



COMPARABILITÉ: APPEL À COMMENTAIRES SUR UNE
SÉRIE DE PROJETS DE NOTES

10 MAI 2006



CENTRE DE POLITIQUE ET D'ADMINISTRATION FISCALES

COMPARABILITÉ: APPEL À COMMENTAIRES SUR UNE SÉRIE DE PROJETS DE NOTES

Dans le cadre de ses procédures de suivi de la mise en oeuvre des Principes directeurs en matière de prix de transfert de 1995, le Groupe de Travail n° 6 du Comité des Affaires Fiscales de l'OCDE a retenu deux thèmes à examiner en priorité:

- Les questions de comparabilité liées à l'application des méthodes de prix de transfert reconnues par les Principes directeurs de 1995 et
- L'application des méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfices (c'est-à-dire des méthodes transactionnelles de partage des profits et de la méthode transactionnelle de la marge nette).

Tout en reconnaissant que ces deux projets sont intrinsèquement liés, le Groupe de Travail a commencé par une revue des questions de comparabilité en général. Un appel à commentaires du public sur les questions de comparabilité a été publié en 2003. Des contributions détaillées ont été reçues de la communauté des affaires, la plupart d'entre elles étant disponibles sur le site Internet de l'OCDE (http://www.oecd.org/document/47/0,2340,en_2649_37427_2508655_1_1_1_37427,00.html). Le public est maintenant invité à commenter la série de projets de notes ci-jointe, qui a été élaborée par le Groupe de Travail n°6 sur la base de l'expérience acquise depuis l'adoption des Principes directeurs de 1995 et des commentaires reçus de la communauté des affaires en réponse à l'invitation de 2003.

Un appel à commentaires distinct sur les méthodes fondées sur les bénéfices a été publié le 28 février 2006.

Les commentaires sont à adresser d'ici le **30 novembre 2006**, de préférence par courriel, à Jeffrey Owens, Directeur du Centre de Politique et d'Administration Fiscales de l'OCDE (Jeffrey.Owens@oecd.org) avec copie à Caroline Silberztein, Chef de l'Unité Prix de Transfert, (Caroline.Silberztein@oecd.org).

TABLE DES MATIERES

Mettre l'analyse de comparabilité et la recherche de comparables en perspective	4
Cadre temporel des études de comparabilité	10
Comparables internes	19
Détermination des sources d'informations disponibles et de leur fiabilité.....	24
Comparables indépendants.....	32
Examen des cinq facteurs de comparabilité	37
Critères permettant de sélectionner ou de rejeter des tiers ou des transactions de tiers : degré d'objectivité de la liste des données comparables externes.....	48
Détermination et réalisation d'ajustements de comparabilité le cas échéant.....	53
Utilisation de Données Pluriannuelles.....	64
Agrégation des transactions.....	70
Définition de l'intervalle de pleine concurrence, résultats extrêmes, méthodes permettant d'améliorer la fiabilité, comparables déficitaires.....	76
Les documents à l'appui de la recherche de comparables	82

Mettre l'analyse de comparabilité et la recherche de comparables en perspective

A - Examen de l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE

1. Afin de mettre la question de la comparabilité en perspective, il peut être utile de revenir à l'origine de l'analyse de comparabilité, à savoir au paragraphe 1 de l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE. Cet examen peut permettre de se remémorer les raisons pour lesquelles l'analyse de comparabilité est requise et, par conséquent, souligner la nécessité d'une approche qui fournisse une analyse qualitative et qui n'impose pas un fardeau trop lourd aux contribuables et aux administrations fiscales.

2. Le paragraphe 1 de l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE pose le principe de pleine concurrence :

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

3. Ce paragraphe est le fondement des analyses de comparabilité parce qu'il introduit la nécessité d'effectuer une comparaison entre des conditions convenues ou imposées entre des entreprises associées et celles qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes, et de calculer les bénéfices qui auraient été réalisés par cette entreprise en conditions de pleine concurrence. Le raisonnement qui sous-tend ce paragraphe est en deux étapes :

- Premièrement, il est nécessaire d'opérer une comparaison des « conditions » convenues ou imposées entre entreprises associées avec celles qui seraient convenues entre entreprises indépendantes afin de déterminer *si* un ajustement des prix de transfert doit être effectué,
- Deuxièmement, lorsque des conditions spéciales convenues ou imposées entre les entreprises associées ont été identifiées, un *calcul* de l'ajustement des prix de transfert est effectué en rectifiant les bénéfices qui auraient été réalisés par l'entreprise en l'absence de telles conditions, ou en ajustant les conditions à un niveau de pleine concurrence.

4. Comme l'indique le paragraphe 2 des Commentaires sur l'article 9 du Modèle de Convention fiscale :

« [...] Les dispositions de ce paragraphe [paragraphe 1 de l'article 9] ne s'appliquent que lorsque des conditions spéciales ont été convenues ou imposées entre les deux entreprises. Aucune rectification des comptabilités des entreprises associées n'est autorisée si leurs transactions se sont déroulées aux conditions commerciales normales du marché libre (de pleine concurrence ou en toute indépendance). »

5. Ce point est réitéré au paragraphe 2.3 des Principes :

« Le commentaire relatif à l'article 9 (paragraphe 1) indique qu'en vertu de cette disposition les autorités fiscales d'un État contractant "peuvent, pour calculer les sommes imposables, rectifier la comptabilité des entreprises [associées] si, par suite des relations spéciales existant entre ces dernières, leurs livres ne font pas apparaître les bénéfices réels imposables qu'elles réalisent dans cet État". On entend par "bénéfices réels imposables", ceux qui auraient été réalisés dans des conditions de pleine concurrence. Le commentaire souligne que cette disposition ne s'applique pas lorsque les transactions se sont déroulées "aux conditions commerciales normales du marché libre (de pleine concurrence)"; les comptes ne peuvent être rectifiés que lorsque "des conditions spéciales ont été convenues ou imposées entre les deux entreprises". L'enjeu de l'article 9 est donc de savoir si les conditions des relations commerciales ou financières entre entreprises associées sont des conditions de pleine concurrence ou s'il existe une ou plusieurs "conditions spéciales" (c'est-à-dire des conditions qui ne sont pas de pleine concurrence). »

6. Aussi, les objectifs principaux des analyses de comparabilité consistent, pour les contribuables, à déterminer comment les prix de transfert doivent être calculés et, pour l'administration fiscale, à déterminer *si* ces prix de transfert doivent être ajustés. La comparaison requise dans la première partie du paragraphe 1 de l'article 9 est une comparaison de conditions de portée plus large qu'une simple comparaison de prix ou de marges. Bien que le prix soit à l'évidence une condition décisive de toute transaction, ce n'est pas la seule.

7. Le paragraphe 2.5 des Principes stipule toutefois que :

« La façon la plus directe de déterminer si les conditions accordées ou imposées entre des entreprises associées sont des conditions de pleine concurrence consiste à comparer les prix pratiqués dans le cadre de transactions contrôlées entre ces entreprises aux prix pratiqués dans le cadre des transactions comparables entre entreprises indépendantes. C'est la voie la plus directe, parce que toute différence entre le prix pratiqué pour une transaction contrôlée et celui pratiqué pour une transaction comparable sur le marché libre peut normalement être imputée directement aux relations commerciales et financières accordées ou imposées entre les entreprises, et les conditions de pleine concurrence peuvent être déterminées en remplaçant directement le prix pratiqué pour la transaction contrôlée par celui pratiqué pour la transaction comparable sur le marché libre. Toutefois, on ne disposera pas toujours de transactions comparables pour pouvoir mettre en oeuvre cette seule approche directe et il faudra donc dans certains cas comparer les transactions contrôlées et les transactions sur le marché libre sur la base d'indices moins directs, comme les marges brutes, pour déterminer si les conditions de la transaction entre les entreprises associées sont bien des conditions de pleine concurrence. [...] »

8. Dans la pratique, en effet, de nombreuses administrations fiscales et praticiens s'appuient principalement sur une comparaison de prix ou de marges pour déterminer si une transaction est une transaction de pleine concurrence. Toutefois, il peut être utile de noter que :

- La comparaison des conditions qui entourent la transaction examinée, y compris les prix, est requise pour justifier un ajustement aux termes de l'article 9 du MCF ;
- Toute proposition de comparaison de prix ou de marges devrait être étayée par une documentation permettant une compréhension plus large de toutes les conditions de la transaction examinée (d'où l'importance des cinq facteurs de comparabilité décrits dans les Principes) ;

- Lorsqu'une comparaison des conditions est effectuée et lorsque le résultat de cette comparaison est que les conditions imposées ou convenues ne diffèrent pas de celles qui seraient convenues entre entreprises indépendantes, il n'est pas nécessaire, aux termes de l'article 9 du MCF, de procéder à une comparaison de marges ;
- Lorsqu'il s'avère que les conditions convenues ou imposées diffèrent de celles qui seraient convenues entre entreprises indépendantes, la détermination du montant de l'ajustement des prix de transfert est basée sur le calcul des bénéficiaires qui, sans ces conditions, auraient été réalisés par l'une des entreprises mais qui, à cause de ces conditions, ne l'ont pas été. Ce calcul peut s'effectuer en utilisant l'une des méthodes d'établissement des prix de transfert de l'OCDE, à condition qu'elle soit adaptée aux faits et circonstances spécifiques et qu'elle respecte la hiérarchie des méthodes actuellement prescrite par les Principes.

9. La plupart des pays de l'OCDE ont défini des obligations en matière de documentation des prix de transfert afin d'inciter les contribuables à démontrer que leurs prix de transfert sont conformes au principe de pleine concurrence et de fournir aux administrations fiscales les informations nécessaires pour décider si un ajustement peut être opéré aux termes de l'article 9 et, si tel est le cas, déterminer le montant de cet ajustement. Dans la pratique, la documentation qui corrobore le calcul de prix de transfert inclut nécessairement l'examen des conditions des transactions contrôlées. Étant donné que l'analyse des conditions d'une transaction est requise pour déterminer si un ajustement de prix de transfert peut être opéré, certains pays peuvent exiger qu'elle fasse partie de la phase d'évaluation des risques. La comparaison de résultats financiers pour déterminer les bénéficiaires peut également être requise, à un moment et dans une mesure qui varient en fonction du système national. Plus précisément, selon le système national concerné, ce calcul peut être exigé pour toutes les transactions contrôlées (ex. lors du dépôt de la déclaration) ou uniquement pour celles qui n'ont pas passé le test prévu dans la première partie du paragraphe 1 de l'article 9 et pour lesquelles un ajustement est envisagé (ex. pendant la phase de contrôle).

B - Lier la recherche de comparables et l'analyse de comparabilité

10. Lier la recherche de comparables et l'analyse de comparabilité est une question d'actualité car de nombreuses expériences décrites à ce jour ont mis en lumière un déphasage entre ces deux processus. Ce décalage risque de devenir plus fréquent car les recherches de comparables misent de plus en plus souvent sur des comparables externes recueillis sur bases de données, avec une tendance observée à se focaliser sur les comparaisons d'indices financiers.

11. Par définition, une comparaison implique d'examiner deux éléments : la transaction contrôlée examinée et les transactions sur le marché libre considérées comme potentiellement comparables. La recherche de comparables n'est qu'un aspect de l'analyse de comparabilité. Elle ne doit pas être confondue avec cette analyse, pas plus qu'elle ne doit en être dissociée.

12. La note « Processus d'inclusion ou d'exclusion de comparables tiers : degré d'objectivité de la liste des comparables externes », dresse une liste de dix étapes typiques dans la recherche d'informations sur des transactions comparables. Bien que cette note précise que l'ordre des étapes est donné à des fins d'illustration seulement et que le processus n'est pas linéaire, elle n'en donne pas moins des indications sur la procédure à suivre pour mener une analyse de comparabilité et ne se contente pas de décrire des facteurs qui pourraient être pertinents.

13. La recherche d'informations sur des transactions potentiellement comparables et l'identification de données comparables sont tributaires de l'analyse antérieure de la transaction contrôlée du contribuable et des facteurs de comparabilité pertinents. Une approche méthodologique cohérente doit assurer une certaine

continuité ou établir des liens au sein du processus analytique d'ensemble, permettant de conserver une relation constante entre les différentes étapes : depuis l'analyse préliminaire des conditions de la transaction contrôlée jusqu'aux conditions des transactions entre les parties non liées, en passant par la recherche potentielle de comparables et en aboutissant à une conclusion.

14. À cet égard, la première étape, à savoir « l'analyse du contexte général », revêt une importance essentielle. Cette analyse porte sur le secteur, les facteurs générateurs de valeur, la concurrence, les facteurs économiques et réglementaires, ainsi que sur d'autres éléments permettant de mieux comprendre le contribuable et son environnement, sans se placer à ce stade dans le contexte plus limité de l'examen des transactions spécifiques en question. Cette étape permet de comprendre les conditions de la transaction contrôlée du contribuable ainsi que les conditions des transactions sur le marché à libre à comparer.

