

Le principe de pleine concurrence A.

Introduction

1.1 Ce chapitre expose le principe de pleine concurrence, norme internationale qui, comme en sont convenus les pays Membres de l'OCDE, doit être mise en oeuvre à des fins fiscales par les groupes multinationaux et les autorités fiscales pour la fixation des prix de transfert. Il s'agira d'examiner ce principe, de rappeler sa valeur de norme internationale et d'énoncer des Principes directeurs pour son application.

1.2 Lorsque des entreprises indépendantes procèdent entre elles à des transactions, les conditions de leurs relations commerciales et financières (par exemple le prix des biens transférés ou des services fournis et les modalités de l'opération) sont généralement régies par les mécanismes du marché. Lorsque des entreprises associées procèdent à des transactions entre elles, leurs relations commerciales et financières ne subissent pas forcément de la même manière l'influence directe des mécanismes du marché, bien que les entreprises cherchent souvent à reproduire la dynamique de ces mécanismes dans leurs transactions, comme on le verra au paragraphe 1.5. Les administrations fiscales ne doivent pas présumer systématiquement que des entreprises associées ont essayé de se livrer à des manipulations concernant leurs bénéfices. Il peut être réellement difficile de déterminer un prix sur le marché libre alors que les mécanismes du marché n'entrent pas en jeu ou qu'il s'agit d'adopter une stratégie commerciale particulière. Il importe de garder à l'esprit que la nécessité d'opérer des ajustements dans la répartition des bénéfices pour se rapprocher de transactions de pleine concurrence s'impose quelles que soient les obligations contractuelles par lesquelles les parties se seraient engagées à payer un prix déterminé et qu'il y ait ou non intention délibérée de minimiser l'impôt. En effet, un ajustement fiscal au titre du principe de pleine concurrence ne porte pas atteinte aux obligations contractuelles qui lient les entreprises associées sur tous les plans autres que fiscaux et peut être nécessaire même s'il n'y a pas intention de réduire ou d'éviter l'impôt. Il ne faut pas confondre la vérification d'un prix de transfert avec les vérifications portant sur des cas de fraude ou d'évasion fiscale, même s'il arrive que les politiques suivies en matière de prix de transfert poursuivent de tels objectifs.

1.3 Lorsque les prix de transfert ne reflètent pas les mécanismes du marché et le principe de pleine concurrence, cela peut avoir pour effet de fausser aussi bien le montant de l'impôt dû par des entreprises associées que les recettes fiscales du pays d'accueil. C'est pourquoi les pays Membres de l'OCDE sont convenus qu'aux fins d'imposition les bénéfices des entreprises associées peuvent être ajustés si nécessaire pour corriger ces distorsions et faire ainsi en sorte que le principe de pleine concurrence soit respecté. Les pays Membres de l'OCDE considèrent que l'on peut parvenir à un ajustement approprié en déterminant les conditions commerciales et financières que l'on observerait entre des entreprises indépendantes pour des transactions et dans des circonstances analogues.

1.4 Hormis les considérations fiscales, d'autres facteurs sont susceptibles de fausser les conditions dans lesquelles s'établissent les relations commerciales et financières entre entreprises associées. A titre d'exemple, ces entreprises peuvent être soumises de la part des pouvoirs publics (aussi bien de leur pays que d'un pays étranger) à des pressions contradictoires liées à la valeur en douane, à des droits antidumping, à un contrôle des changes ou à un contrôle des prix. En outre, certaines distorsions au niveau des prix de transfert peuvent être dues aux contraintes de trésorerie des entreprises d'un groupe multinational. Un groupe multinational dont le capital est largement diffusé dans le public peut subir des pressions de la part de ses actionnaires pour qu'il fasse apparaître une rentabilité élevée au niveau de la société mère, notamment si les comptes présentés aux actionnaires ne sont pas consolidés. Tous ces facteurs peuvent avoir des répercussions sur les prix de transfert et sur le montant des bénéfices des entreprises associées d'un groupe multinational.

1.5 Il ne faut pas croire que les conditions qui président aux relations commerciales et financières entre des entreprises associées s'écartent toujours de celles qu'imposerait le marché libre. Les entreprises associées des groupes multinationaux disposent en général d'une autonomie considérable et négocient souvent entre elles comme s'il s'agissait d'entreprises indépendantes. Les entreprises réagissent en fonction des conditions économiques du marché, aussi bien dans leurs relations avec les tiers qu'avec les entreprises auxquelles elles sont associées. Par exemple, des dirigeants au niveau local peuvent être intéressés aux bénéfices, auquel cas ils ne voudront pas amputer les bénéfices de leur société par des prix inadéquats. L'administration fiscale ne doit pas perdre de vue que les groupes multinationaux ont intérêt, à des fins de bonne gestion, à utiliser des prix de pleine concurrence pour pouvoir mesurer les résultats réels de leurs différents

centres de profit. La prise en compte de ces considérations par l'administration fiscale lui permettra d'allouer efficacement les ressources affectées à la sélection des prix de transfert à examiner et à l'examen lui-même. Il peut arriver, dans certains cas, que les relations entre les entreprises associées influent sur les résultats des négociations. Par conséquent, il ne suffit pas d'arguer du fait que les négociations ont été difficiles pour prouver que les transactions se sont réalisées dans des conditions de pleine concurrence.

B. Exposé du principe de pleine concurrence

i) Article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE

1.6 Le principe de pleine concurrence qui fait autorité est énoncé à l'article 9 paragraphe 1 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, lequel est à la base des conventions fiscales bilatérales liant des pays Membres de l'OCDE et, de plus en plus, des pays non membres. L'article 9 stipule :

"[Lorsque] ... les deux entreprises [associées] sont, dans leurs relations commerciales ou financières, liées par des conditions convenues ou imposées, qui diffèrent de celles qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes, les bénéfices qui, sans ces conditions, auraient été réalisés par l'une des entreprises, mais n'ont pu l'être en fait à cause de ces conditions, peuvent être inclus dans les bénéfices de cette entreprise et imposés en conséquence".

En se référant, pour procéder à un ajustement des bénéfices, aux conditions qui prévaudraient entre entreprises indépendantes pour des transactions et dans des circonstances comparables, le principe de pleine concurrence adopte la démarche consistant à traiter les membres d'un groupe multinational comme des entités distinctes et non comme des sous-ensembles indissociables d'une seule entreprise unifiée. En procédant de cette manière, on met l'accent sur la nature des transactions entre les membres du groupe multinational.

1.7 Les pays Membres de l'OCDE et d'autres pays ont adopté le principe de pleine concurrence pour plusieurs raisons. L'une des raisons primordiales est que ce principe permet de traiter à peu près sur un pied d'égalité les entreprises multinationales et les entreprises indépendantes. En s'efforçant d'harmoniser le

régime fiscal des entreprises associées et des entreprises indépendantes, le principe de pleine concurrence évite que l'une ou l'autre de ces catégories d'entreprises ne soit désavantagée sur le plan fiscal, ce qui fausserait les positions concurrentielles relatives. En éloignant ainsi les décisions économiques de toute considération fiscale, il favorise l'expansion du commerce et de l'investissement internationaux.

1.8 On constate aussi que le principe de pleine concurrence fonctionne bien dans la grande majorité des cas. A titre d'exemple, pour de nombreuses opérations concernant l'achat et la vente de biens ainsi que le prêt d'argent, on peut trouver facilement un prix de pleine concurrence pour une transaction comparable effectuée par des entreprises indépendantes comparables opérant dans des circonstances comparables. Néanmoins, dans certains cas le principe de pleine concurrence est difficile et complexe à mettre en oeuvre, par exemple pour des groupes multinationaux produisant de façon intégrée des biens hautement spécialisés, traitant des biens incorporels uniques et/ou fournissant des services spécialisés.

1.9 Pour certains, le principe de pleine concurrence présente des déficiences intrinsèques dans la mesure où la méthode de l'entité distincte sur laquelle il s'appuie ne prend pas toujours en compte les économies d'échelle et les interactions entre diverses activités qui résultent de l'intégration des entreprises. Il n'existe pas cependant de critères objectifs largement acceptés pour imputer les économies d'échelle ou les avantages de l'intégration aux différentes entreprises associées. On reviendra dans la section C du chapitre III sur la possibilité de recourir à des méthodes reposant sur d'autres principes.

