

ENJEUX ÉTHIQUES DES PRIX DE TRANSFERT

PAUL H. DEMBINSKI*

Il y a transfert et non transaction, quand un bien, un service ou un droit est déplacé entre deux entités juridiques appartenant à un même groupe ou propriétaire. Contrairement à la transaction, le transfert ne résulte pas d'une confrontation de deux acteurs économiques indépendants (même si chacune des deux entités est une division ou filiale largement autonome), les deux pôles de la relation appartenant à la même organisation et étant donc tributaires d'une logique unique qui les englobe et les dépasse à la fois. Ainsi, la notion du transfert est ambiguë, parce qu'elle comporte un hiatus entre, d'un côté, l'aspect juridique qui met face à face deux personnes morales et, de l'autre, l'aspect économique en vertu duquel les deux entités relèvent d'une logique unique. La situation devient encore plus compliquée quand il s'agit d'un transfert international, c'est-à-dire que chacune

des deux entités est localisée dans un autre pays et, par conséquent, relève d'une autre juridiction.

La pensée économique contemporaine s'articule autour de l'idée du marché dont la mécanique (l'alchimie devrait-on dire) permet l'apparition au grand jour du « vrai et juste » prix : celui qui résulte de la confrontation d'offrants et de demandeurs autonomes, et qui sert de base aux transactions. La transaction est donc l'acte central dans tout l'édifice de l'économie de marché comme dans sa justification morale. En disant le prix, le marché révèle la « vérité » et fait œuvre de « justice » ; ce qui, dans le discours d'autojustification de l'économie de marché, prend parfois des allures métaphysiques. En effet, grâce au prix du marché, l'effort du producteur se trouve rémunéré à sa juste mesure (comme béni et absous à la fois) par des tiers et, ce faisant, se transforme en

* Professeur à l'université de Fribourg, directeur de l'Observatoire de la finance de Genève.

« valeur ajoutée », base et fondement de toute rémunération. Ainsi, le bon fonctionnement du marché, par le biais de « la vérité des prix », garantit non seulement l'efficacité technique de l'économie de marché, mais encore sa suprématie morale. Par conséquent, l'idée même qu'il pourrait exister d'autres modes d'élaboration du prix que la transaction (le transfert, par exemple) issue du marché mythique porte le doute au cœur de l'édifice technique, mais aussi moral, de l'économie de marché.

La présente contribution se propose d'esquisser les interrogations éthiques et morales qu'inspire la pratique contemporaine des prix de transfert. Dans un premier temps, la notion du prix de transfert sera clarifiée pour procéder ensuite, dans la deuxième partie, à l'évaluation de l'importance des pratiques de prix de transfert. Quant à la troisième partie, elle est consacrée aux implications éthiques et idéologiques du phénomène.

LA NOTION DE PRIX DE TRANSFERT ET SES AMBIVALENCES

Pour qu'il y ait prix de transfert, il faut que des biens, des services, des droits ou des risques soient transférés entre au moins deux entités juridiques indépendantes, mais relevant d'une même logique économique. En d'autres termes, il s'agit de transferts entre filiales d'un même groupe, le plus souvent international.

Les travaux de Coase et de Williamson ont contribué à mettre

en lumière la raison d'être de l'entreprise, en tant que lieu abritant la transformation de biens et de services qui, de ce fait, se trouvent momentanément soustraits à l'emprise directe du marché. C'est seulement au terme de cette transformation, à la sortie de l'entreprise, que les biens et services produits apparaissent sur le marché. Ainsi, selon Coase et Williamson, dans les cas où le recours au marché s'avère trop intense en « coûts de transaction », l'entreprise (lieu de gestion hiérarchique par excellence) s'impose comme une alternative plus efficiente pour organiser la vie économique. À l'instar de l'économie communiste, où les transferts des biens et services entre les divers sites ne faisaient que refléter la volonté du planificateur, de même au sein des entreprises contemporaines, la gestion des flux et des transferts internes ne relève point directement de la logique du marché, mais en est un reflet indirect, intermédié par les choix et paris stratégiques et opérationnels de l'entreprise. Si l'on en croit l'école des « coûts de transaction », le fait que certaines opérations se déroulent à l'intérieur des entreprises, et non sur le marché, suffit à démontrer que cette manière de faire est la plus efficace. Dans chacun de ces cas, le marché aurait, certes, fait les choses autrement, mais de manière globalement moins efficace que l'entreprise. Ainsi, marché (transaction) et entreprise (transfert interne), en tant que modes alternatifs d'organisation des processus économiques, sont en compétition pour trouver le mode d'organisation le plus efficace. La vitalité du débat actuel sur la sous-traitance (*out-sourcing*) et sur les nouveaux *business models* atteste de la vitalité de

la concurrence entre des modes organisationnels différents. Ceci étant, le marché implique la transaction entre parties indépendantes, alors que le transfert interne caractérise la vie interne de l'entreprise.