C - Prise en compte de la charge et des coûts générés par les analyses de comparabilité

15. Une question qui se pose lorsqu'on met en perspective la nécessité de réaliser des analyses de comparabilité concerne la charge et les coûts supportés par le contribuable pour se procurer des informations détaillées sur des tiers. Cette question a été soulevée par plusieurs commentateurs. Il est admis que le coût des informations peut être très problématique, surtout pour les entreprises de taille petite ou moyenne. Les paragraphes 5.6, 5.7 et 5.28 des Principes reconnaissent explicitement la nécessité d'une application raisonnable de l'obligation de documenter la comparabilité :

5.6 « Pour l'examen de la validité des prix de transfert à des fins fiscales, il faudra sans doute, en application des principes de gestion prudente, que le contribuable établisse des pièces écrites (ou s'y réfère) qui ne seraient normalement pas établies (ou auxquelles il ne se référerait normalement pas) en dehors du contexte fiscal [...]. En ce qui concerne ces types de documents, l'administration fiscale devrait soigneusement veiller à maintenir un juste équilibre entre ses besoins en documentation et le coût et la charge administrative que représente pour le contribuable la création ou l'obtention de ces documents. Par exemple, le contribuable ne devrait pas avoir à supporter des coûts et charges disproportionnés [...] pour effectuer des recherches approfondies en vue d'obtenir des données comparables concernant les transactions sur le marché libre s'il a de bonnes raisons de penser, compte tenu des principes exposés dans le présent rapport, que de telles données n'existent pas ou que le coût de leur obtention serait excessif par rapport aux sommes en jeu. [...] »

5.7 « Par conséquent, si certains des documents susceptibles d'être normalement utilisés pour déterminer un prix de transfert de pleine concurrence à des fins fiscales sont d'un type spécifique, le contribuable ne devrait pas être tenu d'établir ou d'obtenir de tels documents, sauf s'ils sont indispensables pour une vérification raisonnable de la conformité du prix de transfert au principe de pleine concurrence et peuvent être obtenus ou établis par le contribuable sans frais disproportionnés. Le contribuable ne devrait pas être tenu d'établir ou d'obtenir des documents au-delà du minimum nécessaire pour pouvoir déterminer raisonnablement la conformité du prix de transfert au principe de pleine concurrence. [...] »

5.28 « Les contribuables devraient raisonnablement s'efforcer, au moment où ils fixent leurs prix de transfert, de déterminer si ces prix sont corrects sur le plan fiscal du fait de leur conformité au principe de pleine concurrence. [...] Toutefois, les besoins de documentation devraient être déterminés au regard des principes de gestion prudente qui régiraient l'évaluation d'une décision industrielle ou commerciale d'un niveau similaire de complexité [...]. »

16. Dans la pratique, cela signifie qu'il serait raisonnable pour un contribuable de consacrer relativement moins d'efforts à trouver des informations détaillées sur des comparables tiers à l'appui de

transactions contrôlés relativement petites que pour des transactions plus significatives. En appliquant ce concept de proportionnalité, les "petites transactions contrôlées" peuvent être mesurées proportionnellement à la taille de l'activité. Toutefois, l'effort requis du contribuable doit également être évalué par rapport à la valeur absolue des transactions contrôlées, de telle sorte qu'il serait raisonnable que les contribuables consacrent des efforts proportionnellement plus importants pour trouver des comparables sur des transactions dont le montant est plus élevé, quelle que soit l'importance relative de ces transactions par rapport à l'activité du contribuable. Sur la base de ce concept d'évaluation raisonnable, il y a des raisons de penser que, pour des transactions simples effectuées dans un environnement stable et dont les caractéristiques restent identiques ou similaires, il ne serait pas nécessaire de soumettre chaque année une analyse de comparabilité détaillée avec une analyse fonctionnelle approfondie, dès lors que les informations financières sur les comparables sont mises à jour et que leur comparabilité relative est vérifiée chaque année – par contraste avec les transactions nouvelles, complexes ou réalisées dans un environnement en mutation. Les contribuables devraient être incités à mettre en place un processus de suivi et d'examen de leurs prix de transfert, en tenant compte de l'importance des transactions, de leur complexité, du niveau de risque impliqué et du fait qu'elles ont été ou non effectuées dans un environnement stable ou en mutation.

17. Une approche souple de ce type serait conforme à la stratégie d'évaluation pragmatique des risques. À cet égard, le concept de « gestion commerciale prudente » mériterait d'être clarifié dans les Principes. Une référence explicite à ce concept pourrait être ajoutée dans le chapitre I des Principes, dans la section portant sur l'analyse de comparabilité, ainsi que dans le glossaire.

18. Dans le domaine des prix de transfert, il est tout particulièrement nécessaire de concilier des règles cohérentes et obligatoires pour tous les contribuables avec l'exercice du jugement et de la mesure. La taille et la diversité des contribuables ne font que croître. Bien que l'OCDE considère que le principe de pleine concurrence doive s'appliquer de la même manière aux petites et moyennes entreprises, des solutions pragmatiques pourraient être encouragées afin d'apporter une réponse raisonnable à chaque cas de figure.

19. On assiste à une multiplication des scénarios et transactions véritablement uniques dans lesquels trouver des comparables peut s'avérer difficile, voire impossible. En outre, certains marchés ont un accès limité aux informations publiques sur les transactions de tiers. Toutefois, la version actuelle des Principes n'envisage aucune alternative au cas où la recherche de comparables n'aboutirait pas, hormis peut-être le partage des bénéficiaires.

20. Dans ces cas, l'application du principe de pleine concurrence pourrait en fin de compte se traduire par l'exercice du principe de gestion commerciale prudente, par lequel on tenterait de créer l'environnement de pleine concurrence théorique en posant la question suivante : les conditions de la transaction contrôlée en question sont-elles cohérentes avec ce qu'une personne indépendante et raisonnable *aurait fait* si elle avait été confrontée aux mêmes opportunités ou aux mêmes circonstances, avant de quantifier l'ajustement par référence aux profits qui *auraient été réalisés* dans des conditions de pleine concurrence. D'un autre côté, les contribuables comme les administrations fiscales ont besoin d'informations pour effectuer une analyse de prix de transfert, et le principe de gestion prudente ne devrait pas avoir pour effet de limiter les informations susceptibles d'être utilisées dans une analyse de prix de transfert, ou de restreindre la capacité d'une administration fiscale de procéder à un ajustement.

21. Ces évolutions nécessitent une solution qui convienne à la fois aux administrations fiscales et aux contribuables. Il semble que la formulation relativement ouverte du Modèle de Convention fiscale offre la possibilité de garantir cet équilibre dans les Principes.

D - Conclusion préliminaire

22. Les analyses de comparabilité trouvent leur fondement dans le paragraphe 1 de l'article 9 du Modèle de Convention fiscale et sont essentielles pour appliquer le principe de pleine concurrence.

23. Elles ne doivent pas se limiter à une simple recherche de comparables ou à une simple comparaison d'indices financiers. Les recherches de comparables ne doivent pas être dissociées des autres étapes de l'analyse de comparabilité, et notamment de l'examen des conditions des transactions contrôlées et de la détermination des facteurs de comparabilité pertinents.

24. Mettre les analyses de comparabilité et les recherches de comparables en perspective répond à un double objectif : privilégier la qualité des analyses plutôt que la comparaison mécanique d'indices financiers, et parvenir à un compromis raisonnable et équilibré quant à la charge imposée aux contribuables et aux administrations. À cet égard, le concept de « gestion commerciale prudente » mériterait d'être clarifié dans les Principes.

Cadre temporel des études de comparabilité

1. La comparabilité pose des problèmes concernant notamment la date d'origine, de collecte et de production des informations sur les facteurs de comparabilité et les transactions comparables sur le marché libre qui sont utilisées dans une analyse de comparabilité. Différentes pratiques existent pour ce qui est de l'ensemble de ces questions.

- L'une des questions porte sur la date à laquelle les informations concernant des transactions comparables sur le marché libre sont collectées, soit par le contribuable soit par une administration fiscale.
- Une autre question est de savoir si les informations concernant des transactions sur le marché libre qui sont utilisées dans une analyse de comparabilité doivent toujours porter sur la même année que la transaction contrôlée du contribuable qui fait l'objet de l'examen ou si – et, dans l'affirmative, dans quelles circonstances et dans quelle mesure – des informations portant sur des années antérieures ou ultérieures à celles de la transaction contrôlée du contribuable peuvent être utilisées.
- Une troisième question porte sur la date à laquelle les informations collectées sont communiquées par le contribuable à l'administration fiscale.

2. Si les première et troisième questions portent dans une large mesure sur les procédures internes, il est évident qu'il existe un lien entre les deux premières questions et les analyses de comparabilité, dans la mesure où l'étendue des informations disponibles portant sur une année donnée peut dépendre de la date de collecte de ces données. Cette note met l'accent sur les deux premiers aspects, dans la mesure où ils se rattachent à l'analyse de comparabilité. L'étude des règles de procédure interne pour l'établissement, la production ou l'examen des documentations concernant les prix de transfert ou l'établissement des pénalités n'entrent pas dans le champ d'application de cette note.

A. Indications existantes

3. Le Chapitre V des Principes applicables en matière des prix de transfert traite de la question de la documentation. En particulier, les paragraphes 5.3, 5.4, 5.5, 5.9 et 5.14 donnent des indications concernant le cadre temporel.

4. Le paragraphe 5.3 stipule :

« Tout contribuable doit s'efforcer de déterminer ses prix de transfert sur le plan fiscal conformément au principe de pleine concurrence, sur la base des renseignements dont il peut raisonnablement disposer au moment de cette détermination. Par conséquent, le contribuable doit normalement examiner si ses prix de transfert sont calculés correctement sur le plan fiscal avant de fixer ces prix. Par exemple, il serait souhaitable que le contribuable examine si des données comparables concernant des transactions

sur le marché libre sont disponibles. Le contribuable pourrait également examiner, sur la base des informations dont il peut raisonnablement disposer, si les conditions dans lesquelles ses prix de transfert ont été établis au cours des années précédentes ont changées, dès lors que les prix de transfert pour l'année en cours doivent être fixés sur la base de ces conditions. »

5. Une partie du paragraphe 5.4 stipule :

« [...] L'administration fiscale est en droit d'attendre du contribuable, lorsqu'il fixe ses prix de transfert pour une certaine activité industrielle ou commerciale, qu'il *établit* ou *se procure* de tels documents relatifs à la nature de l'activité et à la détermination des prix de transfert et qu'il les conserve pour pouvoir les produire en tant que de besoin à l'occasion d'une vérification fiscale. [...] On notera toutefois qu'il ne devrait pas être obligatoire de *produire* ces types de documents ou de les établir pour examen par l'administration fiscale, au moment même de la détermination du prix ou de la déclaration fiscale. » [*Les italiques ont été ajoutés*]

6. Une partie du paragraphe 5.5 stipule :

« Dans la mesure où l'intérêt de l'administration fiscale est en définitive que les documents nécessaires lui soient transmis en temps voulu lorsqu'elle en fait la demande à l'occasion d'une vérification, la procédure de conservation des documents devrait être laissée à la discrétion du contribuable. »

7. Le paragraphe 5.9 stipule :

« Les administrations fiscales devraient également, pour les documents qui n'ont été disponibles qu'après exécution de la transaction en cause, limiter les demandes à ceux qui peuvent raisonnablement contenir des informations utiles, déterminées conformément aux principes énoncés au chapitre I qui régissent l'utilisation des données portant sur plusieurs années, ou des informations concernant des éléments de fait qui existaient au moment de la fixation du prix de transfert. Pour juger de l'adéquation des documents, l'administration fiscale devra se demander dans quelle mesure le contribuable aurait pu raisonnablement disposer d'informations au moment de la fixation du prix de transfert. »

8. Le paragraphe 5.14 indique les avantages que peuvent retirer les contribuables de la fourniture de la documentation appropriée pour leurs transactions :

« Les contribuables doivent reconnaître que, malgré les restrictions qui peuvent exister dans le domaine de la documentation, l'administration fiscale aura à déterminer un prix de transfert de pleine concurrence même si les informations disponibles sont incomplètes. Ils doivent donc être conscients que de bonnes pratiques en matière de tenue de livres et de comptes et la production spontanée de documents sont susceptibles de rendre plus crédible la façon dont ils ont fixé leurs prix de transfert. Tel sera le cas, que l'affaire soit relativement simple ou relativement complexe. Néanmoins, plus l'affaire sera complexe et inhabituelle, plus la documentation revêtira d'importance. »

9. Le paragraphe 5.15 stipule :

« Les administrations fiscales devraient limiter la quantité d'informations demandées au stade de l'établissement de la déclaration d'impôt. A ce moment, aucune transaction

particulière pouvant donner lieu à une vérification des prix de transfert n'a été identifiée. Il serait excessif de demander à ce stade une documentation détaillée sur toutes les transactions transfrontières entre entreprises associées et de demander cette documentation à toutes les entreprises participant à ces transactions. Par conséquent, il ne serait pas raisonnable d'exiger que le contribuable fournisse avec sa déclaration d'impôt des documents justifiant le mode de calcul de chacun des prix de transfert. Cela risquerait d'entraver les échanges et les investissements internationaux. Les documents dont la production est exigée au stade de la déclaration d'impôt devraient se limiter à ceux qui sont suffisants pour permettre à l'administration fiscale de se faire une idée des contribuables devant faire l'objet d'un examen plus approfondi. »

B. Date de la collecte des informations par le contribuable

10. Un contribuable pourrait s'efforcer d'identifier des transactions comparables avec des tiers à l'appui de sa politique future en matière de prix de transfert, par exemple de manière habituelle dans le cadre du processus budgétaire ou à l'occasion de la négociation d'un APP. Dans d'autres cas, une étude de comparabilité peut être effectuée pour vérifier la cohérence avec le principe de pleine concurrence des prix effectivement fixés pour les transactions déjà achevées. Une telle vérification factuelle ex post peut intervenir lorsque la déclaration fiscale est transmise en fin d'année et/ou ultérieurement au cours d'une vérification par les autorités fiscales. Dans certains cas il peut être avantageux pour les contribuables de démontrer qu'ils ont fait de leur mieux pour se conformer au principe de pleine concurrence au moment où leur politique de transactions intragroupe et de fixation des prix de transfert a été mise en place. Dans d'autres cas, les contribuables peuvent tester le résultat effectif des transactions contrôlées en fin d'année et effectuer des ajustements en fin d'année lorsque ces résultats s'écartent de l'intervalle de données comparables disponibles à ce moment.

