



**RAPPORT DE REFERENCE SUR L'ATTRIBUTION
DE BENEFICES AUX ETABLISSEMENTS STABLES**

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE	4
RAPPORT DE REFERENCE SUR L'ATTRIBUTION DE BENEFICES AUX ETABLISSEMENTS STABLES.....	6
PARTIE I : CONSIDERATIONS GENERALES	6
A. Introduction	6
B. Interprétation du paragraphe 1 de l'article 7 : Détermination des bénéfices d'une entreprise	9
(i) L'approche de l'activité commerciale pertinente	9
(ii) L'approche de « l'entité fonctionnellement distincte »	11
(iii) Conclusion.....	12
C. Interprétation du paragraphe 2 de l'article 7 : Détermination des bénéfices imputables à l'établissement stable.....	14
C-1 Première étape : détermination des activités et conditions de l'entreprise distincte fictive	15
(i) Fonctions (activités)	16
(ii) Actifs utilisés.....	17
(iii) Risques assumés	18
(iv) Conclusion.....	19
C-2. Deuxième étape : détermination des bénéfices de l'entreprise distincte fictive à partir de l'analyse de comparabilité.....	20
(i) Introduction	20
(ii) Prise en compte des transactions	20
(iii) Application des méthodes de fixation des prix de transfert pour l'attribution de bénéfices.....	22
(iv) Analyse de comparabilité	24
D. Interprétation du paragraphe 3 de l'article 7.....	42
E. Interprétation du paragraphe 4 de l'article 7.....	44
F. Interprétation du paragraphe 5 de l'article 7.....	45
PARTIE II : CONSIDERATIONS SPECIALES POUR L'APPLICATION DE L'HYPOTHESE DE TRAVAIL AUX ETABLISSEMENTS STABLES (ES) DES BANQUES	47
A. Introduction	47
B. Analyse factuelle et fonctionnelle d'une entreprise bancaire traditionnelle.....	47
B-1 Fonctions exercées.....	48
(i) Fonctions allant de pair avec la création d'un nouvel actif financier - un prêt	48
(ii) Fonctions allant de pair avec la gestion d'un actif financier existant - un prêt.....	48
(iii) Autres fonctions.....	49
B-2 Actifs mis en œuvre.....	49
B-3 Risques assumés	50
(i) Cote de crédit.....	51
(ii) Normes de solvabilité.....	51
(iii) Autres prescriptions de la réglementation	53
(iv) Importance du capital « libre »	53
C. Banques opérant par l'intermédiaire de filiales	54

D. Application de l'Hypothèse de travail aux banques opérant par l'intermédiaire d'un établissement stable	54
D-1 Première étape : Déterminer les caractéristiques et les fonctions de l'entreprise fictive.....	54
(i) Attribution de fonctions à l'établissement stable	55
(ii) Attribution d'une cote de crédit à l'Etablissement Stable	56
(iii) Attribution de capital « libre » à l'établissement stable.....	58
(iv) Ajustement des intérêts versés déclarés par un établissement stable.....	67
D-2 Deuxième étape : détermination des bénéfices de l'entreprise fictive sur la base d'une analyse de comparabilité	69
(i) Prise en compte des opérations.....	69
(ii) Application des méthodes de fixation des prix de transfert à l'attribution de bénéfices	71
(iii) Activités bancaires traditionnelles	73
(iv) Fonctions d'agent ou d'intermédiaire	81

PRÉFACE

1. La notion d'établissement stable est aussi ancienne que les conventions de double imposition. A l'heure actuelle, les principes fiscaux internationaux pour l'attribution de bénéfices à un établissement stable sont définis à l'article 7 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE concernant le revenu et la fortune qui est à la base du vaste réseau de conventions fiscales bilatérales concernant le revenu entre les pays Membres de l'OCDE et entre de nombreux pays Membres et des pays non membres.

2. On observe des différences considérables dans les législations internes des pays membres concernant l'imposition des établissements stables. Actuellement, il n'existe pas non plus de consensus parmi les pays Membres au sujet de l'interprétation correcte de l'article 7. L'absence d'interprétation commune de l'article 7 peut conduire à une double imposition. L'absence de consensus peut aussi conduire à une imposition insuffisante. Le développement des échanges mondiaux de produits financiers et du commerce électronique aide à centrer l'attention sur la nécessité d'obtenir une position consensuelle en ce qui concerne l'application pratique de l'article 7.

3. La première étape dans l'établissement d'une position consensuelle consiste pour les pays Membres à établir une hypothèse de travail (HT) concernant la méthode d'attribution de bénéfices à un établissement stable qui est préférable. Cette approche a été établie à partir des développements qui ont eu lieu depuis la dernière révision des commentaires du Modèle en mars 1994¹ et tout particulièrement la révision fondamentale du principe de pleine concurrence dont les résultats sont traduits en 1995 dans les Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert (les Principes). Les Principes concernent l'application du principe de pleine concurrence aux transactions entre entreprises associées en vertu de l'article 9. Pour établir l'hypothèse de travail, il faut commencer par examiner dans quelle mesure on peut adopter l'approche consistant à considérer un établissement stable comme une entreprise distincte fictive et comment les indications données dans les Principes pourraient s'appliquer, par analogie, pour l'attribution de bénéfices à un établissement stable selon le principe de pleine concurrence énoncé à l'article 7. L'examen du Rapport relatif à l'établissement de l'hypothèse de travail, actuellement en cours, ne sera pas limité par la visée initiale ou par la pratique observée et l'interprétation de l'article 7. Au lieu de cela, l'examen sera centré sur la formulation de la meilleure méthode d'attribution de bénéfices à un établissement stable en vertu de l'article 7 compte tenu des opérations multinationales et des échanges actuels.

4. Afin d'atteindre l'objectif politique décrit plus haut, l'hypothèse de travail est en train d'être testée du point de vue de son application pratique pour attribuer des bénéfices aux ES en général et, en particulier, à des problèmes spécifiques concernant les établissements stables dans le secteur financier, où le fait d'exercer l'activité par l'intermédiaire d'un ES est très répandu. Ce rapport fait apparaître les résultats du test de l'application de l'hypothèse de travail aux ES en général (partie I) et pour l'imputation des bénéfices aux établissements stables des banques (partie II). La procédure d'essai se poursuit dans d'autres

¹ Cette révision suit la publication de "Questions de fiscalité internationale No. 5 : Modèle de Convention fiscale : Attribution de revenus aux établissements stables".

domaines tels que l'assurance et les transactions mondialisées de produits financiers et elle est sur le point de débiter dans le secteur du commerce électronique en ce qui concerne les ES constitués seulement par la présence d'un serveur²

5. La procédure de vérification de l'hypothèse de travail n'a pas encore été achevée et par conséquent, il n'existe pas encore de consensus sur les modalités d'application pratiques de l'hypothèse de travail dans certains cas. L'hypothèse de travail serait révisée compte tenu des problèmes particuliers que pourrait révéler la poursuite de la procédure d'essai. Néanmoins, des progrès suffisants ont été accomplis en vue de parvenir à un accord sur l'hypothèse de travail pour que le Comité des affaires fiscales puisse autoriser la diffusion de ce rapport comme document de travail destiné à faire l'objet de commentaires. On espère que la procédure de consultation publique facilitera l'achèvement des travaux menés en vue de parvenir à un accord sur les modalités d'imputation des bénéfices à un établissement stable en vertu de l'article 7. Les vues exprimées dans ce document ne doivent pas être considérées comme reflétant la position définitive des pays membres de l'OCDE.

6. Les commentaires du public sur ce document devront être transmis par écrit au Secrétariat de l'OCDE (Jeffrey Owens, Chef des Affaires fiscales, 2, rue André Pascal, 75755 Paris Cedex 16, Fax 33 1 45 24 18 84, E-mail : jeffrey.owens@oecd.org) avant le **1^{er} juillet 2001**. Les zones sur lesquelles des commentaires sont particulièrement attendus sont indiquées dans le texte. Pour plus d'informations ou pour discuter les questions soulevées par le rapport contactez s.v.p. John Neighbour, Chef de l'unité sur les prix de transfert et transactions financières, Tel 33 1 45 24 96 37, E-mail : john.neighbour@oecd.org.

² Les lecteurs sont invités à se reporter au texte de la discussion du "GTC sur le suivi de l'application des normes conventionnelles existantes pour l'imposition des bénéfices des entreprises" portant sur l'attribution de bénéfices à un ES constitué par un serveur.

RAPPORT DE REFERENCE SUR L'ATTRIBUTION DE BENEFICES AUX ETABLISSEMENTS STABLES

PARTIE I : CONSIDERATIONS GENERALES

A. Introduction

1. La notion d'établissement stable est aussi ancienne que les conventions de double imposition. Au niveau multilatéral, la formulation des divers projets de convention a beaucoup évolué, des projets de la Société des Nations de 1927, 1933, 1943 et 1946 au Modèle de Convention fiscale de l'OCDE de 1963 et à sa révision en 1977. A l'heure actuelle, les principes fiscaux internationaux pour l'attribution de bénéfices à un établissement stable sont définis à l'article 7 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE concernant le revenu et la fortune (Modèle de convention fiscale de l'OCDE), qui est à la base du vaste réseau de conventions fiscales bilatérales concernant le revenu entre les pays Membres de l'OCDE et entre de nombreux pays Membres et des pays non membres. Ces principes sont aussi incorporés dans le Modèle de convention de double imposition entre pays développés et pays en développement établi par les Nations Unies.

2. L'importance de la notion d'établissement stable apparaît dans l'extrait suivant du paragraphe 1 du Commentaire sur l'article 7 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE :

"Lorsqu'une entreprise d'un Etat contractant exerce une activité industrielle ou commerciale dans l'autre Etat contractant, les autorités de ce second Etat doivent se poser deux questions avant d'imposer les bénéfices de l'entreprise : tout d'abord, l'entreprise a-t-elle dans leur pays un établissement stable ? Dans l'affirmative, quels sont éventuellement les bénéfices sur lesquels cet établissement stable doit être imposé ? Ce sont les règles à appliquer pour répondre à cette seconde question qui constituent l'objet de l'article 7 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE concernant le revenu et la fortune (Modèle de convention fiscale de l'OCDE). Les règles permettant de calculer les bénéfices réalisés par une entreprise d'un Etat contractant qui effectue des opérations commerciales avec une entreprise de l'autre Etat contractant, lorsque les deux entreprises appartiennent au même groupe d'entreprises ou sont en fait sous le même contrôle, sont contenues dans l'article 9 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE".

3. On observe des différences considérables dans les législations internes des pays membres concernant l'imposition des établissements stables. Actuellement, il n'existe pas non plus de consensus parmi les pays Membres au sujet de l'interprétation correcte de l'article 7. De fait, les divergences d'interprétation du sens et de l'application de l'article 7 dans certaines situations apparaissent dans les Commentaires sur le Modèle de Convention fiscale. Comme l'ont fait observer les milieux d'affaires, l'absence d'interprétation commune de l'article 7 peut conduire à une double imposition. L'absence de consensus peut aussi conduire à une imposition insuffisante. Le développement des échanges mondiaux de produits financiers et du commerce électronique aide à centrer l'attention sur les problèmes actuels. Le Groupe de travail n° 6 a confié au Groupe de direction de l'OCDE sur les principes applicables en matière

de prix de transfert (le Groupe de direction) la tâche initiale de remédier à cette situation pour les contribuables et les administrations fiscales.

4. Les pays Membres du Groupe de direction s'accordent à penser qu'il est indispensable, si l'on veut atteindre l'objectif d'élimination du risque de double imposition ou d'imposition insuffisante, de définir une position consensuelle au sujet de l'interprétation et de l'application pratique de l'article 7 (en particulier aux fins de recours à la procédure amiable et d'interprétation des conventions fiscales fondées sur le Modèle de convention fiscale de l'OCDE). La première étape dans l'établissement d'une position consensuelle consiste pour les pays Membres à établir une hypothèse de travail concernant la méthode d'attribution de bénéfices à un établissement stable qui est préférable du point de vue de la simplicité, de l'application pratique et de la justesse de la politique fiscale. L'hypothèse de travail (HT) est en train d'être testée du point de vue de son application pratique, en particulier à des problèmes spécifiques concernant les établissements stables dans le secteur financier, par exemple les banques, les opérations financières mondiales et les assurances. Ce rapport fait apparaître les résultats du test de l'application de l'hypothèse de travail pour l'imputation des bénéfices aux établissements stables des banques. L'hypothèse de travail serait révisée compte tenu des problèmes particuliers que pourrait révéler la poursuite de la procédure d'essai dans d'autres domaines tels que les transactions mondialisées et l'assurance.

[Note aux délégués. Faut-il également diffuser une version révisée de l'hypothèse de travail éventuellement jointe en annexe ou sous forme de résumé à ce rapport ?]

5. Le présent rapport a pour objet de décrire en détail l'hypothèse de travail et de fournir davantage d'explications sur le raisonnement qui sous-tend l'adoption de cette hypothèse de travail. La procédure de vérification de l'hypothèse de travail n'a pas encore été achevée et par conséquent, il n'existe pas encore de consensus sur les modalités d'application pratiques de l'hypothèse de travail dans certains cas. Le rapport fait apparaître les divergences de vues dans certains domaines. Néanmoins, des progrès suffisants ont été accomplis en vue de parvenir à un accord sur l'hypothèse de travail pour que le Comité des affaires fiscales puisse autoriser la diffusion de ce rapport comme document de travail destiné à faire l'objet de commentaires. On espère que la procédure de consultation publique facilitera l'achèvement des travaux menés en vue de parvenir à un accord sur les modalités d'imputation des bénéfices à un établissement stable en vertu de l'article 7.

6. L'examen du Rapport relatif à l'établissement de l'hypothèse de travail, actuellement en cours, ne sera pas limité par la visée initiale ou par la pratique observée et l'interprétation de l'article 7. Au lieu de cela, l'examen sera centré sur la formulation de la meilleure méthode d'attribution de bénéfices à un établissement stable en vertu de l'article 7 compte tenu des opérations multinationales et des échanges actuels. Une autre question sera de savoir si cette méthode est suffisamment autorisée en vertu du libellé existant de l'article 7 et des commentaires qui s'y rapportent. Il est possible que des clarifications de l'article ou des commentaires soient nécessaires pour valider l'interprétation proposée. Dans ce cas, il faudrait poursuivre les travaux afin de voir quelle est la meilleure façon d'opérer les modifications et quelles pourraient en être les conséquences pour les réseaux existants de conventions fiscales bilatérales. Ces travaux complémentaires seraient effectués conjointement avec le Groupe de travail N° 1.

7. Les commentaires de l'article 7 ont eux-mêmes été mis à jour régulièrement, avec notamment une révision substantielle en mars 1994 suite à la publication de "Questions de fiscalité internationale N° 5 : Modèle de convention fiscale : Attribution de revenus aux établissements stables" (ci-après désigné comme le Rapport de 1994). Toutefois, le Rapport de 1994 a été établi avant que le Comité des affaires fiscales n'ait achevé son examen de fond du principe de pleine concurrence, dont les résultats ont abouti en 1995 à la publication des Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales (ci-après dénommés Principes). Les Principes concernent l'application du principe de pleine concurrence aux transactions entre entreprises associées en

vertu de l'article 9 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE. Pour établir l'hypothèse de travail, il faut commencer par examiner dans quelle mesure on peut adopter l'approche consistant à considérer un établissement stable comme une entreprise distincte fictive. Lors de l'expérimentation et l'établissement de l'hypothèse de travail, on chercherait à déterminer comment les indications données dans les Principes pourraient s'appliquer pour l'attribution de bénéfices à un établissement stable selon le principe de pleine concurrence énoncé à l'article 7. En particulier, il faudrait voir dans quelle mesure des modifications, le cas échéant, seraient nécessaires afin de tenir compte des différences entre un établissement stable et une entreprise indépendante et juridiquement distincte. Il y a lieu de noter que, selon l'hypothèse de travail, il faudrait appliquer les mêmes principes pour imputer les pertes et pour imputer les bénéfices. Les références à l'imputation des « bénéfices » devraient donc être considérées comme également applicables à l'imputation des pertes.

8. Le présent Rapport examine donc et souligne, le cas échéant, les orientations données par les Principes concernant l'application du principe de pleine concurrence de l'article 9. On n'a pas essayé, à ce stade, de résoudre toutes les questions spécifiques qui pourraient se poser dans le contexte des établissements stables, notamment le traitement approprié des agents dépendants, les considérations spéciales concernant les institutions financières autres que les banques ou la documentation qui serait utile pour déterminer l'attribution de bénéfices. Des indications complémentaires sur ces sujets seront données une fois que les résultats de l'expérience d'application de l'hypothèse de travail seront disponibles.

9. Ce rapport met l'accent sur la détermination du mode d'application de l'article 7 auquel il faut donner la préférence. La question de savoir si l'interprétation actuelle d'autres articles applicables du Modèle de convention (tels que les articles 5, 13 et 23) aboutit à un résultat souhaitable sort du cadre du présent rapport. Par exemple, le rapport ne traite pas de la question de savoir si un établissement stable existe dans le cas d'une activité industrielle ou commerciale déterminée. La définition d'un établissement stable est donnée à l'article 5 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE et les lecteurs sont invités à se reporter à ses commentaires pour toutes informations complémentaires.

10. Le reste de la partie I du présent Rapport donne des indications générales et de plus amples informations au sujet de l'hypothèse de travail pour les cinq premiers paragraphes de l'article 7. La partie B analyse l'article 7, paragraphe 1, qui énonce les règles essentielles concernant la répartition des droits d'imposition des bénéfices d'une entreprise³ entre le pays dans lequel l'établissement stable est situé (le "pays d'accueil") et le pays de résidence de l'entreprise (le "pays d'origine"). La partie C analyse le paragraphe 2, qui énonce les règles essentielles concernant l'attribution des bénéfices industriels et commerciaux d'une entreprise à un établissement stable et le principe de pleine concurrence dans le contexte des établissements stables. La partie D étudie le sens du paragraphe 3, concernant les dépenses, et sa relation avec le paragraphe 2. La partie E examine le paragraphe 4, qui autorise dans certaines circonstances l'utilisation d'une méthode de répartition pour l'attribution de bénéfices à un établissement stable basée sur les bénéfices totaux de l'entreprise. La partie F examine le paragraphe 5 de l'article 7, qui prévoit une règle spéciale pour les établissements stables qui achètent simplement des biens ou des marchandises.

11. La partie II du présent rapport examine les considérations particulières à prendre en compte lors de l'application de l'hypothèse de travail pour l'attribution de bénéfices à un établissement stable d'une entreprise exerçant des activités bancaires. Les résultats de la vérification de l'application de l'hypothèse de travail aux établissements stables d'entreprises effectuant des transactions mondialisées sur instruments financiers et des entreprises exerçant des activités d'assurance devraient figurer respectivement dans les parties III et IV de ce rapport.

3. Aux fins de ce rapport, les références à "l'entreprise" ou à "l'entreprise dans son ensemble" doivent être comprises comme une référence à l'entité juridique.

B. Interprétation du paragraphe 1 de l'article 7 : Détermination des bénéfices d'une entreprise

12. Le paragraphe 1 de l'article 7 autorise le pays d'accueil à imposer les "bénéfices d'une entreprise", mais uniquement dans la mesure où "ils sont imputables" à un établissement stable de l'entreprise situé sur son territoire. Dans le passé, on s'est beaucoup intéressé à la question de savoir comment déterminer l'attribution prévue à l'article 7(2), mais en fait il faut d'abord se pencher sur une autre question : quels sont les "bénéfices d'une entreprise" aux fins d'application de l'article 7(1) ?

13. Malheureusement, les commentaires sur l'Article 7 du Modèle n'apportent que peu d'indications sur la façon d'interpréter l'expression "bénéfices d'une entreprise", si ce n'est qu'ils confirment que "le droit d'imposer ne s'étend pas aux bénéfices que l'entreprise peut tirer de cet Etat autrement que par l'intermédiaire de son établissement stable". Cette formulation limite le champ d'application des droits d'imposition du pays d'accueil de sorte qu'il n'y a pas de "force d'attraction" liée à l'existence d'un établissement stable (voir paragraphes 5-10 des Commentaires sur l'Article 7). La question se pose, toutefois, de savoir si l'expression "bénéfices d'une entreprise" exige une limitation plus importante des droits d'imposition du pays d'accueil. Dans le passé s'est établie une pratique telle que l'on trouve le plus souvent deux interprétations générales dans les pays Membres. Il y a en outre d'autres variantes dont il faut peut-être tenir compte. La plus importante a trait au sens du terme "bénéfices". Cette partie du Rapport analyse les deux interprétations générales de manière plus approfondie et examine brièvement les variantes possibles de l'interprétation du terme "bénéfices".

(i) L'approche de l'activité commerciale pertinente

14. La première interprétation générale, appelée l'approche de "l'activité commerciale pertinente", définit les "bénéfices d'une entreprise" comme faisant référence uniquement aux bénéfices réalisés au titre de l'activité commerciale à laquelle l'établissement stable participe ("l'activité commerciale pertinente").

15. Selon l'approche de "l'activité commerciale pertinente", l'article 7(1) limite les bénéfices attribuables, en vertu de l'article 7(2), à un établissement stable : les bénéfices attribués ne pourraient pas être supérieurs aux bénéfices que l'entreprise dans son ensemble tire de l'activité commerciale pertinente. Les bénéfices de l'entreprise dans son ensemble seraient ceux tirés de transactions avec des tiers et ceux tirés de transactions avec des entreprises associées, ces derniers devant être ajustés selon les règles régissant les prix de transfert s'ils ne reflètent pas l'application du principe de pleine concurrence.

16. Les bénéfices de l'entreprise dans son ensemble seraient considérés comme comprenant l'ensemble des profits et pertes découlant de l'ensemble de ses activités commerciales. Toute limitation des bénéfices imputables à un établissement stable en vertu du paragraphe 1 de l'article 7 serait déterminée uniquement d'après les bénéfices de l'activité commerciale pertinente. Plus précisément, si "l'activité commerciale pertinente" englobe des activités d'autres divisions de l'entreprise, et si ces activités occasionnent une perte, la "perte" créée par les autres divisions de l'entreprise réduirait en fait le bénéfice qui pourrait être imputé à l'établissement stable car cette "perte" réduirait les bénéfices globaux que l'entreprise tire de l'activité commerciale pertinente. Toutefois, les pertes dues à une activité commerciale qui n'est pas considérée comme faisant partie de la même "activité commerciale pertinente" que celle qu'exerce l'établissement stable ne réduiraient pas le bénéfice imputable à l'établissement stable.

17. Il y a des divergences de vues entre les pays quant à la façon dont l'approche de "l'activité commerciale pertinente" s'appliquerait dans la pratique. Par exemple, le fait que "l'activité commerciale pertinente" soit définie de façon large ou étroite influe notablement sur la question de savoir si la limitation théorique des bénéfices exposée ci-dessus aura un effet dans la pratique. La probabilité de voir les résultats d'autres divisions de l'entreprise limiter l'imputation de bénéfices à un établissement stable est d'autant

plus grande que l'expression "activité commerciale pertinente" est définie de façon large. Par exemple, prenons le cas d'une entreprise qui fabrique un nouveau type de produit au siège social et a un établissement stable exerçant uniquement une activité de distribution. Des dépenses de recherche considérables sont encourues pour le développement du produit et elles se traduisent par une perte globale pour la gamme de produits. Ce produit n'est pas bien reçu sur le marché et sa fabrication est finalement abandonnée. Si l'on considère que « l'activité commerciale pertinente » englobe toutes les activités de la gamme de production, à savoir la fabrication, la distribution et les activités de recherche et développement, il ne serait pas possible d'attribuer un bénéfice à l'établissement stable pour sa seule activité de distribution, même si une analyse de comparabilité avec des transactions réalisées par des distributeurs indépendants le justifiait.

18. En revanche, si "l'activité commerciale pertinente" est définie de manière plus étroite, par référence à la fonction et non à la gamme de production, il est possible que d'autres divisions de l'entreprise prennent une moins grande part à cette fonction, de sorte qu'il y aurait moins de cas dans lesquels la limitation des bénéfices interviendrait. Dans l'exemple ci-dessus, il serait possible d'attribuer un bénéfice à l'établissement stable distributeur sur la base d'une définition fonctionnelle de l'activité commerciale pertinente, c'est-à-dire par référence uniquement au résultat de la fonction de distribution. Toutefois, il devient plus difficile de déterminer « l'activité commerciale pertinente » lorsque l'établissement stable et d'autres divisions de l'entreprise prennent part à des activités analogues. Supposons que l'entreprise ait des établissements stables distributeurs dans deux pays A et B et qu'à la suite d'une analyse de comparabilité avec des transactions réalisées par des distributeurs indépendants dans chaque pays, on puisse attribuer un bénéfice de 10 à A, mais que l'on impute une perte de 15 à B, de sorte que l'activité globale de distribution pour l'entreprise dans son ensemble se solde par une perte de 5. Le pays A devrait-il limiter la définition de "l'activité commerciale pertinente" à la fonction de distribution exercée sur son territoire et ne pas tenir compte de la fonction de distribution exercée dans le pays B ? Dans le passé, les pays d'accueil se sont montrés réticents à envisager de limiter l'attribution de bénéfices par référence aux activités exercées par d'autres établissements stables.

19. Les compétences fiscales du pays d'accueil peuvent aussi être restreintes si "l'activité commerciale pertinente" est interprétée comme signifiant qu'il ne peut pas être attribué de bénéfices à l'établissement stable, à moins que l'activité ne soit exercée seulement sur le territoire du pays d'accueil. Cette interprétation peut poser problème dans certains cas, par exemple lorsque les échanges mondiaux de produits financiers s'effectuent de telle manière que plusieurs pays, et non un seul, seraient considérés comme participant à "l'activité commerciale pertinente".

20. Il y a aussi des différences, selon les pays, en ce qui concerne la période sur laquelle "l'activité commerciale pertinente" est évaluée. Il se peut que certains pays n'évaluent pas la situation uniquement en se référant à un seul exercice. En conséquence, si l'activité commerciale se solde par une perte une année, cela n'empêche pas l'imputation d'un bénéfice à l'établissement stable pour cette année, à partir du moment où "l'activité commerciale pertinente" est rentable sur un certain nombre d'années. Une autre variante serait que le pays d'accueil fonde ses droits d'imposition sur la supposition (toujours réfutable en fonction des observations faites) selon laquelle l'activité commerciale pertinente serait suffisamment rentable sur une période de plusieurs années, auquel cas les droits d'imposition du pays d'accueil ne seraient pas restreints. Dans les conditions décrites ci-dessus, certains pays concluraient qu'il y a "des bénéfices de l'entreprise" à attribuer, même s'ils ont été réalisés à différents moments dans différentes divisions de l'entreprise, peut-être en raison de différences dans les cycles de l'activité économique et commerciale. Toutefois, l'attribution effective de bénéfices serait effectuée séparément pour chaque exercice par référence aux faits et circonstances propres à cet exercice. Les directives données aux paragraphes 1.49-1.51 des Principes applicables en matière de prix de transfert au sujet de l'utilisation de données se rapportant à plusieurs années devraient s'appliquer.

21. En outre, certains pays appliquent la limitation prévue dans l'approche de "l'activité commerciale pertinente" par référence aux bénéfices bruts. D'autres appliquent la limitation séparément aux revenus et aux dépenses. Certains pays appliquent la limitation des bénéfices sur la base de l'activité commerciale par référence au bénéfice net global des diverses divisions de l'entreprise. Avec les deux premières approches, il y aurait sans doute moins de cas où la limitation des bénéfices serait effective puisque le calcul de la limitation tiendrait moins compte uniquement des dépenses encourues par les autres divisions de l'entreprise.

(ii) *L'approche de « l'entité fonctionnellement distincte »*

22. La seconde interprétation générale de l'expression « bénéfices d'une entreprise » est l'approche de « l'entité fonctionnellement distincte ». Cette approche ne limite pas les bénéfices imputables à l'établissement stable par référence aux bénéfices de l'entreprise dans son ensemble ou à une activité industrielle ou commerciale particulière à laquelle l'établissement stable a participé. Selon cette approche, le paragraphe 1 de l'article 7 est interprété comme n'ayant pas d'incidence sur la détermination de la part des bénéfices qui doivent être imputés à l'établissement stable hormis le fait qu'il confirme expressément « que le droit d'imposer [du pays d'accueil] ne s'étend pas aux bénéfices que l'entreprise peut tirer de cet Etat autrement que par l'intermédiaire de son établissement stable », c'est-à-dire qu'il n'y a pas de « force d'attraction » liée à l'existence d'un établissement stable (voir paragraphe 12 ci-dessus). Les bénéfices à attribuer à l'établissement stable sont ceux qu'il aurait réalisés dans des conditions de pleine concurrence comme s'il était une entreprise « distincte » exerçant les mêmes fonctions ou des fonctions analogues dans les mêmes conditions ou dans des conditions analogues, déterminées par l'application du principe de pleine concurrence de l'article 7(2). Cette question sera examinée de manière approfondie dans la partie C.

23. Un problème clé pour la compréhension des approches ci-dessus concerne le moment auquel les bénéfices peuvent être attribués à l'établissement stable par le pays d'accueil. Comme indiqué au paragraphe 15 des commentaires relatifs à l'article 7, "Plusieurs Etats considèrent qu'il y a réalisation de bénéfices imposables lorsqu'un bien – qu'il s'agisse ou non d'un stock de marchandises – faisant partie de l'actif d'un établissement stable situé sur leur territoire est transféré à un établissement stable ou au siège central de la même entreprise situé dans un autre Etat." L'approche de "l'entité fonctionnellement distincte" permet que des bénéfices soient attribués à l'établissement stable, même si aucun bénéfice n'a été encore réalisé par l'entreprise dans son ensemble, par exemple lorsque l'établissement stable termine la fabrication de produits semi-finis et les transfère à une autre division de l'entreprise pour assemblage. En revanche, l'approche de l'activité commerciale pertinente n'a généralement pas considéré les bénéfices comme imputables à l'établissement stable tant que des bénéfices globaux n'avaient pas été réalisés par l'entreprise dans son ensemble lors d'opérations conclues avec d'autres entreprises. Le transfert d'un bien peut donner lieu à une double imposition ou à une imposition insuffisante lorsque le pays d'accueil et le pays d'origine adoptent des approches différentes quant à la question de savoir si des bénéfices peuvent être attribués au titre de ce transfert.

24. Un autre problème clé pour la compréhension des approches ci-dessus, et qui pourrait donner lieu à une double imposition, concerne le mode de calcul des bénéfices à attribuer à l'établissement stable. Les méthodes de calcul des bénéfices diffèrent parce que l'approche « de l'entité fonctionnellement distincte » sera sans doute fondée sur les opérations de l'établissement stable (y compris celles qu'il réalise avec les autres divisions de l'entreprise dont il fait partie) tandis que l'approche de « l'activité commerciale pertinente » sera sans doute fondée sur un mécanisme d'attribution qui prend pour point de départ les opérations de l'entreprise dans son ensemble. Dans les cas où, selon l'approche de « l'activité commerciale pertinente » il y a des « bénéfices de l'entreprise » à attribuer qui sont au moins égaux à la part des bénéfices calculés selon l'approche de « l'entité fonctionnellement distincte », il ne devrait pas, en théorie, y avoir de différence pour les bénéfices attribués à l'établissement stable quelle que soit l'approche adoptée

et ce, parce que, au terme de l'article 7(2), le principe de pleine concurrence doit s'appliquer de façon aussi rigoureuse aux deux approches. Cependant, lorsque le pays d'origine et le pays d'accueil utilisent des méthodes différentes de calcul des bénéfices, il peut y avoir un risque accru de double imposition ou d'imposition insuffisante, dans la pratique, sinon en théorie.

(iii) *Conclusion*

25. En résumé, deux interprétations générales du paragraphe 1 de l'article 7 sont actuellement utilisées par les pays Membres. En dépit du fait que les différentes approches peuvent donner un résultat identique dans un certain nombre de cas, l'actuelle absence de consensus n'est pas satisfaisante car elle crée un risque réel de double imposition ou d'imposition insuffisante, surtout dans les cas où un pays adopte l'approche de "l'entité fonctionnellement distincte" et l'autre l'approche de "l'activité commerciale pertinente". Les pratiques commerciales modernes et le développement des échanges mondiaux et du commerce électronique risquent d'accroître la fréquence de ces cas.

26. Parmi les pays Membres qui suivent l'approche de "l'activité commerciale pertinente", la plupart pensent que cette approche est exigée par l'article 7, paragraphe 1, du fait du langage précis utilisé dans le Modèle de convention fiscale de l'OCDE, mais que l'approche de "l'entité fonctionnellement distincte" serait préférable si elle faisait l'objet d'un soutien plus explicite dans l'article 7 (ou dans les commentaires y afférents). Ces pays estiment que l'approche de "l'entité fonctionnellement distincte" serait préférable parce qu'elle est plus simple, plus facile à administrer et plus compatible avec l'interprétation du principe de pleine concurrence tel qu'il est appliqué dans le contexte de l'article 9.

27. Du point de vue de la simplicité, l'approche de « l'entité fonctionnellement distincte » est préférée parce que (mise à part toute considération relative à la force d'attraction) elle n'impose pas de limitation des bénéfices imputables à l'établissement stable qui pourrait avoir une incidence sur le montant de ces bénéfices en vertu du principe de pleine concurrence mentionné à l'article 7(2).

28. Du point de vue de la facilité d'administration, l'approche de "l'entité fonctionnellement distincte" est préférée parce qu'elle n'oblige pas le pays d'accueil à chercher à déterminer les bénéfices mondiaux tirés par l'entreprise de l'activité commerciale pertinente (sauf dans le cas où l'on applique une méthode de répartition des bénéfices). Par ailleurs, l'approche de "l'entité fonctionnellement distincte" évite d'avoir à réviser l'évaluation une fois écoulées les années pendant lesquelles il est nécessaire de prendre en considération la réalisation ou la non-réalisation de "l'activité commerciale pertinente".

