



**PARTIE II : CONSIDERATIONS PARTICULIERES POUR L'APPLICATION DE
L'HYPOTHESE DE TRAVAIL AUX ETABLISSEMENTS STABLES (ES) DES BANQUES**

Ce document est une révision d'un projet de Rapport qui a été publié pour commentaires du public en février 2001 et discuté lors de la consultation d'avril 2002 avec les milieux des affaires.

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE II : CONSIDERATIONS SPECIALES POUR L'APPLICATION DE L'HYPOTHESE DE TRAVAIL AUX ETABLISSEMENTS STABLES (ES) DES BANQUES.....	4
A. Introduction.....	4
B. Analyse factuelle et fonctionnelle d'une entreprise bancaire traditionnelle.....	5
B-1 Fonctions exercées.....	5
i) Fonctions impliquées dans la création d'un nouvel actif financier - un prêt.....	5
ii) Fonctions impliquées dans la gestion d'un actif financier existant - un prêt.....	6
iii) Principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque impliquées dans la création et la gestion ultérieure d'un prêt.....	7
iv) Autres fonctions.....	7
B-2 Actifs mis en œuvre.....	7
B-3 Risques assumés.....	8
B-4 Capital et financement.....	9
i) Introduction.....	9
ii) Cote de crédit.....	11
iii) Normes de solvabilité.....	11
iii) Autres obligations réglementaires.....	12
v) Importance du capital « libre ».....	13
C. Banques opérant par l'intermédiaire de filiales.....	14
D. Application de l'HT aux banques opérant par l'intermédiaire d'un ES.....	14
Principes de base utilisés pour l'attribution de bénéfices à un établissement stable bancaire.....	14
Attribution des actifs et des risques.....	14
Attribution du capital.....	15
Attribution des bénéfices.....	15
Prise en compte des transactions.....	16
D-1 Première étape : déterminer les activités et conditions de fonctionnement de l'entreprise considérée par fiction comme distincte.....	17
(i) Attribution de fonctions, d'actifs et de risques à l'ES.....	17
ii) Attribution d'une cote de crédit à l'établissement stable.....	20
iii) Attribution de capital à l'ES.....	22
a) Attribution du capital « libre » à l'ES.....	22
Première étape – évaluation des risques attribués à l'ES.....	24
Deuxième étape – détermination du capital « libre » nécessaire pour couvrir les risques attribués à l'ES.....	26
2. Méthode de répartition du capital économique.....	28
3. Les différentes méthodes possibles d'attribution du capital — Quasi sous-capitalisation... ..	28
4. Les différentes méthodes d'attribution du capital — sous-capitalisation.....	29
5. Régimes de protection.....	30
b) Attribution de capital autre que « libre » à un ES.....	31
c) Conclusions sur l'attribution de capital à l'ES.....	32
iv) Ajustement des intérêts versés déclarés par un ES pour l'attribution de capital.....	33

D-2	Deuxième étape : détermination des bénéfices de l'entreprise considérée par fiction comme distincte sur la base d'une analyse de comparabilité.....	34
i)	Prise en compte des transactions	35
ii)	Application des méthodes de prix de transfert pour attribuer des bénéfices	37
iii)	Activités bancaires traditionnelles.....	39
a)	Fonctions de vente et de soutien.....	40
b)	Fonctions de trésorerie et mouvement interne de fonds/transactions portant intérêts	40
c)	Garanties internes	42
d)	Fonctions de vente/négociation	42
e)	Fonctions de gestion du risque et transferts de risque	43
f)	Transferts d'actifs financiers existants.....	45
g)	Services rendus par le siège	46
i)	Fonctions d'agent ou d'intermédiaire	47
	ANNEXE I – APPROCHES BASEES SUR LE RATIO DE LA BRI.....	50
	ANNEXE 2 – REPOSE DETAILLEE A CERTAINS DES COMMENTAIRES DU SECTEUR BANCAIRE SUR LA PARTIE II (BANQUES)	52

PARTIE II : CONSIDERATIONS SPECIALES POUR L'APPLICATION DE L'HYPOTHESE DE TRAVAIL AUX ETABLISSEMENTS STABLES (ES) DES BANQUES

A. Introduction

1. La Partie I de ce rapport décrit les modalités d'application de l'Hypothèse de travail (HT) à un établissement stable (ES) en vue de vérifier l'application de l'HT en général. Toutefois, il a été jugé nécessaire de compléter cet avis général par des indications plus spécifiques et pratiques destinées à faciliter la vérification de l'application de l'HT dans des situations concrètes que l'on peut couramment rencontrer. Cette partie du rapport (Partie II) est consacrée au secteur bancaire et plus précisément à la façon dont l'HT peut s'appliquer à un certain nombre de situations concrètes couramment rencontrées dans des entreprises exerçant des activités bancaires par l'intermédiaire d'un ES. Cette analyse prendra naturellement pour point de départ le Rapport de 1984 de l'OCDE, "Prix de transfert et entreprises multinationales – Trois études fiscales ; L'imposition des entreprises bancaires multinationales" ("le Rapport de 1984").

2. Toutefois, des changements considérables sont intervenus dans l'économie mondiale depuis 1984 et sont venues affecter la façon dont opèrent les banques multinationales. On a en outre assisté à des évolutions des conceptions quant à l'application du principe de pleine concurrence, évolutions qui se sont reflétées de la façon la plus notable dans la révision des Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert (« Les Principes ») qui a débuté en 1995. Ce rapport est donc destiné non seulement à présenter une mise à jour des questions et situations décrites dans le Rapport de 1984, mais aussi à traiter de certaines questions et situations spécifiques résultant du grand mouvement de libéralisation financière et de mondialisation des marchés de capitaux qui a caractérisé l'économie mondiale depuis la fin du 20^e siècle. Par exemple, si le risque a toujours été une préoccupation importante pour les banques, l'évolution technologique leur a donné la possibilité et la volonté de pratiquer une gestion du risque volontariste de manière à maximiser le patrimoine de l'actionnaire et à se conformer aux normes de fonds propres établies en fonction du risque.

3. Cette partie du rapport examinera ce que l'on peut qualifier d'activités bancaires traditionnelles, à savoir celles qui consistent à emprunter des fonds et à les reprêter¹, et donne des indications sur la manière dont les revenus de ces activités (qui sont constitués le plus souvent d'intérêts ou d'équivalents d'intérêts) peuvent être imputés à un établissement stable d'une entreprise bancaire. Dans ce rapport, le terme « intérêts » est entendu au sens large de manière à englober un large éventail de recettes et de paiements ayant le caractère de bénéfices commerciaux rémunérant la banque dans le cadre d'opérations d'emprunts et de prêts de fonds. D'autres activités financières exercées par les banques, telles que les transactions mondialisées sur instruments financiers, seront abordées dans la partie III de ce rapport – ces activités étant également couramment exercées par des institutions financières non bancaires. Il convient de remarquer

¹ Sauf lorsque le texte précise qu'il en va autrement, l'usage des termes « bancaire » ou « banque » dans ce rapport doit être considéré comme visant les activités bancaires traditionnelles et les banques exerçant des activités bancaires traditionnelles.

que, dans le cadre de l'HT, il y a lieu d'appliquer les mêmes principes pour allouer des pertes que pour allouer des profits. La notion d' « attribution de profits » devra dès lors être entendue comme s'appliquant également à l'attribution de pertes.

4. Les parties I et II ont été diffusées sous forme de projet pour discussion afin de recueillir les commentaires publics en février 2001. Vingt-cinq réponses ont été reçues des milieux d'affaires, d'associations de banques et d'entreprises de conseil, faisant apparaître des points de vue et des centres d'intérêt très divers. En raison de la variété des positions exprimées et de la complexité des problèmes, une consultation a eu lieu à Paris en avril 2002 avec les commentateurs du projet. Cette consultation a été très fructueuse et elle a permis l'identification d'un terrain d'entente en ce qui concerne les principes, les domaines qui restaient à clarifier et ceux dans lesquels une poursuite des travaux était nécessaire.

5. Dans ce contexte, il y a lieu de noter que l'objet de l'HT n'est pas d'aboutir à une égalité de traitement entre succursales et filiales en termes de bénéfices mais plutôt d'appliquer aux transactions entre des parties distinctes d'une même entreprise les mêmes principes en matière de prix de transfert que ceux qui s'appliquent aux entreprises associées lors de la détermination de ces bénéfices (voir section A de la partie I). On peut s'attendre à ce que les transactions effectuées par l'intermédiaire de succursales soient effectivement plus rentables en raison des possibilités d'utilisation efficaces du capital, de diversification des risques, d'économies d'échelle, etc.. Par conséquent, le statut juridique choisi, ES ou filiale, a certaines conséquences économiques qui doivent être prises en compte dans la détermination des bénéfices imposables.

6. Le présent rapport a été révisé compte tenu de ce qui précède et afin de s'efforcer de répondre aux principales préoccupations exprimées par les commentateurs du projet de rapport. On trouvera en annexe 2 une réponse plus détaillée à certains commentaires des entreprises.

B. Analyse factuelle et fonctionnelle d'une entreprise bancaire traditionnelle

7. Cette section étudiera les principales fonctions d'une entreprise bancaire traditionnelle (à savoir l'emprunt et le prêt d'argent) aussi bien du point de vue des fonctions exercées lors de la création d'un actif financier (un prêt) que des fonctions ultérieurement exercées pendant la durée de vie de cet actif financier. Conformément à l'approche préconisée au Chapitre I des Principes, l'analyse des fonctions exercées prend également en compte les actifs utilisés et les risques assumés dans l'exercice de ces fonctions.

B-1 Fonctions exercées

i) Fonctions impliquées dans la création d'un nouvel actif financier - un prêt

8. Pour la négociation et la conclusion d'une transaction bancaire traditionnelle débouchant sur la création d'un actif financier (un prêt), il conviendra normalement que l'entreprise dans son ensemble exerce les fonctions suivantes (pas nécessairement dans l'ordre de présentation ci-après) :

- a) Vente/Commercialisation - par exemple, maintenir les relations avec les clients potentiels, créer des relations avec des clients et amener des clients à commencer à discuter des propositions d'affaires ;
- b) Ventes/négociation – par exemple négocier les termes du contrat avec le client – décider s'il convient ou non d'avancer des fonds et si oui à quelles conditions, évaluer les risques de crédit, de change et de marché liés à la transaction, déterminer la solvabilité du client et l'encours global de crédit de la banque vis-à-vis du client ; décider des niveaux de risque de crédit, de change et de marché pouvant

être acceptés, fixer les conditions financières du prêt, décider si le prêt doit ou non être assorti d'un nantissement ou autre garantie, engager la banque (et son capital) au prêt et donc aux risques associés etc.

- c) Négociation/trésorerie – par exemple lever des fonds et du capital, recevoir des dépôts, lever des fonds aux conditions les plus avantageuses et les mettre à la disposition de la clientèle ; et
- d) Vente/soutien, par exemple, vérifier les projets de contrats et effectuer les formalités du contrat, résoudre les questions juridiques éventuelles en suspens, vérifier les sûretés remises, signer le contrat, inscrire l'actif financier dans les comptes de l'entreprise et déboursier les fonds prêtés.

ii) *Fonctions impliquées dans la gestion d'un actif financier existant - un prêt*

9. Une fois qu'un actif financier (un prêt) a été créé, l'entreprise dans son ensemble doit normalement exercer les fonctions suivantes durant la vie de l'actif (pas nécessairement dans l'ordre de présentation ci-après) :

- a) Administration des prêts - par exemple, gérer le prêt, prélever et verser les intérêts et autres sommes à aux échéance, suivre les remboursements et vérifier la valeur des éventuelles garanties remises ;
- b) Suivre les risques assumés par suite de la conclusion du contrat de prêt - par exemple, vérifier la cote de crédit du client, suivre l'encours global de crédit du client vis-à-vis de la banque, suivre les risques de taux d'intérêt et de contrepartie, analyser la rentabilité du prêt et la rentabilité des capitaux engagés, vérifier l'efficience de l'utilisation du capital réglementaire, etc. ;
- c) Gérer les risques pris initialement et assumés par la suite du fait de la conclusion du contrat - par exemple, décider si la banque doit continuer de supporter les divers risques et dans l'affirmative jusqu'à quel point, par exemple, en transférant le risque de crédit à un tiers par le biais de produits dérivés de crédit ou en couvrant le risque de taux d'intérêt par l'achat de valeurs mobilières, en réduisant l'importance globale des risques par le regroupement d'un nombre de risques individuels et l'identification de compensations internes et en gérant activement les risques résiduels assumés par la banque, par exemple par la couverture de ces risques résiduels ou en laissant des positions de risque ouvertes dans l'espoir de bénéficier d'une évolution favorable du marché, etc., décisions concernant le passage en pertes des prêts non performants ;
- d) Trésorerie -- c'est-à-dire gestion du financement global des banques (financement des besoins de trésorerie et placement des excédents sur le marché) y compris la gestion du risque de taux d'intérêt et du risque de liquidité de la banque, allocation du coût des financements levés par la banque dans son ensemble pour ses succursales/établissements, alignement de la durée des opérations d'emprunt et de prêt et optimisation de l'utilisation des fonds propres réglementaires et de la rentabilité des capitaux engagés ;
- e) Vente/négociation - par exemple, refinancer le prêt, décider de le céder ou de le titriser, le commercialiser auprès d'acheteurs potentiels, tarifier le prêt, négocier les conditions contractuelles de la vente, effectuer les formalités de vente, etc., décider s'il faut renouveler ou prolonger le prêt et si oui, à quelles conditions.

iii) *Principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque impliquées dans la création et la gestion ultérieure d'un prêt*

10. Il existe un certain nombre de fonctions qui sont directement liées à la création et à la gestion ultérieure d'un prêt. Il sera important d'identifier non seulement les fonctions qui sont exercées mais aussi leur importance relative. Les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque sont celles qui nécessitent une prise active de décision concernant la prise en charge et la gestion quotidienne des risques individuels et des portefeuilles de risques. Ce sont ces principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque qui sont susceptibles d'avoir l'incidence la plus directe sur la rentabilité de la banque et par conséquent, comme on l'a vu à la section D-1(i) elles seront normalement rémunérées par l'attribution du prêt (et des revenus et des dépenses correspondants) à l'établissement qui exerce ces fonctions.

11. Comme on peut le constater d'après la description qui figure à la section B-1(i) ci-dessus, c'est la fonction de vente/négociation décrite au point b) du paragraphe 8 qui est susceptible de constituer la principale fonction entrepreneuriale de prise de risque dans la création d'un actif financier. Comme on peut le constater d'après la description qui figure à la section B-1 (ii) ci-dessus, c'est la fonction de gestion des risques telle qu'elle est décrite au point c) du paragraphe 9 qui est susceptible de constituer la principale fonction entrepreneuriale de prise de risque dans la gestion quotidienne d'un actif financier existant. Toutefois, cette détermination doit avoir lieu au cas par cas car les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque et surtout leur importance relative sont susceptibles de varier selon les faits et circonstances (par exemple, du fait des différences entre les produits, des stratégies des entreprises, etc.).

iv) *Autres fonctions*

12. Comme pour toute entreprise, une certaine infrastructure, souvent centralisée au siège social, est nécessaire pour apporter un support logistique à ces fonctions,. La plupart de ces fonctions, direction générale, définition de stratégies commerciales, développement de systèmes informatiques, recherche, fonctions de gestion de personnel, etc. ne sont pas réservées aux opérations bancaires. Ces fonctions sont parfois classées dans la catégorie de « post marché » (« back office ») ou de « suivi de marché » (« middle office ») , les fonctions de « post marché » étant généralement considérées comme apportant moins de valeur économique à l'entreprise et comme méritant par conséquent une rémunération moindre. Les fonctions liées au contrôle de la gestion de l'ensemble des fonds propres et de l'encours de risque sont peut-être un domaine particulièrement important pour une banque. Les banques sont normalement dotées de commissions qui définissent des limites de risque en cascade - il y a une limite de risque global pour la banque et une limite générale pour différents types de risques (par exemple, le risque de crédit) et des limites pour certaines lignes de produits ou services, etc..

B-2 *Actifs mis en œuvre*

13. Les Principes notent au paragraphe 1.20 que la rémunération correspondra en général non seulement aux fonctions assumées, mais aussi aux actifs mis en œuvre et aux risques assumés dans l'exercice de ces fonctions. L'analyse fonctionnelle devra donc étudier quels ont été les actifs mis en œuvre et les risques assumés lors de la création, puis de la gestion d'un prêt.

14. Les banques utilisent des actifs physiques, comme les locaux de leurs succursales, les systèmes informatiques, etc. et par conséquent l'analyse fonctionnelle devra examiner les actifs matériels qui sont utilisés par l'ES. La section C-1(ii) de la Partie I de ce rapport donne des indications à cet égard. On peut être amené à les prendre en compte dans le cadre d'une analyse de comparabilité lors de la deuxième étape de l'HT. Par exemple, les services bancaires aux particuliers par l'Internet ou par téléphone sont moins onéreux que des services assurés dans des succursales, en partie parce qu'ils ne nécessitent pas de réseau

physique de succursales ouvertes aux particuliers pour distribuer leurs produits et qu'ils mettent donc en œuvre moins d'actifs physiques onéreux (comme les locaux de succursales).

15. De plus, comme pour toute autre entreprise, l'analyse fonctionnelle doit aussi vérifier si des actifs incorporels ont été mis en œuvre. Dans le domaine bancaire, les actifs incorporels communs courants sont sans doute les actifs incorporels de commercialisation représentés par le nom, la réputation, la marque commerciale ou le logo de la banque. Les autres actifs incorporels sont sans doute plus proches d'actifs incorporels du secteur manufacturier comme les systèmes mis en place pour optimiser l'utilisation des fonds propres réglementaires et pour suivre les différentes catégories de risques. En outre, ces actifs incorporels concernent plus particulièrement les entreprises financières dans la mesure où ils traduisent l'importance de l'évaluation et de l'optimisation de l'utilisation du capital ainsi que du suivi et de la gestion des risques financiers dans le secteur financier.

B-3 Risques assumés

16. Dans une entreprise bancaire, il est essentiel d'évaluer exactement les « risques assumés ». La banque, comme les autres activités financières, est fondée sur la prise en charge des risques liés à la clientèle et ce sont ces risques² qu'il est particulièrement nécessaire de prendre en compte lorsqu'on effectue une analyse fonctionnelle dans le cadre de l'HT parce qu'il est nécessaire de disposer de capital pour pouvoir les assumer (voir section B-4). Dans une entreprise bancaire, la création d'un prêt implique l'acceptation de divers types de risques par la banque, dont les risques suivants sont traditionnellement considérés comme les plus importants aux fins de la fiscalité ;

1. Risque de crédit - le risque que le client soit dans l'incapacité de payer les intérêts ou de rembourser le principal du prêt conformément aux échéances et conditions prévues,
2. Risque de taux d'intérêt - le risque que les taux d'intérêt du marché s'écartent des taux utilisés lors de la conclusion du contrat de prêt. Le risque de taux peut se manifester sous diverses formes selon la nature du taux de rémunération du prêt et de l'emprunt. Par exemple, l'emprunt peut avoir été contracté à taux fixe alors que le prêt est à taux variable ou, même si le prêt et l'emprunt sont à taux variables, il peut y avoir un décalage de leur évolution dans le temps. Le risque de taux d'intérêt peut aussi se manifester par les effets de l'évolution du marché sur le comportement des clients de la banque. Par exemple, une baisse des taux d'intérêt peut inciter les clients à rembourser par anticipation des emprunts à taux fixe.
3. Risque de change - le risque qu'un prêt consenti dans une monnaie autre que la monnaie nationale de la banque (ou que la monnaie d'emprunt) s'écarte des cours de change utilisés lors de la conclusion du contrat de prêt.

17. Il convient de noter qu'il existe d'autres types de risques, tels que le risque-pays et le risque juridique qui peuvent avoir de l'importance dans certains cas. Il peut aussi exister ce que l'on appelle le risque « Herstatt » qui résulte de positions de change non dénouées, ainsi que le risque de règlement et de livraison en général, bien que les systèmes de règlement en brut en temps réel puissent avoir une incidence sur le risque de règlement. Les risques de solvabilité et le risque commercial général doivent également être pris en compte. En outre, le Comité de surveillance bancaire de Bâle (« comité de Bâle » au sein de la Banque des Règlements Internationaux « BRI ») a annoncé récemment qu'il envisageait d'élargir le champ

2. Les banques doivent également faire face à une série de risques qui ne sont pas spécifiques à une institution financière, par exemple les risques de développement concernant les technologies de l'information/systèmes de communication et les nouveaux produits.

de sa supervision des risques nécessitant un niveau minimum de fonds propres au risque de taux d'intérêt dans le portefeuille d'opérations bancaires et au risque opérationnel. Il conviendra de suivre attentivement ces évolutions pour faire en sorte que tous les risques importants sur le plan fiscal soient pris en compte comme il convient lors d'une analyse fonctionnelle.

18. Dans une activité bancaire, les risques assumés du fait de la conclusion de transactions avec des clients peuvent correspondre à des postes qui ne figurent pas au bilan. Le bilan est généralement établi conformément à des normes comptables et en vue de se conformer aux règles du droit des sociétés ou à d'autres obligations réglementaires. En revanche, l'HT ne se limite pas à une analyse des fonctions, des actifs et des risques sur la base des normes comptables ou au respect d'obligations en matière de droit des sociétés ou d'autres réglementations. En conséquence, il faudra que l'analyse fonctionnelle identifie tous les risques, y compris ceux qui correspondent à des postes hors bilan qu'il y a lieu de prendre en compte dans l'application du principe de pleine concurrence.

19. Entre les entreprises juridiquement distinctes, il est important de distinguer la prise de risque initiale et le fait de supporter ces risques ultérieurement. Le terme « prise de risque » se réfère à la prise initiale de risque résultant de la création d'un actif financier. Toutefois, bien que l'acte de création d'un actif financier aboutisse à la prise de risque ou à son acceptation (prise en charge de risque), il n'est pas nécessaire que l'entreprise qui a créé l'actif financier doive assumer par la suite le risque qu'elle a pris (c'est-à-dire rester responsable des pertes causées par la réalisation du risque qu'elle a pris au cours de la durée de vie de cet actif financier). Ce risque peut être transféré à une autre entreprise de sorte que le risque pris initialement peut ne plus être supporté par le créateur de l'actif financier mais pris et assumé par la suite par l'autre entreprise (à moins qu'ils ne décident également de transférer des risques à une autre entreprise). Cela pose la question de savoir si, et dans l'affirmative dans quelles circonstances, le transfert de risque doit être reconnu au sein d'une entité juridique unique de sorte que les risques initialement pris par une partie de l'entreprise seront considérés comme pris et assumés par la suite par une autre partie de l'entreprise. Les circonstances dans lesquelles il est possible de reconnaître un tel transfert sont examinées à la section D-2 (iii)(e).

20. Le fait que la création d'un actif financier aboutisse à la prise de différents types de risques (risque de crédit, risque de marché, risque opérationnel, etc.) est particulièrement important pour les activités bancaires et autres activités financières. Cependant, il est possible que la Banque ne supporte pas en dernier ressort l'ensemble des différents types de risques qu'elle a pris. Par exemple, il est possible d'assumer tous les risques à part le risque de crédit tout en conservant la propriété de l'actif financier mais en transférant le risque de crédit par la conclusion d'un dérivé de crédit avec une autre entreprise.

21. Les risques pris et assumés par la suite doivent être gérés de manière à préserver le capital de la banque. La gestion de risque est une fonction et, tout comme les autres fonctions, les risques pris en charge et finalement assumés à la suite de l'exercice de cette fonction joueront un rôle important dans la détermination du niveau de rémunération de cette partie de l'entreprise qui exerce ces fonctions (voir section D-2(iii)(e)).