Compte tenu de ce qui précède, la notion même du prix de transfert prend les traits d'un oxymoron, d'une contradiction dans les termes. En effet, elle relie la notion de prix indissociable du marché et de la transaction à celle de transfert interne de l'entreprise. Cette notion repose sur un hiatus entre, d'un côté, la dimension formelle du transfert qui a lieu entre deux entités juridiques indépendantes, et, de l'autre, sa dimension substantielle qui retient l'unité organique des deux entités.

À partir du moment où les filiales étrangères (personnes morales) sont obligées par les législations locales à la tenue des livres comptables comme s'il s'agissait d'entreprises indépendantes, tout transfert international doit être documenté à l'aide des mêmes éléments que ceux qui servent à circonstancier toutes les autres transactions. Ainsi, afin de pouvoir procéder à la taxation des filiales sises sur leur sol, les autorités de chacun des deux pays impliqués dans le transfert exigent que tout transfert soit, du point de vue formel, travesti en transaction. Il faut donc en justifier l'existence et lui donner un prix qui convienne à la fois au groupe d'entreprises et aux autorités fiscales impliquées.

La pratique des prix de transfert met un certain nombre de parties en présence. Ni leurs intérêts ne convergent, ni leurs modes d'action ne se ressemblent :

- les actionnaires et le *top management*

du groupe d'entreprises organise la vie interne du groupe de manière à en maximiser les résultats après impôts. En d'autres termes, ils veillent à minimiser le poids des impôts tout en maintenant la vitalité économique de l'entreprise ;

- les responsables des filiales et les collaborateurs dont les rémunérations, notamment dans leur composante « intéressement », dépendent des résultats comptables des entités (filiales) dont ils ont la responsabilité ;

- les autorités de taxation du siège du groupe sont intéressées (sauf arrangement forfaitaire) à la maximisation des résultats consolidés sur lesquels ils lèvent l'impôt ;

- les autorités de taxation des pays des filiales veulent préserver la « substance fiscale » du pays et donc éviter autant que possible des ponctions du groupe (maison-mère ou autres filiales) sur la substance économique de la filiale locale.

Les entreprises transnationales, qui agissent sous une multitude de régimes juridiques et fiscaux, disposent d'une grande latitude dans l'organisation spatiale de leurs activités. Elles peuvent exploiter à leur avantage les différences de fiscalité, notamment en choisissant les localisations de leurs diverses filiales. De plus, elles peuvent influencer les résultats des différentes filiales au travers des tâches qu'elles leur confient et donc des transferts qu'elles leur imposent. Le cas le plus simple et le plus classique est celui où une entreprise est composée de deux entités : une filiale localisée dans un pays à fiscalité élevée, alors que la maison-mère est domiciliée dans un pays à faible fiscalité. Au nom de la maximisation de la valeur

pour l'actionnaire (*shareholder value*) et de l'optimisation fiscale des résultats du groupe, le *top management* de l'entreprise va organiser la vie de l'entreprise de manière à ce que la filiale : fournisse à la maison-mère les éventuels biens qu'elle produit à des prix de transfert aussi bas que possible ; qu'en plus, elle achète à la maison-mère un ensemble de services et autres compétences que cette dernière facturera à des prix de transfert aussi élevés que possible. Grâce à l'organisation adéquate de l'entreprise et à une politique des prix de transfert bien étudiée, la filiale fera peu ou pas de bénéfices, alors que la maison-mère sera fortement bénéficiaire. Compte tenu des différences de fiscalité, les résultats consolidés après impôts du groupe seront ainsi supérieurs à ce qu'auraient obtenu les deux entités si elles avaient été des entreprises indépendantes et si elles avaient fait du commerce.

Confrontées aux pratiques de prix de transfert, les autorités fiscales se trouvent dans une situation particulière, parce qu'en l'absence de conventions internationales sur la transmission d'informations, chacune d'entre elles ne dispose que d'une vue partielle, limitée à la filiale qui relève de sa juridiction, de la réalité économique du groupe d'entreprises. Chacune de ces administrations, dans la mesure de ses ressources et compétences, va chercher au moins à éviter de voir les groupes transnationaux parasiter sa substance économique au bénéfice des juridictions à la fiscalité plus clémente. Il se peut que certaines administrations (notamment celles à fiscalité clémente) aillent jusqu'à encourager l'augmentation de la valeur ajoutée déclarée chez

elles au-delà de ce seuil de préservation. Ainsi, les intérêts des diverses administrations nationales ne convergent pas nécessairement. Cette situation expose les entreprises à une certaine insécurité réglementaire, porteuse de risques pour leurs résultats d'exploitation et, partant, pour leur organisation et leur politique.

