



Options de souscription ou d'achat d'actions pour les salariés : incidences sur les prix de transfert

PRÉFACE

Cette étude examine un certain nombre de questions relatives aux prix de transfert dans le cadre des plans d'options sur actions. Elle a été préparée par le Secrétariat de l'OCDE et bénéficié d'apports considérables et de discussions détaillées par les Délégués du Groupe de Travail n°6 sur l'imposition des entreprises multinationales du Comité des Affaires Fiscales. Dans le processus d'élaboration de cette étude le Secrétariat a également reçu des contributions formelles et informelles de différentes sources de la communauté des affaires. Cette étude est publiée dans la série des Études de Politique Fiscale sous la responsabilité du Secrétaire Général et les vues qui y sont exprimées ne sont pas nécessairement celles de l'Organisation et de ses membres.

Après une brève introduction (section A), l'étude précise le champ de l'étude (section B). L'analyse est limitée aux questions de prix de transfert qui se posent entre entreprises associées, sans aborder les problèmes d'établissement stable. Le champ de l'analyse est limité aux plans d'options pour les salariés et exclut donc les paiements à base d'actions versés à des parties autres que les salariés ainsi que les autres mécanismes de rémunération à base d'actions. La note se concentre sur les plans de sociétés cotées. Point très important, elle part de la prémisse que les plans d'options pour les salariés constituent des éléments de rémunération.

Le principe de pleine concurrence ne porte pas sur la question de savoir si la société émettrice du plan d'options doit être tenue de déclarer un montant comme revenu imposable ou si cette société ou la filiale qui emploie les bénéficiaires des options doit bénéficier de déductions fiscales pour les options, et il n'aborde pas, au cas où une telle déduction est accordée, la façon dont elle doit être calculée aux fins de la fiscalité nationale. Ces questions sont couvertes par les règles fiscales nationales. Il s'intéresse uniquement à la question de savoir si des conditions convenues ou imposées entre deux entreprises associées dans leurs relations commerciales ou financières diffèrent de celles qui seraient convenues entre entreprises indépendantes. Trois situations principales ont été identifiées comme posant des problèmes de prix de transfert.

Première situation :

La première situation concerne le cas d'une entreprise qui accorde des options aux employés d'une entreprise associée résidant dans une autre juridiction fiscale. Deux exemples sont analysés pour illustrer cette situation, le premier étant celui d'un plan sans effet dilutif dans lequel les employés reçoivent des options d'achat portant sur des actions existantes acquises sur le marché par la société qui les a émises (section C), et le deuxième celui d'un plan à effet dilutif permettant aux salariés de souscrire à des actions nouvelles (section D). Que le plan ait un effet dilutif ou non dilutif, les questions suivantes se posent :

- Comment appliquer le principe de pleine concurrence aux relations commerciales et financières existant entre la société qui émet les options et les filiales qui emploient les bénéficiaires de ces options ;

- Quelles méthodes de calcul des prix de transfert peuvent être utilisées pour déterminer une rémunération de pleine concurrence des relations commerciales et financières entre la société émettrice et ses filiales employant les bénéficiaires des options ;
- Quels facteurs doivent être pris en compte dans l'application de ces méthodes.

L'analyse commence par la description de la ou des transaction(s) contrôlée(s) examinée(s), l'identification du ou des bénéficiaire(s) de la transaction et l'analyse de comparabilité (sections C.1 et D.1). Cette analyse est suivie de l'examen de trois approches possibles pour déterminer la rémunération de pleine concurrence (sections C.2 et D.2) :

- Une approche fondée sur la valeur de marché des instruments financiers (c'est-à-dire des options), soit par référence au cours ajusté d'options comparables, soit, lorsqu'il n'y a pas de prix de marché observable, en se fondant sur un modèle de valorisation des options qui devrait être ajusté.
- Une approche fondée sur les coûts associés à l'établissement et à la fourniture du plan d'options.
- Une approche fondée sur la valeur du plan d'options pour la filiale qui emploie les bénéficiaires des options.

Chacune de ces approches a ses forces et ses faiblesses et des questions demeurent quant aux modalités pratiques de ces approches, ainsi que d'autres approches possibles éventuelles.

La section C.3 examine le cas particulier d'un salarié qui a reçu des options et change d'employeur à l'intérieur de l'Entreprise Multinationale (ci-après « EMN ») ou qui quitte l'EMN avant de les avoir exercées. Les sections C.4 et D.3 comprennent une brève discussion des interactions entre les règles fiscales nationales et les conventions fiscales (y compris la manière d'éviter la double imposition dans le cadre du paragraphe 2 de l'Article 9 ou de la procédure amiable, Article 25 de la Convention Modèle OCDE).

Seconde situation :

La deuxième situation porte sur deux types de questions liées entre elles : premièrement, l'incidence des plans d'options sur des transactions autres que la fourniture d'un plan d'options quand la méthode de prix de transfert appliquée à ces autres transactions est sensible à la rémunération du salarié (section F) et, deuxièmement, l'incidence des plans d'options d'actions sur la comparabilité quand la rémunération du salarié de la partie objet de l'examen ou des comparables est affectée de manière significative par les options. Les questions abordées sont notamment celle des ajustements de comparabilité éventuels qui seraient nécessaires pour prendre en compte les options et des modalités de détermination de tels ajustements (section G), ainsi que celle de l'interaction des règles nationales avec les dispositions conventionnelles (section H).

Troisième situation :

La troisième situation concerne l'incidence des plans d'options sur les Accords de répartition de coûts (ARC). A partir d'un exemple, l'étude examine la question de savoir si, et dans quelles circonstances, les options pour les salariés doivent être prises en compte dans l'évaluation des contributions des participants à un ARC ainsi qu'une discussion des principes d'évaluation qui peuvent être appliqués et des circonstances dans lesquelles les options pour les salariés peuvent être omises de cette détermination (sections J, K et L).

TABLE OF CONTENTS

PRÉFACE.....	1
OPTIONS DE SOUSCRIPTION OU D'ACHAT D'ACTIONS POUR LES SALARIÉS : INCIDENCES SUR LES PRIX DE TRANSFERT	5
Introduction – Champ de l'étude.....	5
A. INTRODUCTION.....	5
B. PORTÉE DE L'ÉTUDE	6
B.1 Entreprises associées.....	6
B.2 Rémunération à base d'actions à des parties autres que les salariés.....	6
B.3 Variété de mécanismes de rémunération fondés sur les actions	6
B.4 Plans d'options sur actions pour les salariés	6
B.5 Situations étudiées dans la présente étude	9
SITUATION I : UNE ENTREPRISE OCTROIE DES OPTIONS SUR ACTIONS AUX SALARIÉS D'UNE ENTITÉ ASSOCIÉE QUI EST RÉSIDENTE D'UNE AUTRE JURIDICTION FISCALE.	11
C. EXEMPLE DE TOPCO : LE «PLAN D'OPTIONS À EFFET NON DILUTIF»	11
C.1 Application du principe de pleine concurrence: transaction(s) contrôlée(s) examinée(s), identification du (des) bénéficiaire(s) de la transaction et analyse de comparabilité	13
C.2 Approches possibles pour déterminer une contrepartie conforme au principe de pleine concurrence.....	24
C.3. Cas particulier d'un salarié qui change d'employeur au sein de THE GROUP ou qui quitte THE GROUP.....	34
C.4 Interactions avec le droit interne.....	35
D. VARIANTE DE L'EXEMPLE TOPCO : LES PLANS D'OPTIONS A EFFET DILUTIF	37
D.1 Application du principe de pleine concurrence: transaction(s) contrôlée(s) examinée(s), identification du (des) bénéficiaire(s) de la transaction et analyse de comparabilité	38
D.2 Approches possibles pour déterminer une contrepartie conforme au principe de pleine concurrence.....	38
D.3 Application de l'Article 9 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE et interactions avec le droit interne	40
E. CONCLUSION PRÉLIMINAIRE SUR LA SITUATION I	40
SITUATION II :	43
F. IMPACT DES PLANS D'OPTIONS SUR LES TRANSACTIONS (AUTRES QUE LES TRANSACTIONS PORTANT SUR LES PLANS D'OPTIONS) IMPLIQUANT LES SALARIÉS BÉNÉFICIAIRES DES PLANS D'OPTIONS.....	43
F.1 Transactions facturées selon la méthode du coût de revient majoré.....	44
F.2 Transactions rémunérées selon la méthode transactionnelle de la marge nette	47
F.3 Transactions rémunérées par une méthode de partage des bénéfices	47

G.	IMPACT DES PLANS D'OPTIONS SUR L'ANALYSE DE COMPARABILITÉ LORSQUE LES OPTIONS ONT UN IMPACT SIGNIFICATIF SUR LA RÉMUNÉRATION DES SALARIÉS DE LA PARTIE ÉTUDIÉE OU DES COMPARABLES. DÉTERMINATION D'UN AJUSTEMENT DE COMPARABILITÉ	48
G.1	Questions de comparabilité posées par les plans d'options pour les salariés	48
G.2	Détermination d'un ajustement de comparabilité.....	49
H.	INTERACTION ENTRE REGLES DE DROIT INTERNE ET CONVENTIONS FISCALES ...	54
I.	CONCLUSION PRÉLIMINAIRE SUR LA SITUATION II.....	55
SITUATION III : L'INCIDENCE DES PLANS D'OPTIONS SUR ACTIONS SUR LES ACCORDS DE RÉPARTITION DES COÛTS (ARC).....		56
J.	EXEMPLE.....	56
K.	FAUT-IL COMPTABILISER LES OPTIONS DANS LE CALCUL DES CONTRIBUTIONS RESPECTIVES À UN ARC?	57
L.	LORSQUE LES OPTIONS SONT INCLUSES DANS LA VALORISATION DES CONTRIBUTIONS DES PATICIPANTS A L'ARC, QUELS DEVRAIENT ETRE LES PRINCIPES DE VALORISATION?	60
L.1	Coût ou valeur de marché ?	60
L.2	Date de valorisation	61
L.3	Période sur laquelle les options sur actions doivent être allouées	62
M.	INTERACTIONS ENTRE LES DISPOSITIONS DES CONVENTIONS ET LES REGLES DE DROIT INTERNE	63
N.	CONCLUSION PRÉLIMINAIRE SUR LA SITUATION III.....	63

OPTIONS DE SOUSCRIPTION OU D'ACHAT D' ACTIONS POUR LES SALARIÉS : INCIDENCES SUR LES PRIX DE TRANSFERT

Introduction – Champ de l'étude

A. INTRODUCTION

1. Il est nécessaire d'examiner l'incidence des plans d'options pour les salariés sur les relations commerciales et financières qui existent entre les sociétés membres de groupes multinationaux, à cause du rôle important qu'ils jouent dans la politique de rémunération de ces groupes.

Dans les groupes multinationaux, les options (comme les autres formes de rémunération à base d'actions) sont souvent émises non par la société qui emploie les bénéficiaires mais par la société mère cotée en bourse pour les salariés de ses filiales. Cela peut soulever un certain nombre de questions, notamment de savoir si, en vertu du principe de pleine concurrence, la fourniture de ces options doit donner lieu à facturation et, si oui, comment la quantifier.

2. En outre, les règles fiscales nationales sur l'imposition et la déductibilité des montants associés aux options sur actions octroyées aux salariés de la société mère cotée et aux salariés des filiales du groupe varient selon les pays¹. La question à traiter est de savoir comment les règles nationales interagissent avec les conventions fiscales concernant les charges facturées aux entreprises associées pour l'exécution des plans d'options (y compris pour éviter la double imposition prévue au paragraphe 2 de l'Article 9 ou par la procédure amiable, Article 25) (voir les sections C.4 et D.4 ci-dessous).

3. Une autre difficulté tient à l'absence de traitement comptable uniforme des plans d'options. En effet, les règles comptables diffèrent d'une juridiction à l'autre et il n'est pas toujours possible d'identifier dans la comptabilité des entreprises les options comme des salaires ou même comme des charges. Cette hétérogénéité de traitement comptable a surtout des conséquences sur la comparabilité des transactions contrôlées avec des transactions sur le marché libre et sur l'application des méthodes de calcul des prix de transfert (voir les paragraphes 2.28, 2.39-2.40 et 3.40 des Principes) et elle risque d'entraîner certaines distorsions dans le calcul du prix de transfert :

¹ Il peut également y avoir d'autres différences. Par exemple, les règles fiscales nationales concernant les transactions effectuées par une entreprise sur ses propres actions varient d'un pays à l'autre.

- entre les transactions réalisées par des sociétés qui ont des plans d'options, selon que ces plans sont ou non comptabilisés en charges ;
- et plus généralement entre les entreprises qui exercent des activités comparables, selon que leur politique salariale comporte ou non l'octroi d'options sur actions.

B PORTÉE DE L'ÉTUDE

B.1 Entreprises associées

4. La portée de cette étude se limite aux questions soulevées au regard de l'Article 9 (entreprises associées) et de l'Article 25 (procédure amiable) du MCF et ne porte pas sur celles que soulève l'Article 7 (bénéfices des entreprises) du MCF.

B.2 Rémunération à base d'actions à des parties autres que les salariés

5. Les entités peuvent émettre des actions ou des options sur actions pour payer leurs salariés ou d'autres parties, par exemple des prestataires de services professionnels. Les transactions avec des parties autres que les salariés comprennent l'acquisition de biens ou de services en échange de l'émission d'actions, d'options ou d'autres formes d'actionnariat. Ces transactions peuvent dans certains cas impliquer des entreprises associées situées dans des juridictions fiscales différentes et peuvent par conséquent poser des questions de prix de transfert. Par exemple, il se peut que les services ou biens soient acquis par une entité d'un groupe multinational en échange d'actions ou d'options sur actions dans le capital de la société mère qui est située dans une juridiction fiscale différente. Toutefois, les transactions avec des parties autres que les salariés sortent du champ de la présente étude, même si l'on admet que dans certains cas elles peuvent poser des questions de prix de transfert analogues à celles que soulèvent les plans d'options pour les salariés.

B.3 Variété de mécanismes de rémunération fondés sur les actions

6. Il existe une vaste gamme de rémunération aux salariés fondée sur les actions. L'analyse contenue dans cette étude se limite aux questions de prix de transfert posées par les plans d'options.

7. On peut classer les autres formes de rémunération à base d'actions en deux grandes catégories : celles qui impliquent des transactions effectives sur actions (par exemple les plans d'achat d'actions pour les salariés et les plans d'actionnariat pour les salariés) et celles qui n'impliquent pas des transactions effectives sur actions (par exemple les actions fantômes et les droits à l'appréciation des actions). Bien qu'elles puissent parfois poser des questions de prix de transfert analogues à celles que soulèvent les plans d'options, elles ne sont pas examinées ici .

B.4 Plans d'options sur actions pour les salariés

a) Caractéristiques générales des plans d'options sur actions pour les salariés

8. Les plans d'options sur actions sont un mécanisme permettant aux salariés d'acquérir des actions à des conditions favorables, sous réserve en général de certaines conditions et restrictions, par exemple,--le

salarié doit être employé par une entité membre de l'EMN pendant un certain temps, il doit s'écouler un minimum temps entre l'octroi des options et l'exercice ou entre l'exercice des options et la revente des actions souscrites ou acquises. Dans certains plans, l'octroi ou la date d'acquisition définitive (« vesting ») des options est soumis à des critères spécifiques de performance et de motivation. Les actions sous-jacentes peuvent être cotées ou non. Il peut s'agir d'actions de la société qui emploie le salarié ou d'actions d'une autre société de l'EMN (en général la société mère).

9. Les plans d'options peuvent être classés en deux grandes catégories : plans «à effet dilutif», dans lesquels les options offertes permettent aux salariés de souscrire, à des conditions favorables, des actions non émises antérieurement par une société (augmentation de capital par exemple), et plans d'options «à effet non dilutif», dans lesquels les salariés peuvent acquérir des actions existantes à des conditions également favorables.

10. Certains plans d'options autorisent le salarié détenteur de l'option à percevoir un numéraire égal à la différence entre le prix d'exercice et la valeur de l'action à la date d'exercice de l'option, au lieu de recevoir des actions en échange du paiement du prix d'exercice. Dans la pratique, il peut s'avérer difficile de distinguer un plan d'options prévoyant cette possibilité d'un versement en numéraire lorsque l'employé choisit de percevoir un versement en numéraire plutôt que des actions, d'un accord de rémunération basé sur des actions impliquant des actions fantômes ou des droits à l'appréciation des actions.

11. Du point de vue de la fiscalité personnelle, les salariés bénéficiaires du plan peuvent - ou non - bénéficier d'un régime favorable. Du point de vue de l'impôt sur les sociétés, une déduction fiscale peut dans certains cas être accordée soit à l'employeur du salarié, soit au fournisseur des options (en général la société mère), soit aux deux, alors que dans d'autres cas, aucune déduction n'est accordée au titre de l'impôt sur les sociétés en vertu des règles nationales.

12. Certains groupes multinationaux peuvent utiliser deux grands types de plans d'options, ou plus (par exemple un pour les «cadres supérieurs», un autre pour le «personnel général» et/ou un plan spécial pour le directeur général et d'autres dirigeants du groupe). Il arrive qu'il n'existe pas de plan unique comportant des caractéristiques communes pour l'ensemble du groupe indépendamment de la juridiction où le salarié travaille, mais une série de plans dans le cadre de l'EMN, adaptés aux besoins particuliers d'une entreprise associée, ou aux contraintes réglementaires, fiscales ou législatives des membres du groupe multinational qui opèrent dans un pays donné.

13. Dans le cadre de leurs systèmes de rémunération à base d'actions, y compris les plans d'options, les groupes multinationaux peuvent avoir recours aux structures habituelles (par exemple l'utilisation de fonds fiduciaires ou de sociétés à finalité spécifique pour acquérir et détenir les actions jusqu'à ce qu'elles soient transférées aux salariés) et aux dispositifs de financement usuels (par exemple l'utilisation d'emprunts pour acquérir des actions existantes).

14. Enfin, les plans d'options (comme d'autres formes de rémunération à base d'actions qui sont décrites dans la sous-section B.3 (b) (i) ci-dessous) pourraient dans certains cas jouer un rôle de défense contre une offre publique d'achat hostile ou être utilisés dans le cadre d'un rachat d'entreprise par les salariés.

15. Du point de vue de l'Article 9 du MCF, seuls sont concernés les plans gérés par les groupes multinationaux et leur incidence éventuelle sur les relations commerciales et financières entre entreprises associées ainsi que les possibilités pour éviter la double imposition dans le cadre du paragraphe 2 de l'Article 9 et de la procédure amiable, Article 25 du MCF. Dans la suite de cette note, nous examinerons les plans d'options à effet non dilutif qui permettent aux salariés d'acheter des actions existantes et les plans

à effet dilutif qui leur donnent la possibilité de souscrire de nouvelles émissions, qu'ils soient ou non accompagnés de dispositions fiscales favorables au plan du droit interne.

b) *Actionnariat ou rémunération*

16. L'analyse menée dans cette étude part de la prémisse que l'octroi d'options de souscription ou d'achat d'actions est un des éléments constitutifs de la rémunération, au même titre qu'une prime liée aux résultats ou que des avantages en nature, et ce même lorsqu'elles sont émises par une entité du groupe distincte de l'entité employeur². On constate en effet que dans beaucoup de groupes multinationaux, les actions souscrites ou acquises par les salariés dans le cadre de plans d'options sont cédées dès que le plan et la réglementation applicable l'autorisent, c'est-à-dire que les salariés ne cherchent pas à exercer leurs prérogatives d'actionnaires – autres que la réalisation d'une plus-value correspondant à la différence entre le prix d'exercice payé par le salarié et la valeur de l'action à la date d'exercice de l'option. En outre, les options sur actions sont des instruments financiers qui ont une valeur et elles peuvent être exercées pour réaliser cette valeur. Même si, au moment de l'exercice, les détenteurs de ces instruments peuvent acquérir et décider de conserver une part du capital de l'entreprise, la décision d'investissement prise par chaque salarié représente une étape différente de celle de la rémunération, puisqu'elle a lieu à un moment différent, et elle n'a aucun rapport avec les questions de prix de transfert qui font l'objet de cette discussion. Il peut y avoir certains cas exceptionnels dans lesquels cette prémisse ne s'applique pas, mais ces cas ne sont pas traités dans cette étude.

c) *Les options dans les sociétés cotées et non cotées*

17. L'analyse menée dans cette étude se limite aux plans de sociétés cotées. L'actionnariat des salariés de sociétés non cotées revêt des caractéristiques économiques particulières, du fait du caractère fermé de ces sociétés qui limite généralement la liquidité des titres objet du plan, renforce les risques et les droits inhérents à la qualité d'actionnaire, et pose des questions spécifiques quant à l'évaluation des titres en question.

18. En particulier, faute de marché, les plans d'options dans les sociétés non cotées sont le plus souvent des plans à effet dilutif qui donnent aux salariés le droit de souscrire des actions nouvelles à des conditions favorables. On peut utiliser divers mécanismes pour leur permettre de revendre les titres ainsi acquis, par exemple la société émettrice elle-même peut décider de racheter ses actions aux salariés pour les annuler ensuite. Le prix d'exercice ainsi que le prix auquel les actions sont rachetées par l'entreprise peut dans certains cas être fixé par référence à d'autres transactions n'ayant aucun rapport avec le plan, quand ces transactions existent et constituent des repères appropriés (par exemple une augmentation de capital ou un transfert d'actions impliquant d'autres actionnaires que les salariés). En plus de ces mécanismes, ou à leur place, le plan peut comporter une formule prédéterminée, fondée par exemple sur un ratio donné prix de l'action / bénéfice par action et/ou sur la situation nette de la société à une future date.

19. En comparaison des options offertes par les sociétés cotées, celles qui sont proposées par les sociétés non cotées soulèvent d'autres difficultés pratiques concernant l'évaluation et l'application des méthodes de calcul des prix de transfert :

² Ceci est cohérent avec la conclusion atteinte du point de vue de l'imposition des salariés et aux fins de l'Article 15 du MCF, voir «Plans d'options d'achat d'actions pour les salariés : problèmes transfrontaliers concernant l'impôt sur le revenu» : le Comité des Affaires fiscales a convenu que tout avantage généré par l'option jusqu'au moment où l'option est exercée, vendue ou cédée de toute autre manière doit le plus souvent être traité comme un revenu du travail auquel l'Article 15 s'applique.

- la détermination de leur valeur de marché est plus difficile que dans le cas de sociétés cotées, étant donné l'absence de marché ouvert pour les titres sous-jacents (voir section C.2 (a)) ;
- l'utilisation d'un modèle de valorisation des options comme la formule de Black-Scholes ou une méthode binomiale (méthode de Cox-Ross-Rubinstein) est plus difficile que pour les sociétés cotées étant donné que ces modèles ont recours à des facteurs comme le cours actuel de l'action et sa volatilité qui sont moins directement observables dans les sociétés non cotées que dans celles cotées (voir section C.2 (a)) ;
- l'application aux plans d'options dans les sociétés non cotées d'une approche fondée sur les coûts soulève les mêmes questions que pour les plans des sociétés cotées, surtout les questions liées à la définition des coûts pour les plans à effet dilutif (voir les sous-sections C.2 (c) et D.2) ; s'y ajoute la question supplémentaire que pose le recours à des estimations moins objectives de la valeur de l'action ;
- Enfin, les stratégies de réduction des risques pour les actions des sociétés non cotées sont généralement très limitées par rapport à celles qui peuvent exister pour les sociétés cotées (voir section C.1 (b) (i)) .

Ces points particuliers ne sont pas examinés plus en détail dans la présente étude.

B.5 Situations étudiées dans la présente étude

20. Cette étude examine trois situations principales :

- I. Situation dans laquelle une entreprise octroie des options aux salariés d'une entité associée résidente d'une autre juridiction. On étudiera la question de savoir si le principe de pleine concurrence requiert que la fourniture d'options soit facturée et dans l'affirmative comment quantifier cette facturation. Deux exemples sont présentés pour illustrer cette situation : un plan à effet non dilutif qui offre aux salariés l'option d'acquérir des actions existantes (section C) et un plan à effet dilutif qui leur donne l'option de souscrire à une augmentation de capital (section D).
- II. Situation dans laquelle la méthode de prix de transfert appliquée est sensible à la rémunération des salariés et où la rémunération des salariés, soit de la partie examinée, soit des entreprises comparables, est sensiblement affectée par l'octroi d'un plan d'options.
- III. Situation concernant l'impact des plans d'options pour les salariés dans le contexte des Accords de Répartition de Coûts (ARC) : Il existe une variété de pratiques au sein des pays membres de l'OCDE en ce qui concerne l'acceptation et le traitement des ARC et ceci pose des questions qui dépassent le simple cadre des options sur actions. Une brève discussion de ces questions et un appel à commentaires sont inclus dans ce document sous le titre Situation III.

21. La distinction entre la Situation I d'une part et les Situations II et III d'autre part est essentielle :

- En effet, dans la Situation I, l'émission des options par une entité au bénéfice des salariés d'une autre entité et la gestion éventuelle du plan sont l'objet même de la transaction intragroupe analysée.
- Dans les Situations II et III, en revanche, les transactions visées ne sont pas directement l'émission et la gestion du plan, mais l'incidence éventuelle d'un plan d'options sur

l'évaluation d'autres transactions intragroupe. Le plan d'options est accessoire et n'est analysé que dans la mesure où il est susceptible d'influencer de manière significative la rémunération des transactions intragroupe auxquelles les salariés bénéficiaires d'options participent directement ou indirectement.