1.10 Un autre problème pratique soulevé par le principe de pleine concurrence tient au fait que les entreprises associées sont susceptibles de se livrer à des transactions dans lesquelles des entreprises indépendantes ne s'engageraient pas. Ces transactions ne sont pas nécessairement effectuées dans le but d'échapper à l'impôt, mais parce que, lorsqu'elles traitent entre elles, les entreprises d'un même groupe évoluent dans un contexte commercial différent de celui d'entreprises indépendantes. Par exemple, une entreprise indépendante peut ne pas souhaiter vendre un bien incorporel (par exemple le droit d'exploiter les résultats de recherches futures) à un prix déterminé si les bénéfices qu'est susceptible de procurer ce bien incorporel ne peuvent être correctement estimés et s'il existe d'autres moyens de l'exploiter. En pareil cas, une entreprise indépendante ne

voudra peut-être pas risquer une vente à un prix forfaitaire, parce que le prix pourrait ne pas refléter le fait que l'élément incorporel peut se révéler extrêmement rentable à l'avenir. De même, le détenteur d'un bien incorporel peut hésiter à autoriser une entreprise indépendante à exploiter ce bien sous licence de crainte de le dévaloriser. En revanche, il peut être disposé à accorder à des entreprises associées des conditions d'exploitation moins restrictives car il pourra surveiller plus étroitement l'usage qui est fait du bien incorporel en question. Une telle transaction entre membres d'une multinationale ne compromet pas les bénéfices globaux du groupe. Dans les mêmes circonstances, une entreprise indépendante exploitera probablement elle-même l'élément incorporel ou accordera une licence à une autre entreprise indépendante pour une durée limitée (ou, le cas échéant, selon des modalités permettant d'ajuster la redevance). Cependant, il y a toujours un risque que le bien incorporel ne soit pas aussi précieux qu'il y paraît. Par conséquent, une entreprise indépendante doit choisir entre vendre le bien en diminuant le risque et en sauvegardant un bénéfice, et exploiter le bien en courant le risque que le bénéfice ne soit pas à la hauteur de ce qu'il aurait été en cas de vente. Lorsque des entreprises indépendantes s'engagent rarement dans des transactions du type de celles auxquelles se livrent des entreprises associées, le principe de pleine concurrence est difficile à appliquer, car on n'a que peu ou pas d'élément pour déterminer directement les conditions qui auraient été fixées par des entreprises indépendantes.

1.11 Dans certains cas, le principe de pleine concurrence peut imposer une charge administrative aussi bien aux contribuables qu'à l'administration fiscale, qui devront évaluer des opérations transfrontières aussi nombreuses que variées. Alors qu'une entreprise associée fixe généralement les conditions d'une transaction au moment où celle-ci intervient, à un moment ou à un autre il pourra lui être demandé de démontrer que ces conditions étaient conformes au principe de pleine concurrence (voir le chapitre IV consacré à la documentation). L'administration fiscale devra parfois procéder à cette vérification plusieurs années après l'opération. Elle tentera alors de rassembler des informations sur les opérations similaires, sur les conditions du marché au moment où l'opération a eu lieu, etc. et ce pour des transactions nombreuses et variées. Cette tâche se révèle généralement d'autant plus difficile que le temps a passé.

1.12 L'administration fiscale et les contribuables éprouvent souvent des difficultés à obtenir les informations nécessaires pour appliquer le principe de pleine concurrence. Parce que l'application de ce principe oblige en général les

contribuables et l'administration fiscale à évaluer les transactions sur le marché libre et les activités industrielles ou commerciales d'entreprises indépendantes et à les comparer aux activités d'entreprises associées, de très nombreuses données peuvent être nécessaires. Les informations accessibles peuvent être incomplètes et difficiles à interpréter ; d'autres données, s'il en existe, peuvent être difficiles à obtenir en raison de leur localisation géographique ou de celle des parties auprès de qui on peut se les procurer. En outre, il sera parfois impossible d'obtenir des informations auprès d'entreprises indépendantes pour des raisons de confidentialité. Enfin, dans certains cas, des informations sur une entreprise indépendante qui pourraient s'avérer pertinentes peuvent tout simplement ne pas exister. Il y a lieu également de rappeler, comme on l'a vu plus haut, que la fixation des prix de transfert n'est pas une science exacte et nécessite une appréciation personnelle de la part de l'administration fiscale comme du contribuable.

ii) Maintien du consensus international autour du principe de pleine concurrence

1.13 Tout en ayant à l'esprit ces considérations, les pays Membres de l'OCDE continuent de penser que le principe de pleine concurrence doit régir l'évaluation des prix de transfert entre entreprises associées. Ce principe est théoriquement valide puisqu'il assure la meilleure approximation possible du fonctionnement du marché libre en cas de transfert de biens et de services entre entreprises associées. Bien qu'il ne soit pas toujours facile à mettre en pratique, il induit généralement parmi les membres de multinationales des niveaux de revenu corrects aux yeux de l'administration fiscale. Il reflète la réalité économique de la situation spécifique du contribuable qui procède à des transactions dans le cadre d'entreprises associées en prenant pour référence le fonctionnement normal du marché.

1.14 L'abandon du principe de pleine concurrence reviendrait à renoncer aux solides fondements théoriques décrits ci-dessus et compromettrait le consensus international, augmentant sérieusement par là même la menace d'une double imposition. L'expérience acquise dans l'application du principe de pleine concurrence est aujourd'hui suffisamment étoffée et circonstanciée pour que les entreprises et l'administration fiscale puissent en tirer un ensemble d'enseignements communs. Ce savoir commun est d'une grande valeur pratique dans la poursuite des objectifs visés, à savoir mettre en place l'assiette

d'imposition appropriée dans chaque juridiction et éviter la double imposition. Il faut mettre à profit l'expérience acquise pour développer et préciser le principe de pleine concurrence et en améliorer la mise en oeuvre en donnant des directives plus claires aux contribuables et en procédant plus rapidement aux vérifications. En résumé, les pays Membres de l'OCDE restent fermement attachés au principe de pleine concurrence. En fait, on ne lui a pas trouvé de solution de remplacement légitime ou réaliste. La répartition globale selon une formule préétablie, parfois évoquée comme un substitut possible, ne serait acceptable ni en théorie, ni dans sa mise en oeuvre ni dans la pratique (voir le chapitre III, partie B, pour une discussion de la méthode de répartition globale selon une formule préétablie).

C. Guide pour l'application du principe de pleine concurrence i)

L'analyse de comparabilité a) Raison d'être de l'examen de la comparabilité

1.15 L'application du principe de pleine concurrence se fonde généralement sur une comparaison entre les conditions pratiquées pour une transaction entre entreprises associées et celles pratiquées pour une transaction entre entreprises indépendantes. Pour qu'une telle comparaison soit significative, il faut que les caractéristiques économiques des situations prises en compte soient suffisamment comparables. Cela signifie qu'il ne doit pas y avoir de différences entre les situations comparées pouvant notablement influencer sur l'élément examiné du point de vue méthodologique (par exemple le prix ou la marge bénéficiaire) ou si des correctifs suffisamment fiables peuvent être utilisés pour éliminer l'incidence de telles différences. Pour déterminer le degré de comparabilité, et notamment les corrections à apporter pour parvenir à cette comparabilité, il faut bien appréhender la manière dont des sociétés indépendantes évaluent des transactions potentielles. Pour évaluer les conditions d'une transaction potentielle, des sociétés indépendantes vont comparer cette transaction aux autres possibilités réalistes qui leur sont offertes et elles ne vont conclure la transaction que si elles ne voient pas d'autres solutions nettement plus avantageuses. A titre d'exemple, il y a peu de chances qu'une entreprise accepte un prix offert pour son produit par une entreprise indépendante si elle sait que d'autres clients potentiels sont prêts à payer plus cher dans des conditions similaires. Cet élément doit être pris en compte pour la comparabilité, puisque des entreprises indépendantes tiennent généralement compte de toutes les différences économiquement significatives

entre les options réalistes qui s'offrent à elles (et notamment des différences de niveau de risque ou aux autres facteurs de comparabilité qui sont évoqués ci-dessous) lorsqu'elles évaluent ces options. Par conséquent, en effectuant les comparaisons auxquelles donne lieu l'application du principe de pleine concurrence, l'administration fiscale doit également tenir compte de ces différences lorsqu'elle détermine si les situations envisagées sont comparables et quelles corrections peuvent être nécessaires pour qu'il y ait comparabilité.