B-1 Illustration des différences entre les approches

11. Supposons par exemple qu'un contribuable ait calculé les prix de ses transactions intragroupe pour 2005 sur la base de données collectées à la fin de 2004. En général, ces données comprennent des informations sur les marchés et les produits disponibles à la fin de 2004 et des comparables internes lorsqu'ils existent. Ils peuvent être complétés par une recherche de comparables externes mais, dans un tel cas, les informations disponibles concernant des tiers ne pourraient porter que sur 2002 et 2003. Supposons qu'en 2006, lors de l'établissement de sa déclaration pour 2005, le contribuable mette à jour son étude de comparabilité et obtienne des données concernant les tiers portant sur 2004 et/ou 2005 qui diffèrent significativement des données collectées sur les années précédentes. De ce fait, le bénéfice ou la marge qui a été utilisée comme base de calcul des prix de transfert en 2005 – sur la base de la recherche de comparables initiale – apparaît à présent en dehors de l'intervalle actualisé. Supposons en revanche ou en outre qu'en 2008, lorsque la déclaration de 2005 du contribuable est vérifiée, une étude de comparabilité fasse apparaître des données concernant des tiers pour l'année 2005 qui sont devenues disponibles entre temps et qui montrent que les prix de transfert calculés initialement ou déclarés pour 2005 se trouvent en dehors de l'intervalle actualisé.

12. Les Principes donnent très peu d'indications sur la question de savoir si les transactions de 2005 doivent être ajustées rétroactivement:

- L'une des approches possibles est de considérer que la fixation du prix des transactions de 2005 a été effectuée dans des conditions de pleine concurrence, sur la base des informations disponibles au moment où leurs conditions ont été déterminées. Le raisonnement sous-jacent à une telle approche semble être l'idée qu'une partie indépendante ne serait généralement pas d'accord pour modifier rétroactivement le prix de transactions négociées auparavant et déjà achevées, pour tenir

compte d'informations factuelles concernant des tiers obtenues ex post, surtout après la clôture des comptes 2005 (à moins que les conditions d'un tel ajustement rétroactif n'aient été convenues à l'avance). Cet argument a été soulevé en particulier dans les pays où l'évaluation du prix d'une transaction aux fins des prix de transfert est liée au prix de la transaction à d'autres fins (comptabilité statutaire).

- Une autre possibilité consiste à considérer que la nouvelle série de résultats indique que la fixation des prix des transactions de 2005 n'était pas conforme au principe de pleine concurrence, puisque le résultat de la fixation initiale du prix des transactions n'est pas conforme aux résultats de transactions indépendantes comparables. Des ajustements des prix de transfert déclarés seraient en conséquence nécessaires dans la déclaration d'impôt 2005 (ajustements à la baisse ou à la hausse).
- Enfin, une autre approche consiste à redresser le résultat déclaré par le contribuable si la mise à jour de l'étude fait apparaître des bénéfices ou des marges plus élevées que celles qui ont été déclarées par le contribuable, sans l'autoriser à modifier rétroactivement sa déclaration au cas où les résultats mis à jour seraient inférieurs aux bénéfices ou aux marges qu'il a effectivement déclarés.

13. Dans la mesure où ces différences se reflètent dans les pratiques des pays, des difficultés se posent aux contribuables dans la mise en œuvre d'une politique mondiale de fixation des prix de transfert.

B-2 Documentation à l'appui du processus de fixation des prix de transfert, avant la réalisation de la transaction: l'approche « de la fixation contemporaine du prix de pleine concurrence »

14. Comme l'indique le paragraphe 5.3 des Principes, « tout contribuable doit s'efforcer de déterminer ses prix de transfert sur le plan fiscal conformément au principe de pleine concurrence, sur la base des renseignements dont il peut raisonnablement disposer au moment *de cette détermination* [les italiques sont ajoutées]. Par conséquent, le contribuable doit normalement examiner si ses prix de transfert sont calculés correctement sur le plan fiscal *avant de fixer ces prix* [les italiques sont ajoutées] ». En conséquence, une analyse de comparabilité pourrait être appropriée au moment où le contribuable prépare les transactions.

15. Contrairement à l'approche décrite à la section B-3 ci-dessous, cette approche peut ne pas s'appuyer sur une comparaison avec les *résultats de transactions* ayant effectivement eu lieu sur le marché libre, mais peut donner plus d'importance à une comparaison des prix fixés conformément à une documentation ex ante. Ceci est logique s'agissant d'une analyse effectuée à un moment où le résultat de la transaction n'est pas encore connu. Ceci est conforme à l'article 9 du Modèle de convention fiscale qui prévoit une comparaison des *conditions fixées ou imposées* entre les deux entreprises associées pour une transaction. Dans d'autres circonstances cependant, une administration fiscale peut juger nécessaire de tester également les *résultats de la transaction* et combinerait donc ce type d'approche avec les demandes de fournir une analyse prix de transfert complémentaire au moment de la transmission de la déclaration et/ou en cas de contrôle fiscal (voir B-3 ci-dessous).

16. Lorsque cette approche est suivie, il sera très utile de prendre en considération les informations (généralement non limitées aux données externes ou concernant des tiers) accessibles au gestionnaire prudent lorsqu'il a eu à décider du prix de la transaction. Par conséquent, la documentation préparée en conformité avec le principe de gestion prudente au moment de l'organisation des transactions pourrait inclure des données de marché, des éléments de comparaison internes s'il en existe en les complétant, s'il y a lieu, par des éléments de comparaison externes.

B-3 *Documentation au moment du dépôt de la déclaration fiscale*

17. Dans certains cas, les contribuables suivent une autre approche. En pratique, cette approche envisage les transactions effectuées au cours de l'année N et les compare à des données comparables afférentes à l'année N, l'analyse étant généralement entreprise quelques mois après la clôture de l'année N. La détermination de la conformité des transactions au principe de pleine concurrence a lieu (ainsi que l'ajustement éventuel des prix effectivement pratiqués) au moment de la déclaration d'impôt. Dans cette approche, ou ajustement compensatoire en fin d'année, l'analyse est généralement effectuée par le contribuable des années avant qu'un contrôle fiscal commence et il y a lieu en conséquence de distinguer cette pratique des ajustements rétroactifs décrits à la section C ci-dessous.

18. Dans ces circonstances, la documentation la plus utile, pour le contribuable comme pour l'administration fiscale, est une documentation à l'appui du principe de pleine concurrence élaborée jusqu'au moment de la transmission de la déclaration d'impôt correspondante.

19. A la différence de l'approche décrite à la section B-2, qui s'appuie surtout sur des prix fixés en accord avec une documentation ex ante, cette approche met davantage l'accent sur la vérification de la conformité des *résultats* des transactions effectuées par un contribuable avec des entreprises associées sans, bien évidemment, que cela dispense de tenir compte d'autres types d'informations (analyse fonctionnelle et critères de comparabilité notamment).

20. Cette approche peut être adoptée pour des raisons pragmatiques. Elle n'est pas destinée à refuser la fixation des prix de transfert en amont des transactions et l'établissement d'une documentation à l'avance lorsque ces pratiques peuvent être mises en œuvre de façon appropriée et peuvent également être mises en œuvre en complément de cette approche. Elle n'a pas non plus pour but de permettre une utilisation peu judicieuse de données ultérieures.

21. Dans d'autres circonstances en revanche, cette approche ne serait pas pratique, parce que le délai habituel pour obtenir des données sur des transactions entre tiers peut être nettement supérieur à un an. Dans ces conditions, les informations disponibles au moment du dépôt de la déclaration ne pourraient porter sur l'année au cours de laquelle la transaction entre entreprises associées a été effectuée. La faisabilité d'une telle approche peut être influencée par exemple par les points suivants :

- Est-ce qu'au moment du dépôt d'une déclaration d'impôt pour une année donnée, les informations financières concernant des tiers pour cette année sont disponibles ; et
- Dans quelle mesure les données fiscales peuvent-elles différer du montant des transactions enregistrées et des chiffres déclarés en vertu des obligations comptables légales.

B.4 *Cas impliquant une double imposition*

22. Ainsi qu'il est indiqué aux paragraphes 4.38 et 4.39 des Principes,

« Un pays Membre de l'OCDE au moins a mis en place un mécanisme qui peut rendre moins nécessaires des ajustements primaires ; ce mécanisme consiste à autoriser le contribuable à déclarer fiscalement un prix de transfert qu'il estime conforme au principe de pleine concurrence pour une transaction entre entreprises associées, même si ce prix est différent de celui

effectivement pratiqué pour la transaction entre les entreprises associées. Cet ajustement, parfois qualifié de « compensatoire », intervient lors de la déclaration d'impôt. [...]

Toutefois, la plupart des pays Membres de l'OCDE n'admettent pas l'ajustement compensatoire au motif que la déclaration d'impôt doit refléter les transactions effectives. »

23. Un problème de double imposition peut se poser lorsqu'une transaction a lieu entre deux entreprises associées dans des pays qui appliquent des approches différentes en matière de documentation et d'analyse. Comme l'indique le paragraphe 4.39 des Principes de 1995 en matière de prix de transfert, « si l'ajustement compensatoire est autorisé dans le pays d'une entreprise associée, mais ne l'est pas dans le pays de l'autre entreprise associée, il peut y avoir double imposition parce que, à défaut d'ajustement primaire, un ajustement corrélatif sera impossible ». Les autorités compétentes sont invitées à faire tout leur possible pour résoudre tout problème de double imposition qui pourrait résulter des différences d'approches entre pays en ce qui concerne les ajustements en fin d'année et qui pourrait leur être soumis dans le cadre d'une procédure amiable (article 25 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE). Quelle que soit l'approche retenue par les différents pays, les discussions entre les autorités compétentes seront généralement facilitées par la fourniture d'un maximum d'informations pertinentes à la détermination de la comparabilité.

C. Examen ex post des prix de transfert : utilisation d'informations sur les facteurs de comparabilité et les transactions comparables sur le marché libre qui sont obtenues beaucoup plus tard, par exemple au cours d'un contrôle qui a lieu deux ou trois ans après la transaction

24. Dans certains pays, selon les obligations en vigueur en matière de documentation, une analyse de comparabilité détaillée (c'est-à-dire un examen des cinq facteurs de comparabilité ainsi qu'une recherche de comparables internes et/ou externes) peut être exigée au moment de la transmission de la déclaration. Dans d'autres pays, une telle analyse détaillée de comparabilité peut n'être exigée que sur demande à un stade ultérieur, par exemple lors du contrôle fiscal et elle peut se limiter aux transactions méritant, du point de vue des autorités fiscales, un examen plus approfondi.

25. L'obligation faite à un contribuable de communiquer la documentation au moment du contrôle ne signifie pas que l'ensemble des documents seront établis à ce moment précis. Il est raisonnable de s'attendre à ce que certains éléments d'information, comme les analyses de marché utilisées pour établir les prix de transfert ou les accords intragroupe décrivant les conditions de la transaction (lorsque ces accords sont officialisés par écrit) existent déjà au moment de la transaction. Par conséquent, il pourrait y avoir trois types d'obligations en matière de documentation au moment du contrôle :

- Obligation pour le contribuable d'avoir à sa disposition, pour les communiquer en temps utile, les informations déjà existantes, y compris celles qui ont été utilisées pour la fixation des prix ou la vérification des résultats à la clôture (selon l'approche adoptée dans la législation interne).
- Obligation de compléter ces informations lorsque les documents transmis ne sont pas suffisants pour justifier les prix pratiqués,
- Obligation de développer davantage l'analyse des prix de transfert pour certaines transactions identifiées dans le cadre du contrôle fiscal, par exemple en recherchant des comparables externes lorsqu'il n'a pas été possible d'identifier des comparables internes et/ou lorsque cette recherche de comparables externes n'est pas exigée à une étape antérieure du processus (cette situation peut se présenter lorsqu'il n'est pas demandé au contribuable, au moment de la

transmission de la déclaration d'impôts, d'effectuer cette recherche, voir paragraphe 5.15 des Principes).

