réussite ou son échec, la qualité et l'exhaustivité des fondements retenus à la date d'évaluation semblent constituer le cœur du travail du praticien avisé. Par conséquent, l'approche des actifs incorporels difficiles à valoriser pourrait s'appliquer à une grande partie des incorporels.

15 - Les administrations fiscales peuvent alors utiliser les résultats obtenus *ex post* en tant que présomption, simple, de preuve du bien-fondé d'accords de fixation de prix conclus *ex ante* à fin d'application du principe de pleine concurrence¹⁸. Toutefois, seuls les éléments probants *ex post* qui auraient pu ou dû être pris en compte par les parties lors de la transaction sont susceptibles d'être utilisés par les administrations fiscales. Afin de réfuter cette présomption de preuve, l'entreprise devra démontrer que l'évaluation repose sur des informations suffisamment fiables et objectives. Là encore, une analyse économique approfondie, incluant des études sectorielles, s'avère indispensable, sous peine de subir une lecture opportuniste de la fiabilité de l'évaluation par les vérificateurs.

16 - En pratique, la stratégie d'une entreprise développant des incorporels ne réside pas toujours dans l'atteinte d'un objectif prédéterminé, mais plutôt dans la saisie d'opportunités potentiellement encore inconnues à la date d'évaluation. Dans de nombreux cas, l'offre ou le produit est ajusté sur un mode itératif afin d'aboutir à une proposition de valeur optimale pour la clientèle, réduisant ainsi les incertitudes et les coûts de développement associés. À cet égard, l'approche de l'OCDE paraît assez théorique. En effet, les entreprises

10. V. A. Guillemonat et O. Ramond, *Management packages : comment différencier le bon grain de l'ivraie en matière fiscale ? : Dr fisc. 2015, n° 10, étude 181.*

11. Notons toutefois que si une telle asymétrie est effective lors des premiers stades de développement de l'actif incorporel difficile à valoriser, celle-ci s'avère ensuite significativement réduite par l'étendue et la profondeur des obligations documentaires, V. *Standard de l'action 13 BEPS : entity file, master file, Country-by-Country – Reporting.*

12. IT / J. Hagelin, *Ex post facto considerations in transfer pricing of Hard-to-Value Intangibles : practical and methodical issues with the HTVI approach : International transfer pricing Journal, vol. 26, n° 1, 2018.*

13. Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales, 2017, préc., § 6.189.

14. Y. Krief et G. Jacquot, *L'évaluation financière des marques : La revue des marques, juill. 2017, n° 99.*

15. Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales, 2017, préc., chapitre VI, Actifs incorporels, D. 2.1. Comparabilité des actifs incorporels.

16. *Ibid.*, § 6.65.

17. *Ibid.*, § 6.137.

18. *Ibid.*, § 6.188.

doivent faire évoluer leurs modèles économiques, tout en adaptant et améliorant leurs actifs incorporels. Malgré la qualité de l'évaluation *ex ante*, l'évolution de la position stratégique de l'entreprise exploitant l'incorporel pourrait véritablement remettre en cause la justification établie lors du transfert initial. Elle s'exposerait ainsi à des ajustements de prix de transfert injustifiés, car rien n'est moins prévisible qu'une stratégie axée sur un marché qui demeure parfois encore inexploré. Plus encore, les innovations apportées par certaines entreprises, fruits d'incorporels mêlant notamment collecte et analyse des données, intelligence artificielle et distribution digitale, illustrent qu'il ne s'agit pas seulement d'évaluer un, mais plusieurs actifs incorporels difficiles à valoriser fortement synergiques.

2. La protection perfectible contre l'approche des actifs incorporels difficiles à valoriser

17 - Les exceptions à la présomption de preuve instaurée par l'action 8 se révèlent avoir une application réduite (A), tandis que l'absence de réglementation française spécifique place les entreprises dans une situation d'incertitude (B).

A. - Des exceptions fondées sur l'inexistence ou l'absence d'effet de l'asymétrie d'information

18 - Les quatre exceptions à l'approche des actifs incorporels difficiles à valoriser relèvent de situations dans lesquelles l'asymétrie d'information n'existe pas ou emporte des effets non significatifs¹⁹.