1.16 Toutes les méthodes fondées sur le principe de pleine concurrence se rattachent à l'idée que des entreprises indépendantes examinent les différentes options qui s'offrent à elles et, dans la comparaison de ces options, prennent en compte toutes les différences ayant une incidence sur la valeur respective de ces options. Par exemple, on peut normalement s'attendre à ce que des entreprises indépendantes, avant d'acheter un produit à un certain prix, recherchent si elles ne pourraient pas acheter le même produit moins cher à une autre entreprise. C'est pourquoi, comme on le verra au chapitre II, la méthode du prix comparable sur le marché libre compare une transaction entre entreprises associées aux transactions similaires entre entreprises indépendantes afin d'obtenir une estimation directe du prix sur lequel les parties auraient pu s'accorder si elles avaient eu directement recours au marché au lieu de conclure une transaction contrôlée. Toutefois, cette méthode perd de sa validité en tant que substitut d'une transaction de pleine concurrence si les caractéristiques des transactions sur le marché libre qui ont une incidence substantielle sur le prix pratiqué entre des entreprises indépendantes ne sont pas toutes comparables. De même, la méthode du prix de revente et la méthode du prix de revient majoré consistent à comparer la marge bénéficiaire brute obtenue dans le cadre de la transaction entre entreprises associées aux marges bénéficiaires brutes obtenues dans le cadre de transactions similaires sur le marché libre. La comparaison donne une estimation de la marge bénéficiaire brute que l'une des parties aurait pu obtenir si elle avait exécuté les mêmes fonctions pour des entreprises indépendantes et, donc, une estimation du montant que cette partie aurait demandé en paiement et que l'autre partie aurait considéré comme acceptable, et ce dans des conditions de pleine concurrence pour l'exécution de ces fonctions. D'autres méthodes, présentées dans le chapitre III, se fondent sur des comparaisons des taux de profit ou des marges bénéficiaires entre des entités indépendantes et des entités associées, afin d'estimer les bénéfices que l'une des entreprises associées ou les deux auraient pu obtenir si elles avaient traité uniquement avec des entreprises indépendantes et, par conséquent, le paiement que ces entreprises auraient demandé dans des conditions de pleine

concurrence en contrepartie de l'utilisation de leurs ressources dans le cadre de la transaction contrôlée. Dans tous les cas, des correctifs sont nécessaires pour tenir compte des différences entre les transactions contrôlées et les transactions sur le marché libre qui sont susceptibles d'avoir une incidence substantielle sur le prix pratiqué ou le rendement exigé par des entreprises indépendantes. Par conséquent, le rendement moyen de l'activité ne peut en aucun cas, à lui seul et sans correction, permettre de déterminer les conditions d'une pleine concurrence.

1.17 Comme on l'a indiqué précédemment, il faut tenir compte pour ces comparaisons des différences substantielles entre les transactions ou les entreprises qui en font l'objet. Pour déterminer le degré de comparabilité effective puis effectuer les corrections nécessaires pour mettre en place les conditions (ou un éventail de conditions) de pleine concurrence, il faut comparer les caractéristiques des transactions ou des entreprises qui sont susceptibles d'avoir une incidence sur les conditions propres à des transactions de pleine concurrence. Les caractéristiques qui peuvent être importantes sont celles des biens ou des services transférés, les fonctions assurées par les parties (compte tenu des actifs mis en œuvre et des risques assumés), les clauses contractuelles, la situation économique respective des parties et les stratégies industrielles et commerciales qu'elles poursuivent. C'est à ces éléments qu'on s'attachera maintenant.

1.18 L'importance de ces facteurs dans la détermination de la comparabilité dépend de la nature de la transaction entre entreprises associées et des méthodes de fixation des prix adoptées. En ce qui concerne le rôle de ces facteurs pour l'application de méthodes particulières de fixation des prix, voir l'examen de ces méthodes aux chapitres II et III.

b) Les déterminants de la comparabilité 1.

Caractéristiques des biens ou services

1.19 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. Par conséquent, une comparaison de ces caractéristiques peut être utile pour déterminer la comparabilité de transactions entre entreprises associées et de transactions sur le marché libre. En général, les similitudes dans les caractéristiques des biens ou services transférés interviendront surtout dans la comparaison des prix des transactions entre entreprises associées et des

transactions sur le marché libre et auront moins d'importance dans la comparaison des marges bénéficiaires. Les caractéristiques à prendre en compte sont les suivantes : dans le cas de transferts portant sur des biens corporels, les caractéristiques physiques du bien, sa qualité et sa fiabilité, ainsi que la facilité d'approvisionnement et le volume de l'offre ; dans le cas de la prestation de services, la nature et le volume des services ; enfin, dans le cas d'actifs immatériels, la forme de la transaction (par exemple, concession d'une licence ou vente), le type d'actif (par exemple, brevet, marque de fabrique ou procédé technique), la durée et le degré de protection et l'avantage escompté de l'utilisation de l'actif en question.

2. L'analyse fonctionnelle

1.20 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 oeuvre et des risques assumés). Par conséquent, pour déterminer si des transactions entre entreprises associées et des transactions entre entreprises indépendantes sont comparables, ou si des entités associées ou des entités indépendantes sont comparables, il faut comparer les fonctions exercées par les parties. Cette comparaison repose sur une analyse fonctionnelle, qui a pour but d'identifier et de comparer les activités et responsabilités significatives sur le plan économique qui sont ou seront exercées par les entreprises associées et par les entreprises indépendantes. Pour ce faire, il faut porter une attention particulière à la structure et à l'organisation du groupe. Il serait aussi utile de déterminer à quel titre le contribuable remplit ses fonctions.

1.21 Les fonctions que les contribuables et l'administration fiscale peuvent avoir à identifier et comparer sont, par exemple, la conception, la fabrication, l'assemblage, la recherche-développement, la prestation de services, les achats, la distribution, la commercialisation, la publicité, les transports, les finances et la gestion, etc. Il faut identifier les principales fonctions assurées par la partie concernée. Des ajustements doivent être opérés pour toute différence tangible par rapport aux fonctions exercées par toute entreprise indépendante avec laquelle on la compare. Alors qu'une des parties peut assurer un nombre important de fonctions par rapport à l'autre partie à la transaction, ce qui compte c'est l'importance économique de ces fonctions du point de vue de leur fréquence, de leur nature et de leur valeur pour les parties respectives.

1.22 Il peut également être intéressant et utile, lorsque l'on identifie et l'on compare les fonctions exercées, de prendre en compte les actifs qui sont ou seront mis en oeuvre. Il convient à cet égard d'envisager le type d'actifs utilisés (usines, équipements, éléments incorporels, etc.) et les caractéristiques de ces actifs (âge, valeur marchande, localisation, existence de droits de propriété industrielle, etc.).

1.23 Il peut aussi être intéressant et utile, lorsque l'on compare les fonctions exercées, d'examiner les risques assumés par les parties respectives. Sur le marché libre, l'accroissement du risque sera également compensé par un accroissement du rendement escompté. Dès lors, les transactions entre entités associées et entre entités indépendantes et les entités elles-mêmes ne sont pas comparables s'il existe des différences importantes quant aux risques assumés et que ces différences ne peuvent être valablement corrigées. L'analyse fonctionnelle est incomplète tant qu'on n'a pas pris en compte les principaux risques assumés par chacune des parties, puisque l'acceptation ou la répartition des risques influencerait sur les termes des transactions entre entreprises associées. Théoriquement, sur le marché libre, l'acceptation d'un risque accru doit aussi être compensée par un accroissement du rendement escompté, bien qu'en fait le rendement augmentera ou n'augmentera pas suivant le degré de réalisation effective des risques.

1.24 Les risques à prendre en compte sont notamment : les risques de marché, tels que les fluctuations du coût des moyens de production et du prix des produits, les risques de perte liés à l'investissement dans des biens meubles ou immeubles, des installations productives et des biens d'équipement, ainsi qu'à leur utilisation, le caractère aléatoire des résultats des investissements en recherche-développement, les risques financiers tels que ceux qui découlent des variations des taux de change et des taux d'intérêt, le risque de crédit, etc.

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. A titre d'exemple, si un distributeur assume la responsabilité de la commercialisation et de la publicité en risquant ses propres ressources dans ces activités, il est en droit d'en attendre un revenu proportionnellement plus élevé et les termes de la transaction ne seront pas les mêmes que si le distributeur intervient uniquement en qualité d'agent, se fait rembourser ses frais et perçoit le

revenu approprié à son activité. De même, un fabricant ou chercheur sous contrat, qui ne prend pas de risque important, n'aura droit qu'à un revenu limité.

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. Si, par exemple, un fabricant vend des biens à un distributeur associé dans un autre pays et si par ailleurs le distributeur est censé assumer tous les risques de change alors qu'en fait le prix du transfert est ajusté de manière à le mettre à l'abri des effets des variations du taux de change, l'administration fiscale peut être amenée à contester la répartition du risque de change invoquée par les contribuables.