Les prix de transfert ont gagné en importance durant les quinze dernières années à la fois en tant que source de préoccupations des administrations fiscales et en tant que source d'avantages concurrentiels dont les entreprises cherchent à tirer la meilleure partie. Cette situation a présidé à la publication, en 1979, par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) du rapport (fortement influencé, d'ailleurs, par la pratique américaine) intitulé *Transfer Pricing and Multinational Enterprises*. Ce rapport incluait une série de recommandations. Dès le milieu des années 1980, au vu de l'importance croissante du phénomène des prix de transfert, et de la révision de la législation américaine en la matière, l'OCDE remit l'ouvrage sur le métier. Toutefois, la complexité de la matière et le manque de consensus entre les pays membres ont ralenti le progrès des travaux, et c'est seulement en 1995 que l'OCDE a publié les premiers chapitres de la version révisée de ses recommandations¹. Depuis cette date, l'OCDE les enrichit périodiquement de nouveaux chapitres, les derniers datant de 2003.

L'effort pluriannuel, actuellement en cours sous les auspices de l'OCDE, a été entrepris par les pays les plus développés. Il porte sur la description des méthodes admissibles en matière de

construction des prix de transfert et sur l'échange d'informations entre les autorités fiscales, en dépit de leurs intérêts parfois divergents. Ces travaux sont en rapport étroit avec d'autres projets dont l'OCDE a également la charge, notamment le projet sur les pratiques fiscales dommageables et ceux sur les conventions bilatérales types en matière de fiscalité². Il est à noter que les pays en développement sont notoirement absents de ces discussions, alors qu'elles les concernent au plus haut point³. À l'inverse, la législation américaine, la plus développée et la plus ancienne, a fait, à maints égards, œuvre de pionnière et a inspiré d'autres législateurs tout en exerçant une influence profonde sur les travaux de l'OCDE, même si les recommandations qui en sont issues diffèrent sur bien des points avec la loi américaine.

Le point central de cet ensemble d'efforts, tant nationaux qu'internationaux, consiste à donner aux contribuables (en substance aux entreprises multinationales) des règles admises par les administrations fiscales et que les entreprises peuvent utiliser sans craindre trop de surprises lors de l'élaboration de leurs prix de transfert. Toutes les méthodes proposées visent (probablement faute de mieux) à trouver un prix de base correspondant à la situation, comme s'il avait été élaboré par le marché, pour le modifier ensuite en tenant explicitement compte des caractéristiques internes du transfert. Cette manière de faire ne résout point la contradiction fondamentale mentionnée plus haut, mais propose une sorte de procédure de compromis qui protège la substance fiscale du pays, tout en préservant la latitude des entre-

prises transnationales à tirer avantage de leur capacité d'opérer dans plusieurs juridictions. On parle alors du « principe de la pleine concurrence » plus connu sous son appellation anglaise *arm's length principle*⁴.

Parallèlement, en épinglant les pratiques fiscales dommageables et en exerçant une pression politique sur les régimes en question, les gouvernements des grands pays cherchent à limiter les échappatoires possibles pour les entreprises transnationales particulièrement peu scrupuleuses. Elles cherchent également à supprimer, autant que faire se peut, les écrans d'opacité qui compliquent le recoupement d'informations provenant de diverses filiales d'un même groupe. Ces initiatives se heurtent à la résistance de micro-États et de certains petits pays, comme la Suisse, qui ont fait de leur fiscalité un fond de commerce dont dépend aujourd'hui leur prospérité.

L'IMPORTANCE DU PHÉNOMÈNE DES PRIX DE TRANSFERT

L'appréciation de l'ampleur que le phénomène des prix de transfert prend dans l'économie contemporaine est difficile, puisque, par définition, il s'agit d'opérations ayant lieu au sein des entreprises, loin des légendaires feux de la rampe. L'information comptable que les entreprises transmettent vers l'extérieur est extrêmement agrégée ; elle n'opère aucune distinction entre transactions de marché et transferts internes, dont l'essentiel disparaît au moment de la consolidation. Ainsi, ce

sont seulement les quelques administrations fiscales, ou offices statistiques particulièrement bien dotés en ressources (notamment l'administration américaine) qui pourraient analyser de l'intérieur des entreprises contribuables l'importance des prix de transfert. De telles études existent sans doute, mais ne circulent point dans le domaine public pour des raisons évidentes.

En dépit de l'absence de données, l'ampleur du phénomène des prix de transfert peut être appréhendée indirectement à l'aide de deux ordres de grandeur : d'une part, par l'importance que jouent dans l'économie mondiale les entreprises transnationales, d'autre part, par l'importance des capacités de gestion de ces mêmes entreprises.

Les entreprises multinationales, face ignorée de l'économie mondiale

En 2000, la Conférence des Nations unies pour le commerce et le développement (Cnuced) estimait à 60 000 le nombre d'entreprises transnationales, c'est-à-dire ayant des opérations dans plus d'un pays. Selon la même source, ces entreprises avaient environ 500 000 filiales à travers le monde ; ce qui ferait une moyenne de 12 filiales par entreprise transnationale⁵. En réalité, l'essentiel des filiales est contrôlé par un nombre relativement petit (5 000 environ) d'entreprises véritablement multinationales, alors que les bi ou trinacionales sont plus nombreuses, mais aussi nettement moins importantes.