26. Les informations que le contribuable aurait pu raisonnablement obtenir, au moment soit de la fixation du prix, soit du dépôt de la liasse fiscale, ou au moment de la vérification du résultat de ses transactions contrôlées (selon les dispositions applicables dans le cadre national) mais qui n'ont pas été collectées ou utilisées à ce moment peuvent généralement être utilisées ultérieurement, par exemple au cours du contrôle. Ce peut être le cas lorsque les éléments de comparaison collectés par le contribuable au moment de la transaction ne satisfont pas aux cinq critères de comparabilité ou ne tiennent pas compte d'un changement significatif dans l'environnement de l'entreprise qui a eu une incidence sur les transactions du contribuable au cours de l'année en question.

27. Lorsque des analyses sont effectuées à des moments différents en utilisant des informations différentes, un ajustement des prix de transfert peut parfois sembler approprié, même lorsque le contribuable a rempli ses obligations en matière de documentation pour chaque période de l'analyse. Lorsqu'un contribuable a consenti des efforts suffisants pour identifier, utiliser et justifier de manière satisfaisante un processus de fixation des prix conforme au principe de pleine concurrence et lorsqu'il apparaît par la suite qu'un ajustement des prix de transfert est nécessaire, il faudrait que des mécanismes appropriés existent permettant les ajustements nécessaires et limitant les risques de double imposition et de pénalités.

28. Une question différente mais liée à celle-ci concerne l'utilisation par un contribuable ou une administration fiscale d'informations rétrospectives. Bien que le paragraphe 1.51 des Principes directeurs recommande que « l'administration fiscale [prenne] soin d'éviter les effets pervers de l'analyse rétrospective », il n'y a pas de définition dans les Principes de ce qui constitue une analyse rétrospective et les pays ont des pratiques différentes à cet égard. Il s'agit d'un point sur lequel des travaux complémentaires pourraient être entrepris par le Groupe de Travail.

D. Date d'origine des transactions comparables sur le marché libre

D-1 Informations concernant des transactions comparables sur le marché libre qui ont été entreprises ou effectuées au cours de la même période que la transaction contrôlée du contribuable, en d'autres termes, informations concernant des transactions contemporaines

29. Pour certains pays, les informations les plus fiables sont celles qui concernent les conditions de la transaction contrôlée examinée et les conditions de pleine concurrence des transactions comparables indépendantes effectuées en même temps que cette transaction, que ces informations aient été ou non collectées au moment de la transaction contrôlée. Dans la présente note, les « transactions contemporaines sur le marché libre » sont définies comme des transactions comparables indépendantes entreprises ou effectuées au cours de la même période que la transaction contrôlée du contribuable qui fait l'objet de l'examen, que les informations sur lesdites transactions soient ou non collectées à ce moment.

30. Certaines informations sur les transactions contemporaines indépendantes peuvent ne devenir publiques qu'après que les transactions du contribuable soient achevées ou qu'il ait déposé sa liasse fiscale. Par exemple, dans le cas de comparables externes, les détails et les résultats de ces transactions peuvent n'être rendus publics qu'après la date de dépôt de la déclaration, et bien évidemment on ne peut s'attendre à ce que ces informations soient en la possession du contribuable au moment de la réalisation de ses transactions ou du dépôt de sa déclaration fiscale. Ces informations se rapporteraient toutefois à des transactions comparables contemporaines des transactions contrôlées, reflétant ainsi des conditions économiques similaires. Dans une telle situation, lorsque les informations sur les résultats des transactions ne sont pas disponibles au moment de la fixation des prix de transfert, les résultats de transactions d'années

précédentes et les informations sur les conditions de marché peuvent être les seules informations fiables disponibles. Une question importante est de savoir dans quelle mesure et dans quelles circonstances de telles informations (sur les résultats de transactions indépendantes contemporaines à la transaction contrôlée, qui ne sont disponibles que plus tard, ou sur les résultats de transactions d'années précédentes) peuvent être utilisées par les contribuables et les administrations pour ajuster les prix de transfert.

31. En principe, les transactions contemporaines indépendantes devraient constituer les comparables les plus fiables car on peut s'attendre à ce qu'elles aient été effectuées dans un contexte économique identique ou similaire au contexte économique de la transaction contrôlée du contribuable. Ce principe peut sembler évident mais il donne cependant lieu à certains commentaires et peut justifier certaines exceptions. Comme toujours en matière de prix de transfert, il faut faire preuve de discernement dans la détermination de la période qui offre les meilleurs comparables.

32. En premier lieu, s'il est évidemment pratique d'effectuer des comparaisons d'une année sur l'autre, il n'est pas possible d'admettre que la situation économique se modifie du jour au lendemain à la clôture de l'exercice fiscal. Si «contemporain» signifie au cours de la même période, cela ne signifie pas nécessairement au cours du même exercice fiscal. Par conséquent, si dans la grande majorité des cas, les informations sur des transactions contemporaines seront interprétées pour des raisons pratiques comme des informations sur des transactions qui ont été entreprises ou effectuées au cours de la même année que celle de la transaction contrôlée du contribuable, il peut y avoir des cas où cette année n'est pas la référence la plus pertinente. Par exemple, selon le secteur concerné et les circonstances de l'affaire, une transaction qui a eu lieu en novembre 2001 peut être plus comparable à une transaction du même secteur qui a eu lieu en janvier 2002 qu'à une transaction qui a eu lieu en janvier 2001.

33. En second lieu, lorsque les transactions qui font l'objet de comparaisons sont soumises à des cycles (cycles du produit ou cycles économiques), il est souhaitable, dans la mesure du possible, de s'assurer que les transactions faisant l'objet de comparaisons se situent, du moins dans l'ensemble, approximativement au même stade du cycle. C'est l'une des raisons qui justifient l'utilisation de données portant sur plusieurs années qui est examinée dans une note distincte sur l'« Utilisation de données pluriannuelles ». Lorsque la transaction contrôlée du contribuable et la transaction comparable sur le marché libre ne se situent pas au même stade du cycle, la question se pose de savoir si la comparaison peut ou doit plutôt être effectuée avec une transaction qui a eu lieu au même stade du cycle, même si ce n'est pas au cours de la même année civile ou du même exercice budgétaire.

34. Pour certains pays, la source d'information la plus fiable à utiliser dans l'analyse du principe de pleine concurrence est l'information contemporaine définie comme toute information pertinente relative aux termes et conditions de la transaction contrôlée examinée et aux termes et conditions de pleine concurrence de transactions comparables sur le marché libre entreprises au même moment que la transaction contrôlée, et ce que l'information soit collectée ou non au moment de la transaction contrôlée.

35. En principe, on peut s'attendre à ce que l'information contemporaine définie au paragraphe ci-dessus donne les informations les plus fiables à utiliser dans une analyse de comparabilité parce que l'information est afférente aux conditions dans lesquelles des parties indépendantes ont effectué des transactions dans un environnement économique identique ou similaire à l'environnement économique de la transaction contrôlée du contribuable.

D-2 L'utilisation de données portant sur des années postérieures à l'année de la transaction

36. Le paragraphe 1.51 des Principes directeurs de 1995 en matière de prix de transfert donne les indications suivantes :

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

37. La question de l'analyse rétrospective est brièvement évoquée au paragraphe 28 ci-dessus.

38. Lorsque les mêmes transactions ou des transactions similaires sont effectuées par un contribuable pendant plus d'une année, les informations obtenues au cours d'une année ultérieure à celle où la transaction a eu lieu pour la première fois peuvent être utiles pour réévaluer les prix de transfert applicables aux années suivantes. En d'autres termes, il ne serait pas raisonnable que les contribuables déterminent leurs prix de transfert une fois pour toutes. Les prix de transfert doivent être réexaminés périodiquement en fonction des besoins normaux de l'activité commerciale. Ce réexamen devrait avoir lieu annuellement dans beaucoup d'entreprises mais pourrait être plus fréquent dans celles qui ont des cycles économiques courts, ou moins fréquent dans les secteurs très stables. Les événements majeurs affectant le secteur pourraient également nécessiter des ajustements exceptionnels, comme ce fut le cas par exemple à la fin de 2001 pour certains secteurs. La dernière phrase du paragraphe 5.3 des Principes va dans le même sens (« Le contribuable pourrait également examiner, sur la base des informations dont il peut raisonnablement disposer, si les conditions dans lesquelles ces prix de transfert ont été établis au cours des années précédentes ont changé, dès lors que les prix de transfert pour l'année en cours doivent être fixés sur la base de ces conditions »).

39. En résumé, les contribuables doivent effectuer un suivi et un réexamen des conditions de leurs transactions internationales avec des parties associées lorsque ces transactions sont importantes ou complexes, afin de tenir compte des changements dans les réalités du contexte économique. Des entreprises indépendantes opérant dans des conditions de pleine concurrence souhaiteraient généralement essayer de renégocier les conditions de leurs contrats importants lorsque ces conditions ne sont plus conformes à leurs intérêts.

E. Autres questions

40. Des problèmes plus généraux se posent en ce qui concerne les obligations documentaires en matière de prix de transfert, quant au contenu et au processus d'établissement de la documentation, ainsi qu'en ce qui concerne le lien entre la documentation prix de transfert et les pénalités. Ces problèmes plus généraux n'entrent pas dans le champ d'application de l'examen de la comparabilité. Ils pourraient être traités lorsque le Groupe de travail réexaminera le chapitre V des Principes directeurs.

41. En outre, les représentants du secteur privé qui ont répondu à l'invitation de l'OCDE à faire part de leurs commentaires ont attiré l'attention sur les difficultés provoquées par les ajustements de prix de transfert dans d'autres domaines, par exemple la TVA, les droits de douane, les droits d'accise et les obligations réglementaires (par exemple le prix des médicaments) et certains d'entre eux ont demandé à l'OCDE de fournir de nouvelles orientations sur ces questions. Les délégués ont noté en particulier que l'incidence des ajustements de prix de transfert sur la TVA et les droits de douane pose un problème de plus en plus important dans beaucoup de pays de l'OCDE. En conséquence, cette question devrait être ajoutée au catalogue de questions du Groupe de travail en vue d'être examinée ultérieurement.

Comparables internes

A – Définition – Instructions existantes

1. Les Principes directeurs n'énoncent pas directement de définition des « comparables internes », et n'emploient d'ailleurs pas non plus cette expression. Cependant, à chaque fois qu'elles font référence à des « transactions comparables sur le marché libre », elles renvoient implicitement à des transactions comparables internes et externes, c'est-à-dire à des transactions comparables effectuées entre le contribuable et une partie non liée ou entre une entreprise indépendante et une entreprise non liée. Cette distinction apparaît en particulier dans la description des méthodes du prix de revente et du prix de revient majoré et de la méthode transactionnelle de la marge nette comme suit.

2. S'agissant de la description de la méthode du prix de revente, il est précisé au paragraphe 2.15 des Principes applicables en matière de prix de transfert que « la marge sur prix de revente du revendeur dans le cadre de la transaction contrôlée peut être déterminée par référence à la marge que le même revendeur réalise sur les produits achetés et revendus dans le cadre de transactions sur le marché libre. *En outre* [sans italiques dans l'original], la marge sur le prix de revente réalisée par une entreprise indépendante dans le cadre de transactions comparables sur le marché libre peut servir d'indicateur.»

3. Lorsqu'on applique la méthode du prix de revente, la transaction contrôlée consiste en l'achat, par le contribuable, à une partie liée, de produits destinés à être revendus à des tiers. Dans ce cas, une transaction comparable interne est une transaction consistant pour le même contribuable en l'achat à une partie non liée dans des conditions comparables de produits comparables destinés à être revendus à des tiers.

4. S'agissant de la méthode du prix de revient majoré, il est précisé au paragraphe 2.33 des Principes que « la solution *idéale* [sans italiques dans l'original] est de déterminer la marge sur le prix de revient du fournisseur dans le cadre de la transaction contrôlée par référence à la marge sur le prix de revient de ce même fournisseur dans le cadre de transactions comparables sur le marché libre. De plus, la marge sur le prix de revient qui aurait été obtenue dans des transactions comparables par une entreprise indépendante peut servir d'indicateur.»

5. Lorsqu'on applique la méthode du prix de revient majoré, la transaction contrôlée consiste généralement en la fourniture par le contribuable à une partie liée de biens manufacturés ou de services. Dans ce cas, une transaction comparable interne est une transaction consistant en la fourniture à des tiers par le même contribuable de produits ou de services comparables dans des conditions comparables.

6. S'agissant de la méthode transactionnelle de la marge nette, il est précisé au paragraphe 3.26 des Principes que : « la méthode transactionnelle de la marge nette consiste à déterminer, à partir d'une base appropriée (par exemple les coûts, les ventes ou les actifs), la marge bénéficiaire nette que réalise un contribuable au titre d'une transaction contrôlée [...]. Cela signifie en particulier que la marge nette obtenue par le contribuable au titre d'une transaction contrôlée [...] devrait *théoriquement* [sans italiques dans

l'original] être déterminée par référence à la marge nette que le même contribuable réalise au titre de transactions comparables sur le marché libre. Lorsque ce n'est pas possible, la marge nette qui aurait été obtenue au titre de transactions comparables par une entreprise indépendante peut donner des indications.»