1.27 Dans l'examen de la nature économique de la répartition des risques qui est indiquée, 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. Par exemple, supposons que la société A s'engage par contrat à produire certains biens et à les livrer à la société B et que le niveau de production et de livraison soit fixé par la société B. En pareil cas, il est peu probable que la société A accepte d'assumer un risque important de stock, puisque, contrairement à la société B, elle ne maîtrise pas le niveau des stocks. Bien entendu, il existe un grand nombre de risques, notamment les aléas de la conjoncture, sur lesquels en général aucune des parties n'exerce un réel contrôle et qui pourraient donc, dans des conditions de pleine concurrence, être imputés à l'une ou l'autre des parties à une transaction. Une analyse est nécessaire pour déterminer quelle est en pratique la part de risque supportée par chaque partie. Quand on veut savoir dans quelle mesure une partie à une transaction supporte un risque de change et/ou un risque de taux d'intérêt, il faut en général examiner dans quelle mesure, le cas échéant, le contribuable et/ou le groupe multinational a une stratégie industrielle ou commerciale visant à minimiser ou à gérer les risques en question. Les opérations de couverture, les contrats à terme, les options d'achat et de vente, etc. sur ou hors marché, sont maintenant de pratique courante. Si un contribuable assumant les risques de change ou de taux d'intérêt ne se protège pas, cela peut tenir à la stratégie du groupe multinational qui cherche à se couvrir globalement ou à ne couvrir qu'une partie des positions du groupe. S'il n'en est

pas tenu compte de façon appropriée, cette dernière pratique peut se traduire par des pertes ou des profits importants que le groupe pourra imputer là où cela lui convient le mieux.

3. Clauses contractuelles

1.28 Dans des transactions de pleine concurrence, les clauses contractuelles définissent en général, expressément ou implicitement, les modalités de répartition des responsabilités, des risques et des bénéfices entre les parties. C'est pourquoi l'analyse des clauses contractuelles fait partie intégrante de l'analyse fonctionnelle évoquée ci-dessus. On peut également déduire les conditions d'une transaction de la correspondance et des communications entre les parties en l'absence de contrat écrit. A 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.

1.29 Dans le cadre de transactions entre entreprises indépendantes, les parties -- du fait de leurs intérêts divergents -- s'efforceront habituellement de faire respecter le contrat et les clauses contractuelles ne seront transgressées ou modifiées après coup que si les deux parties y ont intérêt. On ne rencontre pas toujours cette divergence d'intérêt lorsqu'on a affaire à des entreprises associées et il importe alors d'examiner si les parties se sont conformées au contrat ou si leur comportement démontre que le contrat n'a pas été respecté ou n'est qu'une fiction. En pareils cas, une analyse s'impose pour déterminer les véritables modalités de la transaction.

4. Situations économiques

1.30 Les prix de pleine concurrence peuvent varier selon les marchés, même pour des transactions portant sur un même bien ou service ; par conséquent, pour pouvoir faire des comparaisons, il faut que les marchés sur lesquels opèrent les entreprises associées et les entreprises indépendantes soient comparables et que leurs différences n'aient pas d'effet sensible sur les prix (ou que des correctifs valables puissent être apportés). Au départ, il est essentiel d'identifier le marché ou les marchés en cause, en tenant compte des biens ou des services de substitution disponibles. Les caractéristiques de la situation économique à envisager pour déterminer la comparabilité des marchés sont notamment : la

localisation géographique, la dimension des marchés, le degré de concurrence sur les marchés et la position concurrentielle relative des acheteurs et des vendeurs, l'existence de biens et de services de substitution ou le risque d'apparition de tels biens ou services, le niveau de l'offre et de la demande sur l'ensemble du marché (et, le cas échéant, dans certaines régions), le pouvoir d'achat des consommateurs, la nature et la portée des réglementations publiques applicables au marché, les coûts de production (en particulier, le coût des terrains, de la main-d'oeuvre et du capital), les coûts de transport, le stade de commercialisation (détail ou gros, par exemple), la date et le moment des transactions, etc..

5. Stratégies des entreprises

1.31 Il faut également prendre en compte les stratégies des entreprises dans la détermination de la comparabilité en vue de la fixation des prix de transfert. Les stratégies des entreprises présentent de nombreux aspects, et portent notamment sur l'innovation et la mise au point de nouveaux produits, le degré de diversification, l'aversion pour le risque, la prise en compte des facteurs politiques, le rôle de la législation du travail en vigueur et des nouvelles dispositions envisagées dans ce domaine, ainsi que sur tous les autres facteurs qui ont une incidence sur le fonctionnement quotidien des entreprises. Il peut être nécessaire de prendre en compte ces stratégies pour déterminer la comparabilité des transactions entre entreprises associées et entre entreprises indépendantes ainsi que des entreprises elles-mêmes. Il conviendra aussi d'examiner si les stratégies en question sont le fait du groupe multinational ou d'un membre du groupe agissant isolément et de définir la nature et le degré de la participation des autres membres du groupe nécessaire à la mise en oeuvre de ces stratégies.

1.32 Les stratégies des entreprises peuvent aussi porter sur les modalités de pénétration du marché. Un contribuable voulant pénétrer sur un marché ou accroître sa part de marché pourra pratiquer temporairement pour son produit un prix inférieur à celui pratiqué sur ce marché pour des produits comparables. En outre, un contribuable s'efforçant d'entrer sur un nouveau marché ou d'accroître (ou de préserver) sa part de marché pourra temporairement supporter des coûts plus élevés (par exemple à cause des coûts de lancement ou d'un renforcement de son effort de commercialisation) et réaliser ainsi des bénéfices inférieurs à ceux d'autres contribuables opérant sur ce marché.

1.33 Des problèmes particuliers de calendrier peuvent se poser à l'administration fiscale lorsqu'elle a à se prononcer sur la légitimité des allégations d'un contribuable faisant valoir que son entreprise mène une stratégie qui la distingue des autres entreprises auxquelles elle pourrait être comparée. Certaines stratégies, comme celles de pénétration du marché ou d'accroissement de la part de marché, se traduisent par une réduction des bénéfices courants du contribuable en prévision d'une augmentation des bénéfices futurs. Si, plus tard, l'accroissement des bénéfices ne se concrétise pas parce que la stratégie prévue n'a pas été mise en oeuvre en fait par le contribuable, des contraintes d'ordre juridique peuvent empêcher le réexamen des exercices fiscaux antérieurs par l'administration fiscale. C'est notamment pour cette raison que celle-ci peut souhaiter étudier avec un soin particulier les dires des contribuables qui prétendent suivre une telle stratégie.

1.34 Lorsqu'un contribuable soutient qu'il mène une stratégie industrielle ou commerciale ayant pour effet de diminuer ses bénéfices en contrepartie de leur accroissement à long terme, il y a lieu de prendre en compte plusieurs éléments pour vérifier ses dires. L'administration fiscale doit examiner le comportement des parties pour déterminer s'il est conforme à la stratégie alléguée. Par exemple, si un fabricant facture à son distributeur associé un prix inférieur à celui du marché dans le cadre d'une stratégie de pénétration du marché, les économies réalisées par le distributeur peuvent se refléter dans le prix demandé par le distributeur à ses clients ou dans les dépenses encourues par le distributeur pour mieux s'implanter sur le marché. Une stratégie de pénétration du marché d'un groupe multinational peut être mise en place par le fabricant ou par le distributeur agissant indépendamment du fabricant (et le coût peut être supporté par l'un ou l'autre). En outre, une stratégie de pénétration du marché ou d'accroissement de la part du marché s'accompagne souvent d'efforts de commercialisation et de publicité d'une ampleur inhabituelle. Il faudra également rechercher si la nature des relations entre les parties à la transaction contrôlée est compatible avec le fait que le contribuable supporte le coût de la stratégie. C'est ainsi que dans le cadre d'une transaction de pleine concurrence, une entreprise qui intervient uniquement comme agent commercial et dont la responsabilité dans le développement à long terme du marché est faible ou nulle ne supporte pas en général le coût d'une stratégie de pénétration du marché. Lorsqu'une entreprise s'engage dans des activités de développement du marché à ses propres risques et valorise un produit grâce à une marque de fabrique ou à un nom commercial ou accroît la notoriété

du produit, il faudra en tenir compte dans l'analyse des fonctions visant à déterminer le degré de comparabilité.