**SITUATION I : UNE ENTREPRISE OCTROIE DES OPTIONS SUR ACTIONS AUX SALARIÉS
D'UNE ENTITÉ ASSOCIÉE QUI EST RÉSIDENTE D'UNE AUTRE JURIDICTION
FISCALE.**

22. L'examen de la Situation I ci-dessous est axé sur deux exemples :

- Un plan d'options à effet non dilutif, qui offre aux salariés d'une entreprise des options d'achat portant sur des actions existantes d'une autre entreprise (associée) (section C),
- Un plan d'options à effet dilutif, qui offre aux salariés d'une entreprise des options de souscription à des actions nouvelles d'une autre entreprise (associée) (section D)

23. Ces exemples ne visent pas à donner une solution valable dans tous les cas, mais à illustrer la manière dont on doit mener l'analyse dans une situation typique de celles que l'on rencontre pour les plans d'options mis en place par un groupe multinational.

C. EXEMPLE DE TOPCO : LE «PLAN D'OPTIONS À EFFET NON DILUTIF»

24. THE GROUP est un groupe multinational dont la société mère, TOPCO, résidente de l'État A, est cotée en bourse dans cet État. TOPCO détient un grand nombre de filiales dans différentes juridictions, SUBCO1, SUBCO2, SUBCO3, etc. On suppose que TOPCO est l'actionnaire ultime à 100% de toutes ces filiales. La mise en place d'un plan d'options de souscription ou d'achat d'actions au bénéfice des salariés de THE GROUP est décidée par la direction de THE GROUP. Par conséquent, les filiales incluent les bénéfices du plan d'options dans la politique de rémunération de leurs salariés. Les actions offertes aux salariés seront des actions de TOPCO, seule société cotée de THE GROUP. TOPCO s'engage à fournir les options et actions nécessaires aux salariés des filiales qui seront désignés pour bénéficier d'options, dans certaines limites. Le plan est approuvé par les instances de TOPCO (l'assemblée générale des actionnaires et le conseil d'administration). Il est ensuite notifié aux conseils d'administration et aux dirigeants des filiales (SUBCOs) avec indication d'un quota d'options disponibles à répartir entre les salariés de chaque filiale. Au sein de ce quota, les options sont alors attribuées aux salariés des filiales en fonction de critères de performances et de motivation, définis pour partie par la direction des ressources humaines de THE GROUP et pour partie par les dirigeants et le service des ressources humaines de chaque filiale.

25. Il peut arriver que des critères de performance et de motivation figurent également parmi les conditions d'exercice des options par les salariés. Dans d'autres cas, ces critères sont utilisés uniquement pour décider qui bénéficiera de l'attribution d'options et combien d'options seront attribuées à chaque bénéficiaire.

26. Le plan prévoit que les salariés se verront octroyer des options en année N, exerçables en année N+3 s'ils sont encore salariés de THE GROUP, mais pas nécessairement de la personne morale qui les

emploi au moment de l'octroi. Les options ouvriront droit à l'achat d'actions de TOPCO à un prix égal au cours du jour de l'octroi, quel que soit le cours des actions à la date de l'exercice.

27. L'exemple suppose que TOPCO s'engage à fournir le nombre requis de ses actions aux salariés qui exerceront ensuite leurs options et doit donc avoir accès à un nombre suffisant d'actions afin de satisfaire à cette obligation au fur et à mesure des besoins (par exemple en acquérant des actions sur le marché). TOPCO peut alors adopter diverses stratégies de couverture pour se protéger contre les risques liés à toute hausse ou baisse de la valeur de l'action. Si nécessaire, TOPCO assure la liquidité des actions après leur achat par les salariés (par exemple en les rachetant à eux-ci)³.

28. Les services administratifs pour la gestion du plan peuvent être assurés par TOPCO ou par un tiers (une banque par exemple).

29. En pratique, il existe des cas où la société émettrice facture les filiales qui emploient les bénéficiaires des options alors que dans d'autres cas, la société émettrice ne facture pas aux filiales l'octroi d'options à leurs salariés. De plus, lorsqu'il y a facturation, on constate en pratique que les dates de valorisation et de règlement varient beaucoup parmi les groupes multinationaux.

30. Dans cet exemple, on suppose que les options octroyées aux employés de SUBCO ne prennent pas la forme d'une contribution au capital par TOPCO à SUBCO. Par hypothèse, il y a facturation par TOPCO à SUBCO pour la fourniture du plan d'options pour les salariés. Remarquons que dans des circonstances différentes, la facturation à SUBCO ne se justifie pas forcément. Si par exemple TOPCO se contente d'exercer son pouvoir discrétionnaire de société mère de capitaliser sa filiale avec le moyen de son choix, les options peuvent être considérées comme une contribution au capital.

31. Enfin, on suppose qu'au moment de l'exercice, les salariés acquièrent les actions TOPCO directement auprès de TOPCO. D'autres scénarios peuvent se présenter : par exemple, TOPCO transfère les actions à SUBCO ou à une entité spéciale avant que les actions ne soient transférées aux salariés. Dans ces circonstances, les principes généraux décrits ci-dessous restent applicables, sous réserve d'être ajustés afin de tenir compte des effets potentiels que le transfert temporaire des actions à SUBCO ou à l'entité spéciale peut avoir sur la prise en compte des risques et sur les possibilités de couverture.

32. Cet exemple pose diverses questions de prix de transfert, notamment celle de savoir si, en vertu du principe de pleine concurrence, l'octroi de ces options doit donner lieu à facturation et, si oui, comment la quantifier. Les sections suivantes examinent :

- Comment appliquer le principe de pleine concurrence aux relations commerciales et financières entre TOPCO et SUBCO? (voir la section C-1)
- Quelles méthodes de calcul des prix de transfert peut-on utiliser pour déterminer la contrepartie de pleine concurrence aux relations commerciales et financières existant entre TOPCO et SUBCO? (voir la section C-2)
- Que se passe-t-il si le salarié change d'employeur au sein de THE GROUP ou quitte THE GROUP entre l'octroi des options et l'exercice? (voir la section C-3)

³ En théorie et nonobstant les restrictions juridiques ou managériales, SUBCO pourrait s'engager à fournir ces actions aux salariés qui exercent leurs options d'achat d'actions, par exemple en achetant des actions sur le marché, sans la participation de TOPCO.

- Quelles sont les interactions entre les règles nationales et les dispositions des conventions fiscales (y compris les dispositions pour éviter la double imposition, visées au paragraphe 2 de l'Article 9 ou à la procédure amiable, Article 25)? (voir la section C-4)

C.1 Application du principe de pleine concurrence: transaction(s) contrôlée(s) examinée(s), identification du (des) bénéficiaire(s) de la transaction et analyse de comparabilité

33. Le principe de pleine concurrence défini à l'Article 9 du Modèle de convention fiscale (« MCF ») de l'OCDE stipule que :

«[Lorsque] deux entreprises [liées] sont, dans leurs relations commerciales ou financières, liées par des conditions convenues ou imposées, qui diffèrent de celles qui seraient convenues entre 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.»

34. Pour que l'Article 9 s'applique, il doit d'une part exister des «relations commerciales ou financières» entre deux entreprises associées, et d'autre part les conditions convenues ou imposées dans ces relations commerciales ou financières doivent ne pas être de pleine concurrence.

35. Dans l'exemple utilisé, les relations commerciales et financières qui existent entre TOPCO et SUBCO sont celles qui résultent du fait que TOPCO a mis en place un plan d'options disponible sous certaines conditions et limites aux salariés de SUBCO et que SUBCO a accepté de participer à ce plan. La transaction examinée à l'Article 9 du MCF est celle qui se déroule entre TOPCO et SUBCO. Les transactions effectuées entre TOPCO et/ou SUBCO d'une part, et les salariés bénéficiant du plan d'options d'autre part, ne sont pas analysées à l'Article 9.

36. En règle générale, en l'absence de contrepartie, TOPCO n'accorderait pas d'options (sur ses propres actions ou sur tout autre instrument) ou d'autre type de rémunération aux salariés d'une partie non liée. C'est pourquoi, lorsque TOPCO octroie des options et des actions aux salariés de SUBCO et ne facture pas SUBCO à ce titre ou facture un montant inférieur au montant de pleine concurrence, la deuxième condition pour que l'Article 9 s'applique est potentiellement remplie si SUBCO bénéficie de la mise en place du plan d'options⁴.

37. De façon symétrique, les conditions pour que l'Article 9 s'appliquent seraient également remplies si TOPCO facturait à SUBCO un montant supérieur à la rémunération de pleine concurrence (dont le calcul fait l'objet de la section C.2).

a) Transaction contrôlée examinée et identification du (des) bénéficiaire(s) de la (des) transaction(s)

38. A partir d'une analyse des faits et des circonstances, il faut déterminer les différents types d'avantages que le plan d'options peut procurer à SUBCO et éventuellement à d'autres membres de l'EMN.

39. L'analyse peut montrer que l'entité qui bénéficie de l'émission d'options par TOPCO est la filiale qui emploie les personnes bénéficiaires des options. Il peut y avoir d'autres cas dans lesquels on constate que le plan d'options bénéficie dans une certaine mesure à d'autres membres de l'EMN (y compris

⁴ Sous réserve d'un classement possible en tant que contribution au capital, aspect qui n'est pas abordé dans la présente note.

TOPCO) qui ne sont pas nécessairement l'employeur au sens juridique du bénéficiaire des options. Cela peut être le cas en particulier des options octroyées à des salariés dont les responsabilités géographiques ou divisionnelles dépassent le cadre de la filiale qui les emploie. Ces questions sont examinées plus en détail dans la discussion sur l'analyse de comparabilité à la section C.1(b) (i) et (iii) ci-après.

40. Lorsque des salariés exercent des activités qui bénéficient à d'autres membres de l'EMN que leur employeur, ils peuvent le faire

- soit dans le cadre d'une activité de service rendue par leur employeur au bénéfice des autres membres de l'EMN,
- soit dans le cadre d'une «situation de co-emploi», dans laquelle ils se trouvent avoir plusieurs employeurs, même si leurs contrats de travail peuvent n'être conclus qu'avec une seule entité.

41. Dans le premier cas, lorsque l'employeur agit comme prestataire de services à d'autres membres de THE GROUP concernant les activités exercées par certains salariés qui bénéficient des options émises par TOPCO, le traitement adéquat, aux fins du calcul des prix de transfert, consisterait à reconnaître (i) une transaction entre TOPCO et l'employeur au titre de l'octroi du plan d'options et (ii) la fourniture de services par l'employeur à d'autres membres de THE GROUP. Cela est cohérent avec la prémisse de cette étude selon laquelle les options constituent de la rémunération pour les services rendus par les salariés qui bénéficient du plan. La facturation par TOPCO à l'employeur au titre des options octroyées à ces personnes s'intégrerait au coût des prestations de services rendues à d'autres membres de THE GROUP, susceptibles d'être facturées séparément. Dans ce cas, afin de déterminer la contrepartie de pleine concurrence de la fourniture d'un plan d'options par TOPCO, il ne serait pas pertinent pour TOPCO d'être informé de la ou des entités qui bénéficient à terme des services des salariés recevant les options⁵.

42. Toutefois, une solution différente est envisageable dans certains cas où l'employeur n'agit pas en qualité de prestataire de services pour d'autres membres de l'EMN concernant les activités exercées par ses salariés au bénéfice de ces autres membres de l'EMN, mais où un salarié est en substance co-employé par plusieurs filiales. Dans ce cas, une facturation partagée des options par TOPCO aux différents co-employeurs peut être appropriée. Par exemple, quel que soit le prix par option facturé par TOPCO, il se peut que le nombre d'options octroyées à un salarié ou à un groupe de salariés doive être réparti entre différents membres de THE GROUP qui sont en fait co-employeurs du ou des salariés.

43. Cette question n'est pas spécifique aux options de souscription ou d'achat d'actions pour les salariés mais s'applique de la même manière à d'autres formes de rémunération versée aux salariés dont les activités bénéficient à plusieurs entités juridiques. Il n'est pas nécessaire d'être prescriptif à cet égard, dans la mesure où l'objectif de pleine concurrence est atteint, à savoir que la filiale qui emploie juridiquement un bénéficiaire d'options qui exerce des activités bénéficiant à d'autres membres de l'EMN ne doit pas supporter plus que sa juste part de la rémunération globale de ce bénéficiaire.

b) Analyse de comparabilité

44. Comme l'explique la section C(i)(a) des Principes Directeurs, l'application du principe de pleine concurrence est généralement basée sur une comparaison des conditions d'une transaction contrôlée avec celles de transactions effectuées entre des entreprises indépendantes. Pour que cette comparaison soit utile, les caractéristiques économiquement pertinentes des situations confrontées doivent être suffisamment

⁵ Un raisonnement similaire s'appliquerait dans les cas où les salariés bénéficiant des options participent à une activité de service pour des clients tiers de leur employeur.

comparables. Être comparable signifie qu'il ne doit pas y avoir de différences entre les situations comparées pouvant influencer de manière significative sur l'élément examiné du point de vue méthodologique (par exemple le prix ou la marge bénéficiaire) ou que des correctifs suffisamment fiables peuvent être apportés pour éliminer l'incidence de telles différences. Toutes les méthodes fondées sur le principe de pleine concurrence se rattachent à l'idée que des entreprises indépendantes examinent les différentes possibilités qui s'offrent à elles et, dans la comparaison de ces possibilités, prennent en compte toutes les différences ayant une incidence sur la valeur respective de ces possibilités. Elles ne réaliseront une transaction qu'en l'absence d'alternative visiblement plus attractive.

45. Quelle que soit la méthode de calcul du prix de transfert retenue, il faut procéder à des ajustements pour tenir compte des différences entre les transactions contrôlées et celles sur le marché libre susceptibles d'avoir un impact significatif sur le prix facturé ou sur le bénéfice requis par les entreprises indépendantes. Pour établir le degré de comparabilité effectif puis procéder aux correctifs appropriés pour instaurer des conditions de pleine concurrence (ou du moins un éventail de ces conditions), il est nécessaire de comparer les attributs des transactions ou des entreprises qui auraient une incidence sur les conditions des transactions dans une situation de pleine concurrence. Ces attributs sont les cinq facteurs de comparabilité décrits dans les Principes directeurs et examinés dans cette section.

46. Le paragraphe 1.39 des Principes reconnaît que les entreprises associées peuvent conclure des contrats et des accords beaucoup plus divers que des entreprises indépendantes et qu'elles peuvent passer et passent souvent des accords avec d'autres entreprises associées que l'on ne rencontre que très rarement ou jamais entre entreprises indépendantes. En pareil cas, des difficultés pratiques se posent dans l'application du principe de pleine concurrence. En effet, lorsque des entreprises indépendantes s'engagent rarement dans des transactions du type de celles auxquelles se livrent des entreprises associées, on n'a que peu ou pas d'élément direct pour déterminer les conditions qui auraient été fixées par des entreprises indépendantes (voir paragraphe 1.10 des Principes). Des approches différentes peuvent donc s'avérer nécessaires pour appliquer le principe de pleine concurrence.

47. L'émission d'un plan d'options par une entreprise au bénéfice des salariés d'une autre entreprise est difficilement concevable entre entreprises indépendantes. Plusieurs raisons expliquent cela. Si SUBCO était une entreprise indépendante, elle pourrait envisager d'offrir des options sur ses propres actions. La faisabilité et l'intérêt d'un plan d'options émis par SUBCO en tant qu'entreprise autonome dépendraient de plusieurs facteurs, dont l'un des plus importants est de savoir si les options seraient ou non émises sur des actions négociables et dont la valeur est observable. Lorsque SUBCO est membre d'un groupe multinational détenu par TOPCO, il est pratique d'offrir des options sur les actions de TOPCO parce que ces dernières sont négociables et leur valeur est directement observable. En outre, un plan d'options émis par TOPCO incite ses bénéficiaires à prendre des décisions conformes à l'intérêt de THE GROUP, plutôt que dans l'intérêt de SUBCO uniquement, ce qui favorise donc les synergies au sein du groupe multinational.

48. Ce manque de transactions comparables indépendantes est susceptible de restreindre le choix des méthodes de calcul du prix de transfert disponibles pour analyser si les relations commerciales et financières entre TOPCO et SUBCO résultant du plan d'options s'effectuent conformément au principe de pleine concurrence. Des approches différentes de celles retenues pour les transactions qui existent entre parties indépendantes peuvent être nécessaires pour s'approcher le mieux possible d'une situation de pleine concurrence.

49. Il existe par exemple d'autres types d'incitations de groupe, par exemple des fonds de pension pour le groupe, qui peuvent être créés, maintenus et gérés par une entité pour les salariés de toutes les entreprises associées d'une EMN. Il y a aussi des exemples de parties qui octroient des instruments financiers à leurs salariés dans le cadre de la rémunération globale donnée par l'employeur. Par exemple,

des compagnies d'assurance indépendantes peuvent structurer, établir, maintenir et gérer des contrats d'assurance-vie au bénéfice des salariés dans le cadre de leur rémunération globale. Dans ce cas, il existe une relation juridique à deux niveaux :

- Le contrat de travail entre l'employeur et le salarié prévoit l'engagement par l'employeur de lui fournir certains avantages dans le cadre de sa rémunération globale ;
- Un accord entre l'employeur et la compagnie d'assurance organise l'octroi de certains avantages au salarié pour le compte de l'employeur.

Bien que les contrats d'assurance-vie ne constituent pas des transactions comparables aux plans d'options, ils nous donnent une illustration utile de la situation dans laquelle l'employeur, le salarié et la tierce partie jouent des rôles analogues dans le cadre des plans d'options sur actions.

50. En outre, les transactions portant sur des options de sociétés cotées sont fréquentes entre parties indépendantes, et les paiements à base d'actions deviennent aussi de plus en plus courants, c'est-à-dire que certaines sociétés émettent des actions ou des options pour rémunérer des fournisseurs, par exemple des consultants. Il est toutefois improbable que ces transactions sur options puissent servir directement de transactions comparables pour évaluer les conditions entre TOPCO et SUBCO sans procéder à des ajustements adéquats.

51. Pour examiner la situation I, l'analyse prix de transfert devrait commencer par déterminer les caractéristiques économiques essentielles des relations commerciales et financières entre TOPCO et SUBCO résultant du plan d'options pour les salariés, en prenant en compte le comportement d'entreprises indépendantes (voir les paragraphes 1.15-1.16 des Principes) et les cinq facteurs de comparabilité qui sont décrits dans les Principes directeurs de 1995 (voir les paragraphes 1.15-1.35 des Principes).

i) Caractéristiques du plan d'options

52. Les plans d'options pour les salariés présentent un certain nombre de caractéristiques propres à chaque plan. Il s'agit d'abord de caractéristiques financières comme la valeur de l'action sous-jacente, sa volatilité, le prix de l'option et le prix d'exercice payé par les salariés, etc. En outre, les options ne sont généralement pas transférables et perdent toute valeur si le salarié quitte l'entreprise avant la date fixée. Les conditions d'acquisition définitive varient selon les plans. Les options octroyées aux salariés ont en général une durée plus longue que celle des options ordinaires. Il convient donc de prendre dûment en compte toutes ces caractéristiques pour déterminer la contrepartie de pleine concurrence de la transaction.

53. Outre les caractéristiques des options octroyées, l'analyse doit également tenir compte des caractéristiques du plan au sens large. Par exemple, il serait notamment pertinent d'examiner les caractéristiques d'un plan d'options donné en se demandant quelles sont les entités au sein de THE GROUP qui bénéficient directement ou indirectement du fait qu'une filiale donnée participe au plan d'options de TOPCO pour les salariés. Une caractéristique particulièrement importante dans le cadre des plans d'options pour les salariés est l'existence éventuelle de critères liés aux performances ou à la motivation qui doivent être satisfaits pour que les salariés soient autorisés à exercer leurs options. Ces critères sont importants pour analyser correctement l'accord entre TOPCO et SUBCO, car leur existence peut fournir de bons indicateurs des différents types d'avantages pouvant résulter du plan d'options pour les divers membres de THE GROUP et des entités qui en bénéficient (voir la sous-section C.1 (a)). Il fournira également des indications utiles sur la période d'emploi rémunérée par l'octroi d'options (activité passée, future ou combinaison des deux).

54. Dans l'exemple de TOPCO, on suppose que des critères de performance sont utilisés pour déterminer la répartition des options parmi les salariés, mais qu'ils n'entrent plus en jeu une fois les options octroyées.

ii) Analyse fonctionnelle

55. Le paragraphe 1.20 des Principes directeurs de 1995 stipule que :

«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). 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».

Fonctions

56. Au plan des fonctions, une attention particulière doit être portée au rôle joué par les dirigeants de TOPCO et de SUBCO dans le processus de décision de mise en place d'un plan d'options, puis dans la décision d'attribuer des options à tel ou tel salarié. A une extrémité de la gamme des situations, on trouve des cas dans lesquels la décision d'établir le plan est prise par la société mère qui se contente d'informer ses filiales du nom des bénéficiaires des options et du nombre d'options attribuées à chacun d'eux, sans que les filiales prennent part au processus de décision. Ce type de situation peut révéler que le plan est censé bénéficier à la société mère plutôt qu'à ses filiales. A l'autre extrémité, on trouve le scénario selon lequel les filiales sont informées par leur société mère de la possibilité d'octroyer des options à leurs salariés dans les limites d'un certain quota. Elles sont alors libres de décider qui seront les bénéficiaires parmi leurs salariés et combien d'options seront attribuées à chacun d'eux. Dans l'exemple de TOPCO, on suppose que, même si la mise en œuvre du plan d'options et les conditions afférentes sont décidées par la direction de THE GROUP, les options sont attribuées aux salariés des filiales sur la base de critères de performance et de motivation définis conjointement par le service des ressources humaines de THE GROUP et par les dirigeants et le service des ressources humaines de la filiale.

57. En outre, les services administratifs et juridiques pour la gestion du plan sont généralement assurés soit par TOPCO elle-même, soit par une tierce partie (une banque par exemple). La nature et l'importance de ces services administratifs et juridiques peuvent varier beaucoup selon les plans et peuvent donc influencer la contrepartie de pleine concurrence de la transaction. Bien que la contrepartie des services juridiques et administratifs ne fasse pas spécifiquement l'objet de cette étude, il convient d'en tenir compte pour déterminer si les relations financières et commerciales entre TOPCO et SUBCO respectent le principe de pleine concurrence. Dans la pratique, la rémunération des services administratifs et juridiques peut être facturée séparément, ou incluse dans la contrepartie facturée par TOPCO pour la fourniture du plan d'options.

Actifs

58. Dans le cadre de l'analyse fonctionnelle, il peut être également pertinent et utile, pour identifier et examiner les fonctions accomplies, de tenir compte des actifs qui sont ou seront employés (voir paragraphe 1.22 des Principes directeurs de 1995). Dans l'exemple de TOPCO, il peut être pertinent de prendre en compte dans l'analyse les actifs (éventuels) nécessaires pour définir une stratégie de gestion des risques, dans la mesure où ils déterminent la capacité de TOPCO ou de SUBCO de mettre en œuvre une stratégie efficace de réduction des risques.

Risques

59. Toute analyse d'une transaction liée à un plan d'options doit examiner si l'accord reflète une allocation conforme au principe de pleine concurrence des risques associés à la hausse ou à la baisse possible la valeur de l'action sous-jacente, ainsi que des risques associés à l'estimation de la proportion d'options qui seront effectivement exercées par rapport à celles qui seront perdues (par exemple à cause du départ du salarié de l'EMN) ou qui ne seront pas exercées (par exemple à cause d'une baisse de la valeur de l'action). La répartition des risques a un effet direct sur l'évaluation du prix de la transaction, d'où l'importance de veiller à ce qu'elle reflète un comportement de pleine concurrence.

60. Dans la pratique, il existe de multiples possibilités d'allocation de risques à SUBCO, en fonction des accords contractuels entre TOPCO et SUBCO et de l'importance des activités de couverture :

- Réduction des risques : les options sont entièrement couvertes à leur date d'octroi. Pour ce faire, TOPCO peut par exemple acheter simultanément des actions TOPCO sur le marché et acquérir le même nombre d'options de vente sur des actions TOPCO. Une autre possibilité est d'acquérir sur le marché des options d'achat miroir. Si TOPCO couvrait entièrement les options à la date d'octroi conformément à cet accord contractuel, SUBCO paierait la valeur de l'option à TOPCO à la date d'octroi.
- Risques entièrement supportés par SUBCO : les options ne sont pas couvertes et SUBCO supporte les risques de hausse ou de baisse du cours de l'action. Dans ce scénario, TOPCO conclut un accord contractuel avec SUBCO à la date d'octroi des options, ce qui implique que SUBCO doit couvrir le coût de l'écart entre le prix de l'action et le prix d'exercice à la date d'exercice.
- Risques partiellement supportés par SUBCO : les options sont partiellement couvertes à la date d'octroi. Par exemple, TOPCO peut acheter des actions TOPCO sur le marché sans options de vente correspondantes. Avec un tel accord contractuel, SUBCO paierait à TOPCO la valeur de la couverture partielle à la date d'octroi, et supporterait le risque associé à la fraction non couverte (en l'espèce, le risque de baisse du cours de l'option).