29. L'approche de l'entité fonctionnellement distincte ne serait peut être pas davantage applicable dans tous les cas. La masse d'informations nécessaire si l'on suit l'approche de "l'activité commerciale pertinente" peut n'être pas excessive si l'on adopte une définition étroite de "l'activité industrielle ou commerciale relative" ou si l'approche est appliquée dans le contexte d'un APP dans le cadre de la procédure amiable. De surcroît, des informations provenant de l'extérieur du pays d'accueil peuvent être nécessaires si l'on suit l'approche de "l'entité fonctionnellement distincte", par exemple afin de décider si des fonctions exercées par le siège social ont été réalisées au profit de l'établissement stable et doivent par conséquent être prises en compte pour l'attribution de bénéfices à l'établissement stable.

30. Du point de vue de la compatibilité, l'approche de "l'entité fonctionnellement distincte" est préférée parce qu'elle reflète le type d'analyse qui serait effectuée si l'établissement stable était une entreprise indépendante et juridiquement distincte. Par ailleurs, il est plus probable qu'il y ait attribution de bénéfices au titre d'une activité industrielle ou commerciale particulière qui est neutre quant à la question de savoir si l'activité est exercée par une entreprise résidente ou non résidente.

31. Au paragraphe 4 du présent Rapport a été identifiée la nécessité d'établir une position consensuelle au sujet de "la méthode d'attribution de bénéfices à un établissement stable qui est préférable" en vertu de l'article 7. Pour atteindre cet objectif, il faut choisir, aux fins d'expérimentation de l'hypothèse de travail, une des deux approches décrites plus haut. Après examen des avantages attendus de l'une et de l'autre, le Groupe de direction a décidé, finalement, d'adopter l'approche de "l'entité fonctionnellement distincte" comme hypothèse de travail pour l'interprétation préférée du paragraphe 1 de l'article 7.

32. Par conséquent, l'hypothèse de travail est que les bénéfices à attribuer à un établissement stable sont ceux que cet établissement aurait réalisés dans des conditions de pleine concurrence s'il avait été une entreprise distincte exerçant les mêmes fonctions dans des conditions identiques et analogues déterminées par l'application du principe de pleine concurrence visé à l'article 7(2). L'expression « bénéfices d'une entreprise » à l'article 7(1) ne doit être interprétée comme affectant la détermination de la part des bénéfices qui doivent être attribués à un établissement stable que dans la mesure où elle confirme expressément que « le droit d'imposition ne s'étend pas aux bénéfices que l'entreprise peut tirer de cet Etat autrement que par l'intermédiaire de l'établissement stable » (c'est-à-dire qu'il ne doit pas y avoir de « principe de force d'attraction »).

33. Afin de réduire au minimum le risque de double imposition ou d'imposition insuffisante, l'hypothèse de travail, une fois établie, devrait en théorie être appliquée par les pays symétriquement, c'est-à-dire de la même manière qu'il s'agisse du pays d'accueil ou du pays d'origine. Toutefois il est admis qu'actuellement les moyens dont disposent les pays pour supprimer la double imposition sont limités dans certains cas. Cette suppression ne suppose pas seulement une interprétation commune des règles d'attribution des bénéfices figurant à l'article 7 mais aussi une interaction entre les dispositions législatives internes du pays d'origine visant à atténuer la double imposition et l'article 23 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE. L'application de ces règles pourrait ne pas aboutir à un traitement symétrique dans tous les cas, par exemple lorsque des actifs en capital sont transférés du siège social vers l'établissement stable (voir section C-2(iv)(a)1). Pour remédier à cette situation, il faudrait apporter des modifications à la législation interne des pays sur l'allègement de la double imposition et apporter éventuellement des modifications à l'article, ce qui n'entre donc pas dans le cadre de ce rapport. Toutefois, l'élaboration, dans le cadre de l'hypothèse de travail, d'une interprétation commune de l'article 7 devrait réduire l'incidence de la double imposition en atténuant l'une de ces causes communes, à savoir les différences dans la manière dont les pays calculent la part des bénéfices à attribuer à un établissement stable dans le cadre des transactions entre différentes parties de la même entreprise. Il est également possible que les pays envisagent d'apporter à leur législation interne des modifications qui tiennent compte de l'approche de l'hypothèse de travail dès qu'un consensus aura été obtenu au niveau international sur l'interprétation de l'Article 7.

34. Il y a lieu de noter que l'hypothèse de travail ne prescrit pas les termes spécifiques ou les mécanismes de la législation interne mais fixe seulement un montant maximum aux bénéfices attribuables qui peuvent être imposés dans le pays où se trouve l'établissement stable. Afin de se conformer aux termes de l'Article 7(2), il n'est pas nécessaire que la législation interne du pays d'accueil mentionne expressément le principe de pleine concurrence -- bien qu'en fait ce soit l'orientation adoptée par les législations de certains pays. La législation interne d'un pays d'accueil peut plutôt être rédigée en des termes différents et comporter des mécanismes différents tant qu'il est admis que si ces dispositions internes aboutissent à une attribution excessive de bénéfices par rapport à ce que justifierait le principe de pleine concurrence mentionné à l'Article 7(2), la limite fixée à l'Article 7(2) devrait s'appliquer.

35. On notera, pour information, que les pays Membres du Groupe de direction ont aussi envisagé deux autres interprétations possibles de l'expression "bénéfices d'une entreprise", même si ces autres interprétations ne sont pas utilisées dans la pratique. La première est que l'expression « bénéfices de l'entreprise » réfère aux bénéfices nets totaux de l'entreprise dans sont ensemble. Selon cette approche,

l'établissement stable ne pourrait pas se voir attribuer un bénéfice supérieur aux bénéfices *nets* totaux de l'entreprise dont il fait partie. Cette interprétation ne tient pas compte de la possibilité d'une réduction des bénéfices nets totaux par suite de pertes liées à des activités qui n'ont aucun rapport avec les activités de l'établissement stable.

36. La seconde interprétation définirait les « bénéfices de l'entreprise » comme étant les bénéfices bruts totaux. Selon cette approche, l'établissement stable ne pourrait pas se voir attribuer un bénéfice supérieur aux bénéfices bruts totaux de l'entreprise dont il fait partie. Cette approche souffre du même problème que celui identifié au paragraphe qui précède, mais dans une moindre mesure car la limitation s'applique au niveau des bénéfices bruts et non des bénéfices nets. En bref, les deux approches ont été rejetées parce que non appuyées par le libellé de l'article 7 et ne donnant pas un résultat compatible avec une saine politique fiscale.

37. Un autre problème a trait à la façon dont les pays définissent le terme « bénéfice ». Il n'y a pas de définition de ce terme à l'article 7 (voir paragraphe 32 des commentaires du Modèle) et le pays d'accueil peut donc appliquer la définition appropriée qui existe dans sa législation nationale. Aux fins d'élimination de la double imposition en vertu de l'article 23 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE, le pays d'origine calculerait les bénéfices suivant la définition existante dans sa législation nationale. Le résultat peut être fort différent du montant de bénéfice attribué par le pays d'accueil (voir paragraphe 39-41 et 62 des Commentaires sur l'article 23 du Modèle). Il n'y a pas lieu de traiter cette question dans le présent rapport car elle a une portée plus large qui ne se limite pas aux établissements stables.

C. Interprétation du paragraphe 2 de l'article 7 : Détermination des bénéfices imputables à l'établissement stable

38. Le paragraphe 2 de l'article 7 prévoit que, "sous réserve des dispositions du paragraphe 3" de l'article 7, les bénéfices à imputer à un établissement stable sont :

"les bénéfices qu'il aurait pu réaliser s'il avait constitué une entreprise distincte exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues et traitant en toute indépendance avec l'entreprise dont il constitue un établissement stable."

39. Cette approche trouve son origine dans celle de « l'entreprise indépendante » et de la « comptabilité distincte » adoptée par la Société des Nations en 1932/33 et peut être considérée comme l'exposé du principe de pleine concurrence dans le contexte des établissements stables. Le paragraphe 11 des commentaires de l'article 7 indique que ce texte « correspond au « principe de pleine concurrence » envisagé dans les commentaires de l'article 9 ». Les principes publiés en 1995 contiennent une analyse détaillée de la façon d'appliquer le principe de pleine concurrence en vertu de l'article 9 dans le contexte d'un groupe multinational. Ces directives sont plus récentes que les dernières modifications apportées au commentaire sur le Modèle concernant l'application du principe de pleine concurrence prévu à l'article 7.

40. En conséquence, les pays Membres du Groupe de direction sont d'avis que l'hypothèse de travail doit partir de l'idée que la directive concernant l'application du principe de pleine concurrence de l'article 9 donnée dans les Principes doit s'appliquer à l'attribution de bénéfices à un établissement stable suivant le principe de pleine concurrence de l'article 7(2). Le Groupe de direction est en train d'expérimenter l'hypothèse de travail dans un certain nombre de situations factuelles et de secteurs afin de voir si cette idée doit être adoptée comme norme pour l'attribution de bénéfices conformément à l'article 7(2).

41. Cependant, indépendamment des points déjà examinés dans la partie B au sujet du paragraphe 1 de l'article 7, il y a deux autres domaines dans lesquels il y a lieu de distinguer l'application de l'article 7 de celle de l'article 9.

- 1) Aux fins d'application de l'article 7, il faut présupposer que l'établissement stable est une entreprise fictive, distincte de l'entreprise dont il est un ES, alors que dans le cas de l'article 9, les entreprises examinées sont effectivement indépendantes et juridiquement distinctes ; et
- 2) Une des deux interprétations communes du paragraphe 3 de l'article 7 modifierait le principe de pleine concurrence en ce qui concerne le montant de dépenses admis en déduction lors de l'attribution de bénéfices à un établissement stable, comme on le verra à la partie D ci-dessous.

42. Afin de tenir compte des points ci-dessus, l'hypothèse de travail doit appliquer la directive donnée dans les Principes, non directement mais par analogie. Ce Rapport examine comment et dans quelle mesure la directive donnée dans les Principes peut être appliquée, par analogie, afin d'attribuer des bénéfices à un établissement stable et la façon d'adapter et de compléter cette directive pour tenir compte des différences de fait entre un établissement stable et une entreprise juridiquement distincte et indépendante.

43. L'interprétation du paragraphe 2 de l'article 7, qui a la préférence, selon l'hypothèse de travail, est qu'il faut une analyse en deux étapes. Premièrement, une analyse fonctionnelle et factuelle afin de considérer l'établissement stable et le reste de l'entreprise (ou un segment ou des segments de l'entreprise) comme s'il s'agissait d'entreprises associées, chacune exerçant des fonctions, utilisant des actifs et assumant des risques. Deuxièmement, une analyse des Principes concernant l'application du principe de pleine concurrence aux entreprises fictives qui exercent des fonctions, utilisent des actifs et assument des risques. Ces deux étapes sont examinées, respectivement, aux sections (a) et (b) ci-dessous.

C-1 Première étape : détermination des activités et conditions de l'entreprise distincte fictive

44. La première étape de l'hypothèse de travail est fondée sur la partie de l'article 7(2) qui indique que l'établissement stable doit être considéré comme une entreprise distincte "exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues". L'approche des Principes, qui consiste à lier la réalisation d'un bénéfice à l'exécution de "fonctions", semblerait pouvoir s'appliquer dans le contexte de l'établissement stable si l'on met sur le même plan "fonctions" et "activités".

45. Par ailleurs, les indications sur la comparabilité données au paragraphe 1.15 des Principes établissent une égalité entre les "conditions" et les "caractéristiques économiques". Il y a aussi une similitude évidente entre la notion de "identique ou analogue" et celle de "comparabilité" examinées au chapitre I des Principes applicables en matière de prix de transfert. Comme l'indique le paragraphe 1.17 « il faut comparer les caractéristiques des *transactions ou des entreprises* (les italiques ont été ajoutés) qui sont susceptibles d'avoir une incidence sur les conditions propres à des transactions de pleine concurrence. Dans le contexte de l'établissement stable, certaines des « conditions » de cet établissement considéré comme une entreprise distincte et indépendante résulteraient d'une analyse fonctionnelle et factuelle des attributs internes de l'entreprise elle-même (« conditions internes ») alors que d'autres « conditions » seraient tirées d'une analyse fonctionnelle et factuelle de l'environnement extérieur dans lequel sont exercées les fonctions de l'établissement stable (« conditions externes »). Sauf indication contraire dans le texte, le terme « conditions » se réfère aussi bien aux conditions « internes » qu'aux conditions « externes ».

46. En bref, la première étape de l'hypothèse de travail consistera à appliquer une analyse fonctionnelle et factuelle à l'établissement stable (suivant les indications données au chapitre I des Principes) afin de déterminer les fonctions de l'entreprise distincte fictive et les caractéristiques économiquement pertinentes (conditions « internes » et « externes ») de l'exercice de ces fonctions.

(i) *Fonctions (activités)*

47. Les directives données dans les Principes au sujet de l'analyse fonctionnelle semble pouvoir s'appliquer assez directement dans le contexte de l'établissement stable afin de déterminer les "activités" de l'entreprise supposée distincte. Les principales difficultés sont de déterminer comment prendre en compte les actifs utilisés et les risques assumés. Cette question sera examinée dans la suite de la présente section. Cependant, les directives concernant la comparabilité ne sont pas applicables directement dans le contexte de l'établissement stable et doivent être appliquées par analogie. Cela est dû au fait que les directives données dans les Principes sont fondées sur une comparaison entre les conditions des transactions entre entreprises associées et celles des transactions entre entreprises indépendantes. Toutefois, ce qu'il faut dans la première étape de l'hypothèse de travail, c'est une analyse factuelle de toutes les caractéristiques économiques ("conditions") concernant l'établissement stable afin de s'assurer que l'entreprise "distincte" est bien considérée comme exerçant des activités "comparables" dans des conditions "comparables" à celles de l'établissement stable.

48. Les directives données au sujet de la comparabilité au chapitre I des Principes décrivent certains facteurs, outre une analyse fonctionnelle (caractéristiques de la propriété ou des services, clauses contractuelles, situation économique et stratégies des entreprises), dont il faudra peut-être tenir compte si l'on veut comparer les conditions. Par analogie, ces facteurs doivent aussi être pris en considération lorsqu'on procède à l'analyse factuelle afin de déterminer les "conditions" de l'entreprise supposée distincte et de s'assurer qu'elles sont "identiques ou analogues" à celles de l'établissement stable. Ainsi, selon l'hypothèse de travail, il convient de s'assurer que l'attribution du bénéfice prend en compte les conditions de l'entreprise, dans la mesure où ces conditions sont pertinentes pour l'exercice des fonctions de l'établissement stable.

49. Dans l'exemple du distributeur, au paragraphe 17 ci-dessus, il serait procédé à une analyse factuelle et fonctionnelle complète de la fonction de distribution, au titre de la première étape de l'hypothèse de travail. Cela permettrait de déterminer les caractéristiques économiquement pertinentes de l'exercice de la fonction de distribution par l'établissement stable, par exemple l'identification d'une stratégie commerciale telle qu'un plan de pénétration sur le marché. Il serait important d'identifier une stratégie commerciale afin de procéder à l'analyse de comparabilité, au titre de la seconde étape de l'hypothèse de travail, entre les opérations qui s'effectuent entre l'établissement stable et le reste de l'entreprise dont il fait partie et des transactions entre parties indépendantes. Cette "condition" pourrait expliquer pourquoi, dans l'exemple du paragraphe 17 ci-dessus, il peut convenir d'attribuer une perte à B mais non à A, par exemple parce que l'entreprise, nouvellement entrée sur le marché du pays B, a appliqué un plan de pénétration sur le marché.

50. Le chapitre I des Principes donne une foule de détails sur l'analyse fonctionnelle et son application. Les Principes (1.20) stipulent qu'une analyse fonctionnelle "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." Dans le contexte de l'établissement stable, l'analyse fonctionnelle sera appliquée initialement à l'entreprise distincte fictive et au reste de l'entreprise dont elle fait partie afin de déterminer les activités et responsabilités significatives sur le plan économique qui sont assumées par l'établissement stable et de voir quel est leur rapport avec les activités et responsabilités de l'entreprise dans son ensemble. L'analyse fonctionnelle doit aussi déterminer quelles sont les activités et responsabilités identifiées de l'entreprise qui sont associées à l'établissement stable, et dans quelle mesure. Lorsque l'établissement stable est créé au moyen d'une installation fixe d'affaires au sens de l'article 5(1), la détermination des activités et responsabilités de l'entreprise qui sont liées à l'établissement stable doit résulter d'une analyse de « l'installation fixe » qui constitue l'établissement stable et des fonctions exercées dans cette « installation fixe ». Lorsqu'il y a un établissement stable en vertu du paragraphe 5 de l'article 5 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE (un établissement stable

servant d'agent), l'analyse fonctionnelle doit prendre en compte toute fonction assumée par l'agent pour le compte de l'entreprise. ".

51. Dans bien des cas, toutes les activités nécessaires pour exercer l'activité commerciale au moyen d'une installation fixe interviennent dans le pays dont relève l'établissement stable. Ainsi, l'établissement stable peut intervenir en tant que distributeur et exercer toutes les activités associées, notamment les études de marché, dans ce pays. Toutefois, il importe que l'analyse fonctionnelle ne porte pas uniquement sur les activités intervenant dans le pays dont relève l'établissement stable, mais sur toutes les activités exercées pour le compte de l'établissement stable et toutes les activités exercées par l'établissement stable pour le compte d'autres divisions de l'entreprises. Dans un autre cas, une analyse fonctionnelle peut montrer que certaines activités nécessaires pour exercer la fonction de distribution, par exemple les études de marché, sont réalisées en dehors du pays dont relève l'établissement stable. Ces activités devront être prises en compte lors de l'attribution de bénéfices à un établissement stable, encore que la manière exacte dont cela devra se faire doive être déterminée par une analyse des faits et des circonstances.

52. L'analyse fonctionnelle doit être réalisée de manière minutieuse et détaillée afin de déterminer la nature exacte de la fonction assumée. Par exemple, dans le domaine bancaire, une analyse fonctionnelle détaillée peut montrer que les activités d'une succursale consistent non seulement à emprunter et à reprêter de l'argent aux clients habituels de la succursale mais peuvent aussi comprendre des transactions d'agence ou d'intermédiaire, telles qu'elles sont décrites dans le Rapport de 1984 de l'OCDE prix de transfert et entreprises multinationales. Trois questions de fiscalité -- l'imposition des entreprises multinationales (Rapport de 1984). Suivant l'approche des Principes, ces deux activités différentes seraient considérées comme deux fonctions différentes aux fins de détermination des bénéfices à attribuer à l'établissement stable. Cette question est examinée de façon détaillée dans la partie II du présent Rapport.

(ii) *Actifs utilisés*

53. Si l'on suit de nouveau, par analogie, les directives données dans les Principes, l'analyse fonctionnelle doit aussi tenir compte des actifs utilisés et des risques assumés par l'établissement stable, y compris, lorsqu'il y a un établissement stable qui a une fonction d'agent, les actifs utilisés et les risques assumés par l'intermédiaire de l'agent. La détermination des actifs utilisés et des risques assumés par un établissement stable peut être particulièrement difficile parce que ces éléments relèvent, juridiquement, de l'entreprise dont l'établissement stable fait partie. Toutefois, lors de la détermination des caractéristiques de l'établissement stable aux fins d'imposition, ce sont les conditions économiques (et non juridiques) qui sont les plus importantes parce qu'elles sont susceptibles d'avoir une incidence plus importante sur les relations économiques entre les différentes parties de l'entité juridique unique.

54. Les actifs de l'entreprise appartiennent de droit à l'entreprise dans son ensemble. Cependant, dans le cadre de la première étape de l'analyse à réaliser en vertu de l'article 7(2), il faut déterminer comment les actifs de l'entreprise doivent être pris en compte lorsqu'on considère qu'il s'agit d'une "entreprise distincte". Il s'agit de déterminer si l'établissement stable utilise les actifs de l'entreprise dans le cadre de ses activités et, dans l'affirmative, sur quelle base. On trouve des indications à cet égard dans la démarche adoptée dans les Principes. Cette approche peut être facilement adaptée à l'entreprise fictive requise par l'article 7(2), qui recommande une analyse fonctionnelle qui prenne en compte "les actifs *mis en œuvre*" (c'est nous qui soulignons), sans référence à la propriété juridique.

55. Suivant cette approche par analogie, les membres du Groupe de Direction estiment que pour l'application de l'article 7(2), les faits et circonstances doivent être examinés afin de déterminer dans quelle mesure les actifs de l'entreprise sont mis en œuvre dans les fonctions exercées par l'établissement stable. Dans la mesure où des actifs sont utilisés pour les fonctions exercées par l'établissement stable,

l'utilisation de ces actifs devrait être prise en compte pour l'attribution d'un bénéfice aux fonctions exercées par l'établissement stable. Les actifs de l'entreprise qui ne sont pas utilisés par l'établissement stable ne doivent pas être pris en compte aux fins de l'attribution de bénéfices à l'établissement stable. Bien qu'un inspecteur des impôts commence normalement par examiner les comptes de la succursale, il se peut que certains actifs utilisés par l'établissement stable n'aient pas été enregistrés dans ces comptes, alors qu'il faut en tenir compte pour l'attribution de bénéfices. Pour cette raison et d'autres (par exemple en raison de l'absence de relations contractuelles juridiquement contraignantes entre différentes divisions de la même entreprise), il est particulièrement important pour un contribuable de se renseigner sur la méthodologie adoptée pour attribuer des bénéfices à un établissement stable.

(iii) *Risques assumés*

56. S'agissant du risque, dans le contexte d'un établissement stable et de son siège social, par opposition avec une entreprise mère et sa filiale, c'est l'entreprise dans son ensemble qui, juridiquement, assume le risque. Toutefois, conformément à l'analyse des actifs, les membres du Groupe de Direction concluent de même qu'il est possible de considérer que c'est l'établissement stable qui assume le risque, même si, juridiquement, c'est l'entreprise dans son ensemble. De fait, l'établissement stable devrait au contraire être considéré comme assumant tous les risques inhérents à ses propres fonctions ou résultant de ces fonctions (c'est-à-dire aux fins poursuivies par l'établissement stable), et tous les risques qui se rapportent directement à ces activités. Par exemple, l'établissement stable doit être considéré comme assumant les risques découlant de la négligence des salariés participant à la fonction qu'il exerce. La détermination des risques assumés par l'établissement stable a des conséquences sur l'affectation de ses fonds propres et sur leur niveau. En effet, une entreprise assumant des risques matériels additionnels aurait besoin d'un accroissement correspondant de ses fonds propres pour maintenir la qualité de sa signature. La question des fonds propres est examinée en général à la section C-2(iv)(d). Cette question est extrêmement importante pour les banques et elle est examinée en détail à la partie II.

57. En l'absence de clauses contractuelles entre l'établissement stable et le reste de l'entreprise dont il fait partie, il faudra s'appuyer sur des faits très précis pour déterminer quelle est la part des risques assumés à attribuer à l'établissement stable. Suivant, par analogie, le paragraphe 1.28 des Principes, la répartition des risques et des responsabilités au sein de l'entreprise devra « être déduite de leur comportement [les parties] ainsi que des principes économiques qui régissent habituellement les relations entre des entreprises indépendantes ». Cette déduction peut être facilitée par l'examen des pratiques internes de l'entreprise, par exemple les systèmes de rémunération, une comparaison avec ce que des entreprises indépendantes du même type feraient et un examen des informations ou documents internes existants indiquant les règles d'attribution des risques.

58. En résumé, dans la mesure où l'on constate que des risques sont assumés par l'entreprise en raison d'une fonction exercée par l'établissement stable, cette prise de risques doit être prise en compte lors de l'attribution de bénéfices à l'exercice de cette fonction par l'établissement stable. Si l'on constate qu'il n'y a pas eu de risques assumés par l'entreprise en raison d'une fonction exercée par l'établissement stable, il ne doit pas être tenu compte des risques aux fins d'attribution de bénéfices à l'établissement stable. Il convient de noter que cette analyse des risques a trait seulement à la prise de risques inhérente à l'exercice d'une fonction ou créée par l'exercice d'une fonction. Une autre question (qui sera traitée à la section C-2 ci-dessous) sera celle de savoir comment prendre en compte les éventuelles transactions ultérieures liées au transfert ultérieur de risques (par exemple lorsqu'un prêt est transféré d'un établissement stable à une autre partie de l'entreprise) ou de la gestion de ces risques aux différentes divisions de l'entreprise.

(iv) *Conclusion*

59. Il faudra travailler encore sur cette question. En particulier, l'hypothèse de travail selon laquelle les risques assumés par un établissement stable sont déterminés par référence aux fonctions qu'il exerce devra certainement être vérifiée dans diverses situations pratiques. Si l'on expérimente l'hypothèse de travail, on verra dans quelle mesure il pourrait être nécessaire d'adapter les directives données dans les Principes au contexte de l'établissement stable. Selon certains membres du Groupe de direction, il y a une tension entre la nécessité de concevoir d'une part l'établissement stable comme une entreprise distincte qui effectue des opérations en toute indépendance avec le reste de l'entreprise et de l'autre les facteurs qui ont pour effet d'atténuer dans la réalité les risques assumés par l'établissement stable du fait qu'il appartient à une grande entreprise ; cela constitue une « condition interne » de l'entreprise dont il y a lieu de tenir compte. Selon l'avis de ces pays, cette tension a une incidence sur la détermination des risques que l'établissement stable doit être censé assumer en vertu de l'hypothèse de travail.

60. A première vue, il semblerait qu'une analyse fonctionnelle permette de déterminer quelles sont les activités qui doivent donner lieu à l'attribution de bénéfices, notamment quels sont les actifs utilisés, les risques assumés et les conditions externes dans lesquelles ces fonctions sont exercées. La détermination des « conditions internes » dans lesquelles l'établissement stable exerce ces fonctions est actuellement moins directe, sauf dans les cas où la « condition interne » est liée directement à une activité externe. Les indications qui figurent au chapitre 1 des Principes sur l'analyse de comparabilité peuvent aider à déterminer la situation de l'établissement stable. Par exemple, si l'analyse factuelle et fonctionnelle montre qu'il s'agit d'un nouvel entrant sur le marché, l'entreprise distincte fictive envisagée comme première étape de l'hypothèse de travail serait considérée comme fonctionnant dans les mêmes conditions que les entreprises indépendantes qui seraient également de nouveaux entrants sur le marché.

61. Certains pays estiment que la détermination des « conditions internes » requises pour qu'il existe un établissement stable (de même que la détermination des « conditions externes ») résulte simplement d'une analyse fonctionnelle et factuelle. D'autres restent convaincus qu'une analyse fonctionnelle et factuelle est suffisante pour procéder à cette détermination et qu'elle reste nécessaire pour formuler des hypothèses sur les « conditions internes » concernant l'entreprise qui doivent être considérées comme des « conditions internes » d'existence d'un établissement stable et celles qui ne doivent pas être traitées de cette manière. En outre, ils estiment que l'hypothèse de travail doit prendre en compte ces limites de l'approche de « l'entité fonctionnellement distincte » et fournir des indications pratiques quant à la manière de déterminer les conditions internes d'existence de l'établissement stable et les effets qu'ont ces conditions « internes » sur l'attribution de bénéfices à un établissement stable.

62. Le Groupe de direction continue d'examiner activement ces questions qui font l'objet d'une analyse détaillée dans la partie I du présent rapport dans le cas général (voir en particulier les sections sur les actifs incorporels (section C-2(iv)b) et sur la structure du capital (section C-2(iv)d) et dans la Partie II de ce rapport en ce qui concerne les activités bancaires (voir en particulier la section sur la cote de crédit et la structure du capital (section D-2(ii) et (iii)) On espère que la procédure d'expérimentation aidera à trouver une méthode fondée sur des principes et cohérente pour déterminer les conditions d'un établissement stable qui puissent être appliquées d'une manière cohérente aux différents secteurs d'activité et à un certain nombre de problèmes. Les résultats de la vérification de l'application de l'hypothèse de travail dans le secteur bancaire, y compris la détermination des conditions internes et externes de l'entreprise distincte fictive sont décrits à la partie II de ce rapport.

C-2. *Deuxième étape : détermination des bénéfices de l'entreprise distincte fictive à partir de l'analyse de comparabilité*

(i) *Introduction*

63. De l'avis général des pays Membres, l'hypothèse de travail doit stipuler que le choix et l'application des méthodes décrites dans les Principes sont applicables pour déterminer les bénéfices à imputer à un établissement stable à partir des fonctions qu'il exerce (en tenant compte des actifs utilisés et des risques assumés conformément aux indications de la précédente section). L'établissement stable doit obtenir une rémunération de pleine concurrence pour ses fonctions, compte tenu des actifs utilisés et des risques assumés, de la même manière qu'une entreprise indépendante comparable.

64. Une analyse fonctionnelle et factuelle de l'établissement stable aura déjà été effectuée au cours de la construction de l'entreprise fictive « distincte exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues », de la manière décrite à la section précédente. Toutefois, le libellé de l'article 7(2) stipule ensuite que les bénéfices à attribuer à l'établissement stable doivent aussi être basés sur l'entreprise distincte fictive "traitant en toute indépendance avec l'entreprise dont il constitue un établissement stable". Dans certains cas, il peut par conséquent être nécessaire de procéder à une analyse fonctionnelle d'une autre division de l'entreprise (dont l'établissement stable fait partie) si l'autre division contribue aux fonctions exercées par l'établissement stable ou exerce des activités liées aux actifs utilisés ou aux risques assumés par l'établissement stable ou vice versa.

65. Si l'on continue de suivre, par analogie, l'approche des Principes, il convient d'imputer les bénéfices à un établissement stable en appliquant les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions (méthode du prix comparable sur le marché libre, méthode du prix de revient majoré) ou, lorsque ces méthodes ne peuvent pas être appliquées de façon fiable, les méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfices (méthode du partage des bénéfices et méthode transactionnelle de la marge nette).

66. La question se pose de savoir comment adapter les directives des Principes au contexte de l'établissement stable. Dans une situation relevant de l'article 9, il y a des « transactions entre entreprises associées », et les méthodes de prix de transfert s'appliquent en comparant ces transactions à des transactions comparables entre entreprises indépendantes. Dans le cas d'un établissement stable, il y a des "opérations" et non des « transactions entre entreprises associées » qui gouvernent les relations économiques et financières entre l'établissement stable et une autre division de l'entreprise.

67. L'hypothèse de travail doit comparer les *opérations* entre l'établissement stable et l'entreprise dont il fait partie et des *transactions* entre entreprises indépendantes. Cette comparaison doit se faire en suivant, par analogie, l'analyse de comparabilité décrite dans les Principes. Par analogie avec les Principes, la comparabilité dans le contexte de l'établissement stable signifie soit qu'il n'y a pas de différences modifiant notablement la mesure utilisée pour attribuer des bénéfices à l'établissement stable, soit que des ajustements raisonnablement précis peuvent être apportés afin d'éliminer les effets de ces différences. Des principes analogues aux règles d'agrégation du Chapitre I des Principes doivent aussi s'appliquer pour permettre d'agréger les opérations de l'établissement stable, le cas échéant, lorsqu'on détermine les bénéfices imputables à l'établissement stable. Le reste de la présente section examine de façon un peu plus détaillée quelques-uns des problèmes identifiés plus haut.

(ii) *Prise en compte des transactions*

68. Une question seuil importante est de savoir si des opérations internes ont eu lieu et doivent être prises en compte aux fins d'attribution de bénéfices. Dans le cas d'une entreprise associée, il ira

généralement de soi qu'une transaction est intervenue, par exemple la transaction aura des conséquences juridiques autres intervenue, par exemple la transaction aura des conséquences juridiques autres que fiscales. Toutefois, une opération interne n'est pas quelque chose qui va de soi mais c'est une fiction, qui n'a souvent d'existence qu'aux fins de détermination de l'attribution d'un bénéfice dans des conditions de pleine concurrence. En conséquence, il faudra tout d'abord déterminer s'il existe une opération avant de décider si l'opération, sous la forme où elle est constatée, doit servir de base pour l'analyse utilisée afin de déterminer l'attribution d'un bénéfice dans des conditions de pleine concurrence.

69. Le point de départ de l'évaluation d'une « opération » potentielle sera normalement les documents comptables de l'établissement stable qui font apparaître l'existence prétendue d'une telle « opération ». Selon l'hypothèse de travail, cette « opération » sera prise en compte aux fins de l'imputation de bénéfices lorsqu'elle se rattache à un événement réel et identifiable (par exemple le transfert physique de stocks, la prestation de services, l'utilisation d'un actif incorporel, un changement dans la partie de l'entreprise qui utilise un bien de capital, le transfert d'un actif financier, etc.). Une analyse fonctionnelle devrait être effectuée afin de déterminer si cet événement a eu lieu ou doit être considéré comme une opération interne ayant une importance économique.

70. A cette fin, il faudra répondre à la question de savoir s'il y a eu un transfert de risques important sur le plan économique de responsabilités et de bénéfices important du fait de « l'opération ». Dans le cadre de transactions entre des entreprises indépendantes, la détermination du transfert de risques, de responsabilités et de bénéfices nécessiterait normalement une analyse des clauses contractuelles de la transaction. Cette analyse suivrait les indications concernant les clauses contractuelles qui figurent au paragraphe 1.28 et 1.29 des Principes directeurs.

71. Une opération intervient au sein d'une entité juridique unique et par conséquent, il n'y a pas de « clauses contractuelles » à analyser. Toutefois, l'hypothèse de travail considère les « opérations » comme analogues à des transactions entre des entreprises associées et par conséquent les indications qui figurent aux paragraphes 1.28 et 1.29 peuvent être appliquées dans le contexte de l'établissement stable par analogie. En particulier, ainsi qu'il est noté au paragraphe 1.28 « on peut également déduire les conditions d'une transaction de la correspondance et des communications entre les parties en l'absence de contrat écrit ». Par conséquent, par analogie, les « termes contractuels » sont les documents comptables, ainsi que toute la documentation interne concernant la même période et faisant apparaître les transferts de risques, de responsabilités et de bénéfices d'une partie de l'entreprise à une autre. En outre, lorsqu'il n'existe pas de documents comptables ou de documentation interne faisant apparaître une transaction qui a été constatée, les « clauses de l'opération », par analogie avec le paragraphe 1.28, doivent être déduites du comportement de l'établissement stable et des autres parties de l'entreprise, ainsi que des principes économiques qui régissent généralement les relations entre des entreprises indépendantes. Tous les faits et circonstances entourant l'opération devront être examinés afin de déduire les relations économiques entre les parties.