1.35 Un autre point doit être examiné : peut-on raisonnablement s'attendre à ce que la mise en oeuvre de la stratégie en question procure un bénéfice suffisant dans un délai qui soit acceptable dans le cadre d'une transaction de pleine concurrence pour justifier son coût. Il est admis qu'une stratégie d'entreprise telle que la pénétration du marché peut échouer, et l'échec ne permet pas en lui-même de ne pas tenir compte de cette stratégie pour la détermination du prix de transfert. Toutefois, si un tel résultat n'était pas plausible au moment de la transaction ou si la stratégie alléguée par l'entreprise est infructueuse mais se poursuit néanmoins au-delà de ce qu'une entreprise indépendante accepterait, les allégations du contribuable risquent d'être discutables. Pour déterminer la période qu'une entreprise indépendante accepterait, l'administration fiscale pourra examiner les stratégies pratiquées dans le pays où la stratégie examinée est mise en oeuvre. Mais, en définitive, le facteur le plus important est de savoir si la stratégie en cause pouvait raisonnablement se révéler rentable dans un avenir prévisible (tout en admettant que la stratégie pouvait échouer) et si une partie opérant dans des conditions de pleine concurrence aurait été disposée à sacrifier ses bénéfices pendant une période similaire dans les mêmes conditions économiques et de concurrence.

ii) Prise en compte des transactions réellement effectuées

1.36 L'examen par l'administration fiscale d'une transaction entre entreprises associées doit se fonder sur la transaction effectivement intervenue entre les parties et les modalités de cette transaction, selon les méthodes utilisées par le contribuable dans la mesure où elles sont conformes à celles qui sont exposées aux chapitres II et III. Sauf dans des cas exceptionnels, l'administration fiscale ne devra pas faire abstraction des transactions effectives ni leur substituer d'autres transactions. La restructuration de transactions commerciales légitimes relèverait d'une démarche totalement arbitraire rendue plus injuste encore par une double imposition au cas où l'autre administration fiscale concernée aurait une opinion différente sur la façon dont la transaction devrait être structurée.

1.37 Il existe toutefois deux cas particuliers où, exceptionnellement, les autorités fiscales peuvent être fondées à ne pas tenir compte de la structure adoptée par un contribuable pour réaliser la transaction entre entreprises

associées. Le premier cas se caractérise par une discordance entre la forme de la transaction et sa nature économique sur le fond. Les autorités fiscales peuvent alors ignorer la qualification donnée par les parties et requalifier la transaction en fonction de sa nature quant au fond. On peut illustrer ce premier cas par l'exemple d'une entreprise investissant dans une entreprise associée sous la forme d'un prêt rémunéré alors que, dans des conditions de pleine concurrence, compte tenu de la situation économique de l'entreprise emprunteuse, l'investissement n'aurait pas dû normalement prendre cette forme. Les autorités fiscales seront alors fondées à qualifier l'investissement en fonction de sa nature économique et à traiter le prêt comme une souscription au capital. Le deuxième cas se présente lorsque, en l'absence de divergences entre la forme et la véritable nature de la transaction, les modalités de la transaction, envisagées dans leur totalité, sont différentes de celles qui auraient été adoptées par des entreprises indépendantes dans une optique commerciale rationnelle, et que, en pratique, la structure effective empêche l'administration fiscale de déterminer un prix de transfert approprié. On peut illustrer ce deuxième cas par l'exemple d'une vente dans le cadre d'un contrat de longue durée, pour une somme forfaitaire, d'un droit illimité sur les droits de propriété intellectuelle liés aux résultats de recherches futures jusqu'à l'expiration du contrat (comme on l'a vu au paragraphe 1.10). S'il convient alors sans doute que les autorités fiscales considèrent effectivement cette transaction comme un transfert de propriété commerciale, elles seraient néanmoins fondées à aligner les modalités de ce transfert dans sa totalité (et non pas simplement du point de vue de la fixation des prix) sur celles auxquelles on aurait pu raisonnablement s'attendre si le transfert de propriété avait fait l'objet d'une transaction entre entreprises indépendantes. Dès lors, l'administration fiscale pourra être fondée, par exemple, à modifier les termes de l'accord dans une optique commerciale rationnelle en le traitant comme un accord permanent de recherche.

1.38 Dans les deux cas décrits ci-dessus, la nature de la transaction peut découler des relations entre les parties et non des conditions commerciales normales et la transaction aura pu être structurée par le contribuable de manière à éviter ou à minimiser l'impôt. Aussi les modalités de la transaction considérées dans leur ensemble résulteront-elles d'une condition qui aurait fait défaut si les parties avaient conclu une transaction de pleine concurrence. L'article 9 permettrait donc que les modalités soient modifiées de manière à refléter celles que les parties auraient adoptées si la transaction avait été structurée en conformité avec la situation économique et commerciale réelle de parties traitant dans un contexte de pleine concurrence.

1.39 Des entreprises associées peuvent conclure des contrats et des accords de types beaucoup plus divers que des entreprises indépendantes, car elles ignorent souvent les conflits d'intérêt habituels entre entreprises indépendantes. Des entreprises associées peuvent passer et passent souvent des accords de nature spécifique que l'on ne rencontre que très rarement ou jamais entre entreprises indépendantes. Il peut y avoir à cela des raisons économiques, juridiques ou fiscales diverses, selon les circonstances qui entourent chaque cas particulier. De plus, les contrats conclus au sein d'un groupe multinational peuvent facilement être révisés, suspendus, étendus ou clos en fonction de la stratégie globale du groupe, et ces modifications peuvent même être rétroactives. En pareil cas, l'administration fiscale appliquant le principe de pleine concurrence devra rechercher la réalité qui se cache derrière l'accord contractuel.

1.40 En outre, pour déterminer si une transaction entre entreprises effectuée selon certaines modalités est conforme au principe de pleine concurrence, l'administration fiscale peut juger utile de se référer à des transactions entre entreprises indépendantes effectuées selon des modalités différentes. Quant à savoir si telle ou telle autre structure peut être valablement retenue comme référence, cela dépendra des faits et circonstances propres au cas d'espèce, et notamment du nombre et de l'exactitude des corrections nécessaires pour tenir compte des différences entre la transaction entre entreprises associées et la transaction de référence, ainsi que de la fiabilité des autres éléments disponibles.

1.41 L'exemple qui suit met bien en lumière la différence entre la restructuration de la transaction entre entreprises associées -- méthode qui, comme on l'a vu, est en général inadaptée -- et le recours à des transactions libres structurées différemment qui sont jugées comparables. Supposons qu'une entreprise manufacturière vende des produits à un distributeur associé situé dans un autre pays et que ce distributeur assume tous les risques de change de ces transactions. Supposons par ailleurs que les transactions similaires entre fabricants et distributeurs indépendants soient structurées différemment dans la mesure où c'est le fabricant et non le distributeur qui supporte tous les risques de change. En pareil cas, l'autorité fiscale devra tenir compte du risque prétendument assumé par le distributeur associé, à moins qu'il n'y ait de bonnes raisons de douter du bien-fondé économique de la prise en charge du risque de change. Le fait que des entreprises indépendantes n'organisent pas leurs transactions selon certaines modalités peut justifier un examen plus attentif de la logique économique des modalités retenues, sans jouer cependant un rôle déterminant. En

revanche, les transactions sur le marché libre comportant une répartition différente du risque de change peuvent être utiles pour établir le prix de la transaction entre entreprises associées, en utilisant éventuellement la méthode des prix pratiqués dans le cadre de transactions comparables sur le marché libre si des correctifs suffisamment précis peuvent être apportés pour tenir compte de la structure différente des transactions.

iii) Évaluation de transactions distinctes ou combinées

1.42 En théorie, pour se rapprocher le plus possible de la juste valeur du marché, le principe de pleine concurrence doit être appliqué transaction par transaction. Mais bien souvent des transactions distinctes sont si étroitement liées ou continues qu'il n'est pas possible de se prononcer correctement sans les prendre en compte dans leur ensemble. Tel est le cas, par exemple, 1. pour des contrats à long terme de fourniture de biens ou de services 2. pour des droits d'exploitation d'éléments incorporels 3. pour la fixation des prix par ligne de produit lorsque la détermination du prix de chaque produit présente des difficultés. . Pour prendre un autre exemple, dans le cas d'une transaction combinant une licence d'un procédé de fabrication et la fourniture de composants vitaux à un fabricant associé, il sera sans doute plus raisonnable de déterminer les conditions de pleine concurrence pour les deux éléments considérés ensemble. Ces transactions doivent être examinées conjointement en utilisant la ou les méthodes reposant sur le principe de pleine concurrence qui sont les plus appropriées. Un autre exemple pourrait être l'acheminement de transactions par l'intermédiaire d'une autre entreprise associée ; il sera alors sans doute plus judicieux de considérer la transaction dont l'intermédiation fait partie comme un tout et non de traiter chaque transaction séparément.