B-4 Capital et financement

i) Introduction

22. Le capital est important pour l'exercice des activités bancaires traditionnelles dans la mesure où, dans le cadre de ces activités, les banques prennent des risques, par exemple en consentant des prêts à des tiers dont certains ne leur rembourseront peut-être pas la totalité du prêt en question. Afin de prendre des risques matériels, une banque a besoin de « capital » c'est-à-dire de la capacité d'absorber des pertes dues à

la réalisation des risques assumés. En effet, dans ce contexte, le capital désigne des fonds placés à la disposition de la banque par des investisseurs qui sont prêts à accepter un niveau de risque plus élevé pour cet investissement en échange d'un rendement économique qui devrait être plus élevé qu'un taux d'intérêt sans risque. Par exemple, les actionnaires d'une banque (comme ceux de toute entreprise) risquent de perdre la totalité de leur investissement si la banque devient insolvable mais peuvent aussi partager les bénéfices après impôt de la banque. Les bénéfices non distribués font également partie du capital en ce sens puisque, jusqu'à ce qu'ils soient distribués aux actionnaires sous forme de dividendes, ils restent disponibles pour absorber des pertes.

23. Comme on l'a vu à la sous-section iii) ci-dessus, les autorités réglementaires exigent que les banques disposent d'un montant minimum de fonds propres (fonds propres réglementaires) en fonction des risques qu'elles prennent. Comme certaines autorités réglementaires admettent que certaines catégories de dettes subordonnées constituent une source de fonds propres aux fins de la réglementation, beaucoup de banques ont émis ce type d'instruments. Les porteurs de titres de la dette subordonnée peuvent de même perdre leur investissement si la banque n'est pas en mesure de rembourser ses créanciers ordinaires. Toutefois, ils ont droit à un remboursement avant les actionnaires et par conséquent le risque qu'ils prennent est d'un degré moindre ; leur rémunération est donc en général constituée par un taux d'intérêt plus élevé que celui que percevrait un créancier ordinaire, mais elle est néanmoins en général limitée à un pourcentage de leur investissement, contrairement à celle des actionnaires ordinaires. La dette à long terme qui n'est pas subordonnée peut aussi parfois être incluse dans le « capital » car les investisseurs dans ce type de prêts placent des fonds à la disposition de la banque pendant une période qui permet de financer temporairement les pertes à l'aide de ces prêts jusqu'à ce que la banque soit en mesure de générer des bénéfices suffisants pour compenser ces pertes, ce qui permet là encore à la banque de prendre en charge le risque.

24. Par conséquent, le montant et la nature des risques pris en charge joue un rôle important dans la détermination du montant du capital, et notamment du capital réglementaire, qu'une banque a besoin de détenir. Cependant, certaines formes de capital décrites ci-dessus génèrent pour les investisseurs une rémunération qui n'est pas fiscalement déductible pour la banque en vertu des réglementations de la juridiction où réside l'ES, et ce indépendamment de la classification réglementaire du capital ou du traitement comptable du revenu. Ce capital est mentionné dans le projet comme du capital « libre » et il est évident qu'il présente de l'importance sur le plan fiscal (voir sous-section (v) ci-dessous).

25. Si elles ont besoin de capital pour assumer des risques, les banques ont également besoin de financer la création d'actifs financiers, tels que des prêts, qui génèrent des revenus bruts sous forme d'intérêts et de rémunérations équivalentes. Ce financement provient de sources diverses : fonds propres, bénéfices non distribués, dettes telles que les dépôts effectués par les clients et diverses formes de financement d'emprunt tels que les prêts portant intérêt et dette subordonnée. Certaines de ces sources de financement consistent en éléments qui jouent un double rôle au sein de la banque – elles constituent à la fois du capital réglementaire qui permet par conséquent à la banque de prendre en charge les risques liés à ses activités et fournissent une source de financement.

26. En conclusion, il est suggéré, pour les banques et autres institutions financières, d'entreprendre une analyse fonctionnelle tenant compte des actifs utilisés et des risques pris en charge de la même manière que celle qui serait effectuée pour les institutions non financières. Toutefois, étant donné le caractère essentiel du capital pour permettre aux banques de prendre en charge les risques résultant de leurs activités traditionnelles, l'analyse fonctionnelle et factuelle devra accorder une attention particulière à l'examen des questions relatives au niveau requis des fonds propres et à l'attribution du capital. Enfin, l'analyse devrait également consister à examiner séparément les dispositions relatives au financement des actifs financiers de la banque.

ii) *Cote de crédit*

27. La cote de crédit d'une banque est un facteur important à prendre en compte dans toute analyse de prix de transfert dans la mesure où elle affecte à la fois la capacité d'emprunter de la banque, le taux auquel elle peut le faire et la marge brute qu'elle peut obtenir. En général et en l'absence d'assurance des dépôts, la cote de crédit d'une banque varie de façon inverse au taux d'intérêt qu'elle verse à ses investisseurs (ses titulaires de dépôts et de titres de créance). Plus la cote de crédit de la banque est élevée plus l'intérêt qu'elle verse à ses investisseurs est faible. En effet, les investisseurs exigent une prime de risque correspondant au risque de ne pas récupérer la totalité de leur investissement et de son rendement à l'échéance. La prime de risque représente le rendement additionnel (sous forme de taux d'intérêt plus élevé) que l'investisseur s'attend à recevoir en compensation de son investissement dans une banque présentant plus de risque (par exemple une banque dont la notation serait AA) plutôt que d'investir dans les mêmes conditions dans une banque plus sûre (par exemple une banque dont la notation serait AAA).

28. La cote de crédit est la perception par une partie indépendante, par exemple une agence de notation, de la probabilité qu'une société honore ses engagements au titre des emprunts qu'elle a effectués et des placements qu'elle a reçus. Un certain nombre de facteurs sont pris en compte, le montant du capital réglementaire et « libre » de la banque constituant de toute évidence un facteur important. Parmi les autres facteurs significatifs, on peut citer une solide réputation, une bonne direction, le profil de risque, le statut réglementaire, l'aptitude à lever de nouveaux fonds propres et une rentabilité observée constamment élevée dans le passé. Certaines activités « de niche » sont limitées aux entités bancaires ayant la qualité de signature la plus élevée (par exemple certains emprunteurs n'effectueront des transactions qu'avec des entreprises notées AAA).

29. Il est important de noter qu'une cote de crédit est généralement attribuée à la banque dans son ensemble ou à des instruments financiers spécifiques et non pas à ses différentes succursales. En ce qui concerne le capital, cela traduit le fait que ce sont généralement l'ensemble des actifs et du capital de la banque qui sont susceptibles de couvrir ces dettes indépendamment de la localisation de l'actif donnant lieu à litige. Il peut y avoir des exceptions à la règle générale, par exemple lorsque les actifs situés dans une juridiction spécifique ne sont pas disponibles pour honorer les plaintes qui ont leur origine en dehors de la juridiction ou lorsqu'ils ont été affectés à la couverture d'un instrument financier particulier afin que l'agence de notation puisse donner à cet instrument la cote souhaitée.

iii) *Normes de solvabilité*

30. Il faut souligner que, pour protéger les clients et maintenir l'intégrité du système financier, les banques sont soumises à une réglementation par les gouvernements et sont tenues de détenir des montants minimaux de capital « réglementaire » (capital réglementaire minimal) fondés sur les risques qu'elles prennent en exerçant leurs activités. Il s'agit d'un domaine dans lequel des progrès significatifs ont été accomplis depuis la diffusion du rapport de 1984.

31. Le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire est l'organisme qui définit des normes de solvabilité admises au niveau international, voir la publication de juillet 1988 intitulée « Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres » (l'Accord de Bâle de 1988). L'Accord de Bâle de 1988 fixe des niveaux minimums de fonds propres pour la couverture des risques de crédit des banques ayant des activités internationales tout en permettant aux autorités nationales d'adopter des dispositions fixant des niveaux de fonds propres plus élevés. Un certain nombre d'amendements ont été apportés à l'Accord de Bâle de 1988, dont le plus important est de loin l'amendement de janvier 1996 à « l'Accord sur les fonds propres pour son extension aux risques de marché » (l'amendement de 1996 sur les risques de marché).

Dans le présent rapport, sauf indication contraire, une référence à l'Accord de Bâle de 1988 désigne le document initial ainsi que les amendements ultérieurs.

32. Le capital réglementaire est classé en différentes catégories de fonds propres, fondées de façon schématique sur la permanence du capital investi. Les capitaux les plus permanents sont les fonds propres de base ou fonds propres durs (« tier 1 »), qui se composent d'éléments comme les actions ordinaires libérées, les primes d'émission d'actions non remboursables, les réserves et les bénéfices non distribués, les actions préférentielles non cumulatives et non remboursables. Les fonds propres complémentaires (« tier2 ») comprennent des éléments comme les instruments de dette subordonnée et les titres d'emprunt à échéance éloignée. Autre élément intéressant, lors du calcul des fonds propres de base on applique normalement une déduction au titre du capital investi dans des banques affiliées afin de dissuader le système bancaire dans son ensemble, de mettre en place des participations croisées plutôt que de se procurer des fonds auprès de sources extérieures. Cependant, dans certaines circonstances, les autorités de tutelle autorisent la prise en compte du capital investi dans ces filiales comme appartenant à la société mère. Cette question est examinée plus en détail aux paragraphes 99 et 100 dans le cadre de l'attribution du capital libre à l'ES.

33. Les normes de solvabilité sont calculées en divisant le capital de la banque par le montant total de ses actifs pondérés en fonction du risque (y compris du risque résultant de ses engagements hors bilan) pour aboutir à un ratio de fonds propres (le ratio Cooke). Les actifs sont pondérés pour tenir compte à la fois du risque de crédit et du risque de marché. La norme minimale fixée par le Comité de Bâle est que le capital total doit être égal à au moins 8% du montant total des actifs de la banque pondérés en fonction des risques. Sur le montant total du capital, les fonds propres de base doivent être au moins égaux à 4% du total des actifs pondérés en fonction du risque de la banque.

34. En général, au regard de la comptabilité financière, les fonds propres de base ne donnent lieu à aucune charge d'intérêts, contrairement aux fonds propres complémentaires. En conséquence, lors du calcul des bénéfices comptables de la banque, seul la rémunération des fonds propres complémentaires va être déduite. Le régime fiscal peut différer du régime comptable. Bien que le rendement des fonds propres de base ne donne lieu en général à aucune déduction fiscale (il s'agit de capital « libre » du point de vue fiscal comme du point de vue comptable), il peut exister des instruments qui sont considérés comme des fonds propres de base et qui sont également considérés fiscalement comme des dettes dans certains pays. De tels instruments sont de plus en plus fréquemment émis. En outre, dans un certain nombre de pays, la rémunération de certains fonds propres complémentaires comme la dette subordonnée, peut être fiscalement traitée comme du capital « libre ».

35. Le corollaire de la situation décrite précédemment est que pour créer un actif financier, la banque doit disposer de suffisamment de capital réglementaire (notamment du capital « libre ») pour satisfaire aux normes de fonds propres des autorités de tutelle. De façon générale, si la banque n'a pas suffisamment de capital réglementaire disponible, elle sera dans l'incapacité de conclure un contrat de prêt sans que cette opération ait une incidence défavorable sur sa cote de crédit ou sans être en infraction avec les réglementations bancaires. Pour éviter un effet défavorable sur sa cote de crédit ainsi qu'une intervention des autorités réglementaires, la banque pourrait réduire le risque de détention de cet actif, par exemple en le cédant à une structure de titrisation et en investissant les sommes ainsi obtenues dans des actifs moins risqués.

iii) Autres obligations réglementaires

36. En plus de définir des normes minimales de solvabilité, les autorités réglementaires peuvent aussi imposer d'autres restrictions. Par exemple, elles peuvent prévoir que le capital réglementaire doit être

investi dans certains actifs considérés comme “sûrs” tels que des obligations d’état, ou que les banques doivent constituer des réserves obligatoires sous forme de dépôts auprès de la banque centrale. Les banques préféreraient employer leurs fonds propres dans leurs propres actifs de prêts qui génèrent normalement une rentabilité supérieure et il y a donc un “coût d’opportunité” suscité par la réglementation. De plus, ce coût d’opportunité varie selon le régime réglementaire, certaines juridictions étant plus rigoureuses que d’autres lorsqu’elles prescrivent le montant minimum du capital réglementaire, les réserves obligatoires ou les restrictions en matière de placements, etc. En conséquence, le capital réglementaire est une ressource rare pour une banque et il doit être mis en œuvre avec la plus grande efficacité possible afin que la banque puisse créer et conserver dans ses livres les actifs financiers les plus rentables.

37. La tendance des entreprises à optimiser l’utilisation du capital compte tenu des contraintes réglementaires peut aboutir à ce que des actifs financiers soient comptabilisés dans le territoire le plus avantageux du point de vue réglementaire (« concurrence réglementaire »). Cette concurrence peut prendre la forme, par exemple, de différences entre les territoires dans les réglementations relatives au niveau de réserves obligatoires. En conséquence, il n’est pas nécessaire que le territoire sur lequel un actif financier est comptabilisé soit le même que celui où les fonctions nécessaires à la création ou à la conservation de l’actif sont actuellement exercées. Les banques peuvent aussi se livrer à l’arbitrage réglementaire et tirer profit des différences dans les normes en matière de fonds propres applicables au portefeuille d’opérations bancaires et d’opérations sur titres, éventuellement en utilisant des instruments de crédit dérivés. Les normes réglementaires en matière de fonds propres peuvent également rendre trop coûteuse la détention de certaines catégories d’actifs au bilan de la banque, ce qui aboutit au développement de techniques de titrisation.

38. La concurrence réglementaire et l’arbitrage posent un problème aussi bien pour les contribuables que pour les administrations fiscales, dans la mesure où cette concurrence ou cet arbitrage peut faire qu’un actif ne sera pas nécessairement comptabilisé dans le territoire qui a gagné la majeure partie des bénéfices afférents à cet actif. Dans ces cas, les comptes de la banque nécessitent des ajustements considérables afin de fiscalement correctement refléter le lieu où les profits ont été acquis. .

v) *Importance du capital « libre »*

39. Les banques s’efforcent de dégager des bénéfices bruts de leurs opérations de prêt en veillant à percevoir plus d’intérêts des fonds prêtés qu’elles n’ont de charges d’intérêts au titre des fonds qu’elles se procurent. L’une des manières de réaliser une marge bénéficiaire brute consiste pour la banque à emprunter des fonds à un taux d’intérêt inférieur au taux qu’elle facture au client pour un prêt. Il y a différentes façons d’y parvenir, par exemple en empruntant des fonds à court terme et en les prêtant à plus long terme pour tirer profit de la courbe des rendements des taux d’intérêt (et les capitaux à court terme sont généralement moins coûteux que les capitaux à long terme) ou en bénéficiant d’une meilleure cote de crédit que le client (voir la sous-section ii) ci-dessus).

40. Si l’ensemble des fonds prêtés au client est emprunté, la marge bénéficiaire brute attendue de la banque sera équivalente à un différentiel de taux d’intérêt correspondant aux fonctions exercées par la banque compte tenu des actifs utilisés et des risques assumés (par exemple la courbe des rendements ou le risque de crédit mentionnés au paragraphe précédent). La marge bénéficiaire brute attendue peut être améliorée si l’ensemble des fonds prêtés au client n’est pas emprunté. Cela suppose que la banque mette en œuvre une partie de ses ressources financières propres qui ne nécessite pas le paiement d’un intérêt, par exemple les fonds prélevés sur les bénéfices réinvestis ou résultant de l’émission d’actions, qui sont généralement considérés comme du capital « libre » sur le plan fiscal.

41. Le montant du capital « libre » aura un impact considérable sur le bénéfice potentiel qu'une banque peut réaliser et sur le montant de l'impôt dont elle sera redevable. Il s'agit donc là d'une question qui intéresse beaucoup les autorités fiscales, dans la mesure où, contrairement aux versements effectués aux actionnaires, les versements aux titulaires de titres de créance sont généralement déductibles de l'impôt. Cela constitue une incitation à maximiser le montant du financement par l'emprunt, déductible de l'impôt. L'incidence particulière de ce point dans le contexte de l'établissement stable est examinée à la question D-1 (iii).

C. Banques opérant par l'intermédiaire de filiales

42. Il ne semble pas que l'application des Principes directeurs aux transactions entre entreprises associées exerçant des activités bancaires traditionnelles pose des problèmes théoriques particuliers. L'analyse fonctionnelle et factuelle d'une entreprise bancaire figurant à la Section B est applicable à la fois aux activités bancaires exercées entre entreprises associées et à celles qui ont lieu au sein d'une entreprise constituant une seule entité juridique. En outre, les indications qui figurent à la Section D sur la manière dont les principes peuvent être appliqués, par analogie, pour imputer des bénéfices à un ES bancaire peuvent être utiles pour connaître la manière d'appliquer les Principes, plus généralement, aux activités bancaires. Ces analyses et ces indications devraient permettre aux contribuables et aux administrations fiscales d'appliquer comme il convient les normes figurant dans les Principes aux transactions entre entreprises associées exerçant des activités bancaires traditionnelles.

D. Application de l'HT aux banques opérant par l'intermédiaire d'un ES

43. La partie I de ce rapport décrit les modalités d'application de l'HT à un ES en vue de vérifier l'application de cette hypothèse en général. Cette partie sera consacrée aux modalités d'application de l'HT à un ES bancaire en vue de vérifier l'application de cette hypothèse aux banques. L'approche adoptée consiste à tout d'abord indiquer les principes de base avant de décrire, à la Section D-1 la façon dont l'HT s'appliquerait en général aux banques. Une attention particulière est apportée à la façon d'appliquer par analogie, à un ES de banque, les concepts propres aux prix de transfert d'analyse fonctionnelle et de comparabilité nécessaires aux deux étapes de l'HT. La section D-2 examinera en détail la façon dont cette recommandation générale s'appliquerait à des situations spécifiques que l'on rencontre couramment dans le secteur bancaire.

Principes de base utilisés pour l'attribution de bénéfices à un établissement stable bancaire

44. Pour les banques comme pour les autres entreprises, l'objectif principal consiste à attribuer les bénéfices à un ES conformément à l'article 7(2) du Modèle de convention fiscale. En d'autres termes, il est nécessaire de déterminer « les bénéfices que [l'ES] aurait pu réaliser s'il avait constitué une entreprise distincte et exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues ». Les points suivants sont particulièrement importants pour l'application de l'HT aux ES bancaires.

Attribution des actifs et des risques

45. Les actifs et les risques seront attribués à l'ES conformément à une analyse factuelle et fonctionnelle de la banque en question en vue d'identifier les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque. Les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque correspondant aux activités bancaires traditionnelles du type de celles qui sont traitées dans cette partie du rapport seront généralement les suivantes :

- la création d'actifs, en général des prêts ; et
- la gestion ultérieure des risques correspondant à ces actifs.

Ce calcul devrait être effectué au cas par cas dans la mesure où les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque, et en particulier leur importance relative, dépendront des faits et circonstances particulières.

Attribution du capital

46. Le point de départ objectif de cette attribution de capital est le fait que le capital d'une banque est essentiellement destiné à couvrir les risques pris par la banque du fait des prêts qu'elle accorde (et à couvrir les risques correspondant aux postes hors bilan tels que les lignes de crédit non utilisées). Ce capital doit être considéré comme correspondant à ces risques. En d'autres termes, le capital doit être attribué à un établissement stable en se référant aux risques qui résultent de ses activités et non l'inverse.

47. Cette attribution de capital doit être effectuée conformément au principe de pleine concurrence pour faire en sorte qu'un montant équitable et approprié de bénéfices soit attribué à l'ES. L'objet de cette attribution est de justifier l'attribution de bénéfices à l'ES en vertu de l'article 7(2). Selon le principe de pleine concurrence, un ES bancaire, comme tout autre ES, doit disposer de capital suffisant pour couvrir les fonctions qu'il exerce, les actifs qu'il utilise et les risques qu'il assume. Le rapport décrit un certain nombre d'approches possibles pour l'application pratique de ce principe, en admettant que l'attribution de capital à un ES n'est pas une science exacte et que certains faits et circonstances sont susceptibles de donner naissance, en ce qui concerne le capital qui peut être attribué à un ES, à un intervalle de résultats de pleine concurrence et non à un chiffre unique.

48. Les différentes approches possibles pour attribuer du capital à l'ES d'une banque présentent toutes, en ce qu'elles permettent d'approcher le principe de pleine concurrence, des avantages et des inconvénients, dont l'importance relative dépendra des circonstances. Pour attribuer le capital, il est essentiel de mettre en évidence :

- l'existence des forces et faiblesses de toute approche et les cas dans lesquels elles sont susceptibles de se manifester ;
- le fait que le principal critère de validité d'une approche dans un cas particulier est la question de savoir si elle donne un résultat qui se situe dans un intervalle de pleine concurrence. Il serait peut-être justifié de le vérifier en appliquant l'une des autres approches pour déterminer si cette dernière donne un résultat qui se situe à l'intérieur d'un intervalle similaire.

Attribution des bénéfices

49. L'attribution des bénéfices à un ES bancaire dans des conditions de pleine concurrence résultera :

- de la répartition des actifs et des risques entre cet ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie sur la base d'une analyse fonctionnelle et factuelle tenant compte des transactions qui peuvent être mises en évidence de manière appropriée (voir ci-dessous) ;
- de l'attribution de capital sur la base de la répartition des actifs et des risques ;

- de la fixation d'un prix de pleine concurrence des transactions qui peuvent être mises en évidence de manière appropriée ; et
- de la mise en évidence de transactions entre l'ES et des tiers indépendants (sous réserve d'un transfert éventuel des emprunts de tiers à la suite de l'attribution de capital à l'ES en fonction des actifs dont il dispose et des risques qu'il prend).

50. Les indications qui figurent dans les principes directeurs peuvent être appliquées par analogie afin d'attribuer les bénéfices à l'ES conformément au principe de pleine concurrence, compte tenu des principes exposés aux paragraphes précédents.

Prise en compte des transactions

51. Il existe un certain nombre d'aspects à la prise en compte (ou non) de transactions entre un ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie. En premier lieu, un ES n'est pas équivalent à une filiale, et en fait il n'est ni juridiquement ni économiquement distinct du reste de l'entreprise dont il fait partie. (Ce résultat est bien entendu tout à fait volontaire et résulte de la décision d'opérer au moyen d'un ES et non d'une filiale.) Il s'ensuit :

- Que, sauf dans des circonstances exceptionnelles, toutes les parties d'une banque ont la même cote de crédit. C'est la réalité qui est constatée par les déposants et autres créanciers de la banque. Cela signifie que le prix auquel sont effectuées les transactions entre un ES et le reste de la banque dont il fait partie doit être fixé en admettant qu'ils ont la même cote de crédit ; et
- Qu'il n'y a pas lieu de faire garantir la cote de crédit de l'ES par le reste de la banque, ni de faire garantir la cote de crédit du reste de la banque par l'ES.

52. En second lieu, les transactions entre un ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie n'ont normalement pas de conséquences juridiques pour l'entreprise dans son ensemble. Cela accroît les possibilités de transferts répondant à des motivations fiscales entre les deux entités et contribue aussi à réduire l'utilité de toute documentation (en l'absence inévitable, par exemple, de contrats juridiquement contraignants) qui pourrait exister par ailleurs. Il est donc nécessaire d'examiner plus attentivement les transactions entre un ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie que les transactions entre deux entreprises associées et c'est au contribuable qu'il incombe d'être en mesure de démontrer clairement que la transaction doit être prise en compte.

53. Cette nécessité d'un examen plus minutieux signifie qu'il est nécessaire de franchir un seuil avant d'admettre qu'une opération équivaut à une transaction qui aurait eu lieu entre des entreprises indépendantes dans des conditions de pleine concurrence et à répartir en conséquence les bénéfices conformément à l'article 7(2). En outre, il y a des circonstances dans lesquelles les transactions liées au transfert d'actifs et de risques ne seraient pas admises parce que les transferts en question n'ont pas été effectués dans les conditions commerciales normales qui s'appliqueraient entre des entreprises indépendantes (voir paragraphe 1.38 des Principes qui examine les circonstances dans lesquelles des transactions entre entreprises associées ne seraient pas non plus reconnues ou seraient ajustées conformément aux réalités économiques et commerciales. Pour donner une autre explication, ce seuil empêcherait la mise en évidence d'une transaction entre un ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie qui aurait prétendument entraîné le transfert d'un actif de l'ES à une autre partie de l'entreprise, à moins que cette partie de l'entreprise n'ait aussi exercé les fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque concernant l'actif en question et que le potentiel de bénéfices et de risques de l'actif ait également été transféré.