72. On peut procéder à une analyse fonctionnelle pour mettre en évidence le comportement effectif des parties et, ainsi, vérifier si les conditions énoncées dans les documents, le cas échéant, pour les relations économiques, sont respectées dans la pratique. Cet examen est jugé nécessaire même lorsqu'il existe des clauses contractuelles entre entreprises qui, bien qu'associées, sont juridiquement distinctes. Le paragraphe 1.29 des Principes stipule qu'il sera nécessaire « d'examiner si le comportement des parties est conforme aux clauses de l'opération ou si ce comportement indique que ces clauses n'ont pas été respectées ou sont une fiction ». Le paragraphe note ensuite que dans de tels cas « une analyse plus approfondie est nécessaire pour déterminer les clauses réelles de la transaction ». Une telle analyse sera encore plus importante dans le contexte de l'établissement stable lorsque les clauses des transactions entre les différentes parties de l'entreprise ne sont pas contractuellement contraignantes.

73. En résumé, un document comptable retraçant une « opération » qui a pour effet de transférer des risques, des responsabilités et des bénéfices importants sur le plan économique serait donc pris en compte en vue de l'imputation de bénéfices à moins que l'analyse du comportement des parties ne montre pas qu'il y a eu effectivement un transfert de risques, de responsabilités et de bénéfices important.

74. Une fois que le seuil ci-dessus a été dépassé et qu'une opération est prise en compte comme existante, l'hypothèse de travail applique, par analogie, les directives données aux paragraphes 1.36-1.41 des Principes applicables en matière de prix de transfert. Par conséquent, l'examen d'une opération « doit se fonder sur l'opération effectivement intervenue entre l'établissement stable et l'autre partie de l'entreprise et sur les modalités de cette transaction, selon les méthodes utilisées par le contribuable dans la mesure où elles sont conformes à celles qui sont exposées aux chapitres II et III. Excepté dans les deux cas précisés au paragraphe 1.37, l'administration fiscale devrait appliquer les directives du paragraphe 1.36 pour l'attribution d'un bénéfice à un établissement stable et, donc, « ne devrait pas faire abstraction des transactions effectives ni leur substituer d'autres transactions ».

75. Dans le domaine bancaire, certains pays craignent que l'application des principes décrits plus haut aux transactions internes qui comportent des opérations internes de couverture et des transferts d'actifs financiers n'affaiblisse les défenses existantes contre les transferts motivés par des considérations fiscales (voir paragraphe 15.2 des Commentaires sur l'article 7 du Modèle de convention). Des directives sont nécessaires sur les circonstances dans lesquelles il conviendrait de prendre en compte les opérations de couverture interne et le transfert d'actifs financiers dans l'hypothèse de travail. L'hypothèse de travail consiste à ne prévoir cette prise en compte que dans les cas où il y a un transfert de fonctions économiquement importantes avec les risques et les perspectives de bénéfices qui s'y rattachent. Ces questions font l'objet d'une analyse approfondie dans la partie II du présent rapport. La question de savoir s'il y a lieu de prendre en compte les accords internes de réassurance constituera l'un des principaux points à examiner lors de l'expérimentation de l'application de l'hypothèse de travail à une entreprise exerçant des activités d'assurance par l'intermédiaire d'un établissement stable.

(iii) Application des méthodes de fixation des prix de transfert pour l'attribution de bénéfices

76. Prenons le cas d'un établissement stable qui distribue un produit fabriqué par son siège social. Les opérations de l'établissement stable consistent à se procurer le produit auprès du siège social pour le vendre à un tiers client. Le prix de vente au tiers client est, par définition, celui de pleine concurrence et, par conséquent, l'examen du prix de transfert portera sur les opérations avec le siège social. Pour déterminer le bénéfice imputable à l'établissement stable au titre de ces opérations, les méthodes de prix de transfert s'appliqueront selon les activités industrielles ou commerciales et les fonctions de l'établissement (c'est-à-dire en tant que distributeur). Si, par exemple, le siège social vend aussi le produit à des tiers distributeurs, on pourrait utiliser la méthode du prix comparable sur le marché libre pour déterminer le bénéfice que l'établissement stable aurait réalisé s'il avait été une "entreprise distincte" au sens du paragraphe 2 de l'article 7. Le montant du bénéfice brut qui lui est attribué sera égal à la différence entre les recettes perçues par l'établissement stable grâce à la vente à des tiers clients et le prix facturé par le siège social, ajusté, si nécessaire, en fonction du prix de pleine concurrence pour des transactions comparables entre des tiers distributeurs et des fabricants comparables.

77. En l'absence de prix comparable sur le marché libre, le bénéfice brut de l'établissement stable peut être déterminé par référence à la marge comparable du prix de revente appliquée aux recettes des ventes à des tiers clients. Le bénéfice net sera ensuite calculé en déduisant les dépenses encourues par l'entreprise aux fins poursuivies par l'établissement stable, y compris la rémunération au titre de fonctions exercées par d'autres divisions de l'entreprise pour les besoins de l'établissement stable. Voir plus loin,

partie D. Ce résultat est compatible avec le paragraphe 17.3 du commentaire relatif au paragraphe 3 de l'article 7 du Modèle de convention, qui indique :

“Lorsque des marchandises sont fournies, pour fins de revente, soit à l'état de produits finis, de matières premières ou de produits en cours de fabrication, il est normalement indiqué d'appliquer les dispositions du paragraphe 2 et, par conséquent, d'allouer à la division de l'entreprise qui effectue la fourniture un élément de profit calculé en fonction du prix de pleine concurrence.”

La même approche sera utilisée en appliquant les autres méthodes décrites dans les Principes applicables en matière de prix de transfert. Cette approche permet de déterminer le bénéfice de l'établissement stable dans le pays d'accueil. Il y a lieu de noter que la date de constatation du revenu en vue d'atténuer la double imposition dans le pays d'origine dépendra de l'interaction entre l'article 23 et le droit national et qu'elle pourra être différente.

78. Un problème se pose en cas de transactions entre l'établissement stable et une autre partie de la même entreprise lorsque les coûts afférents à cette transaction ont été supportés par l'autre partie de cette entreprise. Dans la mesure où les coûts qui ont été supportés par l'autre partie de l'entreprise se sont traduits dans le prix de pleine concurrence appliqué à cette transaction, ces coûts ne doivent pas être imputés à l'établissement stable. De plus, il est nécessaire d'examiner avec soin la comptabilisation interne des coûts imputés aux différentes transactions, par exemple pour s'assurer que les coûts supportés dans le cadre d'une transaction ne sont pas à nouveau invoqués pour une autre transaction. Par exemple, les coûts de vérification du produit correspondant à un prix comparable sur le marché libre appliqué à la « vente » d'un produit à l'établissement stable ne peuvent être invoqués une seconde fois dans le cadre des « services » facturés à l'établissement stable dans le cadre d'une méthode du prix de revient majoré. Cette question est proche de celle qui est traitée au paragraphe 7.26 des principes et les indications qui figurent dans ce paragraphe seront utiles par analogie dans le cas où une transaction intervient entre l'établissement stable et une autre partie de la même entreprise.

79. Lors de l'attribution de bénéfices à un établissement stable, il peut être aussi nécessaire de tenir compte des dépenses encourues par l'entreprise pour les besoins de l'établissement stable, lorsque ces dépenses représentent des fonctions (exercées par d'autres divisions de l'entreprise) pour lesquelles la rémunération serait calculée dans des conditions de pleine concurrence. Sous réserve du paragraphe précédent, la méthode pour ce faire peut varier. Certains pays préfèrent prendre en compte cette rémunération au titre de fonctions exercées par d'autres divisions de l'entreprise en ajustant la marge bénéficiaire brute pour tenir compte de l'exécution de ces fonctions. Le montant effectif des dépenses encourues par d'autres divisions de l'entreprise dans l'exercice de ces fonctions ne devrait pas être déduit afin d'obtenir le bénéfice net de pleine concurrence de l'établissement stable. D'autres pays préfèrent une analyse en deux étapes. Premièrement, on déterminerait la marge brute pour l'établissement stable sur la base de données comparables, sans tenir compte de la rémunération au titre de fonctions exercées par d'autres divisions de l'entreprise. Deuxièmement, on déterminerait une rémunération appropriée pour les fonctions exercées par d'autres divisions de l'entreprise, sur la base de données comparables, et ce montant serait déduit afin d'obtenir le bénéfice net de pleine concurrence de l'établissement stable. Les deux méthodes devraient donner le même résultat.

80. Les méthodes de prix de transfert visent à déterminer la rémunération de pleine concurrence pour les fonctions exercées par l'établissement stable, compte tenu des actifs utilisés et des risques assumés. Comme on l'a vu à la section C-1(i) ci-dessus, l'analyse fonctionnelle effectuée pour construire l'entreprise distincte fictive aurait déjà déterminé les caractéristiques et fonctions de l'établissement stable, y compris les actifs utilisés et les risques assumés.

81. Les risques assumés par l'entreprise dans son ensemble, qui ne sont pas directement imputables aux activités exercées par des divisions particulières de cette entreprise, devraient sans doute être quand même pris en considération pour l'attribution d'un bénéfice à l'établissement stable selon le principe de pleine concurrence. Ces risques pourraient entrer dans le cadre de l'analyse portant sur la question de savoir si les conditions des opérations entre l'établissement stable et l'entreprise dont il fait partie sont comparables aux conditions des transactions entre entreprises indépendantes.

82. Lorsque l'établissement effectue des opérations avec d'autres divisions de l'entreprise, ces opérations (pourvu qu'elles satisfassent au critère de seuil ci-dessus) influenceront sur l'attribution des bénéfices dans la mesure où elles sont en rapport avec les fonctions exercées par l'établissement stable et les autres divisions de l'entreprise, compte tenu des actifs utilisés et des risques assumés. Par exemple, l'établissement stable peut commencer d'utiliser des actifs (corporels ou incorporels) appartenant à l'entreprise, et qui ont été développés par le siège social ou acquis en vue de l'activité commerciale du siège ou vice versa. Il peut utiliser des services fournis par le siège ou vice versa. L'établissement stable peut utiliser des ressources financières dégagées par le siège ou vice versa. Selon l'hypothèse de travail, les opérations internes doivent avoir le même effet sur l'attribution des bénéfices entre l'établissement stable et les autres divisions de l'entreprise que dans le cas d'une fourniture comparable de services ou de biens (par vente, licence ou location) entre entreprises indépendantes. Toutefois, l'hypothèse de travail est fondée sur le principe selon lequel les opérations internes sont envisagées uniquement aux fins de l'attribution du montant approprié de bénéfices à l'établissement stable.

(iv) *Analyse de comparabilité*

83. Les Principes identifient cinq facteurs déterminant la comparabilité entre transactions contrôlées et non contrôlées : les caractéristiques de la propriété ou des services, l'analyse fonctionnelle, les clauses contractuelles, la situation économique et les stratégies commerciales. L'hypothèse de travail vise à appliquer les mêmes facteurs afin d'assurer la comparabilité entre les opérations et les transactions non contrôlées. On considère que tous les facteurs, à l'exception des clauses contractuelles, peuvent s'appliquer directement pour évaluer les opérations puisqu'elles sont fondées essentiellement sur les faits. La notion de clauses contractuelles repose sur les relations entre des entreprises qui, bien qu'associées, sont juridiquement distinctes, et elle doit donc s'appliquer par analogie aux opérations effectuées au sein d'une même entité juridique (voir la discussion aux paragraphes 68-73 quant à la manière d'appliquer, par analogie, les indications relatives aux clauses contractuelles qui figurent aux paragraphes 1.28 et 1.29. des Principes). Une fois que les « clauses contractuelles » des transactions internes ont été déterminées, une comparaison peut être effectuée avec les clauses contractuelles de transactions potentiellement comparables entre entreprises indépendantes.

84. L'analyse de comparabilité pourrait conclure qu'il y a eu fourniture de biens, de services ou d'actifs etc. entre une division de l'entreprise et une autre, comparable à une fourniture de biens, de services ou d'actifs etc. entre entreprises indépendantes. En conséquence, la division de l'entreprise qui assure cette "fourniture" devrait recevoir une rémunération de pleine concurrence comparable à celle qu'aurait reçue une entreprise indépendante qui assure une "fourniture" comparable dans des conditions de pleine concurrence. Dans une transaction de pleine concurrence, une entreprise indépendante chercherait normalement à facturer cette fourniture de manière à réaliser un bénéfice, et non simplement à prix coûtant. Encore peut-il y avoir des cas où la fourniture faite à un prix de pleine concurrence ne procure pas de bénéfice (par exemple, voir 7.33 des Principes pour ce qui concerne la fourniture de services).

85. Un autre résultat de l'analyse de comparabilité pourrait être que l'établissement stable et l'autre division de l'entreprise traitant avec l'établissement stable soient considérés comme agissant, au regard de tous les faits et circonstances, d'une manière comparable à des coparticipants économiques à une activité,

ce qui correspond en théorie à un accord de répartition des coûts (ARC). Si l'établissement stable et l'autre division de l'entreprise sont considérés comme des coparticipants économiques à une activité, les opérations sont traitées d'une manière analogue à des opérations entre entreprises associées dans un ARC.

86. Il faudra de nouvelles directives afin de voir comment celles qui sont données au chapitre VIII pour déterminer si un ARC entre entreprises associées satisfait au principe de pleine concurrence peuvent être appliquées, par analogie, au contexte de l'établissement stable. Les documents existants sur l'activité de type ARC et les intentions des participants aideront à déterminer la véritable nature des relations économiques entre les différentes divisions de l'entreprise.

87. Par exemple, lorsqu'on prétend qu'un établissement stable participe à une activité de type ARC au sein d'une entreprise, il doit y avoir des éléments de preuve suffisants pour permettre au fisc, dans le pays de l'établissement stable, de déterminer si les contributions de l'établissement stable à l'activité de type ARC sont, comme indiqué au paragraphe 8.8 des Principes, « conformes à celles qu'une entreprise indépendante accepterait de verser dans des circonstances comparables compte tenu des avantages qu'il est raisonnablement possible d'attendre de l'accord ». Les documents existants aideront à procéder à cette évaluation, à condition qu'ils reflètent la situation réelle et que les intentions énoncées dans les documents soient suivies d'effet et respectées pendant toute la durée de vie de l'activité de type ARC.

88. L'analyse de comparabilité peut aussi donner des résultats autres que ceux qui sont décrits dans les paragraphes qui précèdent. Les pays Membres estiment que ces autres résultats doivent tout autant pouvoir faire l'objet d'une analyse, par analogie, à l'aide des directives contenues dans les Principes.

89. L'approche actuelle que l'on trouve dans les Commentaires relatifs au Modèle est fondée sur la nature des biens concernés, par exemple en postulant que la fourniture de produits en vue de leur revente constitue un approvisionnement alors que la fourniture de biens incorporels n'en constitue pas. Cette approche pose en outre des problèmes lorsque différents types de biens sont fournis dans le cadre d'un lot. L'un des instruments d'analyse utilisé actuellement par les pays Membres pour déterminer l'effet d'opérations internes sur l'attribution des bénéfices est « l'approche directe ou indirecte » décrite au paragraphe 17.2 des Commentaires relatifs au Modèle. Cette méthode est fondée sur le principe selon lequel des transferts devraient être postulés et des prix de pleine concurrence appliqués dans les cas où les fonctions correspondantes contribuent directement à la réalisation de bénéfices provenant d'entités externes. Toutefois, cette interprétation exige que soient déterminées les fonctions qui contribuent directement (et non pas indirectement) à la réalisation de bénéfices. On estime qu'il peut être extrêmement difficile de trouver des critères objectifs pour procéder aux déterminations décrits au début de ce paragraphe. Par conséquent, les pays Membres du Groupe de direction s'accordent à penser que l'hypothèse de travail doit rejeter l'approche actuelle fondée dans une large mesure sur la nature des biens ou services concernés et sur l'utilisation de la « méthode directe et indirecte » au profit d'une approche de comparabilité par analogie, fondée sur les indications données dans les principes.

90. En résumé, lorsqu'une opération interne a lieu, l'analyse factuelle et de comparabilité attribuera des bénéfices au titre des opérations par référence à des transactions comparables entre entreprises indépendantes. Les indications données dans les Principes au sujet de la réalisation de ces analyses seront appliquées, par analogie, compte tenu des circonstances factuelles particulières d'un établissement stable et par suite de l'expérimentation de l'hypothèse de travail. On prendra en considération quatre circonstances particulières à cet égard: l'utilisation de biens corporels, l'utilisation d'actifs incorporels, la fourniture de services et l'utilisation de financements.

a) Actifs immobilisés

91. Comme on l'a vu, les actifs de l'entreprise sont attribués à un établissement stable particulier en fonction de leur utilisation. En conséquence, lorsqu'un établissement stable a utilisé des actifs immobilisés dès leur acquisition par l'entreprise, il n'y a normalement pas d'opération interne concernant ces actifs à prendre en considération pour l'attribution des bénéfices. Il est possible qu'une autre division de l'entreprise reçoive une rémunération si elle a exercé une fonction économiquement importante liée à l'acquisition de ces actifs. Dans ce cas, il faudrait faire une comparaison avec des entreprises indépendantes exerçant la même fonction dans des circonstances comparables, afin de voir s'il faut attribuer un bénéfice à ce titre. Toutefois, lorsqu'aucune autre division de l'entreprise n'a participé en aucune manière à l'acquisition ou à l'utilisation de la machine, par exemple, lorsqu'un établissement stable fabrique des biens en utilisant une machine appartenant à l'entreprise mais toujours utilisée par l'établissement stable, il doit se voir attribuer le bénéfice résultant de l'utilisation de la machine exactement comme s'il constituait une entité distincte possédant et utilisant cette machine. D'autres dépenses (par exemple l'amortissement) liées à l'utilisation de la machine seraient également imputées à l'établissement stable.

92. Par contre, il peut y avoir des problèmes importants lorsqu'il y a un changement dans l'utilisation des actifs immobilisés. Le Groupe de direction a examiné les deux situations suivantes : (i) changement dans l'utilisation d'un actif immobilisé ; et (ii) utilisation temporaire d'actifs immobilisés.

1. Changement dans l'utilisation d'un actif immobilisé

93. On peut rencontrer des situations dans lesquelles l'utilisation d'un actif immobilisé par une division de l'entreprise, par exemple, le siège social, change au profit d'une utilisation par une autre division de l'entreprise, par exemple l'établissement stable. Conformément aux principes indiqués aux paragraphes 53-55 et 68-73 ci-dessus, le changement dans l'utilisation ne signifie pas simplement un changement de localisation de l'actif. Il faut que l'établissement stable ait eu l'intention d'utiliser l'actif pour qu'une transaction soit reconnue. Par exemple, si le siège social et l'établissement stable exercent une fonction de fabrication et que le siège social n'a plus besoin d'une machine particulière, cette machine peut être déplacée du siège social à l'établissement stable afin d'y être utilisée dans le cadre des activités de fabrication de l'établissement stable. A l'issue de ce déplacement, l'analyse fonctionnelle de l'article 7(2) ferait apparaître l'établissement stable comme utilisateur de l'actif et, par voie de conséquence, les bénéfices associés à l'utilisation de cet actif deviendraient imputables à l'établissement stable. Le déplacement de la machine du siège social à l'établissement stable est un fait réel et identifiable, et constitue donc une opération interne.

94. La question est dès lors de savoir comment prendre en compte l'acquisition et l'utilisation par l'établissement stable d'un actif lors du calcul du montant du bénéfice qui doit être imputé à cet établissement stable. L'établissement stable doit-il être considéré comme ayant "acheté" l'actif immobilisé au siège social ? L'établissement stable doit-il être considéré comme louant l'actif immobilisé ? Est-il possible pour l'établissement stable d'être considéré comme participant à une activité de type ARC concernant l'actif immobilisé ?

95. Toutefois, répondre à ces questions pose certains problèmes en raison des circonstances factuelles particulières d'un établissement stable. S'il y avait eu un changement dans l'utilisation d'un actif immobilisé entre deux entreprises indépendantes, on pourrait répondre à la question de savoir si l'actif a été acheté ou loué en examinant les arrangements contractuels entre les parties (à condition que leur comportement effectif suive les arrangements contractuels, voir paragraphes 1.28-1.29 des Principes). Il

n'existe pas, toutefois, d'arrangements contractuels juridiquement contraignants lorsque le changement dans l'utilisation de l'actif immobilisé s'est produit au sein de la même entreprise. Dans ce cas, il faut examiner intégralement les faits et circonstances entourant le changement d'utilisation, y compris le comportement ultérieur des parties et tout document pertinent.

96. L'intention de l'entreprise qui procède à ce changement d'utilisation, telle qu'elle est attestée et confirmée par sa conduite, devra être prise en compte dans la détermination de la nature de la transaction. La liste suivante, qui n'est pas exhaustive, énumère les facteurs qui peuvent être pris en compte dans la détermination de l'intention de l'entreprise : l'établissement stable existait-il au moment où l'actif a été acquis pour la première fois, y-a-t-il eu un changement dans l'activité de l'établissement stable, dans l'utilisation par l'entreprise de cet actif ou d'actifs similaires dans le cadre de ses activités, dans son importance pour les activités de l'établissement stable, pouvait-on raisonnablement s'attendre à ce que l'établissement stable bénéficie de l'utilisation de cet actif au moment où il a été acquis et qu'elle était la répartition entre les différentes parties de l'entreprise des risques liés à la propriété de cet actif, par exemple la responsabilité de réparer l'actif si celui-ci se trouvait endommagé, etc.

97. Une fois que l'ensemble des faits et circonstances ont été établis, la nature de la transaction entre succursales (vente, location ou licence) serait déterminée par référence à la nature de transactions comparables entre des parties indépendantes. Par exemple, un transfert à court terme à l'établissement stable et par conséquent le fait que l'actif soit destiné à être utilisé ultérieurement par une autre partie de l'entreprise peut indiquer que le siège social supporte l'essentiel des risques, ce qui peut correspondre à un accord de location à court terme. En revanche, si l'établissement stable est responsable de l'entretien régulier d'un actif pour lequel cet entretien représente un coût important ou doit recruter du personnel pour exécuter des réparations imprévues, il est possible que l'établissement stable assume la plupart des risques liés à l'utilisation de l'actif, et cette situation s'apparenterait plutôt à une vente. Dans ces conditions, il peut être souhaitable de déterminer si l'entreprise possède elle-même les actifs ou les utilise en crédit-bail ou en location auprès d'un fournisseur indépendant et de savoir ce que feraient des parties indépendantes dans des circonstances similaires. Comme on l'a noté au paragraphe 71 ci-dessus, si les documents concernant l'accord facilitent cette détermination, lorsque le comportement des parties n'est pas conforme à ces documents, il faudra tenir compte du comportement effectif de l'établissement stable et du reste de l'entreprise pour déterminer la nature véritable de l'accord.

98. La détermination de la nature de l'opération sera facilitée par la référence aux clauses convenues entre les parties (qu'elles soient explicites ou implicites), en suivant, par analogie, les indications données aux paragraphes 1.28 et 1.29 des Principes applicables en matière de prix de transfert (voir la discussion générale aux paragraphes 68-73 ci-dessus).

99. Si l'on considère que la situation factuelle représente la fourniture d'un actif immobilisé d'une manière comparable à une véritable vente entre entreprises indépendantes, il est nécessaire de déterminer la valeur vénale de l'actif au moment du transfert. Selon l'hypothèse de travail, lorsque l'actif est transféré du siège à l'établissement stable, la valeur vénale sert de base au calcul de l'abattement pour amortissement dans le pays d'accueil. Le calcul de l'abattement pour amortissement serait effectué conformément à la législation interne du pays d'accueil pour chaque année au cours de laquelle l'actif est utilisé par l'établissement stable.

100. Par ailleurs, lorsque l'actif est transféré de l'établissement stable à une autre partie de l'entreprise, la valeur vénale de l'actif au moment du transfert est généralement utilisée comme base de calcul de l'abattement pour amortissement dans le pays vers lequel l'actif a été transféré (mais en ce qui concerne les transferts vers le siège, voir paragraphes 103-105). La situation dans le pays où se trouve l'établissement stable dépend de sa législation interne et des interactions entre celle-ci et l'article 7.

101. La législation interne de nombreux pays admet le transfert de l'actif hors de leur territoire à des fins fiscales, par exemple en calculant un bénéfice ou une perte par comparaison de la valeur vénale de l'actif au moment du transfert avec sa valeur comptable ou avec la base de calcul des coûts après amortissement en vue de l'imposition (voir paragraphe 15 des commentaires sur l'article 7 du Modèle). Cependant, la législation interne de certains pays n'autorise pas l'imposition des bénéfices non réalisés à la suite d'un tel transfert, mais l'enregistrement d'une perte peut être obligatoire en vertu des dispositions d'une convention fiscale applicable. Il y a lieu de noter que l'hypothèse de travail détermine seulement l'imputation de bénéfices à un établissement stable en vertu de l'article 7. L'hypothèse de travail n'entraîne pas de dérogation à la législation nationale visant à empêcher l'abus de déductions fiscales des pertes ou de crédits d'impôt par le transfert d'actifs.

102. Les différences de traitement dans la législation interne entre le pays d'origine et le pays d'accueil peuvent donner lieu à un traitement asymétrique du transfert de l'actif. Par exemple, si l'actif est transféré au siège social dans un pays dont l'administration fiscale ne constate pas le bénéfice non réalisé du transfert notionnel, le contribuable n'obtiendra pas de dégrèvement immédiat au titre d'un impôt acquitté pour ce transfert dans le pays dont relève l'établissement stable.

103. Pour que l'hypothèse de travail s'applique d'une manière complètement symétrique, il faut que le pays où se trouve le siège social reconnaisse que le transfert sur son territoire donne lieu à une cession de l'actif par l'entreprise et à un rachat immédiat à sa valeur vénale. Cela génère un bénéfice ou un gain qui pourrait être imposé dans le pays du siège, ce qui permettrait à ce pays d'accorder une déduction de ce bénéfice ou de ce gain au titre de l'impôt versé dans le pays de l'établissement stable sur le transfert. Toutefois, l'absence de droit d'imposer le bénéfice ou le gain en vertu de la législation interne du pays du siège aboutirait à l'impossibilité d'imposer le bénéfice ou le gain réalisé sur le transfert et ainsi à l'application immédiate d'un allègement de la double imposition.

104. Dans la situation indiquée ci-dessus, l'hypothèse de travail ne peut être appliquée d'une manière symétrique sans une modification de la législation interne du pays du siège. Comme on l'a vu au paragraphe 31a. ci-dessus, il n'entre pas dans le champ d'application de ce rapport de remédier à une telle situation. Cependant, si l'actif fait finalement l'objet d'une cession par l'entreprise qui réalise ainsi un bénéfice ou un gain, un allègement partiel ou total de la double imposition peut être obtenu à ce moment si le pays du siège applique le système d'imputation et autorise le report sur les exercices ultérieurs des crédits non utilisés à partir du moment où a lieu le transfert de l'actif de l'établissement stable.

105. Si l'on considère que la situation factuelle est analogue à la fourniture d'un actif immobilisé d'une manière comparable à une location ou à une licence entre entreprises indépendantes, il ne sera pas nécessaire de reconnaître un bénéfice ou une perte au moment du transfert notionnel de l'actif immobilisé. Au lieu de cela, les bénéfices seront attribués entre les parties au transfert notionnel, par exemple sur la base d'une transaction comparable entre entreprises indépendantes (location ou licence). Par conséquent, lorsqu'il calculera ses bénéfices imposables, l'établissement stable aura le droit de déduire un montant équivalent au prix de pleine concurrence facturé pour l'utilisation de la location ou de la licence qui aurait été convenu entre les entreprises indépendantes si elles avaient effectué la même transaction. Pour savoir si l'opération représentant le changement dans l'utilisation de l'actif est comparable à une location par opposition à une licence, il faudra utiliser les approches déjà décrites aux paragraphes 93-95 ci-dessus.

106. Une autre possibilité pourrait être que l'établissement stable et d'autres divisions de l'entreprise soient considérés comme agissant, au regard de tous les faits et circonstances, d'une manière comparable à celle de coparticipants économiques à une activité de type ARC prévoyant l'utilisation collective d'un actif immobilisé par différentes divisions de l'entreprise. Si l'on suit, par analogie, les indications données au chapitre VIII des Principes, il ne serait peut-être pas nécessaire, dans de tels cas, de reconnaître une appréciation (ou une dépréciation) au moment du changement d'utilisation de l'actif immobilisé, si l'actif

était transféré entre "participants" dans des conditions compatibles avec l'utilisation collective de cet actif qui est envisagée dans le cadre de l'activité de type ARC.

107. Dans d'autres cas, il faudra peut-être quand même reconnaître une appréciation ou une dépréciation de la valeur d'un actif immobilisé à la suite d'un changement d'utilisation, même lorsqu'on considère qu'il existe une activité de type ARC. Par exemple, il se peut que l'actif ne soit plus utilisé dans l'activité qui est assimilée à un ARC ou qu'une division de l'entreprise participant au changement d'utilisation ait cessé de participer à l'activité de type ARC ou encore qu'une autre division de l'entreprise ait commencé à utiliser l'actif et soit devenue un autre participant à l'activité de type ARC.

2. Utilisation temporaire d'un actif immobilisé

108. Selon l'hypothèse de travail, il ne serait pas nécessaire de distinguer entre un changement temporaire et un changement plus permanent d'utilisation d'un actif. Les approches décrites aux paragraphes 95-99 ci-dessus s'appliqueraient pour déterminer si les bénéficiaires, s'il y en a, doivent être attribués à l'établissement stable au titre du changement temporaire d'utilisation de l'actif immobilisé. Tous les résultats décrits à la sous-section précédente pourraient se produire.

(b) Biens incorporels

109. De même que dans le cas décrit ci-dessus pour les actifs immobilisés, les biens incorporels seront également attribués à un établissement stable particulier sur la base de leur utilisation. En conséquence, lorsqu'un établissement stable utilise des biens incorporels depuis le moment où ils ont été acquis par l'entreprise, il n'y a pas lieu normalement de prendre en compte des transactions entre succursales concernant cet actif dans l'attribution des bénéficiaires. Cependant, il est possible qu'une autre partie de l'entreprise perçoive une rémunération si elle a exercé des fonctions liées à l'acquisition du bien incorporel qui ont été significatives sur le plan économique.

110. Cependant, le plus souvent les biens incorporels appartenant à l'entreprise sont le résultat d'activités de recherche et développement (ce qui est courant pour les biens incorporels manufacturiers) ou d'activités de distribution et de publicité (ce qui est courant pour les biens incorporels de commercialisation) exercées par l'entreprise elle-même. En outre, et contrairement à la situation faisant intervenir les actifs immobilisés (mise à part toute considération relative aux ARC), il est courant que des biens incorporels soient utilisés simultanément par plus d'une partie de l'entreprise. Des problèmes importants et encore plus complexes peuvent se poser en cas de changement dans l'utilisation d'un bien incorporel.

111. L'hypothèse générale du Rapport de 1994 était que les transferts notionnels ne sont pas reconnus pour l'utilisation de biens incorporels par une division de l'entreprise, autrement dit les redevances fictives ne sont pas admises. La position définie par le Rapport de 1994 est reflétée dans le paragraphe 17.4 des commentaires relatifs au Modèle, qui conseille ce qui suit :

“Puisqu'il n'y a qu'une entité juridique, il est impossible d'attribuer la propriété d'un bien à une division spécifique. De plus, il sera souvent difficile, en pratique, d'attribuer les coûts de création de biens incorporels à une seule division. Il peut donc être préférable de considérer que les coûts de création de droits intangibles sont attribuables à toutes les divisions de l'entreprise qui les utiliseront et que leurs coûts de création doivent être répartis en conséquence. Dans ce cas, il serait indiqué d'allouer les coûts réels de création de ces droits incorporels entre les différentes divisions d'une entreprise sans tenir compte d'un élément de profit ou de redevances.”

112. Cependant, il est trop contraignant de n'admettre qu'une seule approche pour traiter les diverses façons dont des biens incorporels peuvent être exploités. De fait, même si le texte du paragraphe 17.4 des commentaires relatifs au Modèle (reproduit ci-dessus) privilégie le modèle de la répartition des coûts, il implique clairement que des paiements notionnels de pleine concurrence entre différentes divisions de l'entreprise pourraient être admis si les coûts de création pouvaient être effectivement identifiés comme ayant été réellement encourus par une division de l'entreprise. Malheureusement, ce paragraphe n'établit pas une distinction explicite entre propriété juridique et propriété économique (voir paragraphe 53 ci-dessus), ce qui a pu conduire à surestimer la difficulté d'identifier la division de l'entreprise qui a supporté les coûts et les risques de la création et du développement du bien incorporel. Il ne tient pas non plus compte du fait que plusieurs divisions de l'entreprise peuvent avoir contribué à la mise au point de l'actif incorporel. Une fois encore, les indications données dans les Principes pourraient s'avérer utiles. En particulier, le concept d'analyse fonctionnelle serait appliqué afin de déterminer si, le cas échéant, une division de l'entreprise pourrait être identifiée comme ayant exercé la fonction de création de l'actif incorporel.

113. Selon l'hypothèse de travail, la décision d'attribution des bénéfices fondée sur une opération interne portant sur des biens incorporels dépendrait entièrement d'une analyse des faits et circonstances. La nature exacte de l'opération serait déterminée par référence à la nature de transactions comparables entre entreprises indépendantes. Comme pour les actifs immobilisés, il existe un certain nombre de possibilités. Les biens incorporels ou, plus vraisemblablement, un intérêt dans des biens incorporels, pourraient être considérés comme ayant été "achetés". Une "licence" d'utilisation des biens incorporels a pu être obtenue etc. Il pourrait y avoir développement conjoint des biens incorporels d'une manière comparable à une activité de type ARC entre parties indépendantes. Pour déterminer la nature de l'opération, les documents exposant l'intention des parties et analysant leur comportement seront sans doute utiles (voir paragraphes 95-99 pour une analyse approfondie de cette question dans le cas d'un changement d'utilisation d'un actif immobilisé).