1.43 S'il faut parfois évaluer conjointement certaines transactions conclues séparément entre entreprises associées pour déterminer si l'on a bien affaire à des conditions de pleine concurrence, d'autres transactions faisant l'objet d'un contrat global entre entreprises associées peuvent nécessiter des évaluations séparées. Une entreprise multinationale peut regrouper en une seule transaction -- assortie d'un prix unique -- un certain nombre de prestations, comme la concession de brevets, de procédés techniques et de marques de fabrique, des prestations de services techniques et administratifs et la location d'installations de production. Cette formule est en général qualifiée d'arrangement global. Toutefois, de tels arrangements incluent rarement la vente de produits, bien que le prix de vente de

produits puisse, lui, couvrir aussi quelques services annexes. Dans certains cas, il peut ne pas être possible d'évaluer l'arrangement dans son ensemble, et il faut donc en isoler les différents éléments. Dans ces cas, après avoir déterminé des prix de transfert distincts pour les différents éléments, l'administration fiscale devra néanmoins rechercher si le niveau des prix de transfert applicables à l'ensemble de l'arrangement est conforme au principe de pleine concurrence.

1.44 Même si les parties sont indépendantes, les arrangements globaux peuvent combiner des éléments qui sont soumis à un régime fiscal différent selon le droit interne et selon une convention concernant l'impôt sur le revenu. A titre d'exemple, les paiements de redevances peuvent être soumis à une retenue à la source, alors que des versements effectués au titre d'une location peuvent être imposés sur la valeur nette. Dans ces conditions, la détermination des prix de transfert dans une optique globale pourrait être encore justifiée et l'administration fiscale pourrait décider ensuite s'il est nécessaire, pour d'autres raisons d'ordre fiscal, d'attribuer le prix aux différents éléments de l'opération. En prenant cette décision, les administrations fiscales devront examiner l'arrangement entre entreprises associées comme s'il s'agissait d'arrangements similaires entre entreprises indépendantes. Les contribuables devront être en mesure de démontrer que l'arrangement global recouvre un prix de transfert convenable.

iv) Utilisation d'un intervalle de pleine concurrence

1.45 Dans certains cas, il sera possible d'appliquer le principe de pleine concurrence en aboutissant à un seul chiffre (par exemple un prix ou une marge) qui constituera la meilleure référence possible pour établir si une transaction s'est faite ou non dans des conditions de pleine concurrence. Mais très souvent, comme la fixation de prix de transfert n'est pas une science exacte, l'application de la méthode ou des méthodes les plus appropriées débouchera sur une fourchette de chiffres tous d'une fiabilité plus ou moins équivalente. Les différences entre les chiffres constituant cette fourchette peuvent être dues au fait qu'en général l'application du principe de pleine concurrence ne permet d'obtenir qu'une approximation des conditions qui se seraient établies entre des entreprises indépendantes. Il est également possible que les différents points de l'intervalle résultent de ce que des entreprises indépendantes effectuant des transactions comparables dans des circonstances comparables ne pratiqueraient pas exactement le même prix pour la transaction en question. Toutefois, dans certains cas, les transactions comparables examinées n'auront pas toutes un degré de

comparabilité voisin. Par conséquent, la détermination du prix de pleine concurrence exige forcément une part d'interprétation. Comme on le verra au chapitre III, l'utilisation d'un intervalle de pleine concurrence peut être particulièrement adaptée lorsqu'on applique, faute de mieux, la méthode transactionnelle de la marge nette.

1.46 On peut également obtenir une fourchette lorsqu'on applique plus d'une méthode pour évaluer une transaction entre entreprises associées. Par exemple, deux méthodes dotées d'un degré similaire de comparabilité pourront être utilisées pour juger si une transaction entre entreprises associées est conforme au principe de pleine concurrence. Chacune de ces méthodes pourra aboutir à un résultat ou une fourchette de résultats différents de ceux obtenus avec l'autre méthode, du fait des différences de nature entre les méthodes et entre les données correspondantes pertinentes pour l'application d'une méthode particulière. Néanmoins, chaque méthode pourrait être utilisée séparément pour définir une fourchette acceptable de chiffres de pleine concurrence. Les données résultant de ces fourchettes pourraient permettre de déterminer avec plus d'exactitude l'intervalle de pleine concurrence, par exemple lorsque les fourchettes se chevauchent, ou de réexaminer l'exactitude des méthodes utilisées lorsque les fourchettes ne se chevauchent pas. Il n'est pas possible d'établir une règle générale en ce qui concerne l'utilisation de fourchettes obtenues en appliquant plusieurs méthodes, dans la mesure où les conclusions tirées de cette utilisation dépendront de la fiabilité comparée des méthodes appliquées pour déterminer les fourchettes et de la qualité des informations utilisées dans le cadre des différentes méthodes.

1.47 Lorsque l'application d'une ou plusieurs méthodes aboutit à une fourchette de chiffres, un écart important entre les points de l'intervalle de pleine concurrence ainsi défini peut indiquer que les données utilisées pour établir certains de ces points ne sont peut-être pas aussi fiables que celles qui ont servi à obtenir les autres points de l'intervalle, ou que l'écart tient à certaines caractéristiques des données comparables qui exigent des correctifs. En pareils cas, il pourra être nécessaire d'analyser de plus près les points en question pour déterminer s'il convient de les inclure dans un quelconque intervalle de pleine concurrence.

1.48 Si les conditions de la transaction entre entreprises associées (par exemple le prix ou la marge) se situent à l'intérieur de l'intervalle de pleine concurrence, il n'y a pas lieu de procéder à un ajustement. Si elles se situent en dehors de cet

intervalle de pleine concurrence déterminé par l'administration fiscale, le contribuable devrait avoir la possibilité de démontrer que les conditions de la transaction sont conformes au principe de pleine concurrence et que l'intervalle de pleine concurrence englobe leurs résultats. Si le contribuable ne peut apporter cette démonstration, l'administration fiscale devrait déterminer comment il convient d'ajuster les conditions de la transaction entre entreprises associées en fonction de l'intervalle obtenu. On pourrait faire valoir que tout point de l'intervalle est néanmoins conforme au principe de pleine concurrence. En général, et dans la mesure où il est possible de distinguer les différents points de l'intervalle, l'ajustement devra être opéré en utilisant le point de l'intervalle qui reflète le mieux les faits et les circonstances de la transaction entre entreprises associées qui est en cause.

v) Utilisation de données portant sur plusieurs années

1.49 Afin d'appréhender parfaitement les faits et les circonstances de la transaction entre entreprises associées, il pourrait en général être utile d'examiner des données portant à la fois sur l'exercice vérifié et des exercices antérieurs. L'analyse de cette information pourrait faire apparaître les faits qui ont pu influencer (ou auraient dû influencer) la fixation du prix de transfert. Les données d'exercices antérieurs permettront de savoir, par exemple, si la perte déclarée par le contribuable pour une transaction fait suite à une série de pertes antérieures pour des transactions similaires, si elle est le résultat de conditions économiques particulières au cours d'un exercice antérieur qui ont eu pour effet d'accroître les coûts au cours d'exercices ultérieurs ou si elle tient au fait que le produit se trouve à la fin de son cycle de vie. Une telle analyse peut être particulièrement fructueuse lorsque, en dernier recours, on applique une méthode transactionnelle de bénéfices.

1.50 Les données portant sur plusieurs années sont également utiles dans la mesure où elles informent sur la conjoncture dans laquelle opèrent les entreprises comparables et sur les cycles de vie de leurs produits. Les différences tenant à l'évolution de la conjoncture ou au cycle de vie des produits peuvent avoir sur les conditions de fixation des prix de transfert une incidence substantielle qu'il est nécessaire d'évaluer pour se prononcer sur la comparabilité. Les données des exercices antérieurs permettront de savoir si une entreprise indépendante qui a effectué une transaction comparable, a été affectée par des conditions économiques comparables, d'une manière comparable ou si des conditions

différentes au cours d'un exercice antérieur ont eu une telle incidence sur le prix ou le bénéfice que la transaction de l'entreprise ne doit pas être utilisée comme élément de comparaison.

1.51 Les données portant sur des exercices postérieurs à celui où a eu lieu la transaction peuvent aussi être utiles pour l'examen des prix de transfert, mais l'administration fiscale doit alors prendre soin d'éviter les effets pervers de l'analyse rétrospective. Par exemple, des données d'années ultérieures peuvent être utiles dans la comparaison des cycles de vie des produits pour des transactions entre entreprises associées et entre entreprises indépendantes lorsqu'il s'agit de déterminer si la transaction sur le marché libre constitue un bon élément de comparaison pour l'application d'une méthode particulière. Le comportement ultérieur des parties devra également être pris en compte pour s'assurer des conditions effectives qui régissent leurs transactions.

vi) Pertes

1.52 Lorsqu'une entreprise associée accuse constamment des pertes alors que le groupe dans son ensemble est bénéficiaire, il faut examiner avec un soin particulier les modes de fixation des prix de transfert. Bien entendu, les entreprises associées, tout comme les entreprises indépendantes, peuvent réellement accuser des pertes, dues à des coûts de démarrage élevés, à des conditions économiques défavorables, à un manque d'efficacité, ou à d'autres motifs industriels ou commerciaux légitimes. Toutefois, une entreprise indépendante n'acceptera pas des pertes indéfiniment. Une entreprise indépendante subissant des pertes récurrentes finira par cesser ses activités dans de telles conditions. Au contraire, une entreprise associée accusant des pertes peut continuer à fonctionner si ses activités sont profitables au groupe multinational dans son ensemble.