54. En troisième lieu, lorsque des transactions sont susceptibles d'être reconnues, leur prix doit être fixé dans des conditions de pleine concurrence, en admettant que l'ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie sont indépendants l'un de l'autre. Il y a lieu à cet égard de procéder par analogie, conformément aux Principes directeurs, en effectuant une analyse factuelle et fonctionnelle.

55. Les activités bancaires traditionnelles qui font l'objet de cette partie du rapport supposent l'emprunt de fonds aux déposants pour les re-prêter à des tiers. Les charges d'intérêt constituent donc un élément intrinsèque des activités d'une banque, et il est donc justifié de déterminer ces bénéfices d'exploitation en déduisant ces charges. Il s'ensuit que les activités de prêt et d'emprunt entre un ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie doivent généralement être reconnues lorsqu'elles sont conformes aux conditions requises pour qu'une transaction soit reconnue. Ces emprunts peuvent cependant être modifiés par l'attribution de capital en fonction des actifs dont dispose l'ES et des risques qu'il encourt, comme cela est le cas pour les opérations d'emprunt avec des tiers.

D-1 Première étape : déterminer les activités et conditions de fonctionnement de l'entreprise considérée par fiction comme distincte

56. Il convient, dans le cadre de la première étape de l'Hypothèse de travail, de considérer l'établissement stable comme une entreprise distincte "exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues". Comme l'explique la Partie I du présent Rapport (voir Section C-1) on procédera à cet effet à une analyse fonctionnelle et factuelle approfondie en vue d'identifier les activités et responsabilités importantes sur le plan économique exercées par l'entreprise dans son ensemble avant d'identifier celles de ces activités et responsabilités importantes sur le plan économique qui sont assumées et jusqu'à quel niveau, par l'établissement stable. Les comptes ou registres de l'ES constitueront un point de départ utile dans cette analyse, mais ne seront pas déterminants. Par exemple, bien que les contribuables puissent enregistrer des actifs dans une juridiction, les résultats de ces enregistrements comptables ne doivent pas être pris en compte lorsqu'ils sont incompatibles avec l'analyse fonctionnelle et factuelle. La section B contient une brève analyse fonctionnelle et factuelle générale des activités bancaires traditionnelles, à savoir l'emprunt et le prêt de fonds, qui devrait faciliter l'analyse fonctionnelle et factuelle d'une entreprise bancaire.

57. Après avoir mis en évidence les fonctions exercées et les autres facteurs concernant les entreprises dans le cadre de leurs opérations bancaires traditionnelles, l'étape suivante dans le cadre de l'HT consiste à déterminer quelles fonctions sont exercées par l'ES et quels sont les actifs utilisés et les risques assumés du fait de l'exercice de ces fonctions. Pour une banque, le niveau des fonds propres (en particulier le capital « libre ») et la cote de crédit sont susceptibles de jouer un rôle particulièrement important, ces deux facteurs ayant une incidence sur la rentabilité de la banque, par exemple en affectant la rémunération qu'elle devrait verser à des parties indépendantes pour la fourniture de fonds. On n'évoquera dans cette section que les domaines dans lesquels on estime utile d'apporter plus d'indications sur la façon d'appliquer les recommandations générales de la Partie I du présent rapport à un ES bancaire.

(i) Attribution de fonctions, d'actifs et de risques à l'ES

58. Si l'on examine la description des fonctions normalement nécessaires pour créer un nouvel actif financier de la banque, ou pour le gérer par la suite, description qui figure plus haut aux paragraphes 8 et 9, on voit que l'ensemble des fonctions sont exercées par du personnel, ce que l'on appelle des "fonctions humaines". En conséquence, l'analyse fonctionnelle doit permettre de déterminer quelles sont les fonctions exercées par l'ES en vérifiant si les personnes exerçant ces fonctions travaillent dans l'ES. Toutefois, il peut aussi être nécessaire de déterminer si certaines des fonctions générales de soutien décrites plus haut au

paragraphe 10, bien qu'exercées en dehors de l'ES, ne doivent pas néanmoins être prises en compte pour l'attribution des bénéfices à cet établissement, dans la mesure où elles sont liées au moins en partie à ses fonctions et caractéristiques. On le fera en appliquant la recommandation générale sur les services qui figure dans la Partie I de ce rapport, par exemple en admettant l'existence d'une rémunération de pleine concurrence des fonctions de « post marché » exercées par le siège, qui représentent un service rendu à l'ES. L'application de cette recommandation générale au contexte bancaire est évoquée plus loin dans la section D-2(iii)(g).

59. Outre la contribution du personnel approprié, l'exercice de ces « fonctions humaines » nécessite également la possession de capital pour prendre en charge initialement et assumer par la suite les risques liés à l'exercice des fonctions. Comme on l'a vu à partie III, des accords purs de répartition du capital et de la prise de risque, c'est-à-dire portant simplement sur la possession du capital nécessaire pour prendre en charge initialement et assumer par la suite des risques, peuvent exister entre des entreprises juridiquement distinctes. Par exemple, une entité juridique peut conclure un accord juridiquement contraignant pour garantir tous les risques pris du fait des fonctions exercées par une autre entité juridique. Dans un tel cas, c'est à une entité juridique distincte de celle où sont enregistrées les transactions qui entraînent les risques qu'appartient le capital nécessaire pour couvrir ces risques.

60. Toutefois, l'un des principaux aspects des conditions objectives dans lesquelles opère une entreprise bancaire par l'intermédiaire d'ES est le fait que le capital et les risques ne sont pas dispersés entre les différents établissements d'une entité juridique unique. Si l'on s'efforçait d'établir une telle séparation en vue de l'imposition, cela ne correspondrait pas à la situation réelle et ne serait donc pas compatible avec l'HT. Au contraire, comme on le verra dans les sous-sections qui suivent, l'HT utilise une analyse fonctionnelle pour répartir les actifs et les risques puis attribue le capital pour couvrir les risques ainsi répartis. Il n'est donc pas possible qu'une partie de l'entreprise soit traitée comme si elle possédait le capital nécessaire pour couvrir un certain montant de risques assumés lorsque ces risques sont attribués comme il convient à une autre partie de l'entreprise.

61. Des problèmes fiscaux se posent en particulier lorsque les fonctions liées à la création et à la gestion d'actifs financiers sont exercées sur plusieurs sites, c'est-à-dire dans le cas d'une « entreprise aux fonctions éclatées ». Dans de tels cas, il faudrait que l'analyse fonctionnelle examine en détail la vraie nature des fonctions exercées, notamment afin de déterminer qui assume réellement le risque lorsque les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risques sont éclatées entre différents sites. Par exemple, l'analyse fonctionnelle effectuée au moment de la création de l'actif financier peut indiquer que l'un des sites n'a pas réellement exercé des fonctions de prise de risques mais plutôt qu'il a exercé une fonction d'initiative semblable à celle que l'on observe dans le cas des accords conclus entre personnes indépendantes en vue de l'octroi de prêts syndiqués. Le site qui a effectivement évalué les risques liés à la transaction et qui a pris la décision active d'accepter ces risques serait donc traité comme « l'ayant droit économique » et se verrait par conséquent attribuer l'actif financier alors que celui qui a exercé la fonction d'initiative recevrait une rémunération de pleine concurrence.

62. Outre l'analyse détaillée de chacune des fonctions exercées par l'ES, il est également nécessaire d'examiner les actifs qui sont utilisés et les risques qui sont pris en charge dans l'exercice de ces fonctions. En termes d'actifs utilisés, les biens incorporels les plus importants qui sont utilisés dans une entreprise bancaire ont déjà été identifiés à la section B-2 ci-dessus. On n'examinera pas ici les problèmes propres aux entreprises bancaires qui nécessitent des indications autres que celles qui sont applicables aux institutions non financières, bien qu'à la suite du processus de consultation, de telles indications soient actuellement envisagées. En ce qui concerne les risques qui sont pris, c'est l'exercice des fonctions de vente/négociation qui entraîne généralement la prise en charge des risques les plus élevés (risque de crédit, risque opérationnel et risque de marché). Il incombe à la fonction de gestion des risques de faire en sorte que la prise de risque aboutisse à un résultat satisfaisant. En conséquence, c'est l'exercice des principales

fonctions entrepreneuriales de prise de risque qui rend possible la réalisation par la banque de bénéfices ou de pertes importants et qui rend nécessaire un montant de fonds propres réglementaires minimal, y compris en ce qui concerne le capital « libre ».

63. Après avoir déterminé de manière appropriée les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques pris en charge par l'ES, la question suivante qui se pose est de savoir comment rémunérer ces fonctions. La méthode préférée dans le cadre de l'HT consiste à répartir les actifs financiers en fonction du lieu où sont exercées les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque décrites à la section B-1 iii) (ce qui implique nécessairement la capacité d'exercer ces fonctions) c'est-à-dire du lieu où se trouvent les « ayants droit économiques » des actifs. Cela permettra au site sur lequel sont exercées ces fonctions (« l'ayant droit économique ») de bénéficier des revenus des actifs financiers, par exemple de percevoir les intérêts d'un prêt. Ces intérêts perçus peuvent être considérés comme correspondant à la rémunération de pleine concurrence de l'exercice des différentes fonctions nécessaires pour créer et gérer le prêt (compte tenu des actifs utilisés et des risques pris) et une partie des revenus perçus correspond à la rémunération de capital nécessaire pour couvrir les risques correspondant à ce prêt. Bien entendu, « l'ayant droit économique » des actifs se verra également attribuer les dépenses nécessaires aussi bien en termes de rémunération des fonctions exercées (par d'autres parties de l'entreprise, par des entreprises du groupe ou par des tiers) que d'intérêts versés à raison du financement des actifs, y compris tout ajustement tenant compte du « capital libre » attribué à l'ES.

64. Les actifs et les risques enregistrés dans les registres et les comptes de l'ES constituent un point de départ pratique pour déterminer si la propriété économique des actifs a été attribuée au site sur lequel les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque ont été exercées. Fiscalement, il y a lieu de s'en tenir aux comptes et registres comptables à condition que ceux-ci correspondent à une répartition des actifs et des risques qui soit conforme au résultat de l'analyse fonctionnelle et factuelle. Il peut cependant y avoir des cas où les comptes et registres ne sont pas compatibles avec les résultats de l'analyse fonctionnelle et factuelle, par exemple parce que des actifs et des risques matériels peuvent être comptabilisés dans un lieu où les fonctions liées à leur création ou à leur gestion ultérieure sont inexistantes ou très peu nombreuses. Dans de tels cas, si l'on s'en tient à la localisation comptable, on n'aboutit pas à une répartition des bénéfices conforme au principe de pleine concurrence.

65. C'est pourquoi le fondement théorique de l'HT est que les actifs et les risques de la banque sont répartis initialement par référence à une analyse fonctionnelle. En suivant le principe d'agrégation des principes directeurs en matière de prix de transfert (voir paragraphe 1.42), cette analyse peut être effectuée au niveau de portefeuilles d'actifs et de risques similaires plutôt qu'à celui de chaque actif et de chaque risque en particulier.

66. Lorsqu'à la suite de l'analyse fonctionnelle il apparaît que l'ES a exercé à lui seul les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque, celui-ci se verra attribuer les actifs et risques financiers nouvellement créés. Lorsque l'analyse fonctionnelle montre que les fonctions essentielles de prise de risque liées à la création de l'actif sont exercées en partie dans une juridiction et en partie dans une autre, cela pose la question de savoir quelle est la partie de l'entreprise qui doit être considérée comme « l'ayant droit » économique de l'actif financier et se voir ainsi attribuer les avantages et les risques de la propriété de l'actif, sous la forme des intérêts reçus et versés correspondants (ajustés afin de tenir compte du capital). Cette décision doit être fondée sur l'analyse fonctionnelle et factuelle.

67. Dans le cas des activités bancaires traditionnelles, contrairement à celui des transactions mondialisées, il serait généralement possible de déterminer à l'aide d'une analyse fonctionnelle que les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque (qui sont la plupart du temps les fonctions de vente/négociation) aboutissant à la création de l'actif ont été exercées sur un seul site et que les autres sites ont exercé des fonctions moins importantes. Dans de tels cas, le site qui exerce les principales fonctions

entrepreneuriales de prise de risque se verrait attribuer l'actif et serait donc traité comme « l'ayant droit » de l'actif financier ainsi que des intérêts à percevoir et à verser correspondants (ajustés pour tenir compte du « capital libre »). Il y aurait lieu de tenir compte des transactions entre le site considéré comme « l'ayant droit » de l'actif et les sites qui exercent les autres fonctions. Ceux-ci seraient rémunérés conformément au principe de pleine concurrence, par exemple au moyen d'une commission de ventes ou d'un honoraire pour services rendus.

68. Exceptionnellement, l'analyse fonctionnelle peut indiquer que les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque aboutissant à la création de l'actif ont été exercées sur plus d'un site de sorte que l'actif peut être considéré comme une propriété commune. La valeur relative de ces fonctions exercées dans les différentes parties de l'entreprise sera utilisée pour l'affectation de l'actif financier et, par conséquent, du capital « libre » nécessaire pour couvrir cet actif. Par exemple, s'il a été calculé que 60 % de la valeur des principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque a été générée dans l'ES et 40 % au siège, l'actif financier est réparti de même à concurrence de 60 % à l'ES et de 40 % au siège.

69. Les indications qui figurent dans les Principes directeurs seront appliquées, par analogie, afin de déterminer la valeur relative des fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque exercées dans les différentes parties de l'entreprise. Là encore, en suivant les principes d'agrégation qui figurent au paragraphe 1.42 des principes directeurs, l'analyse peut être effectuée au niveau de chaque portefeuille ou livre d'actifs et risques de même nature plutôt que pour chaque actif ou risque financier individuel.

70. Les faits intervenus à la suite de la création des actifs et des risques peuvent aussi avoir une incidence sur leur répartition finale. Des transferts ultérieurs peuvent aboutir à l'imputation des actifs et des risques à une autre partie de l'entreprise, à condition que ces transferts soient pris en compte sur le plan fiscal conformément aux indications qui figurent à la section D-2 iii) f) ci-dessous. En outre, cette attribution devrait également tenir compte de tous faits ultérieurs qui aboutiraient à une propriété commune des actifs et des risques. Par exemple, lorsque les fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque, telles que la gestion de risque, sont transférées, les actifs et les risques peuvent être traités comme une propriété commune par les parties de l'entreprise qui les ont créés et par celles qui les gèrent ultérieurement (voir section D-2 iii) e) ci-dessous, mais seulement si une partie de ce risque reste à la charge de celui qui l'a pris initialement.

ii) Attribution d'une cote de crédit à l'établissement stable

71. Comme on l'a vu plus haut, la possibilité d'emprunter à un certain taux d'intérêt et de prêter à un autre taux plus élevé joue un rôle essentiel dans les activités d'une entreprise bancaire. La cote de crédit de cette entreprise est un facteur crucial de sa capacité de se procurer des capitaux à un taux permettant à l'entreprise de réaliser une marge et, par conséquent, potentiellement un bénéfice, sur ses activités. En effet, la cote de crédit d'une entreprise constitue un élément important de la détermination du risque de crédit tel qu'il est perçu par la personne qui consent le prêt à cette entreprise, et cette perception se traduit dans le taux d'intérêt appliqué.

72. L'importance de la cote de crédit peut être illustrée au moyen d'un exemple (il y a lieu de noter que les chiffres mentionnés dans l'exemple suivant ne sont donnés qu'à titre indicatif). Supposons qu'une banque notée AAA puisse emprunter pour trois ans à un taux de 4.95% ; une entreprise notée AAA peut emprunter pour trois ans à un taux de 5.05% ; et une banque notée AA peut emprunter pour trois ans à un taux de 5.1%. Normalement, une succursale de la banque notée AAA, parce qu'elle bénéficie de la cote de crédit de l'ensemble de la banque, pourrait emprunter à 4.95% et prêter pour la même durée de trois ans à une entreprise notée AAA à 5.05%, réalisant ainsi un bénéfice de 0.10%.

73. En revanche, supposons que la succursale soit une entreprise bancaire juridiquement distincte dont la cote de crédit est inférieure à celle de la banque mère, par exemple AA. Elle ne peut alors « emprunter » qu'à 5.1%. Son client noté AAA ne paiera pas plus de 5.05% pour un prêt sur trois ans, ce qui ferait subir à la succursale une perte de 0.15% si elle emprunte les fonds pour les reprêter sur une même durée de trois ans. (NB. La banque notée AA pourrait prêter à l'entreprise notée AAA en pouvant s'attendre à réaliser un bénéfice mais seulement en profitant de la courbe des rendements et en empruntant les fonds pour une période plus courte, par exemple 6 mois, que la durée du prêt qui est de 3 ans (voir paragraphe 33 ci-dessus). Le prêteur se trouverait ainsi exposé au risque de courbe de rendement, c'est-à-dire au risque que les taux d'intérêt à court terme aient augmenté à la fin de la période de 6 mois, ce qui porterait le coût d'un refinancement du prêt à un niveau prohibitif).

74. En fait, les succursales de banques bénéficient de la même cote de crédit que l'entreprise dans son ensemble, ce qui leur permet d'emprunter et de reprêter dans les mêmes conditions en réalisant un bénéfice. Si l'on considère qu'en vertu de l'article 7 la succursale ne doit pas bénéficier de cette cote, mais se voir appliquer une cote inférieure à celle de l'entreprise dans son ensemble, il en résulte une imputation irréaliste des bénéfices.

75. Il a été suggéré d'admettre comme hypothèse que des transactions similaires à des garanties avaient lieu entre l'ES et le siège. En effet, lorsque le capital de la banque est réparti entre ses différents établissements, le capital disponible pour chaque partie de cette entreprise est insuffisant pour qu'elle puisse disposer de la même cote de crédit que la banque dans son ensemble (le tout est supérieur à la somme de ses parties). En conséquence, une garantie serait nécessaire pour que l'ES puisse disposer de la même cote de crédit que la banque.

76. Cependant, cette proposition n'est pas acceptable. En premier lieu, on peut constater qu'en général un ES est considéré comme ayant la même cote de crédit que la banque. Il faut également rappeler qu'il y a lieu d'admettre comme hypothèse qu'un ES constitue une entreprise distincte exerçant les mêmes activités ou des activités similaires dans les mêmes conditions ou des conditions similaires. L'une des « conditions » importantes est la cote de crédit de l'entreprise elle-même. En outre, les raisons pour lesquelles une partie de l'entreprise, telle que le siège, aurait la cote de crédit plus élevée nécessaire pour lui permettre de garantir les transactions effectuées par l'ES n'apparaissent pas clairement. L'HT est fondée sur la situation réelle de la banque, et par conséquent le capital, les risques, etc. sont généralement fongibles de sorte qu'il serait incohérent d'accorder tous les avantages de la synergie, des compensations internes de risques, etc. au siège.

77. En second lieu, comme on l'a noté à la section B-4 ii), il existe des facteurs autres que le capital tels que la réputation, la rentabilité, la qualité de la gestion, la diversification des risques, qui affectent également la cote de crédit. Il est également difficile de comprendre pourquoi tous ces autres facteurs seraient concentrés dans une seule partie de l'entreprise.

78. En résumé, l'entreprise distincte prise comme hypothèse devrait avoir la même cote de crédit que la banque dans son ensemble, sauf dans les circonstances exceptionnelles mentionnées au paragraphe 29 ci-dessus. Dans de tels cas, il sera nécessaire de déterminer la cote de crédit de l'ES, par exemple par référence à des entreprises indépendantes de la même juridiction qui sont comparables en termes d'actifs, de risque, de gestion, etc. ou par référence à des normes objectives telles que des évaluations de crédit effectuées par des parties indépendantes qui apprécient l'ES en fonction de sa situation et sans référence à l'entreprise dont il fait partie.

iii) *Attribution de capital à l'ES*

79. Selon l'HT, l'ES est considéré comme disposant d'un niveau de capital approprié pour pourvoir aux fonctions qu'il exerce, aux actifs qu'il utilise et aux risques qu'il assume. Comme on l'a vu à la section B-4, afin de prendre des risques, une banque a besoin de « capital », c'est-à-dire de la possibilité d'absorber des pertes dues à la réalisation des risques qu'elle a pris. Les autorités de tutelle exigent que les banques disposent d'un montant minimum de capital compte tenu des risques qu'elles assument. Toutefois, certains composants de ce capital rapportent aux investisseurs un rendement qui n'est pas déductible de l'impôt en vertu de la réglementation de la juridiction où se trouve l'ES (capital « libre »). Cette section examine en détail au a) l'attribution de capital « libre » et au b) celle du capital autre que « libre ».

a) *Attribution du capital « libre » à l'ES*

80. On a examiné à la section B-4 v) l'importance générale du capital « libre » pour une banque. L'importance de ce point est encore plus grande pour l'imposition d'un ES bancaire dans la mesure où, pour parvenir à une imputation du bénéfice imposable à l'ES qui soit conforme au principe de pleine concurrence, il sera nécessaire de s'assurer que celui-ci est considéré comme disposant d'un montant approprié de capital « libre » pour pourvoir aux fonctions qu'il exerce, aux actifs qu'il utilise et aux risques qu'il assume. Comme on l'a noté au paragraphe 24, le capital « libre » correspond au capital dont le rendement ne donne pas lieu à une déduction fiscale en vertu de la réglementation applicable dans la juridiction de l'ES, indépendamment de la question de savoir si ce capital est qualifié par la réglementation de fonds propres de base ou de fonds propres complémentaires. On examinera dans cette section les moyens de déterminer le montant de capital « libre » qu'il y a lieu d'attribuer à l'ES en suivant les définitions des dettes/fonds propres en vigueur dans la juridiction où il se trouve.

81. Le régime réglementaire des banques repose sur une réglementation de portée mondiale applicable au groupe bancaire consolidé par son pays d'origine. Cette réglementation vise entre autres choses à faire en sorte que le groupe bancaire consolidé dans son ensemble conserve un volume de capital suffisant pour couvrir les opérations qu'il entreprend et les risques qu'il assume dans le cadre de ses opérations au niveau mondial en exigeant qu'un montant suffisant de fonds propres soit disponible à tous les niveaux d'un groupe bancaire. A cette fin, l'ensemble des fonds propres de chaque banque du groupe bancaire est pris en compte, quelle que soit leur localisation, car l'ensemble des fonds propres est susceptible de servir à combler les pertes encourues au titre de l'un des actifs de cette banque. Si les autorités de tutelle bancaire du pays d'origine suivent les normes du Comité de Bâle, les autorités de tutelle bancaire des pays dans lesquels se trouvent des établissements stables n'essaieront pas, en général, de définir des niveaux de solvabilité pour la banque, ni surtout d'imposer des normes minimales de fonds propres à l'établissement stable.

82. En conséquence, aux fins de la réglementation, il n'est pas nécessaire, ni dans le pays d'origine, ni dans le pays d'accueil, d'allouer formellement du capital « libre » ou d'en doter formellement un établissement stable de sorte que ces opérations (contrairement à celles de la banque elle-même) pourraient être entièrement financées sur fonds empruntés. Toutefois, si les mêmes opérations bancaires étaient réalisées par l'intermédiaire d'une filiale dans le pays d'accueil, les autorités de tutelle lui imposeraient des normes de fonds propres, notamment sur ses fonds propres de base, qui constituent dans une large mesure du capital « libre ». Si les autorités fiscales suivaient l'approche de la réglementation, qui ne tient pas compte de l'attribution de capital à des succursales, la succursale serait beaucoup plus légèrement imposée que la filiale en raison de l'absence de capital « libre ». L'exemple ci-après permettra d'illustrer cet aspect.

Exemple (veuillez noter que les chiffres ne sont indiqués qu'à titre d'illustration)

La Banque Midas (résidente du pays B) effectue des opérations bancaires dans le pays A (dont la monnaie locale est \$) et elle prête 100\$ à un client tiers au taux de 10.2%. La Banque Midas peut emprunter 100\$ sur le marché du pays A au taux de 10%.