114. On trouvera ci-après une liste non exclusive de facteurs qui peuvent être pris en compte pour déterminer si la fonction de création d'un bien incorporel a été exercée, en partie du moins, par l'établissement stable : l'établissement stable dirige la recherche et le développement ; l'établissement stable existait déjà et se livrait à l'exploitation (par le biais d'une fabrication, d'une distribution, ou par d'autres voies) de biens incorporels de nature analogue au moment où le bien incorporel concerné a été développé ou on pouvait penser qu'il allait être en mesure d'exploiter le bien dans son activité commerciale une fois développé ; la division de recherche ne dispose pas des capacités pour exploiter par elle-même le bien et elle n'accorde pas de licence d'exploitation de ce bien à des tiers ; l'activité commerciale de l'établissement stable se trouverait sensiblement affectée si la R-D devait ne pas parvenir à produire le bien incorporel ; l'établissement stable a fait la preuve de l'importance du bien incorporel pour son activité commerciale en inscrivant les dépenses de R-D sur ses propres livres de compte ou dans d'autres comptes de gestion interne.

115. Si l'on conclut, selon l'analyse fonctionnelle, que l'établissement stable a exercé, en partie du moins, la fonction de création du bien incorporel, ou qu'il assume des dépenses exceptionnelles de commercialisation de cet actif incorporel, il aurait droit à une rémunération comparable à celle d'une entreprise indépendante exerçant une fonction analogue. Les indications données au chapitre VI sur les considérations particulières concernant les biens incorporels doivent être suivies, par analogie, lors de l'attribution de bénéfices à l'établissement stable exerçant cette fonction, ou les directives données au chapitre VII concernant les services fournis en liaison avec le développement de biens incorporels. Les conditions dans lesquelles l'établissement stable exerce cette fonction doivent aussi être prises en compte. Si les conditions étaient comparables à celles de sociétés ayant des contrats de recherche au sens du paragraphe 7.41 des Principes, l'établissement stable effectuant les recherches se verrait attribuer un bénéfice correspondant à celui d'entreprises indépendantes exerçant une fonction identique à celle de

sociétés ayant des contrats de recherche. Une autre possibilité serait peut-être que l'établissement stable et d'autres divisions de l'entreprise aient contribué conjointement au développement d'un bien incorporel, pour leurs besoins conjoints, auquel cas les bénéfices seraient répartis entre les parties ayant contribué au développement, sur la base de ce qui se serait produit entre parties indépendantes participant à une activité de type ARC comparable. Les indications données au chapitre VIII des Principes doivent être suivies, par analogie.

116. Tout comme dans le cas des actifs immobilisés, des questions encore plus difficiles peuvent se poser lorsqu'une entreprise qui exploite un bien incorporel, par exemple à son siège, octroie à un ou plusieurs de ses établissements stables le droit théorique d'utiliser ce bien. Par exemple, l'établissement stable peut commencer à utiliser un bien incorporel créé dans le passé par des activités du siège social et exploité par le passé par le siège social. Cette situation se produit couramment par suite de modifications des activités, par exemple lorsque l'établissement stable s'engage dans un nouveau secteur d'activité. Selon l'hypothèse de travail, une analyse fonctionnelle et de comparabilité de la situation pourrait révéler que l'établissement stable doit être considéré comme se livrant à une opération notionnelle avec le siège social, au titre de cet actif incorporel. Un bénéfice serait attribué au titre de cette opération par référence à des transactions comparables entre entreprises indépendantes (par exemple, le paiement de redevances) et dépendrait d'une analyse factuelle et fonctionnelle de la transaction, du type d'intérêts obtenus ou de droits notionnels acquis (exclusifs ou non exclusifs) etc.. Des indications sur ces questions sont données aux chapitres VI et VIII des Principes.

117. Comme on l'a vu ci-dessus, à la différence des actifs immobilisés, il est courant que des biens incorporels soient utilisés simultanément par plusieurs divisions de l'entreprise. Le fait de mettre un actif incorporel à la disposition d'un établissement stable ne signifie pas que les autres divisions de l'entreprise ne peuvent plus utiliser le même bien ou qu'elles risquent de ne plus pouvoir le faire à l'avenir. Ce changement d'utilisation pourrait faire que l'établissement stable soit considéré comme ayant obtenu non le bien incorporel lui-même ou un droit exclusif de l'utiliser, mais un intérêt dans ce bien ou un droit non exclusif théorique de l'utiliser. Ainsi, selon l'hypothèse de travail, on considérerait que l'établissement stable a acquis un intérêt dans le bien incorporel ou un droit théorique de l'utiliser au moment du changement de fonction.

118. La valeur de l'intérêt acquis (en pleine propriété ou en tant que bénéficiaire effectif) serait déterminée par référence à une transaction comparable entre entreprises indépendantes. L'établissement stable pourrait être considéré comme ayant acquis le bien incorporel ou un intérêt dans ce bien au prix du marché et comme ayant le droit par conséquent de prendre en charge l'amortissement de l'intérêt dans le bien acquis en utilisant cette valeur. De la sorte, la position des biens incorporels, lorsque les faits et circonstances montrent que le régime examiné dans ce paragraphe doit s'appliquer, serait équivalente à celle des biens corporels transférés pour utilisation par l'établissement stable et non à des fins de revente.

119. Un autre résultat possible de l'analyse de la transaction par laquelle un bien incorporel a été mis à la disposition d'un établissement stable pourrait amener à considérer que l'établissement stable a obtenu un droit théorique d'utiliser le bien incorporel analogue au droit qui résulterait d'un accord de licence. Selon les circonstances particulières et les résultats d'une analyse de comparabilité, l'établissement stable pourrait avoir le droit de déduire un montant équivalent au tarif de pleine concurrence (redevance théorique) appliqué dans le cadre d'un accord de licence qui aurait été convenu entre des entreprises indépendantes qui auraient effectué la même transaction.

120. Il convient de noter que l'analyse du paragraphe 118 traite uniquement des conséquences directes du transfert du bien incorporel lui-même ou d'un intérêt dans un bien incorporel existant. Dans des cas où le bien incorporel doit être développé par l'entreprise dans son ensemble, il se pourrait que ce développement soit conduit dans le cadre d'une activité de type ARC à laquelle participe l'établissement

stable. Même si, sur le plan fiscal, l'établissement stable était considéré comme ayant acquis un intérêt dans le bien incorporel existant, toute opération ultérieure liée au développement du bien incorporel serait déterminée en suivant, par analogie, les directives données au chapitre VIII des Principes applicables en matière de prix de transfert. Si, en suivant, par analogie, les indications du chapitre VIII, l'établissement stable était considéré comme ayant acquis le droit théorique d'utiliser le bien incorporel existant qui donne lieu à une activité de type « ARC » mais pas un intérêt dans le bien lui-même, une redevance notionnelle pourrait être attribuée en se basant, par analogie, sur les indications du chapitre VI.

121. L'application de l'hypothèse de travail à l'utilisation d'un bien incorporel au sein d'une entreprise est en cours d'expérimentation. L'une des difficultés à examiner plus avant est la question de savoir comment faire en sorte que l'analyse appliquée dans la présente section pour les biens incorporels soit compatible avec l'analyse appliquée à d'autres conditions « internes » de l'établissement stable en tant qu'entreprise fictive distincte. Cette question a déjà été signalée au paragraphe 61. Il y a lieu également d'approfondir davantage les problèmes posés par la nécessité d'examiner l'efficacité de notions telles que les droits théoriques exclusifs et non exclusifs d'utiliser un bien incorporel et l'acquisition d'un intérêt (en pleine propriété ou en tant que bénéficiaire effectif) dans le cadre d'une entité juridique unique. **Des commentaires sur ce point seraient particulièrement bienvenus.**

(c) Services internes

122. Le paragraphe 17.7 des commentaires du Modèle présume que les services qui sont liés à l'activité de gestion générale de l'entreprise devraient normalement faire l'objet d'une répartition des coûts. L'application d'une marge (ou, en termes plus stricts, d'un prix de pleine concurrence) est limitée à certains cas (voir les commentaires, paragraphes 17.5 et 17.6), par exemple lorsque la raison d'être de l'entreprise est de fournir ses services à des tierces parties ou que l'activité principale de l'établissement stable consiste à rendre des services à l'entreprise dans son ensemble et que ces services représentent une fraction substantielle des dépenses de l'entreprise et lui procurent un avantage réel.

123. Sur ce point, il est utile de rappeler que les Principes ont actualisé les critères cités dans les Commentaires sur l'Article 7 du Modèle concernant les situations dans lesquelles des entreprises associées devraient être autorisées à se transférer réciproquement des biens ou des services sans réaliser de bénéfice. Les Commentaires sur l'Article 7 du Modèle se fondent sur une interprétation du principe de pleine concurrence antérieure aux Principes. Selon la première interprétation, des circonstances factuelles spécifiques ont été définies, dans lesquelles des entreprises associées pourraient déroger au prix de pleine concurrence et réaliser des transactions réciproques à prix coûtant. Les circonstances en question reviendraient à savoir si la transaction impliquait des biens/services offerts régulièrement à des tierces parties : "l'approche directe ou indirecte". Les Principes ont révisé cette interprétation, de sorte que les entreprises associées sont toujours tenues de se conformer au principe de pleine concurrence. Mais il est spécifiquement reconnu que dans certains cas l'application du principe de pleine concurrence pourrait se traduire par une transaction sans réalisation de bénéfice. Voir au paragraphe 7.33 des Principes.

124. L'hypothèse de travail attribue des bénéfices à l'établissement stable au titre de services qu'il fournit pour le compte d'autres divisions de l'entreprise (et vice versa) en suivant, par analogie, les indications données dans les Principes, notamment au Chapitre VII. Dans certains cas, l'établissement stable et les autres divisions de l'entreprise peuvent être considérés comme agissant d'une manière comparable à des coparticipants économiques à une activité de type ARC comportant la fourniture de ces services. Les opérations internes au sein de l'entreprise seraient considérées, aux fins d'imposition, de la même manière que la fourniture de services comparables entre parties indépendantes dans le cadre d'une activité de type ARC comparable, en suivant, par analogie, les indications du chapitre VIII des Principes.

125. L'expérimentation de l'application de l'hypothèse de travail à la prestation de services au sein d'une entreprise bancaire a permis d'identifier deux problèmes principaux qui demandent un examen plus approfondi. Premièrement, d'aucuns s'inquiètent à l'idée que l'hypothèse de travail puisse signifier que, dans les cas où l'établissement stable pourrait avoir obtenu des services comparables moins chers auprès d'entreprises indépendantes qu'auprès du siège social, la totalité des dépenses encourues par le siège social pour le compte de l'établissement stable pour la fourniture de ces services ne pourrait pas être répercutée sur l'établissement stable. Un problème similaire se pose entre les entreprises associées et il est examiné au paragraphe 7.34 des principes. L'hypothèse de travail consiste à appliquer ces principes, par analogie à la situation de l'établissement stable.

126. En second lieu, la question a été posée de savoir si des fonctions de supervision du siège social doivent être considérées comme analogues à des activités qui seraient entreprises au nom d'un actionnaire dans le contexte d'un groupe multinational, à distinguer des activités analogues à celle d'un fournisseur de services (voir paragraphes 7.9-7.10 des Principes). Les conséquences de cette approche sont que les dépenses encourues par le siège social au titre des activités de "l'actionnaire" ne seraient pas répercutées sur l'établissement stable. Ces questions sont examinées dans la partie II du présent Rapport. Les indications données au paragraphe 7.6 peuvent être utiles pour résoudre cette question. On peut lire dans ce paragraphe : « si l'activité n'est pas de celles pour lesquelles l'entreprise indépendante aurait été disposée à payer ou qu'elle aurait exécutées elle-même, elle ne devra pas en général être considérée comme un service intra-groupe conforme au principe de pleine concurrence ». Si l'on applique ce principe par analogie, une activité exercée par une division de l'entreprise ne serait pas considérée comme un « service » pour une autre partie de l'entreprise, sauf dans le cas où celle-ci aurait été disposée à rémunérer cette activité ou à l'exercer elle-même. Ces questions sont étudiées à la partie II de ce rapport en ce qui concerne un établissement stable d'une entreprise bancaire.

127. Certains membres du Groupe de direction ont émis des réserves quant à l'opportunité du résultat décrit ci-dessus et quant à la possibilité de l'appliquer. **Des commentaires sont souhaités sur cette question.**

(d) Répartition du capital et financement des opérations de l'établissement stable

Introduction

128. Les entreprises ont besoin de fonds propres pour financer leurs activités industrielles ou commerciales quotidiennes, le coût de la création ou de l'acquisition d'actifs (corporels, incorporels et financiers) et pour assumer les risques liés à ces activités (par exemple le risque de crédit et le risque de marché). En général, les fonds propres proviennent de trois sources : (1) les apports en fonds propres des actionnaires ; (2) les bénéfices non distribués (mentionnés d'une manière générale dans ce rapport comme fonds propres ou comme capital « libre ») ; et (3) les capitaux empruntés (c'est-à-dire l'endettement). En vertu de la législation fiscale, il n'est généralement pas accordé de déduction aux versements effectués au profit des porteurs d'actions, alors que des déductions sont généralement appliquées (sous réserve des réglementations relatives à la sous-capitalisation etc.) pour les versements d'intérêts ou de rémunérations équivalentes à des intérêts au profit des titulaires de créances.

129. Comme les intérêts versés sont généralement déductibles de l'impôt, il sera nécessaire de s'assurer de l'imputation à un établissement stable d'un montant approprié de capital « libre » de l'entreprise pour permettre d'assurer une attribution de bénéfices à cet établissement stable qui soit conforme au principe de pleine concurrence. Malheureusement, la réalisation de cet objectif souhaitable est rendue difficile par l'absence actuelle de consensus sur un certain nombre de points importants concernant la répartition du capital et le financement d'un établissement stable. Cette section analyse l'interprétation

actuelle de l'Article 7 en ce qui concerne ces points essentiels avant de poursuivre la description de la manière dont l'hypothèse de travail s'appliquerait à l'imputation du capital et des coûts de financement à un établissement stable. Certaines variantes possibles de l'approche de l'hypothèse de travail dans certains cas particuliers sont également envisagées.

Interprétation actuelle de l'Article 7

130. Il existe un certain nombre de points essentiels identifiés dans les commentaires du Modèle sur l'Article 7 qu'il y a lieu de résoudre sur la base de l'hypothèse de travail. L'un des principaux problèmes posés en ce qui concerne l'imputation du capital et des coûts de financement à un établissement stable porte sur le traitement des mouvements internes de fonds. La conclusion tirée au paragraphe 18.3 des commentaires relatifs au Modèle est que « l'interdiction de déduire des charges liées à des prêts ou comptes fournisseurs internes devrait s'appliquer d'une manière générale sous réserve de problèmes spécifiques aux banques dont il est fait état ci-dessous ». Le paragraphe 19 reconnaît que "certaines considérations spéciales peuvent être invoquées pour les versements d'intérêts effectués entre elles par différentes parties d'une même entreprise financière (une banque, par exemple) sur des avances etc. (indépendamment du capital qui peut leur être alloué), car l'octroi et la perception d'avances constituent des opérations étroitement liées à l'activité ordinaire d'entreprises de ce genre." Il n'y a pas de consensus général, toutefois, au sujet des considérations spéciales à appliquer aux entreprises financières. Certains pays Membres prennent directement en compte les paiements d'intérêts internes aux prix de pleine concurrence. D'autres n'attribuent qu'une fraction des intérêts effectivement payés par l'entreprise dans son ensemble.

131. Une autre question essentielle est de savoir comment prendre en compte le capital de l'ensemble de l'entreprise lors de l'attribution des bénéfices. Le paragraphe 20 du Rapport de 1994 considère que l'on est en droit de procéder à un certain ajustement des intérêts internes lorsqu'il y a un accord bilatéral pour conclure que l'établissement permanent n'est ni surcapitalisé, ni sous-capitalisé et indique que :

“La réponse à la question de savoir si un établissement stable est sous-capitalisé ou surcapitalisé dépendra en principe des règles et pratiques du pays d'accueil à moins qu'un accord amiable à l'effet contraire ne soit adopté en vertu de l'article 25 du Modèle de Convention fiscale.”

132. Un accord amiable risque cependant d'être difficile à réaliser en raison des différentes approches actuellement adoptées par les pays Membres pour la répartition du capital de l'entreprise dans son ensemble entre les différentes parties qui la constituent. A un extrême, on trouve un type d'approche “de l'entité unique” qui considère que l'établissement stable a la même structure de capital et le même ratio endettement/fonds propres que l'entreprise dans son ensemble. A l'autre extrême, on trouve un type d'approche “de l'entreprise distincte” qui néglige dans une large mesure la structure du capital de l'entreprise dans son ensemble, et considère l'établissement stable comme ayant la même structure de capital qu'une entreprise indépendante du même pays se livrant aux mêmes activités ou à des activités similaires dans des conditions identiques ou analogues (approche du type « sans capitalisation »).

133. Ces questions demandent à être explorées plus avant et sont examinées activement par le Groupe de direction dans le cadre de l'expérimentation de l'hypothèse de travail. Une documentation complémentaire peut être trouvée dans la discussion sur les intérêts du Rapport de 1984 de l'OCDE de la publication de 1987 de l'OCDE sur la sous-capitalisation et, pour un résumé plus récent, à la section IV-4 de la publication de l'OCDE de 1998 intitulée “La fiscalité relative à la mondialisation des opérations financières sur les instruments financiers : document de travail”.

L'hypothèse de travail pour l'imputation du capital et des coûts de financement à un établissement stable

134. Le Groupe de direction a bien progressé dans la détermination du traitement qu'il y a lieu d'appliquer aux problèmes de répartition du capital et du financement dans le cas des banques. Ce point est examiné en détail à la partie II de ce rapport. Cependant, le Groupe de direction continue à examiner ces questions en ce qui concerne les établissements non bancaires. L'un des problèmes posés porte sur la question de savoir comment traiter les institutions financières qui ne sont pas soumises aux réglementations applicables aux banques (institutions financières non bancaires) dans le cadre de l'hypothèse de travail. Il est proposé que les principes qui s'appliquent déjà à l'imputation de capital à un établissement stable bancaire s'appliquent aussi aux institutions financières non bancaires. Sinon, cela donnerait lieu à des possibilités considérables d'arbitrage fiscal, les institutions financières soumises à une réglementation applicable aux banques pouvant n'être pas traitées de la même manière que celles qui exercent des activités similaires et qui ne sont pas soumises à cette réglementation.

135. Aux fins de ce rapport, on inclura dans les institutions financières non bancaires les établissements suivants :

- Les entreprises qui, bien que n'étant pas enregistrées comme une banque, sont soumises à une réglementation financière dans des conditions comparables à celles des banques de sorte qu'on pourrait tenir compte de leurs actifs pondérés en fonction du risque et du capital nécessaire pour leur servir de garantie ;
- Les entreprises qui pondèrent leurs actifs financiers en fonction du risque dans le cadre de leurs activités ordinaires ; et
- Les entreprises soumises ou non à une réglementation dont l'activité consiste, en totalité ou principalement, à fournir des services financiers (par exemple en effectuant des emprunts et des prêts à des parties indépendantes dans des conditions de pleine concurrence.

Cette définition peut être révisée selon les résultats de la vérification de l'application de l'hypothèse de travail aux établissements stables d'entreprises exerçant d'autres types d'activités financières, par exemple, les compagnies d'assurance et les entreprises effectuant des transactions mondialisées sur instruments financiers. Il y a lieu de noter que cette définition n'est valable que pour l'application de l'Hypothèse de Travail. Elle ne l'est pas à d'autres fins.

136. Le reste de cette section examine les moyens d'appliquer l'hypothèse de travail aux établissements stables dans le cadre des problèmes d'attribution du capital et de financement. Quatre problèmes principaux se posent et sont examinés ci-dessous. Le premier est de savoir comment déterminer la structure du capital et le ratio endettement/fonds propres de l'établissement stable, en particulier en ce qui concerne l'imputation du capital « libre » à un établissement stable. Le deuxième problème est de savoir si un mouvement de fonds au sein d'une entreprise peut être traité comme une transaction donnant lieu à des versements d'intérêts. Le troisième problème est de savoir comment déterminer le montant des intérêts versés qui doit être imputable à une établissement stable et comment effectuer les ajustements nécessaires aux intérêts versés enregistrés dans les comptes de l'établissement stable. Le quatrième problème est de savoir comment déterminer la cote de crédit qu'il y a lieu d'attribuer à une établissement stable.

1. L'hypothèse de travail pour l'imputation du capital « libre » à un établissement stable

137. Toutes considérations fiscales mises à part, et en l'absence de réglementations en ce sens, il n'est généralement pas nécessaire d'imputer des fonds propres ou du capital « libre » à un établissement stable.

Par conséquent, les besoins de financement de l'établissement stable pourraient être entièrement financés par l'emprunt. Néanmoins, si l'établissement stable peut n'avoir pas besoin de se voir imputer des fonds propres ou du capital « libre », l'entreprise dans son ensemble aura besoin de s'assurer qu'elle dispose de fonds propres ou de capital « libre » suffisants pour garantir ces emprunts éventuels à des tiers, y compris ceux qui sont effectués par l'intermédiaire de l'établissement stable. De plus, si les mêmes opérations étaient effectuées par l'intermédiaire d'une filiale dans le pays d'accueil, la filiale aurait besoin de fonds propres ou de capital « libre » pour servir de garantie à ces emprunts auprès de tiers.

138. En vertu de l'hypothèse de travail, l'établissement stable a besoin en vue de l'imposition de se voir imputer un montant de capital « libre » conforme au principe de pleine concurrence indépendamment de la question de savoir si ce capital lui est effectivement affecté. Il serait inacceptable de procéder autrement pour des motifs tenant à la politique fiscale -- le résultat n'est pas neutre selon qu'il s'agit de résidents ou de non-résidents (les non-résidents sont favorisés), il n'est pas conforme au principe de pleine concurrence et, dans les pays qui appliquent des réglementations en matière de sous-capitalisation, il donne lieu à des distorsions entre les résultats fiscaux d'une succursale et ceux d'une filiale exerçant des activités similaires. Il en résulte des possibilités considérables d'évasion fiscale.

139. Une solution potentielle au problème ci-dessus est examinée dans cette section, qui examine les moyens d'imputer le capital « libre » d'une entreprise à un établissement stable dans le cadre de l'hypothèse de travail. A première vue, la base fonctionnelle de l'hypothèse de travail paraîtrait favorable à l'adoption de l'approche de « l'entreprise distincte » décrite au paragraphe 132 ci-dessus. Il est aussi nécessaire, toutefois, au titre de la première étape de l'hypothèse de travail, d'analyser non seulement les fonctions de l'entreprise fictive distincte mais aussi les « conditions » dans lesquelles ces fonctions sont exercées (voir paragraphes 45 et 46). On peut concevoir ainsi que l'entreprise « distincte » exerce des activités comparables dans des conditions comparables à celles de l'établissement stable. Comme le montrent les premiers résultats de l'expérimentation de l'application de l'hypothèse de travail à un établissement stable d'une entreprise bancaire, beaucoup de pays considèrent la structure du capital de l'établissement stable comme une condition « interne » de l'entreprise dans son ensemble. L'un des résultats de cette conclusion serait que le montant du capital « libre » qui pourrait être imputé à un établissement stable ne pourrait pas excéder le montant du capital « libre » de l'entreprise dans son ensemble.

140. Les premiers résultats de l'expérimentation de l'application de l'hypothèse de travail à un établissement stable d'une entreprise bancaire ont conduit à considérer la cote de crédit et la structure du capital de l'établissement stable comme étant deux caractéristiques économiques (« conditions internes ») de l'entreprise dans son ensemble. Par conséquent, dans le cadre de l'hypothèse de travail, l'hypothèse de « l'entreprise distincte » nécessiterait qu'une part appropriée du capital « libre » de l'entité soit attribuée à ses succursales en vue de l'imposition. Il y a lieu d'insister à nouveau sur le fait qu'il peut être nécessaire de procéder à une attribution de capital « libre » à des fins fiscales, même s'il n'est pas obligatoirement nécessaire d'imputer formellement ce capital à l'établissement stable à toute autre fin.

141. Le problème qui se pose ensuite est de savoir comment répartir le capital « libre » de l'entreprise dans son ensemble entre les différentes parties de cette entreprise. La répartition serait effectuée en fonction du lieu où les actifs sont utilisés et où les risques correspondants sont assumés et devrait tenir compte dans la mesure du possible, des fonctions, des actifs et des risques spécifiques à l'établissement stable par rapport aux fonctions, aux actifs et aux risques de l'entreprise dans son ensemble. On tiendrait compte ainsi du fait que certaines activités des entreprises comportent des risques plus grands et nécessitent plus de capital que les autres, et que par conséquent les activités exercées par l'intermédiaire d'un établissement stable peuvent nécessiter des fonds propres plus ou moins importants que ceux de l'entreprise dans son ensemble.

142. Le point de départ pour l'attribution du capital « libre » d'une entreprise à son établissement stable consiste à attribuer les actifs de l'entité. L'étape suivante consiste à déterminer le montant du capital « libre » nécessaire pour garantir ces actifs. L'hypothèse de travail consiste à procéder à cette détermination conformément au principe de pleine concurrence. La partie II de ce rapport examine en détail les questions concernant les banques. Cette sous-section examine la manière dont l'hypothèse de travail applique ces étapes aux entreprises qui ne sont pas des banques, y compris les institutions financières non bancaires (voir paragraphe 135. ci-dessus).

Première étape - attribution des actifs et pondération de ceux-ci en fonction des risques

143. Selon l'hypothèse de travail, les actifs sont imputés à un établissement stable sur la base de leur lieu d'utilisation ainsi que du lieu où les risques afférents à ces actifs sont assumés. Cette approche est similaire dans son principe à celle qui est utilisée pour les banques (voir partie II) et pose la question de savoir si, pour celles-ci, il y a lieu de chercher à pondérer les actifs en fonction du risque. Pour les banques, il est possible d'utiliser une méthode acceptée sur le plan international (mise au point par le Comité de Bâle sur la supervision bancaire) pour pondérer leurs actifs en fonction du risque alors qu'il n'existe pas de méthode de ce type acceptée au niveau international pour pondérer les actifs des établissements non bancaires en fonction du risque.

144. Cependant, étant donné l'importance du risque pour les fournisseurs d'actifs financiers (c'est-à-dire les institutions financières non bancaires) ces institutions sont susceptibles de s'efforcer de pondérer leurs actifs en fonction du risque. Elles peuvent le faire pour des raisons commerciales et/ou pour se conformer à leurs obligations réglementaires. La pondération des actifs en fonction du risque est conforme au principe de pleine concurrence, dans la mesure où des entreprises indépendantes auraient besoin d'affecter davantage de fonds propres à des actifs plus risqués. En conséquence, l'hypothèse de travail consiste à commencer par utiliser les actifs pondérés en fonction du risque des institutions financières non bancaires comme première étape de l'attribution de fonds propres à un établissement stable d'une telle institution. Il existe diverses manières de procéder à cette pondération en fonction du risque selon le type d'institution financière non bancaire. Pour certaines d'entre elles, il peut être possible de suivre ou d'adapter l'approche réglementaire pour pondérer les actifs de ce type d'institution en fonction du risque. D'autres institutions peuvent pondérer leurs actifs en fonction du risque à des fins commerciales, même si elles ne sont pas tenues de le faire par les autorités réglementaires ou si elles ne sont soumises à aucune réglementation. Pour d'autres, il peut être possible d'adapter l'approche réglementaire utilisée pour les banques.

145. Il y a peu de chances pour que les entreprises qui ne sont pas des banques ou des institutions financières non bancaires (« institutions non financières ») pondèrent quotidiennement leurs actifs en fonction du risque à des fins commerciales et en général elles ne sont pas soumises à des dispositions réglementaires qui les obligent à le faire. Lorsque des entreprises non financières ne pondèrent pas leurs actifs en fonction du risque, il est proposé d'affecter le capital en fonction du lieu où les actifs sont utilisés et de la valeur relative des actifs utilisés par les différentes divisions de l'entreprise. Il sera donc important d'évaluer l'actif d'une manière cohérente entre les différentes divisions de l'entreprise. Il existe un certain nombre de méthodes d'évaluation possibles. L'une d'elle consiste à utiliser la valeur comptable de l'actif telle qu'elle apparaît dans les comptes de la période correspondante. Une autre méthode consiste à utiliser la valeur vénale des actifs, soit systématiquement soit lorsqu'il existe une importante différence entre la valeur comptable et la valeur du marché. Une autre option consisterait à utiliser le prix d'achat initial ou le coût du bien. Quelles que soient les méthodes d'évaluation utilisées, l'objectif serait de s'assurer que l'établissement stable dispose de fonds propres et d'un rapport endettement/fonds propres suffisant pour financer les activités qu'il entreprend, et par conséquent d'aboutir à un résultat proche de celui qui serait conforme au principe de pleine concurrence. **Le Groupe de direction souhaiterait des commentaires sur**

les problèmes d'évaluation, ainsi que sur les possibilités de pondération des actifs des organismes non financiers en fonction du risque.

Deuxième étape - détermination des fonds propres nécessaires pour garantir les actifs attribués à l'établissement stable

146. Lorsqu'on a attribué les actifs appropriés de l'entreprise à l'établissement stable sur la base de leur utilisation (et en cas de nécessité après pondération en fonction du risque ou ajustement de la valeur comptable de ces actifs comme on l'a vu ci-dessus) l'étape suivante pour appliquer le principe de pleine concurrence consiste à déterminer le montant des fonds propres « libres » de l'entreprise qui sont nécessaires pour garantir ses actifs ainsi que les risques assumés.

147. Le point de départ consiste à déterminer le montant du capital « libre » de l'entreprise dans son ensemble. Comme on l'a vu au paragraphe 128, les fonds propres ou le capital « libre » comprend en général les apports en fonds propres des actionnaires et les bénéfices non distribués. Les réserves sont également souvent incluses dans le capital « libre » bien que les pratiques puissent varier à cet égard selon les pays Membres. En général, aux fins de l'hypothèse de travail, les règles permettant de distinguer les dettes et les fonds propres en vue de l'imposition dans le pays de l'établissement stable sont appliquées aux fonds propres de l'entreprise pour déterminer les éléments qui doivent être traités comme du capital « libre » à des fins fiscales conformément à la législation interne du pays d'accueil.

148. On notera que les règles permettant de classer les instruments financiers entre les titres de créance et les fonds propres peuvent varier d'un pays à l'autre et que ces variations peuvent aboutir à une double imposition ou à une exonération. Il serait certes souhaitable de réduire les différences de réglementation dans ces domaines entre les pays mais il n'y a pas lieu de traiter cette question dans l'hypothèse de travail. Cette question a une portée plus large et ne se limite pas aux établissements stables. Il faut noter par ailleurs que cette question est probablement plus préoccupante pour les banques et pour les activités des institutions financières non bancaires qui consistent à emprunter et à prêter des fonds au sujet desquels l'approche réglementaire envisagée à la partie II a été suggérée.

149. Un consensus semble se dégager pour admettre qu'un établissement stable devrait disposer d'un montant suffisant de capitaux sans avoir à verser d'intérêts pour financer les fonctions qu'il exerce, les actifs qu'il utilise et les risques qu'il assume. Toutefois, il n'y a pas encore eu de consensus sur les modalités d'imputation de ces capitaux ne donnant pas lieu au versement d'intérêts.

150. L'une des approches qui ont la faveur d'un grand nombre de membres du Groupe de direction consiste à répartir le capital « libre » de l'entreprise dans son ensemble entre les différentes parties de cette entreprise. La répartition serait effectuée en fonction du lieu où les actifs sont utilisés et où les risques correspondants sont assumés. Par conséquent, si lors de la première étape indiquée ci-dessus, 10 pour cent des actifs et des risques de l'entreprise étaient imputés à un établissement stable, 10 pour cent du capital net d'intérêts de l'entreprise dans son ensemble serait également imputé à l'établissement stable. Les conséquences de cette attribution sur le montant des intérêts que l'établissement stable prétend avoir versés sont examinés dans la suite de cette section (voir paragraphes 156-158).

151. Cependant, certains membres du Groupe de direction considèrent que l'approche ci-dessus s'écarte du principe de l'hypothèse de travail qui est fondé sur l'approche de l'entité fonctionnellement distincte. Il considère qu'un type d'approche fondé sur la sous-capitalisation serait théoriquement mieux adapté, bien qu'une telle approche risque de poser des problèmes pratiques d'application. En particulier, selon une approche fondée sur la sous-capitalisation, il serait possible d'imputer un montant plus élevé ou

moins élevé que celui du capital de l'entreprise dans son ensemble. Toutefois, ces pays appliquent déjà de telles approches et n'ont pas estimé que les problèmes pratiques qu'elles posaient étaient insurmontables.

152. Il existe deux méthodes principales pour appliquer une approche de type « sous-capitalisation » à l'imputation de fonds propres à un établissement stable. La première se réfère à la dotation minimale (sans intérêt) en capital dont un établissement stable est tenu de disposer en vertu de sa législation interne ou au niveau minimum observé pour des entreprises à peu près similaires du pays de l'établissement stable (approche comparable à celle de la sous-capitalisation). La seconde se réfère à la structure du capital et au rapport endettement/fonds propres d'une entreprise indépendante exerçant les mêmes activités ou des activités similaires, en utilisant les mêmes actifs ou des actifs similaires, en assumant les mêmes risques ou des risques similaires dans les mêmes conditions ou dans des conditions similaires (approche fondée sur la sous-capitalisation).