61. Pour déterminer si une répartition particulière des risques reflète un comportement de pleine concurrence, il faut procéder au cas par cas en examinant les faits. On peut trouver des indications utiles dans le paragraphe 1.27 des Principes directeurs de 1995 :

«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.»

62. En outre, comme l'indique le paragraphe 1.28 des Principes de 1995,

«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.»

63. Dans l'exemple de TOPCO, l'étendue des risques supportés par SUBCO et, par conséquent, le besoin potentiel pour SUBCO d'envisager des techniques de réduction des risques, dépendront de l'accord contractuel passé entre TOPCO et SUBCO. Dans la mesure où un tel accord attribue des risques à SUBCO, il devient plus pertinent pour SUBCO d'envisager des techniques de réduction des risques.

64. Comme le stipulent les Principes, «dans des transactions de pleine concurrence, 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». Bien que la présente étude n'ait pas pour objectif d'être prescriptive sur la question de savoir si TOPCO et/ou SUBCO mettraient en place une technique de réduction des risques, il convient d'insister sur l'importance de faire en sorte que, pour le calcul des prix de transfert, la contrepartie des dispositifs d'options dans le cadre des EMN reflète une répartition appropriée des risques entre TOPCO et ses filiales. Cela passe par la réalisation d'une analyse de comparabilité correcte de la transaction au moment où le plan est mis en place, c'est-à-dire lorsque la répartition des risques est effectuée et la stratégie de réduction des risques (éventuelle) adoptée. L'analyse de comparabilité doit s'effectuer conformément aux principes énoncés dans les Principes directeurs et mentionnés dans les deux paragraphes précédents. Il est admis que le manque de transactions comparables risque de compliquer cet exercice et peut exiger contribuables et des autorités fiscales qu'elles déterminent ce que des parties agissant en toute indépendance auraient fait dans des circonstances comparables.

65. Concernant les autres risques, il est également nécessaire d'examiner, comme pour n'importe quelle question liée aux prix de transfert, le contexte plus large dans lequel des risques peuvent survenir pour les participants au plan d'options d'achat d'actions, et notamment les risques qu'encourt SUBCO en

participant au plan d'options du point de vue de l'incidence de cette participation sur ses activités et sa rentabilité⁶.

iii) Clauses contractuelles

66. Dans la pratique, l'accord contractuel entre TOPCO et SUBCO n'est pas nécessairement écrit. Dans bien des cas il est donné effet à cet accord par des échanges de documents internes dans lesquels TOPCO informe chaque filiale du quota d'options qui pourrait être attribué aux salariés et des conditions d'octroi, tandis que chaque filiale informe TOPCO de l'identité des employés qui bénéficieront du plan et du nombre d'options qui seront attribuées à chacun. Les conditions régissant le montant facturé par TOPCO à SUBCO (modalités de détermination du montant à facturer et date) ne sont pas toujours documentées. S'il n'existe pas de dispositions écrites ou si elles ne donnent pas d'informations suffisantes, 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 (voir le paragraphe 1.28 des Principes cité plus haut).

67. Dans les transactions de pleine concurrence, les principales conditions contractuelles de la transaction seraient probablement déterminées au moment de l'établissement du plan, c'est-à-dire lorsque les engagements réciproques de SUBCO et de TOPCO sont définis, au plus tard à la date d'octroi. Les informations contractuelles pertinentes à cette date devraient comprendre notamment⁷

- l'objet et la portée de l'accord régissant la participation de SUBCO à un plan d'options établi par TOPCO, une description générale du contexte et des raisons de la conclusion d'un tel accord (en particulier les avantages escomptés pour SUBCO et TOPCO),
- les caractéristiques du plan d'options sur les points suivants : nombre d'options octroyées aux salariés de la filiale concernée, bénéficiaires, prix d'exercice, conditions d'acquisition définitive et autres conditions,
 - Les activités qui sont rémunérées par l'octroi d'options et en particulier la période de services à laquelle l'octroi d'options se rapporte, conformément aux critères appliqués pour l'attribution d'options et pour les conditions d'acquisition définitive;
- la répartition des risques et des responsabilités entre les parties, les techniques de réduction de risques mises en œuvre s'il en existe,
- la description de la méthode qui sera utilisée pour déterminer le montant facturé par TOPCO à sa filiale, y compris la rémunération des risques s'il y a lieu.

68. Concernant le troisième point, les plans d'options peuvent en pratique être mis en œuvre afin de récompenser des services rendus uniquement à SUBCO et/ou à d'autres membres de THE GROUP. Ils peuvent rémunérer des résultats passés, futurs ou une combinaison des deux. Cette question a été analysée

⁶ Une préoccupation similaire est exprimée à la section C.1 (b) v) Stratégies des entreprises et à la section C.2 (iii) qui examine les méthodes de calcul du prix de transfert possibles et une approche basée sur le point de vue de SUBCO

⁷ Cette liste vise à fournir des indications sur les informations fondamentales requises sur les conditions contractuelles. Elle ne constitue pas une liste exhaustive de toutes les exigences de documentation des accords d'options aux fins du calcul du prix de transfert.

par le Groupe de travail n°1 dans son document «Plans d'options d'achat d'actions pour les salariés : problèmes transfrontaliers concernant l'impôt sur le revenu» qui indique :

«Dans bien des cas, il peut être difficile de déterminer à quels services l'attribution d'une option d'achat d'actions se rapporte. Dans certains cas, une option peut être considérée comme la récompense de performances passées, et dans d'autres comme une incitation en vue de performances futures.

Il y a certainement lieu de prendre en compte les dispositions contractuelles à cet égard. Par exemple, s'il est stipulé que le salarié ne peut exercer l'option d'achat d'actions que s'il reste salarié de la société pendant un certain temps, on peut considérer que l'option est destinée à récompenser des services futurs. A l'inverse, si les options sont attribuées à tous les salariés qui ont été employés pendant une certaine période, si elles sont attribuées en fonction des performances passées, s'il n'est pas possible pour le salarié de perdre le bénéfice des options attribuées ou si le nombre d'options attribuées dépend des résultats financiers d'un exercice comptable précédent, on peut aboutir à la conclusion inverse.»

69. Compte tenu de la souplesse qui entoure l'organisation des plans d'options, il ne semble pas possible ou opportun de formuler des prescriptions concernant le type de services destinés à être rémunérés par l'établissement du plan d'options par TOPCO et la décision de SUBCO d'y participer. En revanche, il s'agit d'une information essentielle :

- pour comprendre l'avantage retiré par SUBCO de la transaction qui se déroule avec TOPCO ;
- déterminer si SUBCO devrait supporter toute la charge des options octroyées à ses employés ou si elle devrait transférer une partie de cette charge à d'autres membres de THE GROUP, notamment dans les cas décrits aux sous-sections C.1 (a) ci-dessus et C.3 (a) ci-dessous ;
- déterminer également comment les options doivent être prises en compte lors de l'examen d'autres transactions effectuées par SUBCO (voir la Situation II).

70. C'est l'une des raisons pour lesquelles la sous-section C.1 (b) (iii) ci-dessus suggère que la période de services à laquelle l'octroi d'options se rapporte fait partie des conditions contractuelles conclues entre TOPCO et SUBCO et qu'elle doit être documentée au moment de l'établissement du plan.

71. Le paragraphe 1.37 des Principes directeurs de 1995 indique que :

«[...] 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.»

72. Dans le contexte de l'accord contractuel entre TOPCO et SUBCO, il peut arriver que la nature économique de la transaction diffère de sa forme, par exemple lorsque l'identification dans le contrat des services rémunérés par l'octroi d'options est n'est pas cohérente avec les critères de résultats utilisés pour attribuer des options aux salariés. Il peut également y avoir des cas où les clauses contractuelles attribuent à SUBCO la majeure partie ou la totalité des risques associés à la fourniture des options, et il serait alors opportun d'examiner si un tel accord pourrait exister en des termes similaires entre des parties non liées, ou s'il diffère de ce qui aurait été adopté par des entreprises indépendantes adoptant un comportement commercialement rationnel, ce qui impliquerait l'application du paragraphe 1.37 des Principes de 1995.

73. La section C2 examine les questions de valorisation liées au montant de pleine concurrence facturé par TOPCO à SUBCO en vertu de l'accord sur les options d'achat d'actions. Dans certains accords contractuels, la valorisation et la facturation interviennent à la date d'octroi des options, tandis que dans d'autres, aucune valorisation ou facturation à la date d'octroi n'est requise, même si la méthode de détermination du prix (tout comme les autres dispositions contractuelles de la transaction) doivent avoir été fixées au moment de l'établissement du plan. Si par exemple les options d'achat ne sont pas couvertes à la date d'octroi et si SUBCO est obligée de rembourser à TOPCO le montant de l'écart constaté à l'exercice, aucune valorisation ou facturation à la date d'octroi n'est imposée par l'accord contractuel. Le règlement par SUBCO de ses obligations contractuelles intervient à la date d'exercice. Comme indiqué ci-dessus, il convient de déterminer lors de l'analyse prix de transfert si de tels accords ont une substance économique et reflètent un comportement de pleine concurrence.

iv) Circonstances économiques

74. Comme le stipule le paragraphe 1.30 des Principes directeurs de 1995, «les prix de pleine concurrence peuvent varier selon les marchés pour des transactions portant sur un même bien ou service». Dans le contexte des options destinées aux salariés, la valeur de l'instrument financier (option) est liée à sa valeur sur le marché où l'action est cotée, et ne devrait donc pas être influencée par la localisation géographique des filiales.

75. Toutefois, lorsqu'on examine le plan d'options dans une perspective plus large, un certain nombre de facteurs économiques peuvent faire que la rémunération de pleine concurrence de l'accord entre TOPCO et l'une de ses filiales diffère de celle entre TOPCO et une autre de ses filiales, nonobstant le fait que les mêmes instruments financiers (options sur actions pour des salariés) peuvent être fournis aux salariés de ces deux filiales. En particulier, cela peut être dû à des conditions différentes dans les marchés où les filiales opèrent, ou bien au fait que ces conditions affectent les filiales différemment. Parmi ces circonstances économiques différentes, il peut être pertinent d'examiner, par exemple :

- l'estimation du taux d'exercice de leurs options par les salariés, parce que la valeur du plan d'options fourni par TOPCO serait probablement supérieure pour une filiale ayant un taux d'exercice estimé élevé comparée à une filiale ayant un taux d'exercice estimé bas ;
- le marché de l'emploi pour la filiale, par exemple si le taux de rotation est élevé et si les options sur actions constituent un élément important pour retenir les salariés sur ce marché, ou si les salariés sur ce marché sont traditionnellement réticents à prendre des risques et privilégient donc les primes en numéraire par rapport aux plans d'options ;
- si le plan d'options a pour effet de porter la rémunération des salariés d'une filiale donnée au niveau du marché, ou alors bien au-dessus de ce niveau ;
- le taux de change, car un plan d'options peut par exemple être une incitation moins efficace pour les salariés d'une filiale dont la devise est perçue comme forte par rapport à la devise de la société émettrice, que pour les salariés d'une filiale dont la devise est perçue comme faible comparée à celle de la société émettrice.

v) Stratégies des entreprises

76. En ce qui concerne les stratégies des entreprises, il est pertinent de déterminer si ces stratégies ont été conçues par le groupe multinational ou par un membre du groupe agissant isolément, ainsi que de définir la nature et le degré d'implication des autres membres du groupe nécessaire à la mise en œuvre de ces stratégies (voir le paragraphe 1.31 des Principes de 1995). Le paragraphe 1.35 des Principes de 1995 précise :

«Un autre point doit être examiné : peut-on raisonnablement s'attendre à ce que la mise en œuvre 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. [...] 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.»

77. Les informations pertinentes peuvent porter sur les stratégies de SUBCO pour l'octroi d'options de TOPCO à ses salariés, surtout si le plan comporte un octroi massif d'options et/ou si l'on constate que SUBCO a joué un rôle très limité dans la prise de décision d'attribution des actions à ses salariés. Plus généralement, les considérations relatives aux critères liés aux performances ou à la motivation éventuellement associés au plan d'options revêtent une importance toute particulière dans ce contexte.

78. Il serait particulièrement pertinent d'examiner l'effet de la participation de SUBCO au plan d'options de TOPCO sur ses activités et sa rentabilité. Les considérations pertinentes incluent la question de savoir si la rentabilité de SUBCO sur la durée (mesurée au niveau de l'entité ou de celui d'une ligne de produits ou d'une activité en particulier) serait à tel point pénalisée qu'elle chuterait au-dessous du niveau que l'on attendrait raisonnablement de la part d'entreprises indépendantes comparables.

79. Il existe un autre domaine pour lequel il pourrait être utile de comprendre les stratégies des entreprises, à savoir la présence – ou l'absence – de techniques de réduction des risques chez la partie à laquelle le risque est attribué.

C.2 Approches possibles pour déterminer une contrepartie conforme au principe de pleine concurrence

80. La discussion ci-après examine trois approches pour évaluer, le cas échéant, de quelle manière elles peuvent aider à déterminer si le montant facturé par TOPCO à une filiale dans le cadre d'options octroyées par TOPCO aux salariés de cette filiale est conforme au principe de pleine concurrence.

- a) Une approche basée sur la juste valeur des instruments financiers octroyés (en l'occurrence des options de souscription ou d'achat d'actions pour les salariés) ;
- b) une approche basée sur les coûts associés à la fourniture du plan d'options ;
- c) une approche basée sur la valeur du plan d'options sur actions pour les salariés du point de vue de l'entreprise associée qui emploie les bénéficiaires de ces options.

Il est également nécessaire d'examiner dans quelle mesure ces approches sont cohérentes avec les méthodes décrites dans les Principes directeurs de 1995 ou doivent être adaptées.

a) Juste valeur des options octroyées aux salariés

Description de l'approche fondée sur la juste valeur

81. La manière la plus directe d'établir si les conditions convenues ou imposées entre des entreprises associées respectent le principe de pleine concurrence est de comparer les prix facturés dans le cadre des transactions contrôlées engagées entre ces entreprises avec les prix facturés dans le cadre de transactions comparables effectuées entre entreprises indépendantes (voir les Principes directeurs de 1995, paragraphe 2.5). Dans le cadre de la transaction réalisée entre TOPCO et SUBCO concernant la fourniture d'un plan d'options, la méthode du prix comparable sur le marché libre («PCM») reviendrait à comparer le prix facturé par TOPCO à SUBCO au titre de la fourniture du plan d'options pour les salariés avec le prix facturé entre parties non liées pour un plan d'options comparable dans des circonstances comparables. Toutefois, une comparaison directe de ce type est difficilement applicable dans la pratique, parce qu'il est peu probable que des plans d'options pour les salariés soient fournis entre parties non liées.

82. Eu égard à cette limitation pratique, on pourrait tenter de déterminer une juste valeur des options pour les salariés par référence au prix d'instruments financiers comparables sur le marché libre à la date de l'attribution, c'est-à-dire par référence au prix des options fournies par TOPCO si ces options étaient négociées sur le marché selon des modalités similaires à la manière dont des options non destinées à des salariés sont négociées. Pour obtenir une estimation de la juste valeur de marché des options destinées aux salariés, on pourrait commencer par examiner la valeur des options négociées sur le marché qui ont été émises en relation avec les mêmes actions (en l'espèce, celles de TOPCO), là où ces options sont effectivement négociées. Des correctifs appropriés seraient néanmoins nécessaires pour tenir compte des différences entre ces options et celles destinées aux salariés. Étant donné que ces marchés libres pour les options destinées aux salariés n'existent que dans de rares circonstances et qu'il est improbable que des parties indépendantes concluent effectivement des accords similaires à celui existant entre TOPCO et SUBCO, il est admis que l'application de cette approche ne générerait, la plupart du temps, qu'une estimation de ce qu'auraient été ces justes valeurs de marché.

83. Lorsqu'il n'y a pas d'options non destinées aux salariés sur les actions de TOPCO négociées sur des marchés, cette méthode risque de ne pas être applicable. Une méthode différente pour déterminer la juste valeur de marché des options destinées aux salariés pourrait consister à recourir à des modèles

reconnus de valorisation des options qui intègrent la volatilité du cours de l'action, la valeur actuelle du prix d'exercice et la maturité de l'option. Ces modèles sont utilisées par des opérateurs indépendants sur le marché libre et pourraient donc être utilisées dans le cadre de l'approche fondée sur la juste valeur.

84. Toutefois, ces modèles nécessiteraient eux aussi des ajustements pour prendre en compte les caractéristiques spécifiques des options destinées aux salariés et intégrer correctement les hypothèses qui sous-tendent le modèle de valorisation des options retenu qui ne sont pas valables dans le cadre des options destinées aux salariés. En particulier, ces options ne sont généralement pas cessibles par les salariés des filiales et sont déchuës (et perdent donc toute valeur) si le salarié quitte l'entreprise avant une certaine date. En outre, elles ont généralement une durée sensiblement plus longue que les options négociables ordinaires, et des conditions d'acquisition définitive qui doivent être remplies avant de pouvoir exercer les options. Les évolutions réalisées ces dernières années par le biais d'améliorations de certains modèles de valorisation des options ont permis de prendre en compte quelques-unes de ces spécificités, mais le modèle de valorisation retenu devra être examiné pour déterminer quelles sont les caractéristiques prises en compte et les hypothèses posées afin de lui conférer une validité dans les circonstances spécifiques.

Forces et faiblesses de l'approche fondée sur la juste valeur

85. Le principal attrait de l'approche fondée sur la juste valeur est qu'elle représente une tentative d'approcher d'une valorisation objective de la valeur de marché des options fournies, indépendamment des coûts pour TOPCO et des avantages que SUBCO tire de la transaction.

86. Une des limites de cette approche est qu'elle examine la valeur de chaque option individuellement, alors que la transaction contrôlée qui est analysée est la fourniture d'un plan d'options (c'est-à-dire un certain nombre d'options totalisant une certaine valeur). Pour que cette approche soit appliquée correctement, il serait nécessaire d'examiner non seulement le prix facturé par TOPCO pour chaque option, mais également la proportion d'options attribuées à SUBCO. Il se peut que dans certains cas, le prix par option dans le cadre d'une approche fondée sur la juste valeur soit correct, mais que la somme totale facturée à SUBCO soit bien supérieure à ce que des entreprises similaires à SUBCO accorderaient à leurs employés dans des circonstances analogues ou s'il n'a pas été tenu compte de manière adéquate de la question de savoir quelle(s) entité(s) bénéficie(nt) de la fourniture du plan d'options (voir sous-sections C.1 (a) et C.1 (b) (i) et (iii)). Dans ces conditions, conformément aux paragraphes 1.36 à 1.41 des Principes directeurs, les paramètres de la transaction peuvent être ajustés pour veiller à ce que les plans d'options reflètent mieux la réalité commerciale ou pour attribuer correctement les options aux employés des entités qui bénéficient du plan. La proportion d'options attribuée à SUBCO et par conséquent le montant facturé pour la fourniture du plan sera également affecté par les hypothèses retenues en ce qui concerne le taux d'exercice des options par les salariés, estimé à la date de l'octroi.

87. Bien que cette approche commence par examiner ce que pourrait être une méthode du prix comparable sur le marché libre conforme aux Principes directeurs de 1995, elle risque de s'écarter de la méthode PCM. En effet, alors que la méthode PCM se fonde sur de fortes exigences de comparabilité, l'approche fondée sur la juste valeur décrite ci-avant ne s'appuie pas sur une comparaison avec une transaction comparable sur le marché libre ; lorsque les options de TOPCO non destinées aux salariés ne sont pas négociables, elle n'effectue même pas de comparaison avec des instruments financiers comparables. La fiabilité de cette approche dépend donc de sa capacité à mesurer et à tenir compte de ces différences.

88. Lorsqu'on applique cette approche, soit par référence au prix des options de TOPCO non destinées aux salariés lorsque de telles options sont négociables, soit en utilisant une méthode de valorisation des options, une préoccupation additionnelle est de savoir si des ajustements suffisamment fiables peuvent être réalisés pour tenir compte des spécificités inhérentes aux options pour les salariés.

Comme l'explique le paragraphe 1.15 des Principes directeurs de 1995, «comparable 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».

89. Un autre avantage que l'on perçoit dans l'approche fondée sur la juste valeur est qu'elle présente des similitudes avec l'approche basée sur la valeur de marché développée à des fins comptables (par exemple dans les normes de l'IASB ou du FASB), bien que cette dernière ne soit pas basée sur les normes de comparabilité de l'OCDE (i.e. références sectorielles). Toutefois, appliquer l'approche fondée sur la juste valeur afin de s'approcher d'une contrepartie de pleine concurrence pour la transaction qui se déroule entre TOPCO et SUBCO ne revient pas nécessairement à appliquer une approche fondée sur la valeur de marché à des fins de comptabilité financière. En effet, bien qu'il existe des similitudes évidentes entre les deux approches, les objectifs des publications de résultats financiers diffèrent de ceux poursuivis dans le cadre de l'application de l'Article 9 du MCF et, en particulier, les résultats financiers ne se préoccupent pas de la relation commerciale ou financière entre TOPCO et SUBCO, mais plutôt d'une position consolidée.

90. En dépit de cette limite, on peut penser que l'expérience qui sera acquise de l'utilisation de l'approche de la valeur de marché à des fins de comptabilité financière (en particulier en ce qui concerne les adaptations requises pour appliquer de manière fiable aux options pour les salariés des modèles de valorisation des options), pourrait fournir des indications utiles pour l'utilisation de l'approche fondée sur la juste valeur dans le cadre du principe de pleine concurrence. En particulier, les entreprises multinationales pourraient être tenues de produire, dans un proche avenir, des informations supplémentaires sur ces méthodes à des fins non fiscales et d'utiliser ces méthodes pour déterminer une charge comptable à prendre en compte pour la préparation des états financiers consolidés du groupe.

91. En conclusion, l'approche fondée sur la juste valeur peut être utile, à condition de ne pas se borner à un examen du *prix* des instruments financiers (options), mais de tenir dûment compte du *nombre* d'options attribuées à SUBCO. En outre, comme pour n'importe quelle méthode de valorisation du prix de transfert, l'examen des conditions contractuelles entre TOPCO et SUBCO, l'analyse fonctionnelle et l'étude des circonstances économiques et des stratégies des entreprises (voir c) ci-après) seraient nécessaires. Toutefois, cette approche peut soulever des difficultés au plan de la fiabilité des ajustements de comparabilité requis, pour lesquels l'expérience actuelle est limitée.

b) *Approche basée sur les coûts*

Description de l'approche basée sur les coûts

92. Dans une approche basée sur les coûts, la valeur du plan d'options pour les salariés fourni par TOPCO serait calculée sur la base du total des coûts de la fourniture de ces options. En théorie, cette approche peut examiner les coûts sous différents angles, à savoir :

- les coûts encourus par TOPCO, le fournisseur du plan d'options d'actions,
- ou les coûts qui auraient été encourus par SUBCO pour obtenir des actions ou des options de TOPCO, si TOPCO avait été une tierce partie.

93. Examiner les coûts supportés par TOPCO revient à appliquer une méthode du prix de revient majoré telle que décrite dans les Principes directeurs de 1995. Dans le cadre des accords contractuels pris comme hypothèse dans l'exemple TOPCO, la méthode de détermination du prix et les autres conditions

contractuelles seront en principe définies au moment de l'établissement du plan, au plus tard à la date d'octroi (voir la section C.1 (b) (iii) ci-dessus consacrée aux clauses contractuelles). La valorisation et la facturation peuvent intervenir à différents moments entre la date d'octroi et la date d'exercice. De plus, en pratique, TOPCO peut encourir des coûts au titre de l'acquisition des actions (ou des options) requises à n'importe quel moment entre l'octroi et l'exercice, en particulier si TOPCO gère un programme permanent d'achat d'actions. Par conséquent, l'approche basée sur les coûts peut impliquer soit des coûts réels, comme l'illustrent les Scénarios 1 et 2 ci-dessous (valorisation à la date d'octroi) et le Scénario 3 (arrêté à la date d'exercice), soit des coûts estimés, comme dans le scénario 4 ci-dessous (valorisation à la date d'octroi, mais TOPCO n'acquiert pas les instruments financiers à la date d'octroi).

94. Une approche consistant à examiner les coûts qui auraient été supportés par SUBCO pour se procurer des actions ou des options TOPCO peut être considéré comme s'écartant de la méthode du prix de revient majoré décrite dans les Principes directeurs de 1995, car cette dernière part des coûts supportés par le fournisseur du bien ou des services (voir le paragraphe 2.32 des Principes). Dans ce cas, les coûts qui auraient été supportés par SUBCO pour se procurer les actions TOPCO ou options sont substitués aux coûts qui auraient été supportés par TOPCO. Dans la pratique, cela impliquerait de tenir compte du prix des instruments financiers (actions ou options de TOPCO) sur le marché à la date convenue pour la valorisation du montant à facturer, sans se soucier de quand et de comment TOPCO acquiert effectivement les instruments financiers (voir la variante du Scénario 2 ci-dessous).

95. Les quatre scénarios ci-dessous illustrent des cas typiques d'application de l'approche basée sur les coûts susceptibles de se produire en pratique, mais ils ne constituent pas une liste exhaustive. L'objectif de ces scénarios est d'identifier les coûts qui serviraient de base à la facturation du plan d'options par TOPCO dans une approche fondée sur les coûts (nonobstant la nécessité d'accorder l'attention nécessaire aux autres caractéristiques du plan, par exemple au nombre d'options allouées à SUBCO).