Situation 1: la Banque Midas opère par l'intermédiaire d'un ES dans le pays A

Les autorités de tutelle du pays B suivent les normes du Comité de Bâle et s'assurent que la Banque Midas respecte les normes de solvabilité minimale. En conséquence, les autorités de tutelle du pays A n'imposent pas à la succursale de la Banque Midas dans le pays A de détenir un capital réglementaire minimum qui lui soit propre. L'ES de la Banque Midas n'a pas de capital « libre » qui lui soit attribué de sorte que ses opérations sont entièrement financées par l'emprunt, ce qui aboutit, du point de vue comptable, à la marge bénéficiaire brute suivante :

$$\text{Intérêts perçus} = 100 * 10.2\% = 10.2$$

$$\text{Intérêts payés} = 100 * 10.0\% = \underline{10.0}$$

Marge bénéficiaire brute 0.2

Situation 2: la Banque Midas opère dans le pays A par l'intermédiaire d'une filiale, la Midas Ltd

La Midas Ltd est soumise à la tutelle des autorités du pays A qui suivent aussi les normes du Comité de Bâle et s'assurent que la Midas Ltd respecte les normes de solvabilité minimale sur la base de ses activités mondiales. En conséquence, les autorités de tutelle du pays A imposent à la Midas Ltd de respecter un ratio minimum de fonds propres de 8% dont 4% sous forme de fonds propres de base (on considérera qu'il s'agit en totalité de capital « libre » aux termes du code des impôts du pays A).

Calcul des intérêts payés :

Il convient de calculer le montant du capital libéré nécessaire pour financer le prêt. On considérera que le prêt de 100\$ se voit attribuer une pondération des risques de 50% aux termes de la réglementation.

Pour les autorités de tutelle, le capital « libre » (fonds propres de base (« tier 1 »)) doit représenter 4% des actifs pondérés des risques. En conséquence, pour le prêt de 100\$ assorti d'une pondération des risques de 50%, le montant du capital libre doit être égal à 4% de 50 = 2. En conséquence, la banque ne devra emprunter que sur 98\$, les 2\$ restants étant du capital libre sans intérêts. Cela donne du point de vue comptable, la marge bénéficiaire brute suivante :

$$\text{Intérêts reçus} = 100 * 10.2\% = 10.2$$

$$\text{Intérêts payés} = 98 * 10.0\% = \underline{9.8}$$

Marge bénéficiaire brute 0.4

En conséquence, la marge bénéficiaire brute de la filiale, Midas Ltd, est égale au double de celle de la succursale Midas pour la même opération de banque, simplement en raison de différences réglementaires qui lui permettent d'opérer sans capital « libre » . .

83. Il est proposé de ne pas reprendre le résultat ci-dessus à des fins d'imposition. En effet, ce résultat est inacceptable du point de vue de la politique fiscale puisqu'il ne respecte pas le principe de pleine concurrence, ne reflète pas exactement les bénéfices générés au sein de l'ES et ouvre des possibilités considérables d'évasion fiscale.

84. Comme on l'a noté au paragraphe 81 ci-dessus, l'accent mis par la réglementation sur le groupe bancaire consolidé signifie qu'il peut n'être pas nécessaire d'imputer du capital « libre » à l'ES pour se conformer aux réglementations. Cela ne devrait cependant pas affecter l'attribution du capital « libre » à des fins fiscales. Par conséquent, il pourrait être nécessaire de procéder à une attribution de capital « libre » à l'établissement stable dans des conditions de pleine concurrence pour faire en sorte que l'imputation du bénéfice imposable à cet établissement soit conforme au principe de pleine concurrence, même si en fait aucun capital « libre » n'a effectivement été attribué à l'ES en vertu des réglementations ou à d'autres fins.

Première étape – évaluation des risques attribués à l'ES

85. Comme on l'a noté à la section D-1 (i), l'HT utilise une analyse fonctionnelle et factuelle pour attribuer les actifs et les risques à l'ES et la même section note également que le capital et les risques ne sont pas isolés au sein d'une seule entité juridique. Il s'ensuit qu'en vertu de l'HT, il est nécessaire d'attribuer le capital « libre » à l'ES conformément aux risques qui lui sont imputés et qu'il est nécessaire d'évaluer ces risques. De plus, l'HT est conforme au principe de pleine concurrence, dans la mesure où des entreprises indépendantes auraient besoin de plus de capital pour couvrir des actifs financiers « plus risqués ». Elle est également conforme à la partie III, où le capital d'une entreprise effectuant des transactions mondialisées est souvent utilisé essentiellement pour permettre à cette entreprise de prendre des risques plutôt que pour financer la création d'actifs.] En outre, comme on l'a vu au paragraphe 18, l'HT tient compte des risques liés aux postes hors bilan malgré le fait que ces postes peuvent ne pas donner lieu à un besoin de financement immédiat, dans la mesure où le principe est d'attribuer le capital « libre » pour tous les risques. En conséquence, l'attribution de capital « libre » sur la base du niveau de risque (y compris les risques liés à des postes hors bilan) reflète le rôle du capital « libre » dans les entreprises financières, et en suivant le même principe pour toutes les catégories d'entreprises financières, elle présente l'avantage supplémentaire de contribuer à assurer des règles du jeu équitables entre les différentes catégories d'entreprises.

86. La question de savoir comment appliquer en pratique le principe énoncé ci-dessus se pose toujours. Il est difficile d'évaluer les risques et une certaine flexibilité est nécessaire. Pour mesurer les risques imputables à un ES, une approche fondée sur la réglementation peut être utilisée dans le cadre de toutes les méthodes d'attribution du capital « libre » à un ES qui sont envisagées ci-dessous pour la deuxième étape, c'est-à-dire la méthode de répartition du capital, la méthode de quasi sous-capitalisation ou la méthode de sous-capitalisation. Par exemple, une approche fondée sur les réglementations pour évaluer les risques consisterait à pondérer les actifs en fonction du risque par référence aux normes réglementaires acceptées au niveau international du Comité de Bâle qui figurent actuellement dans l'accord de Bâle de 1988 modifié. Il existe des différences entre les approches fondées sur la réglementation qui peuvent être utilisées selon que des indicateurs normalisés sont ou non employés pour certains types particuliers de risques et selon la possibilité de prendre en compte les modèles propres à la banque pour évaluer les risques plutôt que d'adopter les indicateurs normalisés de la BRI.

87. L'accord de Bâle de 1988 est susceptible d'être utilisé pour évaluer les risques attribués à un ES en s'efforçant, dans un premier temps, de pondérer les actifs de la banque en fonction du risque de crédit. En outre, depuis l'adoption en janvier 1996 de l'amendement prévoyant son extension aux risques de marché dans le portefeuille de transaction, l'accord de Bâle peut être utilisé pour pondérer les actifs de la banque en fonction du risque de marché. Cette méthode présente l'avantage de fournir un cadre cohérent sur le plan international pour évaluer les risques, ce qui devrait permettre au pays d'accueil et au pays d'origine de s'entendre plus facilement sur la pondération appropriée des risques, et donc limiter le risque de double imposition, et ce bien que certains pays appliquent une interprétation plus prudente de l'accord ou bien encore imposent des contraintes supplémentaires..

88. Toutefois, cette approche présente l'inconvénient que les critères réglementaires actuellement utilisés pour la pondération des actifs en fonction du risque de crédit en vertu de l'accord de Bâle sont un peu rudimentaires. Par exemple, les risques de crédit sont répartis aux fins de la pondération en 5 catégories seulement : 0, 10, 20, 50 et 100%. La façon dont ces catégories sont actuellement définies aboutit en outre à des résultats parfois étranges – on attribue dans les faits le même risque de crédit à un prêt à une contrepartie notée AAA et à un particulier achetant une voiture. En ce sens, les critères réglementaires actuels ne sauraient constituer qu'un substitut à une approche de pleine concurrence pour l'évaluation des risques, bien que l'on puisse limiter une partie du problème apparent dans la mesure où les scores individuels font l'objet d'une moyenne sur un grand nombre d'actifs. En effet, compte tenu du grand nombre d'actifs intervenant normalement dans une entreprise bancaire, une certaine approximation est inévitable. En outre, d'autres types de risques tels que le risque de taux d'intérêt dans le portefeuille de la banque et le risque opérationnel ne sont pas pris en compte dans la pondération en fonction des risques.

89. Ce qui est encourageant, c'est que les autorités réglementaires sont conscientes des écueils de l'approche actuelle et le Comité de Bâle a publié en juin 1999 une proposition visant à apporter des améliorations en conservant l'accord existant comme approche standardisée (risque de crédit) mais en la modifiant pour le rendre plus précis. On mettra désormais plus l'accent sur une véritable évaluation des risques encourus en plus du risque de marché et de crédit inhérent aux opérations bancaires traditionnelles, par exemple en fixant une charge financière standardisée figurant dans les comptes de la banque au titre du risque de taux d'intérêt et d'autres risques, principalement le risque opérationnel (y compris les risques juridiques et les risques résultant de procédures internes inadaptées ou erronées). La proposition actuelle des milieux internationaux de surveillance bancaire visant à conserver l'approche « standardisée » (risque de crédit) mais à la modifier pour améliorer sa fiabilité est donc tout à fait bienvenue et ouvre la perspective de disposer d'une méthode plus précise et plus acceptable sur le plan international pour mesurer les risques selon le principe de pleine concurrence.

90. Cependant, l'évolution récente des réglementations pose des problèmes fiscaux qu'il y a lieu d'examiner plus en profondeur. L'un de ces faits nouveaux qui a déjà été observé concerne l'utilisation de modèles internes de la banque pour mesurer le risque de marché. L'amendement de janvier 1996 à l'accord de Bâle sur le risque de marché prévoit deux modes de mesure de ce risque. La première est l'approche « standardisée » (risque de marché) qui détermine le capital minimum requis pour les risques de marché « généraux » et « spécifiques ». La seconde consiste à suivre les modèles internes de « valeur en risque » (Mesure en VaR) de la banque, dès lors que ces modèles sont considérés comme acceptables par les autorités de tutelle et que les systèmes de gestion du risque de la banque sont satisfaisants. Contrairement à l'approche « standardisée » (risque de marché), les modèles internes tiennent compte des effets corrélatifs des positions à l'intérieur d'une catégorie de risque ou d'une catégorie à l'autre.

91. La proposition faite en juin 1999 de modifier l'accord de Bâle ouvre également la possibilité d'utiliser des approches autres que l'approche « standardisée » (risque de crédit) pour mesurer ce risque. En particulier, il pourrait être possible à l'avenir d'utiliser les modèles de risque de crédit internes à la banque pour mesurer le risque de crédit au niveau de l'ensemble d'un portefeuille, en se fondant sur des appréciations externes ou internes de la cote de crédit. Ces modèles peuvent être utilisés comme base de mesure des risques de crédit et de marché attribués à un ES sous réserve qu'ils soient approuvés par les autorités réglementaires, appliqués de manière cohérente, et qu'ils soient suffisamment précis, notamment quant aux hypothèses sur lesquelles ils reposent, et qu'ils soient communiqués aux autorités fiscales compétentes afin qu'elles puissent apprécier la conformité des résultats obtenus au principe de pleine concurrence. Il existe aussi des possibilités d'utilisation des modèles propres à la banque pour déterminer les risques opérationnels et autres risques. Toutefois, il faut faire preuve de prudence dans l'utilisation des modèles propres à la banque, en particulier en ce qui concerne le risque opérationnel. Ces modèles peuvent n'être pas fondés sur des conditions observables dans la mesure où le risque opérationnel peut résulter d'événements imprévisibles qui ne sont pas mesurables.

92. En conclusion, et sous réserve du paragraphe suivant, les approches « standardisées » de pondération des actifs en fonction du risque conformément à la version actuelle de l'Accord de Bâle de 1988 modifié semblent constituer un substitut raisonnable de l'évaluation des risques conformément au principe de pleine concurrence et présentent l'avantage de fournir une méthode d'évaluation des risques acceptée au niveau international et suffisamment cohérente. L'évolution des réglementations visant à préserver et à améliorer la fiabilité de l'approche standardisée (risque de crédit) est susceptible d'aboutir à une méthode encore plus exacte d'évaluation du risque de crédit et de fournir par conséquent un substitut plus fiable du principe de pleine concurrence. Les mesures prises dans le domaine de la réglementation qui ne sont pas fondées sur les approches « standardisées » consistant par exemple à utiliser les modèles d'évaluation des risques propres à la banque pour déterminer les risques qui nécessitent des fonds propres réglementaires devraient permettre de disposer d'évaluations plus précises des risques de crédit et de marché et donc de mieux se conformer au principe de pleine concurrence. L'inconvénient potentiel de ces méthodes est lié au fait que, contrairement à l'approche standardisée, elles ne peuvent pas encore être considérées par tous les pays comme directement applicables en vue de l'imposition et risquent de ne pas permettre des vérifications dans des conditions satisfaisantes.

93. Toutefois, étant donné la nécessité d'une certaine flexibilité, il est fait observer que diverses méthodes d'évaluation des risques prévues par les réglementations pourraient être acceptables aussi bien pour la juridiction d'accueil que pour la juridiction d'origine. Il en est ainsi notamment de l'utilisation des modèles d'évaluation des risques propres à la banque, sous réserve qu'ils soient conformes au principe de pleine concurrence, qu'ils soient approuvés par les autorités de tutelle, appliqués de manière cohérente et suffisamment détaillés, par exemple en ce qui concerne les hypothèses sur lesquels repose le modèle interne de la banque, et qu'ils soient communiqués aux autorités fiscales des deux juridictions afin qu'elles puissent vérifier que les conditions ci-dessus ont été remplies. Des problèmes se posent du fait que les modèles de risque des banques sont généralement établis et appliqués sur une base consolidée. En cas de nécessité, ces modèles ainsi que d'autres systèmes devraient faciliter la détermination de la pondération en fonction des risques au niveau de l'ES.

94. De plus, il faut tenir compte du fait que l'HT consiste à évaluer les risques conformément au principe de pleine concurrence plutôt qu'à suivre les méthodes d'évaluation des risques et de pondération des actifs financiers en fonction du risque prévues par les réglementations. Un suivi attentif de l'évolution des réglementations sera nécessaire pour veiller à ce que les changements éventuels n'aient pas d'incidence sur la fiabilité de toute approche prévue par les réglementations comme substitut pour l'évaluation des risques imputables à un ES bancaire conformément au principe de pleine concurrence.

Deuxième étape – détermination du capital « libre » nécessaire pour couvrir les risques attribués à l'ES

95. Après avoir évalué les risques attribués à l'ES, la phase suivante consiste à déterminer le montant des fonds propres nécessaires pour pouvoir faire face à ces risques conformément au principe de pleine concurrence. Il existe un certain nombre d'approches différentes possibles pour calculer le capital « libre » qui peut être attribué à l'ES d'une banque. Ces méthodes sont les suivantes :

- Méthodes de répartition du capital, dans le cadre desquelles le capital « libre » réel d'une banque est réparti conformément à l'attribution des actifs et des risques financiers, ce qui aboutit donc à une imputation de capital à un ES ;
- Méthodes de quasi sous-capitalisation, en vertu desquelles l'ES devrait se voir attribuer au moins le même montant de capital « libre » que celui qu'imposerait la réglementation à une entreprise bancaire indépendante opérant dans le pays d'accueil ; et

- Méthodes de la sous-capitalisation, en vertu de laquelle un ES se verra attribuer le même montant de capital « libre » qu'une entreprise bancaire indépendante exerçant les mêmes activités ou des activités similaires dans les mêmes conditions ou dans des conditions similaires dans la juridiction d'accueil de l'ES.

1. Méthodes de répartition du capital

96. Une approche possible consisterait à répartir le capital « libre » réel de la banque (c'est-à-dire le capital « libre » utilisé pour couvrir les risques liés aux opérations de la banque) conformément à l'attribution des actifs et des risques financiers en commençant par attribuer ces actifs et ces risques puis en pondérant les actifs en fonction des risques conformément aux dispositions standardisées prévues par l'Accord de Bâle. Selon cette approche, le capital est réparti en fonction de la proportion des actifs pondérés en fonction des risques que détient l'ES par rapport au total des actifs pondérés en fonction des risques de l'entité dans son ensemble (approche du ratio de la BRI). Par conséquent, si l'ES possède 10 % des actifs pondérés en fonction du risque de la banque, il se verra attribuer 10 % du capital « libre » de la banque. D'autres versions de la méthode de répartition du capital ne pondèrent pas les actifs en fonction des risques selon une méthode standardisée mais peuvent par exemple utiliser les modèles de détermination des risques propres à la banque. Toutefois, des principes similaires s'appliquent dans la mesure où si l'ES dispose de 10 % du total des actifs et des risques de la banque il se verra attribuer 10 % du capital « libre » de la banque.

97. Il sera nécessaire de répartir de la manière appropriée la totalité du capital « libre » de la banque et non pas seulement le minimum réglementaire, si l'on veut utiliser les méthodes de répartition du capital comme un substitut de l'application du principe de pleine concurrence. En effet, tous les actifs ainsi que tous les risques correspondants de la banque ont été attribués à ses différentes parties, y compris le siège, en vertu de l'analyse fonctionnelle. Dans le cadre d'une attribution des actifs, et surtout des risques, fondée sur une analyse fonctionnelle, il n'y a pas de raison d'imputer une partie du capital « libre » de la banque au siège en se fondant sur le fait qu'il lui appartiendrait d'absorber toute perte exceptionnelle et imprévisible résultant de la réalisation des risques..

98. L'application de cette approche pose un certain nombre de problèmes. Il a été fait observer que si, en principe, la totalité du capital « libre » doit être répartie, il faut exclure des excédents temporaires, résultant par exemple de la vente d'une entreprise. Leur détermination devrait avoir lieu au cas par cas et pose un certain nombre de problèmes pratiques difficiles. Par exemple, un excédent doit-il être exclu même si le produit de la vente d'une entreprise est effectivement réinvesti dans les activités ordinaires de prêt de la banque ? Serait-il nécessaire d'isoler l'excédent d'une certaine façon (par exemple, dans un fonds d'investissement qui n'effectue pas de placements sous forme de prêts) ? De même, un « trésor de guerre » constitué pour acquérir une autre entreprise doit-il être isolé et la banque doit-elle démontrer que les fonds qu'elle a mis de côté ont effectivement été utilisés ultérieurement pour acquérir une autre entreprise ?

99. Il peut y avoir des cas où l'ES exerce des activités d'un type très différent de celles de la banque dans son ensemble (par exemple lorsqu'il exerce des activités de banque privée dans le cadre d'une banque de réseau) ou lorsque les conditions du marché où opère l'ES sont très différentes de celles dans lesquelles opère le reste de la banque (par exemple lorsque le marché de la juridiction d'origine est protégé de sorte que toutes les banques peuvent y opérer avec des niveaux de fonds propres très élevés alors que le marché de la juridiction d'accueil est très concurrentiel de sorte que les banques opèrent dans des conditions beaucoup plus proches du minimum réglementaire). En général, l'accent mis par l'HT sur l'attribution de capital « libre » par référence aux risques courus devrait aboutir à ce que ces différences se traduisent de manière appropriée dans la répartition du capital « libre ». Par exemple, on peut s'attendre à ce que la différence de types d'activité entre la banque privée et la banque de réseau se traduise dans l'évaluation des risques et par conséquent dans la répartition du capital. Cependant, dans les cas où les différences,

notamment dans les conditions du marché, ne se traduisent pas de manière appropriée dans l'évaluation des risques, les résultats de l'approche par la répartition du capital peuvent se situer en dehors de l'intervalle de pleine concurrence à moins que des ajustements suffisamment exacts ne puissent être effectués pour tenir compte des différences dans l'exercice de l'activité et les conditions dans lesquels il opère.

100. L'autre point qu'il est nécessaire d'examiner lors de la détermination du capital « libre » à répartir est la méthode sur laquelle est fondée la déclaration sur le niveau de fonds propres que les autorités de tutelle exigent d'une banque pour pouvoir vérifier qu'elle remplit les conditions relatives au niveau minimal de ses fonds propres. Le plus souvent, les groupes bancaires sont tenus de transmettre un rapport sur une base « consolidée » englobant l'entité bancaire elle-même et toutes ses filiales. Cependant, un rapport sur une base individuelle (« solo ») applicable à la seule entité bancaire, peut être exigé. De plus, si certaines conditions sont remplies, les autorités de tutelle peuvent autoriser l'entité bancaire à modifier son rendement « solo » afin d'y inclure le capital investi dans des filiales « solos consolidées » dans son calcul des fonds propres réglementaires (base « solo consolidée »).

101. Les principes fiscaux généraux sont fondés sur le respect des entités juridiques distinctes au sein d'un groupe multinational. Il résulte donc de ces principes que l'HT doit être appliquée de manière à n'attribuer à l'ES que les fonds propres réglementaires de l'entité bancaire dont il fait partie (base « solo »). Sur cette base, on exclurait de la répartition tout capital détenu dans des filiales de l'entité bancaire. Cependant, l'application de l'HT à une entité bancaire « solo » peut poser des problèmes lorsque cette entité bancaire est sous-capitalisée, par exemple parce que des montants importants de son capital sont détenus dans des filiales et parce que ces investissements ne sont pas indiqués de manière appropriée dans son bilan. Dans ces cas, une approche autre que la répartition du capital peut être nécessaire pour aboutir à un résultat de pleine concurrence.

102. Dans cette section, on s'efforcera de définir pour les pays Membres de l'OCDE un cadre accepté d'un commun accord facilitant une approche par la répartition du capital. Ce cadre ne couvre pas toutes les questions en particulier celles afférentes aux déductions à autoriser lors du calcul du montant des fonds propres, à la période sur laquelle il y a lieu de calculer les ratios de fonds propres (éventuellement en utilisant une sorte de moyenne pondérée ou mobile) ou à la manière de traiter les problèmes de change lorsque les actifs et les fonds propres attribués pour les couvrir sont libellés en devises différentes. Il y a lieu également de noter que le pays d'accueil peut rencontrer des difficultés dans l'obtention des informations nécessaires pour appliquer cette approche d'une manière cohérente dans tous les pays où la banque effectue des opérations.

2. Méthode de répartition du capital économique

103. Une autre méthode de répartition du capital « libre » a été suggérée : elle est fondée non pas sur des évaluations du capital réglementaire mais par référence au capital économique. Cette méthode est susceptible d'être conforme à l'HT dans la mesure où elle est fondée sur l'évaluation des risques. Sa justification réside dans le fait que les autorités réglementaires n'envisagent que les types de risques qui les préoccupent et ne se soucient pas des autres types de risques qui peuvent avoir une incidence plus forte sur la rentabilité de la banque. Une telle approche devrait se fonder sur les évaluations du risque et du capital économique propres à la banque et ces évaluations ne semblent pas encore suffisamment au point pour que l'on puisse s'y fier. Cependant, à la suite de l'évolution intervenue dans ce domaine, les évaluations économiques de l'usage du capital pourraient constituer un substitut acceptable pour parvenir à un résultat qui se situe à l'intérieur de l'intervalle de pleine concurrence.

3. Les différentes méthodes possibles d'attribution du capital — Quasi sous-capitalisation

104. Une autre possibilité consisterait à exiger que l'ES dispose au moins du montant minimal de capital « libre » requis par la réglementation (capital « libre » réglementaire minimum) comme le ferait une entreprise bancaire indépendante opérant dans le pays d'accueil (*méthode de la quasi sous-capitalisation*). Le capital « libre » réglementaire minimum serait déterminé conformément aux normes réglementaires et aux définitions fiscales en vigueur dans la juridiction d'accueil. Il existe diverses méthodes possibles de quasi sous-capitalisation, selon que les actifs sont ou non pondérés en fonction du risque, selon que les risques résultant des postes hors bilan sont ou non inclus, etc.

105. La méthode de la « quasi sous-capitalisation » vise surtout à fournir un moyen administrativement simple de s'assurer que l'ES ne peut disposer de capital « libre » d'un montant inférieur à celui du capital « libre » réglementaire minimum applicable à une entreprise bancaire indépendante opérant dans la même juridiction.. Cependant, des problèmes pourraient se poser dans le cas où l'ES se verrait attribuer en vertu de la réglementation utilisée par la juridiction d'origine un capital « libre » d'un montant inférieur au minimum réglementaire en vigueur dans le pays d'accueil. Dans de tels cas, il pourrait y avoir double imposition parce que le pays d'origine limiterait les bénéfices de l'ES donnant droit à un allègement de la double imposition, afin de tenir compte du montant moins élevé de capital « libre » nécessaire selon sa conception de l'application du principe de pleine concurrence.