19 - La première exception concerne l'hypothèse où le contribuable transmet à la fois « les informations détaillées des prévisions *ex ante* utilisées au moment du transfert pour déterminer les accords de prix, notamment les modalités de prise en compte des risques dans les calculs pour déterminer le prix (par exemple, pondération selon les probabilités) et le bien-fondé de sa prise en compte des événements raisonnablement prévisibles et des autres risques ainsi que la probabilité de réalisation » et « des preuves fiables que la différence significative entre les prévisions financières et les résultats réels est due à : a) des développements ou événements imprévisibles survenant après la détermination du prix, que les entreprises associées ne pouvaient pas prévoir au moment de la transaction ou b) la réalisation de la probabilité d'occurrence des résultats prévisibles et au fait que ces probabilités n'étaient pas sous-estimées ou surestimées de manière significative au moment de la transaction. ». Cette démarche, encore peu explorée en France, pourrait s'inscrire dans une relation de confiance renouée telle que récemment annoncée par le gouvernement après une première expérimentation mitigée en 2013.

20 - La deuxième exception correspond au transfert d'un actif incorporel difficile à valoriser couvert par un accord préalable en matière de prix de transfert, bilatéral ou multilatéral. À cet égard, rappelons que la France, en 2017, a conclu seulement douze accords préalables en matière de prix de transfert, pour une durée moyenne de négociation comprise entre vingt-sept et vingt-huit mois²⁰. De plus, l'administration fiscale se refuse à étendre les accords préalables aux exercices antérieurs²¹, en contrariété avec le standard minimum imposé par l'action 14 du plan BEPS. Ainsi, cette voie longue et périlleuse paraît difficilement en mesure de protéger une entreprise française partie à la cession ou à la concession d'un actif incorporel difficile à valoriser.

19. Ibid., § 6.193.

20. *Statistics on APAs at the end of 2017: EU Joint Transfer Pricing Forum, September 2018.*

21. BOI-SJ-RES-20-10, 18 juill. 2018, § 220, selon lequel « L'accord préalable ne peut avoir de portée rétroactive ».

21 - La troisième exception instaure un seuil en dessous duquel l'approche est exclue, lorsqu'une « différence significative entre les projections financières et les résultats réels [...] n'a pas pour effet de réduire ou d'augmenter la rémunération des actifs incorporels difficiles à valoriser de plus de 20 % par rapport à la rémunération définie au moment de la transaction ». Il faut souligner qu'en France, l'application du critère jurisprudentiel de l'écart significatif en matière d'évaluation de titres contestée sur le fondement de l'article 57 du CGI semble avoir été admise²². Cette exception représente donc une avancée bienvenue pour les entreprises et leurs conseils, confrontés à la difficulté d'évaluer et de rémunérer ces actifs fortement volatils. Néanmoins, il est permis de s'interroger quant au bien-fondé d'un seuil unique de 20 %, relativement faible, pour l'ensemble des incorporels, et ce quel que soit leur stade de développement. À titre d'exemple, s'agissant du cycle de vie d'une marque, entre les étapes de lancement, de confirmation, de consolidation, de déploiement et de position orbitale, la durée de vie économique probable et donc l'incertitude sur la valeur varient significativement²³. Le niveau de risque d'une marque en lancement, reflété par sa valorisation, diffère de celui d'une marque en phase de déploiement, dont la réussite doit lui permettre de s'inscrire durablement sur un marché.

22 - La quatrième exception vise la situation où « une durée de commercialisation de cinq ans s'est écoulée après l'année au cours de laquelle l'actif incorporel difficile à valoriser a généré pour la première fois des revenus d'une partie non liée pour le cessionnaire et pendant cette période de commercialisation, une différence significative entre les prévisions financières et les résultats réels [...] n'a pas excédé de plus de 20 % les prévisions pour cette période ».

23 - Hormis la conclusion d'un accord préalable bilatéral ou multilatéral, malheureusement inopérante en France car incompatible avec la célérité propre aux décisions stratégiques, ces exceptions ont donc une portée limitée. En tout état de cause, elles n'apparaissent pas suffisantes pour réduire le vaste champ d'application de l'action 8.