96. **Scénario 1** : Valorisation et facturation à la date d'octroi ; TOPCO acquiert, à la date d'octroi, des options qui reflètent son engagement envers les salariés de SUBCO. Dans ce cas, la base des coûts peut être définie à la date d'octroi en fonction des coûts supportés par TOPCO comme :

- (i) le prix d'acquisition des options à la date d'octroi par TOPCO⁸,
- (ii) plus les coûts relatifs à la fourniture des services associés au plan, s'ils existent (ex. services administratifs et juridiques, fonction de gestion des risques le cas échéant).

97. **Scénario 2** : Valorisation et facturation à la date d'octroi ; TOPCO acquiert, à la date d'octroi, des actions sur elle-même afin d'honorer ses engagements envers les salariés de SUBCO. Dans ce cas, la base des coûts peut être définie à la date d'octroi en fonction des coûts supportés par TOPCO comme :

- (i) le prix d'acquisition par TOPCO de ses propres actions sur le marché à la date d'octroi,
- (ii) moins la valeur actualisée du prix d'exercice contractuel à recevoir par TOPCO de la part des salariés de SUBCO,

⁸ Si les options acquises ne couvrent pas parfaitement les obligations nées des options accordées, TOPCO supportera un coût additionnel égal à la valeur actuelle du futur prix d'exercice de ces options moins la valeur actuelle du prix d'exercice des options par les salariés de SUBCO.

- (iii) plus les coûts relatifs à la fourniture des services associés au plan, s'ils existent (ex. services administratifs et juridiques, fonction de gestion des risques le cas échéant).

98. Dans une variante du Scénario 2, TOPCO et SUBCO s'accorderaient pour que la facturation soit basée sur le prix de marché des actions TOPCO à la date d'octroi, que TOPCO acquière effectivement les actions à la date d'octroi ou non.

99. **Scénario 3** : Arrêté contractuel à la date d'exercice : dans ce scénario, bien que la méthode de détermination du prix de transfert soit définie à l'établissement du plan, la quantification du prix serait basée sur les coûts réels (futurs) et facturée à SUBCO à la date d'exercice, une fois ces coûts supportés par TOPCO lors de l'acquisition de ses propres actions. La base des coûts pourrait être définie à la date d'exercice en fonction des coûts supportés par TOPCO comme :

- (i) le prix d'acquisition des actions par TOPCO (ajusté pour tenir compte des coûts de financement ainsi que des dividendes éventuellement à recevoir par TOPCO),
- (ii) moins le prix d'exercice contractuel à recevoir par TOPCO de la part des salariés de SUBCO,

(c'est-à-dire l'écart si l'acquisition d'actions par TOPCO intervient à la date d'exercice)

- (iii) plus les coûts relatifs à la fourniture des services associés au plan, s'ils existent (ex. services administratifs et juridiques, fonction de gestion des risques le cas échéant).

100. Dans les Scénarios 1 et 2, le montant facturé à SUBCO serait fixé à la date d'octroi et ne serait pas révisé du fait d'événements ultérieurs (comme une hausse ou une baisse du cours de l'action TOPCO ou un taux d'exercice effectif par les salariés inférieur ou supérieur à ce qui était prévu). Toutefois, TOPCO continuerait d'être exposé à un certain risque, car ses coûts effectifs resteraient à terme affectés par le taux d'exercice réel de leurs options par les salariés de SUBCO. En revanche, dans le Scénario 3, le montant facturé à SUBCO ne serait fixé qu'à la date d'exercice et SUBCO supporterait les risques liés à la fois à la hausse potentielle du cours de l'action TOPCO (entre la date d'octroi et la date à laquelle TOPCO acquiert les actions) et à la différence entre les taux d'exercice escompté et réel par les salariés.

101. **Scénario 4** : Bien que la valorisation et la facturation interviennent à la date d'octroi des options, TOPCO décide d'acquérir les actions nécessaires à une date future (au plus tard à la date d'exercice). Comparé aux Scénarios 1, 2 et 3, le Scénario 4 introduit une difficulté pratique du fait que les coûts réels ne sont pas encore supportés par TOPCO et ne sont pas connus définitivement au moment où la valorisation et la facturation à SUBCO interviennent. La base des coûts pourrait être déterminée en procédant à une estimation, à la date d'octroi, des coûts qui seront supportés par TOPCO. Pour pouvoir effectuer cette estimation à la date d'octroi, TOPCO et SUBCO devraient s'accorder sur les principaux facteurs qui influenceront sur cette estimation, et en particulier sur la date ou sur la période à laquelle TOPCO est supposée acquérir les actions requises. Dans la pratique, il est fréquent que TOPCO gère un programme permanent d'achat d'actions afin de couvrir les plans d'options d'achat d'actions par ses employés à l'échelon mondial ; il n'est donc pas toujours possible d'attribuer précisément des actions particulières acquises par TOPCO à un bénéficiaire particulier ou même à une filiale spécifique. Il peut donc arriver que TOPCO et SUBCO conviennent, lors de l'établissement du plan, d'une date conventionnelle servant à estimer les coûts. Cette date conventionnelle peut être la date d'octroi, la date d'exercice ou n'importe quelle date entre les deux.

102. Le Scénario 4 introduit une distinction entre ce que TOPCO fait (et les coûts qu'elle supporte) pour se procurer les instruments financiers (si elle acquiert des actions ou des options, et à quelle date) et ce que TOPCO ou SUBCO aurait pu faire (et ce que cela aurait coûté). A cet égard, on peut y voir un écart par rapport à la méthode du prix de revient majoré décrite dans les Principes directeurs de 1995. Cette déconnexion peut être particulièrement utile lorsque TOPCO gère un programme mondial d'achat d'actions dans lequel il n'est pas possible de suivre quelles actions sont attribuées à quels employés.

103. Il existe d'autres scénarios possibles et, comme indiqué précédemment, la liste ci-dessus ne prétend pas être exhaustive. Là encore, compte tenu de l'éventail des situations contractuelles existantes dans la pratique et de leur effet sur la valorisation effectuée à la date d'octroi, il faut tenir compte des faits et des circonstances propres à chaque cas pour déterminer si un accord contractuel donné reflète un comportement de pleine concurrence. Ceci est particulièrement important pour le Scénario 3 dans lequel SUBCO supporte les risques associés aux options et le Scénario 4 qui pose des questions de valorisation particulièrement difficiles.

104. Quel que soit le scénario retenu, les coûts pris en compte dans une approche fondée sur les coûts ne correspondent pas nécessairement aux coûts comptables déclarés par TOPCO. Il a déjà été indiqué que, en fonction du traitement comptable, les coûts/charges comptables de TOPCO pouvaient être nuls et que, dans une approche strictement fondée sur ces éléments, le prix facturé aux filiales serait du même coup égal à zéro. Ce résultat paraît à première vue non satisfaisant car il ne rend pas compte du fait que, dans le cadre de relations entre entreprises parfaitement indépendantes, le destinataire d'un service paierait pour ce service s'il lui était utile, quelle que soit la charge comptabilisée par le prestataire.

Incidence de l'allocation des risques et de la stratégie de réduction des risques

105. Dans une approche basée sur les coûts, il est important de prendre en compte l'allocation des risques et les techniques de réduction des risques car elles auront une incidence directe sur le prix de la transaction, comme l'illustre ce qui suit :

- Dans certains cas, TOPCO et SUBCO conviennent lors de l'établissement du plan que SUBCO sera facturée sur la base des coûts concernant les options fournies par TOPCO aux salariés de SUBCO, sous réserve de la mise en œuvre par TOPCO d'une technique adéquate de réduction des risques que reflètera le montant facturé à SUBCO.
- Dans d'autres cas, TOPCO décide de ne pas adopter de technique de réduction des risques. Cette décision peut être légitime au niveau de TOPCO, mais il serait alors nécessaire de déterminer si SUBCO aurait accepté de supporter elle-même le risque si elle avait négocié avec une partie non liée.
- Enfin, la position de couverture de TOPCO (vis-à-vis du marché) ne correspond pas forcément à celle de SUBCO (vis-à-vis de TOPCO). Il se peut que TOPCO ne se couvre pas vis-à-vis du marché (avec pour conséquence que le coût pour TOPCO est l'écart de valeur à la date d'exercice), tandis que l'accord contractuel entre TOPCO et SUBCO prévoit une valorisation à la date d'octroi (voir le Scénario 4 et la variante du Scénario 2 ci-dessus). Dans d'autres cas, TOPCO met en œuvre une stratégie de réduction des risques au niveau consolidé de THE GROUP, mais en vertu de l'accord contractuel facture SUBCO sur la base des coûts sans tenir compte des effets de ces techniques de réduction des risques (SUBCO paiera l'écart à la date d'exercice). Déterminer si de telles positions asymétriques reflètent des accords de pleine concurrence est une question factuelle qui doit être examinée au cas par cas.

106. En fait, l'analyse des risques opérée par TOPCO au niveau consolidé et la décision d'adopter ou non une technique de réduction des risques ne fournit pas nécessairement la réponse au niveau de SUBCO, et il convient d'examiner ces questions comme si SUBCO était une entité indépendante négociant avec TOPCO en situation de pleine concurrence.

107. Une question qui se pose avec l'approche basée sur les coûts est celle de savoir si TOPCO devrait percevoir une marge et, si oui, sur quelle base de coûts. En fournissant un plan d'options pour les salariés, TOPCO octroie des instruments financiers ainsi que, potentiellement, des services administratifs, juridiques et de gestion des risques. Dans le cadre de la prestation de services, il semblerait approprié que TOPCO perçoive une marge raisonnable (sous réserve que ces services soient rendus dans l'intérêt de SUBCO et que les instructions contenues dans le chapitre VII des Principes de 1995 soient correctement appliquées). S'agissant du choix d'une marge appropriée conforme au principe de pleine concurrence au titre des services associés à la fourniture du plan, tels que des services administratifs et juridiques, il est sans doute possible d'identifier des comparables de pleine concurrence en se reportant, par exemple, à des prestataires réalisant des transactions similaires ou fournissant des services financiers similaires.

108. D'un autre côté, ajouter une marge aux coûts associés à l'achat d'actions de TOPCO semble sujet à caution. Si une marge était ajoutée au coût d'acquisition des actions de TOPCO, il serait très difficile de trouver des comparables pertinents. On pourrait considérer approprié que TOPCO répercute ces coûts à ses filiales sans marge, et n'applique une marge qu'aux seuls coûts encourus par TOPCO à l'occasion de la fourniture de services associés, le cas échéant (voir par analogie le paragraphe 7.36 des Principes de 1995).

Forces et faiblesses de l'approche basée sur les coûts

109. Lorsqu'elle s'appuie sur les coûts réels ou estimés de TOPCO, l'approche basée sur les coûts présente d'importantes similitudes avec la méthode du prix de revient majoré décrite dans les Principes directeurs de 1995, essentiellement parce que cette méthode «consiste tout d'abord à déterminer, pour les biens (ou services) transférés à un acheteur apparenté, les coûts supportés par le fournisseur dans le cadre d'une transaction entre entreprises associées» (voir le paragraphe 2.32 des Principes directeurs de 1995). D'un autre côté, il arrive dans la pratique que l'approche fondée sur les coûts soit basée sur le cours de l'action, c'est-à-dire sur ce que l'achat d'actions ou d'options TOPCO aurait coûté à SUBCO, plutôt que sur les coûts de TOPCO. Cette dernière approche s'écarterait de la méthode du prix de revient majoré décrite dans les Principes directeurs de 1995.

110. L'approche basée sur les coûts présente clairement l'avantage de partir de la notion familière de coûts objectifs ou de prix de marché observables plutôt que d'un modèle de valorisation, et nécessiterait donc généralement moins d'ajustements pour tenir compte des spécificités des options d'achat d'actions pour les salariés.

111. De même que l'approche de la juste valeur, l'approche basée sur les coûts nécessite pour être appliquée correctement d'examiner non seulement le prix facturé par TOPCO pour chaque option, mais également si le nombre d'options allouées à SUBCO est conforme au principe de pleine concurrence.

112. L'analyse devrait prendre en compte tous les facteurs de comparabilité qui influent sur la transaction, y compris les avantages retirés par TOPCO et SUBCO de ce plan d'options. Sinon, dans certaines circonstances, l'approche basée sur les coûts, bien que fournissant un résultat satisfaisant du point de vue de TOPCO, pourrait ne pas prendre en compte la perspective de SUBCO au plan de l'analyse fonctionnelle, des circonstances économiques et des stratégies des entreprises. Dans de telles circonstances, le lien entre les coûts encourus par le fournisseur et la valeur du plan d'options fourni serait insuffisamment établi.

113. Enfin, avec la méthode du prix de revient majoré, «la solution idéale est de déterminer la marge sur le prix de revient du fournisseur dans le cadre de la transaction contrôlée par référence à la marge sur le prix de revient de ce même fournisseur dans le cadre de transactions comparables sur le marché libre. De plus, la marge sur le prix de revient qui aurait été obtenue dans des transactions comparables par une entreprise indépendante peut servir d'indicateur» (paragraphe 2.33 des Principes directeurs de 1995). Dans le contexte des plans d'options, on pourrait argumenter que l'absence de transactions entre parties indépendantes pouvant être comparées à la transaction réalisée entre TOPCO et SUBCO pourrait limiter la possibilité d'appliquer l'approche basée sur les coûts de manière cohérente avec la méthode du prix de revient majoré décrite dans les Principes directeurs de 1995. Si une marge est ajoutée aux coûts encourus au titre de la fourniture de services, il devrait être possible de trouver des comparables acceptables qui fournissent des services similaires, parce que les services administratifs et juridiques impliqués dans la gestion du plan sont souvent sous-traités à des tiers (banques). Toutefois, si une marge était ajoutée au coût d'acquisition des actions de TOPCO, il serait très difficile de trouver des comparables pertinents et on pourrait considérer qu'il serait approprié pour TOPCO de répercuter ces coûts à ses filiales sans marge, et de n'appliquer une marge qu'aux seuls coûts encourus par TOPCO à l'occasion de la fourniture de services associés, le cas échéant.

c) *Troisième approche : Valeur de la fourniture d'un plan d'options du point de vue de SUBCO*

114. Les Principes directeurs de 1995 stipulent la nécessité de tenir dûment compte de la valeur de la transaction pour le bénéficiaire et du montant qu'une entreprise indépendante serait disposée à payer pour une transaction comparable dans des circonstances comparables (voir les paragraphes 1.15 et 1.16 sur la comparabilité en général, le paragraphe 6.14 pour les biens incorporels et le paragraphe 7.29 sur les services). La détermination de la contrepartie de pleine concurrence qui réduit le risque de double imposition (et donc le nombre de cas de procédures amiables potentielles) et de sous-imposition nécessite d'opérer une analyse des deux côtés de la transaction qui tienne compte des accords commerciaux et financiers entre TOPCO et SUBCO à la fois du point de vue de SUBCO et de TOPCO. Alors que les approches basées sur la juste valeur et sur les coûts partent du point de vue du fournisseur TOPCO, cette sous-section examine comment prendre en compte le point de vue de SUBCO pour déterminer ce qu'une partie indépendante serait disposée à payer pour la fourniture du plan d'options à ses employés.

Description de l'approche

115. Pour estimer la valeur du plan d'options pour les salariés du point de vue de SUBCO, une approche reposant sur l'estimation des économies salariales réalisées par SUBCO en contrepartie de l'attribution des options à ses employés a été envisagée. Même s'il peut arriver que cette économie soit chiffrable, notamment lorsque l'employeur offre aux salariés le choix entre des options et une prime sur salaire, le cas est sans doute rare en pratique. En principe l'économie devrait correspondre à une évaluation de la valeur de l'option du point de vue des salariés, qui peut différer de la valeur de marché de l'option puisqu'elle tient compte d'autres facteurs tels que l'aversion au risque, la stratégie de diversification des risques, l'idée que le salarié se fait de sa présence au sein de l'entreprise à la date d'exercice, les modalités fiscales personnelles, etc. En conséquence, cette approche ne devrait pas être appliquée parce que l'idée que le salarié se fait de la valeur de ses options risque de ne pas être pertinente pour évaluer si le prix facturé pour une transaction à laquelle il n'est pas partie est un prix de pleine concurrence. De surcroît, une évaluation par le salarié risquerait d'être difficile à réaliser et introduirait un niveau d'incertitude non souhaité.

116. Un autre moyen d'estimer la valeur du plan d'options pour les salariés du point de vue de SUBCO consisterait à utiliser l'une des méthodes de calcul du prix de transfert décrites dans les Principes directeurs de 1995 qui examine un indicateur de bénéfices au niveau de SUBCO, par exemple, selon la

méthode jugée adéquate eu égard aux activités de SUBCO, la méthode du prix de revient majoré, la méthode transactionnelle de la marge nette ou une méthode de partage des bénéfices.

117. Lorsqu'on applique l'une de ces méthodes, la transaction entre TOPCO et SUBCO concernant la fourniture d'un plan d'options ne serait pas examinée de manière isolée, mais plutôt comme l'un des composants d'autres transactions effectuées par SUBCO, dans lesquelles les salariés bénéficiant du plan d'options sont impliqués. Lorsqu'on examine si les conditions de ces autres transactions sont de pleine concurrence, une méthode adéquate de calcul des prix de transfert serait appliquée de façon conforme aux Principes directeurs de 1995, en tenant compte de la totalité de la rémunération perçue par les salariés de SUBCO, y compris le montant facturé par TOPCO au titre de la fourniture d'options à ces salariés.

118. Ce scénario peut être illustré en supposant que SUBCO est un distributeur qui se voit facturer par TOPCO la fourniture d'options à sa force commerciale. Lorsqu'on applique une méthode transactionnelle de la marge nette aux activités de distribution de SUBCO (en supposant que cette méthode soit la mieux adaptée dans le cas de SUBCO, la somme facturée par TOPCO à SUBCO au titre des options serait considérée comme un élément de la rémunération des commerciaux de SUBCO. Si la marge nette de SUBCO ainsi déterminée est inférieure au niveau de pleine concurrence, cela peut indiquer par exemple :

- Un prix de transfert non conforme au principe de pleine concurrence facturé à SUBCO par des fournisseurs liés pour les produits distribués ;
- Ou des conditions non conformes au principe de pleine concurrence dans la fourniture d'options par TOPCO aux commerciaux de SUBCO. Il se peut par exemple que l'attribution d'options ait été décidée dans le cadre d'une politique à l'échelle du groupe, sans qu'il soit correctement tenu compte des caractéristiques du marché de SUBCO;
- Ou le fait qu'une partie des options attribuées aux salariés de SUBCO ne rémunère pas une activité exercée au bénéfice de SUBCO. Il se peut par exemple que, outre leurs activités de distribution au bénéfice de SUBCO, des salariés exercent également des activités pour le groupe et contribuent à dégager des synergies globales qui ne bénéficient pas directement à SUBCO et pour lesquelles SUBCO n'est pas rémunérée de façon adéquate. Une difficulté du même type peut se produire dans certains cas avec les options octroyées à des cadres dirigeants effectuant des activités pour le groupe, en fonction de la nature des activités rémunérées par l'octroi des options;
- Ou une combinaison de deux ou plusieurs des facteurs ci-dessus.

Forces et faiblesses de cette approche

119. Comparée à la méthode de la juste valeur et à celle fondée sur les coûts, cette troisième approche semble mieux prendre en compte tous les facteurs qui influent sur la transaction entre TOPCO et SUBCO, au-delà des caractéristiques des instruments financiers (options). En particulier, cette approche examine attentivement s'il est opportun, du point de vue de SUBCO, de participer au plan d'options établi par TOPCO au prix facturé par TOPCO. Ce faisant, elle est cohérente avec le paragraphe 1.16 des Principes directeurs de 1995 qui stipule que «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».

120. La principale difficulté posée par cette approche, comme illustré ci-avant, est qu'elle risque de ne plus être transactionnelle et que, appliquée isolément, elle est rarement en mesure de déterminer le prix facturé pour la fourniture d'un plan d'options par TOPCO. En effet, avec cette méthode, la fourniture

d'options n'est pas considérée comme une transaction autonome, mais plutôt comme l'un des composants qui influent sur la marge brute ou sur la marge nette perçue par SUBCO sur les activités auxquelles ses salariés participent. Par conséquent, lorsque la marge brute ou nette perçue par SUBCO sur ces activités s'avère inférieure au niveau de pleine concurrence, la possibilité que TOPCO ait éventuellement facturé un montant excessif (supérieur à la valeur de pleine concurrence) au titre de la fourniture des options sera l'une des hypothèses à explorer, mais pas nécessairement la seule. Il peut également y avoir certaines circonstances dans lesquelles il serait possible selon les Principes directeurs de 1995 d'évaluer une combinaison de transactions pour déterminer la rémunération de pleine concurrence au titre de la fourniture d'options sur actions (voir paragraphes 1.42 à 1.44 des Principes directeurs de 1995).

121. Comme nous l'avons déjà indiqué, les différents types d'avantages qui peuvent résulter du plan d'options pour SUBCO et éventuellement pour d'autres membres du groupe multinational doivent être déterminés par l'analyse des faits et des circonstances. Ce principe s'applique pour les trois approches décrites dans cette note, et doit être traité lors de l'examen des cinq facteurs de comparabilité. D'un côté, on pourrait considérer que la troisième approche insiste davantage sur ces aspects et pourrait donc être valablement utilisée en association avec une approche basée sur les coûts ou sur la juste valeur en tant que «contrôle de validité», ou même seule dans les circonstances dans lesquelles il est approprié d'évaluer des transactions combinées selon les Principes directeurs de 1995. D'un autre côté, on pourrait également considérer que cette approche n'est absolument pas appropriée dans le cadre de l'évaluation de la transaction TOPCO – SUBCO en particulier parce qu'elle donnerait aux administrations fiscales la possibilité discrétionnaire à titre de règle générale de déterminer qu'un programme donné d'options pour des salariés est trop généreux pour les salariés, mal ciblé, etc. De plus, les problèmes qui sont présentés comme des raisons possibles pour utiliser une approche basée sur la valorisation du point de vue de SUBCO, par exemple le fait que les options ne seraient accordées que partiellement au titre d'une activité salariée effectuée au bénéfice de SUBCO, devraient pouvoir être identifiés en amont de l'analyse (vois sous-sections C.1 (a) et C.1 (b) (i) et (iii)) et reflétés dans les montants attribués dans le cadre de l'approche fondée sur la juste valeur ou sur les coûts, en partie à SUBCO et en partie ailleurs.

d) Conclusion préliminaire sur les approches

122. Lorsqu'on applique le principe de pleine concurrence aux transactions entre TOPCO et SUBCO concernant la fourniture d'un plan d'options, le manque de transactions comparables sur le marché libre rend inévitablement difficile l'utilisation directe des méthodes de prix de transfert décrites dans les Principes directeurs de 1995. Les trois approches présentées dans cette étude constituent une tentative d'appliquer, dans toute la mesure du possible dans le cadre des options, les méthodes de prix de transfert décrites dans les Principes directeurs de 1995 et de les adapter le cas échéant.

123. La méthode de la juste valeur est séduisante dans la mesure où elle tente d'approcher la valeur de marché objective des instruments financiers, et elle présente en ce sens des similitudes avec la méthode du prix comparable sur le marché libre. Toutefois, une préoccupation possible concernant cette approche est qu'elle risquerait de s'écarter des Principes directeurs de 1995 parce qu'elle ne se fonde pas sur une comparaison avec une transaction indépendante et parce que sa fiabilité serait sujette à caution du fait de l'importance des ajustements à opérer pour qu'elle puisse fonctionner. Cette préoccupation dépasse en fait la problématique des options pour les salariés et il pourrait s'avérer nécessaire d'élaborer des principes de prix de transfert pour les instruments financiers en général dans les Principes directeurs de 1995.

124. L'approche basée sur les coûts présente de grandes similitudes avec la méthode du prix de revient majoré des Principes directeurs de 1995 lorsqu'elle est appliquée sur la base des coûts supportés par

TOPCO. Un de ses principaux avantages est qu'elle s'appuie sur des coûts ou des prix observables (les coûts encourus par TOPCO ou les prix du marché). Une question subsiste, celle de savoir s'il faut ajouter une marge de pleine concurrence basée sur une comparaison des taux de marge perçus par des entreprises indépendantes dans des transactions comparables et, si oui, sur quelle base de coûts (coûts totaux incluant ceux associés à l'acquisition d'actions, ou uniquement les coûts associés aux services).

125. Pour pouvoir appliquer correctement une approche basée soit sur les coûts, soit sur la juste valeur, il serait nécessaire d'examiner non seulement le prix facturé par TOPCO pour chaque option, mais également le nombre d'options allouées à SUBCO. Avec l'une ou l'autre de ces approches, il faut veiller à prendre en compte tous les facteurs de comparabilité qui influent sur la transaction, y compris les avantages retirés par TOPCO et SUBCO de ce plan d'options.