106. Les risques de double imposition suscitent moins d'inquiétude lorsque l'approche est appliquée en tant que régime de protection (par exemple lorsque l'ES est tenu de disposer de « capital libre » d'un montant au moins égal à un pourcentage fixe des actifs de l'ES) et lorsque le contribuable a la possibilité de démontrer que l'ES a en fait besoin de capital « libre » d'un montant inférieur au pourcentage correspondant au régime de protection. Cette démonstration devrait être fondée sur les principes énoncés dans cette section. Par exemple, si le contribuable souhaitait soutenir que le niveau du capital « libre » dont il a besoin est inférieur au chiffre correspondant au régime de protection fondé sur un ratio calculé uniquement par rapport aux actifs et sans prise en compte des risques, il serait également tenu d'évaluer les risques attribués à l'ES (y compris ceux qui correspondent aux éléments hors bilan).

107. Il y a d'autres cas dans lesquels cette approche peut poser des problèmes. Le fait de n'attribuer que le montant minimum réglementaire à chacune des juridictions où la banque dispose d'un ES a pour effet que tout capital « libre » excédant ce montant est en fait attribué au siège... Toutefois, l'effet d'une telle approche est que la juridiction d'accueil n'utilise pas tous ses droits d'imposition en vertu de l'article 7 et que, par conséquent, des problèmes de double imposition ne risquent guère de se poser. Des problèmes d'imposition insuffisante se poseraient si la juridiction d'origine devait atténuer la double imposition par référence au montant de bénéfices correspondant au principe de pleine concurrence, même si la juridiction d'accueil a perçu l'impôt sur une assiette moindre, comme cela se produit fréquemment dans le cas de certains systèmes d'exemption.

4. Les différentes méthodes d'attribution du capital — sous-capitalisation

108. Une autre méthode consisterait à exiger que l'ES dispose du même montant de capital « libre » que des banques indépendantes exerçant les mêmes activités ou des activités similaires dans les mêmes conditions ou dans des conditions similaires dans la juridiction de l'ES, en effectuant une analyse de comparabilité de ces entreprises bancaires indépendantes (*méthode de la sous-capitalisation*).

109. Lorsqu'on effectue l'analyse de comparabilité, l'élément essentiel à prendre en compte est le suivant : l'entité comparable n'est pas simplement toute entreprise bancaire indépendante mais toute entreprise bancaire indépendante exerçant les mêmes activités que l'ES ou des activités similaires dans les mêmes conditions ou dans des conditions similaires. Des précautions sont nécessaires lorsqu'on effectue la comparaison avec des entreprises indépendantes. Lorsqu'on admet comme hypothèse que la succursale est

une entreprise distincte, celle-ci est de taille plus petite que la banque dans son ensemble et par conséquent elle est comparable à des entreprises bancaires indépendantes qui sont également de plus petite taille. Cependant, il y a peu de chances que l'on puisse comparer de petites banques indépendantes à un ES qui fait partie d'une grande entreprise bancaire. Ces banques indépendantes sont susceptibles d'exercer des types d'activités différentes, d'avoir des profils de risque différents et des catégories de clients différentes de ceux de l'ES auquel elles sont comparées. En résumé, de petites banques indépendantes ne constituent peut-être pas une référence fiable à utiliser pour l'attribution de capital à un tel ES.

110. Parmi les facteurs à prendre en compte pour s'assurer qu'il est possible de trouver des éléments de comparaison appropriés, les plus importants sont peut-être les suivants :

- la structure du capital de l'entreprise dans son ensemble ;
- le montant minimal de capital « libre » que les autorités réglementaires du pays d'accueil exigeraient d'une banque indépendante résidente exerçant les mêmes activités ou des activités similaires dans les mêmes conditions ou dans des conditions similaires ;
- l'éventail des structures réelles de capital de banques indépendantes du pays d'accueil exerçant les mêmes activités ou des activités similaires dans les mêmes conditions ou dans des conditions similaires (pour faire apparaître le fait que les banques indépendantes du pays d'accueil opèrent en général avec des niveaux de capital « libre » supérieurs au minimum réglementaire) ;

Comme on l'a indiqué aux paragraphes 1.15 et 1.17 des Principes directeurs, s'il y a des différences matérielles entre les caractéristiques économiques significatives de l'ES et les banques du pays d'accueil, il y a lieu de procéder à des ajustements suffisamment exacts pour prendre en compte ces différences afin que la condition de comparabilité soit remplie.

111. Comme la méthode de la quasi sous-capitalisation, la méthode de la sous-capitalisation présente l'avantage d'éviter certains des problèmes que pose la détermination du montant du capital à imputer, par exemple en utilisant une basse solo consolidée. Cependant, selon la méthode de la sous-capitalisation, il est parfaitement possible d'attribuer aux différentes parties de l'entreprise des fonds propres supérieurs ou inférieurs à ceux que possède l'entreprise dans son ensemble. En pratique, les banques exercent souvent des activités plus risquées en dehors de leur pays d'origine et, par conséquent, l'établissement stable considéré par hypothèse comme une entreprise distincte est susceptible d'avoir besoin de plus de fonds propres que des entreprises bancaires indépendantes opérant dans le même pays afin de couvrir les opérations plus risquées qu'il effectue. Lorsqu'on utilise la méthode de la sous-capitalisation, les fonds propres de la banque risquent plutôt de faire l'objet d'une double imposition que d'une sous-imposition, à moins que le caractère plus risqué des activités de l'ES ne soit pris en compte de manière appropriée

5. Régimes de protection

112. La méthode de la quasi sous-capitalisation, comme celle de la sous-capitalisation peuvent être utilisées en liaison avec un régime de protection. Les Principes directeurs examinent en détail les avantages et les inconvénients des régimes de protection en général avant de conclure au paragraphe 4.123 que « eu égard aux considérations qui précèdent, des régimes dérogatoires en faveur de certaines catégories de contribuables pour la détermination des prix de transfert ne sont généralement pas jugés souhaitables et la mise en place de régimes de protection n'est donc pas recommandée ». Cependant, ainsi qu'il est noté au paragraphe 4.96, cette section des Principes directeurs ne traitera pas non plus « des dispositions fiscales destinées à empêcher l'endettement « excessif » d'une filiale étrangère (règle relative à la « sous-capitalisation ») qui feront l'objet de travaux ultérieurs. Ces travaux sont actuellement en cours et

consisteront à examiner notamment les risques de double imposition ou de sous-imposition résultant de l'utilisation de régimes de protection pour traiter des questions de sous-capitalisation.

b) Attribution de capital autre que « libre » à un ES

113. Pour des raisons commerciales ou fiscales, les banques incluent généralement dans leurs fonds propres réglementaires non seulement le capital « libre » mais aussi d'autres types de capitaux semi-permanents portant intérêts, tels que de la dette subordonnée. Les investisseurs exigent un rendement plus élevé pour ces types de dette pour tenir compte des dispositions restrictives qui leur sont applicables par comparaison avec les dettes classiques. Selon le principe de pleine concurrence, il sera nécessaire de prendre en compte ces fonds propres afin que l'ES puisse déduire le montant approprié d'intérêts versés. Par exemple, si des fonds propres complémentaires sont levés par une partie de l'entreprise sous forme de dette subordonnée, il ne serait pas justifié que celle-ci supporte toutes les charges d'intérêts concernant cette dette qui a été contractée au profit de la banque dans son ensemble.

114. Il existe dans l'ensemble deux méthodes différentes de prise en compte de ce capital selon l'approche générale adoptée pour attribuer le capital et déterminer les intérêts versés. La première consisterait à traiter le capital réglementaire autre que le capital « libre » de la même manière que le « capital libre ». Dans une méthode d'attribution du capital, une solution consisterait à appliquer le ratio de du Comité de Bâle de la banque dans son ensemble pour attribuer à la fois les fonds propres de base et les fonds propres complémentaires (l'approche « pure » du ratio de la BRI décrite en annexe 1). Dès lors, en appliquant la méthode de la quasi sous-capitalisation, l'ES serait tenu de détenir au moins le même capital réglementaire minimum (et non pas seulement le capital « libre » réglementaire minimum comme une entreprise indépendante opérant dans le pays d'accueil. De même, dans le cadre d'une approche fondée sur la sous-capitalisation, l'ES serait considéré comme disposant du même montant de capital (pas seulement de capital « libre ») qu'une entreprise bancaire indépendante exerçant les mêmes activités ou des activités similaires dans les mêmes conditions ou dans des conditions similaires dans la juridiction de l'ES.

115. La seconde méthode consisterait à n'attribuer que le capital « libre » selon la méthode de répartition préférée (répartition du capital, quasi sous-capitalisation et sous-capitalisation). Ainsi, selon la méthode de la répartition du capital, le ratio de la BRI concernant l'ensemble de la banque serait utilisé pour n'imputer que le capital « libre » aux fonds propres de base d'un ES (l'approche du ratio « corrigé » de la BRI décrite à l'annexe 1). Toutefois, le capital autre que le capital « libre » serait pris en compte pour la détermination des intérêts versés par l'ES et/ou pour la rémunération de l'exercice des fonctions de trésorerie. Bien que ces questions soient traitées en général dans le cadre de la deuxième étape de l'HT (voir section D-2(iii) (b)), il est commode de les traiter ici. Il existe diverses manières de traiter cette question selon la méthode choisie pour rémunérer la fonction de trésorerie et pour calculer le taux d'intérêt applicables aux transactions internes.

116. Dans le cadre de certaines méthodes, il ne sera pas nécessaire de procéder à un ajustement du fait que le taux d'intérêt plus élevé applicable à la dette subordonnée aura déjà été suffisamment pris en compte dans le calcul du taux applicable aux « intérêts » des transactions internes. Les fonds levés par la banque proviennent de sources diverses et se voient appliquer des taux d'intérêt variables. Certains fonds sont obtenus sans intérêt ou à des taux d'intérêt très faibles, tandis que d'autres donnent lieu à des taux d'intérêt élevés, par exemple ceux qui correspondent à la dette subordonnée relevant des fonds propres complémentaires. Par conséquent, si, par exemple, des transactions internes « portant intérêt » sont facturées à un taux « composite » calculé de manière à faire apparaître la répartition des financements à différents taux d'intérêt et différentes échéances, il ne devrait pas être nécessaire de procéder à d'autres ajustements pour déterminer les versements d'intérêts de pleine concurrence de l'ES.

117. Selon d'autres méthodes, il serait nécessaire de procéder à un ajustement parce que la méthode utilisée pour fixer un prix des transactions internes ne refléterait pas exactement le taux d'intérêt plus élevé qui serait dû. Par exemple, le prix des transactions internes pourrait être fixé par référence aux taux d'intérêt interbancaires mais ce taux ne constitue peut-être pas un élément de comparaison approprié en l'absence d'ajustement reflétant le dosage réel des financements de la banque dont l'ES fait partie.

118. Il y a lieu de souligner que le but de toutes les approches décrites ci-dessus est le même, à savoir que le montant des intérêts versés (défini selon les règles de classification du pays d'accueil) allégué par l'ES n'excède pas le montant qui serait conforme au principe de pleine concurrence. Par conséquent, le résultat d'ensemble de l'application de l'une des approches ci-dessus devrait être similaire.

c) *Conclusions sur l'attribution de capital à l'ES*

119. L'attribution du capital entre différentes parties d'une entreprise exerçant des activités bancaires constitue une étape essentielle dans le processus d'attribution de bénéfices à un ES bancaire. Elle détermine la quantité de capital dont l'ES bancaire serait censé disposer selon l'HT et le traitement approprié des fonds propres de base et des fonds propres complémentaires qui résulte des réglementations fiscales en vigueur dans la juridiction de l'ES. Cela reflète l'opinion généralement admise selon laquelle un ES bancaire, comme tout autre type d'ES, devrait disposer de fonds propres suffisants pour assumer les fonctions qu'il exerce, les actifs qu'il utilise et les risques qu'il assume. Pour cette raison, la méthode par laquelle le capital est attribué constitue une décision importante afin d'éviter ou de réduire au minimum la double imposition.

120. Le processus de consultation a montré qu'il existe au niveau international un consensus entre les gouvernements et les entreprises sur le principe selon lequel un ES bancaire, comme tout autre type d'ES, doit disposer de capital suffisant, pour assumer les fonctions qu'il exerce, les actifs qu'il utilise et les risques qu'il assume. Toutefois, le processus de consultation a également montré qu'il ne sera pas possible de mettre au point une approche unique acceptée au niveau international pour procéder à cette attribution de capital, y compris de capital « libre ». En outre, un examen de la législation interne des pays Membres de l'OCDE montre que les opinions diffèrent beaucoup quant à l'approche préconisée pour l'attribution de capital, et par conséquent il ne sera pas possible de définir une hiérarchie d'approches acceptée au niveau international.

121. L'objet principal des travaux de l'OCDE est plutôt d'explicitier les principes en vertu desquels une telle attribution devrait être effectuée et de donner des indications sur l'application pratique de ces principes d'une manière souple et pragmatique. Ces travaux devraient fournir des indications sur l'élaboration des législations internes des pays et seraient particulièrement utiles pour résoudre les différends dans le cadre de l'article 25 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE. En tant que telles, toutes les approches décrites dans cette section sont en général susceptibles d'aboutir à un résultat de pleine concurrence, bien qu'il puisse y avoir des cas particuliers dans lesquels l'approche utilisée n'aboutit pas à un résultat de pleine concurrence, de sorte qu'il pourrait être nécessaire de faire preuve d'une certaine souplesse et d'utiliser d'autres approches.

122. Il est également intéressant de souligner que, de même que pour les autres questions concernant les prix de transfert, l'application du principe de pleine concurrence pour l'attribution de capital est susceptible de donner une fourchette de résultats plutôt qu'un chiffre unique. De plus, ainsi qu'il est noté au paragraphe 1.69 des Principes, il peut être utile dans les cas difficiles d'utiliser plus d'une méthode de fixation des prix de transfert. L'attribution de capital à un ES bancaire constitue un bon exemple de cas difficile et par conséquent il peut être parfois instructif d'utiliser plusieurs méthodes d'attribution du capital pour procéder à une vérification de bon sens du résultat d'ensemble.

123. Enfin, il faut rappeler que l'article 7 met l'accent sur la recherche d'une détermination appropriée des compétences fiscales de la juridiction d'accueil en ce qui concerne les entreprises non résidentes. Il est probable que chaque état Membre de l'OCDE n'adoptera qu'une seule des méthodes convenues pour l'attribution du capital et pourrait donc exiger que les contribuables suivent cette méthode dans leur juridiction lors du calcul des bénéfices d'un ES selon le principe de pleine concurrence. Une double imposition risque de se produire lorsque l'approche requise par le pays d'origine pour calculer les bénéfices d'un ES pouvant prétendre à un allègement de la double imposition diffère de l'approche utilisée dans la juridiction d'accueil. La procédure amiable prévue à l'article 25 peut être utilisée pour régler les différends entre la juridiction d'accueil et la juridiction d'origine, y compris dans les cas où les pays utilisent des méthodes différentes dans le cadre de leur législation interne.

iv) Ajustement des intérêts versés déclarés par un ES pour l'attribution de capital

124. Une fois que le montant de pleine concurrence de capital attribué à un ES a été déterminé, il y a lieu de procéder à une comparaison avec le capital effectif affecté à l'ES par la banque. Lorsque le montant de capital attribué par la banque est inférieur au montant de pleine concurrence, il y aura lieu de procéder à un ajustement approprié du montant des intérêts déductibles déclarés par l'ES pour tenir compte du montant de capital de la banque qui est effectivement nécessaire pour financer les opérations de prêt de l'ES. L'ajustement sera effectué conformément aux réglementations en vigueur dans la juridiction de l'ES, sous réserve des dispositions de l'article 7.

125. Il y a lieu de noter que la juridiction de l'ES peut imposer un montant inférieur à celui qui serait conforme au principe de pleine concurrence si aucun ajustement n'est effectué pour accroître le montant de capital « libre » attribué. L'article 7 met l'accent sur la détermination des compétences fiscales qu'il y a lieu d'attribuer à la juridiction de l'ES, celle-ci ne pouvant percevoir un impôt sur un montant supérieur au bénéfice de pleine concurrence. Aucun ajustement n'est requis par l'article 7 dans ce cas. Toutefois, les juridictions des pays d'accueil peuvent souhaiter exercer la totalité de leurs compétences fiscales en ajustant en hausse le montant du capital « libre ». L'article 7 autorise cet ajustement sous réserve que la juridiction du pays d'accueil ne procède pas à un ajustement à la hausse excédant le montant de pleine concurrence. Des méthodes susceptibles d'être utilisées pour procéder à cet ajustement sont examinées à la section C-2(iv) d) de la partie I et sont également applicables aux banques. Les développements figurant à la section D-1 (iii)(b) sur l'attribution du capital autre que libre peuvent apporter des précisions intéressantes. De plus, il y a lieu de tenir compte de la discussion qui figure à la section D-2(iii) b) sur les transactions internes portant intérêt, dans la mesure où beaucoup de méthodes d'ajustement du capital comportent un ajustement du taux d'intérêt applicable aux transactions internes.

126. Un problème se pose également dans la situation inverse de celle qui est mentionnée ci-dessus, à savoir lorsque l'ES s'est vu attribuer un montant de capital qui excède l'intervalle de capital « libre » conforme au principe de pleine concurrence. Ce cas peut se présenter par exemple à cause d'une disposition de la législation interne sur le capital attribué. Dans ce cas, la juridiction d'accueil perçoit un impôt plus élevé que le montant autorisé par l'article 7. En conséquence, si en vertu de la législation fiscale interne, le montant de capital « libre » devait excéder l'intervalle de capital de pleine concurrence, l'article 7 exigerait que ce montant soit ramené à l'intérieur de cet intervalle. Inversement, la banque peut attribuer un montant excessif de capital « libre » à un ES, par exemple lorsque celui-ci est soumis à un taux d'imposition faible et que la banque souhaite maximiser les déductions d'intérêts dans sa juridiction d'origine ou au niveau d'un ES soumis à un taux d'imposition plus élevé. Dans de tels cas, l'ES doit être imposé conformément à l'HT et être par conséquent considéré en vue de l'imposition comme disposant seulement d'un montant de capital « libre » d'un montant compris dans l'intervalle de pleine concurrence.

127. Un autre problème se pose dans la situation extrême où l'ES ne dispose pas d'actifs nécessitant un financement mais a entrepris des activités correspondant à des postes hors bilan. Bien qu'il s'agisse d'un exemple extrême, il est examiné plus en profondeur car il montre bien l'un des principes essentiels examinés dans le projet. Selon l'HT, il y aurait lieu de tenir compte du capital nécessaire à l'ES afin de lui permettre de couvrir les risques correspondant aux postes hors bilan. En général, l'ajustement des bénéfices pour tenir compte du rôle du capital prend la forme d'une réduction des intérêts versés. Cependant, dans cette situation extrême, l'ES ne verse pas d'intérêts, dans la mesure où les postes hors bilan ne nécessitent pas de financement au moment où la transaction est engagée.

128. L'approche correcte consiste à envisager une entreprise indépendante se trouvant dans une situation similaire. Une telle entreprise aurait également besoin de capital pour couvrir les risques correspondant à des postes hors bilan et ce capital serait probablement investi dans des actifs produisant des revenus. Par conséquent, par analogie, l'ES pourrait également se voir attribuer des revenus fondés sur l'investissement probable de son capital « libre ». L'une des manières d'y parvenir consisterait à imputer un « prêt » de l'ES au site de l'entreprise chargé des fonctions de trésorerie, ce qui aurait pour effet de verser des intérêts à l'ES.

129. Un autre problème se pose dans le cas où toutes les opérations de l'ES sont financées à l'aide d'emprunts contractés auprès de tiers. Est-il encore nécessaire de refuser la déduction d'une partie des intérêts versés en fonction d'un certain montant de capital « libre » ? La réponse est qu'un tel ajustement serait conforme à l'article 7 étant donné que l'ES, s'il est considéré comme une entreprise distincte, disposerait de capital libre comme on l'a déjà vu dans ce rapport. Cependant, comme on l'a noté au début de cette section, l'article 7 n'exige pas un tel ajustement lorsque le pays d'accueil applique un impôt sur un montant de bénéfices industriels ou commerciaux correspondant à l'évaluation du capital « libre » de l'ES à un niveau inférieur à l'intervalle de pleine concurrence.

130. Des problèmes pratiques se posent quant aux modalités d'un tel ajustement. Lorsque l'ES emprunte des fonds à l'établissement chargé de la trésorerie, un ajustement du capital « libre » est susceptible d'être effectué en ce qui concerne la transaction interne « portant intérêt ». Cependant, cette solution n'est pas possible lorsque les emprunts de l'ES sont totalement contractés auprès de tiers. L'une des manières d'effectuer effectivement l'ajustement du capital « libre » consisterait là encore à imputer un « prêt » de l'ES à l'établissement de l'entreprise chargé des fonctions de trésorerie, ce qui aurait pour effet de réduire la déduction des taux d'intérêt de l'ES en fonction du montant du « capital libre ».

D-2 Deuxième étape : détermination des bénéfices de l'entreprise considérée par fiction comme distincte sur la base d'une analyse de comparabilité

131. Comme on l'a vu à la partie I de ce rapport, l'analyse fonctionnelle et factuelle de la première étape de l'HT devrait admettre de manière appropriée l'hypothèse que l'ES et le reste de la banque sont des entreprises associées, chacune exerçant des fonctions, utilisant des actifs et prenant des risques. Des actifs financiers auront également été attribués à l'ES, en tant « qu'ayant droit économique » de ces actifs, de manière à rémunérer les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque aboutissant à la création (vente/négociation) et à la gestion ultérieure (gestion de risque) de ces actifs. De plus, comme on l'a vu, d'autres caractéristiques importantes (par exemple, le capital « libre » et la cote de crédit) vont aussi faire l'objet d'une attribution fictive à l'ES et au reste de la banque.

132. La seconde étape de l'HT consiste ensuite à appliquer, par analogie, les recommandations figurant dans les Principes directeurs aux éventuelles relations économiques (transactions) entre l'entreprise distincte fictive et le reste de la banque. Par exemple, bien que les actifs financiers aient pu être attribués à l'ES dans le pays A en vertu du fait que cet établissement assumait les principales fonctions

entrepreneuriales de prise de risque aboutissant à la création des actifs financiers, il est possible que d'autres parties de l'entreprise aient exercé d'autres fonctions en liaison avec ces actifs. Il est nécessaire de rémunérer ces fonctions afin de faire en sorte que l'ES situé dans le pays A se voie attribuer un bénéfice de pleine concurrence. L'approche privilégiée par l'HT consisterait à enregistrer tous les revenus des actifs financiers dans les documents comptables de l'ES situé dans le pays A en tant « qu'ayant droit économique » du portefeuille et à lui attribuer les dépenses correspondant aux transactions en rémunération de pleine concurrence des fonctions exercées par d'autres parties de l'entreprise. Plus précisément, la notion d'analyse de comparabilité servira à attribuer les bénéfices en liaison avec ces transactions en effectuant une comparaison avec des transactions réalisées entre des entreprises indépendantes.

133. On trouvera des recommandations d'ordre général sur la réalisation de telles comparaisons dans la Section C-2(iv) de la Partie I du présent rapport. Cette section traitera des modalités d'application de ces recommandations à un établissement stable bancaire, effectuant des opérations d'emprunt et de prêt.

i) Prise en compte des transactions

134. Comme l'indique la partie I du présent rapport, les recommandations figurant au paragraphe 1.28-1.29 et au paragraphe 1.36-1.41 des principes peuvent être appliquées par analogie pour rechercher si une transaction a eu lieu et si la forme que lui a donnée le contribuable peut ne pas être prise en compte ou être modifiée. Il va tout d'abord falloir vérifier s'il existe une quelconque transaction en rapport avec l'établissement stable avant de décider si la transaction telle qu'on l'a trouvée doit servir de référence à l'analyse utilisée pour déterminer une attribution de bénéfices de pleine concurrence. En ce qui concerne la question du seuil, la Partie I du présent rapport poursuit en notant qu'on devrait s'abstenir de conclure à l'existence de transactions internes entre différentes parties de l'entreprise, à moins qu'elles ne se rattachent à un « événement réel et identifiable » (par exemple le transfert physique de stocks, la prestation de services, l'utilisation d'actifs incorporels, un changement de la division de l'entreprise qui utilise un actif, le transfert d'un actif financier, etc...) qui se serait produit entre eux. Le paragraphe conclut qu'une "analyse fonctionnelle devrait être effectuée afin de déterminer si cet événement doit être considéré comme une transaction interne ayant une importance économique."