B - Expérience pratique

7. Dans la pratique, on a de plus en plus souvent recours à des données comparables externes (en particulier à des données tirées de bases de données commerciales) plutôt qu'à des données internes. Selon certains commentateurs, cette tendance pourrait s'expliquer en partie par l'intégration croissante des entreprises multinationales qui a notamment pour conséquence une moindre probabilité que certaines catégories de transactions soient réalisées entre des entreprises appartenant à un groupe multinational et des parties non liées. Ceci ne signifie cependant pas qu'il n'existe jamais de comparables internes.

8. L'autre explication qui pourrait être donnée tiendrait au fait que la facilité d'accès à certaines sources de données externes pourrait conduire à compromettre la rigueur des analyses prix de transfert incluant l'identification et l'utilisation de données comparables internes. Comme l'a souligné un commentateur issu du monde des affaires dans sa réponse au questionnaire sur la comparabilité, «le fait de posséder ou d'acquérir des bases de données commerciales coûteuses suffit à créer le besoin de les utiliser pour rentabiliser son investissement. »

C – Motifs justifiant de donner la préférence aux comparables internes par rapport aux comparables externes et limites de cette logique

9. Les paragraphes cités précédemment (paragraphes 2.15, 2.33 et 3.26) indiquent une préférence générale pour les comparables internes (lorsqu'il en existe et qu'ils sont suffisamment fiables) par rapport aux comparables externes. La principale raison en est que les transactions comparables internes sont celles qui se rapprochent le plus directement et le plus étroitement de la transaction contrôlée (voir paragraphe 1.70 des Principes). En premier lieu, parce que l'analyse de comparabilité a toutes les chances d'être de meilleure qualité si l'on compare deux transactions à l'achat effectuées par le même acheteur (dans le cas où la méthode appliquée est celle du prix de revente par exemple) ou deux transactions à la vente effectuées par le même fournisseur (dans le cas où la méthode appliquée est celle du prix de revient majoré par exemple)¹. En second lieu, parce que l'analyse financière a toutes les chances d'être à la fois plus facile à mener et plus fiable à partir d'une comparaison entre les marges brutes et nettes réalisées par le même contribuable à l'occasion de transactions effectués avec des parties liées et non liées, étant donné qu'elle repose supposément sur des normes et des pratiques comptables identiques. Par ailleurs, il est possible d'accéder à moindre coût à des informations plus complètes sur les transactions comparables internes.

10. De façon générale, le Groupe de travail estime que les praticiens devraient d'abord se demander s'il existe des comparables internes avant de se lancer dans la recherche de comparables externes. Voir la note séparée consacrée à la « Détermination des sources d'information disponibles et de leur fiabilité».

11. Néanmoins, on ne dispose pas toujours de comparables internes fiables. Si les comparaisons doivent « en principe » faire référence à des comparables internes, il convient généralement d'utiliser des comparables externes à chaque fois soit qu'il n'existe pas de comparables internes, soit que ceux-ci ne

1 Voir paragraphes 2.20, 2.21, 3.26, 3.34 et 3.39 des Principes dans lesquels il est dans une certaine mesure admis que le résultat risque d'être moins fiable lorsqu'on utilise des données comparables externes au lieu de données internes.

fournissent pas d'informations suffisamment fiables. C'est là une position qui concorde avec les paragraphes 2.15, 2.33 et 3.26 des Principes.

12. En effet, la tendance générale à préconiser l'utilisation de transactions comparables internes ne doit pas être interprétée comme un signe que toute transaction entre un contribuable et une partie non liée peut être considérée comme un comparable fiable. Les transactions comparables internes, lorsqu'il en existe, doivent satisfaire aux cinq critères de comparabilité, exactement comme les transactions comparables externes. Les indications relatives aux ajustements de comparabilité s'appliquent aussi aux transactions comparables internes. Supposons par exemple que la transaction contrôlée consiste en la fabrication et en la vente, à une partie liée sise dans un autre pays, d'un million d'unités d'un produit donné représentant chaque année 90 % du chiffre d'affaires du contribuable. Supposons que durant l'année concernée, le même contribuable vende également 10 unités du même produit à une partie non liée. On a tout lieu de penser que la différence de volume entre les deux transactions va altérer de manière significative la comparabilité. Il va donc falloir s'efforcer de procéder à un ajustement pour tenir compte de ce facteur. Si, en dépit de l'effort d'ajustement, l'écart ne peut être convenablement corrigé, la transaction entre le contribuable et le client avec lequel il n'est pas lié ne constituera pas une transaction comparable valable et il faudra peut-être rechercher des données comparables externes.

13. En résumé, la préférence générale pour les comparables internes par rapport aux comparables externes trouve son origine dans les avantages potentiels que l'on peut légitimement attendre des premiers tels qu'ils sont décrits au paragraphe 9 précédent. Il n'est toutefois pas possible d'établir une hiérarchie dans l'absolu et les avantages respectifs des deux types de données doivent être appréciés au cas par cas en fonction de la finalité, qui est de trouver les données les plus comparables et les plus fiables.

D - Évolutions possibles

D-1 Données comparables internes et méthodes de fixation des prix de transfert

14. En dehors des indications qui dénotent, dans la description des méthodes du prix de revente et du prix de revient majoré et de la méthode transactionnelle de la marge nette, une préférence d'ordre général pour les comparables internes (voir Section A précédente), il n'est pas fait mention des comparables internes dans le chapitre I des Principes s'appliquant à toutes les méthodes de fixation des prix de transfert de l'OCDE. Il serait peut-être utile de proposer dans le chapitre I une définition des comparables internes et externes et de préciser la signification, les arguments et les limites de la logique qui légitime la préférence généralement donnée aux comparables internes.

15. Par ailleurs, il serait peut-être souhaitable, comme il en a été question précédemment, de recueillir d'autres commentaires sur l'utilisation des comparables internes dans le cadre de l'application de la méthode du prix comparable sur le marché libre ou de la méthode transactionnelle de la marge nette.

(a) Prix comparable sur le marché libre

16. Il n'est pas fait mention, dans la description de la méthode du prix comparable sur le marché libre figurant dans les Principes, d'une préférence générale pour les comparables internes par rapport aux comparables externes. La préférence générale pour les comparables internes formulée à la section C précédente vaut toutefois également et de la même manière pour la méthode du prix comparable sur le marché libre. Lorsqu'on applique cette méthode, on peut considérer comme une donnée comparable interne soit le prix d'achat payé par le contribuable en contrepartie de biens ou de services comparables livrés par une partie non liée dans des conditions comparables (si la transaction contrôlée est un achat), soit le prix de vente facturé par le contribuable pour des biens ou des services comparables vendus à une partie non liée dans des conditions comparables (si la transaction contrôlée est une vente).

17. Du fait de l'importance que revêt la similitude des produits lorsqu'on applique la méthode du prix comparable sur le marché libre, les comparables internes offrent la possibilité d'obtenir des prix comparables sur le marché libre plus fiables que les comparables externes. Une fois encore, il convient d'en juger au cas par cas.

(b) Méthode transactionnelle de la marge nette

18. A propos du paragraphe 3.26 des Principes, certains pays soulignent que dans la pratique, lorsqu'un contribuable détient des informations fiables sur la marge nette qui lui revient dans le cadre de transactions comparables effectuées sur le marché libre, on pourrait en principe suivre la méthode du prix de revente ou de la méthode du coût de revient majoré pour calculer la marge brute puisque le contribuable possède les renseignements nécessaires. C'est pour cette raison, et compte tenu de la hiérarchie des méthodes qui prévaut actuellement dans les Principes, que les contribuables et les administrations fiscales appliquent la méthode transactionnelle de la marge nette le plus souvent en utilisant des données comparables externes. Voilà un point particulièrement intéressant dans le contexte de l'examen par l'OCDE des méthodes de bénéfices.

D-2 Données comparables internes et transactions particulières

19. Les données comparables internes, lorsqu'il en existe, peuvent parfois se révéler particulièrement utiles pour la détermination de la contrepartie de pleine concurrence de transactions portant sur des actifs incorporels. C'est en effet dans le domaine des actifs incorporels qu'il est le plus difficile de trouver des données comparables externes.

20. Les données comparables internes peuvent aussi être particulièrement pertinentes dans le domaine des services intragroupe. Plus précisément, lorsque la transaction contrôlée consiste en l'acquisition par un contribuable de services auprès d'une partie liée, le prix payé par le même contribuable pour des services comparables fournis par des parties non liées dans des conditions comparables peut constituer une donnée comparable précieuse.

D-3 Problème de la documentation

21. Lorsqu'on prend appui sur des données comparables internes, plutôt que sur des données comparables externes, on risque toutefois de se heurter à une difficulté liée au fait qu'elles sont parfois le produit d'un processus de sélection moins impartial. A cet égard, on pourra se reporter à la discussion qui fait l'objet d'une note séparée intitulée « Choisir ou rejeter les transactions comparables ». Il serait donc judicieux d'attendre des contribuables :

- soit qu'ils indiquent clairement la raison pour laquelle ils n'ont pas utilisé de données comparables internes lorsque c'est le cas (que ce soit parce qu'ils ne réalisent pas de transactions comparables internes, parce que les transactions qu'ils réalisent sur le marché libre ne sont pas considérées comme valablement comparables à cause de différences significatives pour lesquelles il n'est pas possible de procéder à des ajustements, ou pour d'autres raisons encore),
- soit, dans l'hypothèse où des données comparables internes ont été utilisées, qu'ils fournissent toutes les informations nécessaires à l'appréciation des cinq facteurs de comparabilité et au processus de sélection des comparables.

D-4 Transactions entre d'autres entités du groupe multinational et des parties non liées

22. Les transactions entre une autre partie du groupe multinational auquel appartient le contribuable et des parties non liées ne sont pas des transactions comparables internes aux termes de la définition proposée dans la Section A précédente. Elles peuvent néanmoins présenter des caractéristiques intéressantes qu'elles partagent avec les transactions comparables internes. Comme les comparables internes, elles permettent de se rapprocher davantage des transactions effectuées par le contribuable (plus grande proximité au niveau des conditions économiques, des stratégies commerciales ou des produits notamment) que les transactions entre deux parties non liées, bien que cette affirmation doive être appréhendée avec beaucoup de prudence étant donné que dans la pratique, les transactions sont souvent effectuées dans des conditions différentes et sur des marchés différents. En outre, il est parfois plus facile pour le contribuable de se procurer des informations sur ce type de transactions que sur des transactions entre deux entreprises indépendantes. Aussi convient-il de ne pas en faire abstraction dans la mesure où elles peuvent, dans certaines situations, fournir des données comparables de meilleure qualité que celles tirées par exemple d'une base de données, sous réserve que les cinq critères de comparabilité soient remplis.

E - Premières conclusions

23. Il serait peut-être souhaitable que l'OCDE :

Dans le Chapitre I des Principes :

- énonce une définition explicite des transactions comparables internes et externes,
- justifie explicitement que l'on donne de façon générale la préférence aux comparables internes par rapport aux comparables externes, et encourage les praticiens à tenir compte comme il se doit des comparables internes lorsqu'il en existe avant de se lancer dans la recherche de comparables externes, tout en précisant que cette préférence ne doit pas être un principe absolu, mais doit être fondée sur le respect de critères de comparabilité et répondre à la finalité poursuivie, à savoir trouver les données comparables les plus fiables qui existent,
- fasse référence aux transactions entre d'autres parties du groupe multinational et des parties non liées et étudie si et dans quelles conditions les transactions de ce type pourraient fournir des données comparables plus fiables que les transactions entre deux parties indépendantes.

Dans les Chapitres II, III, VI et VII des Principes :

- clarifie certains points concernant l'utilisation de données comparables internes dans le cadre de l'application de certaines méthodes de fixation des prix de transfert ou de l'analyse de transactions spécifiques (en particulier les transactions portant sur des actifs incorporels et des services).

Dans le Chapitre V des Principes :

- indique qu'on peut légitimement attendre des contribuables qu'ils fassent état, dans les documents justifiant leur méthode de détermination des prix de transfert, des résultats de leurs recherches de données comparables internes (notamment qu'ils indiquent s'ils ne disposent pas de données comparables internes fiables ou si au contraire les données comparables internes qu'ils ont recensées et utilisées pour l'analyse des prix de transfert sont le fruit de recherches que l'on peut raisonnablement juger exhaustives).

Détermination des sources d'informations disponibles et de leur fiabilité

1. Comme indiqué au paragraphe 1.12 des Principes,

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

2. Les sources d'informations sur les comparables externes potentiels peuvent être classées en trois catégories :

A - Les informations officieuses et confidentielles sur les tiers.

B - Les bases de données qui compilent les comptes déposés par les entreprises.

C - Les informations publiques telles que les enquêtes sectorielles réalisées par les analystes financiers et les rapports annuels publiés par les entreprises cotées à des fins réglementaires et pour informer les actionnaires, ainsi que les informations publiées sur les sites Internet des entreprises.

En outre, l'utilisation de données de source étrangère mérite des commentaires spécifiques (D).

Chacune de ces catégories est commentée brièvement ci-dessous. Cette note n'aborde pas l'accès aux informations sur les comparables internes et sur les critères internes de prise de décision.

3. Indépendamment de la question de la source des transactions comparables, un nombre significatif d'informations internes sera toujours nécessaire pour diligenter une analyse de comparabilité pertinente. De plus, lorsqu'il existe des transactions comparables internes avec des indépendants, ces informations devront être utilisées.