126. La troisième approche, basée sur un examen du point de vue de SUBCO, peut répondre à cette préoccupation. Toutefois, comme elle ne considère pas la fourniture d'options comme une transaction prise isolément mais plutôt comme l'un des composants d'autres transactions réalisées par SUBCO, il sera souvent difficile de l'appliquer de manière isolée pour calculer la contrepartie de pleine concurrence à facturer à SUBCO au titre de la fourniture du plan d'options par TOPCO. De plus, cette approche pose des difficultés qui sont complexes et non résolues. D'un côté, on pourrait considérer que cette troisième approche pourrait être utilisée avec profit en association avec une approche basée sur les coûts ou sur la juste valeur comme test de cohérence, ou même seule dans les circonstances où, selon les Principes Directeurs de 1995, il est approprié d'évaluer des transactions combinées. D'un autre côté, on pourrait aussi considérer que cette approche n'est pas appropriée dans le cadre de la transaction TOPCO – SUBCO étant donné qu'elle repose sur l'évaluation d'un indicateur financier de SUBCO et donnerait d'une manière générale aux administrations fiscales un pouvoir trop discrétionnaire pour requalifier le plan d'options tel que structuré par le contribuable.

C.3. Cas particulier d'un salarié qui change d'employeur au sein de THE GROUP ou qui quitte THE GROUP

a) Cas d'un employé qui change d'employeur au sein de THE GROUP

127. Une difficulté particulière se présente lorsqu'un employé, qui a reçu des options de TOPCO quand il/elle travaillait pour la filiale SUBCO1⁹, exerce ses options alors qu'il/elle est employé(e) d'une autre filiale, SUBCO2. La question qui se pose alors est de savoir comment un tel événement doit être pris en compte dans le calcul de la contrepartie de pleine concurrence dans le cadre des relations commerciales et financières entre, d'une part, TOPCO et SUBCO1 et, d'autre part, entre TOPCO et SUBCO2 résultant du plan d'options établi par TOPCO.

128. Cette question revient à devoir déterminer quelle est l'entité bénéficiaire des services rémunérés par les options. Comme l'explique la sous-section C.1 (b) (iii) consacrée aux clauses contractuelles, les plans d'option peuvent être mis en œuvre afin de rémunérer des performances passées, des performances futures ou bien une combinaison des deux. On a suggéré que l'identification des services (passés, présents ou futurs) rémunérés par l'octroi d'options doit être documentée par le contribuable au moment de l'établissement du plan. Les administrations fiscales, lorsqu'elles examineront l'accord entre TOPCO et SUBCO concernant la fourniture d'un plan d'options, suivraient la documentation du contribuable, sauf si l'une des circonstances décrites au paragraphe 1.37 des Principes directeurs de 1995 trouve à s'appliquer,

⁹ Un raisonnement similaire s'applique dans les cas où un salarié est employé par TOPCO lorsqu'il reçoit les options et passe chez une filiale SUBCO avant de les exercer.

par exemple si la nature économique d'une transaction diffère de sa forme, c'est-à-dire si l'intention des parties qui ressort de la documentation semble incohérente avec les critères utilisés pour l'attribution d'options et avec les conditions d'acquisition. Le Groupe de travail n°1 a identifié un certain nombre de facteurs pertinents pour déterminer quels sont les activités salariales rémunérées par l'attribution d'options sur actions. Ces facteurs peuvent fournir aux administrations fiscales un cadre analytique utile lorsqu'elles examinent la question de savoir si la documentation fournie, y compris les termes contractuels, correspond à la réalité économique (ou lors de l'examen de cas où un contribuable ne fournit aucune documentation). Le point de savoir si l'événement décrit au paragraphe ci-dessus exigerait que le montant facturé par TOPCO soit partiellement affecté à SUBCO2 et comment déterminer les modalités de cette affectation, découleront logiquement de l'analyse, et en particulier de savoir si des options ont été octroyées pour rémunérer des performances futures qui bénéficieront en fait à SUBCO2 lorsque le salarié changera d'employeur.

129. Lorsqu'il apparaît que des options ont été attribuées pour encourager des performances futures et que, par conséquent, le montant facturé doit être réparti entre SUBCO1 et SUBCO2, une question supplémentaire est de savoir si la transaction initiale entre TOPCO et SUBCO1 doit être révisée et complétée par une nouvelle transaction conclue entre TOPCO et SUBCO2, ou si la transaction initiale entre TOPCO et SUBCO1 doit rester inchangée, et une nouvelle transaction doit être créée entre SUBCO1 et SUBCO2 lors du transfert du salarié. Comme les modalités et conditions de la transaction entre TOPCO et SUBCO1 doivent être définies à l'établissement du plan (à l'octroi au plus tard), on considère qu'en général les ajustements adéquats doivent être opérés entre SUBCO1 et SUBCO2, et pas entre TOPCO et SUBCO1 ou SUBCO2.

b) Cas d'un salarié qui quitte THE GROUP

130. Lorsqu'un employé bénéficiant d'options quitte THE GROUP après la date d'acquisition mais avant celle d'exercice, aucun problème spécifique ne devrait se poser pour la filiale qui l'a employé, car on peut supposer que tous les services rémunérés par l'octroi des options auront été accomplis à la date d'acquisition.

131. En revanche, si un employé quitte THE GROUP avant la date d'acquisition et perd ainsi le droit d'exercice de ses options, SUBCO supporterait potentiellement le risque que TOPCO lui facture, à la date d'octroi, des services dont une partie ne sera pas accomplie par le salarié¹⁰. La question se pose de savoir si un ajustement du montant facturé par TOPCO à SUBCO serait nécessaire pour tenir compte de ce problème. Toutefois la probabilité que certains salariés quittent THE GROUP avant d'avoir accompli tous les services rémunérés par les options est l'un des facteurs qui devrait avoir été pris en compte lorsque les conditions et modalités de la transaction entre TOPCO et SUBCO sont définies au moment de l'établissement du plan. Le plus souvent, ce risque sera probablement pris en compte en déterminant un taux d'exercice escompté par les salariés de SUBCO qui aura une incidence sur le montant facturé par TOPCO.

C.4 Interactions avec le droit interne

132. Le principe de pleine concurrence ne traite pas la question de savoir si une déduction fiscale doit être accordée à une entreprise qui fournit un plan d'options aux salariés de ses filiales ou à une filiale dont

¹⁰ En fonction de la méthode de prix de transfert convenue, de la date de valorisation et de la répartition, entre TOPCO et SUBCO, des risques liés à un écart éventuel entre le taux d'exercice effectif de leurs options par les salariés de SUBCO et le taux initialement escompté.

les salariés ont reçu des options de sa société mère cotée. Cela relève strictement du droit fiscal interne, et non des conventions fiscales.

133. Les règles fiscales nationales sur l'imposition et la déductibilité, au niveau de l'entreprise, des montants associés aux options sur actions reçues par des salariés varient selon les pays. Plusieurs questions ont été soulevées, par exemple :

- a) Comment pourrait-on appliquer les législations fiscales nationales à TOPCO et à SUBCO en ce qui concerne les charges relatives à un plan d'options pour salariés ;
- b) Si, et dans quelle mesure, une double imposition susceptible de survenir dans les circonstances susmentionnées pourrait être évitée en procédant à un ajustement correspondant, en vertu de l'Article 9(2) du MCF ou de la procédure amiable prévue à l'art. 25 du MCF.

134. Les questions qui touchent à la Procédure Amiable de l'Article 25 du MCF font l'objet d'un examen par l'OCDE dans le cadre d'un projet spécifique sur l'amélioration de la résolution des différends (information disponible sur le site Internet de l'OCDE www.oecd.org/taxation).

135. Le principe de pleine concurrence de l'Article 9 stipule que les entreprises associées doivent déterminer leurs bénéfices comme si elles étaient des parties non liées. Les bénéfices ainsi déterminés sont alors «imposés en conséquence». Sous l'angle de SUBCO, l'Article 9 ne fixe pas de règle selon laquelle toute facturation de pleine concurrence entre entreprises associées devrait être déductible si cette facturation est par nature non déductible dans le pays qui la reçoit. Cette question se pose par analogie avec les cas où le droit fiscal national dans le pays de résidence de SUBCO n'autoriserait pas une déduction fiscale pour certains montants associés à un plan d'options de salariés si un tel plan était émis par SUBCO elle-même pour ses propres salariés.

136. Il existe beaucoup d'exemples de dépenses qui ne sont pas déductibles en vertu des règles de droit interne applicables pour des raisons qui n'ont rien à voir avec le principe de pleine concurrence. Ces dépenses ne deviennent pas déductibles pour la seule raison qu'elles seraient facturées par une entreprise associée. Par exemple, les contributions à des partis politiques peuvent ne pas être déductibles par un contribuable résident d'un pays en vertu de la législation nationale. Dans le cas où ces contributions sont payées par une entreprise associée résidant dans une autre juridiction fiscale au bénéfice de ce contribuable et lui sont ensuite refacturées, cela ne rendra pas la facturation déductible dans la juridiction du contribuable. C'est le cas de nombreux autres éléments qui varient beaucoup selon les législations nationales, par exemple certains types de frais généraux (voitures de luxe, etc.).

137. En revanche, l'absence de contrepartie versée par SUBCO à TOPCO (ou une contrepartie inférieure à celle de pleine concurrence) pourrait amener l'administration fiscale du pays de résidence de TOPCO à procéder à un ajustement primaire de prix de transfert basé sur la contrepartie de pleine concurrence au titre des relations commerciales ou financières entre TOPCO et SUBCO associées au plan d'options.

138. Pour illustrer ceci, supposons que les bénéfices de TOPCO soient ajustés conformément à l'Article 9-1 du MCF afin de prendre en compte une contrepartie de pleine concurrence pour les options octroyées aux salariés de SUBCO dans le cas où cette contrepartie n'aurait pas été versée initialement. En vertu de l'Article 9-2, il n'y aurait lieu de procéder à un ajustement corrélatif de la base d'imposition de SUBCO que :

- si le montant qui a été réintégré aux bénéfices de TOPCO correspond à un montant qui était inclus dans les bénéfices de SUBCO et qui a été imposé dans le pays de SUBCO et ;
- si un tel ajustement du montant de l'impôt prélevé est «approprié» et reflète donc le principe de pleine concurrence ; et
- si une facturation de pleine concurrence pour les options, payée par SUBCO à TOPCO, serait déductible selon les règles fiscales de l'État de résidence de SUBCO.

Ainsi, la question de savoir si l'État de résidence de SUBCO procèdera à un ajustement corrélatif à la baisse de l'impôt dû par SUBCO dépend du traitement fiscal des options sur actions dans cet État.

139. Examinons maintenant le cas inverse, où un ajustement est effectué sur les bénéfices de SUBCO en vertu de l'Article 9-1 du MCF quand la contrepartie initialement versée par SUBCO est excessive (supérieure à celle de pleine concurrence). Selon l'Article 9-2, il n'y aurait lieu de procéder à un ajustement corrélatif de la base d'imposition de TOPCO que :

- si le montant qui est réintégré aux bénéfices de SUBCO correspond à un montant qui a été inclus dans les bénéfices de TOPCO et imposé dans le pays de TOPCO et
- si un tel ajustement au titre du montant de l'impôt prélevé est «approprié» et reflète donc le principe de pleine concurrence.

Ainsi, la question de savoir si l'État de résidence de TOPCO procèdera à un ajustement corrélatif à la baisse de l'impôt dû par TOPCO dépend du traitement fiscal des options sur actions dans cet État.

140. Dans ces exemples, il n'y aurait pas de «taxation non conforme au MCF» et le contribuable ne pourrait pas se prévaloir de la Procédure Amiable prévue par l'Art. 25-1 ou 25-2 du MCF. Toutefois, en vertu de l'Article 25-3 du MCF, les autorités compétentes seraient libres, si une telle clause figure au traité bilatéral, de «se consulter en vue de supprimer la double imposition dans les cas non prévus par la Convention». Dans ce contexte, il peut être important de s'accorder sur le montant des options allouées entre TOPCO et SUBCO même en l'absence de déductibilité fiscale des options dans la juridiction de SUBCO.

D. VARIANTE DE L'EXEMPLE TOPCO : LES PLANS D'OPTIONS A EFFET DILUTIF

141. Dans cette section, nous étudierons le cas où TOPCO émet un plan d'options à effet dilutif pour des salariés de ses filiales. La situation est identique à la situation décrite à la section C, sauf que les options octroyées aux salariés leur donnent le droit de souscrire à de nouvelles actions à émettre par TOPCO (et non d'acheter des actions existantes acquises sur le marché par TOPCO). Les questions qui se posent ici sont globalement les mêmes que celles concernant les plans d'options sans effet dilutif (section C), à savoir :

- Comment le principe de pleine concurrence s'applique-t-il aux relations commerciales et financières entre TOPCO et SUBCO? (section D-1) ?

- Quelles méthodes de prix de transfert peuvent être utilisées pour déterminer la contrepartie de pleine concurrence concernant les relations commerciales et financières entre TOPCO et SUBCO? (section D-2) ?
- Quelles sont les interactions entre les règles fiscales nationales et les dispositions des conventions fiscales (y compris les dispositions destinées à éviter la double imposition prévues au paragraphe 2 de l'Article 9 ou à la procédure amiable, Article 25) (section D-3) ?

D.1 Application du principe de pleine concurrence : transaction(s) contrôlée(s) examinée(s), identification du (des) bénéficiaire(s) de la transaction et analyse de comparabilité

142. Les commentaires de la section C-1 sur la description des transactions entre entreprises associées s'appliquent également aux plans d'options à effet dilutif, si ce n'est qu'au lieu de racheter des actions sur le marché, TOPCO en émet de nouvelles pour les salariés satisfaire aux options émises. Les développements concernant l'identification du (des) bénéficiaire(s) et l'analyse de comparabilité sont les mêmes qu'il s'agisse de plans d'options à effet dilutif ou d'autres plans.

D.2 Approches possibles pour déterminer une contrepartie conforme au principe de pleine concurrence

143. S'agissant des plans d'options sans effet dilutif, trois approches ont été décrites à la section C-2 :

- a) une approche basée sur la juste valeur ;
- b) une approche basée sur les coûts ; et
- c) une approche du point de vue de SUBCO.

L'approche basée sur la juste valeur et celle du point de vue de SUBCO resteraient inchangées dans le cas d'un plan à effet dilutif, mais l'approche basée sur les coûts appelle des commentaires particuliers.

144. La question de savoir si une approche basée sur les coûts engagés par TOPCO est applicable aux plans de souscription d'actions est une question complexe. D'un côté, il y existe des arguments pour considérer que l'approche basée sur les coûts n'est pas adaptée aux plans à effet dilutif. La principale préoccupation à cet égard est que, dans le cas d'un plan à effet dilutif, on peut considérer que TOPCO ne supporte pas les coûts qui sont à prendre en compte pour déterminer les conséquences au regard des prix de transfert parce que l'on considère que ce sont les actionnaires de TOPCO qui supportent ces coûts. Selon ce point de vue, il serait inopportun que, TOPCO ne supportant aucun coût, les frais facturés à SUBCO dans le cadre d'une approche basée sur les coûts soient nuls. Il devrait y avoir équivalence de traitement entre les plans à effet dilutif et ceux à effet non dilutif, en ce sens que la manière dont le plan est structuré ne doit pas influencer sur la valeur du service fourni par TOPCO à SUBCO. Dans certaines circonstances, par exemple un plan à effet dilutif dans lequel TOPCO n'enregistre aucun coût, on peut affirmer que le lien entre les coûts pour TOPCO et la valeur de la fourniture du plan d'options est insuffisant pour justifier l'emploi d'une approche basée sur les coûts.

145. Le point de vue selon lequel TOPCO ne supporterait pas les coûts des options des salariés semble reposer sur deux axes d'argumentation. D'une part, les règles de la comptabilité financière de beaucoup de pays ne traitent pas les options des salariés comme des charges déductibles des revenus déclarés, et les règles de comptabilité financière peuvent être considérées comme une représentation, ou au moins une

preuve, du coût économique. Deuxièmement, sur un plan mathématique, la dilution qui définit le caractère dilutif d'un plan a pour effet de réduire en pourcentage la participation relative des actionnaires existants.

146. Au contraire, un autre point de vue consisterait à considérer que TOPCO supporte le coût économique des options sur actions que ce soit dans le cas d'un plan à effet dilutif ou non dilutif. Un tel point de vue reposerait sur l'observation de ce que la comptabilité financière ne repose pas nécessairement sur une analyse économique, comme le démontre l'évolution des normes comptables internationales sur de nombreux sujets, dont notamment justement le traitement des options sur actions pour les salariés dont il s'agit ici. Selon ce point de vue, les normes comptables ne sont pas considérées comme une base particulièrement fiable pour le type d'analyse économique sur lequel les prix de transfert reposent. Finalement, et c'est un point plus fondamental encore, l'émission d'options pour les salariés, au-delà de ses conséquences en matière de prix de transfert entre TOPCO et SUBCO, trouve ses racines dans une transaction entre SUBCO et ses salariés, et que la rémunération des salariés, qu'elle prenne la forme de numéraire, d'options sur actions, ou d'autres avantages en nature, devrait clairement être un coût au regard des prix de transfert.

147. Reconnaître que TOPCO supporte un coût économique éliminerait en fait la préoccupation concernant la possibilité d'appliquer aux plans dilutifs une approche fondée sur les coûts. Une autre possibilité pour répondre à cette préoccupation serait d'appliquer l'approche basée sur les coûts en partant des coûts qui seraient supportés par SUBCO si elle achetait des actions ou des options TOPCO sur le marché. Comme décrit à la sous-section C.2 (b), cela impliquerait d'examiner le prix de marché des instruments financiers plutôt que les coûts effectivement supportés par TOPCO. Cette solution pourrait être considérée comme s'écartant de la méthode du prix de revient majoré décrite dans les Principes directeurs de 1995 et non conforme aux normes de comparabilité des Principes Directeurs de 1995 et au principe de pleine concurrence, parce qu'elle consisterait à spéculer sur ce que des entreprises participant à un plan dilutif auraient fait pour arriver à une facturation de pleine concurrence. D'un autre côté cette solution peut offrir des avantages dans la pratique car les coûts qui auraient été supportés par SUBCO pour se procurer les actions TOPCO ou options servent de substitut aux coûts qui seraient supportés par TOPCO.

148. En fait, on pourrait également défendre une position selon laquelle il serait valable d'adapter aux plans à effet dilutif l'approche basée sur les coûts décrite pour les plans sans effet dilutif, notamment pour essayer d'assurer une neutralité fiscale entre les deux mécanismes. Par exemple, la variante du Scénario 2 décrit dans l'approche basée sur les coûts pour les plans à effet non dilutif pourrait être adaptée aux plans à effet dilutif, car elle se réfère au *prix du marché* plutôt qu'au *prix d'acquisition* des actions de TOPCO, quelle que soit la manière dont TOPCO se procure effectivement les instruments financiers (émission de nouvelles actions dans le cas d'un plan à effet dilutif). Toutefois, comme cette solution s'écarterait de la méthode du prix de revient majoré décrite dans les Principes directeurs de 1995, elle ne serait pas acceptable pour tout le monde.

149. Les plans à effet dilutif posent également des questions spécifiques relatives aux risques. EN pratique, dans le cas d'un plan à effet dilutif, les frais financiers seraient nuls et TOPCO pourrait être moins encline à mettre en œuvre une stratégie de réduction des risques avant la date d'exercice que dans le cas d'un plan à effet non dilutif. On pourrait considérer néanmoins que, du point de vue de TOPCO, l'émission de nouvelles actions représenterait une couverture¹¹ et que, dans le cas d'un plan à effet dilutif, rien ne justifierait de faire porter à SUBCO les risques de la transaction TOPCO-SUBCO puisque TOPCO

¹¹ Sachant que cette opération donne à TOPCO les avantages non négligeables des stratégies de couverture, à savoir : protection contre des sorties de trésorerie futures imprévisibles et non quantifiables et contre un profil de bénéfices volatile. Un autre argument est que, du point de vue des actionnaires de TOPCO, l'effet sur les revenus est le même que l'on utilise un plan avec ou sans effet dilutif, et que par conséquent il s'ensuit que, dans le cas d'un plan à effet dilutif, il y a décision du groupe de ne pas se couvrir.

ne supporte aucun risque. Par conséquent, selon ce point de vue il y aurait une certaine réticence à appliquer l'approche basée sur les coûts aux plans à effet dilutif si le point de départ est le prix du marché des actions à la date d'exercice ou à la date d'émission par TOPCO (plutôt qu'une mesure de valeur à la date d'octroi). Une approche fondée sur la juste valeur à la date d'octroi serait préférée.

D.3 Application de l'Article 9 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE et interactions avec le droit interne

150. La différence essentielle entre les plans d'options à effet dilutif et les plans à effet non dilutif est que, dans le cas des plans dilutifs, on peut considérer que les coûts économiques des options sont supportés par les actionnaires de TOPCO plutôt que par TOPCO elle-même, c'est-à-dire que dans un plan de souscription l'entité qui doit honorer l'obligation légale née du plan n'est pas celle qui supporte le coût économique du plan. On peut voir dans cette différence une raison pour différencier le traitement fiscal de droit interne des plans d'options pour les salariés. Toutefois, la présente étude ne se préoccupe pas des règles de droit interne et, au plan international, ni l'Article 9 du MCF ni les commentaires y afférents ne contiennent quoi que ce soit indiquant qu'il ne s'appliquerait que si le fournisseur du plan assumait les coûts réels entraînés par une transaction entre entreprises associées. Ce qui importe pour l'application de l'Article 9, c'est de savoir si la contrepartie versée à TOPCO par SUBCO au titre du plan d'options est ou non conforme au principe de pleine concurrence, et de savoir si des coûts ont été supportés.

151. En fait, la différence entre les plans d'options à effet dilutif et les plans sans effet dilutif concerne la structure financière du plan émis par TOPCO et la relation entre TOPCO et ses actionnaires. Elle n'influe pas sur la relation entre TOPCO et SUBCO. Qu'il s'agisse ou non de plans à effet dilutif, SUBCO, du fait de l'attribution d'options à ses salariés, retire un avantage économique identique via une entreprise associée. Par conséquent, l'Article 9 du MCF s'applique à la transaction entre TOPCO et SUBCO, qu'il s'agisse d'un plan à effet dilutif ou non dilutif, et la discussion de la section C.4 s'applique de façon similaire aux plans à effet dilutif.

E. CONCLUSION PRÉLIMINAIRE SUR LA SITUATION I

152. L'émission d'un plan d'options de souscription ou d'achat d'actions par une entité au profit des salariés d'autres entités est une transaction courante au sein des groupes multinationaux, particulièrement lorsqu'ils sont cotés. Les questions posées par la Situation I sont les suivantes :

- Comment le principe de pleine concurrence s'applique-t-il aux relations commerciales et financières entre TOPCO et SUBCO
- Quelles méthodes de prix de transfert peuvent être utilisées pour déterminer une contrepartie de pleine concurrence dans les relations commerciales et financières entre TOPCO et SUBCO
- Que se passe-t-il si le salarié change d'employeur au sein de THE GROUP ou quitte THE GROUP entre l'octroi des options et l'exercice
- Quelles sont les interactions entre les règles nationales et les dispositions des conventions fiscales (y compris les dispositions destinées à éviter la double imposition visée au paragraphe 2 de l'Article 9 ou à la procédure amiable, Article 25)

153. Deux analyses distinctes ont été effectuées, qui concernent respectivement les plans d'options sans effet dilutif, dont les bénéficiaires reçoivent des options d'achat portant sur des actions déjà émises

(section C), et les plans d'options à effet dilutif, dont les bénéficiaires reçoivent des options de souscription à des actions nouvelles (section D).

154. Le principe de pleine concurrence ne traite pas la question de savoir si TOPCO doit ou non être tenue de déclarer un revenu imposable ou si TOPCO ou SUBCO doit bénéficier de déductions fiscales pour les options, et il n'aborde pas, au cas où une telle déduction est accordée, la façon dont elle doit être calculée aux fins de la fiscalité nationale. Il se limite à la question de savoir si les conditions convenues ou imposées entre deux entreprises associées, dans leurs relations commerciales ou financières, diffèrent de celles qui seraient convenues entre entreprises indépendantes.

155. Qu'il s'agisse d'un plan à effet dilutif ou non dilutif, le principe de pleine concurrence de l'Article 9 du MCF s'applique à la transaction qui a lieu entre TOPCO et ses filiales SUBCO concernant la fourniture d'un plan d'options par TOPCO.

156. Lorsqu'on applique le principe de pleine concurrence aux transactions entre TOPCO et SUBCO concernant la fourniture d'un plan d'options, le manque de transactions comparables sur le marché libre restreint inévitablement la capacité à utiliser directement les méthodes de prix de transfert décrites dans les Principes directeurs de 1995. Pour essayer de déterminer le prix de pleine concurrence de la transaction entre TOPCO et ses filiales SUBCO, trois approches ont été envisagées :

- a) Une approche basée sur la juste valeur des instruments financiers octroyés (en l'occurrence des options de souscription ou d'achat d'actions), soit par référence au prix de marché ajusté d'options comparables, soit, à défaut, en utilisant une méthode appropriée de valorisation des options, ajustée pour tenir compte des spécificités des options octroyées aux salariés.
- b) Une approche basée sur les coûts générés par l'établissement et la fourniture du plan d'options.
- c) Une approche basée sur la valeur que le plan d'options représente pour la filiale qui emploie les bénéficiaires des options.

157. Chacune de ces approches a ses forces et ses faiblesses. Des questions demeurent quant à la validité et les modalités pratiques de ces approches, ainsi que sur toute autre approche ou combinaison d'approches possible.