135. On considère qu'il est relativement simple, en principe, d'appliquer les recommandations précédentes à des opérations ayant trait à la prestation de services au sein d'une banque. On y reviendra plus en détail à la section D-2 (iii)(g) ci-dessous.

136. Toutefois, on se heurte à d'autres problèmes lorsque l'on essaye d'appliquer ces recommandations à des transactions portant sur des actifs financiers, compte tenu de la nature des activités bancaires traditionnelles. Le fonds de commerce d'une banque réside dans ses actifs financiers – ses prêts. Cela étant, ces actifs ne sont pas corporels au sens où ils n'existent que sous forme de mécanismes contractuels et d'enregistrements dans les comptes de la banque. Contrairement à un actif corporel, il peut être difficile de déterminer où les actifs financiers se trouvent dans la banque et, une fois qu'on a trouvé où ils se trouvent, s'ils ont été transférés à une autre composante de l'entreprise ou si une autre composante de l'entreprise a commencé à s'en servir. Ces difficultés sont aggravées par l'impact de la réglementation, qui peut signifier que les actifs sont "comptabilisés" en un lieu où aucune des fonctions touchant à la création ou à la gestion de cet actif n'a été ni ne sera exercée.

137. Comme on l'a vu pour la première étape, dans le contexte de l'ES, il n'est pas possible de se référer à des accords contractuels comme on pourrait le faire pour des transactions entre des entreprises juridiquement distinctes et par conséquent, l'HT se fonde au contraire en définitive sur l'analyse fonctionnelle et factuelle pour déterminer où se trouve « l'ayant droit économique » des actifs financiers et des risques, plutôt que de tenir compte du lieu où ils sont comptabilisés. « L'ayant droit économique » des

actifs financiers et des risques ne se trouve pas là où ils sont comptabilisés si les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque liées à leur création n'ont pas été exercées en ce lieu. Logiquement, les mêmes principes doivent aussi s'appliquer en ce qui concerne les transactions se ramenant au transfert de la « propriété » d'actifs financiers à une autre partie de l'entreprise. De même, une écriture comptable ayant pour effet de retirer les actifs et les risques des comptes d'un ES et de les transférer sur les comptes d'une autre partie de l'entreprise ne serait pas considérée comme un transfert de la « propriété économique », à moins que le transfert ne s'accompagne du transfert des fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque et du transfert de la prise en charge des perspectives de bénéfice et de risque de l'actif. Cette question est traitée plus en détail à la section D-2(iii)(f). De plus, il y a des cas dans lesquels les transferts d'actifs et de risques ne sont pas pris en compte parce qu'ils n'ont pas été effectués dans les conditions commerciales normales qui prévaudraient entre des entreprises indépendantes (voir le paragraphe 1.38 des Principes, qui examine les circonstances dans lesquelles des transactions entre entreprises associées ne seraient pas non plus prises en compte ou seraient ajustées conformément à la réalité économique et commerciale).

138. Lorsqu'une autre partie de l'entreprise exerce des fonctions importantes, telles que la gestion du risque, liées aux actifs dont l'ES était initialement « propriétaire », il y a lieu de tenir compte de ces transactions lors de l'attribution du bénéfice. La question est de savoir si l'exercice des fonctions importantes est suffisante pour signifier que la « propriété » des actifs financiers est transférée ou si ces fonctions peuvent être rémunérées au moyen d'une opération de pleine concurrence telle que le versement d'une commission pour services rendus. Cette évaluation doit être effectuée au cas par cas à la suite d'une analyse approfondie de la nature exacte des fonctions exercées et d'une analyse de comparabilité portant sur la manière dont cette fonction est rémunérée entre des entreprises indépendantes. Ces questions sont traitées plus en détail ci-après (voir section D-2 (iii)(e) en ce qui concerne la gestion et le transfert de risque et section D-2(iv), où le transfert de l'actif résulte de l'exercice de fonctions d'agent ou d'intermédiaires.

139. Comme on l'a noté à la section C-2(ii) de la Partie I de ce Rapport, lorsque l'examen du comportement des parties montre que les clauses de la transaction n'ont pas été suivies de sorte qu'il n'y a pas eu de transfert réel des fonctions correspondantes ou des perspectives de risque ou de profit de l'actif, le transfert de l'actif serait considéré comme une fiction et par conséquent il n'en serait pas tenu compte en vue de l'imposition. De même, effectuer un transfert du lieu où un actif existant est comptabilisé sans transférer aucune des fonctions ni des perspectives de bénéfices ou des risques n'aboutirait pas à un changement de « propriété » économique de cet actif ni à la prise en compte de transactions concernant cet actif, bien que le lieu de comptabilisation reçoive une rémunération de pleine concurrence pour l'exercice de fonctions administratives liées à cet actif, telles que la gestion de prêts.

140. La situation est plus complexe parce que les fonctions et les risques associés à certains actifs financiers peuvent parfois être ventilés de telle manière que les fonctions soient exercées et les risques gérés par plus d'une partie de l'entreprise. Par exemple, certaines fonctions, mais pas toutes, liées à la gestion des risques d'un portefeuille d'actifs financiers pourraient être transférées vers une autre partie de l'entreprise. Dans ce cas, il peut y avoir des transactions susceptibles de devoir être prises en compte ou le portefeuille peut être exceptionnellement traité comme « appartenant » conjointement à plus d'une partie de l'entreprise. On y reviendra plus en détail à la section D-1(i) pour les fonctions de vente/négociation et à la section (iii) ci-dessous pour la gestion du risque d'un actif financier existant (e), ainsi que pour les transferts d'actifs financiers (f).

141. Le problème se pose de savoir dans quelle mesure des transactions doivent être prises en compte dans les mêmes conditions que des transactions entre entreprises associées. Par exemple, le fait que des transactions soient documentées est-il suffisant pour qu'elles soient prises en compte à des fins fiscales ? Est-il nécessaire de prévoir des mesures de sauvegarde additionnelles, par exemple en exigeant que

l'activité corresponde à la transaction documentée, et/ou de tester la réalité économique de la transaction par l'existence de moyens humains et financiers suffisants pour évaluer et entreprendre la transaction. Si, comme on l'a noté à la partie I, les documents disponibles jouent un rôle très important dans l'appréciation de l'existence d'une transaction, le seul recours à ces documents ne suffit pas par rapport à ce qui est envisagé dans les Principes directeurs, en particulier pour les transactions liées à l'attribution des risques. Comme l'indique le paragraphe 1.25 « les fonctions exercées (compte tenu de la structure de propriété des actifs utilisés et des risques assumés) déterminent dans une certaine mesure la répartition des risques entre les parties, et donc les termes dont chacune d'entre elles devrait bénéficier si les transactions se faisaient dans des conditions de pleine concurrence ».

142. On peut lire ensuite au paragraphe 1.26 : « conformément à l'analyse qui sera conduite ci-après à propos des modalités contractuelles, il est possible de rechercher si la répartition des risques qui est indiquée est conforme à la nature économique de la transaction. A cet égard, c'est en général le comportement des parties qui doit être considéré comme l'élément le plus judicieux pour déterminer la répartition effective des risques ». Enfin, selon le paragraphe 1.27 : « dans l'examen de la nature économique de la répartition des risques qui est indiqué, il y a lieu également de rechercher quelles seraient les conséquences de cette répartition dans le cadre de transactions de pleine concurrence. Dans le cadre de telles transactions, il est généralement rationnel pour les parties de se voir attribuer une plus grande part des risques sur lesquels elles peuvent exercer un certain contrôle ».

143. Si l'on rapproche ces recommandations de celles qui figurent au paragraphe 1.28 sur les clauses contractuelles, on peut constater que, même pour des transactions entre entreprises associées, le recours aux documents justificatifs ne suffit pas, notamment en ce qui concerne la répartition des risques. Etant donné l'absence de contrats juridiquement contraignants entre les différentes parties d'une même entreprise, il semble rationnel que l'HT se fonde en dernier ressort sur une analyse factuelle et fonctionnelle pour déterminer la réalité économique derrière toute opération liée à la répartition des risques. La transaction dont le contribuable fournit les pièces justificatives constituerait une base de départ utile pour cette analyse mais ne serait pas déterminante s'il apparaît qu'elle est incompatible avec l'analyse fonctionnelle et factuelle et, par conséquent, avec la réalité économique. Cette question est examinée plus en détail à la section D-2(iii) (e) et (f), qui traite de la gestion du risque (y compris le transfert de risque) et des transferts d'actifs financiers.

144. A partir du moment où le seuil ci-dessus a été franchi et où l'existence d'une transaction a été mise en évidence, l'HT applique, par analogie, les recommandations qui figurent aux paragraphes 1.36 à 1.41 des Principes. Cela signifie que, sauf dans les deux cas exposés au paragraphe 1.36, l'administration fiscale « ne devrait pas faire abstraction des transactions effectives ni leur substituer d'autres transactions ». Des problèmes pratiques liés à l'évaluation des transactions internes peuvent se poser, en particulier lorsqu'on ne dispose pas de données du marché, mais ces difficultés peuvent aussi se présenter en ce qui concerne l'évaluation de transactions entre entreprises associées.

ii) *Application des méthodes de prix de transfert pour attribuer des bénéfices*

145. Une fois que l'on a établi l'existence d'une transaction et qu'il n'y a lieu ni d'ignorer ni de caractériser cette transaction telle que structurée par le contribuable, la question suivante qui se pose est de déterminer si le bénéfice imputé à cette transaction par la banque est conforme au principe de pleine concurrence. Cette détermination est effectuée en appliquant les recommandations figurant dans les Principes directeurs sur la comparabilité, par analogie, dans le cas d'un établissement stable bancaire. On procède ainsi à une comparaison de la rémunération des *transactions* au sein de la banque avec des *transactions* comparables entre des entreprises indépendantes, compte tenu des 5 déterminants de la comparabilité énoncés au chapitre I des Principes.

146. En outre, l'HT stipule que toutes les méthodes figurant dans les Principes peuvent être appliquées dans le contexte de l'ES pour déterminer le bénéfice devant être attribué en ce qui concerne la transaction par référence à des transactions comparables sur le marché libre. Dans un premier temps, il convient d'étudier les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions pour voir si l'on dispose de points de comparaison avec des transactions sur le marché libre. Dans ce contexte, les recommandations des paragraphes 2.7, 2.14 et 2.34 doivent être prises en compte lorsque l'on constate des différences entre la transaction et la transaction sur le marché libre dans le cadre des méthodes du prix comparable sur le marché libre, du prix de revente et du prix de revient majoré, respectivement. Comme l'indique le paragraphe 2.7, "Une transaction sur le marché libre est comparable à une transaction contrôlée, "si l'une des deux conditions suivantes est remplie : 1. aucune différence entre les transactions (*dans le contexte de l'établissement stable, entre la transaction sur le marché libre et la transaction*) faisant l'objet de la comparaison ou entre les entreprises effectuant les transactions n'est susceptible d'avoir une incidence sensible sur le prix d'un marché libre ; ou 2. des correctifs suffisamment exacts peuvent être apportés pour supprimer les effets matériels de ces différences."

147. L'activité d'une banque traditionnelle comprend l'emprunt et le prêt d'argent. L'argent est un bien mondial et l'application du premier critère de comparabilité, à savoir les caractéristiques des biens ou services, ne devrait donc pas poser beaucoup de problèmes, lorsqu'on utilise des actifs financiers traditionnels, tels que des prêts ou des obligations. Néanmoins comme l'indique le paragraphe 1.19 des Principes directeurs « les différences dans les caractéristiques spécifiques des biens ou des services expliquent souvent, au moins en partie, les différences dans leur valeur sur le marché libre ». Parmi les caractéristiques qui peuvent être importantes en ce qui concerne les actifs financiers, on peut mentionner les suivantes : le principal en cause, l'échéance de l'actif financier, le taux d'intérêt (taux d'actualisation) applicable, la devise dans laquelle l'actif financier est libellé, les droits respectifs des différentes parties en cas de défaillance , etc.. S'il n'y a pas d'autres différences dans les autres déterminants, il devrait être relativement simple de trouver des transactions comparables et d'appliquer les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions en s'appuyant sur les statistiques du marché. Toutefois, il pourrait être difficile de trouver des transactions comparables pour des instruments financiers plus exotiques et pour les instruments utilisés dans le cadre de transactions faisant intervenir des dispositifs de couverture interne.

148. Le second déterminant, à savoir l'analyse fonctionnelle, pose plus de problèmes. Même s'il y a peu de différences de produits, il peut y avoir des différences considérables dans la nature des fonctions exercées et plus particulièrement des risques assumés en ce qui concerne les transactions. Ces transactions peuvent être structurées différemment de la façon dont sont structurées des transactions entre entreprises indépendantes. Par exemple, l'exercice de fonctions connexes peut être fractionné entre différentes composantes de l'entreprise, alors que ces fonctions seraient toujours exercées conjointement par des entreprises indépendantes, de sorte qu'il devient difficile d'évaluer les transactions de façon isolée et d'appliquer de façon fiable, l'une ou l'autre des méthodes traditionnelles fondées sur les transactions. Ces problèmes se produisent de plus en plus souvent dans des transactions entre entreprises associées et le chapitre III des Principes approuve le recours aux autres méthodes (méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfiques) dans des situations où les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions du chapitre II ne peuvent pas être appliquées de façon fiable. La section suivante consacrée à l'éclatement des fonctions examinera plus en détail l'application des méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfiques à un ES bancaire.

149. En ce qui concerne le troisième déterminant de la comparabilité, à savoir les clauses contractuelles, il ne semble pas que son application dans le domaine bancaire pose des difficultés conceptuelles particulières, bien que des difficultés pratiques puissent se présenter en raison de l'absence de documentation à jour ou d'autres preuves de l'intention des parties, etc.. Il convient de suivre la recommandation d'ordre général figurant dans la partie I du présent rapport afin de déterminer la division des responsabilités, des risques et des avantages entre les parties prenantes à la transaction.

150. Dans certains pays, les transactions internes ne sont souvent pas bien documentées et cela pose le problème de savoir comment déterminer les clauses d'une transaction. Cependant, les entreprises associées ne communiquent souvent pas non plus les documents concernant les transactions et cette question est traitée dans les indications qui figurent au paragraphe 1.28 des Principes. Ces indications peuvent être appliquées, par analogie, en considérant que les « clauses de la transaction sont équivalentes aux « relations contractuelles ». Par conséquent, « à défaut de dispositions écrites, les relations contractuelles entre les parties doivent être déduites de leur comportement ainsi que des principes économiques qui régissent habituellement les relations entre des entreprises indépendantes ».

151. Cette analyse doit être très attentive car déterminer la véritable répartition des risques lors de l'attribution à un ES de bénéfices générés par des transactions bancaires revêt une importance considérable. Cette importance s'explique par la relation étroite entre les bénéfices attendus et les risques assumés dans le cadre des activités bancaires. On reviendra plus en détail sur cet aspect à propos de 2 types d'opérations bancaires courantes : les opérations faites en qualité d'agent ou d'intermédiaire et les transferts de risques et d'actifs financiers.

152. Une question va revêtir une importance particulière lors de l'application des recommandations d'ordre général sur le quatrième déterminant de la comparabilité (situations économiques) pour attribuer un bénéfice à un ES bancaire. C'est l'impact de la réglementation, en particulier des différences de régimes réglementaires évoquées précédemment à la section B. Conformément aux recommandations du paragraphe 1.30 des Principes, il convient de considérer que les différences de régimes de réglementation bancaire sont susceptibles d'affecter la comparabilité avec le marché. Par exemple, il n'est peut-être pas approprié de traiter des statistiques de marché provenant d'un marché moins réglementé comme un moyen de comparaison avec des opérations sur un marché plus réglementé, sans procéder à des ajustements suffisamment précis de ces différences de réglementation.

153. On considère que l'application des recommandations générales sur le dernier déterminant de la comparaison (stratégies des entreprises) pour attribuer un bénéfice à un ES bancaire ne soulève pas de difficultés particulières. Il convient de prendre en compte toutes les stratégies pertinentes des entreprises déterminées à partir de l'analyse fonctionnelle et factuelle prévue dans la première étape de l'HT.

154. Les commentaires qui précèdent reposent sur la comparaison de transactions individuelles avec des transactions individuelles sur le marché libre. Dans la pratique, l'activité d'une banque se compose généralement d'un grand nombre d'actifs financiers et de transactions analogues. En conséquence, il est sans doute particulièrement judicieux d'appliquer les recommandations sur les transactions agrégées qui figurent au paragraphe 1.42 des Principes dans le contexte bancaire. Par exemple, une analyse de comparabilité pourrait être effectuée entre des transactions convenablement agrégées et des transactions sur le marché libre convenablement agrégées comme un portefeuille de prêts étroitement liés et analogues.

155. Après avoir évoqué en termes généraux les modalités d'application de la deuxième étape de l'HT pour attribuer un bénéfice à un ES bancaire, la prochaine section s'attachera plus en détail à certaines situations spécifiques qui se manifestent couramment.

iii) Activités bancaires traditionnelles

156. Lorsque, à la suite de l'analyse fonctionnelle et factuelle, on constate que l'ES exerce des activités bancaires traditionnelles, c'est-à-dire qu'il intervient comme emprunteur et prêteur de fonds, un certain nombre de questions fiscales peuvent se poser quant à la façon de rémunérer l'exercice de ces fonctions et les éventuelles "transactions" correspondantes entre l'ES et le reste de l'entreprise. On examinera plus en

détail dans cette sous-section ces fonctions et transactions (à l'exception des fonctions d'agent ou d'intermédiaire, qui sont examinées à la section D-2 (iv) ci-dessous).

157. La première étape de l'HT a permis de déterminer quelles parties de l'entreprise ont exercé les fonctions énumérées précédemment au paragraphe 8 nécessaires à la création de l'actif financier. Si, toutes les fonctions nécessaires à la création du prêt ont été exercées par l'ES, il ne devrait pas être difficile de déterminer une rémunération de pleine concurrence pour l'exercice de ces fonctions. Les éventuelles transactions liées à l'exercice de ces fonctions auront été conduites directement par l'ES et devraient donc avoir été réalisées à des prix de pleine concurrence, soit par définition parce qu'elles ont été réalisées avec des entreprises indépendantes, soit par application des règles habituelles des prix de transfert si elles ont été effectuées avec des entreprises associées.

158. Il devrait tout de même être nécessaire d'envisager de procéder à un ajustement du montant des intérêts versés à des tiers de façon à refléter le montant de capital « libre » de la banque nécessaire au financement des opérations de prêt de l'ES, conformément aux recommandations données plus haut à la section D-1 (iv). Il peut également s'avérer nécessaire d'effectuer un autre retraitement afin de refléter le montant de capital autre que « libre ». Il convient également de noter qu'il peut y avoir certains problèmes d'attribution en ce qui concerne les autres fonctions ne touchant pas à la création de l'actif, comme la gestion ultérieure de l'actif et l'apport d'un soutien général et d'une infrastructure convenable, par exemple, dans le cadre des fonctions centralisées du siège social. On y reviendra dans d'autres sections.

159. Toutefois, le plus souvent, la première étape de l'HT a montré que certaines fonctions aboutissant à la création du nouvel actif financier ont été exercées par d'autres composantes de l'entreprise. Ces fonctions représentent des transactions entre l'ES et d'autres composantes de l'entreprise qui devront être prises en compte dans la deuxième étape de l'HT pour permettre l'attribution d'un bénéfice de pleine concurrence à l'ES. On analysera plus en détail dans la sous-section suivante ces transactions.

a) *Fonctions de vente et de soutien*

160. L'application du principe de pleine concurrence à l'exercice des fonctions de vente et de soutien dans le cadre de transactions mondialisées a été évoquée plus en détail dans les Sections C-2 (I) et (ii) de la Partie III du présent rapport. On considère que ces recommandations s'appliquent également aux fonctions de vente et de support d'une entreprise bancaire énumérées au paragraphe 8 ci-dessus, même si les situations dans lesquelles les fonctions de vente ou de support sont aussi intégrées soit avec d'autres fonctions, soit entre différents lieux sont sans doute plus rares. En d'autres termes, il doit être assez souvent possible de recourir aux méthodes traditionnelles fondées sur les transactions du chapitre II des Principes pour attribuer un bénéfice concernant des transactions touchant à ces fonctions et des données de marché peuvent être disponibles auprès de courtiers ou de sociétés de services administratifs. De plus, il ne semble pas y avoir de difficultés particulières pour appliquer la recommandation générale de l'Hypothèse de travail préconisant d'assimiler, aux fins de l'analyse de comparabilité, “transactions au sein d'une entreprise” et “transactions entre entreprises associées”.

b) *Fonctions de trésorerie et mouvement interne de fonds/transactions portant intérêts*

161. Comme les opérations de trésorerie constituent une part importante de toute activité bancaire, il paraît important de se pencher brièvement sur les modalités d'application de l'HT à l'exercice des fonctions de trésorerie et à l'évaluation des opérations de mouvement interne de fonds et des transactions portant « intérêt » entre différentes composantes de la même entreprise.

162. Il y a tout un éventail de fonctions susceptibles d'être exercées par les services de trésorerie d'une banque et par les divisions de l'entreprise qui collectent des fonds destinés à être employés par une autre division de la même entreprise. Cela va, à un extrême, des fonctions complexes organisées en tant que centres de profit proches du plein exercice des fonctions bancaires jusqu'à, à l'autre extrême, des fonctions d'agent ou d'intermédiaire. L'analyse des fonctions de trésorerie amène à examiner un certain nombre de points, en particulier la question de savoir si les transactions entre un établissement stable et le service de trésorerie sont effectuées à un prix conforme au principe de pleine concurrence et si elles sont effectuées dans des conditions similaires à celles dans lesquelles des entités indépendantes opéreraient pour leur propre compte. Souvent, la banque aura son propre système de prix de transfert applicables au financement interne qui régira les conditions dans lesquelles les fonds sont transférés entre les différentes unités de l'entreprise et le service de trésorerie. Il serait particulièrement souhaitable que ce mécanisme interne permette d'affecter/de répartir les marges d'intérêt entre les différentes unités et le service de trésorerie au sein de la banque conformément au principe de pleine concurrence. L'objet de cette section est de donner des indications générales sur la marche à suivre à cet égard.

163. Il sera essentiel de procéder, dans le cadre de la première étape de l'HT, à une analyse fonctionnelle et factuelle complète. Cette analyse devra s'attacher à mettre en évidence les fonctions précisément exercées (en particulier les risques assumés) dans le cadre des éventuelles transactions de trésorerie ou transactions portant intérêt ainsi que les composantes de l'entreprise qui les exerce.

164. Les systèmes de tarification appliqués aux transferts internes de fonds par le service de trésorerie peuvent être utilisés pour transférer des risques de taux d'intérêt et de liquidité des succursales/établissements au service de trésorerie de manière à permettre une gestion efficace de ces risques, sous réserve que ces transferts soient pris en compte (voir section D-2(iii)(e)) et à imputer aux différents ES le coût des fonds collectés par la banque dans son ensemble. De tels systèmes peuvent comporter une différenciation selon les lignes de produit ou les segments du marché (par exemple en fixant des objectifs différents en matière de bénéfices et de rémunérations) faciliter la fixation d'objectifs de rentabilité pour l'entité, et servir de base à la fixation des prix appliqués aux clients. En conséquence, les tarifications appliquées aux transferts internes de fonds qui sont également utilisés à des fins fiscales doivent être analysés avec soin pour vérifier leur compatibilité avec le principe de pleine concurrence.

165. La deuxième étape de l'HT consistera à appliquer les méthodes de détermination des prix de transfert des Principes directeurs pour comparer les transactions à des transactions sur le marché libre, afin qu'elles soient effectuées à des conditions de pleine concurrence et puissent être utilisées pour attribuer un bénéfice de pleine concurrence à l'ES. Lors de cette analyse, la comparaison devra reposer sur la transaction telle qu'elle a été structurée par le contribuable, à savoir en considérant le montant, la devise, la durée, les autres conditions contractuelles ainsi que toute opération de couverture correspondante sauf dans les deux cas mentionnés au paragraphe 1.37 des Principes. On devra conserver à l'esprit les cinq déterminants de la comparabilité que l'on a évoqués plus haut dans la section D-2 (ii), par exemple, les éventuelles différences de conditions sur le marché dues à la réglementation.