153. Des problèmes peuvent se poser dans les cas où le capital « libre » de l'entreprise dans son ensemble a été maintenu à un niveau artificiellement bas (par exemple lorsqu'une garantie a été fournie à l'entreprise ou à des fins d'évasion fiscale) car l'application de la méthode de l'entreprise distincte fictive de l'hypothèse de travail n'aboutirait pas à un résultat conforme au principe de pleine concurrence. Il existe divers moyens d'y remédier, parmi lesquels l'utilisation d'une méthode « de type sous-capitalisation » dans de tels cas.

154. En conclusion, il est de plus en plus admis qu'il serait souhaitable d'appliquer une méthode unique admise au niveau international pour l'attribution du capital effectif de l'entreprise afin de réduire au minimum l'incidence de la double imposition et l'on espère que la procédure de consultation publique facilitera la mise au point de cette méthode.

2. Hypothèse de travail pour la prise en compte de versements internes d'intérêts

155. Un autre problème porte sur la question de savoir si un transfert interne de fonds doit être considéré comme un « événement réel et identifiable », c'est-à-dire une « transaction » susceptible de donner lieu à un versement « d'intérêts ». L'approche actuelle des commentaires du Modèle exposée au paragraphe 130 ci-dessus fait une distinction entre entreprises financières et non financières fondée sur le fait que l'octroi et la perception d'avances sont étroitement liés à leur activité ordinaire (l'approche directe ou indirecte). L'hypothèse de travail rejette une telle approche et lui préfère l'approche de comparabilité des Principes (voir paragraphe 89 ci-dessus). En principe, cela dépendrait d'une analyse fonctionnelle et factuelle de la « transaction » et des conditions dans lesquelles elle a été exercée.

156. Pour les institutions financières non bancaires, l'analyse fonctionnelle et factuelle de ces activités est susceptible d'aboutir à des résultats similaires à ceux qui sont obtenus dans le cas d'une banque (voir partie II de ce rapport) et par conséquent il pourrait être souhaitable d'admettre que ces activités donnent lieu au versement d'intérêts internes » pour l'attribution d'un bénéfice de pleine concurrence à un établissement stable. En conséquence, il ne serait pas nécessaire d'imputer séparément les intérêts effectivement versés par l'entreprise mais il resterait nécessaire d'imputer le capital effectif libre de tout engagement (voir ci-dessus).

157. Pour les institutions non financières, une analyse de comparabilité effectuée dans le cadre de la seconde étape de l'hypothèse de travail pourrait bien considérer certains mouvements internes de fonds comme des « transactions » comparables à des opérations effectuées entre entreprises indépendantes et donnant lieu au versement d'intérêts. Dans d'autres cas, par exemple lorsque le mouvement de fonds est lié à l'achat et à la vente de biens et services dans des conditions normales de crédit, les « transactions » ne seraient pas considérées comme donnant lieu à des versements d'intérêts dans le cadre de l'analyse de comparabilité. Pour les établissements stables d'institutions non financières, la fourniture de biens et

services au sein de l'entreprise est susceptible de donner lieu à un grand nombre de mouvements de fonds d'un faible montant. Dans un souci de simplification administrative, il est donc proposé de faire une exception à l'application stricte de l'hypothèse de travail dans de tels cas. Selon cette proposition, l'hypothèse de travail ne prendrait pas en compte les versements internes « d'intérêts » pour les institutions non financières mais au contraire un montant approprié des intérêts effectivement versés par l'entreprise serait réparti entre ces différentes parties.

158. Le problème qui se pose ensuite est de savoir comment répartir les versements d'intérêts pour les institutions non financières entre les différentes parties de l'entreprise. Il y a lieu de noter que seuls les versements d'intérêts de pleine concurrence de l'entreprise dans son ensemble seraient imputés. Cela pourrait nécessiter l'application des règles de fixation des prix de transfert qui figurent à l'Article 9 d'une convention fiscale applicable ou dans la législation interne en l'absence d'une telle convention si une partie des versements d'intérêts de l'entreprise concerne des transactions avec des entreprises associées.

159. Deux approches sont souvent mentionnées pour l'attribution des intérêts effectivement versés par l'entreprise à son établissement stable : (1) une approche fondée sur le suivi et (2) une approche fondée sur la fongibilité. Un certain nombre de pays utilisent actuellement des variantes de ces approches. Selon une approche « pure » fondée sur le suivi, tout mouvement interne de fonds transférés à un établissement stable est retracé jusqu'à la fourniture initiale de fonds par des tiers. Le taux d'intérêt applicable aux fonds fournis à l'établissement stable est considéré comme étant le même que le taux effectivement versé par l'entreprise au tiers qui a fourni les fonds. Selon une approche « pure » fondée sur la fongibilité, les fonds empruntés par un établissement stable d'une entreprise sont considérés comme contribuant au besoin de financement de l'ensemble de l'entreprise et non pas simplement à ceux de l'établissement stable en particulier. Cette approche laisse de côté les mouvements effectifs de fonds au sein de l'entreprise et tous les paiements d'intérêts entre succursales ou entre le siège et les succursales. Chaque établissement stable se voit attribuer une part des intérêts versés par l'ensemble de l'entreprise à des tiers sur une base déterminée à l'avance.

160. L'approche fondée sur le suivi comme l'approche fondée sur la fongibilité pose des problèmes, du moins sous leur forme pure. Les commentaires sur l'article 7 du Modèle restent équivoque sur ce point. On peut lire au paragraphe 18.2 :

« L'approche suggérée antérieurement dans ces commentaires, à savoir une répartition à la fois directe et indirecte des dettes effectives, s'est révélée irréalisable, notamment parce qu'elle n'était guère susceptible d'être appliquée de manière uniforme. Par ailleurs, il est notoire que la répartition indirecte des charges d'intérêt en totalité ou de la partie de ces intérêts qui restent après certaines imputations directes, se heurtent à des difficultés pratiques. De plus, il est bien connu que la répartition directe des charges totales d'intérêt peut ne pas refléter de façon fidèle les coûts de financement de l'établissement stable puisque le contribuable est à même de contrôler l'endroit où les emprunts sont contractés et certains ajustements peuvent s'avérer nécessaires pour traduire la réalité économique ».

Des ajustements sont effectués par certains pays pour refléter la réalité économique en cas de dettes non récupérables. Ils considèrent que le risque pour l'entreprise en cas de défaut de paiement est limité à l'actif particulier qui a été financé.

161. Aucune conclusion ferme n'a encore été tirée au-delà de l'accord pour ne pas imputer « d'intérêts » aux mouvements internes de fonds au sein d'une institution non financière. Certains pays sont favorables à une approche fondée sur la fongibilité tandis que d'autres souhaitent pouvoir conserver la trace des versements effectués aux institutions non financières. D'autres ont préféré une approche plus flexible notamment en suivant la trace des « grosses opérations » et en adoptant une approche fondée sur la

fongibilité pour le reste des actifs. Ces questions devront être étudiées d'une manière plus approfondie et font l'objet d'un examen attentif du Groupe de direction. **Des commentaires sur ce point seraient particulièrement bienvenus.**

3. Application de l'hypothèse de travail pour l'ajustement des intérêts versés réclamés par un établissement stable

162. Enfin, une fois que le montant de pleine concurrence du capital « libre » attribué à un établissement stable a été déterminé, il est nécessaire d'effectuer des comparaisons avec le capital « libre » qui a pu être attribué à l'établissement stable par l'entreprise. Lorsque le montant du capital « libre » attribué par l'entreprise est inférieur au montant correspondant au principe de pleine concurrence comme on l'a vu ci-dessus, il y a lieu de procéder à l'ajustement approprié pour réduire le montant des intérêts versés réclamés par l'établissement stable et faire apparaître le montant du capital « libre » de l'entreprise qui est effectivement nécessaire pour servir de garantie aux activités de l'établissement stable.

163. Lorsque les dettes portant intérêt attribuées à l'établissement stable (y compris les versements « d'intérêts » au titre de mouvements internes de fonds qui ont été reconnus) couvrent une partie du montant de pleine concurrence du capital « libre » qui peut être imputé à l'établissement stable, les intérêts correspondant au montant ainsi couvert ne sont pas déductibles dans le calcul des bénéfices imposables de l'établissement stable. Dans certains cas, les comptes de l'établissement stable peuvent identifier expressément les intérêts dus sur le montant du capital « libre » qui a été garanti par un emprunt assorti d'un intérêt. Dans ces cas, il peut être assez simple de déterminer le montant des intérêts non déductibles. Dans d'autres cas, les comptes de l'établissement stable ne permettent pas d'identifier directement les intérêts spécifiques qui sont dus au titre du montant du capital « libre » qui a été couvert par des emprunts portant intérêt. Cela pose la question de savoir comment déterminer le montant des intérêts non déductibles.

164. L'une des méthodes de détermination du montant des intérêts non déductibles pourrait consister simplement à imputer le montant effectif des intérêts que l'établissement stable prétend avoir versés (après avoir opéré les ajustements nécessaires pour se conformer au principe de pleine concurrence) en utilisant un ratio fondé sur le montant moyen de la dette de l'établissement stable au cours de l'année et le montant moyen de la dette qui aurait été observée au cours de cette année si des ajustements avaient été effectués pour faire apparaître le capital « libre » additionnel qui aurait dû être imputé à l'établissement stable. Une autre méthode pourrait consister à utiliser une moyenne pondérée des taux effectivement appliqués aux dettes imputées à l'établissement stable. Il est également souhaitable de permettre l'utilisation d'autres méthodes lorsque les résultats obtenus sont plus acceptables pour le contribuable et pour l'administration fiscale du pays d'accueil.

4. Application de l'hypothèse de travail pour la détermination de la cote de crédit dans l'établissement stable

165. La section D-1(ii) de la partie II examine d'une manière assez détaillée la question de l'attribution d'une cote de crédit à un établissement stable et conclut, en ce qui concerne les banques et les entreprises financières similaires, que dans le cadre de l'hypothèse de travail, la cote de crédit attribuée à l'établissement stable est la même que celle de l'entreprise dans son ensemble. Cette conclusion s'applique également aux institutions non financières.

(e) Documents

166. L'hypothèse de travail consisterait également à appliquer, par analogie, les indications qui figurent au chapitre V des Principes directeurs sur les documents à utiliser. En particulier, les critères qui s'appliquent actuellement aux documents concernant les transactions s'appliqueraient aussi à ceux qui concernent les opérations et le résumé des recommandations qui figurent aux paragraphes 5.28 et 5.29 des Principes directeurs devrait être suivi. L'application de ces orientations dans le contexte de l'établissement stable ne devrait pas donner lieu à des difficultés conceptuelles particulières. En fait, un grand nombre de problèmes posés par l'obtention d'informations de source extérieure au territoire du pays d'accueil dans le cas d'une entreprise associée ne se poseraient pas dans le contexte de l'établissement stable. Par exemple, c'est la même entité juridique qui est redevable de l'impôt aussi bien dans le pays d'accueil que dans le pays d'origine. Les informations de source extérieure au territoire où se trouve l'établissement stable, telles que les informations émanant du siège, doivent être sous le contrôle du même contribuable. Cela contraste avec le cas de l'entreprise associée, dans lequel il est possible que les informations équivalentes ne se trouvent pas sous le contrôle de la filiale mais soient détenues par une entité juridique distincte, la société-mère. En résumé, dans le contexte de l'établissement stable, les informations disponibles dans le pays d'origine devraient être facilement communiquées au pays d'accueil et vice versa.

167. Cependant, comme les opérations n'ont pas toujours été reconnues en vue de l'imputation de bénéfices, les contribuables risquent d'être moins habitués à fournir des documents les concernant que lorsqu'il s'agit de transactions avec des entreprises associées. Cela pourrait expliquer certaines difficultés potentielles de l'application pratique de l'hypothèse de travail qui sont apparues à la suite du processus d'évaluation. Il pourrait donc être nécessaire que les administrations fiscales assurent l'information des contribuables dans ce domaine afin de faire en sorte que les opérations donnent lieu à la fourniture d'une documentation suffisante conformément aux indications qui figurent au chapitre V des Principes. Les administrations fiscales et les contribuables devraient également suivre les indications générales figurant au chapitre V sur ces questions.

D. Interprétation du paragraphe 3 de l'article 7

168. Pour attribuer des bénéfices à un établissement stable conformément au principe de pleine concurrence, il faut aussi prendre en considération le texte de l'article 7(3) qui prévoit que :

“Pour déterminer les bénéfices d'un établissement stable, sont admises en déduction les dépenses exposées aux fins poursuivies par cet établissement stable, y compris les dépenses de direction et les frais généraux d'administration ainsi exposés, soit dans l'Etat où est situé cet établissement stable, soit ailleurs.”

169. L'article 7(3) est sujet à diverses interprétations, et les pays Membres ont examiné tout un éventail de possibilités. Les perspectives de l'article 7(3) tendent à être centrées sur deux interprétations concurrentes. Une des interprétations est que la disposition vise principalement à faire en sorte que les dépenses au titre d'une activité de l'établissement stable ne soient pas refusées pour des raisons non valables, en particulier parce que ces dépenses sont encourues hors du pays où se trouve l'établissement stable, ou parce qu'elles ne sont pas encourues exclusivement pour l'établissement stable. L'autre interprétation de l'article 7(3) modifie le principe de pleine concurrence énoncé à l'article 7(2), en affirmant que (1) les coûts imputables à l'établissement stable doivent être déduits même s'ils sont supérieurs à ceux qu'encourrait une partie agissant en pleine concurrence et (2) une autre division de l'entreprise ne peut pas récupérer davantage que ses coûts au titre des dépenses encourues pour les fins poursuivies par l'établissement stable, à moins que ces dépenses ne concernent directement des opérations avec des tiers. Pour analyser ces positions, on s'est référé à l'historique de l'article 7(3), à la visée initiale

de la disposition, à la façon dont les pays Membres appliquent cette disposition et aux vues exprimées par les pays Membres au sujet du rôle que devrait jouer le paragraphe.

170. L'historique de l'article 7(3) tendrait à étayer le point de vue selon lequel la visée initiale de la disposition était simplement de faire en sorte que les dépenses appropriées soient déductibles du bénéfice d'un établissement stable, sans violation du principe de pleine concurrence. De fait, il ressort de l'historique que l'article 7(3) n'avait pas pour objet de modifier le principe de pleine concurrence. Les questions concernant l'attribution de bénéfices pour les activités du siège social ont été expressément mentionnées dans le projet de la SDN de 1933, bien des années avant l'origine de l'article 7(3), de sorte que la question était certainement connue et aurait pu être traitée en liaison avec la parution de l'article 7(3), si telle avait été l'intention. Toutefois, lorsque l'article 7(3) fait sa première apparition dans le Modèle de convention de la SDN de Londres de 1946, l'objectif explicite est sans lien avec la question des bénéfices : "Il existe effectivement, dans la plupart des entreprises ayant deux établissements ou plus, certains postes de dépenses qui doivent nécessairement être répartis de façon à réaliser l'objectif de la comptabilité séparée, qui est de placer les succursales d'entreprises étrangères sur un pied d'égalité avec les entreprises locales".

171. Par la suite, le fondement historique de l'article 7(3) a été quelque peu brouillé par les efforts faits pour aborder la question de l'attribution des bénéfices dans le projet de commentaires relatifs au Modèle de Convention fiscale l'OCDE de 1963. Ce projet de commentaires évoquait divers aspects de la question de l'attribution de bénéfices sous la référence de l'article 7(3). La question abordée était celle de savoir si les déductions admises dans le calcul des bénéfices d'un établissement stable pour certaines catégories de dépenses (par exemple les paiements internes d'"intérêts" et de "redevances") devraient être les coûts effectifs encourus ou des prix de pleine concurrence. Toutefois, le paragraphe 14 des commentaires précise : "il convient d'examiner [ces paiements] à ce stade", probablement parce que l'analyse générale de la ventilation des dépenses apparaît sous le même titre. La version originale du paragraphe 13 des commentaires démontre le rôle limité dévolu à l'article 7(3) : "Ce paragraphe rend explicite, pour ce qui concerne les dépenses d'un établissement stable, la directive générale figurant au paragraphe 2. *Il a son utilité ne serait-ce que pour faire disparaître les doutes*" (c'est nous qui soulignons). Le libellé de l'article 7(2) a ensuite été modifié dans le Modèle de Convention fiscale de 1977 avec l'adjonction des termes "sous réserve des dispositions du paragraphe 3". Cette modification a contribué à créer l'impression trompeuse d'un conflit de principe entre l'article 7(2) et l'article 7(3).

172. Les modifications apportées aux commentaires du Modèle en mars 1994 ont eu pour but de clarifier la visée de l'article 7(3) en précisant au paragraphe 17 que : "il n'y a pas de différence de principe entre les deux paragraphes". Ce même paragraphe ajoutait que l'article 7(2) ne devait pas être interprété comme stipulant que : "les prix des transactions entre l'établissement stable et le siège doivent normalement être fixés dans des conditions de pleine concurrence... tandis que les termes du paragraphe 3 laissent entendre que la déduction des dépenses encourues pour l'établissement stable doit correspondre au coût effectif de ces dépenses." Malheureusement, les termes du paragraphe 14 du Modèle de 1963 ("il convient d'examiner [ces paiements] à ce stade") concernant la place de cette analyse ont disparu au fil des modifications.

173. En somme, il apparaît que la visée initiale de l'article 7(3) était de faire en sorte que les dépenses au titre de l'activité d'un établissement stable puissent être déduites des bénéfices attribués à un établissement stable indépendamment du lieu où elles ont été encourues (dans le pays dont relève l'établissement stable, du siège social, ou d'une autre division de l'entreprise). Le libellé initial ne semble pas avoir envisagé une modification du principe de pleine concurrence. Toutefois, étant donné le libellé des commentaires du Modèle et de la formule "sous réserve des dispositions du paragraphe 3" qui figure à l'article 7(2), il est possible d'interpréter l'article 7(3) d'une autre façon. En particulier, certains pays Membres ont interprété l'article 7(3) comme apportant les deux modifications au principe de pleine

concurrence de l'article 7(2), à savoir que : (1) les coûts imputables à l'établissement stable doivent être déduits même s'ils sont supérieurs aux coûts de pleine concurrence, et (2) une autre division de l'entreprise ne peut pas récupérer plus que ses coûts au titre de dépenses encourues aux fins poursuivies par l'établissement stable, à moins que ces dépenses ne soient liées directement à des opérations avec des tiers.

174. La plupart des pays Membres, notamment ceux qui interprètent l'article 7(3) comme exigeant les modifications susvisées du principe de pleine concurrence, estiment qu'il serait préférable que l'article 7(3) n'entraîne pas de modifications du principe de pleine concurrence. En conséquence, l'hypothèse de travail est que le rôle de l'article 7(3) consiste simplement à assurer que les dépenses au titre de l'activité d'un établissement stable ne soient pas refusées pour des raisons non valables, en particulier parce qu'elles sont encourues hors du pays dont relève l'établissement stable, ou parce qu'elles ne sont pas encourues exclusivement pour l'établissement stable. On notera qu'à partir de l'examen de l'article 7(2), cette hypothèse de travail ne rend pas obligatoire l'attribution d'un bénéfice dans la plupart des cas (voir paragraphe 123 ci-dessus). En outre l'hypothèse de travail détermine seulement les dépenses qui doivent être attribuées à l'établissement stable. Elle ne détermine pas si ces dépenses, une fois attribuées, sont déductibles pour le calcul des bénéfices de l'établissement stable. Cela sera déterminé par le droit interne du pays d'accueil.

E. Interprétation du paragraphe 4 de l'article 7

175. Le Modèle de convention fiscale de l'OCDE contient, dans son article 7(4), une autre disposition pour l'attribution de bénéfices à un établissement stable :

“S’il est d’usage, dans un Etat contractant, de déterminer les bénéfices imputables à un établissement stable sur la base d’une répartition des bénéfices totaux de l’entreprise entre ses diverses parties, aucune disposition du paragraphe 2 n’empêche cet Etat contractant de déterminer les bénéfices imposables selon la répartition en usage ; la méthode de répartition adoptée doit cependant être telle que le résultat obtenu soit conforme aux principes contenus dans le présent article.”

176. Des inquiétudes ont été exprimées sur le fait que le texte de l'article 7(4) n'exige pas le recours aux méthodes purement transactionnelles de bénéfices autorisées au chapitre III des Principes applicables en matière de prix de transfert et qu'il ne suit pas la hiérarchie des méthodes esquissée dans ce chapitre, puisque les méthodes de bénéfices sont admises si elles sont en usage, et non en dernier ressort. En outre, l'article 7(4) fait état d'une "répartition des bénéfices totaux (c'est nous qui soulignons) de l'entreprise entre ses diverses parties", aussi la méthode évoquée ne pourrait avoir un caractère transactionnel que si les bénéfices totaux à répartir pouvaient être agrégés à partir des différentes transactions conformément aux principes exposés au chapitre I partie C(iii) des Principes applicables en matière de prix de transfert. C'est fort improbable, à moins que l'établissement stable n'exerce l'éventail complet des activités menées par l'entreprise dans son ensemble ou que l'entreprise elle-même n'exerce qu'une seule activité.

177. Toutefois, il existe des garde-fous contre une adoption trop généralisée de l'approche décrite à l'article 7(4). Le paragraphe 25 des commentaires du Modèle indique clairement qu'une telle méthode :

“convient en général moins bien qu’une méthode qui ne vise que les activités de l’établissement stable ; elle ne devrait être utilisée que lorsque, à titre exceptionnel, elle a été traditionnellement employée de manière courante par le passé et que, de façon générale, les autorités fiscales comme les contribuables des pays intéressés la jugent satisfaisante.”

178. Cette disposition empêche semble-t-il que cette méthode ne soit appliquée par des pays qui n'ont pas employé jusqu'ici de telles méthodes, ou dans de nouveaux secteurs d'activité. En outre, le texte

ci-dessus implique, comme le confirme l'historique, que le recours à l'article 7(4) n'est devenu courant que dans les secteurs où il ne s'est pas révélé possible d'appliquer l'approche de l'entreprise distincte définie à l'article 7(2). Les commentaires relatifs au Modèle indiquent aussi clairement, à la fin du paragraphe 25, que dans le cadre des conventions bilatérales, la disposition "peut être supprimée lorsqu'aucun des Etats n'utilise une telle méthode."

179. L'approche décrite à l'article 7(4) peut également être distinguée de la méthode de répartition globale selon une formule récusée au chapitre III des Principes applicables en matière de prix de transfert. La raison en est que la dernière phrase de la disposition stipule clairement que le résultat d'une répartition en vertu de l'article 7(4) devrait être conforme aux autres principes de l'article, et notamment au principe de pleine concurrence, tel qu'il s'applique aux établissements stables en vertu de l'article 7(2). Cependant, le fait qu'une attribution sur la base de cette disposition s'effectue à partir d'une attribution des bénéfices totaux signifie que, dans la pratique, il peut s'avérer très difficile de parvenir à ce résultat.

180. Compte tenu des réserves ci-dessus, l'utilisation possible de cette approche dans un très petit nombre de cas ne devrait pas affaiblir l'engagement en faveur des méthodes transactionnelles exprimé dans les chapitres II et III des Principes. Toutefois, les pays Membres estiment que cette méthode de répartition n'est pas compatible avec les directives concernant le principe de pleine concurrence données dans les Principes, ou qu'il est extrêmement difficile de faire en sorte que le résultat de l'application de cette méthode soit conforme au principe de pleine concurrence. Les pays Membres considèrent aussi que des méthodes autres que la répartition des bénéfices totaux pourraient être applicables, même dans les cas les plus difficiles. En conséquence, l'hypothèse de travail consiste à considérer que seuls les paragraphes 1, 2 et 3 de l'Article 7 sont nécessaires pour déterminer l'attribution de bénéfices à un établissement stable. Une exception possible à la conclusion ci-dessus concerne l'attribution de bénéfices à un établissement stable exerçant des activités d'assurance. Le Groupe de direction a l'intention de vérifier la proposition selon laquelle (étant donné que selon l'Hypothèse de Travail, seuls les paragraphes 1, 2 et 3 de l'Article 7 sont nécessaires pour déterminer l'attribution de bénéfices à un établissement stable) il n'y a pas toujours lieu d'utiliser l'Article 7(4).

F. Interprétation du paragraphe 5 de l'article 7

181. Un autre exemple de problèmes posés par l'application de la méthode de l'entité distincte dans la situation particulière d'une entreprise qui exerce ses activités par l'intermédiaire d'un établissement stable est décrit par l'article 7(5) du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, qui interdit l'imputation de bénéfices à un établissement stable "du fait qu'il a simplement acheté des marchandises pour l'entreprise". Les commentaires relatifs au Modèle font état au paragraphe 30 d'un établissement stable qui "bien qu'il exerce également d'autres activités industrielles ou commerciales, effectue des achats pour son siège central". Les commentaires précisent que tous les bénéfices et dépenses résultant des activités d'achat seront exclus du calcul des bénéfices imposables.

182. Cela ne cadre pas nécessairement avec le cas qui se produirait lorsqu'une entreprise indépendante "achète simplement" des biens ou des marchandises pour le compte d'une autre entreprise indépendante. Dans ces circonstances, l'acheteur serait rémunéré dans des conditions de pleine concurrence pour ses services en tant qu'agent chargé d'effectuer les achats pour l'autre entreprise. Un problème pratique est également posé par la détermination des dépenses de l'établissement stable qui se rattachent aux activités d'achat et de celles qui doivent être exclues. En outre, les raisons pour lesquelles les restrictions applicables à l'imputation de bénéfices qui figurent à l'article 7(5) sont limitées au cas où l'établissement stable achète simplement des biens ou des marchandises n'apparaissent pas clairement. Ce cas ne semble guère différent en principe de celui où, au lieu d'acheter des marchandises, l'établissement stable exerce l'une des autres

activités mentionnées à l'article 5(4) telles que la collecte d'informations, qui ne sont pas suffisantes en elles-mêmes pour donner naissance à un établissement stable.

183. De l'avis des pays Membres du Groupe de direction, l'article 7(5) n'est pas compatible avec le principe de pleine concurrence et il n'est pas justifié. L'hypothèse de travail est qu'il n'est pas nécessaire d'avoir une règle spéciale pour un "simple achat". Il ne doit pas y avoir de limite à l'attribution de bénéfices à l'établissement stable dans ces cas, hormis la limite imposée par l'application du principe de pleine concurrence.

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

A. Introduction

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

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

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

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

4. Cette section étudiera les principales fonctions d'une entreprise bancaire traditionnelle (à savoir l'emprunt et le prêt de fonds) aussi bien du point de vue des fonctions exercées lors de la création d'un actif

financier (un prêt) que des fonctions ultérieurement exercées durant la vie de cet actif financier. Conformément à l'approche préconisée au Chapitre I des Principes, l'analyse des fonctions exercées prend également en compte les actifs utilisés et les risques assumés dans l'exercice de ces fonctions.

B-1 Fonctions exercées

(i) Fonctions allant de pair avec la création d'un nouvel actif financier - un prêt

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

- a) Vente/Commercialisation - par exemple, cultiver les relations avec les clients potentiels, créer des relations avec des clients et amener des clients à négocier des offres commerciales ;
- b) Vente/Soutien (phase préliminaire) - par exemple, évaluer le risque de crédit lié à une nouvelle opération, déterminer la solvabilité du client, vérifier l'encours global de crédit de la banque vis-à-vis d'un client ;
- c) Vente/Négociation - par exemple, négocier les termes du contrat avec le client, décider s'il convient ou non d'avancer des fonds et si oui, à quelles conditions, décider de l'ampleur acceptable des risques de crédit, de change et de marché, définir la tarification du prêt, envisager s'il convient de prévoir des sûretés ou une amélioration de la notation et obtenir l'engagement de la banque (et de ses ressources) en faveur du prêt, etc. ;
- d) Négociation/Trésorerie - par exemple, recevoir des dépôts, collecter des fonds pour permettre de consentir des prêts aux conditions les plus avantageuses et mise à disposition des fonds ; enfin,
- e) Ventes/Soutien (phase contractuelle)- par exemple, vérifier les projets de contrats et effectuer les formalités du contrat, résoudre les éventuelles questions juridiques en suspens, vérifier les sûretés remises, signer le contrat, inscrire l'actif financier dans les comptes de l'entreprise et déboursier les fonds prêtés.

(ii) Fonctions allant de pair avec la gestion d'un actif financier existant - un prêt

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

- a) Soutien des prêts - par exemple, administrer le prêt, collecter les intérêts aux échéances, suivre les remboursements et vérifier la valeur des éventuelles sûretés remises ;
- b) Suivre les risques assumés par suite de la conclusion du contrat de prêt - par exemple, vérifier la cote de crédit du client, suivre l'encours global de crédit du client vis-à-vis de la banque, suivre les risques de taux d'intérêt et de contrepartie, analyser la rentabilité du prêt et la rentabilité des capitaux engagés, vérifier l'efficience de l'utilisation du capital réglementaire, etc. ;
- c) Gérer les risques assumés par suite de la conclusion du contrat - par exemple, décider si la banque doit continuer de supporter les divers risques et jusqu'à quel point, par exemple, en transférant le risque de

crédit à un tiers par le biais de produits dérivés de crédit ou en couvrant le risque de taux d'intérêt par l'achat de valeurs mobilières, en réduisant l'importance globale des risques par le regroupement d'un nombre de risques individuels et l'identification de compensations internes et en gérant activement les risques résiduels assumés par la banque, par exemple par la couverture de ces risques résiduels ou en laissant des positions de risque ouvertes dans l'espoir de bénéficier d'une évolution favorable du marché, etc., décisions concernant la passation par profits et pertes des créances irrécouvrables ;

- d) Trésorerie -- c'est-à-dire gestion de la position financière globale des banques (financement des déficits ou investissement des excédents sur le marché) y compris la gestion du risque de taux d'intérêt et des positions de risque de liquidité de la banque, allocation du coût des fonds collectés par la banque dans son ensemble pour ses succursales/établissements, congruence de la durée des opérations d'emprunt et de prêt et maximisation de l'efficacité de l'utilisation des fonds propres réglementaires et de la rentabilité des capitaux engagés ;
- e) Vente/négociation - par exemple, refinancer le prêt, décider de le céder ou de le titriser, le commercialiser auprès d'acheteurs potentiels, tarifier le prêt, négocier les conditions contractuelles de la vente, effectuer les formalités de vente, etc., décider s'il faut renouveler ou prolonger le prêt et si oui, à quelles conditions.

(iii) *Autres fonctions*

7. Les fonctions décrites précédemment sont celles qui sont le plus directement liées à la création, puis à l'administration d'un prêt. Toutefois, comme pour toute entreprise, il convient de se doter d'une certaine infrastructure sur laquelle ont besoin de reposer ces fonctions, souvent centralisées au siège social. La plupart de ces fonctions, administration générale, définition de stratégies commerciales, développement de systèmes informatiques, recherche, fonctions de gestion de personnel, etc. ne sont pas réservées aux opérations bancaires. Ces fonctions sont parfois classées dans la catégorie du « post marché » ou dans une catégorie de services intermédiaires, les fonctions de « post marché » étant généralement considérées comme apportant moins de valeur économique à l'entreprise et comme méritant par conséquent une rémunération moindre. Les fonctions liées au contrôle de la gestion de l'ensemble des fonds propres et de l'encours de risque sont peut-être un domaine particulièrement important pour une banque. Les banques sont normalement dotées de commissions qui définissent des limites de risque en cascade - il va y avoir une limite de risque global pour la banque et une limite générale pour différents types de risques (par exemple, le risque de crédit) et des limites pour certaines lignes de produits ou services, etc.

B-2 *Actifs mis en œuvre*

8. Les Principes notent au paragraphe 1.20 que la rémunération correspondra en général non seulement aux fonctions assumées, mais aussi aux actifs mis en œuvre et aux risques assumés dans l'exercice de ces fonctions. L'analyse fonctionnelle devra étudier quels ont été les actifs mis en œuvre et les risques assumés lors de la création, puis de la gestion d'un prêt. Pour les banques, les actifs les plus importants qui sont utilisés sont les actifs financiers, tels que les prêts, les espèces, les réserves et autres placements liquides. Ces actifs sont « utilisés » par la banque pour générer des revenus bruts sous forme d'intérêts et de revenus équivalents.

9. Les banques utilisent aussi des actifs physiques, comme les locaux de leurs succursales, les systèmes informatiques, etc. et par conséquent l'analyse fonctionnelle devra examiner les actifs non financiers qui sont utilisés par l'établissement stable. La section C-1(ii) de la Partie I de ce rapport donne des indications à cet égard. On peut être amené à les prendre en compte dans le cadre d'une analyse de comparabilité lors de la deuxième étape de l'Hypothèse de travail. Par exemple, les services bancaires aux

particuliers par l'Internet ou par téléphone sont moins onéreux que des services assurés dans des succursales, en partie parce qu'ils ne nécessitent pas de réseau physique de succursales ouvertes aux particuliers pour distribuer leurs produits et qu'ils mettent donc en œuvre moins d'actifs physiques onéreux (comme les locaux de succursales).

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

11. L'importance du capital dans le financement des opérations d'une entreprise bancaire pose la question de savoir comment traiter le capital lorsqu'on entreprend une analyse fonctionnelle (prenant en compte les actifs utilisés et les risques assumés). La question du capital est inextricablement liée à celle de la prise de risque. Les banques ne peuvent assumer un risque additionnel matériel sans affecter leur cote de crédit à moins qu'elles n'augmentent en conséquence leurs fonds propres. Le montant ainsi que la nature des risques assumés jouent donc un rôle important dans la détermination des fonds propres dont une banque a besoin. Il est par conséquent suggéré d'entreprendre pour les banques et autres institutions financières une analyse fonctionnelle tenant compte des actifs utilisés et des risques assumés selon les mêmes modalités que pour les institutions non financières. L'analyse des risques assumés comporterait un examen des aspects relatifs au niveau des fonds propres et à leur affectation qui sont susceptibles de présenter une importance particulière pour les banques et autres institutions financières.