158. Quelle que soit l'approche retenue, elles arrivent toutes à la conclusion dans cette étude que la méthode de prix de transfert de pleine concurrence ou ses composantes devraient être fixées au moment de l'établissement du plan et de l'accord de SUBCO pour y participer (au plus tard à la date d'octroi).

159. En ce qui concerne les plans d'options à effet dilutif, un problème particulier se pose parce que l'on peut considérer que les coûts économiques liés au plan sont supportés par les actionnaires de l'émetteur plutôt que par l'émetteur lui-même. Ce raisonnement peut conduire à établir une distinction entre les plans d'options à effet dilutif et les autres, aux fins de fiscalité interne. Ce point de vue génère également des difficultés spécifiques lorsqu'on tente d'appliquer l'approche basée sur les coûts. Toutefois, pour déterminer les prix de transfert, il devrait y avoir neutralité entre les plans avec et sans effet dilutif. La raison en est principalement que la relation entre TOPCO et ses filiales n'est pas affectée par la manière dont le plan d'options est financé. Que les plans d'options aient ou non un effet dilutif, ils ont un impact économique identique car le transfert de valeur de TOPCO au salarié est intrinsèquement comparable. De plus, différencier les traitements pour les prix de transfert en fonction du schéma juridique mis en œuvre créerait des opportunités significatives d'arbitrage fiscal et ne produirait peut-être pas le résultat souhaité en termes de politique fiscale.

160. Un aspect important a trait aux interactions entre l'Article 9 et les dispositions fiscales internes, en particulier dans le cas où les règles nationales d'un État contractant n'ouvrent droit à aucune déduction fiscale pour certains montants liés à un plan d'options, tandis que les règles nationales de l'autre État exigent leur prise en compte dans les revenus imposables. Dans l'exemple de TOPCO, les bénéfices de TOPCO pourraient être ajustés au titre de l'Article 9-1 du MCF pour tenir compte d'une rémunération conforme au principe de pleine concurrence pour les options attribuées aux salariés d'une filiale SUBCO si aucune rémunération ou une rémunération inférieure au prix de pleine concurrence est versée initialement. De la même façon, les bénéfices de SUBCO pourraient être rectifiés si la rémunération initialement versée à TOPCO était supérieure au prix de pleine concurrence. Aux termes de l'Article 9-2 et/ou de l'Article 25 du MCF, un ajustement corrélatif dans l'autre État ne serait nécessaire que si l'ajustement primaire correspond à un montant imposé dans l'autre État, si cet ajustement du montant imposé est «approprié» et reflète donc le principe de pleine concurrence, et si un montant de pleine concurrence, s'il était versé par SUBCO à TOPCO, serait déductible en vertu des règles de l'État de résidence de SUBCO. Toutefois, il peut être important de s'accorder sur le montant des options allouées entre TOPCO et SUBCO même en cas de non déductibilité des options dans la juridiction de SUBCO.

SITUATION II :

Incidence des plans d'options pour les salariés sur des transactions contrôlées (autres que les transactions concernant les options) impliquant les salariés bénéficiant des options

et

Incidence des plans d'options pour les salariés sur l'analyse de comparabilité quand l'impact des options sur la rémunération des salariés de la partie objet de l'examen ou des comparables est significatif.

161. La Situation II étudie l'impact des plans d'options pour les salariés sur l'application du principe de pleine concurrence aux transactions entre entreprises associées (autres que les transactions portant sur les plans d'options) impliquant les salariés bénéficiaires des options. En partant du principe que les plans d'options pour les salariés constituent une rémunération, ces transactions doivent être considérées comme telles lors de l'application d'une méthode de prix de transfert autorisée dans les Principes directeurs en matière de prix de transfert de 1995. Par conséquent, lorsque la méthode de prix de transfert appliquée est sensible à la rémunération des salariés, l'existence d'un plan d'options pour les salariés peut affecter le prix de pleine concurrence des transactions contrôlées dans lesquelles les bénéficiaires du plan d'options sont impliqués.

162. Des questions peuvent se poser concernant la définition des coûts de l'entreprise associée ainsi que l'identification des coûts supportés par des tiers impliqués dans des transactions comparables entre entreprises indépendantes. Ces deux aspects sont très liés dans la pratique. La section F ci-dessous se concentre sur la question générale de la définition des coûts dans les méthodes de prix de transfert qui sont sensibles aux coûts de rémunération, tandis que la section G porte sur des questions de comparabilité qui surviennent dans la pratique lorsqu'on applique ces méthodes, dès lors qu'il est établi que les options sur actions devraient être prises en compte.

163. Il convient de noter que dans la Situation II, contrairement à la Situation I, peu importe que les coûts des options sur actions pour les salariés soient ou non fiscalement déductibles en vertu du droit interne, car l'objectif est d'établir un prix conforme au principe de pleine concurrence pour une transaction autre qu'un accord sur des options sur actions pour salariés. Cet aspect est analysé plus en détail à la section H ci-dessous.

F. IMPACT DES PLANS D'OPTIONS SUR LES TRANSACTIONS (AUTRES QUE LES TRANSACTIONS PORTANT SUR LES PLANS D'OPTIONS) IMPLIQUANT LES SALARIÉS BÉNÉFICIAIRES DES PLANS D'OPTIONS

164. Aux fins de la présente discussion, nous pouvons étudier à des fins d'illustration :

- (i) le cas où des transactions entre entreprises associées sont effectuées par une filiale (par exemple, transactions effectuées par SUBCO) qui sont facturées par la société mère (par exemple TOPCO) pour l'attribution d'un plan d'options aux salariés de la filiale, conformément aux principes énoncés à la Situation I du présent document.
- (ii) Et le cas où des transactions entre entreprises associées sont effectuées par l'entreprise émettrice du plan d'options pour ses propres salariés (par exemple, transactions effectuées par TOPCO).

165. Dans le premier cas, une charge est systématiquement comptabilisée dans les états financiers de SUBCO (puisque TOPCO facture à SUBCO la fourniture du plan d'options.¹²) Dans le cas (ii), en fonction des normes comptables en vigueur dans le pays de TOPCO, la charge peut ou non être comptabilisée dans les états financiers de TOPCO.

166. Cette section donne une première présentation de l'impact potentiel des plans d'options pour les salariés sur les transactions contrôles rémunérées selon une méthode du coût de revient majoré, une méthode de la marge nette transactionnelle et une méthode du partage des bénéfices.

F.1 Transactions facturées selon la méthode du coût de revient majoré

167. La méthode du coût de revient majoré pose deux problèmes : la définition de la base de coûts et la détermination de la marge à appliquer à cette base. Tous deux impliquent des questions de comparabilité examinées à la section G. Pour l'instant, on peut noter que l'existence d'un plan d'options, ainsi que la manière dont il est traité dans les comptes fiscaux et/ou financiers, peut avoir un impact direct sur la base de coûts à laquelle doit s'ajouter une marge, si cette base est déterminée par référence à des normes comptables. Comme dans cette étude nous partons du principe que les plans d'options constituent une rémunération, il en découle que les coûts des plans d'options attribués aux salariés participant à une transaction donnée entre entreprises associées doivent être inclus dans la base de coûts quel que soit leur traitement comptable, dans la mesure où d'autres composantes de la rémunération des salariés en question se trouvent incluses dans la base de coûts conformément au principe de pleine concurrence.

168. Pour déterminer la base de coûts, seuls les coûts des options qui sont attribués aux salariés concernés par la transaction entre entreprises associées étudiée et qui rémunèrent l'activité des salariés au titre de la transaction en question doivent être inclus dans la base de coûts. Par exemple, supposons que SUBCO A mène une activité industrielle pour le compte d'entreprises associées, rémunérée selon une méthode du coût de revient majoré, et exerce parallèlement une activité de services pour des tiers, qui est facturée séparément à ces tiers. Les coûts entraînés par l'attribution d'options aux salariés participant à l'activité industrielle doivent en principe être inclus dans la base de coûts lorsqu'on applique la méthode du coût de revient majoré à cette activité, mais seulement dans la mesure où elles rémunèrent la participation de ces salariés à cette activité industrielle. Si certains salariés participent à la fois à l'activité industrielle et à l'activité de services, seule une juste quote-part de leurs coûts de rémunération et donc de leurs options doit être incluse dans la base de coûts pour l'application de la méthode du coût de revient majoré à l'activité industrielle. Il doit y avoir une cohérence entre la détermination de la juste quote-part en question et la détermination de l'activité salariée rémunérée par le biais de l'attribution d'options (Cf. discussion dans le

¹²

Ceci ne tient pas compte des cas où TOPCO ne facture pas à SUBCO ou facture moins que le montant de pleine concurrence pour la fourniture d'un plan d'options sur actions aux salariés de SUBCO, ni du cas où la fourniture d'un plan d'options sur actions s'effectue sous forme d'une contribution de TOPCO au capital de SUBCO.

cadre de la Situation I à la sous-section C.1(b)(iii). Il faut veiller à identifier non seulement la proportion pertinente d'options mais aussi la bonne période de travail rémunérée par le biais de ces options.

169. Dans l'exemple décrit au paragraphe ci-dessus, la somme qui devrait être incluse dans la base des coûts de SUBCO A est la quote-part pertinente du montant facturé par TOPCO au titre des options attribuées aux salariés pour l'activité industrielle, dans la mesure où le montant en question est déterminé conformément au principe de pleine concurrence et aux principes énoncés dans le cadre de la Situation I. Si le montant facturé par TOPCO à SUBCO A n'est pas déterminé selon le principe de pleine concurrence, cela risque d'avoir une incidence sur le prix de la transaction que SUBCO A, à son tour, facturera aux autres membres de THE GROUP sur la base du coût de revient majoré. En particulier, si la somme facturée par TOPCO à SUBCO A n'est pas déterminée au moment de l'établissement du plan ou si elle ne résulte pas d'une juste répartition des risques entre TOPCO et SUBCO A, elle risque de nuire à la conformité au principe de pleine concurrence des transactions facturées par SUBCO A aux autres entreprises associées.

170. Un autre exemple illustre bien cette situation : SUBCO B est une filiale de TOPCO qui fournit des services de dépannage à des parties liées, à leur demande. TOPCO attribue à SUBCO B un certain nombre d'options à distribuer à ses salariés sur la base de critères de performance décidés par SUBCO B.

171. Au cours de l'année 1, SUBCO C, une autre filiale de TOPCO, demande l'aide de SUBCO B. Le service dépannage fonctionne bien et la rémunération en numéraire ainsi que les options attribuées aux salariés de SUBCO B au cours de cette année-là reflètent en partie ce bon fonctionnement. La juste valeur des options en question pour l'année 1 est de 200. D'après le plan d'options, les options attribuées aux salariés de SUBCO B au cours de l'année 1 pourront être levées au cours de l'année 4. Au cours de l'année 4, SUBCO D, une autre filiale de TOPCO, demande l'aide de SUBCO B. Cette fois, la mission de dépannage est moins satisfaisante et ce moindre succès explique en partie le plus petit nombre d'options attribuées aux salariés de SUBCO B cette année-là (la juste valeur des options attribuées au cours de l'année 4 est de 100). Au cours de l'année 4, les salariés de SUBCO B lèvent les options qui leur avaient été attribuées au cours de l'année 1 et réalisent une plus-value correspondant à la différence entre le cours du titre dans l'année 4 et le prix d'exercice qui s'élève à 500.

172. Conformément au principe de pleine concurrence, le prix facturé par SUBCO B à SUBCO C pour les services rendus au cours de l'année 1 doit tenir compte des options attribuées aux salariés de SUBCO B en rémunération de leur mission très satisfaisante de l'année 1, sans tenir compte du fait que TOPCO pourrait en fait facturer lesdites options à SUBCO B plusieurs années plus tard (selon les dispositions contractuelles mises en place entre TOPCO et SUBCO B). En revanche, le prix facturé par SUBCO B à SUBCO D pour les services rendus au cours de l'année 4 ne doivent pas tenir compte des options levées par les salariés de SUBCO B au cours de l'année 4, parce que les options en question ne constituent pas une rémunération des services rendus à SUBCO D ; sinon, la facturation adressée à SUBCO D pour l'année 4 ne serait pas fondée sur la valeur des services fournis à SUBCO D pour l'année 4, mais tiendrait compte du coût des options attribuées aux salariés au titre des efforts qu'ils ont fournis au cours des années précédentes pour le compte de SUBCO C.

	Année 1 - Services fournis à SUBCO C	Année 4 - Services fournis à SUBCO D
Juste valeur des options attribuées aux salariés de SUBCO B	200	100
Plus-value réalisée par les salariés de SUBCO B		500
Inclus dans la base des coûts et facturés à SUBCO C	???	

Inclus dans la base des coûts et facturés à SUBCO D		???
---	--	-----

173. Si la transaction entre entreprises associées rémunérée sur la base d'une méthode du coût de revient majoré est effectuée par TOPCO elle-même, c'est-à-dire par la société émettrice des plans d'options, et si TOPCO ne comptabilise pas un montant correspondant aux options, la détermination de la somme que TOPCO doit inclure dans la base de coûts pose les mêmes problèmes que ceux évoqués aux sous-sections C.2 (b) et D.2 en ce qui concerne l'approche fondée sur les coûts dans le contexte de la Situation I.

174. Supposons par exemple que TOPCO fournit des services de gestion à plusieurs filiales dans d'autres pays, facturés sur la base du coût de revient majoré. Supposons également que des salariés participant à ces services de gestion reçoivent des options sur actions émises par TOPCO au titre de leurs prestations, et que TOPCO ne comptabilise aucun coût à ce titre, conformément aux normes comptables en vigueur dans son pays. La question se pose de savoir si les options doivent ou non affecter l'application de la méthode du coût de revient majoré lorsqu'on calcule la contrepartie de pleine concurrence pour les services de gestion fournis par Topco.

175. Dans la Situation I, des questions se posent quant à la possibilité d'utiliser une approche basée sur les coûts lorsqu'aucun coût n'est comptabilisé (voir section D.2). Toutefois, même si on considère qu'il n'est pas possible d'utiliser cette approche, les méthodes alternatives décrites dans le cadre de la Situation I, à savoir l'approche de la juste valeur ou l'approche du point de vue de SUBCO, restent valables. Dans l'exemple présenté ci-dessus, l'hypothèse est que la méthode du coût de revient majoré a été retenue pour rémunérer une transaction de service qui est distincte de la fourniture d'options sur actions. Trois solutions possibles peuvent être examinées dans ce cas :

- Ne pas tenir compte des options sur actions et adopter une base de coûts comptables stricte. La conséquence serait que le prix des services pourrait être différent selon que les salariés qui effectuent les prestations sont rémunérés en numéraire ou en options sur actions, et selon les modalités de comptabilisation de ces options dans les comptes du fournisseur. Cette solution semble peu satisfaisante aux fins des prix de transfert.
- Ajuster la base de coût de TOPCO pour tenir compte des options sur actions octroyées aux salariés impliqués dans les services de gestion, quel que soit leur traitement comptable. Le montant de l'ajustement devrait être déterminé selon les principes décrits à la Situation I, à savoir en appliquant probablement une approche de la juste valeur ou une approche basée sur les coûts qui s'appuie sur les prix du marché (voir la section G ci-après).
- Modifier la méthode appliquée pour rémunérer l'activité de service. Si aucun ajustement fiable ne peut être apporté à la méthode du coût de revient majoré, cette méthode ne serait pas appropriée¹³.

176. Quelle que soit la solution, le montant facturé par TOPCO eu égard à la fourniture de services doit être conforme aux orientations du Chapitre VII des Principes de 1995 applicables en matière de prix de transfert (en particulier leur paragraphe 7.29).

¹³ On suppose dans cet exemple que le choix de la méthode du coût de revient majoré est conforme au principe de pleine concurrence. Il peut être également nécessaire de considérer dans quelle mesure les options constituent une rémunération des activités des actionnaires (voir le point 7.9 des Principes directeurs de 1995), mais la présente note n'aborde pas cette question.

F.2 Transactions rémunérées selon la méthode transactionnelle de la marge nette

177. Quand on applique la méthode transactionnelle de la marge nette pour déterminer la contrepartie de pleine concurrence pour une transaction donnée entre entreprises associées, les indicateurs de marge nette sont généralement déterminés après déduction des coûts salariaux. En partant du principe que les plans d'options font partie des coûts salariaux d'une entreprise, la marge nette devrait être calculée après prise en compte de l'incidence des options attribuées aux salariés pour les prestations qu'ils ont effectuées et qui ont un rapport avec la transaction contrôlée en question.

178. Les mêmes questions que celles qui ont été discutées à propos de la méthode du coût de revient majoré se posent dans le cas de l'application d'une méthode transactionnelle de marge nette, c'est-à-dire de quel montant faut-il tenir compte au titre de l'attribution d'options aux salariés pour le calcul de la marge nette afférente à une transaction contrôlée, ainsi que la nécessité de prendre en compte la période de services appropriée (Cf. sous-section F.1). En particulier, lorsque la méthode transactionnelle de la marge nette est appliquée à des transactions entre entreprises associées effectuées par une filiale participant à un plan d'options créé par sa société mère TOPCO, la somme dont il doit être tenu compte dans la détermination de la marge nette des transactions contrôlées en question devrait être le montant facturé par TOPCO au titre des options attribuées aux salariés participant à la transaction ainsi rémunérée, dans la mesure où le montant en question est conforme au principe de la pleine concurrence. Lorsque la transaction entre entreprises associées, rémunérée selon une méthode transactionnelle de marge nette, est effectuée par TOPCO elle-même, c'est-à-dire par la société émettrice du plan d'options, la détermination du montant à prendre en compte dans le calcul de la marge nette de la transaction entre entreprises associées pose des problèmes comparables à ceux évoqués à la sous-section F.1 en ce qui concerne les transactions facturées selon la méthode du coût de revient majoré.

F.3 Transactions rémunérées par une méthode de partage des bénéfices

179. Les méthodes de partage des bénéfices peuvent être très sensibles aux coûts salariaux. Les coûts salariaux -- et, par voie de conséquence, les plans d'options pour les salariés, partant du principe qu'ils constituent une composante de la rémunération -- peuvent avoir un impact sur les méthodes de partage des bénéfices, et cela de deux manières. Premièrement, ils peuvent avoir une incidence sur le montant de profits à partager (selon que le profit à partager est calculé avant ou après déduction des coûts salariaux). A cet égard, les problèmes qui se posent sont comparables à ceux qui sont évoqués à la sous-section F.1 pour la méthode du coût de revient majoré et à la sous-section F.2 pour la méthode transactionnelle de marge nette.

180. Deuxièmement, les coûts salariaux peuvent être un facteur entrant en jeu dans la détermination de la répartition des profits entre les parties (comme c'est souvent le cas par exemple dans le cadre des transactions mondialisées sur instruments financiers, Cf. travaux sur l'attribution de profits aux établissements stables). Les mêmes principes qui s'appliquent à la détermination du montant de profits à partager valent pour la détermination de l'incidence des plans d'options pour les salariés sur la clé de répartition utilisée pour le partage des profits, à savoir :

- nécessité de prendre en compte les options attribuées aux salariés de la même manière que les autres composantes de leur rémunération ;

- nécessité de ne tenir compte que des options attribuées au titre de la participation des salariés à la transaction contrôlée objet du partage de profits;
- nécessité de prendre en compte une valeur de pleine concurrence des options, que celles-ci soient attribuées par la société effectuant la transaction contrôlée ou par la société mère ;
- nécessité de prendre en compte la période d'emploi rémunérée par l'attribution d'options. Par exemple, si des options sont attribuées au titre de la rémunération de services effectués par des salariés au cours de l'année 1, elles doivent avoir une incidence sur la clé de répartition pour cette année là, quelle que soit l'année au cours de laquelle elles sont en fait facturées.

181. En pratique, cela exige que soient bien identifiées la nature et la période d'emploi du salarié rémunéré par l'attribution d'options (Cf. discussion des conditions contractuelles dans le cadre de la Situation I, section C.1 (b) (iii)).

G. IMPACT DES PLANS D'OPTIONS SUR L'ANALYSE DE COMPARABILITÉ LORSQUE LES OPTIONS ONT UN IMPACT SIGNIFICATIF SUR LA RÉMUNÉRATION DES SALARIÉS DE LA PARTIE ÉTUDIÉE OU DES COMPARABLES. DÉTERMINATION D'UN AJUSTEMENT DE COMPARABILITÉ

G.1 Questions de comparabilité posées par les plans d'options pour les salariés

182. La prémisse est que les options attribuées aux salariés constituent une rémunération au même titre que d'autres formes d'incitations, par exemple primes en numéraire ou avantages en nature. Cependant, en raison de l'absence de traitement comptable uniforme des plans d'options pour les salariés dans les différentes juridictions, les entités n'ont pas toujours l'obligation de faire figurer les plans d'options pour les salariés dans les comptes de l'entreprise en tant que salaires ou même en tant que charges. Cette absence d'uniformité dans le traitement comptable de ces plans a surtout des conséquences pour la comparabilité de transactions entre entreprises associées et entre entités indépendantes et pour l'application des méthodes de calcul des prix de transfert (Cf. paragraphes 2.28, 2.39-2.40 et 3.40 des Principes directeurs) et risque d'entraîner certaines distorsions dans le calcul des prix de transfert :

- entre les transactions effectuées par des entreprises qui recourent à des plans d'options, selon qu'ils sont ou non comptabilisés en charges;
- et, d'une manière plus générale, entre entreprises menant des activités comparables, selon que la politique de rémunération de leurs salariés prévoit ou non l'attribution d'options.

183. Les contribuables peuvent être contraints de procéder à des ajustements de comparabilité portant sur les options attribuées aux salariés pour déterminer le prix de transfert de transactions autres que celles qui concernent l'attribution d'options ; l'administration fiscale peut également être conduite à procéder à de tels ajustements pour voir si les prix de transferts pratiqués par un contribuable sont conformes au principe de la pleine concurrence. Les ajustements effectués aux fins de comparabilité doivent respecter les critères de pertinence et de précision économique. A cet égard, il est rappelé que :

«Le terme ["situation comparable"] 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 que des correctifs

suffisamment fiables peuvent être utilisés pour éliminer l'incidence de telles différences» (paragraphe 1.15 des Principes directeurs de 1995).

184. Les problèmes de comparabilité concernant les plans d'options pour les salariés se posent chaque fois que la méthode de prix de transfert est sensible à la rémunération des salariés, c'est-à-dire en particulier lorsque la méthode appliquée est une méthode de type coût de revient majoré, une méthode transactionnelle de marge nette ou une méthode de partage des profits. La discussion ci-dessous porte sur les questions de comparabilité dans l'application de la méthode du coût de revient majoré car il semble que les problèmes soient communs à toutes les méthodes de calcul des prix de transfert qui sont sensibles à la rémunération des salariés.

G.2 Détermination d'un ajustement de comparabilité

a) Méthode d'ajustement

185. Trois formes d'ajustements potentiels de comparabilité sont commentées ci-dessous :

- (i) reclassement analytique des coûts liés à l'attribution des options lorsque ces coûts sont identifiés mais comptabilisés par exemple hors exploitation,
- (ii) prise en compte de la valeur des options attribuées lorsqu'une charge est comptabilisée par l'entreprise contrôlée mais pas par l'entreprise indépendante,
- (iii) prise en compte de la valeur des options attribuées lorsqu'une charge n'est comptabilisée ni par l'entreprise contrôlée, ni par l'entreprise indépendante.

i) Reclassement analytique des coûts liés à l'attribution des options dans le but de procéder à des ajustements de comparabilité.

186. Dans certains cas, les coûts liés à l'attribution des options, bien qu'inscrits en charges au compte de résultat, doivent être reclassés analytiquement pour l'analyse des prix de transfert. Par exemple, il se peut que les coûts des options soient comptabilisés d'exploitation (résultat avant frais financiers et impôts). Il se peut aussi qu'ils figurent en charges d'exploitation, mais pas en salaires. Ils peuvent nécessiter un reclassement en coûts de production pour la détermination d'un coût de revient majoré, etc. Ces ajustements sous forme de reclassement sont particulièrement difficiles à effectuer par rapport à des données comparables concernant des tiers parce que les informations nécessaires ne sont généralement pas publiques.

ii) Prise en compte de la valeur des options attribuées lorsqu'une charge est comptabilisée par l'entreprise contrôlée mais pas par l'entreprise indépendante.

187. La difficulté est encore plus grande lorsque les options ne sont pas prises en compte dans les charges de l'entreprise indépendante. C'est le cas, par exemple, si une comparaison est effectuée avec une entreprise tierce dont on sait qu'elle attribue des options à ses salariés sans que ces options apparaissent au compte de résultat. L'exemple ci-dessous illustre les problèmes de comparabilité qui se posent lorsqu'on applique une méthode du coût de revient majoré dans une situation où une entité comparable indépendante émet des options alors qu'une autre ne le fait pas. SUBCO M est une filiale de TOPCO (Cf. Situation I) dont la politique de rémunération prévoit l'attribution d'options à certaines catégories de salariés. Le plan

d'options est créé par la société mère TOPCO et facturé dans des conditions de pleine concurrence par TOPCO à SUBCO M conformément aux principes établis pour la Situation I. Ce coût est comptabilisé dans les charges de SUBCO M.