1.53 Le fait pour une entreprise déficitaire de conclure des transactions avec les membres bénéficiaires de son groupe multinational peut donner à penser au contribuable ou à l'administration fiscale qu'un examen des prix de transfert s'impose. L'entreprise déficitaire n'est peut-être pas correctement rétribuée par le groupe multinational dont elle fait partie, compte tenu des avantages que celui-ci retire de ses activités. A titre d'exemple, un groupe multinational peut avoir besoin de produire toute une gamme de produits et ou de services pour rester compétitif et être globalement bénéficiaire, alors que certaines lignes de produits

seront systématiquement déficitaires. Un membre du groupe multinational peut constamment accuser des pertes parce qu'il produit tous les articles générant des pertes, les autres membres produisant les articles générant des bénéfices. Une entreprise indépendante ne rendrait un tel service que si elle recevait en compensation une rémunération suffisante. Par conséquent, l'un des moyens d'aborder ce type de problème de fixation des prix de transfert serait de considérer que l'entreprise déficitaire perçoit le même type de rémunération qu'une entreprise indépendante percevrait conformément au principe de pleine concurrence.

1.54 Dans l'analyse des pertes, il faut tenir compte du fait que les stratégies industrielles ou commerciales peuvent différer d'un groupe à l'autre pour diverses raisons d'ordre historique, économique et culturel. Des pertes récurrentes intervenues durant une période raisonnable peuvent se justifier dans certains cas par une stratégie commerciale consistant à fixer les prix à un niveau particulièrement bas pour pénétrer sur le marché. Un producteur abaissera, par exemple, le prix de ses produits au point même de subir temporairement des pertes pour pouvoir accéder à de nouveaux marchés, élargir sa part de marché, lancer des produits ou des services nouveaux, ou décourager les concurrents potentiels. Toutefois, des prix particulièrement bas ne devraient normalement être pratiqués que pendant une période limitée, précisément dans le but d'accroître les bénéfices à long terme. Si une telle stratégie de fixation des prix se poursuit au-delà d'une période raisonnable, un ajustement du prix de transfert peut être justifié, en particulier lorsque des données comparables portant sur plusieurs années montrent que les pertes ont été subies pendant une période plus longue que pour des entreprises indépendantes comparables. En outre, l'administration fiscale ne devrait pas considérer des prix particulièrement bas (par exemple, au coût marginal alors que les capacités de production sont sous-employées) comme conformes au principe de pleine concurrence, à moins qu'on puisse s'attendre à ce que des entreprises indépendantes fixent leurs prix de manière comparable.

vii) Incidence des mesures prises par les pouvoirs publics

1.55 Dans certains cas, un contribuable prétendra qu'un prix de pleine concurrence doit être ajusté pour tenir compte des interventions de l'Etat sous la forme d'un contrôle des prix (et même des réductions de prix) ou des taux d'intérêt, de restrictions concernant la rémunération de prestations de services ou de prestations de gestion, d'une réglementation des versements de redevances, de subventions en faveur de certains secteurs, d'un contrôle des changes, de droits antidumping ou de mesures touchant au taux de change. En général, ces interventions des pouvoirs publics doivent être prises en compte au nombre des conditions du marché du pays considéré et en temps normal elles constitueront l'un des éléments d'appréciation qui permettront de se prononcer sur le prix de transfert pratiqué par un contribuable sur ce marché. La question qui se pose alors est de savoir si, dans ces conditions, les transactions effectuées par les entreprises associées sont en conformité avec celles qui interviennent entre entreprises indépendantes.

1.56 L'un des problèmes qui se pose à cet égard est de déterminer le stade auquel un contrôle des prix affecte le prix d'un produit ou d'un service. Souvent, il aura une incidence directe sur le prix final à la consommation, mais il peut aussi avoir un effet sur les prix payés aux stades antérieurs. En pratique, les entreprises multinationales pourront ne pas ajuster leurs prix de transfert pour tenir compte d'un contrôle des prix, en laissant le vendeur final subir les effets éventuels d'une limitation de ses bénéfices, ou fixer leurs prix de manière à répartir la charge résultant du contrôle des prix entre le vendeur final et le fournisseur intermédiaire. Il faut examiner si un fournisseur indépendant prendrait sa part des coûts résultant d'un contrôle des prix et si une entreprise indépendante chercherait d'autres lignes de produits ou d'autres débouchés commerciaux. A cet égard, il est peu probable qu'une entreprise indépendante soit disposée à produire, distribuer ou fournir autrement des produits ou services dans des conditions qui ne lui rapportent aucun bénéfice. Il n'en reste pas moins qu'un pays pratiquant un contrôle des prix doit tenir compte du fait que ce contrôle altérera les bénéfices réalisables par les entreprises qui vendent les produits contrôlés.

1.57 Un problème particulier se pose lorsqu'un pays empêche ou "bloque" le paiement d'une somme due -- ou qui, aux termes d'un accord de pleine concurrence, serait due -- par une entreprise associée à une autre entreprise associée. Par exemple, un contrôle des changes pourra réellement empêcher une

entreprise associée de transférer à l'étranger les intérêts d'un prêt consenti par une autre entreprise associée. Cette situation peut donner lieu à un traitement différent dans les deux pays concernés : le pays de l'emprunteur peut ou non considérer les intérêts non transférés comme ayant été versés par l'emprunteur et le pays du prêteur peut ou non considérer les intérêts comme ayant été reçus par le prêteur. En règle générale, si la réglementation s'applique également aux transactions entre entreprises associées et entre entreprises indépendantes (à la fois légalement et dans la pratique), le régime fiscal devrait être le même pour des entreprises associées que celui qui s'appliquerait si la transaction avait lieu entre des entreprises indépendantes. Si la réglementation ne s'applique qu'aux transactions entre entreprises associées, il n'y a pas de façon simple de régler le problème. L'une des solutions pourrait être d'appliquer le principe de pleine concurrence en considérant la réglementation comme une condition modifiant les termes de la transaction. Les conventions internationales pourraient envisager les solutions possibles en pareils cas.

1.58 Cette analyse suscite une difficulté en ce sens que, souvent, des entreprises indépendantes ne concluraient tout simplement pas une transaction pour laquelle les paiements seraient bloqués. Une entreprise indépendante peut se trouver occasionnellement dans une telle situation, la plupart du temps parce que la réglementation aura été instaurée après la conclusion de la transaction. Il semble cependant peu probable qu'une entreprise indépendante assume délibérément un risque important de non-paiement de produits ou services en concluant une transaction alors qu'une réglementation stricte est déjà en application, à moins que les prévisions de profits ou le rendement anticipé dans le cadre de la stratégie envisagée par l'entreprise en question soient suffisants pour rendre le taux de rendement acceptable malgré l'existence de la réglementation bloquant les paiements.

1.59 Etant donné que des entreprises indépendantes ne s'engageraient sans doute pas dans une transaction soumise à une réglementation, on ne voit pas très bien comment appliquer le principe de pleine concurrence. L'une des solutions possibles est de traiter le paiement comme s'il avait été effectué entre les entreprises associées, en partant de l'idée qu'une entreprise indépendante se trouvant dans une situation similaire aurait exigé de recevoir un paiement par d'autres moyens. Selon cette approche, la partie à laquelle est dû le paiement bloqué est censée rendre un service au groupe multinational. En pareil cas, le problème qui se pose aux administrations fiscales concerne essentiellement leur

base d'imposition respective. Si une entreprise associée demande à bénéficier d'une déduction au titre d'un paiement bloqué, l'autre partie devrait déclarer le revenu correspondant. De toute façon, le contribuable ne devrait pas être autorisé à appliquer aux paiements bloqués dus par une entreprise associée un régime différent de celui des paiements bloqués dus par une entreprise indépendante.

viii) Compensations intentionnelles

1.60 Il y a compensation intentionnelle lorsque les entreprises associées intègrent sciemment cette compensation dans les conditions des transactions effectuées au sein du groupe. C'est le cas lorsqu'une entreprise associée a fourni à une autre entreprise associée du groupe une prestation qui est compensée dans une certaine mesure par des prestations différentes reçues de cette entreprise en échange. Ces entreprises peuvent prétendre que la prestation que chacune d'entre elles a reçue doit donner lieu à une compensation avec la prestation que chacune d'entre elles a fourni en paiement intégral ou partiel de cette prestation, de sorte qu'il n'y a lieu de prendre en compte que le gain net ou la perte nette occasionné par la transaction pour évaluer le montant de l'impôt dû. Par exemple, une entreprise peut autoriser une autre entreprise à utiliser un brevet en échange de la fourniture de procédés techniques dans un autre domaine et prétendre que la transaction n'entraîne ni bénéfice ni perte pour aucune des parties concernées. De tels accords peuvent être parfois conclus entre des entreprises indépendantes et il y a lieu d'en examiner la conformité au principe de pleine concurrence pour déterminer la valeur des différentes prestations qui font l'objet de demandes de compensations.