B-3 Risques assumés

12. Dans une entreprise bancaire, l'évaluation convenable des "risques assumés" revêt une importance primordiale. Le métier de banquier, comme toutes les autres activités financières, repose sur la prise de risques (assumés) vis-à-vis des clients. Dans une entreprise bancaire, la création d'un prêt implique l'acceptation de divers types de risques par la banque, dont les risques suivants sont traditionnellement considérés comme les plus importants aux fins de la fiscalité ;

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

13. Il convient de noter qu'il existe d'autres types de risques, tels que le risque de pays et le risque juridique/de règlement qui peuvent avoir de l'importance dans certains cas. Le Comité de surveillance bancaire de Bâle a récemment annoncé qu'il envisageait d'élargir le champ d'étude des risques nécessitant un niveau minimum de fonds propres au risque de taux d'intérêt dans le portefeuille d'opérations bancaires et au risque opérationnel. Il conviendra de suivre attentivement ces évolutions pour faire en sorte que tous les risques importants sur le plan fiscal soient pris en compte comme il convient lors d'une analyse fonctionnelle.

(i) *Cote de crédit*

14. La cote de crédit d'une banque est un facteur important à prendre en considération lors de toute analyse des prix de transfert dans la mesure où elle affecte la capacité d'emprunt de la banque, le taux auquel elle se procure ainsi des fonds et la marge brute qui peut être obtenue. En général et en l'absence d'assurance des dépôts, la cote de crédit d'une banque varie en raison inverse du taux d'intérêt qu'elle verse à ses investisseurs (ses déposants et les titulaires de ses titres de créance). Plus la cote de crédit de la banque est élevée, plus le taux d'intérêt qu'elle verse à ses investisseurs est faible. Cela tient au fait que les investisseurs imposent une prime de risque pour investir leur argent afin de tenir compte du risque de ne pas récupérer intégralement l'investissement et son rendement à l'échéance. La prime de risque représente le rendement additionnel (sous la forme d'un taux d'intérêt plus élevé) que l'investisseur s'attend à recevoir en compensation de son investissement dans une banque présentant plus de risque (par exemple une banque notée AA) plutôt que dans une banque plus sûre aux mêmes conditions (par exemple une banque notée AAA).

15. La cote de crédit correspond à la perception par une partie indépendante, l'agence de notation, de la probabilité de voir une société honorer ses engagements en ce qui concerne les éventuels emprunts qu'elle fait et les éventuels investissements qu'elle reçoit. Un certain nombre de facteurs sont pris en compte à cette occasion, le montant du capital réglementaire et libéré de la banque constituant de toute évidence un facteur important de cette notation. Parmi les autres facteurs significatifs, on peut mentionner une solide réputation et le fait d'avoir enregistré dans le passé une rentabilité constamment élevée. Certaines « niches » d'activités sont limitées aux entités bancaires qui ont la cote de crédit la plus élevée (par exemple, certains emprunteurs n'effectuent des transactions qu'avec des partenaires cotés AAA).

16. Il importe de noter qu'une cote de crédit est attribuée par l'agence à la banque dans son ensemble et non pas à ses différentes succursales (soit directement par l'évaluation de la succursale elle-même, soit indirectement par l'attribution d'une cote de crédit au groupe bancaire qui est traitée comme si cette cote s'appliquait à tous ses membres). En ce qui concerne le capital, cela traduit le fait que ce sont potentiellement les actifs et le capital de la banque dans leur ensemble qui sont disponibles pour couvrir les créances sur la banque indépendamment du lieu où l'actif donnant lieu à la créance se trouve.

(ii) *Normes de solvabilité*

17. Pour faire face aux montants matériels des risques décrits ci-dessus sans que cela ait une incidence défavorable sur sa cote de crédit, la banque a besoin de « capital », c'est-à-dire de la capacité d'absorber des pertes imprévues dues à la concrétisation de risques assumés, par exemple, la concrétisation d'un risque de crédit assumé, lorsque le client fait défaut et ne rembourse pas l'intégralité du prêt. Qui plus est, pour protéger les clients et pour préserver l'intégrité du système financier, les banques sont soumises à une réglementation officielle et doivent détenir un volume minimum de capital réglementaire (le capital réglementaire minimum) fondé sur les risques qu'elles assument dans l'exercice de leur activité. Dans ce domaine, la situation a beaucoup évolué depuis le rapport de 1984 (voir paragraphe suivant).

18. Le Comité des règles et pratiques de contrôle bancaires de Bâle (le Comité de Bâle) est l'organisme qui définit des normes de solvabilité acceptées internationalement, voir la publication de juillet 1988 intitulée « Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres » (l'accord de Bâle de 1988). L'accord de Bâle de 1988 fixe des niveaux minimums de fonds propres pour la couverture des risques de crédit des banques ayant des activités internationales tout en permettant aux autorités nationales d'adopter des dispositions fixant des niveaux de fonds propres plus élevés. Un certain nombre d'amendements ont été apportés à l'accord de Bâle de 1988 dont le plus important est de loin l'amendement de janvier 1996 à l'accord sur les fonds propres pour son extension aux risques de marché » (l'amendement de 1996 sur les risques de marché). Dans le présent rapport, sauf indication contraire, une référence à l'accord de Bâle de 1988 désigne le document initial ainsi que les amendements ultérieurs.

19. Le capital réglementaire est classé en différentes catégories de fonds propres, fondées plus ou moins sur la permanence du capital investi. Les capitaux les plus permanents sont les fonds propres de base qui se composent d'éléments comme les actions ordinaires libérées, les primes d'émission d'actions non remboursables, les réserves et les bénéfices réinvestis, les actions privilégiées non cumulatives et non remboursables. Les fonds propres complémentaires comprennent des éléments comme les instruments de dette subordonnée et les titres d'emprunt à échéance éloignée. Autre élément intéressant, lors du calcul des fonds propres de base, on applique normalement une déduction au titre du capital investi dans des banques affiliées afin de dissuader le système bancaire dans son ensemble, de mettre en place des participations croisées plutôt que de se procurer des fonds auprès de sources extérieures. Cependant, dans certaines circonstances, les autorités de tutelle autorisent le capital investi dans ces filiales à être pris en compte aux fins de la réglementation comme appartenant à la société mère. Cette question est examinée plus en détail au paragraphe 81 dans le cadre de l'attribution du capital à l'établissement stable.

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

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

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

le cédant à une structure de titrisation et en investissant les sommes ainsi obtenues dans des actifs moins risqués.

(iii) *Autres prescriptions de la réglementation*

23. Non seulement la réglementation définit des normes minimales de solvabilité, mais elle peut aussi comporter d'autres restrictions. Par exemple, elle peut prévoir que le capital réglementaire doit être investi dans certains actifs considérés comme "sûrs" tels que des obligations publiques, ou que les banques doivent constituer des réserves obligatoires sous forme de dépôts auprès de la banque centrale. Les banques préféreraient employer leurs fonds propres à travers leurs propres actifs de prêts qui génèrent normalement une rentabilité supérieure et il y a donc un "coût d'opportunité" suscité par la réglementation. De plus, ce coût d'opportunité varie selon le régime réglementaire, certaines juridictions étant plus rigoureuses que d'autres lorsqu'elles prescrivent le montant minimum du capital réglementaire, les réserves obligatoires ou les restrictions en matière de placements, etc. En conséquence, le capital réglementaire est une ressource rare pour une banque et il doit être mis en œuvre avec la plus grande efficacité possible pour faire en sorte que la banque crée et conserve les actifs financiers les plus rentables sur ses livres.

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

25. La concurrence en matière de réglementation et l'arbitrage posent un problème aussi bien pour les contribuables que pour les administrations fiscales, dans la mesure où cette concurrence ou cet arbitrage peut faire qu'un actif ne soit pas nécessairement comptabilisé sur le territoire où est générée la majeure partie des bénéfices afférents à cet actif. Dans ces cas, les comptes de la banque nécessitent des corrections considérables pour mettre précisément en évidence les lieux où les bénéfices ont été acquis au regard de la fiscalité.

(iv) *Importance du capital « libre »*

26. Les banques s'efforcent de dégager des bénéfices bruts de leurs opérations de prêt en veillant à percevoir plus d'intérêts des fonds prêtés qu'elles n'ont de charges d'intérêts au titre des fonds qu'elles se procurent. Dès lors que ces bénéfices bruts sont supérieurs aux autres charges liées à l'octroi et à la gestion du prêt (par exemple, les coûts induits par l'exercice des fonctions décrites précédemment), la banque dégagera un bénéfice net. Une façon de dégager un bénéfice brut consiste pour la banque à emprunter ses fonds à un taux d'intérêt inférieur au taux qu'elle facture au client pour un prêt. Il y a différentes façons d'y parvenir, par exemple en empruntant des fonds à court terme et en les prêtant à plus long terme pour tirer profit de la courbe des rendements des taux d'intérêt (les capitaux à court terme sont généralement moins coûteux que les capitaux à long terme) ou en bénéficiant d'une meilleure cote de crédit que le client (voir sous-section (i) ci-dessus).

27. Si l'ensemble des fonds prêtés au client est emprunté, la marge bénéficiaire brute attendue de la banque sera équivalente à un différentiel de taux d'intérêt correspondant aux fonctions exercées par la banque compte tenu des actifs utilisés et des risques assumés (par exemple la courbe des rendements ou le risque de crédit mentionnés au paragraphe précédent). La marge bénéficiaire brute attendue peut être améliorée si l'ensemble des fonds prêtés au client n'est pas emprunté. Cela suppose que la banque mette en œuvre une partie de ses ressources financières propres qui ne nécessite pas le paiement d'un intérêt - son capital "libre". Les fonds prélevés sur les bénéfices réinvestis ou résultant de l'émission d'actions sont les formes les plus courantes de capitaux « libres ». Le montant du capital « libre » aura un impact considérable sur le bénéfice potentiel qu'une banque peut réaliser et sur le montant de l'impôt dont elle sera redevable. Il s'agit donc là d'une question qui intéresse beaucoup les autorités fiscales. L'incidence particulière de ce point est examinée à la section D-1(iii).

C. Banques opérant par l'intermédiaire de filiales

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

D. Application de l'Hypothèse de travail aux banques opérant par l'intermédiaire d'un établissement stable

29. La partie I de ce rapport décrit les modalités d'application de l'Hypothèse de travail à un établissement stable en vue de vérifier l'application de cette hypothèse en général. Cette partie sera consacrée aux modalités d'application de l'Hypothèse de travail à un établissement stable bancaire en vue de vérifier l'application de cette hypothèse aux banques. L'approche adoptée consiste à décrire, à la Section D-1 la façon dont l'Hypothèse de travail s'appliquerait en général aux banques en accordant une attention particulière à la façon dont les concepts d'analyse fonctionnelle et d'analyse de comparabilité dans le cadre des prix de transfert nécessaires aux deux étapes de l'Hypothèse de travail pourraient être appliqués, par analogie, à un établissement stable de banque. La section D-2 examinera en détail la façon dont cette recommandation générale s'appliquerait à des situations spécifiques que l'on rencontre couramment dans le secteur bancaire.

D-1 Première étape : Déterminer les caractéristiques et les fonctions de l'entreprise fictive

30. Il convient, dans le cadre de la première étape de l'Hypothèse de travail, de considérer l'établissement stable comme une entreprise distincte "exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues". Comme l'explique la Partie I du présent Rapport (voir Section C-1) on procédera à cet effet à une analyse fonctionnelle et factuelle approfondie en vue d'identifier les activités et responsabilités importantes sur le plan économique exercées par l'entreprise dans son ensemble avant d'identifier celles de ces activités et responsabilités importantes sur le plan économique qui sont assumées par l'établissement stable, et dans quelle mesure. Bien que les contribuables puissent enregistrer des actifs dans certains territoires afin d'en tirer un avantage sur le plan fiscal, les résultats de ces pratiques comptables ne doivent pas être pris en compte lorsqu'ils sont incompatibles avec cette analyse

fonctionnelle. La section B contient une brève analyse fonctionnelle et factuelle générale des activités bancaires traditionnelles, à savoir l'emprunt et le prêt de fonds, qui devrait faciliter l'analyse fonctionnelle et factuelle d'une entreprise bancaire.

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

(i) *Attribution de fonctions à l'établissement stable*

32. Si l'on examine la description des fonctions nécessaires pour créer un nouvel actif financier, ou pour le gérer par la suite, description qui figure plus haut aux paragraphes 5 et 6, on voit que l'ensemble des fonctions sont exercées par du personnel, ce que l'on appelle des “fonctions humaines”. En conséquence, l'analyse fonctionnelle doit permettre de déterminer quelles sont les fonctions exercées par l'établissement stable en vérifiant si les personnes exerçant ces fonctions travaillent dans l'établissement stable. Toutefois, il peut aussi être nécessaire de déterminer si certaines des fonctions générales de soutien décrites plus haut au paragraphe 7, bien qu'exercées en dehors de l'établissement stable, ne doivent pas néanmoins être prises en compte pour l'attribution des bénéfices à cet établissement, dans la mesure où elles sont liées au moins en partie à ses fonctions et caractéristiques. On le fera en appliquant la recommandation générale sur les services qui figure dans la Partie I de ce rapport. L'application de cette recommandation générale au contexte bancaire est évoquée plus loin dans la section D-2(iii)(f).

33. Des problèmes fiscaux se posent en particulier lorsque les fonctions liées à la création et à la gestion d'un actif sont exercées en plusieurs lieux, situation dite de “l'éclatement des fonctions”. On peut percevoir l'importance de ce problème lorsqu'il s'agit de déterminer dans le cadre de la seconde étape de l'Hypothèse de travail une rémunération de pleine concurrence pour l'exercice des différentes fonctions. Par exemple, si toutes les fonctions énumérées aux paragraphes 5 et 6 étaient exercées par l'établissement stable, il n'y aurait que peu d'éléments à prendre en compte dans le cadre de la seconde étape de l'Hypothèse de travail, sauf si les circonstances changeaient et que d'autres composantes de l'entreprise commençaient à exercer certaines des fonctions de gestion de l'actif (qui sont examinées ci-dessous à la section D-2 (iii)(b)). Toutefois, lorsque l'analyse fonctionnelle fait apparaître que certaines des fonctions donnant lieu à la création d'un nouvel actif financier ont été exercées par d'autres composantes de l'entreprise, il s'agit d'“opérations” entre l'établissement stable et les autres composantes de l'entreprise qui doivent être prises en compte dans le cadre de la seconde étape de l'Hypothèse de travail (que l'on évoquera plus loin dans la section D-2 (iii)(a)(1) et (iii)(a)(2)).

34. De même qu'on analyse chacune des fonctions exercées par l'établissement stable dans le détail, il convient également de vérifier quels actifs sont mis en œuvre et quels sont les risques assumés dans l'exercice de ces fonctions. En ce qui concerne les actifs mis en œuvre, les éléments incorporels les plus importants mis en œuvre dans une entreprise bancaire ont déjà été mis en évidence plus haut au paragraphe 10. On ne considère pas que l'activité bancaire pose de quelconques problèmes particuliers qui appellent des recommandations allant au-delà des recommandations générales déjà données dans la Partie I de ce rapport. En ce qui concerne les risques assumés ce sont les résultats obtenus par les fonctions de

vente/négociation qui donnent lieu à la prise initiale de risque la plus importante (risque de crédit, risque d'opérations et risque de marché). Il incombe ensuite à la fonction de gestion du risque de faire en sorte que les risques assumés soient gérés d'une manière satisfaisante. En conséquence, c'est l'exercice des fonctions de vente/négociation et de gestion du risque qui ouvre la possibilité de pertes considérables pour la banque et appelle la présence d'un capital réglementaire minimum, en particulier de capital « libre ». Pour ce qui est des autres fonctions, le risque de perte ne touche qu'aux tâches de personnel encourues, par exemple le temps passé par un démarcheur auprès d'un client potentiel qui ne devient jamais client de la banque.

(ii) *Attribution d'une cote de crédit à l'Etablissement Stable*

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

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

37. En revanche, supposons que la succursale soit une entreprise bancaire juridiquement distincte dont la cote de crédit est inférieure à celle de la banque mère, par exemple AA. Elle ne peut alors « emprunter » qu'à 5.1%. Son client coté AAA ne paiera pas plus de 5.05% pour un prêt sur trois ans ce qui ferait subir à la succursale une perte de 0.15% si elle emprunte les fonds pour les reprêter sur une même durée de trois ans. (NB. La banque cotée AA pourrait prêter à l'entreprise cotée AAA en pouvant s'attendre à réaliser un bénéfice mais seulement en profitant de la courbe des rendements et en empruntant les fonds pour une période plus courte, par exemple 6 mois, que la durée du prêt qui est de trois ans (voir paragraphe 22 ci-dessus). Le prêteur se trouverait ainsi exposé au risque de courbe de rendement, c'est-à-dire au risque que les taux d'intérêt à court terme aient augmenté à la fin de la période de 6 mois, ce qui porterait le coût d'un refinancement du prêt à un niveau prohibitif).

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

39. Il est donc généralement admis que l'entreprise fictive distincte doit avoir la même cote de crédit que la banque dans son ensemble. Bien que les pays soient d'accord sur le résultat, leurs analyses diffèrent.

40. Certains considèrent que le résultat ci-dessus est totalement conforme à l'Hypothèse de travail telle qu'elle est actuellement énoncée. Le résultat découle de l'analyse fonctionnelle et factuelle prévue dans le cadre de la première étape de l'Hypothèse de travail. Il est un fait que les tiers, les agences de

notation, etc., ne conçoivent pas qu'un établissement stable ait une cote de crédit distincte de celle de la banque dans son ensemble. C'est indubitablement dû en partie au fait que, potentiellement, l'ensemble des actifs et du capital de la banque sont disponibles pour couvrir les éventuelles créances sur l'établissement stable. Si, l'analyse fonctionnelle fait apparaître que l'entreprise fictive distincte prête des fonds aux clients avec la même cote de crédit que la banque dans son ensemble, comme le montre l'exemple ci-dessus, il faut partir de l'hypothèse que l'établissement stable dispose de la cote de crédit nécessaire pour exercer ces fonctions – à savoir la même cote de crédit que la banque.

41. D'autres considèrent que ce résultat découle naturellement de la façon dont est formulée l'hypothèse de l'établissement stable en tant qu'entreprise distincte. En effet, l'établissement stable a nécessairement la même cote de crédit que la banque dans son ensemble puisque, conformément à l'Hypothèse de travail, le capital de la banque est attribué "harmonieusement" à l'entreprise fictive distincte (l'établissement stable) en fonction des risques qu'elle assume. En conséquence, si l'établissement stable prend plus de risques que d'autres composantes de l'entreprise, il se voit attribuer plus de capital de sorte que l'encours résiduel de risque, et donc la cote de crédit, reste proportionnellement le même que pour le reste de l'entreprise. En conséquence, conformément au principe de pleine concurrence, même en appliquant une approche stricte de l'entité fonctionnellement séparée, l'établissement stable aura la même cote de crédit que la banque dans son ensemble, de même que l'ensemble des établissements stables de la banque et son siège social.

42. D'autres ont indiqué que les recommandations du chapitre VII des Principes justifient l'attribution à l'établissement stable de la même cote de crédit qu'à l'entreprise dans son ensemble. Il est question de l'association "active" et "passive" et le paragraphe 7.13 note :

"Par exemple, il n'y a pas de prestation de service lorsqu'une entreprise associée dispose, du seul fait de son affiliation, d'une meilleure cote de crédit, mais en général on considère qu'il y a une prestation de service lorsque cette meilleure notation est due à une garantie d'un autre membre du groupe ou lorsque l'entreprise bénéficie de la notoriété du groupe en liaison avec des campagnes générales de commercialisation et de relations publiques. A cet égard, il faut distinguer l'association passive de la promotion active des caractéristiques d'un groupe multinational qui a une incidence positive sur les perspectives de profit des différents membres du groupe."

43. Cependant, cela pose la question de savoir dans quelle mesure l'établissement stable, en tant qu'entreprise fictive, pourrait être considéré comme n'étant que passivement associé à la cote de crédit de l'entreprise fictive constituant le reste de la banque. La cote de crédit d'une banque revêt une importance vitale au sens où elle détermine la rentabilité de ses opérations de crédit et si elle peut même prêter de l'argent à certains clients. Cela se traduit par les efforts des banques pour promouvoir et améliorer leur cote de crédit. Il ne semble pas que les recommandations du chapitre VII pourraient contribuer à résoudre cette question de manière satisfaisante.

44. D'autres ont en revanche suggéré que la cote de crédit soit considérée comme une condition « interne » de l'entreprise qui devrait être traitée comme une condition « interne » de l'établissement stable. On obtiendrait ainsi le résultat souhaité dans la mesure où la cote de crédit de la banque dans son ensemble (en tant que condition « interne » de l'entreprise comme de l'établissement stable) serait automatiquement attribuée à l'établissement stable. Cependant, il n'est pas encore possible de répondre clairement à la question de savoir sur quelle base la cote de crédit doit être considérée comme une condition « interne » de l'établissement stable (voir section C-1 (iv) de la partie I). D'autres, tout en admettant que la cote de crédit est une condition « interne » de l'entreprise, ne considèrent pas ce résultat comme découlant de l'application de l'hypothèse de travail et font observer qu'il s'agit d'un élément d'un problème plus vaste concernant la gestion des risques dans le cadre de l'hypothèse de travail.

45. Il est clair que toutes ces approches ont leurs mérites et comme elles conduisent toutes à la même conclusion, il n'est pas nécessaire de donner définitivement la préférence à l'une d'entre elles dans le cadre de l'hypothèse de travail. Le Groupe de direction juge donc que l'hypothèse de travail devrait être interprétée de telle manière que la cote de crédit attribuée à l'établissement stable soit la même que celle de l'entreprise dans son ensemble.

(iii) *Attribution de capital « libre » à l'établissement stable*

46. On a examiné à la section B-3 (iv) l'importance générale du capital « libre » pour une banque. L'importance de ce point est encore plus grande pour l'imposition d'un établissement stable bancaire. Contrairement aux paiements effectués aux actionnaires, les versements d'intérêt aux titulaires de titres de créance sont généralement déductibles de l'impôt. Par conséquent, pour parvenir à une imputation du bénéfice imposable à l'établissement stable qui soit conforme au principe de pleine concurrence, il sera nécessaire de procéder à une attribution appropriée à cet établissement stable de l'ensemble des fonds propres (capital « libre ») de l'entreprise. Cette section recherche les moyens de déterminer le montant de capital « libre » qu'il y a lieu d'attribuer à l'établissement stable conformément au principe de pleine concurrence. La section suivante examine les moyens d'ajuster le montant des intérêts que l'établissement stable déclare avoir versés pour rendre leur montant conforme au principe de pleine concurrence (y compris les ajustements effectués pour l'attribution du capital « libre » déterminé conformément aux indications qui figurent dans cette section).

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

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

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

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

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

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

	Intérêts perçus	= 100 * 10.2% = 10.2
	Intérêts payés	= 100 * 10.0% = <u>10.0</u>
Marge bénéficiaire brute		0.2

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

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

Calcul des intérêts payés :

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

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

	Intérêts reçus	= 100 * 10.2% = 10.2
	Intérêts payés	= 98 * 10.0% = <u>9.8</u>
Marge bénéficiaire brute		0.4

En conséquence, la marge bénéficiaire brute de la filiale, Midas Ltd, est égale au double de celle de la succursale Midas pour la même opération de banque, simplement en raison des différences de traitement par la réglementation qui lui permettent d'opérer sans dotation en capital libéré.

49. On proposera de ne pas reprendre le résultat ci-dessus à des fins d'imposition. En effet, ce résultat n'est pas acceptable du point de vue de la politique fiscale - puisqu'il n'est pas neutre entre résidents et non-résidents (il favorise les non-résidents), il ne respecte pas le principe de pleine concurrence et aboutit à une disparité des résultats fiscaux d'une succursale et d'une filiale procédant à des opérations analogues. Cette

disparité ouvre des possibilités considérables d'évasion fiscale. On évoquera une solution possible au problème ci-dessus dans cette section en étudiant les modalités d'attribution du capital libéré de la banque à l'établissement stable selon l'hypothèse de travail.

50. Comme on l'a noté au paragraphe 48 ci-dessus, l'accent mis par la réglementation sur le groupe bancaire consolidé signifie qu'il peut n'être pas nécessaire d'imputer du capital à l'établissement stable en vertu des réglementations applicables. Cela ne devrait cependant pas affecter l'attribution du capital à des fins fiscales. Par conséquent, il pourrait être nécessaire de procéder à une attribution de capital à l'établissement stable dans des conditions de pleine concurrence pour assurer une attribution de pleine concurrence du bénéfice imposable à cet établissement, même si en fait aucun capital n'a effectivement été attribué à l'établissement stable en vertu des réglementations ou à d'autres fins.

51. Le point de départ de l'attribution de capital « libre » de la banque consiste à attribuer ses actifs. Selon l'analyse décrite plus haut aux paragraphes 8 et 28, les actifs de la banque sont initialement attribués par référence à une analyse fonctionnelle fondée sur leur lieu d'utilisation. Pour les actifs financiers de la banque, cette analyse sera fondée sur le lieu où s'est exercée la fonction de ventes/négociation qui a conduit à leur création. Lorsque l'analyse fonctionnelle permet de dire que c'est l'établissement stable seul qui a exercé la fonction de ventes/négociation, on attribue à l'établissement stable l'actif financier nouvellement créé. Toutefois, lorsque l'analyse fonctionnelle montre que les fonctions de vente/négociation aboutissant à la création de l'actif ont été exercées en partie sur un territoire et en partie sur un autre, ces "opérations" devront être prises en compte lors de la deuxième étape de l'Hypothèse de travail afin de déterminer comment attribuer cet actif à plus d'une composante de l'entreprise. On reviendra plus en détail sur cette question dans la section D-2 (iii)(a)(2).

52. Les événements ultérieurs à la création de l'actif peuvent également avoir une incidence sur l'attribution de cet actif dans le cadre de la répartition du capital et peuvent aboutir à une attribution totale ou partielle de cet actif à une autre partie de l'entreprise. Des transferts ultérieurs d'actifs initialement attribués à un établissement stable aboutiraient à l'attribution totale de cet actif à une autre partie de l'entreprise pourvu que ces transferts soient identifiés en vue de l'imposition conformément aux indications données à la section D-2 (iii)(c) ci-dessous. En outre, l'attribution d'actifs devrait également tenir compte des faits ultérieurs à la suite desquels leur propriété serait conjointe. Par exemple, lorsque des fonctions importantes, telles que la gestion du risque, sont transférées de telle sorte que l'actif serait traité comme s'il appartenait conjointement aux parties de l'entreprise qui l'ont créé et à celle qui gère ultérieurement les risques liés à cet actif (voir section D-2(iii)(b) ci-dessous). Dans de tels cas, l'actif serait considéré comme partiellement imputable à la partie de l'entreprise qui l'a créé et comme partiellement imputable à la partie de l'entreprise qui exerce les fonctions de gestion du risque.

53. Après avoir attribué des actifs à l'établissement stable sur les bases décrites précédemment, l'étape suivante consiste à déterminer le montant de capital libéré nécessaire pour couvrir ces actifs. L'Hypothèse de travail consiste à déterminer ce montant conformément au principe de pleine concurrence. A cette fin, il faut que les besoins en fonds propres soient affectés en tenant compte à la fois de la valeur nominale de l'actif et de la valeur des divers types de risques inhérents à cet actif. La première étape consiste donc à pondérer des risques les actifs déjà attribués à l'établissement stable. La seconde étape consiste à imputer des fonds propres suffisants à l'établissement stable compte tenu du niveau de ses actifs pondérés en fonction du risque. Ce processus est compatible avec le principe de pleine concurrence, dans la mesure où des entreprises indépendantes seraient amenées à affecter plus de capital à des actifs plus risqués.

54. Pour atteindre cet objectif, une possibilité intéressante consiste à utiliser, à défaut du principe de pleine concurrence, les normes réglementaires du Comité de Bâle, qui ont été fixées de manière indépendante et qui sont acceptées au niveau international. En particulier, les approches « standardisées »

pour déterminer le niveau minimal de fonds propres requis est susceptible d'être adaptée de manière à correspondre à peu près à une imputation de pleine concurrence des fonds propres dans la plupart des cas. Les différentes possibilités, y compris les approches « standardisées », sont examinées dans cette section avant qu'une conclusion soit tirée concernant l'approche la plus fiable et la plus facile à réaliser sur le plan administratif pour imputer les fonds propres d'une banque à un établissement stable conformément au principe de pleine concurrence.

a) *Première étape – Pondération des actifs en fonction du risque*

55. L'accord de Bâle⁴ de 1988 est susceptible d'être utilisé pour imputer à un établissement stable des actifs pondérés en fonction du risque en s'efforçant, dans un premier temps, de pondérer les actifs de la banque en fonction du risque de crédit. En outre, depuis l'adoption en janvier 1996 de l'amendement prévoyant son extension aux risques de marché, l'accord de Bâle peut être utilisé pour pondérer les actifs de la banque en fonction du risque de marché. Cette méthode présente l'avantage de fournir un indicateur cohérent sur le plan international qui devrait permettre au pays d'accueil et au pays d'origine de s'entendre plus facilement sur la pondération convenable des risques et donc limiter considérablement la possibilité d'aboutir à une double imposition.

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

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

58. Cependant, certains faits nouveaux posent des problèmes fiscaux qu'il y a lieu d'examiner plus en profondeur. L'un de ces faits nouveaux qui a déjà été observé concerne l'utilisation de modèles internes de la banque pour mesurer le risque de marché. L'amendement de janvier 1996 à l'accord de Bâle sur le risque de marché prévoit deux modes de mesure de ce risque. La première est l'approche « standardisée »

4. Convergence internationale de l'évaluation et des normes en matière de fonds propres, Comité de Bâle sur la supervision bancaire (juillet 1988).

(risque de marché) qui détermine le capital minimum requis pour les risques de marché « généraux » et « spécifiques ». La seconde consiste à suivre les modèles internes de « valeur en risque » de la banque, dès lors que ces modèles sont considérés comme acceptables par les autorités de tutelle et que les systèmes de gestion du risque de la banque sont satisfaisants. Contrairement à l'approche « standardisée » (risque de marché), les modèles internes tiennent compte des effets corrélatifs des positions à l'intérieur d'une catégorie de risque ou d'une catégorie à l'autre.

59. La proposition faite en juin 1999 de modifier l'accord de Bâle ouvre également la possibilité d'utiliser des approches autres que l'approche « standardisée » (risque de crédit) pour mesurer ce risque. En particulier, il pourrait être possible à l'avenir d'utiliser les modèles de risque de crédit internes à la banque pour mesurer le risque de crédit au niveau de l'ensemble d'un portefeuille, en se fondant sur des évaluations externes ou internes de la cote de crédit.

60. L'utilisation de modèles fondés sur une approche consistant à évaluer les risques pour l'ensemble d'un portefeuille et non pour chaque actif en particulier pose des problèmes concernant l'application de l'hypothèse de travail. En effet, cette hypothèse de travail est fondée sur la détermination du risque en pondérant les différents actifs attribués à un établissement stable donné sur la base de l'analyse fonctionnelle et de l'hypothèse selon laquelle l'établissement stable constitue théoriquement une entreprise distincte.

61. Dans le cadre d'une approche réglementaire appliquée à l'ensemble d'un portefeuille, on ne chercherait pas du tout à attribuer des pondérations en fonction du risque à certains types d'actifs et par conséquent il n'y aurait peut-être pas de données réglementaires disponibles au niveau de l'établissement stable pour ces types d'actifs. En outre les calculs de risque effectués dans le cadre de l'approche réglementaire pourraient donner lieu à des compensations internes et à des transferts de risque avec les actifs du même portefeuille détenus par d'autres secteurs de la même entreprise.

62. D'autres travaux seront nécessaires lorsque les délibérations du Comité de Bâle sur cette question seront achevées et que des normes définitives en matière de réglementation auront été diffusées.

63. En conclusion et sous réserve du paragraphe suivant, les approches « standardisées » de pondération des actifs en fonction du risque conformément à l'accord de Bâle de 1988 semblent constituer un substitut acceptable et assez fiable du principe de pleine concurrence et présente l'avantage de fournir une méthode d'évaluation des risques acceptée au niveau international et cohérente. L'évolution des réglementations visant à préserver et à améliorer la fiabilité de l'approche standardisée (risque de crédit) est susceptible d'aboutir à une méthode encore plus exacte d'évaluation du risque de crédit et de fournir par conséquent un substitut plus fiable du principe de pleine concurrence. Les mesures prises dans le domaine de la réglementation qui ne sont pas fondées sur les approches « standardisées » consistant par exemple à utiliser les modèles d'évaluation des risques propres à la banque devraient permettre de disposer d'évaluations plus précises des risques de crédit et de marché et donc de mieux se conformer au principe de pleine concurrence. Toutefois, l'inconvénient potentiel de ces méthodes est lié au fait que, contrairement à l'approche « standardisée », elles ne peuvent pas encore être considérées par tous les pays comme directement applicables en vue de l'imposition. Il est suggéré que ces questions soient réglées dans le cadre de l'article concernant la procédure amiable et que le pays d'accueil comme le pays d'origine acceptent l'utilisation de méthodes autres que l'approche standardisée, pourvu qu'elles soient conformes au principe de pleine concurrence.

64. De plus, il faut tenir compte du fait que l'hypothèse de travail consiste à pondérer les actifs en fonction du risque, conformément au principe de pleine concurrence, plutôt qu'à suivre les méthodes de pondération en fonction du risque prévues par les réglementations. Un suivi attentif de l'évolution des réglementations sera nécessaire pour veiller à ce que les changements éventuels n'aient pas d'incidence sur

la fiabilité des critères réglementaires utilisés comme substituts pour la détermination, conformément au principe de pleine concurrence, de la pondération en fonction du risque des actifs financiers imputés à un établissement stable bancaire.

b) Deuxième étape - Détermination des fonds propres nécessaires pour garantir les actifs pondérés en fonction du risque qui sont imputés à un établissement stable

65. Après avoir pondéré en fonction des risques les actifs attribués à l'établissement stable, la phase suivante consiste à déterminer le montant des fonds propres nécessaires pour couvrir ces risques conformément au principe de pleine concurrence. Le Groupe de direction a envisagé trois approches possibles qui sont examinées ci-dessous.