Selon les estimations convergentes, mais incomplètes, de l'OCDE et d'autres organisations internationales,

les transferts internes aux entreprises transnationales s'élèveraient à près de la moitié du commerce mondial des marchandises⁶. Il est à noter que la part des bien manufacturés dans le commerce mondial est passée de 50 % en 1950 à plus de 90 % en 2000. Cette augmentation s'explique à la fois par l'industrialisation de l'économie mondiale et par le développement des échanges dits « interindustriels », notamment des transferts internationaux effectués au sein des entreprises. Il se pourrait donc que près de la moitié du commerce mondial, tel que répertorié par les statistiques, ne relève point des transactions de marché, mais des considérations de transferts internes à 5 000 entreprises⁷. Si tel était le cas, la signification des statistiques du commerce, tout comme les explications des flux commerciaux, proposées par la théorie économique dominante, nécessiteraient une révision urgente⁸. La situation est suffisamment floue pour que, par exemple, l'administration américaine se préoccupe de l'influence que les pratiques en matière de prix de transfert pourraient avoir sur les indices des prix à l'importation ou à l'exportation.

Une étude récente sur le poids économique des 800 plus grandes entreprises non financières du monde montre qu'elles génèrent directement environ 10 % du produit mondial, soit autant que 144 pays les plus pauvres de la planète avec leurs 2 milliards d'habitants. Si l'on tient compte des effets indirects, c'est-à-dire des chaînes d'approvisionnement et de distribution, ces mêmes 800 mégaentreprises influenceraient environ la moitié du produit mondial. Quant à leur poids

financier, il correspond à près des deux tiers de la capitalisation des Bourses mondiales ; ce qui donne une idée de leur intensité capitaliste et du volume des rémunérations de capital que ces entreprises doivent servir à leurs actionnaires⁹.

Selon les rapports successifs que la Cnuccd consacre, année après année, à l'investissement direct étranger, le groupe d'à peine quelques milliers d'acteurs privés est responsable de l'écrasante majorité des investissements directs, notamment des investissements Nord-Sud.

Même si les ordres de grandeur et estimations rapportées plus haut forment un ensemble hétéroclite, ils convergent sur deux points :

- un nombre d'entreprises, ne dépassant pas quelques milliers, est véritablement transnational et, de ce fait, joue un rôle-clé dans la configuration des relations économiques internationales ;

- ce même groupe de très grandes entreprises est l'un des principaux moteurs de l'économie mondiale et bénéficie, à ce titre, d'un accès quasiment exclusif aux ressources des marchés financiers internationaux ; ce qui leur donne un avantage non négligeable, mais leur impose également des contraintes en matière de résultats et de rentabilité.

À partir de ces prémices, une conclusion s'impose : les flux de biens et services entre les filiales des très grands groupes, et les prix de transfert qui leur sont associés, sont l'une des principales chevilles ouvrières de l'économie mondiale, alors que leurs modalités, leur importance et leurs conséquences restent largement ignorées. Il s'agit là

d'une véritable « face cachée » de l'économie mondiale, dont l'existence même met en doute la pertinence du savoir en matière d'économie internationale accumulée à ce jour.

Les très grandes entreprises : organiseurs de transferts

En tant qu'acteurs transnationaux, les très grandes entreprises disposent de la capacité exclusive d'organiser leur activité de manière à tirer le meilleur avantage des complémentarités et des différences entre les diverses localisations sur la planète. En effet, la force d'une entreprise transnationale vient du fait que son poids et sa valeur économique sont plus grands que la somme de ses composantes. En d'autres termes, la capacité d'organisation spatiale et temporelle propre à ces entreprises a un effet démultipliant sur la valeur des actifs spécifiques qu'elles détiennent ou contrôlent¹⁰. Cette capacité se résume à la répartition spatiale (souvent contrôlée et modifiée en temps réel) des fonctions effectuées, des actifs détenus et des risques supportés entre les diverses localisations. Cette répartition se fait avec un double objectif en vue : l'optimisation des opérations en cours et l'optimisation de leur résultat financier consolidé après impôts.

Chacune des localisations a deux séries de caractéristiques : l'une concerne notamment les opérations de l'entreprise, son marché, les ressources dont elle a besoin, alors que l'autre se réfère à l'environnement juridique et fiscal. Les décisions en matière de répartitions des tâches et des fonctions entre les diverses entités, voire le choix

des nouvelles localisations, se font en tenant compte des doubles caractéristiques. Il s'ensuit que certaines entités sont en charge de la production, alors que d'autres s'acquittent des fonctions de soutien, d'autres sont en charge de la vente ou de la distribution alors que d'autres encore préparent l'avenir en effectuant les tâches de recherche et développement. Chacune de ces configurations implique et permet un certain nombre de transferts de biens et services, de risques et d'actifs entre les diverses entités. Chacun de ces transferts, à l'instar d'une transaction de marché, se fait à un certain prix ; il est documenté et fait l'objet d'un jeu d'écritures comptables et, finalement, donne lieu à un règlement.