B. - Les actifs incorporels difficiles à valoriser à travers le prisme français

24 - Contrairement à certains États comme le Royaume-Uni²⁴ ou les Pays-Bas²⁵, la France, pourtant résolue dans la lutte contre les pratiques dommageables, n'a encore incorporé, ni dans la législation ni dans la doctrine administrative, l'action 8 du plan BEPS. Néanmoins, puisque « la dureté du caillou n'est connue de personne mieux que de ceux qui s'en servent pour frapper »²⁶, certains vérificateurs s'approprient irrésistiblement cette approche en se fondant sur les orientations qui leurs sont adressées²⁷.

25 - Comme relevé par le professeur Jean-Pierre Le Gall à propos du principe de pleine concurrence, la neutralité des opérations intragroupes s'exprime soit par référence à un résultat, soit par référence à

22. TA Montreuil, 1^{re} ch., 31 oct. 2012, n° 1102422, Sté Rexel Développement, venant aux droits et obligations de la société Rexel Distribution : *JurisData* n° 2012-033709 ; *Dr. fisc.* 2013, n° 14, comm. 227, note V. Restino. – V. C. Acard, *Fiscalité financière* : *Dr. fisc.* 2013, n° 38, étude 425, spéc. n° 16. – CAA Versailles, 3^e ch., 4 nov. 2014, n° 13VE00011, min. c/ Sté Rexel Développement. – V. C. Acard, *Fiscalité financière* : *Dr. fisc.* 2015, n° 24, étude 396, spéc. n° 6.

23. H. Philippe, L. Paugam et D. Aguilar, *Evaluation financière de la marque* : *Economica*, 2014.

24. HMRC *internal manual*, *Transfer Pricing: Types of transactions: Intangibles: Establishing an arm's length price for valuable intangibles: Hard to Value Intangibles* : *International manual INTM440176*.

25. *Dutch secretary of Finance, Transfer pricing decree IFZ 2018-6865.*

26. Sènèque, *La Vie heureuse*, XXVII.

27. *Guidance for Tax administrations on the application of the approach to Hard-to-Value Intangibles* – BEPS Actions 8-10.

un moyen²⁸. À partir du constat des multiples situations dans lesquelles l'entreprise fixe un prix différent du marché, un glissement s'opère entre « une analyse quantitative, objective – le prix fixé est-il celui des concurrents indépendants ? – à une analyse qualitative, subjective – le prix fixé est-il normal compte tenu des circonstances propres à l'entreprise et à sa politique ? ». En ce sens, le dernier alinéa de l'article 57 du CGI allie méthode objective et méthode subjective ; « A défaut d'éléments précis pour opérer les rectifications [...], les produits imposables sont déterminés par comparaison avec ceux des entreprises similaires exploitées normalement ».

26 - Pour mémoire, la mise en œuvre de l'article 57 du CGI suppose, en plus de la démonstration du lien de dépendance (présupposé lorsque l'entreprise bénéficiaire est implantée dans un État à fiscalité privilégiée ou un État ou territoire non coopératif), celle d'un transfert indirect de bénéfices à l'étranger. À cet égard, l'Administration doit établir l'existence d'un avantage, en se livrant à une comparaison avec des entreprises indépendantes, ou en justifiant d'un écart entre la valeur convenue et la valeur réelle. Ainsi, la présomption d'éléments probants fondés sur le résultat *ex post* risque d'entraîner un basculement de la charge de la preuve sur l'entreprise, à qu'il appartiendra de démontrer la fiabilité de l'évaluation ayant permis la fixation d'un prix entre entreprises dépendantes.

27 - La jurisprudence privilégie le recours à des comparables sur le marché libre²⁹. Ainsi, les conclusions du commissaire du gouvernement sous l'arrêt *Sté Cap Gemini*³⁰ retiennent que certains comportements constituent un avantage prioritairement « par comparaison avec la pratique habituelle ». En matière d'incorporels, cette position suscite au moins deux remarques. D'une part, elle délaisse la contribution réelle des parties à la création de valeur. D'autre part, l'approche des actifs incorporels difficiles à valoriser suppose l'absence de comparables fiables. Le juge ne pourra donc probablement pas maintenir un tel raisonnement en cas d'ajustement relatif à un actif incorporel difficile à valoriser.