66. Une possibilité consisterait à obliger l'établissement stable à détenir le montant de fonds propres minimal requis par la réglementation (montant minimum des fonds propres réglementaires) comme le ferait une entreprise bancaire indépendante opérant sur le territoire du pays d'accueil (cette méthode est très proche de celle de la sous-capitalisation). Les fonds propres minimums réglementaires incluraient un montant minimal de fonds propres de base, qui constituent dans une large mesure du capital libre déterminé conformément aux normes réglementaires du pays d'accueil.

67. Une autre approche possible consisterait à exiger que l'établissement stable ait le même montant de fonds propres (y compris le capital « libre ») qu'une entreprise bancaire indépendante exerçant les mêmes activités ou des activités similaires dans les mêmes conditions ou dans des conditions similaires sur le même territoire que l'établissement stable (cette méthode est très proche de celle de la sous-capitalisation). Toutefois, cela pose le problème de savoir ce que l'on entend par « même ou similaire ». Si l'on assimile la succursale à une entreprise distincte, elle serait de plus petite dimension que la banque dans son ensemble et par conséquent il faudrait la comparer à de petites entreprises bancaires indépendantes similaires. Cependant, il est possible que de petites banques indépendantes ne puissent être comparées à un établissement stable qui fait partie d'une grande entreprise bancaire. Il est possible que de petites banques indépendantes exercent des catégories d'activités différentes et qu'elles aient des profils de risque différents et des types de clients différents de ceux de l'établissement stable auquel elles sont comparées. En résumé, il est possible que de petites banques indépendantes ne constituent pas une référence fiable pouvant être utilisée pour attribuer du capital à cet établissement stable.

68. Une troisième approche possible consisterait à attribuer le capital réglementaire de la banque conformément à l'attribution des risques sur la base de la part que représentent les actifs pondérés en fonction du risque de l'établissement stable dans le total des actifs pondérés en fonction du risque de l'entité dans son ensemble (approche des rations de la BRI). En conséquence, si l'établissement stable détient 10 % des actifs pondérés des risques de la banque, il se verra attribuer 10 % du capital réglementaire de la banque.

69. Pour la fiscalité, ce qui est particulièrement important, c'est que le capital réglementaire ainsi attribué corresponde à 10 % des fonds propres de base de la banque et que l'établissement stable soit ainsi doté de capital « libre » (voir paragraphe 21). Cette attribution d'une part du capital « libre » de la banque devrait permettre de s'assurer que l'établissement stable dispose de capital « libre » suffisant pour se conformer au principe de pleine concurrence conformément à l'article 7(2) et devrait éliminer les risques de disparités des bénéfices dégagés lors d'opérations bancaires analogues réalisées par l'intermédiaire de succursales plutôt que de filiales (voir plus haut l'exemple figurant au paragraphe 48).

70. Cette approche diffère de celle de la quasi sous-capitalisation dans la mesure où il est possible d'attribuer à l'établissement stable de la banque un montant de capital supérieur au minimum

réglementaire. L'attribution d'un montant de capital seulement égal au minimum réglementaire a pour effet d'attribuer en fait tout capital excédant ce montant au siège. Cependant, il sera nécessaire d'attribuer comme il convient la totalité du capital de la banque et non pas seulement le minimum réglementaire si la méthode de la BRI doit être utilisée comme substitut à l'application du principe de pleine concurrence. En effet, tous les actifs et tous les risques correspondant de la banque (y compris les risques exceptionnels et imprévisibles) ont été attribués à ces différentes parties, y compris le siège, selon l'analyse fonctionnelle. Dans le cadre d'une imputation des actifs établis sur une base fonctionnelle et pondérée en fonction des risques, il n'y a pas de raison d'affecter une partie du capital réglementaire de la banque au siège parce que le siège devrait absorber les risques exceptionnels et imprévisibles au moment où ils se concrétiseront. C'est la partie de la banque à laquelle ces actifs ont été attribués qui devrait assumer ces risques et absorber toute perte éventuelle en utilisant le capital réglementaire qui lui est affecté. Le montant du capital réglementaire ainsi attribué devrait bien entendu correspondre au degré de risque afférent aux différents actifs.

71. En outre, pour des raisons commerciales, les banques sont susceptibles d'inclure dans leur capital réglementaire non seulement le capital « libre » mais aussi d'autres types de capitaux semi-permanents tels que des dettes subordonnées. Les investisseurs exigent un rendement plus important de cette dette pour tenir compte des restrictions qui s'appliquent par rapport aux dettes conventionnelles. Cela pose la question de savoir comment prendre en compte cette dette en appliquant le principe de pleine concurrence.

72. L'une des méthodes possibles consisterait à utiliser le ratio de la BRI pour la banque consolidée afin d'attribuer les fonds propres de base et les fonds propres complémentaires prévus par la réglementation à un établissement stable (l'approche « pure » du ratio de la BRI). Cette méthode signifie que l'établissement stable est doté proportionnellement de la même structure réglementaire de capital que la banque dans son ensemble - le ratio obtenu en comparant les actifs de l'établissement stable pondérés des risques au total des actifs pondérés des risques de l'entité dans son ensemble est utilisé pour attribuer à la fois les fonds propres de base et les fonds propres complémentaires prévus par la réglementation. Selon cette approche, l'attribution de capital inclurait des instruments qui constituent à la fois des titres de créance et des fonds propres en vue de l'imposition.

73. Supposons par exemple que le capital de la banque soit constitué à concurrence de 60 pour cent de fonds propres de base (40 pour cent de capital social ordinaire et 20 pour cent de bénéfices non distribués) et à concurrence de 40 pour cent de fonds propres complémentaires (30 pour cent de dette à terme subordonnée et 10 pour cent de dette perpétuelle subordonnée). Selon l'approche « pure » du ratio de la BRI, si les actifs pondérés en fonction du risque de l'établissement stable étaient égaux à 10 pour cent des actifs pondérés en fonction du risque de l'entreprise dans son ensemble, l'établissement stable se verrait attribuer 10 pour cent du capital de la banque. Cela revient à dire qu'il se verrait attribuer 10 pour cent de tous les postes qui constituent les fonds propres de base et les fonds propres complémentaires de la banque (c'est-à-dire 4 pour cent du capital social ordinaire, 2 pour cent des bénéfices non distribués, 3 pour cent de la dette subordonnée et 1 pour cent de la dette perpétuelle subordonnée).

74. Les règles applicables à la qualification des dettes/fonds propres sur le territoire de l'établissement stable seraient alors appliquées pour « assainir » les fonds propres de base et les fonds propres complémentaires attribués et pour déterminer les postes qui donnent droit à une déduction d'intérêt et qui doivent être traités comme du capital « libéré » en vue de l'imposition, selon la législation interne du pays d'accueil. Par exemple, la déduction des intérêts sur les 1% de la dette perpétuelle subordonnée attribués à l'établissement stable pourrait n'être pas autorisée sur le territoire de cet établissement parce que la dette perpétuelle subordonnée est traitée comme des fonds propres en vue de l'imposition sur ce territoire et par conséquent la déduction de tout « intérêt » sur ces instruments n'est pas autorisée. Il est fait observer que les règles de qualification des dettes/fonds propres pour les instruments financiers peuvent varier d'un pays à l'autre et que ces différences peuvent se traduire par une double imposition ou par des

exonérations excessives. S'il était souhaitable d'atténuer les différences de réglementation de ce type entre les pays, il n'y a pas lieu de prendre en compte cet aspect dans le cadre de l'Hypothèse de Travail. Cette question a une portée plus large et ne se limite pas aux établissements stables.

75. Un certain nombre de pays Membres du Groupe de direction appliquent déjà une approche du ratio de la BRI qui consiste à n'utiliser ces ratios que pour attribuer le capital libéré qui fait partie des fonds propres de base à un établissement stable (l'approche du ratio de la BRI « assaini »).

76. Pour reprendre le même exemple qu'au paragraphe 73 ci-dessus, la première étape de l'approche du ratio de la BRI « assaini » consiste à appliquer les définitions des capitaux empruntés/fonds propres utilisées en vue de l'imposition dans le pays de l'établissement stable aux fonds propres de base et aux fonds propres complémentaires de l'entreprise dans son ensemble. Cela permettrait de clarifier (« d'assainir ») les postes qui seraient considérés comme du capital « libre » en vue de l'imposition selon la législation interne du pays d'accueil. Par exemple, la dette à terme subordonnée et la dette perpétuelle subordonnée peuvent être qualifiées d'instruments de dette en vue de l'imposition dans le pays d'accueil et par conséquent ne pas être traitées comme du capital « libre » qu'il y a lieu d'attribuer à l'établissement stable. Si les actifs pondérés en fonction du risque de l'établissement stable étaient égaux à 10 pour cent des actifs pondérés en fonction du risque de l'entreprise dans son ensemble, l'étape suivante consisterait à attribuer à l'établissement stable 10 pour cent du capital « libre » de la banque (c'est-à-dire 4 pour cent du capital social ordinaire et 2 pour cent des bénéfices non distribués). Il y a lieu de souligner que selon cette approche il n'y aurait pas d'attribution à l'établissement stable d'une part proportionnelle des éléments de fonds propres de base ou de fonds propres complémentaires qualifiés de dette en vertu des règles de définition des dettes/fonds propres utilisées en vue de l'imposition dans le pays de l'établissement stable.

77. Il y a lieu de souligner que l'approche du ratio « pur » de la BRI et celle du ratio « assaini » poursuivent le même objectif. Les deux approches s'efforcent de faire en sorte que le montant des intérêts versés (défini selon les règles de classification du pays d'accueil) revendiqué par l'établissement stable n'excède pas le montant qui serait conforme au principe de pleine concurrence. En conséquence, le résultat global de l'application de l'une ou l'autre approche devrait être similaire.

78. Cependant, pour aboutir à des résultats similaires, il sera nécessaire d'examiner les interactions entre la méthode d'attribution du capital libre à l'établissement stable et la méthode de détermination d'un taux d'intérêt de pleine concurrence pour les « transactions » de l'établissement stable donnant lieu au versement d'intérêts. Ce point sera examiné plus en détail aux sections D-1 (iv) et D-2 (iii)(a)(1)(ii).

79. Un autre point qu'il y a lieu d'examiner concerne la base des déclarations relatives au niveau de fonds propres que les autorités de tutelle exigent d'une banque afin qu'elle se conforme aux normes minimales dans ce domaine. Le plus souvent, les groupes bancaires sont tenus de transmettre une déclaration sur une base « consolidée » qui englobe l'entité bancaire elle-même et toutes les filiales concernées. Toutefois, une déclaration sur une base « solo » applicable uniquement à l'entité bancaire peut être exigée. De plus, si certaines conditions sont remplies, les autorités de tutelle peuvent autoriser l'entité bancaire à modifier sa déclaration « solo » afin d'inclure le capital investi dans des filiales « solo consolidées » (base « solo-consolidée »).

80. Les principes généraux de la fiscalité sont fondés sur le respect des entités juridiques distinctes au sein d'un groupe multinational. Conformément à ces principes, l'hypothèse de travail devrait donc être appliquée de manière à n'attribuer à l'établissement stable que le capital réglementaire de l'entité bancaire dont cet établissement fait partie (base « solo »). Sur cette base, les fonds propres détenus dans des filiales de l'entité bancaire seraient exclus de cette répartition. Pour les pays où les autorités réglementaires n'exigent pas une déclaration établie sur une base « solo » l'hypothèse de travail supposerait que ces informations concernant les fonds propres réglementaires de l'entité « solo » ne soient transmises qu'à des

fins fiscales. Cela ne paraît pas constituer une obligation trop lourde dans la mesure où de telles informations devraient être faciles à obtenir.

81. Cependant, le Groupe de direction n'est pas parvenu à une conclusion définitive sur toutes les conséquences de l'adoption d'une base « solo » pour déterminer le montant total du capital qui peut être attribué. **Des commentaires sur ce point seraient particulièrement bienvenus.**

c) *Autres méthodes d'attribution du capital*

82. L'objectif principal de l'approche de la « quasi sous-capitalisation » est de fournir un moyen simple sur le plan administratif de faire en sorte que l'établissement stable ne puisse avoir des fonds propres inférieurs à ceux d'une filiale de banque soumise à une réglementation et opérant dans le même pays. Cependant, cette approche n'est pas compatible avec l'hypothèse de travail dans la mesure où elle n'est pas fondée sur l'application du principe de pleine concurrence visé à l'article 7(2). Des problèmes peuvent se poser lorsque l'établissement stable se voit attribuer moins de fonds propres que le minimum réglementaire en vertu du principe de pleine concurrence, par exemple lorsque l'établissement stable n'investit que dans des actifs très sûrs. Dans de tels cas, une double imposition peut avoir lieu du fait que le pays d'origine limite le montant des bénéfices de l'établissement stable donnant droit à un allègement de la double imposition pour tenir compte du montant moindre des fonds propres nécessaires en vertu du principe de pleine concurrence. De telles préoccupations ont moins d'importance lorsque l'approche est appliquée dans le cadre d'une marge de tolérance de sorte que le contribuable a la possibilité de démontrer que l'établissement stable nécessite effectivement moins de « capital libre » que le minimum réglementaire applicable à une entreprise bancaire indépendante située dans le pays de l'établissement stable.

83. Selon la méthode de la sous-capitalisation, il est parfaitement possible d'attribuer aux différentes parties de l'entreprise des fonds propres supérieurs ou inférieurs à ceux que possède l'entreprise dans son ensemble. En pratique, les banques exercent souvent des activités plus risquées en dehors de leur pays d'origine et par conséquent l'établissement stable considéré par hypothèse comme une entreprise distincte est susceptible d'avoir besoin de plus de fonds propres que des entreprises bancaires indépendantes opérant dans le même pays afin de couvrir les opérations plus risquées qu'il effectue. Lorsqu'on utilise la méthode de la sous-capitalisation, les fonds propres de la banque risquent plutôt de faire l'objet d'une double imposition que d'une sous-imposition.

d) *Conclusion sur l'attribution de capital à l'établissement stable*

84. La répartition du capital entre les parties d'une entreprise exerçant des activités bancaires est une étape essentielle dans le processus d'attribution des bénéfices à un établissement stable bancaire. Elle détermine la part du capital que l'établissement stable doit être considéré comme détenant en vertu de l'hypothèse de travail et le traitement approprié des fonds propres de base et des fonds propres complémentaires conformément aux réglementations fiscales en vigueur dans le pays de l'établissement stable. Elle reflète l'opinion communément admise selon laquelle un établissement stable bancaire tout comme toute autre catégorie d'établissement stable, doit disposer de capital « libre » suffisant pour garantir les fonctions qu'il exerce, les actifs qu'il utilise et les risques qu'il assume. Pour cette raison, les modalités d'attribution du capital dans le but d'éviter ou de réduire au minimum la double imposition constituent une disposition importante.

85. En ce qui concerne les deux autres approches possibles envisagées ci-dessus, l'un des avantages évidents d'une approche fondée sur le ratio de la BRI par rapport à celle qui est fondée sur la sous-capitalisation est lié au fait qu'elle réduit fortement le risque de double imposition ou d'imposition insuffisante en supprimant la nécessité de déterminer séparément le ratio endettement/fonds propres de

l'entreprise théorique distincte et d'obtenir l'accord du pays d'accueil et du pays d'origine sur cette évaluation. Cependant, la question se pose de savoir si les avantages de l'approche fondée sur le ratio de la BRI ont été obtenus au détriment du principe de pleine concurrence. Selon une interprétation de ce principe, il faudrait que l'établissement stable ait un ratio/endettement fonds propres comparable à celui d'entreprises indépendantes du même pays exerçant des fonctions comparables, utilisant des fonds propres d'un montant comparable, assumant des risques comparables (par exemple risque de crédit, risque de marché, etc.) et imposant des risques comparables d'insolvabilité aux tiers créanciers.

86. Etant donné ses fondements théoriques, l'approche par les ratios de la BRI est considérée comme pouvant constituer un substitut valable du principe de pleine concurrence et aboutir à des résultats qui ne seraient pas sensiblement différents de ceux que produirait une approche fondée sur la sous-capitalisation. Il peut y avoir des cas où l'on observe une divergence marquée entre les deux approches par exemple lorsque l'établissement stable se livre à des activités commerciales très différentes de la banque dans son ensemble ou dans lesquelles les conditions du marché pour l'établissement stable sont très différentes de celles qui prévalent pour le reste de la banque. Dans ces cas, il pourrait être nécessaire de revenir à des méthodes (fondées par exemple sur la sous-capitalisation) qui permettraient d'aboutir d'une manière plus fiable à un résultat conforme au principe de pleine concurrence. Cependant, l'approche par les ratios de la BRI par les ratios de la BRI devrait en général donner un résultat approprié et l'utilisation d'une norme universelle présente beaucoup d'avantages par rapport aux autres méthodes possibles.

87. En conséquence, l'hypothèse de travail devrait reconnaître qu'une approche par les ratios de la BRI (qui pourraient être modifiés périodiquement pour tenir compte des décisions prises par le comité de Bâle) est la méthode la plus appropriée dont on dispose actuellement pour attribuer le capital d'une banque à un établissement stable conformément au principe de pleine concurrence. Cependant, l'évolution des réglementations devra faire l'objet d'un suivi afin de s'assurer que cette approche, à mesure qu'elle évoluera au fil du temps, restera la plus fiable et la plus appropriée.

88. Comme on l'a noté à la partie I de ce rapport (C-2(d)), certains pays du Groupe de direction considèrent qu'il serait préférable d'appliquer une approche fondée sur la sous-capitalisation parce qu'ils considèrent que cette méthode est plus conforme au principe de pleine concurrence et à l'approche de « l'entité fonctionnellement distincte » qui a eu la préférence dans le cadre de l'hypothèse de travail. Ils préconisent aussi, pour des raisons de simplicité administrative, l'utilisation d'une méthode proche de celle de la sous-capitalisation, dans le cadre d'une marge de tolérance et estiment que les difficultés d'application pratique de la méthode de sous-capitalisation ont été surestimées. En outre, ils sont préoccupés par le fonctionnement de la méthode du ratio de la BRI et notamment de la méthode qui consiste à attribuer la totalité des fonds propres de l'entreprise et non pas seulement le montant minimum réglementaire. Ils considèrent que les sommes qui excèdent le montant minimum réglementaire doivent être conservées dans le pays d'origine afin de couvrir les pertes résultant d'événements imprévus et exceptionnels.

89. Enfin, comme on l'a vu ci-dessus, il existe au sein du Groupe de direction un consensus selon lequel un établissement stable bancaire, comme tout autre type d'établissement stable doit disposer de capital « libre » suffisant pour financer les fonctions qu'il exerce, les actifs qu'il utilise et les risques qu'il assume. On espère que la procédure de consultation publique contribuera à la mise au point d'une méthode unique acceptée au niveau international pour procéder à l'attribution du capital « libre ».

(iv) *Ajustement des intérêts versés déclarés par un établissement stable*

90. Une fois que le montant de pleine concurrence de capital « libre » attribué à un établissement stable a été déterminé, il y a lieu de procéder à une comparaison avec le capital « libre » effectif affecté à

l'établissement stable par la banque. Lorsque le montant du capital « libre » attribué par la banque est inférieur au montant de pleine concurrence, il y aura lieu de procéder à un ajustement approprié pour réduire le montant des versements d'intérêts que l'établissement stable juge nécessaires pour tenir compte du montant du capital « libre » de la banque qui est effectivement requis pour financer les opérations de prêt de l'établissement stable. L'ajustement sera effectué conformément aux réglementations en vigueur sur le territoire où réside l'établissement stable. Certaines méthodes possibles pour effectuer cet ajustement sont examinées à la section C-2 (iv)(d) de la Partie I et sont également applicables aux banques.

91. En ce qui concerne les banques, l'un des problèmes particuliers qui se posent est de savoir quel est le régime à appliquer aux dettes portant intérêt des fonds propres complémentaires pour lesquels le taux d'intérêt est plus élevé que pour la dette qui n'est pas subordonnée. En effet, il sera nécessaire de tenir compte de toutes les « opérations » liées à l'obtention d'emprunts subordonnés par l'entreprise afin que l'établissement stable puisse déduire le montant d'intérêts approprié. Par exemple, si des emprunts subordonnés considérés comme des fonds propres complémentaires sont obtenus par une partie de l'entreprise, il serait inéquitable de lui laisser la charge de la totalité des intérêts d'une dette qui a été obtenue au profit de la banque dans son ensemble sans percevoir une rémunération de pleine concurrence au titre de la fonction de trésorerie assumée. Bien que ces questions soient traitées d'une manière générale dans la seconde étape de l'hypothèse de travail (voir section D-2 (iii)(a)(1)(ii)), il est préférable de traiter ici de la question de la dette subordonnée. Les pays Membres du Groupe de Direction adoptent des approches différentes face à ce problème.

92. Selon l'une de ces approches, il n'est pas nécessaire d'effectuer un ajustement pour la dette subordonnée dans la mesure où le taux d'intérêt plus élevé aura été pris en compte de manière appropriée dans le calcul du taux des transactions internes. Les fonds collectés par la banque proviennent de sources diverses et donnent lieu au versement d'intérêts divers. Certains fonds sont gratuits ou donnent lieu au versement de taux d'intérêt très faibles tandis que d'autres font l'objet de taux d'intérêt très élevés tels que la dette subordonnée qui fait partie des fonds propres complémentaires. Par conséquent, si, par exemple, les transactions internes sont facturées à un taux « mixé » de manière appropriée pour tenir compte de la répartition des financements à divers taux d'intérêt et à diverses échéances, il ne devrait pas être nécessaire d'effectuer d'autres ajustements pour aboutir à un montant d'intérêts versés par l'établissement stable qui soit conforme au principe de pleine concurrence (sauf dans les cas envisagés au paragraphe 20).

93. Une autre approche possible consisterait à commencer par attribuer le capital libre correspondant aux fonds propres de base et aux fonds propres complémentaires à l'établissement stable selon l'approche « assainie » par le ratio de la BRI. Ensuite, l'analyse qui figure au D-2(i) (mise en évidence des transactions) serait appliquée pour identifier les transactions liées à un mouvement de fonds entre différentes parties de l'entreprise, comme les opérations de trésorerie. Dans la seconde étape de l'hypothèse de travail, on déterminerait le prix de pleine concurrence de cette transaction, par analogie, conformément aux Principes directeurs. La section D-2 (iii)(a)(ii) donne d'autres indications sur la manière de déterminer une rémunération de pleine concurrence de ces opérations. Comme on l'a noté au paragraphe 91 ci-dessus, les intérêts versés par l'établissement stable peuvent avoir besoin d'être ajustés, notamment dans le cas où celui-ci s'est vu attribuer un montant insuffisant de capital « libre ». Selon l'approche décrite dans ce paragraphe, il n'y a pas lieu d'examiner davantage les coûts sous-jacents supportés par le « prêteur » dans le cadre de la transaction, tels que des taux d'intérêt élevés applicables à des dettes subordonnées considérées comme fonds propres complémentaires puisque ceux-ci auraient déjà été pris en compte à la suite de l'attribution du capital libre et de la détermination du prix de pleine concurrence de cette transaction (voir paragraphe 78 de la partie I). En conséquence, il n'est pas nécessaire de procéder à une attribution spécifique des fonds propres complémentaires portant intérêt dans la mesure où ils ont déjà été pris en compte par le biais de l'incidence qu'ils ont, avec tous les autres taux auxquels l'entreprise emprunte, sur les bénéfices et les pertes ainsi que sur les bénéfices mis en réserve qui

constituent une partie des fonds propres de base susceptibles d'être attribués à l'établissement stable ainsi que sur le prix de pleine concurrence de la transaction.

94. Une autre méthode consisterait à appliquer l'approche pure par le ratio de la BRI pour déterminer le montant des fonds propres complémentaires de la banque qui sont effectivement nécessaires pour financer les activités de prêt de l'établissement stable. Il faudra alors procéder à un ajustement pour augmenter les versements d'intérêts déclarés par l'établissement stable sur le montant des fonds propres complémentaires qui lui sont attribués. Cet ajustement sera effectué par référence aux taux d'intérêt du marché applicables à ces fonds propres complémentaires et conformément aux règles en vigueur sur le territoire de l'établissement stable. **Des commentaires sont sollicités sur les approches décrites dans cette section notamment en ce qui concerne la question de savoir si elles aboutissent à des résultats cohérents.**

D-2 Deuxième étape : détermination des bénéfices de l'entreprise fictive sur la base d'une analyse de comparabilité

95. Comme on l'a vu à la Partie I de ce rapport, l'analyse fonctionnelle et factuelle de la première étape de l'Hypothèse de travail devra considérer convenablement l'établissement stable et le reste de la banque comme des entreprises associées, chacune exerçant des fonctions, mettant en œuvre des actifs et assumant des risques. De plus, comme on l'a vu, d'autres caractéristiques importantes (par exemple, le capital libéré et la cote de crédit) vont aussi faire l'objet d'une attribution fictive à l'établissement stable et au reste de la banque.

96. La seconde étape de l'Hypothèse de travail consiste ensuite à appliquer, par analogie, les recommandations figurant dans les Principes aux éventuelles relations économiques ("opérations") entre l'entreprise fictive et le reste de la banque. Plus précisément, l'analyse de comparabilité servira à attribuer des bénéfices en lien avec ces "opérations" en effectuant une comparaison avec des transactions réalisées entre entreprises indépendantes.

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

(i) Prise en compte des opérations

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

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

100. Toutefois, on se heurte à d'autres problèmes lorsque l'on essaye d'appliquer ces recommandations à des opérations portant sur des actifs financiers, compte tenu de la nature des activités bancaires traditionnelles. Le fonds de commerce d'une banque réside dans ses actifs financiers – ses prêts. Cela étant, ces actifs ne sont pas corporels au sens où ils n'existent que sous forme de mécanismes contractuels et d'inscriptions dans les comptes de la banque. Contrairement à un actif corporel, il peut être difficile de déterminer où les actifs financiers se trouvent dans la banque et une fois qu'on a trouvé où ils se trouvent s'ils ont été transférés à une autre composante de l'entreprise ou si une autre composante de l'entreprise a commencé à s'en servir. Ces difficultés sont exacerbées par l'impact de la réglementation qui peut signifier que les actifs sont "inscrits en compte" en un lieu dans lequel aucune des fonctions touchant à la création ou à la gestion de cet actif n'a été ni ne sera exercée (voir sections B-3 (ii) et (iii)).

101. L'Hypothèse de travail s'appuie sur l'analyse fonctionnelle pour déterminer le lieu où les actifs sont mis en œuvre, pour déterminer s'il y a eu un changement d'utilisation et partant pour déterminer s'il y a eu de quelconques opérations devant être prises en compte aux fins de l'attribution d'un bénéfice. Les actifs ne sont pas "mis en œuvre" au lieu où ils sont enregistrés si aucune des fonctions touchant à cet actif n'a été exercée en ce lieu. Par conséquent, une écriture comptable ayant pour effet d'enlever l'actif des comptes d'un établissement stable et de le transférer sur les comptes d'une autre partie de l'entreprise correspondrait à une « opération » à moins que le transfert ne s'accompagne pas d'un transfert des fonctions correspondantes et du transfert concernant l'estimation des perspectives de bénéfices et de risques de l'actif. Voir section D-2(iv) où le transfert de l'actif résulte de l'exercice de fonctions d'agence ou de société-relais.

102. Comme on l'a noté à la section C-2(ii) de la Partie I de ce Rapport, lorsque l'examen du comportement des parties montre que les clauses de « l'opération » n'ont pas été suivies de sorte qu'il n'y a pas eu de transfert réel des fonctions correspondantes ou des perspectives de risque ou de profit de l'actif, le transfert de l'actif serait considéré comme une fiction et par conséquent il n'en serait pas tenu compte en vue de l'imposition. De même, effectuer un transfert vers le lieu où un actif existant est enregistré sans transférer aucune des fonctions ni des perspectives de bénéfices ou des risques n'aboutirait pas à un changement d'utilisation de cet actif ou à une quelconque opération concernant cet actif.

103. La situation est plus complexe parce que les fonctions et les risques associés à certains actifs financiers peuvent parfois être ventilés de telle manière que les fonctions soient exercées et les risques gérés par plus d'une partie de l'entreprise. Par exemple, certaines fonctions, mais pas toutes, liées à la gestion des risques d'un actif financier existant pourraient être transférées vers une autre partie de l'entreprise. Dans ce cas, il peut y avoir des transactions susceptibles de devoir être prises en compte où l'actif peut être traité comme « appartenant » conjointement à plus d'une partie de l'entreprise. On y reviendra plus en détail à la section ci-dessous sur les fonctions éclatées (sous-sections iii(a)(1) et (a)(2)), la gestion d'un actif financier existant (sous-section iii(b)) et sur les transferts d'actifs financiers (sous-section iii(c)).

104. Une fois que le seuil évoqué précédemment a été franchi et qu'une opération est censée exister, l'Hypothèse de travail applique, par analogie, les recommandations des paragraphes 1.36-1.41 des Principes. En d'autres termes, hormis dans les deux situations décrites au paragraphe 1.37, les administrations fiscales "ne devraient pas ne pas tenir compte des *opérations* effectivement réalisées ou leur substituer d'autres *opérations*". Des problèmes pratiques pourraient se poser en ce qui concerne l'évaluation des transactions internes, en particulier lorsqu'on ne dispose pas de données concernant le marché, mais de telles difficultés pourraient également se présenter en ce qui concerne l'évaluation des

transactions entre des entreprises associées. En outre, certains membres du Groupe de direction se demandent encore si l'hypothèse de travail, telle qu'elle est actuellement formulée, assure une protection suffisante contre des transferts répondant à des motifs fiscaux par le biais de dispositifs de couverture interne.

(ii) *Application des méthodes de fixation des prix de transfert à l'attribution de bénéfices*

105. Une fois que l'on a établi l'existence d'une opération et qu'il n'y a pas lieu de faire abstraction de cette opération telle qu'elle a été mise en place par le contribuable ni de la redéfinir, la question suivante qui se pose est de déterminer si le bénéfice imputé à cette opération par la banque est conforme au principe de pleine concurrence. Cela se fait en appliquant les recommandations figurant dans les principes sur la comparabilité, par analogie, dans le cas d'un établissement stable bancaire. On procède ainsi à une comparaison de la rémunération des *opérations* au sein de la banque avec des *transactions* comparables entre des entreprises indépendantes, compte tenu des 5 déterminants de la comparabilité énoncés au chapitre I des Principes.

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

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

108. Le second déterminant, à savoir l'analyse fonctionnelle, pose plus de problèmes. Même s'il y a peu de différences de produits, il peut y avoir des différences considérables dans la nature des fonctions exercées et plus particulièrement des risques assumés en ce qui concerne les "opérations". Ces opérations peuvent être structurées différemment de la façon dont sont structurées des transactions entre entreprises indépendantes. Par exemple, l'exercice de fonctions connexes peut être fractionné entre différentes

composantes de l'entreprise, alors que ces fonctions seraient toujours exercées conjointement par des entreprises indépendantes, de sorte qu'il devient difficile d'évaluer les opérations de façon isolée et d'appliquer de façon fiable, l'une ou l'autre des méthodes traditionnelles fondées sur les transactions. Ces problèmes se produisent de plus en plus souvent dans des transactions entre entreprises associées et le chapitre III des Principes approuve le recours aux autres méthodes (méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfices) dans des situations où les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions du chapitre II ne peuvent pas être appliquées de façon fiable. La section suivante consacrée à l'éclatement des fonctions examinera plus en détail l'application des méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfices à un établissement stable bancaire.

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

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

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

112. Une question va revêtir une importance particulière lors de l'application des recommandations d'ordre général sur le quatrième déterminant de la comparabilité (situations économiques) pour attribuer un bénéfice à un établissement stable bancaire. C'est l'impact de la réglementation, en particulier des différences de régimes réglementaires évoquées précédemment dans la section D-2 b)(ii). Conformément aux recommandations du paragraphe 1.30 des Principes, il convient de considérer que les différences de régimes de réglementation bancaire sont susceptibles d'affecter la comparabilité avec le marché. Par exemple, il ne serait pas correct de traiter des statistiques de marché provenant d'un marché moins réglementé comme un moyen de comparaison avec des opérations sur un marché plus réglementé, sans apporter des ajustements raisonnablement précis de ces différences de réglementation.

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

114. Les commentaires qui précèdent reposent sur la comparaison d'opérations individuelles avec des transactions individuelles sur le marché libre. Dans la pratique, l'activité d'une banque se compose

généralement d'un grand nombre d'actifs financiers et d'opérations analogues. En conséquence, il est sans doute particulièrement judicieux d'appliquer les recommandations sur les transactions agrégées qui figurent au paragraphe 1.42 des Principes dans le contexte bancaire. Par exemple, une analyse de comparabilité pourrait être effectuée entre des opérations convenablement agrégées et des transactions sur le marché libre convenablement agrégées comme un portefeuille de prêts étroitement liés et analogues.

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

(iii) *Activités bancaires traditionnelles*

116. Lorsque, à la suite de l'analyse fonctionnelle et factuelle, on constate que l'établissement stable exerce des activités bancaires traditionnelles, c'est-à-dire qu'il intervient comme emprunteur et prêteur de fonds, un certain nombre de questions fiscales peuvent se poser quant à la façon de rémunérer l'exercice de ces fonctions et les éventuelles "opérations" liées entre l'établissement stable et le reste de l'entreprise. On examinera plus en détail dans cette sous-section ces fonctions et opérations (à l'exception des fonctions d'agent ou d'intermédiaire, qui sont examinées à la section D-2 (iv) ci-dessous).

a) *Fonctions intervenant dans la création de l'actif financier*

117. La première étape de l'Hypothèse de travail aura permis de déterminer quelles ont été les composantes de l'entreprise qui ont exercé les fonctions énumérées précédemment au paragraphe 38 nécessaires à la création de l'actif financier. Si, toutes les fonctions nécessaires à la création du prêt ont été exercées par l'établissement stable, il ne devrait pas être difficile de déterminer une rémunération de pleine concurrence pour l'exercice de ces fonctions. Les éventuelles transactions liées à l'exercice de ces fonctions auront été conduites directement par l'établissement stable et devraient donc avoir été réalisées à des prix de pleine concurrence, soit par définition parce qu'elles ont été réalisées avec des entreprises indépendantes, soit par application des règles habituelles des prix de transfert si elles ont été effectuées avec des entreprises associées.