La typologie des transferts internes entre entités est en évolution constante ; toutefois, il est possible d'en distinguer quatre catégories principales :

- les transferts portant sur des biens, comme par exemple les composantes produites sur un site et acheminées ensuite sur un autre en vue de l'assemblage final ;
- les transferts portant sur les actifs intangibles ou leurs droits d'exploitation, comme les licences par exemple ;
- les transferts de services rendus par certaines entités à d'autres, comme les services de gestion, de recherche et développement, d'expertise comptable... ;
- les transferts financiers, comme les prêts, les remboursements, les prises de participation ou les paiements des dividendes.

Cette typologie, même si elle est sommaire, donne une idée à la fois de l'ampleur et de la complexité que peuvent atteindre les transferts internes à

une entreprise¹¹. Ces possibilités sont d'autant plus considérables que trois catégories de transferts sur les quatre mentionnées plus haut n'impliquent pas de déplacements de biens. Soit dit en passant, c'est parce qu'ils portent sur de l'intangible que ces transferts n'apparaissent dans aucune statistique internationale, pas même déguisés en transactions de marché à l'instar des transferts de biens ; ce qui complique un peu plus l'appréhension de l'ampleur du phénomène des prix de transfert.

La capacité d'organisation des activités qui caractérise les entreprises véritablement transnationales s'exerce à trois niveaux bien différents¹². À chacun de ces niveaux, les décisions sont prises à la fois en fonction des considérations économiques et des considérations fiscales :

- le niveau des structures : ici sont prises les décisions stratégiques portant sur le choix des localisations et les investissements de base qu'ils impliquent. Ces décisions sont relativement peu fréquentes et, sauf urgence, impliquent des durées de l'ordre de 5 à 10 ans ; ce qui correspond à la durée des principaux cycles d'investissement ;
- le niveau des mécanismes : ici sont prises les décisions d'ordre tactique concernant la répartition des fonctions secondaires et la domiciliation des actifs intangibles. Ces décisions déterminent la nature des transferts qui auront lieu entre les entités du groupe et les méthodes utilisées pour calculer les prix ; elles impliquent des durées de moyen terme ;
- le niveau des transferts : ici sont prises les décisions opérationnelles portant sur les quantités des transferts et aussi sur

les prix précis. Les durées dépassent rarement une année. Contrairement à des idées largement répandues, les marges de manœuvre à ce niveau sont relativement faibles. Elles sont limitées, d'un côté, par l'inertie des pratiques des administrations fiscales et, de l'autre, par les contraintes internes propres à l'entreprise, notamment celles qui lient les rémunérations des collaborateurs aux résultats des diverses filiales.

L'analyse qui précède, laisse à penser que la pratique des transferts n'est pas une activité annexe ou secondaire de l'entreprise transnationale, mais qu'elle est ancrée dans toute une cascade de décisions stratégiques et tactiques qui mettent en œuvre sa compétence essentielle, celle qui fait de l'entreprise transnationale un acteur économique à nul autre pareil. Il s'agit de la capacité à structurer, à conduire et à développer une activité multisite économiquement saine, tout en minimisant l'emprise fiscale d'ensemble et en respectant au moins la lettre des lois en vigueur. Il est fort probable que le delta de performance, dont de nombreuses études créditent les entreprises transnationales par rapport à leurs concurrents domestiques, soit justement attribuable à cette capacité d'organisation et d'internalisation¹³.

PRIX DE TRANSFERT OU « JUSTE PRIX » ?

Les termes d'une transaction déterminent la répartition entre les parties impliquées de la richesse contenue dans les biens ou services, ainsi que dans les

moyens de paiement échangés. Il en va ainsi, avant tout, du prix qui est un rapport. C'est en raison de son rôle de répartiteur de valeur entre les protagonistes que le prix, plus exactement le « juste prix », a préoccupé les moralistes depuis le Moyen âge. Le prix est ainsi le vecteur par lequel agit la justice commutative, celle qui s'applique aux rapports directs (non intermédiés par la puissance publique) entre les acteurs économiques. En conséquence, c'est le niveau du prix par rapport aux coûts encourus et aux situations de vie des protagonistes, plus que son mode d'élaboration, qui a l'importance éthique prépondérante. Il s'ensuit que les parties à la transaction sont directement responsables (au sens moral) des termes de l'échange et des prix qu'ils utilisent dans leurs transactions réciproques. Cette analyse de la transaction reste pertinente aujourd'hui. Elle constitue l'un des fondements de la pensée chrétienne en matière sociale, et tout particulièrement de celle de l'Église catholique.