4. La validité des informations utilisées dans une analyse de comparabilité, leurs forces et faiblesses, leur pertinence et l'impact sur les prix des transactions devraient également être étudiés. Même si elles ne sont pas directement liées à la transaction, certaines informations pourraient fournir un éclairage intéressant sur les modalités de cette transaction au regard de la valeur relative des fonctions et de la

répartition des risques constatées entre des parties indépendantes engagées dans des transactions comparables.

A. Informations officielles et confidentielles

A.1 Utilisation d'informations officielles ou confidentielles par un contribuable

5. Les contribuables peuvent disposer de sources d'information officielles ou confidentielles. Par exemple, ils peuvent partager des informations au niveau d'associations professionnelles auxquelles ils appartiennent. Ils peuvent procéder à une veille économique et acquérir certaines connaissances sur les stratégies et les résultats de leurs concurrents.

6. Même si ces informations peuvent s'avérer très utiles aux dirigeants des entreprises, leur utilisation dans le contexte des prix de transfert pose des problèmes de procédure, en termes de pièces justificatives et de charge de la preuve, lorsqu'aucun document ne peut être produit pour des raisons de confidentialité. Par ailleurs, ce type d'information est par nature non exhaustif et peut introduire de la subjectivité dans l'analyse.

7. Les pays de l'OCDE conviennent généralement que les informations confidentielles obtenues par les contribuables ne devraient pas être utilisées pour justifier leurs politiques en matière de prix de transfert. Ces informations confidentielles posent un problème majeur de fiabilité et de vérifiabilité. En outre, dans certaines juridictions, la compilation et l'utilisation d'informations tarifaires concurrentielles en dehors du domaine public peuvent motiver une enquête antitrust ou sur des pratiques anticoncurrentielles.

A.2 Utilisation d'informations officielles ou confidentielles par une administration fiscale

8. Les administrations fiscales peuvent avoir accès à des informations détaillées mais confidentielles, recueillies par exemple dans des liasses fiscales ou dans le cadre de vérifications, et qui ne sont pas accessibles au contribuable. Le recours à des informations confidentielles par une administration fiscale découle de la situation d'asymétrie qui existe entre les contribuables et les administrations fiscales au plan de l'information². En particulier, certaines administrations qui manquent de sources publiques d'informations pourraient être tentées d'utiliser des informations obtenues sur d'autres contribuables à l'occasion de vérifications ou de procédures de dépôt (obligations déclaratives). Ces informations sont

2 D'un côté, les administrations fiscales n'ont pas accès à l'essentiel des informations internes (quantitatives et qualitatives) dont disposent les contribuables. Bien que cet aspect soit principalement lié à l'évaluation des comparables internes, il affecte la capacité des administrations fiscales d'appliquer de manière efficace les critères de comparabilité des Principes aux données externes disponibles et d'obtenir une compréhension complète des faits et circonstances qui étayent le choix d'une méthode de calcul des prix de transfert par le contribuable. Ces questions mettent en lumière l'importance, pour une administration fiscale, de se fonder sur une documentation suffisante fournie en temps voulu.

D'un autre côté, les administrations fiscales peuvent avoir accès à des données comparables de meilleure qualité en exerçant leurs pouvoirs d'investigation. C'est pourquoi certaines d'entre elles ont pour principe, lors d'une évaluation des risques liés à la fixation de prix de transfert, de se borner à apprécier la qualité de la documentation du contribuable et d'examiner le réalisme commercial des résultats atteints, en tenant compte de l'importance des transactions internationales avec des entreprises associées.

Cette asymétrie au plan de l'information a des répercussions potentielles sur la détermination des sources disponibles d'information.

qualifiées de « comparables secrets » parce que les règles en matière de confidentialité empêcheraient l'administration de divulguer l'identité de ces autres contribuables.

a) *Commentaires reçus des milieux d'affaires*

9. Les commentateurs des milieux d'affaires ont exprimé de vives préoccupations quant à l'utilisation de « comparables secrets », pratique considérée comme inéquitable et manquant de transparence. Ils demandent à l'OCDE de rejeter expressément l'utilisation de « comparables secrets » qui serait contraire à l'obligation impartie aux contribuables comme aux administrations fiscales de démontrer « de bonne foi » que la fixation des prix de transfert obéit au principe de pleine concurrence.

10. En fait, la question est double :

- Les comparables secrets peuvent-ils être utilisés pour légitimer un ajustement de prix de transfert lorsque le contribuable n'est pas en mesure d'exprimer son accord ou son désaccord sur un comparable secret?
- Ces comparables secrets peuvent-ils être utilisés à bon droit dans les procédures engagées par les autorités compétentes?

b) *Utilisation de « comparables secrets » dans les vérifications*

11. Les pays de l'OCDE ont des expériences différentes de l'utilisation des « comparables secrets » dans les vérifications. D'un côté, la plupart des pays reconnaissent que leur utilisation pose un certain nombre de problèmes, surtout en matière d'équité et de transparence du processus (et par conséquent sur la capacité du contribuable à apprécier la fiabilité de ces « comparables secrets »). D'un autre côté, compte tenu de l'asymétrie en matière d'information qui existe entre les contribuables et les administrations fiscales, certains pays ne veulent pas exclure catégoriquement une source potentielle d'informations utiles. Même si les inquiétudes des milieux d'affaires sont reconnues, un certain nombre d'administrations continue à recourir aux « comparables secrets », surtout lorsque les informations publiques disponibles sont limitées, dans le cadre de contrôles des prix de transfert et pas seulement d'évaluation des risques.

12. En fait, les « comparables secrets » posent des questions similaires à celles traitées à la section A.1 ci-dessus concernant l'utilisation d'informations confidentielles par les contribuables : bien que certains pays considèrent que ces « comparables secrets » peuvent fournir aux administrations fiscales des informations utiles, notamment lorsqu'on ne dispose d'aucune autre information de meilleure qualité, leur utilisation soulève des problèmes de procédure au plan des justificatifs et de la charge de la preuve dès lors qu'aucune preuve ne peut être produite pour des raisons de confidentialité.

13. D'autres pays ont indiqué que même si l'utilisation de « comparables secrets » dans les vérifications est théoriquement autorisée par leur législation nationale, cette pratique est limitée :

- dans certains pays, par la nécessité de demander l'autorisation du tiers en cause avant d'utiliser des renseignements le concernant,
- dans de nombreux pays, par les tribunaux qui rejettent probablement ces données au motif que le contribuable n'a pas reçu d'informations suffisantes pour préparer sa défense.

14. Dans la mesure où l'obligation de confidentialité/transparence revêt une certaine importance entre parties tierces, beaucoup de législations locales ne permettront l'utilisation et ou la divulgation ultérieure d'informations « secrètes » que si la source de ces informations a exprimé son plein consentement, ce qui en pratique limitera l'utilisation des dits « comparables secrets ».

i) Équité

15. Certains pays sont résolument opposés à l'utilisation de « comparables secrets » dans les vérifications car ils considèrent qu'elle porterait préjudice à l'intégrité des Principes en matière de fixation de prix de transfert et risquerait d'entraver le processus d'obtention de résultats mutuellement acceptables par les contribuables et par les autorités fiscales concernées.

16. La situation pourrait être différente dans les cas où un contribuable ne satisfait pas à des obligations raisonnables de documentation. Les pays où l'utilisation de « comparables secrets » est autorisée par la législation locale ne semblent pas vouloir se priver de cette possibilité jugée essentielle compte tenu de la asymétrie de l'information (telle qu'exposée précédemment), surtout lorsque les informations publiques sont limitées. Une réponse pourrait être apportée par la mise en place de garde-fous appropriés de nature à assurer l'équité du processus.

ii) Fiabilité

17. Une autre préoccupation soulevée par l'utilisation de « comparables secrets » est le risque qu'ils soient intrinsèquement moins fiables du fait que le contribuable, qui est probablement le mieux informé des considérations qui affectent la comparabilité et à la fiabilité de l'analyse en rapport avec son activité, n'a pas voix au chapitre.

18. En outre, si le processus de sélection n'est pas transparent vis-à-vis du contribuable, celui-ci ne pourra pas vérifier si le processus est subjectif ou objectif, fiable ou non, et par conséquent si le résultat est correct ou non. Puisque l'identité du comparable n'est pas révélée, le contribuable ne sera pas en mesure d'évaluer l'objectivité et la fiabilité du processus de sélection et d'en tirer des conséquences au niveau du résultat.

iii) Conclusions sur l'utilisation de « comparables secrets » dans les contrôles prix de transfert

19. Idéalement la préférence de l'OCDE est de ne pas utiliser de « comparables secrets », mais il est reconnu qu'en pratique certains pays y recourent notamment dans les situations où les informations publiques disponibles sont limitées. Voir également les commentaires de la sous-section A.2 (b) ci avant concernant les situations où le contribuable ne satisfait pas à des obligations raisonnables de justification/documentation. Les pays qui utilisent « les comparables secrets » au cours des vérifications sont encouragés à mettre en place, dans leur législation locale ou leurs pratiques, des garde-fous de nature à assurer au contribuable un niveau raisonnable d'équité et de fiabilité.

c) *Utilisation de « comparables secrets » dans des procédures amiables*

20. L'utilisation de « comparables secrets » dans les procédures engagées par les autorités compétentes est une possibilité qu'il convient de distinguer clairement de leur utilisation à l'occasion des vérifications portant sur les prix de transfert. Dans les procédures amiables, la question de l'équité doit être évaluée en lien avec l'autre autorité compétente plutôt qu'avec le contribuable. Par voie de conséquence, la question est de savoir si, dans le cas des procédures amiables, les « comparables secrets » utilisés par une administration fiscale peuvent être divulgués à l'autorité compétente de l'autre État.

21. Certaines autorités compétentes pourraient être en mesure d'échanger ces informations, tout en observant le principe de confidentialité visé par la convention bilatérale applicable. Sous réserve que l'autre autorité compétente puisse vérifier la validité et l'exhaustivité des informations, cela pourrait contribuer à résoudre les cas de double imposition. Il ne semblerait pas opportun d'exclure catégoriquement la possibilité d'utiliser des « comparables secrets » dans les procédures amiables, dans la mesure où cette utilisation pourrait contribuer à résoudre les différends. Cette question pourrait être

examinée dans le cadre des travaux sur l'amélioration du processus de règlement des différends, car elle relève davantage de l'article 25 que de l'article 9.

B. Bases de données

22. On peut distinguer deux types de bases de données actuellement disponibles sur le marché :

B.1 Bases de données commerciales

B.2 Bases de données propriétaires développées par des cabinets de conseil

B.1 Bases de données commerciales

23. Des bases de données commerciales ont été mises au point par des éditeurs qui compilent les comptes déposés par des entreprises auprès des organismes administratifs concernés et qui les présentent dans un format électronique adapté aux recherches et à l'analyse statistique. Compte tenu du grand nombre d'entreprises exerçant leurs activités sur chaque marché et de l'énorme quantité de données déposées par chaque entreprise, ainsi que du manque de sources alternatives d'informations publiques, ces bases de données électroniques sont actuellement le moyen le plus couramment utilisé pour obtenir des informations financières approfondies et pour trier des données comparables sur la base de critères de sélection appropriés.

24. Les bases de données couvrent soit un pays soit une région donnée (par exemple l'Europe) et les entreprises multinationales ont souvent besoin d'utiliser plus d'une base de données, en fonction de la liste des pays au sein desquels elles opèrent. Les abonnements aux bases de données peuvent être assez onéreux, et généralement, les contribuables ne s'abonnent pas à toutes les bases de données dont ils ont besoin. Ils préfèrent souvent faire appel à une société de conseil qui s'est abonnée à toutes les bases de données nécessaires et qui a acquis le savoir-faire pour procéder à la recherche. Il est possible de s'abonner et d'accéder directement aux bases de données commerciales existantes, ou d'utiliser des progiciels qui contiennent un programme généralement rudimentaire de calcul des prix de transfert.

25. On identifie fréquemment plusieurs limites aux bases de données commerciales, notamment les suivantes :

- Étant donné que ces bases de données commerciales se fondent sur des informations publiques, elles n'existent pas dans tous les pays. En outre, lorsqu'elles sont disponibles, elles ne contiennent pas le même type d'informations pour toutes les entreprises exerçant leurs activités dans un pays donné, car les obligations en matière de communication d'information et de dépôt peuvent varier en fonction de la forme juridique de la société et selon qu'elle est ou non cotée en bourse.
- Ces bases de données doivent être utilisées avec prudence, car elles sont compilées et présentées à des fins autres que le calcul des prix de transfert
- Le coût de l'information est un problème majeur, surtout pour les petites et moyennes entreprises, mais également pour les transactions relativement petites ou moins risquées. A cet égard, l'utilité de recourir à des bases de données commerciales, à l'instar de toutes les sources d'information, doit être appréciée au moyen d'une évaluation raisonnable des faits et des circonstances spécifiques. Comme l'indique le paragraphe 5.6 des Principes : « [...] le contribuable ne devrait pas avoir à supporter des coûts et charges disproportionnés [...] pour effectuer des recherches approfondies en vue d'obtenir des données comparables concernant les transactions sur le marché

libre s'il a de bonnes raisons de penser, compte tenu des principes exposés dans le présent rapport, que de telles données n'existent pas ou que le coût de leur obtention serait excessif par rapport aux sommes en jeu ».