28 - En matière de valorisation de brevets, le Conseil d'État propose un équilibre subtil³¹. La valorisation à la date de transaction ne peut s'effectuer de manière rétrospective en considération des profits postérieurement générés ou non par l'actif. Toutefois, les perspectives de profits utilisées pour l'évaluation, à date d'acquisition, peuvent être corroborées par des éléments postérieurs, admissibles en tant que moyens de preuve. Cette position jurisprudentielle devrait potentiellement être reprise *mutatis mutandis* en matière de prix de transfert.

29 - D'un point de vue temporel, en application de l'article L. 169 du LPF, la rectification pourra se produire *a minima* jusqu'à la fin de la troisième année suivant celle au titre de laquelle l'imposition est due, i.e. l'année de la cession ou les années de concession de droits relatifs à l'actif incorporel. Si le recensement et la vérification rapide par les

administrations fiscales des actifs incorporels difficiles à valoriser sont érigés en bonnes pratiques³², ce délai de reprise, relativement long eu égard à la nature de ces actifs, permet des évolutions significatives de valeur. De fait, l'identification *ex post* des revenus générés semble essentiellement dépendre de la profondeur des obligations documentaires pesant sur les entreprises à travers le triptyque fichier local, fichier principal et *reporting* pays par pays issu de l'action 13 du plan BEPS.

3. Les solutions à disposition des entreprises

30 - Face aux difficultés engendrées par l'action 8, des préconisations pratiques pour l'évaluation des incorporels à des fins de prix de transfert apparaissent (A). L'allocation de l'incertitude afférente à l'actif incorporel difficile à valoriser s'inscrit au cœur du principe de pleine concurrence (B). En considération du risque de double imposition en cas d'ajustement de la valorisation de l'actif incorporel difficile à valoriser, les entreprises doivent impérativement bénéficier d'une procédure amiable efficiente (C).

A. - L'émergence de bonnes pratiques pour l'évaluation d'incorporels

31 - L'estimation de la valeur d'un actif, i.e. son prix théorique d'échange entre des participants de marché pleinement informés, correspond en principe à la valeur actuelle des avantages économiques futurs anticipés par l'acquéreur. En matière de prix de transfert, l'évaluation est appréhendée par l'OCDE de manière alternative³³. Elle intervient soit dans la mise en œuvre de l'une des cinq méthodes de prix de transfert, soit comme un substitut en l'absence de comparables afin de déterminer un prix de pleine concurrence. En effet, « elle peut s'avérer plus fiable que n'importe quelle méthode de prix de transfert, en particulier en l'absence de transactions comparables sur le marché libre »³⁴. Cette évaluation demeure ainsi soumise à l'ensemble des impératifs propres au principe de pleine concurrence. Toutefois, nul doute que l'administration fiscale examine avec la plus grande attention la cohérence entre les paramètres retenus lors de cette évaluation propre aux prix de transfert et ceux fondant toute autre évaluation (e.g. financière lors d'opérations stratégiques). À ce titre, le respect de bonnes pratiques constitue une force pour l'entreprise qui devrait renverser la présomption de preuve fondée sur les revenus générés *ex post*.

32 - D'une part, certaines pratiques sont préconisées. Les principes OCDE intègrent désormais les techniques d'évaluation fondées sur l'actualisation de flux futurs comme méthode de prix de transfert portant sur des actifs incorporels³⁵. Toutefois, leur introduction s'accompagne d'une certaine méfiance en raison de leur sensibilité aux paramètres d'évaluation. Dès lors, le plan d'affaires établissant la vision prospective de l'incorporel doit impérativement expliciter et justifier les hypothèses retenues. À cet égard, la transparence exigée des entreprises atteint pleinement l'évaluation de leurs actifs incorporels stratégiques : l'introduction dans la documentation de prix de transfert d'une analyse de sensibilité portant sur les effets des changements des paramètres est considérée comme une bonne pratique.

33 - Le taux de croissance des flux de trésorerie doit correspondre le plus souvent à un taux sectoriel. Quant à la détermination du taux

28. J.-P. le Gall, *Quelques réflexions sur l'« arm's length principle » après le 46^e congrès de l'International Fiscal Association (Cancun – oct. 1992)* : Dr. fisc. 1992, n° 50, étude 100044.