La question du « juste prix » se pose en termes sensiblement différents dans la perspective du libéralisme économique : un prix n'est pas « juste » du fait de son niveau, mais du fait de la justesse de la méthode qui permet de le dévoiler. Dans la perspective libérale, seule la mécanique du marché libre est « juste », et donc habilitée à « dire » le prix. Pour certains tenants de cette ligne, ces conditions sont remplies quand le marché fonctionne sans ingérence publique, alors que pour d'autres, c'est le niveau de concurrence qui est déterminant. Il s'agit alors d'un marché de concurrence dont le niveau peut, le cas échéant, exiger une intervention

régulatrice. Dans ce contexte, l'attention éthique se concentre sur les conditions et procédures de fonctionnement du marché et non sur le niveau du prix. Il suffit que le marché fonctionne pour que le prix soit « juste » par définition.

Les sections précédentes ont montré que dans la pratique des affaires transnationales, le prix de transfert est un prix construit artificiellement, en dehors du marché. Plusieurs méthodes d'élaboration de ces prix existent : certaines se réfèrent à un marché comparable plus ou moins imaginaire, d'autres procèdent par l'addition des coûts imputés, d'autres partent d'une imputation des marges ou des profits. Chacune de ces méthodes a des avantages et des inconvénients, mais aucune n'offre de procédure indiscutable et naturellement compatible avec les exigences de la vision libérale. En d'autres termes, quelle que soit la perspective (libérale ou du « juste prix »), la pratique des prix de transfert pose problème. Dans la vision libérale, la question éthique concerne le manque des procédures d'objectivation du prix, alors que pour les tenants du « juste prix », la nature ambiguë du transfert pose problème puisque l'identification des protagonistes n'est pas claire et la question se pose de savoir en quoi le prix joue son rôle de répartiteur entre acteurs indépendants.

À défaut de la procédure infaillible, la quête du « juste » prix de transfert conduit à chercher un niveau de prix qui puisse être justifié, ou du moins mis en rapport avec les coûts encourus. La véritable question consiste à savoir si, dans le contexte d'une entreprise transnationale (dont les fonctions vitales, bien que réparties aux quatre

coins de la planète, concourent à toute production), il est possible de mesurer objectivement le niveau des coûts liés à la réalisation d'un bien ou d'un service donné. La réponse est clairement non. En effet, en plus des coûts directs liés à la production matérielle et qui sont relativement faciles à tracer, la santé économique d'une entreprise transnationale repose sur des milliers de décisions d'imputation et de transferts de services qui permettent de répartir sur les biens et services produits les coûts (souvent colossaux) de la structure. En conséquence, les coûts unitaires qui figurent sur les tableurs des comptables et managers de l'entreprise reflètent au moins autant la réalité des coûts directs que les milliers de décisions d'imputation des coûts indirects prises par l'entreprise. Ces décisions appartiennent aux décisions tactiques de l'entreprise, mentionnées plus haut.

En conclusion, dans la perspective libérale, le prix de transfert ne sera jamais « juste » d'un point de vue éthique parce qu'il n'est pas (par définition) élaboré par la mécanique du marché, et parce qu'il est impossible de déterminer de manière objective les « vrais » coûts. Que reste-t-il alors ? Il reste la table de négociations où les autorités fiscales du pays et les représentants de l'entreprise ou de la filiale n'ont d'autres choix que de chercher des solutions mutuellement acceptables en prenant appui sur les textes internationaux, comme les recommandations de l'OCDE, ou sur les compétences de leurs conseillers juridiques et fiscaux. La négociation met en présence des acteurs aux compétences, connaissances et moyens d'action différents. À cause de l'importance des intérêts en jeu, des asymétries d'infor-

mation, de compréhension et de pouvoir de contrainte, il y a toutes les chances qu'elle tourne à une partie de « voleurs-gendarmes ». Ainsi, pour la stricte perspective libérale, la question du prix de transfert échappe par construction à l'emprise de l'éthique ; au mieux elle relève de la loi. Paradoxalement, pour ramener les prix de transfert dans le champ de l'éthique, il n'y a pas d'autres solutions que de questionner leur niveau du point de vue de l'équité, quitte à reprendre le débat sur le « juste prix » là où le siècle des Lumières l'ont arrêté.

Compte tenu des développements précédents, dans la situation actuelle, qu'on le veuille ou non, la qualité éthique des prix de transfert dépend autant des faits, des méthodes et des intérêts des protagonistes que de leur sens de la justice commutative. Reste donc à savoir si l'entreprise transnationale veut assumer la responsabilité éthique, mais aussi économique, d'un effort de discernement ou si, au contraire, elle préfère occulter cette problématique en s'en remettant à des procédures, même si personne n'est dupe du fait qu'elles ne sont que pure forme¹⁴.