166. Compte tenu du large éventail des opérations de trésorerie, il est probable qu'il faudra recourir à diverses méthodes. Les prix comparables sur le marché libre peuvent servir, en particulier pour les opérations plus routinières. A l'autre extrême, lorsqu'il y a une intégration considérable des fonctions de trésorerie, il se peut qu'il ne soit pas possible d'appliquer de façon fiable les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions. Il faudra alors appliquer des méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfices. Il se peut également que la fonction de trésorerie soit organisée de façon à reproduire un accord de répartition des coûts (ARC) entre entreprises associées, de sorte que l'on devra suivre la recommandation du chapitre VIII des Principes.

167. Il convient en outre d'étudier trois autres questions qui découlent d'une opération de trésorerie. La première se rattache à la conclusion déjà examinée selon laquelle chaque partie de l'entreprise bancaire participe à la cote de crédit de la banque dans son ensemble et aux conséquences de cette conclusion pour effectuer une analyse de comparabilité. La seconde porte sur la question de savoir s'il existe un risque de crédit à prendre en compte pour toute transaction interne « portant intérêt » dans la mesure où il n'existe pas de risque de défaillance d'une partie de l'entreprise vis-à-vis d'une autre partie de la même entité juridique. La réponse à ces questions (sauf dans les circonstances exceptionnelles décrites au paragraphe 29, où il existe un différentiel de crédit entre l'ES et le reste de l'entreprise) consiste à utiliser comme élément de comparaison des transactions dans le cadre desquelles il n'existe pas de différentiel de crédit ou à ajuster des transactions par ailleurs comparables pour éliminer les effets du différentiel de crédit.

168. La troisième a trait aux pertes, notamment aux gains et pertes de change sur les actifs financiers. Dans le cadre de l'HT, la fonction qui résulte de l'évaluation et de la prise du risque de change relatif à ces actifs doit se voir rémunérer pour avoir assumé et ensuite supporté ces risques et doit aussi se voir attribuer les éventuelles pertes résultant de la réalisation de ces risques.

169. En pratique, les banques utilisent des méthodes diverses pour fixer les prix des transactions internes portant intérêt et rémunérer les fonctions de trésorerie. L'une de ces méthodes pourrait consister à fixer le prix de la transaction interne portant intérêt en utilisant un taux comparable du marché interbancaire pour rémunérer la fonction d'emprunt et de prêt et rémunérer séparément toute fonction complémentaire de gestion de trésorerie au moyen d'une commission pour services rendus ou en ajoutant une marge à ce taux. Ce taux d'intérêt interne est susceptible d'être calculé en admettant que la totalité des fonds est empruntée. Comme on l'a noté à la section D-1(v) ci-dessus, un ajustement devra être effectué pour faire apparaître le capital « libre » attribué à l'ES, comme indiqué en section D-1(iii)(b), et un autre ajustement devra également être effectué pour tenir compte des éléments comportant des taux d'intérêt plus élevés, tels que les dettes subordonnées, qui n'apparaissent pas de manière appropriée dans le taux d'intérêt comparable. Il est également possible que certaines transactions internes portant intérêt soient directement identifiées et évaluées en conséquence, par exemple, en ce qui concerne les transactions effectuées par un agent ou un intermédiaire (voir section D-2 (iv)). Il y a lieu de souligner que la méthode utilisée n'a pas d'importance dès lors qu'une rémunération de pleine concurrence est versée aux fonctions de trésorerie et que le prix des transactions internes portant intérêt est fixé à l'intérieur d'un intervalle de pleine concurrence qui reflète de manière appropriée la structure des fonds propres, y compris du capital « libre » de l'ES, admise comme hypothèse.

c) *Garanties internes*

170. Comme on l'a noté à la section D-1(ii), le problème se pose de savoir s'il y a lieu d'envisager des transactions semblables à des garanties entre l'ES et le siège. Comme on l'a vu à la section D-1(ii) les transactions similaires à des commissions de garantie ne seront pas imputées en vertu de l'HT.

d) *Fonctions de vente/négociation*

171. Dans le cadre des activités bancaires traditionnelles, contrairement aux transactions mondialisées, il est généralement possible d'établir à partir de l'analyse fonctionnelle que les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque conduisant à la création de l'actif ont été exercées en un seul lieu. Dans de tels cas, la rémunération de l'exercice des principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque consisterait à attribuer l'actif financier au site où les fonctions de vente/de négociation sont exercées, celui-ci étant considéré comme « l'ayant droit économique » de l'actif financier et comme devant percevoir et verser les intérêts correspondants. La section D-1(i) a analysé le cas où les principales fonctions

entrepreneuriales de prise de risque aboutissant à la création de l'actif ont été exercées sur plus d'un site et a examiné les moyens de déterminer la partie de l'entreprise qui constitue « l'ayant droit économique » des actifs financiers et des risques.

172. La question de savoir comment rémunérer certains aspects des fonctions de vente/négociation exercées par des parties de l'entreprise qui ne sont pas désignées comme étant « l'ayant droit économique » des actifs financiers et des risques n'est pas pour autant résolue. L'exercice de ces fonctions de vente/négociation sera qualifié de transactions entre les différentes parties de l'entreprise et l'on s'efforcera de les comparer avec des transactions entre parties indépendantes. Toutes les méthodes approuvées dans les Principes directeurs peuvent être utilisées pour effectuer cette détermination, à commencer par les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions qui sont décrites au chapitre II. Aucune difficulté théorique particulière n'est envisagée dans cette détermination. En effet, ces fonctions de vente/négociation ont généralement un caractère routinier étant donné que la partie entrepreneuriale essentielle de prise de risque de la fonction de vente/négociation a été exercée ailleurs, c'est-à-dire sur le site qui est considéré comme l'ayant droit économique des actifs financiers et des risques.

e) *Fonctions de gestion du risque et transferts de risque*

173. Comme on l'a noté à la section B-3, il est important de faire la distinction entre la prise de risque initiale et la prise en charge ultérieure de ces risques. Selon l'HT, la prise initiale de risque a lieu là où les fonctions correspondantes sont exercées. La fonction de vente/négociation, qui constitue en général la principale fonction entrepreneuriale de prise de risque, aboutit à la prise en charge initiale de l'ensemble des risques liés aux actifs financiers nouvellement créés. Ces risques seront supportés par la suite par le site qui a exercé les fonctions de vente/négociation à moins qu'à la suite d'une transaction, ce soit un autre site qui prenne et assume ces risques. Suivant l'HT, tout transfert de risque de ce type devrait être accompagné d'un transfert de la fonction de gestion du risque. Lorsqu'une autre partie de l'entreprise exerce les fonctions de gestion du risque liées à ces actifs, il y a une transaction potentielle à prendre en compte.

174. La question essentielle est de savoir si cette transaction devrait simplement rémunérer l'exercice des fonctions de gestion du risque ou si elle devrait également comporter la prise en compte d'un transfert des risques gérés, c'est-à-dire que désormais c'est le site chargé de la gestion du risque qui assume ces risques. Cette section examine plus en détail les fonctions de suivi et de gestion des risques.

175. Le suivi des risques présente un intérêt au niveau de toute la gamme de risques et fait intervenir tous les systèmes d'information sur les risques et de déclaration des risques. Les systèmes de contrôle interne assurent le suivi de l'utilisation de facilités par rapport à des limites de risque qui ont été fixées et permettent de rendre compte des dépassements. Par exemple, le risque de crédit peut faire l'objet d'un suivi du point de vue de l'évaluation du risque et de sa qualité (la probabilité de défaillance du débiteur) ainsi que de la concentration des risques du portefeuille de prêt. Le suivi du risque de crédit est essentiel dans la mesure où la défaillance d'un petit nombre de clients importants peut générer des pertes considérables pour la banque. Lorsque la fonction de suivi du risque est relativement peu élaborée, il devrait être possible d'utiliser les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions pour attribuer les bénéfices correspondant aux transactions liées à cette fonction. En revanche, lorsque cette fonction est tellement intégrée avec d'autres (par exemple la fonction de gestion du risque) qu'il n'est pas possible de l'évaluer séparément, l'utilisation d'autres méthodes peut s'avérer nécessaire.

176. Étant donné la nature de cette fonction, il est peu probable que le suivi des risques donne lieu à la prise en charge des risques qui en font l'objet. En conséquence, toute opération visant à rémunérer l'exercice des fonctions de suivi des risques, par exemple une commission pour services rendus, serait

fondée sur la rémunération de la fonction et n'inclurait pas une transaction transférant les risques qui font l'objet du suivi.

177. La gestion du risque dans le cadre d'une entreprise bancaire traditionnelle (c'est-à-dire d'une entreprise qui exerce des fonctions d'emprunt et de prêt) a subi des modifications considérables depuis la publication du rapport de 1984. Traditionnellement, cette fonction ne comportait que la gestion du risque de crédit liée aux comptes de la banque (activités de prêt traditionnelles). Plus récemment, la gestion des risques de marché (risques de taux d'intérêt et risques de change) correspondant aux prêts consentis à la clientèle est également devenue une fonction importante exercée au sein des banques (et souvent gérée par les services de trésorerie) et dans les banques plus modernes, certains risques de marché peuvent être transférés à un portefeuille de négociation (« trading book »). Il est admis qu'il existe des différences quant aux risques courus et quant à la manière dont ces risques sont gérés entre une activité bancaire traditionnelle et des transactions mondialisées. Néanmoins, on estime que les indications qui figurent dans la partie III du présent rapport au sujet de la rémunération des fonctions de gestion du risque peuvent être utiles dans le contexte de l'évaluation des fonctions de gestion du risque d'une entreprise bancaire traditionnelle.

178. La méthode de rémunération de l'exercice de la fonction de gestion du risque dépendra de la nature exacte de la fonction exercée et des risques gérés, ainsi que de la question de savoir si l'exercice de la fonction de gestion des risques amène à prendre et à assumer par la suite tout ou partie des risques qui sont gérés. Comme le note la section C-1 (ii) de la partie III du présent rapport sur la négociation et la gestion du risque), il peut être nécessaire d'utiliser des méthodes fondées sur les bénéfices lorsqu'il n'est pas possible d'appliquer de manière fiable les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions pour rémunérer l'exercice des fonctions de gestion du risque. Cela peut se produire lorsque des entreprises indépendantes exerçant des fonctions similaires de gestion du risque demanderaient une part des bénéfices ou lorsque la fonction de gestion des risques est tellement intégrée avec les autres fonctions qu'il n'est pas possible de procéder à une évaluation isolément. Il peut s'agir d'une part des bénéfices bruts ou nets.

179. Comme on l'a noté ci-dessus, il sera nécessaire de rechercher si l'exercice des fonctions de gestion des risques doit également aboutir à la prise en compte d'une opération qui a pour effet de transférer effectivement les risques qui sont gérés, de sorte qu'ils sont pris et supportés par le site chargé de la gestion des risques. Cette détermination aura lieu au cas par cas suivant l'analyse factuelle et fonctionnelle. En premier lieu, il est intéressant de noter, dans le cadre des principes généraux énoncés à la section D-2 i), qu'il n'est pas possible de prendre en compte un transfert de risque vers un site à moins que ce site n'exerce les fonctions de gestion de ces risques et n'ait la capacité d'évaluer, de contrôler et de gérer ces risques.

180. L'analyse fonctionnelle devrait également envisager les différents niveaux de gestion du risque au sein de la banque. Selon l'HT, c'est la gestion active du risque au jour le jour qui aboutit à la prise en charge de ces risques. La gestion plus stratégique du risque, par exemple les fonctions « intermédiaires » décrites à la section B-1 iv), n'aboutirait pas en général à la prise de risque par le site qui exerce les fonctions de gestion stratégique des risques. Entre des entreprises juridiquement distinctes, il y aurait un critère additionnel dans la mesure où l'entreprise à laquelle les risques sont transférés devrait également disposer d'un capital suffisant pour absorber les pertes résultant de la réalisation des risques qui ont été pris. Cependant, lorsque l'ES appartient à une entreprise dans laquelle le capital n'est pas cloisonné, ce capital est réparti sur la base des fonctions exercées et des risques courus et par conséquent c'est le capital qui suit les risques et non le contraire.

181. Il y a lieu également de noter que le transfert peut ne porter que sur certains des risques correspondant à un actif financier, par exemple le site chargé des fonctions de vente/négociation peut assumer le risque de crédit mais transférer le risque de marché à un portefeuille de négociation. Cependant,

dans le contexte d'activités bancaires traditionnelles, l'importance relative du risque de crédit est telle que c'est la gestion du risque de crédit qui est susceptible de constituer la principale fonction entrepreneuriale de prise de risque pour la gestion permanente de l'actif et, par conséquent, un transfert de l'actif n'est en général pas admis si la gestion du risque de crédit n'est pas transférée.

182. L'analyse factuelle et fonctionnelle devrait également être effectuée à la fois du point de vue de l'auteur du transfert et de son bénéficiaire. Par exemple, l'analyse fonctionnelle et factuelle peut montrer que le site chargé des fonctions de vente/négociation a géré les risques de change liés à un portefeuille d'actifs pendant une longue période, élaboré une stratégie de gestion du risque, mis en place des systèmes de suivi, etc., de sorte que même si un autre site finit par se charger de certaines fonctions limitées de gestion du risque de change liée à ce portefeuille, il ne serait pas justifié de considérer qu'il y a eu un transfert de ces risques.

183. Lorsqu'il y a transfert de certains des risques liés à un actif financier, par exemple lorsque le risque de crédit continue à être assumé par le siège alors que le risque de marché est transféré à l'ES, cela a une incidence sur l'attribution de capital (voir section D-1 iii) ci-dessus). Le capital ne sera plus attribué uniquement au siège car une partie de ce capital est nécessaire pour couvrir les risques de marché pris et assumés par la suite par l'ES.

f) *Transferts d'actifs financiers existants*

184. Dans ce rapport, on a envisagé jusqu'à présent le cas où l'actif financier est resté sur le site où il a été créé, sur la base du lieu où les fonctions de vente/négociation qui ont conduit à sa création ont été exercées, ainsi que, dans la section précédente, le cas où les risques ont été transférés.

185. La question à examiner dans cette section est de savoir quelles sont les mesures à prendre lorsque les livres et enregistrements comptables du contribuable montrent qu'un actif a été transféré par la suite vers une autre partie de l'entreprise. Selon l'HT, il faut décider s'il y a lieu d'admettre un tel transfert. Comme on l'a vu à la partie I de ce rapport, l'HT se fonde sur une analyse fonctionnelle pour rechercher s'il y a eu « un événement réel et identifiable » donnant lieu à une transaction à prendre en compte en vue de l'attribution de bénéfices. Dans le cas d'un actif financier, un transfert comptable de cet actif doit s'accompagner d'un événement réel et identifiable, tel qu'un changement dans les fonctions liées à cet actif. Le transfert d'un actif financier existant là où il est enregistré comptablement sans transfert des fonctions, ni de la prise en charge des bénéfices, ni des risques afférents à cet actif ne donnerait lieu à aucune transaction concernant cet actif. En pratique, la plupart des fonctions importantes en cours liées à un actif existant sont des fonctions de gestion du risque. Par conséquent, les indications qui figurent à la section précédente peuvent être appliquées.

186. Si le transfert d'actifs particuliers est considéré comme une transaction conformément aux critères indiqués ci-dessus, l'étape suivante consiste à attribuer des bénéfices concernant cette transaction. En général, l'analyse de comparabilité aboutira à conclure que le transfert de l'actif financier équivaut à une cession et à une acquisition supposées à prix du marché. La partie de l'entreprise qui acquiert l'actif financier se verra attribuer à la date d'acquisition les versements et perceptions ultérieures d'intérêts correspondant à la propriété de cet actif. L'actif financier sera également attribué à l'acquéreur aux fins de l'attribution du capital de la banque (voir section D-1 iii) ci-dessus). Les autres fonctions nécessaires à la gestion de l'actif financier seront rémunérées comme on l'a déjà vu dans les établissements où elles sont désormais exercées.

187. Certains pays considèrent que l'HT, comme on l'a vu dans cette section et dans la section précédente, n'assure pas une protection suffisante contre les transferts d'actifs et de risques motivés par des

considérations fiscales. En outre, il est fait observer qu'afin de répondre aux préoccupations exprimées ci-dessus, c'est au contribuable que doit incomber la charge de démontrer clairement qu'une transaction doit être considérée comme aboutissant à un transfert d'actifs et de risques. Néanmoins, les états peuvent souhaiter s'assurer que l'HT ne primera pas sur une quelconque législation nationale destinée à prévenir l'utilisation abusive de pertes fiscales ou de crédits d'impôts en transférant la localisation d'actifs financiers ou de risques. De plus, lorsque leur droit interne ne reconnaît pas, dans certaines circonstances, des transactions déficitaires entre entreprises du même groupe, les états peuvent considérer que l'HT ne requerra pas la reconnaissance de transactions analogues afin de déterminer les profits de l'ES.

g) Services rendus par le siège

188. Dans une entreprise bancaire, il apparaît nécessaire que le siège dispose d'une infrastructure considérable de services support pour exercer ses activités. Ces services couvrent toute une gamme d'activités, de la gestion stratégique à la centralisation de la paie et des fonctions comptables. L'existence de ces fonctions support doit être envisagée dans l'attribution de bénéfices aux différentes parties de l'entreprise. L'HT doit appliquer les indications qui figurent dans les Principes directeurs, en particulier les chapitres VII et VIII, pour déterminer si les fonctions de soutien doivent être rémunérées et, dans l'affirmative, le montant de cette rémunération. La partie I de ce rapport examine la manière dont ces indications peuvent être appliquées, par analogie, à un ES et rend compte du test de l'HT dans le domaine bancaire.

189. L'une des différences entre l'HT et la situation actuelle est due au fait que, selon l'HT, le principe de pleine concurrence est appliqué pour déterminer la rémunération du service rendu. L'application de ce principe tient compte non seulement du prix appliqué au service mais, conformément aux indications du chapitre VII, aussi de la question de savoir si, dans des conditions de pleine concurrence, les deux parties auraient conclu un contrat pour la fourniture de ce service. Comme on l'a noté à la partie I de ce rapport, les critères qui figurent au paragraphe 7.6 des Principes directeurs s'avèreront utiles pour résoudre ces questions. De plus, l'application du principe de pleine concurrence peut aboutir à la fixation, pour le service rendu, d'un prix supérieur ou inférieur au montant des coûts supportés par le siège pour le fournir (voir paragraphe 7.33 des Principes directeurs).

190. La plupart des services fournis par le siège d'une banque sont peu différents de ceux fournis par la société-mère ou par un fournisseur de services centralisés d'un groupe multinational. Il est possible d'utiliser des techniques similaires à celles qui s'appliquent aux entreprises associées. Si l'on ne dispose pas de prix comparables sur le marché libre, des méthodes fondées sur le prix de revient majoré peuvent être particulièrement utiles.

191. Lorsqu'il apparaît qu'un accord de répartition des coûts a été conclu, il y a lieu de suivre par analogie les recommandations qui figurent au chapitre VIII sur l'application du principe de pleine concurrence aux services applicables à l'activité couverte par l'accord de répartition des coûts. Il ne semble pas que des problèmes de principe particuliers se posent dans le cadre d'activités bancaires.

192. Enfin, il y a lieu de rappeler le paragraphe 7.37 des Principes directeurs qui est reproduit ci-dessous :

« En principe, l'administration fiscale et le contribuable doivent s'efforcer d'établir le prix correct de pleine concurrence mais il ne faut pas oublier qu'il peut y avoir des raisons pratiques pour lesquelles une administration fiscale pourrait être exceptionnellement disposée, dans le cadre de ses pouvoirs discrétionnaires, à renoncer à évaluer et à imposer un prix de pleine concurrence pour la prestation de services, au lieu d'autoriser un contribuable dans les situations

appropriées à simplement répartir les coûts de prestation de ces services. Par exemple, une analyse coût-avantages pourrait montrer que les recettes fiscales additionnelles susceptibles d'être obtenues ne justifient pas les dépenses et les charges administratives qu'occasionnerait la détermination de ce que pourrait être dans certains cas un prix de pleine concurrence approprié. Dans de tels cas, la facturation de tous les coûts pertinents et non d'un prix de pleine concurrence pourrait donner un résultat satisfaisant pour les entreprises multinationales et les administrations fiscales. Cette concession n'est cependant guère probable de la part des administrations fiscales lorsque la fourniture d'un service constitue la principale activité de l'entreprise associée, lorsque l'élément de bénéfice est relativement important ou lorsqu'il est possible d'appliquer une méthode d'imputation directe pour déterminer le prix de pleine concurrence. »

i) *Fonctions d'agent ou d'intermédiaire*

193. Cette section traite de la situation décrite dans le rapport de 1984 (paragraphe 73-75) où il arrive qu'« une succursale d'une banque se serve d'une autre succursale comme simple intermédiaire pour se procurer des fonds sur un marché financier étranger à ses propres fins... En fait, il se peut qu'elle ne fournisse guère plus de services qu'un simple intermédiaire ». Elle ne traite pas des transactions internes « portant intérêt » entre une succursale et les services de trésorerie qui sont examinées à la section D-2 iii) b). En outre, on admet dans cette section que l'existence d'un ES a déjà été mise en évidence au sens de l'article 5. La question de savoir si l'exercice des fonctions d'agent ou d'intermédiaire peut par lui-même aboutir à la création d'un ES en vertu de l'article 5 sort du cadre de ce rapport.

194. L'importance de la constatation selon laquelle l'ES agit en tant qu'agent ou intermédiaire est liée au montant du bénéfice à attribuer au titre d'une telle fonction. Cette fonction est « rémunérée non par des intérêts mais par une commission appropriée. La rémunération de ces fonctions pourrait prendre la forme d'un « dédommagement » -- un faible pourcentage des fonds collectés ou du bénéfice réalisé -- si telle est la façon dont des entreprises indépendantes auraient conclu la transaction ». Le paragraphe 74 du rapport de 1984 examine les justificatifs qui pourraient être exigés pour que les autorités fiscales admettent que la nature de la transaction a consisté à intervenir comme agent ou comme intermédiaire. Le principal problème a été de s'assurer que « l'entité nationale n'a pas renoncé au profit de l'autre élément du groupe à un bénéfice qu'elle aurait pu s'assurer normalement en prêtant les fonds elle-même à un client indépendant ».

195. Les problèmes fiscaux et les préoccupations des autorités fiscales n'ont pas sensiblement changé depuis le rapport de 1984. De plus, l'HT devrait fournir un instrument utile pour déterminer si une transaction particulière, à savoir le transfert de fonds d'une succursale à une autre, devrait être considérée comme comparable à une fonction de prêt, plutôt qu'à une fonction d'agent ou d'intermédiaire, avec la différence qui en résulte pour l'attribution de bénéfices. En particulier, la notion d'analyse fonctionnelle, tenant compte plus particulièrement des risques assumés, devrait permettre de procéder à cette détermination d'une manière conforme aux principes et cohérente.

196. La détermination aura lieu par référence aux fonctions réellement exercées par les parties à la transaction et aux circonstances dans lesquelles ces fonctions sont exercées. Par exemple, il peut ne pas y avoir de présomption, dans le cadre d'une transaction faisant intervenir un ES et le siège, que l'ES agit en tant qu'agent ou intermédiaire pour le compte du siège. Les recommandations concernant l'analyse fonctionnelle qui intervient lors de la création d'un nouvel actif financier (paragraphe 8 ci-dessus) devraient plutôt permettre de déterminer quelles sont les fonctions nécessaires à la création de l'actif qui ont été exercées par les différentes parties de l'entreprise. En particulier, l'analyse détaillée de la principale fonction entrepreneuriale de prise de risque sera prépondérante car elle permettra de déterminer la partie de l'entreprise qui a agi comme donneur d'ordres pour cette transaction, c'est-à-dire la partie de l'entreprise

qui a pris la décision de lever les fonds, d'accéder au marché à une date particulière, la décision concernant les clauses à rechercher, etc.