29. V. not. CE, 8^e et 3^e ch., 25 juin 2018, n° 407232, SARL Property Investment Holding France. – CAA Versailles, 3^e ch., 8 juill. 2014, n° 11VE01187, Sté Carrefour SA : JurisData n° 2014-021483 ; Dr. fisc. 2014, n° 40, comm. 562, concl. F. Locatelli, note E. Meier et R. Torlet. – CAA Paris, 2^e ch., 25 juin 2008, n° 06PA02841, Sté Novartis Groupe France SA : BDCF 2/09, n° 15, concl. J. Evgenas.

30. CE, 3^e et 8^e ss-sect., 7 nov. 2005, n° 266436 et 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 1/06, n° 17.

31. CE, 7^e et 8^e ss-sect., 24 mars 1982 n° 27576 : Dr. fisc. 1982, comm. 1437, concl. P. Rivière ; RJF 5/82, n° 455. – CE, 8^e et 9^e ss-sect., 12 janv. 1990, n° 57754, SA Agrippine France (1^{re} esp.) et 57755, M^{me} Calvarin et a. (2^e esp.) : Dr. fisc. 1990, n° 28, comm. 1368, concl. P.-F. Racine ; RJF 1990, n° 253. – CE, 7^e et 9^e ss-sect., 16 mai 1990, n° 65994. – CE, 8^e et 9^e ss-sect., 16 mars 1990, n° 41059, Sté Ford France : Dr. fisc. 1990, n° 42, comm. 1886.

32. *Guidance for Tax administrations on the application of the approach to Hard-to-Value Intangibles* – BEPS Actions 8-10, préc. § 17.

33. Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales, préc., chapitre VI, D. 2.6.3 Utilisation des techniques d'évaluation.

34. *Ibid.*, § 6.162.

35. *Ibid.*, § 6.32.

d'actualisation, force est de constater qu'aucune approche unique ne peut être retenue au regard de la diversité des situations propres aux incorporels. Rappelons brièvement qu'il correspond au taux de rentabilité attendu par l'entreprise exploitant l'actif incorporel, tout en tenant compte de l'incertitude sur la réalisation des flux de trésorerie futurs. L'analyse du taux de rentabilité raisonnablement atteignable s'avère essentielle afin de défendre ultérieurement toute différence significative entre la rentabilité attendue et celle effectivement réalisée. Lorsque la méthode d'actualisation des flux est mise en œuvre, l'évaluateur devra veiller à ne pas basculer dans l'arbitraire afin de déterminer le taux d'actualisation, ce qui pourrait fragiliser sa position devant l'administration fiscale. La méthode d'actualisation des flux futurs trouve ici sa limite, lorsque, pour compenser un très fort aléa sur le flux, le taux d'actualisation nécessaire devient très élevé. Les praticiens considèrent bien souvent qu'au-delà d'un taux d'actualisation de 35 %, une méthode alternative est requise. Il convient dès lors de renoncer à l'approche déterministe et mettre en œuvre une approche probabiliste en modélisant différents scénarios de développement.

34 - Les méthodes de valorisation d'un actif incorporel reposant sur son coût de mise au point sont déconseillées³⁶. Pourtant, confronté à certains actifs numériques aisément reproductibles ou n'ayant pas encore démontré leur potentiel, l'évaluateur doit d'abord s'assurer que l'entreprise ne pourrait pas reproduire à l'identique l'actif, dans un délai raisonnable et pour un coût similaire. À défaut, la valeur reconstituée de l'actif à partir des coûts capitalisés au taux de rendement attendu constitue une valeur minimale, sauf à démontrer que les coûts constatés par le cédant n'ont pas été optimisés ou que des erreurs techniques commises ne seraient pas nécessairement reproduites par un tiers.