Dans une perspective statique, la problématique des prix de transfert se résume à un jeu à somme nulle entre les actionnaires de l'entreprise, les autorités fiscales des localisations à faible fiscalité et de celles à fiscalité élevée. La question se réduit donc à la répartition plus ou moins éthique ou équitable du surplus entre ces trois groupes. Pourtant, c'est seulement quand la perspective devient dynamique qu'apparaît la complexité des enjeux éthiques. Déjà lors de la mise en place de sa politique en matière des transferts et des prix

discutée plus haut, l'entreprise transnationale cherche à préserver sa vitalité économique et donc aussi à tirer avantage des localisations à faible fiscalité. Elle organise donc ses transferts de manière à ce qu'une part aussi importante que possible de sa valeur ajoutée soit comptabilisée dans ces juridictions. Pour minimiser les résultats d'exploitation dans les juridictions à fiscalité élevée, elle prend tout un spectre de décisions allant du stratégique (choix des localisations) à l'opérationnel (choix du niveau des prix de transfert). Ainsi, la question éthique ne culmine qu'en apparence dans les prix de transfert, puisqu'elle est déjà implicitement présente dans chacune des décisions antérieures dont aucune ne saurait être motivée de manière suffisante par le seul souci du respect de la loi.

Du fait de leur caractère transnational, les entreprises multinationales agissent en dehors d'un ordre juridique capable d'appréhender leur activité dans son intégralité. Les avancées récentes en matière de régulation des entreprises transnationales (notamment les recommandations de l'OCDE) sont partielles et sont l'œuvre des pays les plus développés qui sont aussi les zones d'implantation principales de ces entreprises¹⁵. Ainsi, aujourd'hui, la régulation des entreprises transnationales relève quasi exclusivement du groupe des pays membres de l'OCDE, alors que leur surveillance (très partielle) n'est exercée effectivement que par quelques pays comme les États-Unis, la Grande-Bretagne, la France, le Canada, et probablement l'Allemagne, qui disposent de moyens techniques et humains leur permettant de faire face à la complexité effective du fonc-

tionnement des entreprises transnationales. En conséquence, les entreprises qui veulent effectivement assumer la responsabilité éthique en rapport avec leurs activités transnationales, en dépit de l'absence de repères extérieurs, doivent faire preuve de courage, voire d'héroïsme, et développer une réflexion sur leur manière de vivre la justice commutative dans un monde où ni le marché parfait, ni la froide objectivité des faits, ne sont en mesure de remplacer le discernement et le sens du bien commun.

Le moins que l'on puisse dire, c'est que de telles entreprises ne sont pas foule. La majorité préfère en rester au respect plus ou moins strict de la lettre de la loi. La tendance qui se dessine à l'horizon va dans la direction des rapports de quasi partenariats que les entreprises concluent avec les autorités fiscales nationales. Il s'agit des accords de long ou moyen terme figurant déjà dans les recommandations de l'OCDE. Au moyen de ces *advanced price agreements*, les entreprises et autorités fiscales verrouillent (après négociation) pour une durée déterminée les méthodes admises pour le calcul des prix de transfert. Cette approche permet aux entreprises de protéger la rentabilité de leurs investissements et leurs stratégies, et aux administrations nationales d'assurer un flux de recettes à moyen terme. Or, comme il a été mentionné plus haut, il ne suffit pas qu'il y ait accord pour qu'il soit certain que l'éthique et l'équité aient nécessairement trouvé leur compte.

L'accroissement de l'importance des entreprises transnationales dans l'éco-

nomie mondiale s'explique, en partie en tout cas, par leur maîtrise de l'art subtil des transferts internes, notamment d'intangibles et de services¹⁶. Il s'agit avant tout de services et de droits de propriété créés de toutes pièces par ces mêmes entreprises. Ces transferts de droits et les paiements des services deviennent une réalité économique objective, du moment qu'ils sont documentés par des contrats correspondants, des factures, des paiements, des dettes ou des créances. Or, dans le cas des entreprises transnationales, nombre de ces écritures correspondent en fait aux prestations de services et transferts internes. On peut, par conséquent, se demander si derrière la complexité croissante du système juridique et réglementaire, qui découle en bonne partie de la prolifération des droits de propriété, d'usage, d'accès ou de permis d'exploitation, ne se cache pas une raison moins avouable : permettre à ceux qui bénéficient de ces droits et redevances (les maisons-mères des entreprises transnationales, leurs actionnaires et aussi les pays les plus développés où sont localisées les filiales détentrices des droits et compétences) de prélever ainsi, grâce aux transferts, une rente planétaire¹⁷. Si tel devait être le cas, l'interrogation éthique devrait porter non pas sur l'épiphénomène des prix de transfert, mais sur l'entreprise transnationale elle-même, qui, avec le concours de plus en plus ouvert des administrations fiscales du Nord, fait de la maîtrise de certaines compétences exclusives, qu'elle verrouille à l'aide d'un système juridique sur mesure et qu'elle exploite grâce aux transferts planétaires, la source de sa subsistance, sa raison d'être et son fond de commerce¹⁸.