197. De même que la prise de décision de lever des fonds, l'autre différence essentielle entre les fonctions « d'agent ou d'intermédiaire » et les fonctions de prêt réside dans la prise de risque. Si une banque emprunte des fonds pour les reprêter, elle assume un certain nombre de risques. Par exemple, le risque de ne pas être en mesure de trouver un client pour ces fonds (éventuellement du fait de la survenance rapide d'une récession) ou à des conditions lui permettant de réaliser un bénéfice (éventuellement du fait de variations inattendues des taux d'intérêt du marché). C'est la prise en charge de tous les risques que comportent les transactions d'emprunt ou de prêt qui justifie en termes économiques, la rémunération intégrale de l'activité de prêt. Des fonctions d'agent ou d'intermédiaire se caractérisent par la suppression de tous les risques liés à l'exercice de cette fonction ou de la plupart d'entre eux. Dans l'exemple donné dans ce paragraphe, le risque serait supprimé si le donneur d'ordre était tenu d'accepter les fonds au taux auquel l'agent ou l'intermédiaire les a levés (plus la rémunération des services rendus par l'agent ou l'intermédiaire).

198. Suivant les indications données à la partie I de ce rapport, tous les faits et circonstances (y compris la documentation correspondante) dans lesquels a été effectuée l'opération supposée de l'agent ou de l'intermédiaire, devront être examinés afin de « déduire les relations économiques » entre les parties et, en particulier, la division des risques. Une fois que les conditions réelles de la transaction ont été ainsi déterminées, il est possible de savoir si ces clauses sont effectivement compatibles avec l'exercice de fonction d'agent ou de l'intermédiaire.

199. En conclusion, il apparaît que la détermination de la vraie nature d'une opération « d'agent ou d'intermédiaire » ne pose pas de problème insurmontable, sous réserve qu'il soit procédé à un examen complet de l'ensemble des circonstances économiques dans lesquelles elle a été effectuée. Les indications qui figurent au chapitre I des Principes devraient être d'une utilité considérable à cet égard.

200. Une fois que l'on a déterminé la nature véritable de la transaction, la question se pose encore de savoir comment attribuer les bénéfices aux différentes parties à cette transaction. A cet égard, la notion d'analyse de comparabilité est importante – les bénéfices seront attribués à la transaction par référence à des transactions entre parties indépendantes qui sont « comparables » au sens du chapitre I des principes. Les facteurs de comparabilité les plus importants sont susceptibles d'être l'analyse fonctionnelle (le type exact de fonction d'agent ou d'intermédiaire et les risques éventuels qui sont pris (ainsi l'agent ou l'intermédiaire supporte-t-il un risque, par exemple le risque de marché, même pendant une courte durée)) et les caractéristiques de la transaction (voir paragraphe 1.19 des Principes et paragraphe 146 de ce rapport), en particulier le montant des fonds levés et la devise utilisée.

201. Cependant, il ne faut pas non plus négliger les autres facteurs mentionnés au chapitre I, même si ce n'est que pour les rejeter comme n'étant pas pertinents. Par exemple, si l'opération d'intermédiaire porte sur des dollars américains, les indications sur les circonstances économiques (voir paragraphe 1.30) sont susceptibles d'avoir moins d'importance, car des opérations comparables sont susceptibles d'avoir lieu sur un marché similaire et dans des conditions similaires étant donné l'importance, la liquidité et le caractère global du marché des capitaux libellés en dollars américains. La situation pourrait être différente pour une transaction effectuée dans une monnaie peu liquide ou pour laquelle un petit nombre de participants occupent une position dominante sur le marché pour lever des fonds.

202. Le fait de disposer de données comparables est susceptible de déterminer la méthode choisie pour l'attribution de bénéfices. Des transactions d'agent ou d'intermédiaire interviennent entre des parties indépendantes sur les marchés de capitaux et, par conséquent, des données concernant le marché devraient être souvent disponibles. Ces données sont susceptibles de prendre la forme de prix comparables potentiels

sur le marché libre, souvent définis comme une « marge » sur les fonds empruntés. Le montant de cette marge serait déterminé à partir des transactions sur le marché qui sont conformes au critère de comparabilité des chapitres I et II des Principes (voir ci-dessus pour les facteurs à prendre en compte).

203. Dans d'autres cas, il est possible de trouver des prix comparables sur le marché libre sous forme de redevances ou commissions, bien que de telles données puissent souvent être converties à des fins de comparaison en une « marge » de taux d'intérêt. Il ne faut pas laisser de côté des données comparables simplement parce qu'elles sont présentées sous une forme différente. Cependant, lorsqu'il n'est pas possible de localiser des transactions comparables sur le marché libre, les autres méthodes approuvées dans les Principes directeurs devront être appliqués afin de résoudre le problème.

ANNEXE I – APPROCHES BASEES SUR LE RATIO DE LA BRI

1. Une utilisation « pure » du ratio de la BRI consiste à prendre en compte le ratio BRI de la banque dans son ensemble pour attribuer à la fois les fonds propres de base et les fonds propres complémentaires à un ES. Cette méthode signifie que l'ES est doté proportionnellement de la même structure de capital réglementaire que la banque dans son ensemble - le ratio obtenu en comparant les actifs de l'établissement stable pondérés des risques au total des actifs pondérés des risques de l'entité dans son ensemble est utilisé pour attribuer à la fois les fonds propres de base et les fonds propres complémentaires prévus par la réglementation. Selon cette approche, l'attribution de capital inclurait à la fois des instruments de dettes et de capital pour les besoins fiscaux.
2. Supposons par exemple que le capital de la banque soit constitué à concurrence de 60 pour cent de fonds propres de base (40 pour cent de capital social ordinaire et 20 pour cent de bénéfices non distribués) et à concurrence de 40 pour cent de fonds propres complémentaires (30 pour cent de dette à terme subordonnée et 10 pour cent de dette perpétuelle subordonnée). Selon l'approche « pure » du ratio de la BRI, si les actifs pondérés en fonction du risque de l'établissement stable étaient égaux à 10 pour cent des actifs pondérés en fonction du risque de l'entreprise dans son ensemble, l'établissement stable se verrait attribuer 10 pour cent du capital de la banque. Cela revient à dire qu'il se verrait attribuer 10 pour cent de tous les postes qui constituent les fonds propres de base et les fonds propres complémentaires de la banque (c'est-à-dire 4 pour cent du capital social ordinaire, 2 pour cent des bénéfices non distribués, 3 pour cent de la dette subordonnée et 1 pour cent de la dette perpétuelle subordonnée).
3. Les règles applicables à la qualification des dettes/fonds propres sur le territoire de l'établissement stable seraient alors appliquées pour « corriger » les fonds propres de base et les fonds propres complémentaires attribués et pour déterminer les postes qui donnent droit à une déduction d'intérêt et qui doivent être fiscalement traités comme du capital « libre », selon la législation interne du pays d'accueil. Par exemple, la déduction des intérêts sur les 1% de dette perpétuelle subordonnée attribués à l'établissement stable pourrait n'être pas autorisée sur le territoire de cet établissement parce que la dette perpétuelle subordonnée est fiscalement traitée comme des fonds propres sur ce territoire et par conséquent la déduction de tout « intérêt » sur ces instruments n'est pas autorisée. Il est fait observer que les règles de qualification des dettes/fonds propres pour les instruments financiers peuvent varier d'un pays à l'autre et que ces différences peuvent se traduire par une double imposition ou par des exonérations. S'il est souhaitable d'atténuer les différences de réglementation de ce type entre les pays, il n'y a cependant pas lieu de prendre en compte cet aspect dans le cadre de l'HT. Cette question a une portée plus large et ne se limite pas aux ES.
4. Un certain nombre de pays Membres du groupe de direction appliquent une approche basée sur le ratio de la BRI qui consiste à n'utiliser ce ratio que pour attribuer le capital « libre » qui fait partie des fonds propres de base à un ES (l'approche du ratio de la BRI « corrigé »).
5. Pour reprendre le même exemple qu'au paragraphe 73 ci-dessus, la première étape de l'approche du ratio de la BRI « corrigé » consiste à appliquer les définitions fiscales des capitaux empruntés/fonds propres du pays de l'ES aux fonds propres de base et aux fonds propres complémentaires de l'entreprise dans son ensemble. Cela permettrait de déterminer (« toiletter ») les postes qui seraient considérés comme du capital « libre » en vue de l'imposition selon la législation interne du pays d'accueil. Par exemple, la dette à terme subordonnée et la dette perpétuelle subordonnée peuvent être fiscalement considérées comme des dettes dans le pays d'accueil et par conséquent ne pas être traitées comme du capital « libre » qu'il y a lieu d'attribuer à l'établissement stable. Si les actifs pondérés en fonction du risque de l'établissement stable étaient égaux à 10 pour cent des actifs pondérés en fonction du risque de l'entreprise dans son ensemble, l'étape suivante consisterait à attribuer à l'établissement stable 10 pour cent du capital « libre »

de la banque (c'est-à-dire 4 pour cent du capital social ordinaire et 2 pour cent des bénéfices non distribués). Il y a lieu de souligner que selon cette approche il n'y aurait pas d'attribution à l'établissement stable d'une part proportionnelle des éléments de fonds propres de base ou de fonds propres complémentaires qualifiés de dette en vertu des règles de définition des dettes/fonds propres utilisées en vue de l'imposition dans le pays de l'ES.

ANNEXE 2 – REPONSE DETAILLEE A CERTAINS DES COMMENTAIRES DU SECTEUR BANCAIRE SUR LA PARTIE II (BANQUES)

Introduction

1. La participation active de représentants des entreprises à la consultation de deux jours qui a eu lieu en avril 2002 a été accueillie favorablement et a rendu cette manifestation interactive et constructive. Comme l'a souligné le Président dans ses remarques finales, le dialogue avec les milieux des affaires constitue un élément essentiel de la recherche d'un consensus entre les gouvernements sur l'interprétation et l'application pratique des réglementations fiscales qui tiennent compte des opérations et échanges des groupes internationaux dans le monde actuel.
2. La consultation a permis d'aboutir à un consensus avec les milieux des affaires sur certains principes fondamentaux — même s'il est presque inévitable qu'il y ait davantage de désaccords sur la manière dont ces principes doivent être appliqués en pratique. Il est important de noter qu'elle a également permis aux pays Membres de l'OCDE de renforcer leur consensus. Immédiatement après la consultation, le Groupe de travail n° 6 a commencé à travailler, par l'intermédiaire du groupe de direction sur les Principes de l'OCDE en matière de prix de transfert, sur la procédure à suivre pour faire avancer le projet, y compris la prise en compte des commentaires reçus et des prises de position exprimées.
3. Comme il est apparu que l'accent était mis sur le secteur bancaire, il a été décidé de faire porter les efforts sur la révision de la Partie II (Considérations spéciales pour l'application de l'HT aux ES bancaires) et sur l'émission d'un nouveau document (Partie III) qui porte sur le sujet connexe des transactions mondialisées sur instruments financiers). Nous sommes désormais en mesure de diffuser une version révisée de la Partie II et la nouvelle Partie III et d'inviter les milieux des affaires à faire parvenir leurs commentaires au Secrétariat de l'OCDE (john.neighbour@oecd.org) le 31 mai 2003 au plus tard.
4. Ces documents comprennent la réponse des pays Membres de l'OCDE aux commentaires des représentants des entreprises ainsi qu'un certain nombre de révisions et de clarifications sur des points divers. Cependant, certains de ces points méritent un examen plus approfondi, en particulier lorsque les projets adoptent une position différente de celle qui a été soutenue par la majorité des commentateurs représentant les entreprises.
5. Cette brève note a donc pour objet de fournir davantage d'informations et d'explications sur ces questions, dans la mesure où elles portent sur les activités bancaires traditionnelles, qui font l'objet de la Partie II. Les commentaires liés aux principes généraux (par exemple sur l'identification de l'ayant droit économique d'un bien incorporel, le financement/l'attribution de capital et les transactions internes portant intérêt au sein des institutions non financières) restent à l'étude en attendant la révision de la Partie I du document de travail.

Attribution de fonctions, d'actifs et de risques à l'ES suivant le lieu de comptabilisation des actifs financiers

6. Les commentateurs du secteur se sont montrés très sceptiques sur le plan théorique et pratique concernant l'approche théorique de l'HT, qui s'efforce d'attribuer les actifs et les risques conformément à une analyse fonctionnelle et factuelle plutôt qu'en suivant la localisation de l'enregistrement comptable (sauf dans les cas d'abus). Selon l'HT, les comptes et livres de l'ES constituent en pratique le point de départ de l'analyse et doivent être fiscalement pris en compte, sous réserve qu'ils soient compatibles avec l'analyse fonctionnelle et factuelle.

7. Les commentateurs ont formulé deux objections théoriques principales. La première est qu'il suffit d'attribuer les actifs conformément au principe de pleine concurrence et que, par conséquent, il n'est pas nécessaire d'attribuer les risques. Les partisans de cette thèse invoquent également son avantage pratique, dans la mesure où il est beaucoup plus simple de n'envisager que les actifs. Toutefois, les pays Membres de l'OCDE estiment qu'une prise en compte des risques comme des actifs est requise en vertu du principe de pleine concurrence comme on peut le constater d'après l'énoncé de base des Principes en matière de prix de transfert, cité en premier lieu au paragraphe 1.1, selon lequel « dans le cadre de transactions entre deux entreprises indépendantes, la rémunération correspondra en général aux fonctions assumées par chaque entreprise (compte tenu des actifs mis en œuvre et des risques assumés) ». De plus, l'HT apparaît compatible avec le principe de pleine concurrence dans la mesure où des entreprises indépendantes devraient attribuer davantage de capital aux actifs financiers « les plus risqués ». Il n'apparaît donc pas possible de ne pas tenir compte des risques même s'il peut être plus simple de le faire en pratique.

8. La seconde objection théorique est le fait qu'il n'est pas justifié de s'efforcer d'attribuer des actifs financiers (et des risques) sur la base d'une analyse fonctionnelle et factuelle. Il est préférable de prendre en compte le lieu de comptabilisation, sauf dans les cas d'abus. Là encore, les pays Membres de l'OCDE estiment que si l'on suit la déclaration de base qui figure au paragraphe 1.20 des Principes, le principe de pleine concurrence requiert que la rémunération appropriée soit accordée pour l'exercice de fonctions (compte tenu des actifs utilisés et des risques assumés). L'attribution d'actifs financiers, tels que des prêts, sur la base du lieu où sont exercées les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque assurera au site qui exerce ces fonctions une rémunération de pleine concurrence sous la forme des revenus correspondant à cet actif.

9. Il y a lieu également de prendre en compte le contexte de l'ES lorsqu'on examine la nature des fonctions exercées dans l'établissement où sont comptabilisées les opérations. Les banques qui opèrent par l'intermédiaire de succursales ne procèdent pas à un cloisonnement de leur capital et de leurs risques. Toutefois, si l'on se fonde sur le lieu de la comptabilisation sans recourir à une analyse fonctionnelle, cela signifie qu'en fait les banques ont été autorisées à cloisonner explicitement le capital et les risques affectés aux différentes parties de l'entreprise. Cela signifie effectivement qu'elles peuvent décider du lieu où leurs bénéfices sont générés non pas en fonction de leur décision quant au lieu d'exercice de leurs activités mais sur la base de simples jeux d'écriture indépendants des activités réelles. Un tel résultat est susceptible d'être jugé inacceptable par les gouvernements, dans la mesure où il permettrait des manipulations totalement artificielles et une répartition injustifiée des compétences fiscales entre les pays.

10. Les représentants des entreprises ont reconnu au cours de la consultation d'avril que les autorités fiscales considéreraient comme impossible de toujours suivre le lieu de comptabilisation (par exemple, dans le cas où ce lieu d'enregistrement comptable est une « coquille » sans personnel) et souhaiteraient prendre des mesures pour préserver leur matière imposable. L'une des suggestions formulées par les commentateurs des milieux d'affaires serait de prendre en compte le lieu de comptabilisation sauf dans les cas « d'abus ». Toutefois, cela pose le problème de la définition de « l'abus » c'est-à-dire la question de savoir si la mise en évidence du mobile d'évasion fiscale doit constituer la condition préalable au rejet du lieu de comptabilisation. En résumé, les pays Membres de l'OCDE estiment que la manière théoriquement correcte d'attribuer des actifs à un ES se réfère aux fonctions exercées. Cette méthode présente l'avantage d'être solidement fondée sur le principe de pleine concurrence. En outre, l'attribution d'actifs par référence aux principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque présente également le double avantage de rémunérer ces principales fonctions et de faire en sorte que le capital soit attribué là où les risques sont assumés et gérés.

11. En ce qui concerne la charge qui pèse sur les entreprises pour se conformer aux obligations fiscales, il y a lieu de noter que, de même qu'en matière de prix de transfert en général, , il est peu probable

que les administrations fiscales supportent le coût lié à l'initiation d'une analyse de prix de transfert à moins que les redressements en matière d'attribution de profits ne soient probablement matériels. De même, l'application du principe de pleine concurrence à un domaine aussi difficile est susceptible d'aboutir à toute une gamme de résultats, bien qu'il ne soit pas nécessaire de procéder à un ajustement lorsque le résultat se trouve à l'intérieur de l'intervalle de pleine concurrence.

Attribution de capital à l'ES

Rôle du capital

12. L'HT est fondée sur l'hypothèse que le capital est nécessaire pour couvrir les risques pris par l'ES du fait des fonctions qu'il exerce. En conséquence, une première étape dans l'attribution de capital consiste à évaluer les risques qui ont été attribués à juste titre à l'ES, y compris ceux qui sont liés à des postes hors bilan. Beaucoup de commentateurs des milieux bancaires ont fait part de leurs préoccupations concernant cette approche. A leur avis, le capital ne devrait être attribué qu'à des fins de financement, c'est-à-dire pour déterminer le montant des intérêts déductibles. Les postes hors bilan et les risques correspondants ne nécessitent pas de financement (bien que du capital puisse être nécessaire pour financer les pertes éventuelles résultant de la réalisation des risques liés aux postes hors bilan) et ne doivent donc pas entrer en ligne de compte pour l'attribution de capital. Cependant, on laisse ainsi de côté le fait que, selon le principe de pleine concurrence, du capital est nécessaire pour couvrir les risques pris, y compris les risques liés aux postes hors bilan.

Les différentes méthodes possibles d'attribution du capital

13. Un certain nombre de commentateurs des milieux des affaires ont suggéré diverses méthodes alternatives possibles d'attribution du capital sur la base de l'approche utilisée pour attribuer les actifs des institutions non financières, à la partie I du document de travail. Un certain nombre de variantes possibles a été suggérée selon la manière dont les actifs doivent être évalués, c'est-à-dire par référence à la valeur sur le marché, à la valeur comptable, au coût historique ou une combinaison des différentes méthodes d'évaluation.

14. La principale différence entre les approches alternatives suggérées par les milieux d'affaires et les méthodes d'attribution du capital autorisées par l'HT porte sur les risques. Les différentes méthodes alternatives sont fondées sur l'attribution de capital par référence aux seuls actifs, c'est-à-dire sans pondération des actifs en fonction du risque ni autre méthode pour s'efforcer d'évaluer les risques. Cependant, si une telle approche présente l'avantage de la simplicité (bien que l'évaluation des actifs puisse poser des problèmes complexes) ce résultat est obtenu aux dépens de la conformité au principe de pleine concurrence étant donné l'importance cruciale du risque pour toutes les entreprises financières. On espère que la plus grande flexibilité souhaitée par la Partie II révisée du document de travail en termes de mode d'évaluation des risques devrait l'emporter sur certaines des difficultés qui apparaissent dans l'application d'une méthode d'attribution du capital fondée à la fois sur les actifs et sur les risques.

15. Les commentateurs des milieux des affaires ont également fait part de leurs préoccupations quant à la charge entraînée par la mise en conformité avec les différentes méthodes d'attribution des actifs, des risques et du capital, notamment en ce qui concerne la nécessité d'effectuer des ajustements des différents postes du bilan. Ils ont fait observer qu'il était possible d'aboutir à la même attribution de bénéfice sans exiger une nouvelle comptabilisation des actifs et des risques, avec la nécessité qui en résulte de procéder formellement à une nouvelle répartition du capital entre les différentes composantes de l'entreprise. La solution proposée est d'opérer l'ajustement uniquement au niveau de la déclaration d'impôt au moyen de commissions pour services rendus à prix de marché, par exemple entre le lieu de comptabilisation et celui

où sont exercées les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque, qui est souvent celui où sont exercées les fonctions de vente/négociation pour un prêt bancaire.

16. Cependant, les pays Membres de l'OCDE ne sont pas convaincus par l'approche fondée sur les commissions pour services rendus. En particulier, il semblerait très difficile d'aboutir à un résultat de pleine concurrence en utilisant cette méthode. Par exemple, la commission pour l'exercice des fonctions de vente/négociation devrait prendre en compte les actifs utilisés et surtout les risques assumés ainsi que le besoin de capital qui en résulte pour permettre la prise en charge de ces risques et pour financer la création de ces actifs. Au contraire, la comptabilisation de l'actif sur la base des principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque conformément à l'analyse fonctionnelle et factuelle signifie que toutes transactions avec d'autres parties de l'entreprise sont susceptibles d'être moins complexes et que par conséquent il devrait être plus facile d'appliquer le principe de pleine concurrence pour aboutir à un résultat conforme à ce principe.

17. En résumé, les pays Membres de l'OCDE rejettent en général l'approche fondée sur les commissions pour services rendus qui seraient difficiles à appliquer en pratique pour aboutir à un résultat de pleine concurrence et rendraient très difficile la tâche des vérificateurs.

Prise en compte des transactions

18. Beaucoup de commentateurs des milieux d'affaires ont souhaité que les transactions puissent être prises en compte dans les mêmes conditions que les transactions entre entreprises associées. Certains commentaires ont souligné que le fait que des transactions soient enregistrées en même temps devrait être suffisant pour qu'elles soient fiscalement prises en compte, alors que d'autres ont suggéré la nécessité de garanties additionnelles, par exemple la condition selon laquelle le comportement effectif doit correspondre à la transaction qui est enregistrée et/ou un critère de nature économique réelle de reposant sur la nécessité de disposer des moyens humains et financiers nécessaires pour évaluer et entreprendre la transaction. Si, comme on l'a noté à la Partie I, les documents justificatifs constituent un aspect très important de l'évaluation de l'existence d'une transaction, le simple fait de recourir aux documents semble aller au-delà de ce qui est envisagé dans les Principes directeurs, en particulier pour les transactions liées à l'attribution des risques. Comme on l'a noté au paragraphe 1.25 « les fonctions exercées (compte tenu de la structure de propriété des actifs utilisés et des risques assumés) déterminent dans une certaine mesure la répartition des risques entre les parties, et donc les termes dont chacune d'entre elles devraient bénéficier si les transactions se faisaient dans des conditions de pleine concurrence ».

19. En outre, les transactions entre un ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie n'ont pas normalement de conséquences juridiques pour l'entreprise dans son ensemble. Cela accroît les possibilités de transferts répondant à des motivations fiscales entre les deux établissements et contribue par ailleurs à réduire l'utilité de tous documents justificatifs (en l'absence inévitable, par exemple, de contrats juridiquement contraignants) qui pourraient exister par ailleurs. Cela implique par conséquent la nécessité d'un examen plus minutieux des transactions entre un ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie que lorsqu'il s'agit de transactions entre deux entreprises associées et il incombe donc au contribuable d'être en mesure de démontrer clairement qu'il y a lieu de prendre en compte la transaction.

Commissions internes de garantie

20. Beaucoup de commentateurs des milieux d'affaires ont également suggéré d'admettre l'hypothèse que des transactions similaires à des commissions de garantie interviennent entre l'ES et le siège afin d'aboutir à un résultat de pleine concurrence lorsque l'ensemble du capital de la banque a été attribué à l'ES. Autrement, les bénéfices imposables des succursales seraient supérieurs à ceux de filiales et, par conséquent, les activités bancaires exercées par des filiales seraient favorisées par rapport à celles

exercées par des succursales. Cette analyse n'est pas admise par les pays Membres de l'OCDE (voir section D-2(iii) (c)). En résumé, sauf dans des circonstances exceptionnelles, toutes les parties d'une banque ont la même cote de crédit. Telle est la réalité constatée par les déposants et par les autres créanciers de la banque. Cela signifie que le prix des transactions entre un ES et le reste de la banque dont il fait partie doit être fixé en admettant que leur cote de crédit est la même.