1.61 L'importance et la complexité des compensations intentionnelles sont variables. Elles peuvent aller d'une simple compensation entre deux transactions (prenant par exemple la forme d'un prix de vente avantageux de produits manufacturés en échange d'un prix d'achat avantageux des matières premières utilisées pour les fabriquer) à un accord général portant sur le règlement de l'ensemble des prestations offertes aux deux parties sur une période donnée. Il est très peu probable que des entreprises indépendantes concluent ce dernier type d'accord à moins qu'il ne soit possible d'évaluer avec précision les différentes prestations et que le contrat ne soit conclu à l'avance. Normalement, des entreprises indépendantes préféreraient que leurs flux de recettes et de dépenses restent indépendants les uns des autres, et enregistrer les bénéfices ou les pertes résultant de transactions normales.

1.62 La prise en compte de compensations intentionnelles ne modifie pas la condition essentielle, qui est la conformité des prix de transfert pratiqués entre entreprises associées au principe de pleine concurrence. Il serait utile que les contribuables divulguent l'existence de compensations intentionnelles dans le cadre de deux ou plusieurs transactions entre entreprises associées et démontrent (ou déclarent qu'ils disposent de la documentation nécessaire et ont effectué une analyse suffisante pour démontrer) que, une fois ces compensations prises en compte, les termes des transactions considérées sont compatibles avec le principe de pleine concurrence au moment du dépôt de la déclaration d'impôts.

1.63 Il peut être nécessaire d'évaluer séparément les transactions pour déterminer si chacune d'entre elles est conforme au principe de pleine concurrence. Si les transactions doivent être analysées conjointement, il faut se montrer prudent dans le choix de transactions comparables (voir l'exposé dans la section *iii*) de la partie C). Les dispositions concernant les compensations entre entreprises associées dans le cadre de transactions internationales peuvent n'être pas tout à fait compatibles avec celles qui concernent les compensations entre entreprises indépendantes dans un cadre purement national, en raison des différences de régime fiscal des compensations applicables dans les différents systèmes nationaux ou de différences de régime des paiements en vertu d'une convention fiscale bilatérale. Par exemple, l'existence d'une retenue à la source rendrait plus difficile une compensation entre des redevances et des recettes perçues à l'occasion de ventes.

1.64 A l'occasion d'une vérification, un contribuable peut tenter d'obtenir une réduction d'un ajustement du prix de transfert au titre d'une surévaluation involontaire du revenu imposable. L'administration fiscale a toute latitude pour donner ou non une suite favorable à une telle demande. Elle peut aussi envisager ces demandes dans le contexte des procédures amiables et des ajustements corrélatifs (voir chapitre IV).

ix) Utilisation de la valeur en douane

1.65 D'une manière générale, beaucoup d'administrations des douanes appliquent le principe de pleine concurrence pour disposer d'un critère neutre de comparaison entre les valeurs à attribuer aux marchandises importées par des

entreprises associées et la valeur d'articles similaires importés par des entreprises indépendantes.

1.66 Toutefois, les administrations fiscales comme les administrations douanières s'efforcent de déterminer la valeur des produits au moment où ils sont transférés ou importés. (Pour l'administration fiscale, la date retenue est généralement celle où le contrat a été conclu, mais dans bien des cas celle-ci coïncide avec la date du transfert). Par conséquent, les évaluations douanières, dans la mesure où elles peuvent intervenir au moment même où le transfert a lieu ou à un moment voisin peuvent être utiles à l'administration fiscale pour vérifier si le prix de transfert pratiqué dans le cadre d'une transaction entre entreprises associées est bien conforme au principe de pleine concurrence. En particulier, les autorités douanières peuvent disposer d'informations concernant la transaction, recueillies à la date de celle-ci, qui peuvent être utiles dans l'examen des prix de transfert, notamment si elles ont été établies par le contribuable.

1.67 Si les autorités douanières et l'administration fiscale peuvent poursuivre un objectif similaire dans l'examen des valeurs déclarées de transactions transfrontières entre entreprises associées, les contribuables peuvent avoir des motivations contradictoires lorsqu'ils fixent la valeur de leurs transactions à l'intention des autorités douanières et des autorités fiscales. En général, un contribuable qui importe des produits a intérêt à fixer le prix de la transaction à un faible niveau à l'intention des autorités douanières de manière que le droit de douane applicable soit faible (des considérations similaires peuvent jouer pour la TVA et les droits d'accise). En revanche, en matière fiscale, le contribuable peut avoir intérêt à déclarer un prix plus élevé pour ces mêmes biens afin d'accroître ses dépenses déductibles. La coopération entre les administrations fiscales et douanières dans la vérification des prix de transfert devient plus courante, ce qui devrait contribuer à réduire le nombre de cas dans lesquels les valeurs en douane sont jugées inacceptables en matière fiscale ou vice versa. Un renforcement de la coopération dans le domaine des échanges de renseignements serait particulièrement utile et ne devrait pas être difficile à réaliser dans les pays qui disposent déjà d'administrations fiscales et douanières intégrées. Les pays qui ont des administrations distinctes pourraient souhaiter envisager une modification des règles relatives aux échanges de renseignements de manière que les informations puissent circuler plus facilement entre les différentes administrations.

x) Utilisation des méthodes de fixation des prix de transfert

1.68 Les méthodes exposées aux chapitres II et III permettent de déterminer si les conditions qui régissent les relations commerciales financières entre entreprises associées sont conformes au principe de pleine concurrence. Il n'existe pas de méthode qui soit utilisable en toute circonstance et il n'est pas nécessaire de rejeter telle ou telle méthode. Les responsables de l'administration fiscale doivent hésiter à procéder à des ajustements mineurs ou marginaux. Par ailleurs, les groupes multinationaux sont entièrement libres de recourir à des méthodes autres que celles qui sont exposées dans ce rapport, dès lors que les prix fixés satisfont au principe de pleine concurrence, conformément aux Principes directeurs exposés ici. Le contribuable devra toutefois conserver une documentation concernant la façon dont les prix de transfert ont été établis et être prêt à la communiquer. A propos de la documentation, voir le chapitre V.

1.69 Le principe de pleine concurrence ne nécessite pas le recours à plusieurs méthodes et, en fait, un tel recours à plusieurs méthodes risquerait de faire peser sur les contribuables une lourde charge. Par conséquent, le présent rapport n'exige ni des vérificateurs ni des contribuables qu'ils mettent en oeuvre plusieurs méthodes dans leur analyse. Si, dans certains cas, le choix d'une méthode n'est pas évident et que l'on commence par en envisager plusieurs, il sera généralement possible d'en sélectionner une qui permette d'estimer au mieux le prix de pleine concurrence. Toutefois, dans des cas difficiles où aucune méthode n'est concluante, une approche souple permettra d'utiliser conjointement les données obtenues au moyen de méthodes différentes. Dans de tels cas, on s'efforcera d'aboutir à une conclusion conforme au principe de pleine concurrence qui soit satisfaisante pour toutes les parties en présence, eu égard aux circonstances spécifiques, à l'ensemble des données disponibles, et à la fiabilité relative des différentes méthodes considérées.

1.70 Il n'est pas possible d'établir des règles précises pouvant s'appliquer dans chaque cas. En général, les parties devraient s'efforcier d'aboutir à un accord raisonnable en ayant à l'esprit le manque de précision des diverses méthodes et la préférence pour un degré plus élevé de comparabilité et un lien plus direct et plus étroit avec la transaction. Il ne faut pas que des informations utiles, comme celles qui concernent des transactions sur le marché libre qui ne sont pas identiques aux transactions entre entreprises associées, soient rejetées pour la simple raison qu'elles ne satisfont pas totalement à un quelconque critère de comparabilité

appliqué de façon rigide. De même, des informations concernant des entreprises engagées dans des transactions avec des entreprises associées peuvent aider à comprendre la transaction considérée ou donner des indications pour de futures investigations. En outre, toute méthode devra pouvoir être utilisée lorsqu'elle est acceptable pour les membres du groupe multinational parties à la transaction ou aux transactions considérées ainsi que pour les administrations fiscales des pays dont relèvent ces membres.