L'extension de la pratique des transferts met en évidence, *a contrario*, la supériorité, au moins dans certains cas, des solutions d'entreprise par rapport aux solutions de marché. Or, le marché est la pierre angulaire dans la justification idéologique du libéralisme économique. S'il devait devenir patent que la solution « entreprise transnationale » s'impose systématiquement par rapport à la solution « marché », cela poserait un double problème. Le premier serait idéologique : qu'advierait-

il de la philosophie politique de l'économie libérale s'il s'avérait que le marché était durablement « vaincu » par la très grande entreprise ? Le second problème concernerait les politiques de régulation : en phagocytant le marché, la très grande entreprise détruirait la seule référence externe à l'aune de laquelle il est plausible de contrôler aujourd'hui son efficacité. Libérée de cette contrainte, rien n'empêcherait la très grande entreprise de devenir, en fait et en droit, un crypto-monopoleur.

NOTES

1. OCDE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Authorities*, 1995, 250 pages.
2. OCDE, *Guidelines for Multinational Enterprises*, 27 juin 2000 ; et aussi *Projet de l'OCDE sur les pratiques fiscales dommageables*, rapport d'étape 2004, Centre de politique et d'administration fiscale, OCDE, 2004. Voir aussi : Travis Anthony, *International Transfer Pricing in Finance and the Common Good/Bien Commun*, n° 12, automne 2002, pp. 62-68.
3. McLure Charles, *Transfer Pricing and Tax Havens : Mending the LDC Revenue Net*, 2004.
4. Une discussion technique précise des diverses méthodes ainsi qu'un aperçu des législations nationales en vigueur se trouve dans *International Transfer Pricing 2004-2005*, PricewaterhouseCoopers, 552 pages.
5. Cnuced, *World Investment Report 2000, Cross-border Mergers and Acquisitions and Development*, Nations unies, 2000, 340 pages.
6. Rangan Subramanian, *Explaining Tranquility in the Midst of Turbulence : US Multinationals Intrafirm Trade 1966-1997*, Bureau of Labour Statistics, US Labour Department, 2001; Eden Lorraine, *Transfer Pricing, Intrafirm Trade and the Bureau of Labour Statistics International Price Program*, Bureau of Labour Statistics WP 334, 2001.
7. Dembinski Paul H., *Économie et finance globales - La portée des chiffres*, Nations unies, 2003, p. 180.
8. Diewer Erwin W., Altmann William. F. et Eden Lorraine, *Transfer Pricing and Import and Export Price Indexes : Theory and Practice*, Bureau of Labour Statistics, document de travail, 2004.
9. Dembinski Paul H., *Economic Power and Social Responsibility of Very Big Enterprises in Finance and the Common Good/Bien Commun*, n° 15, été 2003, pp. 27-34.
10. En esquissant son « paradigme éclectique », John Dunning parle de la capacité d'internalisation qui caractérise les entreprises transnationales. Dunning John H., *Multinational Enterprises and the Global Economy*, Addison-Wesley Publishing Company, Int. Business Series, 1992.
11. Pour une analyse détaillée, voir : *International Transfer Pricing 2004-2005*, PricewaterhouseCoopers, pp. 1-136.
12. Elliott Jamie et Clive Emmanuel, *International Transfer Pricing : Searching for Patterns*, European Management Journal, 18(2), 2000.
13. Dembinski Paul H. et Mlynek Daniel, *Les entreprises high-tech - Les moteurs de l'innovation*, La vie

économique, 1998, n° 6, pp. 40-46 ; Pfaffermayr Michael et Bellak Christian, *Why Foreign-Owned Firms are Different : a Conceptual Framework and Empirical Evidence for Austria*, Hamburgisches Welt-Wirtschafts-Archiv (HWWA), Discussion Paper 115, 2000.

14. Toutefois, quand certaines industries, comme actuellement l'industrie pharmaceutique, se trouvent exposées à une forte pression éthique internationale, elles s'interrogent sur la relation entre leurs pratiques, notamment celles des prix de transfert, et l'éthique. Wündisch Karl, *Pharmaceutical Sector : Pharmaceutical Industry and Transfer Pricing : Anything Special?*, *International Transfer Pricing Journal*, novembre-décembre 2003, pp. 204-211. Le même auteur a rédigé un rapport dont le prix toutefois interdit l'accès : *International Transfer Pricing in the Ethical Pharmaceutical Industry*, International Bureau of Fiscal Documentation, 2003, 364 pages.

15. Fitzgerald Valpy, *Regulating Large International Firms*, document de travail n° 5, United Nations Research Institute for Social Development, novembre 2001.

16. Borkowski Susan C., *Transfer Pricing of Intangible Property : Harmony and Discord Across Five Countries*, *The International Journal of Accounting*, 2001, p. 36.

17. Anwar Nabeel et al, *United States : Cost Sharing, Services and Intangibles : Recent Changes in Transfer Pricing Regulations*, *International Transfer Pricing Journal*, n° 3, janvier-février 2004.

18. De Varax Patrick, *L'Église face aux grandes sociétés transnationales*, Redemptor Hominis, Institut de théologie pastorale, université pontificale du Latran, Vatican, 2004, 125 pages.