188. L'entité B est une entreprise indépendante, qui émet des options de souscription sur ses propres actions au profit de ses salariés. Conformément aux normes comptables en vigueur dans sa juridiction, B ne constate pas de charge comptable au titre de ses options. L'entité C est également une entreprise indépendante mais qui n'attribue pas d'options à ses salariés, mais leur verse des primes en numéraire en fonction de leurs performances.

189. SUBCO M, l'entité B et l'entité C fabriquent des équipements industriels similaires, dans des conditions économiques comparables, pour la société TOPCO, implantée dans une autre juridiction. Toutefois, les équipements ne sont pas suffisamment comparables pour que la méthode du prix comparable sur un marché libre soit applicable. Les prix de transfert de SUBCO M vers TOPCO ont été fixés au coût de revient plus 15 %. Les prix de vente et les coûts de fabrication des marchandises vendues par l'entité B et l'entité C figurent dans leurs comptes financiers respectifs :

	SUBCO M	Entité B	Entité C
Coût de fabrication des marchandises vendues (incluant les salaires du personnel de production)	800 (dont options 100)	1,050	1,600 (dont primes en numéraire 215)
Prix de vente	920 (Coût de revient des marchandises vendues plus 15 %)	1,320	1,860
Bénéfice brut	120 13%	270 20%	260 14%

190. Les sociétés B et C ont été identifiées comme potentiellement comparables à SUBCO M pour vérifier la conformité au principe de pleine concurrence des transactions contrôlées auxquelles SUBCO M est partie prenante. La question se pose de savoir si les éventuelles différences entre les politiques de rémunération et les normes comptables de B et C par rapport à celles de SUBCO M affectent la fiabilité de ces deux entités B et C en tant que comparables.

191. Dans les comptes de SUBCO M, un montant de 100 représente la rémunération de pleine concurrence versée à TOPCO pour la fourniture d'options attribuées au personnel de production, et est traité en coût direct de production, de la même manière que des salaires. Ce traitement est cohérent avec l'approche selon laquelle les options sont une composante de la rémunération au même titre que les primes en numéraire fonction des performances. Il semble donc pertinent d'inclure ce montant dans la base de coûts de SUBCO M lorsque cette société applique une méthode du coût de revient majoré à son activité de production. La question qui se pose alors est de savoir quel est le taux de marge approprié : 20 % comme ce qui apparaît dans les comptes de l'entité B ou 14 % comme ce qui apparaît dans les comptes de l'entité C.

192. En ce qui concerne les comptes de l'entité B, la question qui se pose est celle de la pertinence d'un ajustement de comparabilité en raison des différences de traitement comptable entre les options émises par B et celles dont bénéficient les salariés de SUBCO M. Pour répondre à cette question, on peut regarder si la valeur totale de la rémunération des salariés figure bien dans les comptes de l'entité associée et dans comparables potentiels sur une base cohérente. En étudiant le cas de l'entité B, on peut en conclure que la valeur totale de la rémunération des salariés ne figure pas dans ses comptes parce que la valeur des

options attribuées par B à ses salariés n'a pas été prise en considération. En revanche, la pleine valeur de la rémunération des salariés figure bien dans les comptes de SUBCO M.

193. Il serait donc nécessaire de procéder à un ajustement des données comptables de B pour qu'elles soient comparables. Cependant, pour pouvoir procéder à un ajustement de ce type, il faut avoir une somme considérable d'informations complémentaires sur les politiques de rémunération de l'entité B, informations qui souvent peuvent ne pas être disponibles en pratique. On sait par ailleurs que la politique de rémunération de SUBCO M est d'accorder à ses salariés un ratio numéraire/options de 7:1 (c'est-à-dire pour un montant de 700 en numéraire des options présentant une valeur de marché de 100). On peut raisonnablement supposer que les forces du marché aient pour effet qu'au total (numéraire plus options) les salariés des deux entités perçoivent un montant équivalent pour leur activité, mais différents groupes multinationaux peuvent pondérer différemment la composante options par rapport à la composante numéraire. Le fait que la valeur des options de SUBCO M représente 12.5 % de la rémunération de ses salariés ne signifie pas qu'il en va de même dans l'entité B. Il s'ensuit que, faute d'information sur la valeur des options attribuées aux salariés de l'entité B, les contribuables et les administrations fiscales auront beaucoup de mal à effectuer des ajustements fiables de la base de coûts (et, en conséquence, de la marge) de l'entité B pour qu'elle soit comparable.

194. En ce qui concerne l'entité C, la question qui se pose est de savoir s'il y a lieu de procéder à des ajustements, et le cas échéant lesquels, pour tenir compte du fait que SUBCO M attribue des options à ses salariés alors que l'entité C ne le fait pas. D'après l'analyse exposée ci-dessus, il semblerait qu'aucun ajustement ne soit nécessaire : au total, la rémunération des salariés de SUBCO et de l'entité C est de pleine concurrence pour les services fournis. Les comptes de SUBCO M et de l'entité C tiennent compte de l'ensemble de la rémunération de leurs salariés respectifs, et donc la marge réalisée par l'entité C doit être appliquée à la base de coûts de SUBCO M (qui incluse une contrepartie de pleine concurrence pour les options).

195. On pourrait donc en conclure que, s'il est pertinent d'inclure dans la base des coûts une contrepartie de pleine concurrence pour les plans d'options, lorsqu'il s'agit de calculer la marge à appliquer à cette base de coûts une entité qui n'attribue pas d'options à ses salariés constitue souvent un comparable plus fiable qu'une entité qui émet des options mais omet de les comptabiliser¹⁴. Les entités qui émettent des options peuvent être des comparables fiables s'il est possible - et face aux divergences actuelles dans les traitements comptables, le «si» est important - d'identifier immédiatement la valeur des options, par exemple si celle-ci apparaît ailleurs dans les comptes avec un niveau de détail suffisant (c'est-à-dire, ventilé par type d'activité ou de transaction). L'évolution actuelle des normes comptables vers une plus grande transparence de l'information financière devrait permettre dans la majorité des cas de savoir si les entreprises attribuent ou non des options à leurs salariés, et quelle est la valeur de marché des options attribuées¹⁵. Même dans ces conditions, une analyse par catégorie de salariés ou de transactions n'est généralement pas accessible à des tiers.

¹⁴ Comme on peut le lire dans le paragraphe 2.34 des Principes directeurs de 1995, «une transaction sur le marché libre est comparable à une transaction contrôlée (c'est-à-dire constitue une transaction comparable sur le marché libre) pour l'application de la méthode du prix de revient majoré si l'une des deux conditions suivantes est remplie : 1) aucune différence (s'il en existe) entre les transactions faisant l'objet de la comparaison ou entre les entreprises effectuant ces transactions, n'est susceptible d'avoir une incidence sensible sur la marge sur le prix de revient pratiqué sur le marché libre, ou 2) des correctifs suffisamment exacts peuvent être apportés pour supprimer les effets matériels de ces différences».plans d'options pour les salariés étant plus courants dans les sociétés cotées et les « start-ups », il se peut qu'en pratique beaucoup de comparables réellement indépendants n'aient pas de plans d'options significatifs.

¹⁵ Par exemple, l'exposé-sondage de l'IASB et la Déclaration n°123 du FASB exigent la communication d'informations détaillées, y compris les conditions d'acquisition définitive des options, un descriptif détaillé

iii) Prise en compte de la valeur des options attribuées lorsqu' aucune charge n'est comptabilisée ni par l'entreprise contrôlée, ni par l'entreprise indépendante

196. L'exemple est le même que celui exposé au paragraphe 193, sauf que l'entité contrôlée SUBCO M ne comptabilise aucune charge au titre des options sur actions des salariés.

	SUBCO M	Entité B	Entité C
Coût de fabrication des marchandises vendues (incluant les salaires du personnel de production)	700 (hors options sur actions des salariés)	1,050	1,600 (dont primes en numéraire 215)
Prix de vente	805 (Coût de revient des marchandises vendues plus 15 %)	1,320	1,860
Bénéfice brut	105 13%	270 20%	260 14%

197. La question se pose de savoir si, pour appliquer une méthode sensible aux coûts, il faut néanmoins inclure dans la base de coûts de SUBCO M une somme correspondant aux options attribuées aux salariés. Compte tenu des discussions ci-dessus, il semblerait qu'il faille inclure dans la base de coûts un montant correspondant aux options attribuées aux salariés dans la mesure où la composante numéraire de la rémunération des salariés est elle-même incluse, ceci parce que la valeur des produits fabriqués ou des services fournis par une entité (par SUBCO M et l'entité B dans l'exemple) n'est pas affectée par le traitement comptable des plans d'options dont bénéficient leurs salariés respectifs. En d'autres termes, la valeur ajoutée par les salariés bénéficiaires des plans d'options pourrait être affectée par les bénéfices qu'ils espèrent retirer de ces options, et donc par le nombre d'options, les conditions d'acquisition définitive des options, la prise de valeur attendue de l'action sous-jacente, etc., mais il est peu probable qu'elle soit matériellement affectée par le fait que ces plans génèrent ou non des charges au plan comptable. Le fait que ni SUBCO M, ni l'entité B n'inscrivent en charge les options sur actions de leurs salariés ne rend pas leur base de coût forcément comparable : ce serait le cas uniquement si les structures salariales de TOPCO et de l'entité B présentaient une pondération numéraire-options similaire.

de la méthode utilisée pour mesurer la juste valeur, les modèles de valorisation des options et les données entrées dans le modèle, le total des charges constatées pour la période considérée et les modalités précises du plan.

19 Voir les commentaires des Etats-Unis dans le document DAFPE/CFA/WP6/WD(2002)26/ADD1/CONF : « Mesurer la rémunération en actions par l'écart de cours serait faisable, notamment dans les juridictions comme les Etats-Unis où cet écart figure habituellement dans les déclarations de revenu parce que l'employeur est autorisé à pratiquer une déduction égale à son montant ». Il reste que les normes comptables internationales vont sans doute de plus en plus exiger la communication d'informations détaillées sur la valeur de marché des options à la date d'attribution, facilitant ainsi l'emploi d'une méthode de détermination de la valeur à la date d'attribution.

Voir les sections C.4 et G.2 ci-dessus, ainsi que la note du Groupe de travail n° 1 intitulée « Plans d'options d'achat d'actions pour les salariés : problèmes transfrontaliers concernant l'impôt sur le revenu », DAFPE/CFA/WP1(2002)2/REV3

198. Dans ce contexte, il est utile de rappeler que la Situation II se rapporte uniquement aux transactions autres que les options sur actions pour les salariés pour lesquelles la valorisation des options a une incidence *significative* sur la comparabilité. Lorsque l'incidence des options sur la comparabilité est probablement non significatif, il peut être suffisant de comparer les bases de coûts de TOPCO et de l'entité B sans procéder à des ajustements pour tenir compte des options sur actions.

b) Période sur laquelle porte l'ajustement de comparabilité

199. Si l'on admet que l'évaluation des options doit se faire à la date de l'attribution, le problème suivant consiste à déterminer la période au cours de laquelle il convient de prendre en compte cette valeur. Doit-elle figurer en totalité dans les charges de l'année d'attribution, être étalée sur la période allant jusqu'à l'acquisition définitive, ou être prise en compte en totalité au titre de l'année d'acquisition définitive des options, ou sur toute autre période? Comme indiqué dans le cadre de la Situation I, section C.1 (iii), la réponse à cette question dépend beaucoup des conditions et des objectifs du plan d'options considéré. Comme indiqué dans le cadre de la Situation I, il devrait tout d'abord incomber au contribuable de déterminer sur quel exercice imputer le coût des options, compte tenu des objectifs et du rôle du plan d'options dans la stratégie de rémunération du groupe. Lors de l'étude des transactions entre entreprises associées effectuées par des contribuables qui sont rémunérés par une méthode de prix de transfert sensible à la rémunération des salariés, les contribuables et les administrations fiscales doivent veiller à ce que les coûts associés au plan d'options (qu'ils soient supportés directement par l'employeur ou qu'ils lui soient facturés par la société mère) soient imputés à l'exercice ou aux exercices au cours desquels ces options ont récompensé ou incité les salariés. Les contribuables et les administrations fiscales peuvent avoir besoin de connaître les périodes d'imputation des comparables tiers, ce qui est plus problématique. En outre, la convergence des pratiques comptables peut être d'utilité réduite dans ce cas, si une approche unique est retenue: soit toutes les options doivent être comptabilisées en charges au cours de l'année d'attribution, soit toutes les options doivent être étalées sur la période allant jusqu'à l'acquisition définitive, qu'elles soient ou non destinées à récompenser les salariés pour des services passés ou futurs. Il se peut néanmoins que l'utilisation de données sur plusieurs années permette au contribuable et à l'administration fiscale d'établir un taux de marge sur coûts approprié.

200. Lorsque l'administration fiscale ajuste la période d'imputation des coûts choisie par le contribuable, il ne faut pas oublier l'impact de cet ajustement sur d'autres méthodes et sur la comparabilité. Lorsqu'une méthode du coût de revient majoré est appliquée, par exemple, seuls les coûts des options qui constituent un élément de la rémunération de l'employé pour l'exercice au cours duquel le service est fourni peuvent être inclus dans la base des coûts. Si le contribuable a sur- ou sous-provisionné la valeur des options au cours d'un exercice donné, cela créera une base de coûts incorrecte pour facturer les services et, donc, un prix incorrect pour ces services. Cela pose des problèmes particuliers lorsque la détermination du montant facturé au titre des options et le règlement des options sur actions sont reportés jusqu'à l'année de levée. On a vu dans l'exemple exposé en F.1 que le report du règlement des options jusqu'à la quatrième année avait pour effet que les comptes de SUBCO B (employeur et prestataire de services) ne reflétaient pas le coût des options au cours de l'exercice pendant lequel le service était fourni, et qu'en conséquence, le prix total à facturer à SUBCO C n'était connu que trois ans après la fourniture du service. Des problèmes similaires se posent avec n'importe quelle méthode qui ne finalise pas la valorisation et la facturation à la date d'octroi.

201. Prenons le cas de salariés qui reçoivent d'une entité désignée ici comme FOURNISSEUR des options au titre d'une activité exercée en année N, les options pouvant être levées en année N+3. Ces salariés sont impliqués durant l'année N dans la réalisation d'opérations intragroupes de sous-traitance industrielle pour une entité affiliée appelée ici CLIENT, rémunérées sur la base d'un coût de revient majoré. Tout ajustement des comptes de l'entité FOURNISSEUR ou des calculs des prix de transfert des

produits vendus en année N devrait être effectué au titre de l'année N. En effet, selon le principe de pleine concurrence, il serait difficilement acceptable du point de vue de l'entité CLIENT qu'une facturation complémentaire et imprévue intervienne en N+3 au titre d'un complément de prix sur les produits acquis en N auprès de FOURNISSEUR, à moins que les conditions de cette facturation complémentaire n'aient été définies en N et aient pu être dûment provisionnées par CLIENT au titre de l'année N. Un ajustement de la base du coût ou de la valeur des options à la date d'attribution devrait permettre de répondre à ce souci.

202. Une difficulté spécifique est liée à la détermination de la période d'activité rémunérée par l'attribution d'options. Dans l'exemple donné en G.1, il a été supposé que la charge de 100 comptabilisée par SUBCO M au titre des options concernait en totalité des services fournis par les salariés en année N. Cependant, s'il apparaissait que cette charge de 100 comptabilisée par SUBCO M aurait en fait dû être étalée sur quatre ans, alors il faudrait porter seulement 25 au cours de l'exercice considéré, et la base de coût de SUBCO M se trouverait diminuée de 75. En fait, lorsque les options sont attribuées, la période qu'elles contribuent à rémunérer n'est pas toujours précisée. Cette période peut être antérieure ou postérieure à la date à laquelle les options sont attribuées ; elle peut aussi s'étaler sur plusieurs années. Cette question délicate a été discutée à la section C.1 (iii) ci-dessus.

203. Enfin, on notera que si les options sont attribuées par une entreprise associée juridiquement distincte de l'employeur et font l'objet d'une facturation selon les principes édictés à la Partie I, l'employeur doit pouvoir estimer le montant qui lui sera facturé au moment où il procède à son tour à un calcul de prix de transfert, si ces prix sont fixés à l'aide d'une méthode sensible aux coûts. Toute incertitude importante sur les montants qui seront facturés à l'employeur au titre de l'activité passée de ses salariés gênerait l'application des méthodes de calcul des prix de transfert entre cet employeur et les entités avec lesquelles il traite (Cf. discussion à la section C.2 (i) ci-dessus).

H. INTERACTION ENTRE REGLES DE DROIT INTERNE ET CONVENTIONS FISCALES

204. Dans le cadre de la Situation II, les options ne sont qu'une composante du calcul de la contrepartie de pleine concurrence pour des transactions entre entreprises associées. Ceci pose la question de la qualification des paiements entre entreprises associées qui incluent le coût ou la valeur d'options conformément aux principes exposés dans le cadre de la Situation II. Le même problème de qualification se pose si une administration fiscale procède à un ajustement primaire pour tenir compte du coût ou de la valeur des options dans la détermination du prix d'une autre transaction.

205. Si ces paiements ou ajustements primaires sont considérés comme le prix de l'attribution des options elles-mêmes, les questions qui se posent alors sont semblables à celles qui sont exposées à la section C.4 concernant les interactions entre droit interne et conventions fiscales. En particulier, des opportunités d'arbitrage fiscal (et des risques de double imposition) peuvent exister si une juridiction autorise la déduction des coûts liés aux options, tandis que l'autre État partenaire conventionnel les considère comme des éléments non imposables et non déductibles.

206. Toutefois, les ajustements pratiqués au titre des options dans la Situation II seront généralement considérés comme des ajustements du coût d'une transaction différente par nature, qui n'est pas la fourniture d'un plan d'options d'actions pour les salariés. Supposons qu'un contribuable fournisse, au sein d'un groupe multinational, des services de marketing rémunérés sur la base d'un coût de revient majoré, dans lequel le coût des options n'est pas inclus. Lorsque l'administration fiscale qui contrôle le contribuable pratique un ajustement, en considérant que les options devaient être incorporées à la base des

coûts à facturer, cet ajustement devrait être considéré comme relatif au prix de facturation d'un service de marketing plutôt qu'à des options. Un raisonnement identique s'appliquerait aux autres éléments constituant le coût d'un service : autres éléments de la rémunération des salariés de l'entité fournissant le service, dépréciation des actifs comptabilisée par le fournisseur, coût des locaux, etc.

I. CONCLUSION PRÉLIMINAIRE SUR LA SITUATION II

207. L'existence d'un plan d'options pour les salariés et son traitement comptable peuvent avoir une incidence sur les prix de transfert d'autres transactions lorsque ceux-ci sont sensibles à la rémunération des salariés de l'une des parties à la transaction et que l'impact des options est significatif. Les normes comptables varient d'un pays à l'autre et, à l'heure actuelle, tous les pays ne considèrent pas les options comme constituant une charge à inscrire au compte de résultat de l'émetteur. Lorsqu'on procède à une analyse de comparabilité, il est important de veiller à la cohérence de la base de coûts entre l'entité étudiée et l'entité potentiellement comparable, et il peut être nécessaire d'ajuster les comptes de l'une ou des deux entités.

208. Ces ajustements, lorsqu'ils sont jugés nécessaires, peuvent toutefois présenter des difficultés pratiques importantes, concernant notamment l'accès aux informations sur la valeur des options distribuées aux salariés ou à certaines catégories de salariés et la détermination de la période concernée par ces ajustements. Lorsque, dans des cas concrets, il n'est pas possible de procéder à des ajustements satisfaisants, le recours à une méthode de calcul des prix de transfert moins sensible à la structure des coûts salariaux peut être envisagée, soit à titre principal soit à titre de test de cohérence.

209. Plus généralement, la question des ajustements de comparabilité effectués pour tenir compte de normes comptables différentes soulève la question plus vaste des méthodes comptables qu'il faudrait utiliser pour les analyses de comparabilité et de ce que le contribuable est supposé faire s'il n'existe pas de données publiques lui permettant de calculer les prix de transfert intragroupe (Ces questions plus vastes font l'objet de discussions dans le cadre d'un projet distinct de l'OCDE sur les problèmes de comparabilité en général. Un appel à commentaires et un certain nombre de contributions reçues du public sont accessibles sur le site Internet de l'OCDE www.oecd.org/taxation).

SITUATION III : L'INCIDENCE DES PLANS D'OPTIONS SUR ACTIONS SUR LES ACCORDS DE RÉPARTITION DES COÛTS (ARC)

210. Les Accords de répartition des coûts sont définis au paragraphe 8.3 des Principes directeurs :

Un ARC est un accord-cadre qui permet à des entreprises industrielles ou commerciales de partager les coûts et les risques de la production ou de l'obtention de biens, de services ou de droits, et de déterminer la nature et la portée des intérêts de chacun des participants dans ces biens, ces services ou ces droits.

211. L'existence de plans d'options sur actions pour les salariés pose la question de savoir si les options sont à prendre en compte pour déterminer la contribution de chaque participant à un ARC, notamment lorsqu'un participant contribue à l'accord par l'activité de ses salariés plutôt qu'en numéraire. Dans les cas où il s'avère que les options devraient être prises en compte, des questions se posent sur les principes de valorisation à appliquer.

J. EXEMPLE

212. L'application du principe de pleine concurrence à un ARC peut être illustrée avec le cas d'un ARC conclu entre l'entité A, résidant dans l'Etat A, et l'entité B, résidant dans l'État B, pour développer un bien incorporel de valeur. On suppose que l'arrangement ne comprend aucun transfert de bien incorporel existant. Sur la base d'estimations raisonnables, les participants projettent que A recevra 40 pour cent et B, 60 pour cent du bénéfice total escompté de l'ARC. En conséquence, A et B acceptent de contribuer respectivement à 40 et 60 pour cent des coûts de développement du bien incorporel. Si les coûts cumulés engagés par A et B s'élèvent à 200X sur la période fiscale considérée, la part de A conformément à l'ARC est de 80X (40 pour cent de 200X) et celle de B de 120X (60 pour cent de 200X). Si les États A et B autorisent une déduction des frais de recherche et développement, alors, aux termes du paragraphe 8.23 des Principes directeurs, les entités A et B ont le droit de déduire respectivement 80X et 120X, comme si leur contribution aux coûts avait été versée pour mener des activités de recherche et développement en dehors de tout ARC.

213. Supposons que durant la période fiscale considérée, les entités A et B engagent effectivement les 200X de coûts consolidés à parts égales au lieu de les engager proportionnellement à leurs quotes-parts respectives dans l'ARC. Comme l'entité B n'a participé réellement qu'à hauteur de 100X, un ajustement serait nécessaire : l'entité B pourrait par exemple verser ou imputer un paiement compensatoire de 20X à l'entité A pour que l'ARC reste conforme au principe de pleine concurrence (voir paragraphes 8.18 et 8.26 des Principes directeurs). En vertu du paragraphe 8.25 des Principes directeurs, le paiement compensatoire devrait être fiscalement considéré comme un coût supplémentaire pour B et comme un remboursement et une réduction de coûts pour A. Si les législations fiscales en vigueur dans les États A et B traitent les

paiements compensatoires de manière cohérente par rapport aux coûts correspondants, le paiement compensatoire réduira les déductions accordées à A à 80X et portera celles de B à 120X.

214. Supposons maintenant qu'une part importante des contributions de l'entité A à l'ARC consiste dans la participation de ses salariés au développement du bien incorporel. Si les salariés de l'entité A étaient rémunérés en totalité en numéraire, il n'y aurait pas de problème en principe pour inclure ces coûts salariaux dans l'ARC, bien que des problèmes puissent se poser quant aux montants de rémunération pris en compte et à la détermination de la période à laquelle ils sont afférents. Supposons, toutefois, qu'une part importante de la rémunération de ces salariés se fasse sous la forme d'options sur des actions de l'entité A, alors que l'entité B n'a pas de plan d'options. Les questions clés qui se posent sont les suivantes :

- Faut-il ou non comptabiliser les options dans le calcul de la contribution de l'entité A à l'ARC et des droits futurs sur le bien incorporel développé (section K ci-dessous)?
- Dans les cas où les options sont prises en compte, quels devraient être les principes de valorisation appliqués (section L)?

K. FAUT-IL COMPTABILISER LES OPTIONS DANS LE CALCUL DES CONTRIBUTIONS RESPECTIVES À UN ARC?

215. Dans l'exemple ci-dessus (section J), si 30X des 100X des coûts engagés par l'entité A prenaient la forme d'options octroyées aux salariés en rémunération de l'activité de développement d'un bien incorporel mais n'étaient pas considérés comme des contributions aux termes de l'ARC, le total des contributions n'atteindrait que 170X. La quote-part de A conformément à l'accord serait de 68X (40 pour cent de 170 X) et celle de B de 102X (60 pour cent de 170X). Comme l'entité B n'a effectivement contribué qu'à hauteur de 100X, l'entité B devrait effectuer un paiement compensatoire de 2X à l'entité A. Ce paiement serait donc inférieur de 18X au paiement versé dans le premier exemple parce que, dans ce second exemple, les participants ne considèrent pas les 30X d'options comme une contribution de A dont B doit supporter 60 pour cent au titre de l'ARC (60 pour cent de 30X = 18X).