- Les bases de données commerciales ne fournissent pas nécessairement des informations suffisamment détaillées pour justifier le choix d'une méthode de fixation des prix de transfert. Toutes les bases de données n'incluent pas le même niveau de détail et ne peuvent pas être utilisées avec la même sécurité. Par exemple, les informations financières contenues dans les bases de données américaines sont en général beaucoup plus détaillées que celles figurant dans les bases européennes, du fait notamment des différences entre les pays en termes d'obligations de dépôt.
- On constate dans de nombreux pays que les bases de données commerciales sont utilisées pour comparer des entreprises plutôt que des transactions, car les informations transactionnelles sont rarement rendues publiques. On peut se demander si la qualité de ces bases de données ne pourrait pas être améliorée en intégrant plus d'informations transactionnelles dans les pays où la divulgation de ces informations n'est pas imposée par la loi.

26. Les Principes de l'OCDE ne font pas mention des bases de données commerciales. L'OCDE considère que :

- Les bases de données commerciales sont une source possible d'informations parmi d'autres. Il ne faut pas surestimer leur importance. Un contribuable n'est pas tenu d'utiliser une base de données commerciale s'il peut se procurer des informations plus fiables auprès d'autres sources, par exemple des comparables internes ou des renseignements sur le marché élaborés et conservés à des fins non fiscales, ainsi que des sources alternatives d'informations. D'un autre côté, il n'y a pas de raison d'exclure systématiquement l'utilisation de toutes les bases de données commerciales car les informations qu'elles contiennent sont parfois les meilleures disponibles.
- Les contribuables ou les fiscalistes qui choisissent d'utiliser des bases de données commerciales doivent le faire avec soin et s'efforcer de respecter les cinq facteurs de comparabilité définis dans les Principes de 1995 sur les prix de transfert, ainsi que les règles en matière d'agrégation des transactions. Les bases de données commerciales devraient être utilisées de façon objective traduisant une volonté réelle d'identifier les données comparables les plus fiables possibles.
- Lorsque des bases de données commerciales sont utilisées, elles ne doivent pas être employées seules. Le résultat de la recherche doit être examiné, complété et affiné à l'aide d'informations provenant d'autres sources, comme les sites Internet d'entreprises « comparables » sélectionnées, les publications sectorielles, etc. Par exemple, les bases de données commerciales peuvent être particulièrement utiles pour identifier des comparables potentiels, puis le recours à d'autres sources d'information, y compris les données financières publiques, peuvent permettre d'obtenir des données comparables conformes au principe de pleine concurrence. Certains pays se sont inquiétés du fait que l'utilisation de bases de données commerciales privilégie souvent la quantité sur la qualité. L'exigence d'affiner la recherche au moyen d'autres sources d'informations vise à promouvoir la qualité par rapport à des approches standardisées. Cette règle s'applique aux recherches effectuées par les contribuables / fiscalistes comme à celles des administrations fiscales.
- Si l'on dispose d'une ou de plusieurs bases de données, le choix de celle(s) à utiliser doit s'opérer en recherchant les données disponibles les plus fiables. A l'évidence, cette obligation doit être

interprétée avec mesure et l'objectif n'est pas d'imposer d'exploitation systématique de toutes les sources d'informations existantes, indépendamment de l'importance de la transaction.

27. Cela signifie que les bases de données commerciales ne doivent être utilisées qu'à condition qu'elles ajoutent de la valeur à l'analyse de comparabilité et qu'il soit impossible d'obtenir des informations de meilleure qualité auprès d'autres sources. De nombreux pays s'inquiètent de la tendance des contribuables et des fiscalistes à utiliser systématiquement des bases de données sans rechercher au préalable de comparables internes et d'autres sources possibles d'informations. La fiabilité et la qualité de l'information constituent une préoccupation majeure.

28. L'expérience pratique montre que les contribuables et les fiscalistes utilisent de plus en plus les bases de données commerciales, notamment (mais pas uniquement) lorsqu'ils appliquent une méthode transactionnelle de la marge nette. Le Groupe de travail pourrait donc être amené à revoir ces questions à l'occasion de l'examen des méthodes fondées sur les bénéfices.

B.2 Bases de données propriétaires développées par des cabinets de conseil

29. Il existe également des bases de données propriétaires développées et gérées par de grands cabinets de conseil. Ces bases de données posent généralement les mêmes problèmes que les bases de données commerciales qui sont plus largement diffusées. Elles soulèvent une préoccupation supplémentaire concernant l'exhaustivité des données : alors que les bases de données commerciales compilent en général toutes les informations publiques dans une zone donnée, les bases de données propriétaires peuvent être basées sur les informations des clients, c'est-à-dire sur une fraction limitée du marché.

30. Lorsqu'un contribuable a l'intention d'étayer ses prix de transfert au moyen d'une base de données propriétaire, l'administration fiscale peut demander l'accès à cette base de données, pour des raisons évidentes de transparence. A défaut, les informations provenant de la base de données propriétaire peuvent être qualifiées de confidentielles et être soumises aux restrictions décrites dans la section A.1 ci-dessus concernant ces informations confidentielles.

C. Informations publiques

31. Les publications professionnelles sur des secteurs d'activité spécifiques et les enquêtes sectorielles réalisées par les analystes financiers sont très utiles pour comprendre les enjeux et les tendances d'un secteur d'activité donné et pour identifier les acteurs potentiellement comparables. En particulier, elles comportent généralement des commentaires sur les stratégies des entreprises (sur les stratégies passées en tout cas). Cependant, étant donné que leur centre d'intérêt principal est le cours de bourse, ces enquêtes examinent la question des bénéfices sur la base de bilans consolidés et ne fournissent pas beaucoup d'informations sur la valeur d'une fonction donnée au sein de l'entreprise consolidée.

32. Les rapports annuels publiés par les entreprises cotées contiennent généralement des informations utiles sur les gammes de produits et les stratégies des entreprises. En outre, les entreprises peuvent publier des analyses d'activité assez détaillées lors de leur entrée en bourse ou lors d'une opération importante sur le capital social d'une entreprise cotée (par exemple en cas d'augmentation de capital). Toutefois, ces documents comportent des commentaires qui concernent davantage les comptes consolidés que les entités autonomes. Lorsqu'un groupe opère sur plus d'un segment, ils incluent généralement des informations sur chacune des activités, mais toujours sur une base consolidée et sans différencier les fonctions.

33. Des informations sur des entreprises indépendantes peuvent être obtenues dans les comptes déposés auprès des organismes administratifs dans les pays où ce dépôt est légalement requis. Ceci n'est pas le cas dans tous les pays. Lorsque les comptes sont à la disposition du public, on peut aussi les obtenir

(souvent à un coût supérieur cependant) par l'intermédiaire de bases de données commerciales (voir ci-dessus).

34. Enfin, il existe également des sources d'informations sur des types de transactions spécifiques, par exemple les taux de commission, les commissions de gestion de fonds, les frais d'affacturage, les taux d'affacturage, les taux d'intérêt et les commissions de garantie qui peuvent être utiles pour trouver des comparables tiers.

35. Les informations publiques peuvent être utiles pour compléter et améliorer la qualité d'une recherche effectuée à partir d'une base de données commerciale. On peut également effectuer une recherche aussi exhaustive que possible au moyen d'informations publiques, sans recourir à une base de données commerciale.

D. Données de source étrangère

36. Dans certains cas, les contribuables peuvent être amenés à utiliser des sources d'information étrangères, par exemple lorsqu'ils effectuent une recherche régionale ou lorsque l'absence de données comparables nationales satisfaisantes les contraint à rechercher des informations sur un marché étranger comparable (voir l'analyse des comparables non nationaux dans la note relative à l'examen des cinq facteurs de comparabilité). Une des limites des sources d'informations non nationales tient au fait que l'administration fiscale qui contrôle le contribuable ne peut pas toujours les vérifier. Lorsque des sources d'information ou des comparables étrangers sont utilisés, et conformément aux principes exposés dans le document « Examen des cinq facteurs de comparabilité », les autorités fiscales chargées de la vérification doivent pouvoir y accéder ou obtenir une documentation adéquate afin de garantir la transparence du processus.

37. Pour apprécier la question de la prise en compte de données étrangères, et pour pouvoir se forger une opinion ou un jugement, l'importance relative des différences de marché (incluant la possibilité d'ajustements fiables pour réduire ces différences) devrait être prise en compte en même temps que les informations comparables disponibles sur le même marché.

Comparables indépendants

A- Présentation du problème et orientations existantes

1. Aux termes de l'article 9 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE, les conditions convenues ou imposées dans les relations commerciales ou financières entre deux entreprises associées doivent être comparées aux conditions qui existeraient entre des entreprises indépendantes.

2. Un nombre croissant de secteurs d'activité ont atteint un tel niveau d'intégration verticale qu'il devient pratiquement impossible de trouver des concurrents véritablement indépendants. Ainsi, il peut arriver que sur un marché particulier tous les distributeurs d'un secteur d'activité donné soient contrôlés par des groupes multinationaux.

3. Par exemple, sur de nombreux marchés, l'industrie automobile devient un secteur fortement intégré et il pourrait être très difficile d'identifier des distributeurs tiers indépendants comparables. Sur ces marchés, la plupart des acteurs multinationaux de l'industrie automobile peuvent suivre des modèles de distribution similaires, c'est à dire que le distributeur contrôlé achète habituellement des voitures à un constructeur qui est lié à lui et les revend à des concessionnaires automobiles non liés (c'est le concessionnaire automobile qui vend les voitures aux utilisateurs finaux). Si la partie testée est le distributeur contrôlé, l'identification de transactions indépendantes sur le marché qui, dans la pratique, pourraient être éventuellement comparées aux transactions contrôlées du distributeur peut s'avérer très difficile.

4. Dans la pratique, l'identification de comparables tiers indépendants n'est pas chose aisée et la liste des comparables externes potentiels est souvent très limitée. D'ailleurs, les tiers qui ont l'environnement économique le plus comparable à celui du contribuable sont susceptibles d'être ses propres concurrents, bien qu'ils soient également susceptibles d'être organisés en entreprises multinationales. Dans le cas d'une filiale commerciale d'un groupe automobile exerçant ses activités sur un marché fortement intégré, on pourrait avancer que, d'un point de vue économique, la comparaison la plus fiable devrait être établie avec des filiales commerciales d'autres groupes automobiles présents sur le même marché. Cependant, de telles comparaisons ne doivent pas être utilisées comme base de calcul d'un ajustement des prix de transfert (par un contribuable ou par une administration fiscale) car elles ne se réfèrent pas à des transactions effectuées entre parties indépendantes : tous les groupes multinationaux ont leurs propres politiques en matière de prix de transfert et peuvent difficilement être considérés comme des éléments de comparaison objectifs.

5. Le paragraphe 1.70 des Principes stipule néanmoins que :

« [...] Il ne faut pas que des informations utiles, comme celles qui concernent des transactions sur le marché libre qui ne sont pas identiques aux transactions entre entreprises associées, soient rejetées pour la simple raison qu'elles ne satisfont pas totalement à un quelconque critère de comparabilité appliqué de façon rigide. De même, des informations concernant des entreprises engagées dans des transactions avec des entreprises associées peuvent aider à comprendre la transaction considérée ou donner des indications pour de futures investigations. [...] »

Illustration:

6. Ainsi, dans l'exemple automobile, le praticien pourrait décider de procéder à une analyse sur un panel de filiales commerciales de groupes automobiles réalisant des transactions comparables au groupe auquel appartient le contribuable. Dans la pratique, l'expérience montre que de telles études sont souvent utilisées par les contribuables (et par les administrations fiscales) soit au cours de la phase d'évaluation des risques, soit au cours de l'analyse des prix de transfert, comme test de cohérence ou de validité, en particulier lorsque la méthode transactionnelle de la marge nette est utilisée comme test, conjointement à une autre méthode. La question est de savoir dans quelle mesure une telle approche apporterait des informations utiles.

7. Dans d'autres cas, il se peut qu'en pratique, le contribuable ou l'agent de l'administration fiscale recoupe les résultats de deux échantillons : un échantillon d'entreprises qui ont un bon degré de comparabilité en termes de situations économiques, mais qui font partie d'entreprises multinationales, et un échantillon d'entreprises qui sont indépendantes et qui exercent leurs activités dans la même branche, mais dans des situations économiques légèrement différentes du fait de leur situation d'autonomie (ou bien un échantillon d'entreprises indépendantes qui exercent dans un secteur d'activité différent, mais comparable). Dans ce cas, les contribuables ou les agents de l'administration fiscale pourraient être tentés de soutenir que si les deux échantillons donnent des résultats convergents, cela suffit pour conclure avec une sécurité raisonnable que les défauts de chacun des échantillons pris séparément ont été surmontés.