118. Il devrait tout de même être nécessaire d'envisager de procéder à un ajustement du montant des intérêts versés à des tiers de façon à rendre compte du montant de capital libéré de la banque qui est nécessaire pour financer les opérations de prêt de l'établissement stable, conformément aux recommandations données plus haut à la section D-1 (iv). Il convient également de noter qu'il peut y avoir certains problèmes d'attribution en ce qui concerne les autres fonctions ne touchant pas à la création de l'actif, comme la gestion ultérieure de l'actif et l'apport d'un soutien général et d'une infrastructure convenable, par exemple, dans le cadre des fonctions centralisées du siège social. On y reviendra dans d'autres sections.

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

- 1) Entreprise pratiquant l'éclatement des fonctions : exercice des fonctions de vente/négociation en un même lieu

120. On examinera dans cette sous-section la situation dans laquelle la fonction vente/négociation a été exercée par une seule composante de l'entreprise, tandis que certaines autres fonctions touchant à la création de l'actif financier ont été exercées par différentes composantes de l'entreprise. Dans ce cas, l'établissement stable est le « propriétaire » de l'actif et c'est lui qui percevra les intérêts correspondants et qui supportera les coûts du financement de l'actif etc. Le coût du financement de l'actif sera déterminé compte tenu de la manière dont les fonds nécessaires ont été obtenus par l'établissement stable. Par exemple, lorsque celui-ci se procure lui-même les fonds nécessaires sur le marché local, le coût de financement de l'actif correspond au coût d'emprunt sur le marché local. Lorsque l'établissement stable s'adresse à une succursale spécifique de la banque pour obtenir les fonds nécessaires, il y a lieu de se référer aux indications données par la discussion sur les fonctions d'agence ou de sociétés relais à la section D-2(iv). Lorsque l'établissement stable obtient les fonds nécessaires des services de trésorerie de la banque ou d'une autre partie de cette banque qui n'intervient pas comme agent ou comme société relais, il y a lieu de se référer aux indications données par la discussion qui figure à la section D-2 (iii)(a)(1)(ii).

121. Cependant, d'autres fonctions peuvent avoir été exercées par d'autres secteurs de l'entreprise pour le compte du « propriétaire » de l'actif et elles représentent des « opérations » qu'il y a lieu de prendre en compte, par exemple au moyen d'une commission pour services rendus déterminée selon le principe de pleine concurrence. On étudiera à la sous-section (a)(2) ci-dessous la situation dans laquelle cette fonction vente/négociation a elle-même été éclatée.

122. Dans ces conditions, la question se pose de savoir comment attribuer un bénéfice de pleine concurrence à l'établissement stable. L'analyse fonctionnelle dans le cadre de la première étape de l'Hypothèse de travail aura déterminé quelles ont été les composantes de l'entreprise qui ont exercé les différentes fonctions mentionnées au paragraphe 38. Par exemple, il se peut que, même si la fonction vente/négociation présidant à la création de l'actif a été exercée par un seul établissement stable, l'actif ait été créé du fait que le client a été dirigé vers cet établissement stable par une autre succursale. L'exercice de cette fonction nécessite une rémunération, dès lors que, comme c'est normalement le cas, des entreprises indépendantes exerçant les mêmes fonctions s'attendent à être rémunérées.

123. L'exercice des fonctions, autres que celle de vente/négociation, à l'extérieur de l'établissement stable sera caractérisé comme des "opérations" entre l'établissement stable et le reste de l'entreprise. On cherchera à comparer ces "opérations" et des transactions entre entreprises indépendantes. On peut recourir à cet effet à toutes les méthodes approuvées par les Principes, en commençant par les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions décrites au chapitre II.

(i) Fonctions vente/soutien

124. L'application du principe de pleine concurrence à l'exercice des fonctions de vente et de soutien dans le cadre d'une négociation mondiale a été évoquée plus en détail dans les Sections III-2 et III-3 du Rapport sur la mondialisation des opérations financières. On considère que ces recommandations s'appliquent également aux fonctions de vente et de soutien d'une entreprise bancaire énumérées au paragraphe 5 ci-dessus, même si les situations dans lesquelles les fonctions de vente ou de soutien sont aussi intégrées soit avec d'autres fonctions, soit entre différents lieux sont sans doute plus rares. En d'autres termes, il doit être assez souvent possible de recourir aux méthodes traditionnelles fondées sur les transactions du chapitre II des Principes pour attribuer un bénéfice concernant des "opérations" touchant à ces fonctions et des données concernant le marché qui émanent de courtiers et de sociétés de services de post marché peuvent être disponibles. De plus, il ne semble pas y avoir de difficultés particulières pour

appliquer la recommandation générale de l'Hypothèse de travail préconisant d'assimiler, aux fins de l'analyse de comparabilité, "opérations au sein d'une entreprise" et "transactions entre entreprises associées".

(ii) Fonctions de trésorerie et de mouvement interne de fonds/opérations à intérêts

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

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

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

128. Les systèmes de prix de transferts internes de fonds appliqués par le service de trésorerie peuvent être utilisés pour transférer des risques de taux d'intérêt et de liquidité des succursales/établissements au service de trésorerie de manière à permettre une gestion plus efficace de ces risques (voir section D-2(iii)(b)) et à imputer aux différentes succursales le coût des fonds collectés par la banque dans son ensemble (voir paragraphe 91-94). De tels systèmes peuvent comporter une différenciation selon les lignes de produit ou les segments du marché (par exemple en fixant des objectifs différents en matière de bénéfices et de rémunérations) faciliter la fixation d'objectifs de rentabilité pour l'entité, et servir de base à la fixation des prix appliqués aux clients. En conséquence, les prix des transferts internes de fonds qui sont également utilisés à des fins fiscales doivent être analysés avec soin pour vérifier leur compatibilité avec le principe de pleine concurrence.

129. La deuxième étape de l'Hypothèse de travail consistera à appliquer les méthodes de détermination des prix de transfert des Principes pour comparer les opérations à des transactions sur le marché libre, afin qu'elles soient effectuées à des conditions de pleine concurrence et puissent être utilisées pour attribuer un bénéfice de pleine concurrence à l'établissement stable. Lors de cette analyse, la comparaison devra reposer sur l'opération telle qu'elle a été montée par le contribuable, à savoir sous l'angle des montants, de la monnaie, de la durée, d'autres conditions contractuelles et de toute opération de couverture correspondante sauf dans les deux cas mentionnés au paragraphe 1.37 des Principes. On devra conserver à

l'esprit les cinq déterminants de la comparabilité que l'on a évoqués plus haut dans la section D-2 (ii), par exemple, les éventuelles différences de conditions sur le marché dues à la réglementation.

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

131. Il convient en outre d'étudier quatre autres questions qui découlent d'une opération de trésorerie. La première est qu'une opération de trésorerie conduit normalement à la création d'un actif financier une fois que les fonds collectés sont prêtés à un client de la banque. Dans un tel cas, il faudra affecter un certain volume de capital « libre » de la banque à cet actif. Cela aura pour conséquence d'accroître la marge brute au titre de l'opération de trésorerie puisqu'il ne sera pas nécessaire d'emprunter tous les fonds (voir section D-1 (iii)).

132. La seconde est liée à la conclusion déjà examinée selon laquelle chaque partie de l'entreprise bancaire se voit appliquer la cote de crédit de la banque dans son ensemble et aux conséquences de cette conclusion pour la réalisation d'une analyse de comparabilité. La troisième a trait à la question de savoir s'il existe un risque de crédit à prendre en compte dans le cadre des opérations internes « à intérêt » dans la mesure où il n'existe pas de risque de défaut de paiement d'une partie de l'entreprise dans le cadre de ses relations avec une autre partie de la même entité juridique.

133. La quatrième a trait aux pertes, notamment aux gains et pertes de change sur les actifs financiers. Dans le cadre de l'hypothèse de travail, la fonction qui assume les risques de change au titre de ces actifs doit se voir attribuer le bénéfice attendu pour avoir exercé cette fonction et doit aussi se voir attribuer les éventuelles pertes découlant de la concrétisation de ces risques.

134. Certains membres du Groupe de Direction ont exprimé des préoccupations quant au risque de manipulation des pertes de change à des fins d'évasion fiscale. On a indiqué que ces manipulations peuvent également s'appliquer entre entreprises indépendantes (souvent entre une banque et une EMN indépendante). On considère donc que ces questions ne doivent pas être traitées dans le cadre des règles relatives aux prix de transfert ou à l'attribution de bénéfices. Pour autant, il ne s'agit pas de considérer que l'Hypothèse de travail contrecarre les effets des éventuels textes de loi introduits par un territoire en vue de régler des problèmes qui ne sont pas uniquement le fait de parties liées.

135. Le Groupe de direction continue d'étudier les questions liées aux opérations de trésorerie, et notamment aux relations avec les fonds propres complémentaires examinés aux paragraphes 92-94 ci-dessus.

(iii) Fonctions vente/négociation

136. Dans le cadre de la première étape de l'Hypothèse de travail, les actifs financiers créés par l'exercice des fonctions de vente/négociation par l'établissement stable ont été attribués à cet établissement stable. Cette attribution doit avoir pour effet d'attribuer à l'établissement stable exerçant ces fonctions les revenus d'intérêts produits par ces actifs. Ces revenus seront calculés à des prix de pleine concurrence, soit par définition, parce qu'ils sont perçus auprès d'entreprises indépendantes, soit par application des règles habituelles de détermination des prix de transfert parce qu'ils sont perçus auprès d'entreprises associées. En

conséquence, il n'y aura pas lieu de s'efforcer d'évaluer l'exercice de ces fonctions elles-mêmes. Au contraire, afin d'attribuer un bénéfice de pleine concurrence à l'établissement stable, il suffirait de déterminer les prix de pleine concurrence de toute transaction résultant de l'exercice des autres fonctions décrites précédemment.

137. Cela étant, il n'est pas toujours possible d'évaluer ces autres fonctions en les isolant des fonctions de vente/négociation, par exemple, parce que des parties indépendantes exercent toujours ces fonctions ensemble. Dans de tels cas, il se peut donc qu'il ne soit pas possible d'appliquer de façon fiable une méthode traditionnelle fondée sur les transactions. Heureusement, le chapitre III des Principes approuve d'autres méthodes applicables dans les situations où les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions du chapitre II ne peuvent l'être de façon fiable. Le recours à la méthode transactionnelle de fractionnement des bénéfices a déjà été examiné dans le contexte plus limité des transactions mondialisées sur l'instrument financier dans le rapport sur la mondialisation des opérations financières, où l'on peut retrouver un grand nombre de ces mêmes caractéristiques, comme l'intégration des fonctions et les modes de coopération entre lieux, même si c'est peut-être sous une forme plus extrême et beaucoup plus fréquemment. Le groupe de direction continue à étudier les questions qui se rattachent à l'application des méthodes fondées sur les bénéfices pour évaluer les fonctions traditionnelles des banques.

2) Eclatement de la fonction de vente/négociation

138. Lorsque l'analyse fonctionnelle prévue lors de la première étape de l'Hypothèse de travail montre que la fonction de vente/négociation liée à la création de l'actif est exercée en partie sur un territoire et en partie sur un autre, cela pose la question de savoir quel est le secteur de l'entreprise qui doit être considéré comme le « propriétaire » de l'actif financier et qui doit par conséquent se voir imputer les bénéfices et les risques de cette propriété, sous forme de perception d'intérêts et de dépenses correspondants. Ainsi qu'il a été noté au paragraphe 51 ci-dessus, cette détermination doit être fondée sur l'analyse fonctionnelle

139. Dans le cadre des activités bancaires traditionnelles, contrairement aux transactions mondialisées, il est généralement possible d'établir à partir de l'analyse fonctionnelle que les fonctions de vente/de négociation conduisant à la création de l'actif ont été exercées en un seul lieu et que les fonctions exercées ailleurs ont été moins importantes. Dans de tels cas, les actifs seraient attribués aux sites où les fonctions importantes de vente/de négociation sont exercées et ainsi c'est ce site qui serait considéré comme le « propriétaire » de l'actif financier et qui percevrait des revenus et effectuerait les dépenses correspondantes. Il faudrait tenir compte des opérations entre le site considéré comme le « propriétaire » de l'actif et les sites qui exercent les autres fonctions. Ceux-ci seraient rémunérés conformément au principe de pleine concurrence, par exemple au moyen d'une commission sur les ventes ou d'une redevance au titre des services rendus.

140. Exceptionnellement, l'analyse fonctionnelle pourrait montrer que les fonctions importantes de vente/de négociation ont été exercées dans plus d'un établissement de sorte que l'actif peut être considéré comme la propriété conjointe de plusieurs établissements. Cette propriété conjointe donne lieu à une "opération" qui a des conséquences importantes pour l'attribution des bénéfices. Cela s'explique par le fait que l'attribution de l'actif financier et donc du capital « libre » correspondant résulte de la fonction de vente/négociation. La valeur relative de la fonction de vente/négociation exercée dans les différentes composantes de l'entreprise va servir à attribuer l'actif financier et donc le capital « libre » nécessaire sur lequel doit reposer l'actif. Par exemple, s'il devait s'avérer que 60% de la valeur de la fonction de vente/négociation relèvent de l'établissement stable et 40% du siège social, l'actif financier serait de même attribué à concurrence de 60% à l'établissement stable et de 40% au siège social.

141. Les recommandations des Principes seront appliquées, par analogie, pour déterminer la valeur relative des fonctions de vente/négociation exercées dans les différentes composantes de l'entreprise. L'exercice de ces fonctions sera caractérisé comme des "opérations" entre les différentes composantes de l'entreprise et on s'efforcera de les comparer avec des transactions entre entités indépendantes. Toutes les méthodes approuvées dans les Principes être employées à cet effet, en commençant par les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions décrites au chapitre II.

142. Toutefois, il peut s'avérer difficile de trouver des transactions sur le marché libre qui soient comparables à ces « opérations ». Par exemple, il a été parfois suggéré d'utiliser des transactions de courtage entre parties indépendantes comme transactions comparables dans le cadre de la méthode des prix comparables sur le marché libre. La grande marge de manœuvre ou d'appréciation qui va de pair avec l'exercice d'une fonction intégrale de vente/négociation est susceptible d'entraîner des différences matérielles par rapport aux opérations de courtage. En vertu du paragraphe 2.7 des Principes, les opérations de courtage ne seraient comparables que si « des correctifs suffisamment exacts peuvent être apportés pour supprimer les effets matériels de ces différences ». Il peut être difficile d'effectuer de tels ajustements en pratique. De plus, ces "opérations" peuvent être montées de façon différente de celles que l'on observe entre entités indépendantes où un éclatement de la fonction de vente/négociation peut aller de pair avec une intégration et une coopération considérables entre les différents sites concernés. Cette intégration et cette coopération sont sans doute rares entre indépendants et l'importance de cette intégration ou de cette coopération risque de rendre difficile l'évaluation d'une quelconque transaction isolée ce qui risque d'entraver l'application fiable des méthodes traditionnelles fondées sur les transactions.

143. Il ne s'agit pas de problèmes propres aux établissements stables bancaires car ils se produisent de plus en plus souvent dans des transactions entre entreprises associées. Là encore, le chapitre III des Principes approuve le recours à d'autres méthodes que l'on appliquera dans des situations dans lesquelles les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions du chapitre II ne peuvent pas être appliquées de façon fiable, comme on l'a déjà indiqué dans la section précédente.

144. L'une des méthodes qui a des chances plus particulières de pouvoir être appliquées dans ces conditions est la méthode de fractionnement des bénéfices résiduels. Il s'agit là de fractionner les bénéfices résiduels résultant de l'exercice de la fonction de vente/négociation, à savoir les bénéfices restants après avoir déduit les bénéfices combinés, la rémunération de pleine concurrence pour l'exercice des autres fonctions (c'est-à-dire le « revenu standard » selon les termes du paragraphe 3.19 des principes). La rémunération des autres fonctions devra être déterminée en recourant aux méthodes de fixation de prix de pleine concurrence décrites dans les principes et examinées à la section D-2(iii)(b). Il restera à fractionner la part résiduelle entre sites de vente/négociation conformément aux recommandations générales qui figurent au chapitre III des Principes. D'autres indications pratiques peuvent être obtenues aux sections III-3 et IV du rapport sur la mondialisation des opérations financières.

b) Fonctions allant de pair avec la gestion d'un actif existant

145. L'Hypothèse de travail s'applique également aux fonctions énumérées précédemment au paragraphe 6 qui sont nécessaires au suivi et à la gestion de l'actif financier jusqu'à sa date d'échéance. L'attribution d'un bénéfice aux fonctions de soutien et à la fonction de vente/négociation doit se faire de la même façon, comme on l'a déjà vu pour l'exercice de la même fonction présidant à la création d'un actif financier. Cette section examine plus particulièrement les fonctions de suivi des risques et de gestion des risques.

146. Le suivi des risques s'applique à l'ensemble des types de risques et fait intervenir tous les systèmes d'information sur les risques et de déclarations. Les systèmes de contrôle interne permettent le

suivi de l'utilisation de facilités à l'intérieur de limites fixées et la déclaration des dépassements éventuels. Par exemple, le risque de crédit peut faire l'objet d'un suivi portant sur le montant des sommes en jeu et la qualité du risque (la probabilité de défaut de paiement) ainsi que sur la concentration des risques d'un portefeuille de prêt. Le suivi du risque de crédit est d'une importance essentielle dans la mesure où la défaillance d'un petit nombre de clients importants peut entraîner des pertes considérables pour la banque. Lorsque la fonction de suivi des risques est relativement peu élaborée, il devrait être possible d'utiliser les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions pour attribuer les bénéfices liés aux « opérations » effectuées dans le cadre de cette fonction. En revanche, lorsque la fonction de suivi des risques est tellement intégrée avec les autres fonctions (par exemple la fonction de gestion du risque) qu'il n'est pas possible de l'évaluer séparément, l'utilisation d'autres méthodes peut être nécessaire.

147. La gestion du risque dans le cadre d'une entreprise bancaire traditionnelle (c'est-à-dire qui effectue des opérations d'emprunt et de prêt) a subi des changements considérables depuis la publication du rapport de 1984. Traditionnellement, elle comprenait seulement la gestion du risque de crédit lié au portefeuille des opérations bancaires (activités de prêt traditionnelles). Plus récemment, la gestion des risques de marché (risque de taux d'intérêt et de change) liés à des prêts effectués à des clients est également devenue une importante fonction exercée dans le cadre des banques (souvent gérée par le service de trésorerie) et dans les banques les plus modernes, certains risques de marché peuvent être transférés à un portefeuille d'opérations sur titres. Il est admis qu'il existe des différences entre une entreprise de banque traditionnelle et une entreprise qui effectue des transactions mondialisées quant aux risques et quant à la manière dont ils sont gérés. Néanmoins, on estime que les indications qui figurent dans le rapport sur la mondialisation des opérations financières en ce qui concerne la rémunération des fonctions de gestion du risque peuvent être utiles dans le cadre de l'évaluation des résultats des fonctions de gestion du risque dans une entreprise bancaire traditionnelle. Le groupe de direction est en train d'étudier ces questions plus en détail.

148. La méthode de rémunération des résultats de la fonction de gestion du risque dépendra de la nature exacte de la fonction exercée et des risques gérés. Ainsi qu'il est indiqué dans le rapport sur les transactions mondialisées (voir paragraphes 148-154 sur la négociation et la gestion du risque) il y a peut-être lieu d'utiliser des méthodes fondées sur les bénéfices lorsqu'il n'est pas possible d'appliquer avec une fiabilité suffisante les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions pour rémunérer les résultats obtenus dans l'exercice des fonctions de gestion des risques. Cela peut se produire lorsque des entreprises indépendantes exerçant des fonctions similaires de gestion du risque exigeraient une part du bénéfice ou lorsque la fonction de gestion du risque est tellement intégrée avec les autres fonctions qu'il n'est pas possible de procéder isolément à une évaluation. Il peut s'agir d'une part du bénéfice brut ou du bénéfice net.

149. Lorsque la fonction de gestion du risque doit être rémunérée en ayant recours à une méthode fondée sur les bénéfices, la partie de l'entreprise qui exerce ces fonctions devra percevoir une part des bénéfices des actifs dont elle assure la gestion du risque. Dans ces cas, la partie de l'entreprise qui exerce ces fonctions sera traitée comme copropriétaire de ces actifs non seulement aux fins du partage du bénéfice de ces actifs mais aussi pour l'attribution du capital (voir section D-1 (iii) ci-dessus). Par exemple, supposons qu'un établissement stable assure la gestion du risque pour un portefeuille d'actifs et soit rémunéré en percevant 50 % des bénéfices de ce portefeuille. Dans le cadre de l'hypothèse de travail, il serait également traité comme étant propriétaire à 50 % de ce portefeuille d'actifs aux fins de l'attribution du capital de l'ensemble de la banque à l'établissement stable.

c) Transferts d'actifs financiers existants

150. Dans ce rapport, on s'est jusqu'ici attaché à la situation dans laquelle l'actif financier est resté dans le lieu où il a été créé, c'est-à-dire en fonction du lieu d'exercice de la fonction de vente/négociation ayant conduit à sa création.

151. La question qui nous préoccupera dans cette section est de savoir que faire lorsque l'actif fait ultérieurement l'objet d'un transfert vers un autre secteur de l'entreprise. Dans le cadre de l'Hypothèse de travail on doit décider s'il convient en soi de constater l'existence d'un tel transfert. Comme on l'a vu dans la Partie I du présent rapport, l'Hypothèse de travail repose sur une analyse fonctionnelle devant permettre de déterminer s'il y a bien eu un "événement réel et identifiable" donnant lieu à une opération devant être prise en compte aux fins de l'attribution de bénéfices. Dans le cas d'un actif financier, un transfert comptable de cet actif doit s'accompagner d'un événement réel et identifiable, comme un changement de l'utilisation de l'actif. Le transfert vers un lieu où l'actif financier est enregistré, sans transfert d'une quelconque fonction, ni des hypothèses concernant les perspectives de profit et de risque de cet actif financier, ne donne pas lieu au changement de l'utilisation de cet actif et, partant, à une quelconque opération touchant à cet actif.

152. Si le transfert d'un actif donné est constaté comme une opération conformément aux critères de constatation évoqués plus haut, la démarche suivante consiste à attribuer un bénéfice à cette opération. De façon générale, le transfert de l'actif financier pourra être assimilé, aux termes de l'analyse de comparabilité, à une cession et une acquisition réputées à la valeur de marché. La composante de l'entreprise faisant l'acquisition de l'actif financier se verra imputer à partir de la date d'acquisition les intérêts perçus et versés ultérieurement qui correspondent à la propriété de cet actif financier. L'actif financier sera aussi attribué à l'acquéreur aux fins de l'attribution du capital de la banque (voir section D-1 (iii) ci-dessus. Les autres fonctions nécessaires à l'entretien de l'actif seront rémunérées comme on l'a vu dans les lieux où elles sont maintenant exercées.

153. Certains pays considèrent que l'Hypothèse de travail, telle qu'elle est exposée ci-dessus, n'apporte pas de protection suffisante contre des transferts ayant des motivations fiscales. Toutefois, il convient de noter que l'Hypothèse de travail ne fait que décider de l'attribution de bénéfices commerciaux en ce qui concerne un actif financier. L'Hypothèse de travail n'est pas incompatible avec des législations internes visant à prévenir l'utilisation abusive de pertes fiscales ou de crédits d'impôt en déplaçant le lieu d'enregistrement des actifs financiers.

d) Services du siège social

154. On considère qu'il est nécessaire de disposer d'une infrastructure de soutien considérable au siège social pour exercer des activités bancaires. Cette infrastructure couvre toute une série d'activités qui vont de la gestion stratégique aux fonctions centralisées de gestion des rémunérations et de comptabilité. L'existence de ces fonctions de soutien doit être prise en compte lors de l'attribution de bénéfices aux diverses composantes de l'entreprise. L'Hypothèse de travail consiste à cet égard à appliquer les recommandations figurant dans les Principes Directeurs, notamment aux chapitres VII et VIII pour déterminer s'il convient, et dans quelle mesure, de rémunérer les fonctions de soutien. La Partie I de ce Rapport examine comment ces recommandations peuvent être appliquées, par analogie, à un établissement stable et indique les résultats de la vérification de l'Hypothèse de travail dans le secteur bancaire.

155. L'un des domaines dans lesquels il existe une différence entre l'hypothèse de travail et la position actuelle découle du fait que, dans le cadre de l'hypothèse de travail, le principe de pleine concurrence est appliqué pour déterminer la rémunération de la prestation de ce service. L'application de ce principe

tiendra compte non seulement du prix appliqué au service mais de la question de savoir si, dans des conditions de pleine concurrence, les deux parties auraient conclu un contrat pour la fourniture du service en question. Comme on l'a noté à la partie I de ce rapport, les critères indiqués au paragraphe 7.6 des principes seront utiles pour résoudre ces questions. De plus, l'application du principe de pleine concurrence pourrait indiquer un prix du service rendu qui serait supérieur ou inférieur au coût subi par le siège social pour fournir ce service.

156. La plupart des services fournis par le siège social d'une banque diffèrent peu de ceux que fournit la maison mère ou le prestataire de services centralisés d'un groupe multinational. On peut utiliser les mêmes techniques que pour les entreprises associées et des recommandations sur les services de soutien dans le secteur financier figurent aux chapitres III - 2 et III - 3 du Rapport sur la mondialisation des opérations financières. Si l'on ne dispose pas de prix comparables sur le marché libre, les méthodes du prix de revient majoré peuvent s'avérer particulièrement utiles.

157. Lorsqu'on se trouve en présence d'un mécanisme de type "ARC", il convient de suivre les recommandations du chapitre VIII sur l'application du principe de pleine concurrence aux services qui font l'objet de l'ARC. Il ne semble pas que des problèmes particuliers se posent dans le cadre d'une entreprise bancaire.

158. Comme on l'a indiqué à la Partie I de ce Rapport, certains membres du Groupe de Direction ont émis des réserves quant à l'utilité des résultats décrits ci-dessus. **Des commentaires sont sollicités sur cette question.**

(iv) *Fonctions d'agent ou d'intermédiaire*

159. Cette section traite de la situation décrite dans le Rapport de 1984 (paragraphe 73-76) dans laquelle, "une succursale d'une banque se sert d'une autre succursale comme simple intermédiaire pour se procurer des fonds sur un marché financier étranger à ses propres fins Il se peut qu'elle ne fournisse en fait guère plus de services qu'un simple intermédiaire." Elle ne traite pas des opérations internes « à intérêt » entre une succursale et le service de trésorerie, qui sont examinées à la section D-2 (iii)(a)(1)(ii). En outre, on admet dans cette section, que l'existence d'un établissement stable au sens de l'article 5 a déjà été constaté. La question de savoir si l'exercice des fonctions d'agent ou d'intermédiaire peut en elle-même aboutir à la création d'un établissement stable au sens de l'article 5 sort des limites de ce rapport.

160. L'importance de la constatation que la succursale est intervenue comme agent ou intermédiaire réside dans les bénéfices qui doivent lui être attribués au titre de cette fonction. Cette fonction doit être "rémunérée non par un intérêt, mais par une commission adéquate. Cette rémunération pourra prendre la forme d'un 'dédommagement' – un faible pourcentage des fonds collectés ou du bénéfice réalisé – si telle est la façon dont les entreprises indépendantes auraient conclu la transaction." On a évoqué au paragraphe 74 du Rapport de 1984, les éléments qui peuvent s'avérer nécessaires avant que l'autorité fiscale n'accepte que la nature de la transaction corresponde à l'activité d'un agent ou d'un intermédiaire. Le principal souci à cet égard était que "l'entité nationale n'a pas renoncé au profit de l'autre élément du groupe à un bénéfice qu'elle aurait pu s'assurer normalement en prêtant les fonds elle-même à un client indépendant."

161. Les problèmes fiscaux et les préoccupations des autorités fiscales n'ont pas sensiblement changé depuis le Rapport de 1984. De plus, l'Hypothèse de travail devrait constituer un instrument utile pour décider si une "opération" particulière, le transfert de fonds d'une succursale à une autre doit être traité comme comparable à une fonction de prêteur, plutôt qu'à une fonction d'agent ou d'intermédiaire, avec la différence qui en résulte pour l'attribution des bénéfices. Plus précisément, le concept d'analyse

fonctionnelle, notamment en tenant compte des risques assumés, devrait permettre de prendre plus facilement cette décision sur une base principale et cohérente.

162. Cette décision se prendra par référence aux fonctions effectivement exercées par les parties à “l’opération” et aux conditions entourant l’exercice de ces fonctions. Par exemple, il ne saurait être présumé dans une “opération” impliquant un établissement stable et le siège social que l’établissement stable intervient en tant qu’agent ou qu’intermédiaire pour le siège social. Les recommandations sur l’analyse des fonctions intervenant dans la création de l’actif (voir plus haut paragraphe 38) doivent déterminer quelles sont les fonctions nécessaires à la création de l’actif qui ont été exercées par telle ou telle composante de l’entreprise. Plus précisément, l’analyse précise de la fonction de vente/négociation va être capitale au sens où elle va déterminer quelle est la composante de l’entreprise qui a agi en tant que mandant au regard de cette transaction, par exemple, quelle est la composante de l’entreprise qui a pris la décision de collecter des fonds, la décision de se porter sur le marché à un moment précis et la décision sur les conditions recherchées.

163. De même que pour la décision de collecter des fonds, l’autre différence essentielle entre les fonctions “d’agent ou d’intermédiaire” et les fonctions de prêteur résident dans les risques assumés. Par exemple, le risque qu’elle ne puisse pas trouver un client pour ces fonds (peut-être en raison du déclenchement brutal d’une récession), ou de les lui apporter aux conditions qui lui permettraient de réaliser un bénéfice (peut-être en raison de mouvements attendus des taux d’intérêt sur le marché). C’est le fait d’assumer l’ensemble des risques inhérents à des opérations d’emprunt et de prêt qui, du point de vue économique, justifie la pleine rémunération du crédit. Une fonction d’agent ou d’intermédiaire se caractérise par l’élimination de la plupart, voire de la totalité des risques relatifs à l’exercice de cette fonction. Dans l’exemple donné dans ce paragraphe, le risque d’inventaire serait éliminé en obligeant le mandant à accepter les fonds au taux obtenu par l’agent ou l’intermédiaire (majoré de la rémunération des services de l’agent ou de l’intermédiaire).

164. Suivant la recommandation figurant dans la Partie I du présent rapport, l’ensemble des faits et circonstances (y compris les documents disponibles sur cette opération) entourant la prétendue opération d’agent ou d’intermédiaire devront être examinés afin de, “déduire les relations économiques” entre les parties et, plus précisément la répartition des risques. Une fois déterminées de cette façon les véritables conditions de l’opération, on peut vérifier si ces conditions correspondent effectivement à l’exercice d’une fonction d’agent ou d’intermédiaire.

165. En conclusion, on considère que déterminer la véritable nature d’une opération “d’agent ou d’intermédiaire” ne présente pas de difficultés insurmontables, pour peu que l’on procède à un examen complet de l’ensemble des conditions économiques pertinentes. Les recommandations figurant au chapitre I des Principes devraient être très utiles à cet égard.

166. Une fois que l’on a déterminé la véritable nature de l’opération, il reste à savoir comment attribuer les bénéfices aux participants à cette opération. Ici, le concept d’analyse de comparabilité va être important – “l’opération” va se voir attribuer des bénéfices par référence à des transactions entre entités indépendantes qui sont “comparables” au sens du chapitre I des Principes. Les principaux déterminants de la comparabilité seront selon toute vraisemblance l’analyse fonctionnelle (le type exact de fonction d’agence ou d’intermédiaire et quels sont les risques éventuellement assumés – par exemple, l’agent ou l’intermédiaire supporte-t-il un quelconque risque, par exemple, un risque de marché, même brièvement) et les caractéristiques de la transaction (voir paragraphe 1.19 des Principes et paragraphe 107 de ce Rapport), en particulier l’importance des fonds collectés et la monnaie concernée.

167. Toutefois, il ne faut pas pour autant négliger les autres déterminants évoqués au chapitre I, ne serait-ce que pour établir qu’ils ne sont pas pertinents. Par exemple, si l’opération d’intermédiaire porte sur

des dollars des Etats-Unis, les recommandations sur les situations économiques (voir paragraphe 1.30) auront sans doute moins d'importance, dans la mesure où on a des chances de trouver des points de comparaison sur un marché analogue et à des conditions de marché analogues, compte tenu de la profondeur, de la liquidité et du caractère mondialisé des marchés de capitaux en dollars des Etats-Unis. La situation risque d'être différente si l'opération est libellée dans une monnaie illiquide ou lorsqu'un ou quelques rares intervenants dominent le marché de la collecte de fonds libellés dans cette monnaie.

168. L'existence de données comparables est susceptible de déterminer la méthode retenue pour l'attribution des bénéfices. Des transactions d'agence ou d'intermédiaire interviennent entre entreprises indépendantes sur les marchés de capitaux de sorte qu'on devrait souvent disposer de données du marché. Ces données seront vraisemblablement sous forme de prix comparables potentiels sur le marché libre, souvent exprimés sous forme de "dédommagement" prélevé sur les fonds empruntés. Le montant de ce dédommagement sera déterminé à partir de transactions de marché qui respectent les critères de comparabilité des chapitres I et II des Principes (voir plus haut les déterminants à prendre en compte).

169. Dans d'autres cas, on peut trouver des prix comparables sur le marché libre sous forme de frais ou commissions, bien que de telles données puissent souvent être converties, à des fins de comparaison, en une "ristourne" sur le taux d'intérêt. Il convient de ne pas négliger des données comparables simplement parce qu'elles sont exprimées sous une forme différente. Cela étant, lorsqu'il n'est pas possible d'identifier des transactions comparables sur le marché libre, il convient d'appliquer les autres méthodes approuvées dans les Principes pour résoudre le problème.