216. Il y a eu des discussions animées dans les milieux d'affaires sur cette question et certains commentateurs ont exprimé des positions défavorables à la prise en compte des options dans la contribution des participants à un ARC. L'un de leurs principaux arguments est que des tierces parties traitant en toute indépendance n'incluent pas et n'incluraient pas les options dans les facturations effectuées conformément à un ARC. Cet argument soulève un certain nombre de questions.

217. L'application du principe de pleine concurrence est généralement basée sur une comparaison des conditions d'une transaction contrôlée avec celles de transactions effectuées entre des entreprises indépendantes (Section C(i)(a) du Chapitre I des Principes directeurs de 1995 en matière de prix de transfert). Pour que cette comparaison soit utile, les caractéristiques économiquement pertinentes des situations comparées doivent être suffisamment comparables. Le paragraphe 1.39 des Principes directeurs de 1995 reconnaît que les entreprises associées peuvent conclure des contrats et des accords beaucoup plus divers que des entreprises indépendantes et qu'elles peuvent passer et passent souvent des accords avec d'autres entreprises associées que l'on ne rencontre que très rarement ou jamais entre entreprises indépendantes. En pareil cas, des difficultés pratiques se posent dans l'application du principe de pleine concurrence. En effet, lorsque des entreprises indépendantes s'engagent rarement dans des transactions du type de celles auxquelles se livrent des entreprises associées, on n'a que peu ou pas d'élément direct pour déterminer les conditions qui auraient été fixées par des entreprises indépendantes (voir paragraphe 1.10 des Principes).

218. Lorsque des entreprises indépendantes effectuent des transactions du type de celles conclues entre entreprises associées, il ne suffirait pas de relever simplement des cas dans lesquels des entreprises indépendantes n'ont pas inclus les options pour les salariés dans leurs ARC. Il faudrait également étudier les caractéristiques économiques pertinentes des situations comparées pour comprendre pourquoi les entreprises indépendantes n'ont pas inclus les options pour les salariés dans le calcul des contributions des participants à leur ARC. Lorsque l'étude du contexte montre que les entreprises associées ont agi d'une manière comparable à celle des entreprises indépendantes, cela fournirait une très bonne preuve de transactions conformes au principe de pleine concurrence – que les entreprises indépendantes aient inclus les options pour les salariés dans l'évaluation des contributions d'un participant à l'ARC ou qu'elles les aient exclues.

219. D'un autre côté, lorsque l'étude du contexte montre que les entreprises associées ont agi d'une manière qui n'est pas comparable à celle des entreprises indépendantes (c'est-à-dire compte tenu des preuves disponibles sur les conditions qui auraient été établies entre entreprises indépendantes), alors il y a lieu de se référer aux paragraphes 1.40, 1.39 et 1.10 des Principes directeurs pour déterminer quel comportement il y aurait raisonnablement lieu d'attendre d'entreprises indépendantes agissant en toute indépendance dans des circonstances cohérentes sur le plan économique avec les conditions fixées entre les entreprises associées.

220. Une des raisons possibles expliquant la décision des participants de ne pas inclure les options sur actions dans la détermination de leur contribution à un ARC est la non prise en compte des options sur actions en charges au sens des normes comptables. Ce comportement pourrait changer avec l'évolution des normes comptables, ce qui pourrait laisser supposer que cette explication en faveur de la non prise en compte n'est pas adéquate pour une analyse de prix de transfert parce qu'elle repose sur des normes comptables qui peuvent changer. Toutefois, certains commentateurs estiment que ce comportement de non prise en compte des options par des tiers devrait être pris pour ce qu'il est, sans en chercher les causes sous-jacentes. Ces commentateurs suggèrent que, bien qu'il puisse être commercialement rationnel d'inclure les options dans la détermination des contributions à un ARC, et bien que le fait que des tiers ne l'aient pas fait du fait des normes comptables puisse être le reflet d'une carence du marché à prendre correctement en compte les options sur actions, la non inclusion serait toutefois cohérente avec les principes en matière de prix de transfert parce qu'elle refléterait correctement le comportement de parties indépendantes sur le marché. Selon ce point de vue, si, au moment d'une modification des normes comptables, les participants à un ARC commencent à adopter une attitude commercialement rationnelle en prenant en compte les options sur actions, ce changement serait le reflet d'une correction de la carence actuelle du marché du fait d'une augmentation du volume et de la précision de l'information fournie au marché par le biais de la comptabilité financière.

221. Une autre raison possible pour exclure les coûts des options des contributions des participants à un ARC peut être la difficulté perçue à prendre en compte les options. Certains commentateurs ont suggéré que, comme pour la carence liée aux normes comptables, ce pourrait être une explication valable pour la non inclusion du point de vue des prix de transfert parce cela refléterait la manière dont des parties indépendantes agissent sur le marché. Dans le cadre des nouvelles normes comptables, la perception de la difficulté pourrait diminuer et résulter en un comportement d'inclusion des coûts des options.[] Comme c'est le cas pour la discussion des normes comptables, d'autres commentateurs ont suggéré que la difficulté ou la perception d'une difficulté n'est pas une base appropriée pour l'exclusion de ces coûts parce qu'en fait elle repose sur des facteurs externes non économiques et non sur une analyse de prix de transfert.

222. Il peut aussi y avoir des cas dans lesquels les tiers indépendants omettent d'inclure les options sur actions, mais ont en fait une relation économique qui est dans les faits très différente de la relation économique entre les participants à un ARC. Le fait de ne pas inclure les options dans ces circonstances

n'implique pas nécessairement que des parties en conditions de pleine concurrence ne prendraient pas les options en compte dans le contexte d'un arrangement similaire à un ARC.

223. Il se peut également que les participants aux ARC respectant le principe de pleine concurrence n'incluent pas spécifiquement d'options dans les ARC parce qu'elles sont implicitement considérées dans l'accord global ou qu'elles en sont des compensations intentionnelles. Il peut y avoir des cas où les deux parties à l'ARC attribuent proportionnellement des quantités similaires d'options à leurs salariés et peuvent donc convenir d'exclure ces options sans pour autant déséquilibrer l'accord, ou des cas où l'effet escompté des options sur l'équilibre de l'ARC soit négligeable. Ainsi, par exemple, si une analyse des comportements d'entreprises indépendantes données montrait que les coûts des options ont été laissés en dehors de l'accord parce que la valeur agrégée des options attribuées à leurs salariés respectifs était pratiquement identique, les entreprises associées pourraient alors très bien ne pas tenir compte des options lorsque la valeur agrégée des options distribuées à leurs salariés respectifs est pratiquement identique (Cf. paragraphes 1.60-1.64 des Principes directeurs de 1995 sur les compensations intentionnelles). En revanche, si la valeur agrégée des options attribuées aux salariés d'une entreprise associée est matériellement différente de la valeur agrégée des options attribuées dans l'autre entreprise associée, alors il ne serait pas nécessairement approprié de ne pas tenir compte des options.

224. Une autre raison possible, fréquemment mise en avant, est que des entreprises indépendantes ne voudraient pas inclure les options qu'elles ont respectivement émises car le montant en serait trop imprévisible. Cela pourrait être problématique lorsque l'arrêté contractuel est effectué à la date de la levée des options - en fonction des faits et des circonstances propres à chaque cas - mais ce n'est pas *nécessairement* un argument contre la prise en compte des options en soi. Les employeurs peuvent décider d'émettre ou non des options pour leurs salariés et éventuellement d'assumer les risques associés à l'émission des options pour des raisons qui ont trait à la fois à leur politique de rémunération et à leur appréciation interne de l'évolution des options et des actions attribuées à leurs salariés. La question de savoir si d'autres sociétés participant à un ARC avec l'employeur seraient prêtes, dans des conditions de pleine concurrence, à supporter ces risques, est un problème différent et c'est une question factuelle qui devrait faire l'objet d'un examen au cas par cas. En l'absence d'éléments factuels probants, il est difficile de répondre à la question de savoir comment des parties indépendantes se comportent effectivement. On peut seulement supposer le comportement que des entreprises indépendantes *auraient adopté* dans des circonstances économiques comparables.

225. L'application du principe de pleine concurrence aux ARC se concentre principalement sur la notion de bénéfices escomptés et reconnaît que les contributions des participants peuvent revêtir diverses formes (par exemple en numéraire, ou en nature). Par conséquent, un argument en faveur de la prise en compte des plans d'options sur actions pour les salariés dans le contexte des ARCs consisterait à dire qu'une entreprise indépendante agissant en pleine concurrence et se comportant d'une manière commercialement rationnelle ne conclurait pas un ARC qui ne tiendrait pas compte d'un élément significatif de la contribution des entreprises. Dans l'exemple ci-dessus (Section J.), l'entité A ne conclurait probablement pas un accord au titre duquel elle apporterait tous les services de développement des incorporels, où une partie significative de la contribution sous forme de rémunération pour ces services prend la forme d'options sur actions, si l'entité A ne recevait que 40% des bénéfices escomptés de l'accord (à moins que l'entité B omette de sa contribution un élément de même valeur).

226. De plus, il est peu probable qu'une partie indépendante conclurait un ARC qui ne tienne pas compte d'un élément de rémunération en nature significatif tel que des options. Par exemple, supposons que l'entité A rémunère ses employés exclusivement en numéraire et que l'entité B rémunère ses employés exclusivement en options. Dans la négociation de l'ARC, les parties se mettent d'accord pour valoriser leurs contributions sur la base de la rémunération des employés et s'accordent par ailleurs sur la valorisation des options octroyées par l'entité B à ses employés. Dans ce cas, on peut penser que des

parties indépendantes prendraient en compte la valeur des options, car si tel n'était pas le cas la contribution de l'entité B serait ignorée, malgré le fait que les parties soient d'accord pour considérer que ces services ont une valeur. Bien entendu, la question de savoir si une rémunération en nature, et notamment des options, devrait être prise en compte dans un cas particulier donné repose sur la détermination de ce que des parties indépendantes agissant en pleine concurrence auraient fait dans les circonstances de ce cas.

227. Finalement, il convient d'accorder une attention particulière au cas où une partie seulement de l'activité du salarié est allouée à l'ARC. La détermination de la part de ses options à affecter à l'ARC peut dépendre, par exemple, des critères d'attribution des options, par exemple si elles sont expressément associées à la réussite d'un programme de recherche spécifique qui entre ou n'entre pas dans le champ de l'ARC (voir le paragraphe 8.16 des Principes directeurs sur les biens ou services qui sont utilisés en partie pour l'activité de l'ARC et en partie pour d'autres activités professionnelles du participant).

L. LORSQUE LES OPTIONS SONT INCLUSES DANS LA VALORISATION DES CONTRIBUTIONS DES PARTICIPANTS A L'ARC, QUELS DEVRAIENT ETRE LES PRINCIPES DE VALORISATION?

L.1 Coût ou valeur de marché ?

228. Dans les cas où il est établi que les options doivent être prises en compte dans les ARC, la question suivante est de savoir comment évaluer ces options. On ne s'étonnera pas qu'un grand nombre de questions discutées dans le cadre de la Situation I soient pertinentes ici encore : la diversité des normes comptables, la mesure dans laquelle les plans à effet dilutif représentent un coût, etc.

229. En supposant qu'il soit établi que les options sur actions pour les salariés doivent être prises en compte dans un ARC donné, les questions fondamentales qui se posent sont les suivantes :

- Dans le contexte d'un ARC, les options sur actions pour les salariés doivent-elles être prises en compte à leur coût ou à leur valeur de marché,
- Quelle doit être la date de mesure,
- Et comment déterminer la période sur laquelle les options sur actions sont allouées.

230. Pour déterminer si un ARC respecte le principe de pleine concurrence, il est indispensable de mesurer la valeur ou le montant de la contribution de chaque participant à l'accord (paragraphe 8.13 des Principes directeurs). Conformément au principe de pleine concurrence, la valeur de la contribution de chaque participant doit être cohérente avec la valeur que des entreprises indépendantes auraient attribuée à cette contribution dans des conditions comparables (paragraphe 8.14 des Principes directeurs). L'orientation donnée au paragraphe 8.15 des Principes directeurs ne se réfère pas seulement aux coûts pour mesurer la valeur des contributions aux ARC selon le principe de pleine concurrence, mais reconnaît aussi la possibilité d'utiliser le prix de marché :

Aucun résultat spécifique ne peut être fourni pour toutes les situations et les problèmes doivent plutôt être résolus au cas par cas, dans le respect de l'application générale du principe de pleine concurrence. Les pays ont l'expérience de l'utilisation des coûts aussi bien que des prix du marché pour déterminer la valeur des contributions à des ARC conformes au principe de pleine

concurrence. Il n'est probablement pas facile de déterminer la valeur relative de la contribution de chaque participant sauf lorsque toutes les contributions sont intégralement versées en numéraire, par exemple lorsque l'activité est exercée par un prestataire de services extérieur ou lorsque les coûts sont financés conjointement par tous les participants.

231. Pour évaluer les contributions des participants à l'ARC, on pourrait suivre une approche qui ne nécessite pas de mesurer les coûts des services rendus par les employés des participants, i.e. leur rémunération. Une telle méthode de valorisation ne se référerait ni à la rémunération ni à des composantes de la rémunération, mais plutôt à la valeur de marché des services qui sont contribués.

232. Dans d'autres cas, les coûts de rémunération sont pertinents pour valoriser les contributions des participants à un ARC. La conclusion des discussions concernant la Situation I est que la facturation des options peut être justifiée et ne dépend pas du fait que le plan d'options soit à effet dilutif ou non. S'agissant des ARC, les points de vue divergent. Certains commentateurs font observer qu'il n'y a rien dans les Principes directeurs de 1995 sur les ARC qui laisse entendre qu'il y ait lieu de traiter de façon radicalement différente les plans d'options selon qu'ils sont ou non à effet dilutif. Au contraire, le fait que les Principes directeurs reconnaissent que, selon des conditions précises, c'est le coût ou la valeur du marché qui peut être plus approprié, est bien compatible avec la conclusion selon laquelle s'il faut tenir compte des plans d'options dans les ARC, la réponse doit être la même que ceux-ci soient ou non à effet dilutif et qu'un coût réel soit ou non enregistré dans les comptes financiers. D'autres commentateurs font observer que le Chapitre des Principes directeurs concernant les ARC ne visait pas à aborder la question des options sur actions et que lorsqu'une dépense n'est pas engagée, comme dans un plan à effet dilutif, le coût d'opportunité n'a pas à être automatiquement pris en compte par une contribution.

L.2 *Date de valorisation*

233. En théorie, la date de valorisation peut être la date d'octroi, la date d'exercice, ou n'importe quel moment entre les deux. La date de valorisation a un impact sur la valorisation et ne doit pas être confondue avec la période sur laquelle les options doivent être étalées (cette question est abordée à la sous-section L.3 ci-après). Le choix de la date de valorisation est lié avec la méthode de répartition des risques et par conséquent es l'un des paramètres qui doivent être décidés entre les participants à l'ARC lorsqu'ils entrent dans l'accord (voir paragraphe 8.42 f) des Principes directeurs de 1995).

234. Dans l'exemple décrit à la Section J ci-dessus, l'entité A et l'entité B pourraient se mettre d'accord pour que la valorisation de leurs contributions à l'ARC inclue la valeur à la date d'octroi des options octroyées aux salariés de l'entité A. Cela signifierait que l'entité B ne partagerait pas les risques subséquents liés aux options de l'entité A (en particulier les risques d'augmentation ou de baisse de la valeur des actions sous-jacentes). Le principal avantage de cette approche est qu'elle donnerait une certaine sécurité à l'entité B (voir l'argument décrit ci-avant concernant le caractère non prévisible des montants lorsque le règlement intervient à l'exercice).

235. Une autre approche consisterait à partager le risque de l'option au prorata de la part des coûts au titre de l'ARC. Si l'on applique cette approche à l'exemple développé à la section J ci-dessus, l'entité A et l'entité B se mettraient d'accord à la date d'attribution pour payer leur part proportionnelle de la différence entre le prix de l'action et le prix d'exercice à la date de la levée de l'option (« spread ») (ainsi que les coûts administratifs y afférents). Si l'on suit cette approche, on pourrait considérer que cet accord intervenu à la date d'attribution des options, pour partager la différence à la date d'exercice, équivaudrait à la contribution d'une option par l'entité A à l'ARC. En conséquence, la valeur contribué par l'entité A à la date d'attribution pourrait être déterminée par référence à la valeur de marché de pleine concurrence de ses options sur actions et c'est le fait même d'entrer dans l'accord à la date d'attribution qui constituerait la

contribution de pleine concurrence à l'ARC, en conformité avec l'Article 9, nonobstant le fait que les paiements effectifs par l'entité A ne sont pas effectués avant la date d'exercice. Cette approche présente une commodité administrative à deux égards à savoir d'une part qu'il n'est pas nécessaire d'évaluer l'option à la date d'attribution ou à la date d'exercice et que par ailleurs les informations financières nécessaires pour fixer les conditions de l'accord dans ce cas sont immédiatement disponibles (puisque ce sont les mêmes informations que celles dont les salariés auraient besoin pour vérifier la bonne exécution du contrat d'options).

236. La question de savoir si une répartition donnée des risques (et par conséquent une date de valorisation donnée) traduit un comportement de pleine concurrence est une question factuelle qui devrait faire l'objet d'un examen au cas par cas.

237. Il existe un autre point de vue selon lequel des parties indépendantes agissant dans des conditions de pleine concurrence n'auraient pas accepté la répartition des risques ci-avant décrite. Selon ce point de vue, les participants de pleine concurrence à un ARC donné n'accepteraient pas de partager d'emblée (au moment de l'établissement du plan d'options pour les salariés), un coût dont le montant est incertain alors que les risques associés qu'ils supporteraient sont liés à l'apport (main-d'œuvre) utilisé par un membre de l'ARC. Selon ce point de vue la seule valorisation des options pour les salariés aux fins de prise en compte dans le contexte d'un ARC qui soit cohérente avec le principe de pleine concurrence est celle qui est effectuée au moment où les options sont attribuées aux employés du ou des participants à l'ARC.

238. Une deuxième préoccupation potentielle liée à cette approche concerne son caractère apparemment artificiel, c'est-à-dire on peut considérer qu'elle implique l'introduction de deux transactions qui s'annulent mutuellement: l'une de l'entité participante (mère) facturant à l'entité participante (filiale) la valeur de marché des options attribuées, et la deuxième une option de vente de l'entité participante (filiale) à la société mère, dont l'effet (du point de vue de l'entreprise filiale) consiste à échanger un prix connu sur une période connue contre un prix inconnu sur une période inconnue.

239. Enfin, une préoccupation possible est que des méthodes fondées sur l'utilisation du différentiel à la date d'exercice (« spread ») ne produisent pas des résultats de pleine concurrence, dans la mesure où elles partent des avantages obtenus par les salariés.

L.3 Période sur laquelle les options sur actions doivent être allouées

240. Comme cela a été dit à la Section C.1. (iii) ci-dessus, la période sur laquelle les options doivent être allouées dépend de l'objectif du plan d'options concerné et doit en premier lieu être documentée de manière cohérente avec l'objectif du plan d'options. En ce qui concerne la période sur laquelle les contributions à un ARC sous la forme d'options doivent être affectées, ce devrait être en principe la période d'activité rémunérée par les options. Comme cela a été dit plus haut, cette approche semble éliminer la date d'exercice comme période appropriée sur laquelle enregistrer le coût total des options : les options ne sont jamais destinées à rémunérer les salariés pour leur travail au cours de l'année de levée des options, ne serait-ce que parce qu'à la date de l'attribution, l'employeur ne sait pas au cours de quelle année le salarié va lever les options. Prendre en compte les options uniquement à la date d'exercice créerait un certain nombre de difficultés. Premièrement, cela pourrait impliquer une charge rétroactive pour des services déjà consommés et pouvant même se rapporter à une période où l'ARC n'existait pas encore. En outre, comme il est apparu à la sous-section C.1(d)(ii) ci-dessus, la nécessité de tenir compte des risques de hausse ou de baisse de la valeur des actions impliquerait généralement que les participants soient en mesure, à la date d'attribution des options, de mesurer les contributions à l'ARC ou de s'accorder sur les

techniques possibles de minimisation des risques. Les options pourraient donc, par exemple, être traitées comme des coûts pour la période d'activité à laquelle elles se rapportent.

241. Pour illustrer ce point, prenons l'exemple d'un ARC conclu pour une période de trois ans allant du 1^{er} janvier 2003 au 31 décembre 2005. Nous supposons que les options sont prises en compte dans la valorisation des contributions des participants à un ARC, les contributions des participants consistant dans l'activité des salariés ainsi rémunérés (section K ci-dessus). Premièrement, examinons le cas où un participant à l'ARC a octroyé des options le 29 décembre 2002, avec acquisition définitive par les bénéficiaires au 29 décembre 2005. Si les options sont considérées comme la rémunération d'une activité salariée pour la période comprise entre la date d'attribution et la date de disponibilité des options, la quasi-totalité de leur valeur devrait être affectée à l'ARC. Par ailleurs, si les options constituent une rémunération du travail au cours d'une période antérieure à la date d'attribution, leur valeur ne doit pas du tout être imputée à l'ARC. Deuxièmement, examinons le cas d'un autre plan d'options dont la date d'attribution serait le 29 décembre 2005. Dans le cadre de cette approche, si un tel plan est considéré comme la rémunération de services futurs à fournir après la cessation de l'ARC, il ne doit donc pas être pris en compte pour évaluer la contribution du participant à l'ARC. Mais s'il s'agit d'une rémunération d'une activité salariée effectuée avant la date d'attribution, c'est-à-dire au cours de l'année civile 2005, sa valeur doit être prise en considération. Ces exemples illustrent l'importance de bien identifier la période d'activité salariée rémunérée par l'attribution d'options, comme cela a été dit à la sous-section C.1(b)(iii).

242. Étant donnée la complexité présumée d'une approche de traçabilité en pratique, une autre approche qui pourrait être adoptée pour des raisons administratives consisterait à choisir un moment unique où les options seraient d'une manière générale considérée comme une contribution à l'ARC. Ce moment pourrait par exemple être la date d'acquisition définitive des options ou la date d'octroi. En suivant une telle règle, les options pourraient par exemple être regardées comme des contributions à l'ARC si elles sont octroyées à un employé dont l'activité au moment choisi (par exemple à la date d'acquisition définitive ou à la date d'octroi) est liée à l'activité couverte par l'ARC.

M. INTERACTIONS ENTRE LES DISPOSITIONS DES CONVENTIONS ET LES REGLES DE DROIT INTERNE

243. Aux termes du paragraphe 8.23 des Principes directeurs,

Les contributions versées par un participant à un ARC doivent être traitées d'un point de vue fiscal selon les règles fiscales générales qui seraient applicables à ce participant si les contributions étaient effectuées en dehors d'un ARC pour effectuer l'activité qui fait l'objet de l'accord (par exemple pour mener des activités de recherche-développement, obtenir un intérêt dans des biens nécessaires à l'exercice de l'activité de l'ARC). Le caractère de la contribution, par exemple une dépense de recherche-développement, dépendra de la nature de l'activité entreprise par l'ARC et déterminera son traitement d'un point de vue fiscal. [...]

244. En conséquence, quand un participant contribue à un ARC par le travail de ses salariés rémunérés au moyen d'options, ladite contribution devrait faire l'objet d'un traitement fiscal identique à ce que prévoiraient les dispositions fiscales générales pour ce participant s'il attribuait des options à des salariés exerçant des activités similaires en dehors de l'ARC.

N. CONCLUSION PRÉLIMINAIRE SUR LA SITUATION III

245. On a pour l'instant une expérience limitée et relativement peu d'éléments de preuve concernant la manière dont des entreprises indépendantes traitent les options lors de l'évaluation des contributions des

participants à un ARC. On ne peut que subodorer ce que des entités indépendantes auraient fait dans des conditions de pleine concurrence. Certains commentateurs ont exprimé des positions défavorables à l'inclusion des options sur actions dans les ARC, essentiellement au motif que des parties indépendantes n'incluent pas et n'incluraient pas ces options dans les montants facturés au titre des ARC. Mais il existe également des arguments pour considérer que, si les options sont de la rémunération, des entreprises indépendantes n'adhéreraient pas à un ARC dans le cadre duquel une composante importante de la rémunération des salariés ne serait pas prise en compte pour le calcul de leurs contributions respectives. Certains commentateurs sont opposés à l'inclusion des options des salariés dans les ARCs car ils considèrent que des parties indépendantes n'incluent pas et n'incluraient pas les options dans la valorisation des contributions des participants à un ARC.

246. Si on admet que les options des salariés doivent être prises en compte dans la valorisation des contributions des participants à un ARC, il existe toujours une différence fondamentale entre l'approche basée sur les coûts et l'approche fondée sur le prix du marché pour déterminer la valeur de la contribution d'un participant - ces deux approches sont reconnues dans les Principes directeurs et c'est un domaine dans lequel les pratiques diffèrent parmi les pays de l'OCDE.

247. La période sur laquelle les options doivent être imputées est un aspect particulièrement important dans le contexte des ARC. En général, si les options sont considérées comme la rémunération d'une activité exercée durant la période comprise entre la date d'attribution des options et la date d'acquisition définitive des droits par les salariés, il s'ensuit que leur imputation à l'ARC devrait s'effectuer sur cette même période. Une approche basée sur un moment unique à définir (par exemple date d'octroi ou date d'attribution définitive) peut également être envisagée pour des raisons de simplicité administrative.