35 - Une solution alternative consiste à déterminer, dans un premier temps, la valeur globale de l'entreprise, exercice facilité lorsque cette dernière a fait l'objet d'une transaction récente. Dans un second temps, une analyse de la contribution à la création de valeur des actifs corporels et incorporels, à la lumière des facteurs clés de succès de l'entreprise, permet d'aboutir à la valeur relative des actifs par rapport à la valeur globale de l'entité³⁷. Il est parfois plus cohérent d'anticiper, à partir d'un business plan de l'entreprise, des flux futurs globaux plutôt qu'un hypothétique flux afférent à un actif isolé. Cette approche, qui présuppose une analyse stratégique, conduit à un niveau de fiabilité le plus souvent supérieur. Elle mérite d'être testée lorsque l'actif a un caractère combinatoire et ne faisait pas l'objet d'une rémunération de référence.

36 - Un test de cohérence à partir de la méthode du taux d'actualisation pondéré de la valeur des actifs (ou *Weighted Average Return on Assets*) peut être réalisé. Si les actifs incorporels, plus volatils et donc plus risqués, justifient fréquemment des taux d'actualisation nettement plus élevés que d'autres actifs, il est toutefois rassurant de retrouver une cohérence à partir du taux d'actualisation retenu pour l'entreprise.

37 - D'autre part, il est insuffisant de se référer à l'allocation du prix d'acquisition réalisée conformément à certaines normes comptables³⁸, qui ne permet pas, *per se*, d'obtenir une évaluation pertinente pour la fixation de prix de transfert (bien qu'il puisse constituer un test de cohérence)³⁹.

36. Ibid., § 6.142 à § 6.143.

37. V. en ce sens, M. Nussembaum et G. Jacquot, *La marque, actif à géométrie variable : La revue des marques janv. 2003*, n° 41.

38. IFRS 3 révisée « Regroupements d'entreprises » et IAS 38 « Immobilisations incorporelles ».

39. Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales, 2017, préc., § 6.155.

B. - L'allocation de l'incertitude entre les parties, quintessence du principe de pleine concurrence

38 - La référence au comportement d'entreprises indépendantes dans des circonstances comparables afin de prendre en compte l'incertitude dans l'évaluation d'un incorporel représente un retour à la source du principe de pleine concurrence. Elle présuppose une analyse de la stratégie menée par chacune des parties à la relation.

39 - Plusieurs solutions sont suggérées, et dépendent autant du modèle économique des entreprises que de leur secteur d'activité. Face à la multitude de facteurs pouvant être retenus, l'économiste François Meunier résume la démarche à adopter : « Le bon sens préfère, en univers incertain, ne pas se perdre dans un luxe de détails, mais isoler les deux ou trois paramètres opérationnels clé, les pilotes de la valeur (*value drivers*)⁴⁰, ceux qu'aiment bien suivre les contrôleurs de gestion quand ils fabriquent le tableau de bord à destination des dirigeants de l'entreprise. »⁴¹. Ces propos, relatifs à l'évaluation d'entreprises numériques, s'appliquent parfaitement en matière de prix de transfert portant sur des incorporels. Ainsi, les parties peuvent convenir d'ajustements du prix de la transaction en stipulant des clauses de révision de prix en fonction d'objectifs atteints lors de chaque phase de développement de l'incorporel, ou en retenant des paiements conditionnels. Il faut souligner que l'administration fiscale peut alors déterminer le prix de l'actif incorporel difficile à valoriser selon le même mécanisme, sous réserve de justifier de son utilisation par des entreprises indépendantes dans des circonstances comparables⁴². Cette clause d'ajustement spontanée, limitée dans la durée, doit être claire, simple à calculer, respectueuse de la rationalité des parties et conduire à un partage de la valeur créée en fonction de leurs contributions respectives. En outre, elle autorise la prise en compte de la situation dans laquelle la valorisation *ex post* s'avère inférieure à celle retenue *ex ante*.

C. - L'impératif d'une procédure amiable efficiente

40 - Consciente du degré de risque d'ajustement engendré par l'action 8, l'OCDE émet le vœu de « faciliter le règlement des situations de double imposition résultant de l'approche des actifs incorporels difficiles à valoriser dans le cadre d'une procédure amiable »⁴³. La quasi-intégralité des conventions fiscales conclues par la France comporte des dispositions permettant à un contribuable de solliciter l'ouverture d'une procédure amiable. Bien que la France se distingue par la faiblesse des ressources consacrées à la résolution des situations de double imposition, il s'agit d'une procédure très efficacement mise en œuvre par la Mission d'expertise juridique et économique internationale⁴⁴. L'article 16 de la convention multilatérale, issu du standard minimum de l'action 14⁴⁵, face à une imposition non conforme à la convention, permet au contribuable de soumettre sa situation aux autorités compétentes d'un des deux États contractants dans les trois ans suivant la première notification de la mesure. En

40. Entendus comme les principales variables de performance d'une entreprise ayant un impact significatif sur la création de valeur.

41. F. Meunier, *Comprendre et évaluer les entreprises du numérique : Eyrolles, 2017*.

42. Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales 2017, préc., § 6.185.

43. Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales 2017, préc., § 6.195.

44. OCDE, *Accroître l'efficacité des mécanismes de règlement des différends – Rapport par les pairs de PA, France (Phase 1) : Cadre inclusif sur le BEPS : Action 14* : OCDE, 2017.

45. OCDE, *Accroître l'efficacité des mécanismes de règlement des différends, Action 14 – Rapport final 2015* : OCDE, 2016.

s'abstenant de formuler une réserve sur cet article, la France a marqué sa volonté de poursuivre son effort en matière de procédure amiable.

41 - À l'échelle de l'Union européenne, la Convention européenne d'arbitrage du 23 juillet 1990⁴⁶ prévoit une procédure amiable en matière de double imposition économique propre aux prix de transfert intervenant entre les États membres. La directive (UE) n° 2017/1852 du Conseil du 10 octobre 2017, dont l'entrée en vigueur interviendra le 1^{er} juillet 2019 pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2018⁴⁷, apporte un souffle nouveau, en améliorant le règlement des différends découlant de l'interprétation et de l'application des conventions fiscales. Elle comporte notamment la possibilité de confier le litige à une commission de règlement alternatif des différends, en mesure de trancher la procédure par un arbitrage de la « dernière offre ». En conséquence, les entreprises ayant subi une double imposition, à raison d'un actif incorporel difficile à valoriser, entre deux États membres également signataires de la convention multilatérale, pourront, au cas par cas, choisir de privilégier l'une ou l'autre des procédures amiables.

CONCLUSION

42 - Paradoxalement, alors qu'incertitude et complexité accompagnent la détermination d'une valeur ou rémunération *ab initio*,

46. *Conv. relative à l'élimination des doubles impositions en cas de correction des bénéfices d'entreprises associées (90/436/CEE)*, Sec. 3 « Procédure amiable et procédure arbitrale ».

47. Transposée en droit interne par *L. n° 2018-1317, 28 déc. 2018, art. 130 : Dr. fisc. 2019, n° 3, comm. 115.*

l'Administration se montre souvent prompte à appliquer des pénalités pour manquement délibéré. Eu égard à la loi relative à la lutte contre la fraude⁴⁸, la présomption de preuve instaurée par l'action 8 pourrait donc être une arme redoutable.

43 - Afin de parer tout coup de Jarnac porté contre la valorisation et la rémunération d'un actif incorporel difficile à valoriser, la sécurisation s'effectue grâce à une approche intégrée de l'évaluation et des prix de transfert fondée sur une analyse stratégique de la création de valeur. Remémorons-nous alors avec Héraclite qu'« Une seule chose est constante, permanente, c'est le changement ». À cet égard, ces incorporels supposent d'élaborer des solutions flexibles, reléguant toute méthode par comparable au rang d'éventuelle méthode corroborative, au profit d'approches intrinsèques cohérentes avec une vision, nécessairement holistique, de la chaîne de valeur du groupe.

MOTS-CLÉS : Prix de transfert - Actifs incorporels difficiles à valoriser - Hard-to-Value Intangibles - Action 8 plan BEPS

48. *L. n° 2018-898, 23 oct. 2018* relative à la lutte contre la fraude, dont l'article 36 impose notamment la transmission au procureur de la République des faits ayant conduit, pour des droits supérieurs à 100 000 €, à une majoration de 40 % lorsqu'au cours des six années civiles précédant son application le contribuable a déjà fait l'objet de l'application de cette majoration. – *V. Dr. fisc. 2018, n° 46, comm. 460.*