B - Possibilité d'utilisation des transactions contrôlées dans une analyse des prix de transfert

8. Le Groupe de travail, ayant examiné cette question, a conclu que les transactions contrôlées ne devaient en aucun cas servir de point de départ à un ajustement des prix de transfert. En effet, une telle pratique serait contraire à la lettre de l'article 9 lui-même ainsi qu'au principe de pleine concurrence qui veut que les relations commerciales ou financières d'un contribuable avec des parties liées soient comparées aux relations commerciales ou financières existant entre des entreprises indépendantes. De la même façon, les informations relatives aux transactions contrôlées d'un concurrent qui pourraient être obtenues par un contribuable ne seraient généralement pas suffisantes à l'appui d'une politique de prix de transfert.

9. L'OCDE reconnaît que des informations sur des transactions contrôlées peuvent donner des indications utiles sur les comportements et les tendances en vigueur dans un secteur d'activité, et qu'elles peuvent à ce titre être utiles aussi bien aux contribuables pour procéder à une évaluation des risques qu'aux administrations fiscales lorsqu'elles détermineront quels sont les contribuables qui feront l'objet d'un contrôle.

10. Il faut toutefois souligner ici que ceci n'implique aucunement un raisonnement de type régime de protection : le simple fait que les transactions (ou bénéfiques) réalisés par un contribuable correspondent à la norme observée chez ses concurrents ne signifie pas qu'ils se situent dans une fourchette de pleine concurrence ou qu'ils ne doivent pas être contrôlés. De la même manière, le simple fait que les transactions (ou bénéfiques) d'un contribuable ne correspondent pas à la norme observée chez ses concurrents ne signifie pas automatiquement qu'ils ne se situent pas à des niveaux de pleine concurrence.

C - Autres solutions possibles

11. L'absence de transactions indépendantes sur certains marchés et dans certains secteurs d'activité constitue l'une des principales difficultés rencontrées à l'occasion des analyses de comparabilité, et ce problème risque de se poser avec plus d'acuité encore au fur et à mesure que la mondialisation va s'accroître. Comme indiqué dans les commentaires des milieux d'affaires, la part des transactions entre

parties liées dans les échanges internationaux tend à croître et il devient de plus en plus difficile de trouver des transactions entre parties indépendantes. Une solution doit donc être trouvée pour régler la question de prix de transfert même sur des marchés ou dans des secteurs d'activité fortement intégrés.

12. . On examinera donc dans la partie C d'autres solutions qui pourraient être éventuellement envisagées lorsqu'aucune transaction comparable indépendante satisfaisante ne peut être trouvée en première analyse, c'est-à-dire dans le cas où un contribuable a procédé à une analyse de comparabilité correcte et qu'il se heurte à l'absence de données comparables indépendantes satisfaisantes sur un marché ou dans un secteur d'activité donné.

13. La teneur de cette section ne doit pas être interprétée comme un dédouanement des obligations de comparabilité : les cinq critères de comparabilité et les règles d'agrégation devront continuer à être pris en compte lors de la mise en œuvre d'une autre solution possible quelle qu'elle soit.

C.1 Élargir la recherche

14. Le Groupe de travail a examiné un éventail d'options qui pourraient, au cas par cas, être envisagées lorsqu'aucune transaction comparable sur le marché libre satisfaisante n'a pu être trouvée :

1. Utiliser des informations relatives à des transactions sur le marché libre réalisées dans le même secteur d'activité et sur un marché géographique comparable, mais par des tiers ayant des stratégies commerciales, modèles commerciaux ou autres circonstances économiques légèrement différents ; il s'agira alors de savoir s'il est possible de procéder à des ajustements raisonnablement précis pour rendre compte de ces différences ;
2. Utiliser des informations relatives à des transactions sur le marché libre réalisées dans le même secteur d'activité, mais sur d'autres marchés géographiques ; il s'agira alors de savoir s'il est possible de procéder à des ajustements raisonnablement précis pour tenir compte de ces différences de marché ;
3. Utiliser des informations relatives à des transactions sur le marché libre réalisées sur le même marché géographique, mais dans d'autres secteurs d'activités ; la question se pose du choix de ces autres secteurs, qui devront présenter suffisamment de similitudes économiques, par exemple en termes de rentabilité des investissements, de cycles de vie, de technologie, etc. et de savoir s'il est possible de procéder à des ajustements raisonnablement précis pour tenir compte de ces différences de secteur d'activité.

15. Selon les circonstances propres à chaque cas, chacune des options ci-dessous pourra être recevable, et il n'est pas souhaitable d'être trop directif à cet égard. Quoi qu'il en soit, il faudra expliquer pourquoi tels comparables auront été choisis de préférence à d'autres (par exemple indiquer la raison pour laquelle certaines données sont considérées comme plus fiables que celles émanant d'une autre source également fiable d'informations potentiellement comparables), et les critères de comparabilité ainsi que les règles d'agrégation devront être respectés comme il se doit.

C.2 Transactions sur le marché libre réalisées par des entreprises multinationales

16. Il serait peut-être utile de préciser ici que refuser les comparaisons avec des transactions contrôlées ne signifie pas que seules des informations relatives à des entreprises autonomes doivent être utilisées. En effet, les filiales d'une entreprise multinationale peuvent très bien réaliser des transactions sur le marché libre susceptibles d'être utilisées dans une analyse de comparabilité. Pour illustrer ce propos, prenons l'exemple d'une entreprise qui, bien que faisant partie d'un groupe multinational, achète des produits à des tiers dans des conditions de pleine concurrence. A première vue, il n'y a aucun motif pour

que ces achats sur le marché libre ne puissent être utilisés comme donnée potentiellement comparable aux achats intra-groupe de produits similaires effectués par un contribuable.

17. A l'évidence, en plus du respect des obligations normales relatives à l'application des cinq critères de comparabilité et des règles d'agrégation, une telle comparaison avec des transactions sur le marché libre réalisées par des tiers faisant partie d'un groupe multinational ne pourra être admise que si les indices financiers utilisés pour appliquer la méthode de détermination des prix de transfert retenue ne sont pas affectés par d'autres transactions contrôlées³, si aucune compensation n'est réalisée. En outre, pour savoir si de telles données peuvent ou non constituer des comparables satisfaisants, il faudra examiner si la rentabilité de la filiale est influencée ou non par la mise en œuvre de la stratégie globale du groupe multinational dont elle fait partie et mesurer l'ampleur éventuelle de cette influence.

C.3 Utilisation éventuelle de données consolidées

18. Une autre suggestion formulée par des représentants des milieux d'affaires concerne la possibilité d'utiliser dans certaines circonstances des données consolidées au niveau d'un groupe, c'est-à-dire que dans ce cas, le groupe dans son ensemble serait considéré comme formant une entreprise unique :

19. Le Groupe de travail a examiné cette proposition et il est d'avis que, comme une telle solution ne peut être envisagée que lorsqu'un groupe consolidé réalise une seule catégorie de transactions raisonnablement homogènes, elle ne pourra être que très rarement appliquée dans la pratique. Certains pays sont réticents à l'idée d'accepter les comparaisons avec des données consolidées et ont exprimé leur crainte qu'en réalité, de telles données ne soient le plus souvent pas comparables du fait de la diversité des fonctions et des risques dont les comptes consolidés sont le reflet. Cela étant, le Groupe de travail estime que cette question mérite d'être étudiée et invite les représentants du monde de l'entreprise à lui fournir des exemples de la manière dont une telle méthode pourrait fonctionner.

C.4 Influence des actionnaires minoritaires

20. Un intéressant commentaire émanant des milieux d'affaires suggère que lorsqu'un contribuable compte parmi ses actionnaires une proportion significative de tiers, ses transactions contrôlées pourraient bien se rapprocher d'une situation de pleine concurrence du fait de l'influence exercée par les actionnaires minoritaires.

21. En fait, il semble que la question de l'influence des actionnaires minoritaires se pose avec plus d'acuité lorsqu'il s'agit de savoir si les conditions convenues ou imposées dans des relations commerciales ou financières impliquant le contribuable diffèrent de celles qui régneraient entre des parties indépendantes, que lorsqu'il s'agit de savoir si l'on peut considérer que les transactions effectuées par un tiers (qui peut être en partie contrôlé par des actionnaires minoritaires) peuvent constituer des données comparables recevables. La raison en est qu'aux termes de l'article 9 du Modèle de convention fiscale, il faut procéder à une comparaison avec des transactions sur le marché libre (et non avec des transactions contrôlées, même si elles sont réalisées à des conditions de pleine concurrence).

3 Si les produits sont achetés à des tiers dans des conditions de pleine concurrence, ces achats peuvent constituer un comparable valable qui peut être utilisé pour appliquer la méthode du prix comparable sur le marché libre. Si les produits sont revendus à des tiers à des prix de pleine concurrence, ces opérations peuvent également être considérées comme des comparables valables pour appliquer la méthode du prix de revente minoré. En revanche, si les produits achetés à des tiers dans des conditions de pleine concurrence sont revendus à des parties liées, de telles transactions ne pourront plus servir à la mise en œuvre d'une méthode du prix de revente minoré.

22. Un autre problème, connexe au précédent, est qu'il n'existe aucune définition détaillée d'une « entreprise associée », ni dans les Principes applicables en matière de prix de transfert, ni dans les commentaires sur les articles du Modèle de convention fiscale, et que chaque pays a sa propre interprétation de ce qu'est une « partie liée ». En conséquence, une même transaction pourra être qualifiée de « transaction contrôlée » dans un pays et de « transaction sur le marché libre » dans un autre.

23. Le Groupe de travail a examiné si la présence d'actionnaires minoritaires avait d'une manière générale pour conséquence que les transactions contrôlées d'un contribuable soient plus proches des conditions de pleine concurrence et a conclu que dans la pratique, cela n'est pas nécessairement le cas. Tout dépend en fait d'un certain nombre de facteurs, parmi lesquels on peut citer les suivants :

- L'actionnaire minoritaire a-t-il une participation dans le capital de la société-mère ou dans le capital d'une de ses filiales ? (les actionnaires minoritaires d'une société-mère sont souvent moins intéressés par la fixation de prix de pleine concurrence pour les transactions intra-groupe que les actionnaires minoritaires d'une filiale qui réalise des transactions avec un actionnaire majoritaire)
- L'actionnaire minoritaire possède-t-il et exerce-t-il effectivement une influence sur la fixation des prix des transactions intra-groupe ?
- Le contribuable est-il résident d'un pays qui requiert que les transactions soient effectuées dans des conditions de pleine concurrence, ou bien d'un pays où la seule obligation consiste à déclarer aux autorités fiscales un résultat fiscal de pleine concurrence ?

24. La présence d'actionnaires minoritaires constitue certes l'un des éléments à prendre en compte dans l'analyse, mais elle ne suffit pas en tant que telle à tirer des conclusions définitives.

Examen des cinq facteurs de comparabilité

Introduction

1. Cette note porte sur les questions relatives à l'examen des cinq facteurs de comparabilité concernant les comparables externes. Pour l'essentiel, les indications données s'appliquent également aux comparables internes, bien que ces derniers, lorsqu'ils existent, soient susceptibles de fournir des informations de meilleure qualité sur les facteurs de comparabilité. Lorsqu'ils recherchent des données comparables externes, les contribuables devraient examiner chacune des transactions de tiers qu'ils ont identifiées comme des comparables potentiels, par référence à la norme de comparabilité présentée dans les Principes, afin de décider si ces transactions peuvent ou non être considérées comme effectivement comparables. Cette norme de comparabilité doit être appliquée à toutes les méthodes de l'OCDE en matière de fixation de prix de transfert, qu'il s'agisse des méthodes traditionnelles ou fondées sur les bénéficiaires. Il faut également remarquer que l'existence de données comparables fiables peut avoir une incidence considérable sur le choix de la méthode de fixation des prix de transfert. Plus spécifiquement, cinq facteurs déterminants de comparabilité pour l'ensemble des méthodes de fixation des prix de transfert sont décrits dans les paragraphes 1.19 à 1.35 des Principes :

1. Caractéristiques des biens ou services
2. Analyse fonctionnelle
3. Clauses contractuelles
4. Situations économiques
5. Stratégies des entreprises

A. Commentaires généraux sur les cinq facteurs de comparabilité: évaluation de l'importance des informations manquantes sur les cinq facteurs de comparabilité pour les données comparables externes

2. Requis dans le cadre d'un exercice de comparaison, l'examen des cinq facteurs de comparabilité est double par nature, puisqu'il implique d'analyser les facteurs qui influent sur les propres transactions du contribuable et les facteurs qui affectent les transactions de tiers.

3. Dans la pratique, le niveau de détail des informations dont dispose un contribuable sur les facteurs ayant une incidence sur les transactions comparables externes est très souvent moindre que pour ses propres transactions. Dans leur version actuelle, les Principes ne tiennent pas suffisamment compte de cette différence.

4. Les milieux d'affaires ont généralement indiqué soutenir l'utilisation des cinq facteurs de comparabilité qu'ils jugent appropriés sur un plan théorique, mais soulignent tous la difficulté d'appliquer la norme de comparabilité dans la pratique lorsque les informations dans le domaine public ne sont pas suffisamment détaillées. Ils préconisent une certaine souplesse, au cas par cas, quant à la nécessité de satisfaire à tous les cinq facteurs de comparabilité présentés aux paragraphes 1.19 à 1.35 des Principes,

sachant qu'il est rarement possible, voire jamais, d'identifier des comparables qui épousent parfaitement les critères exposés aux chapitres 1 et 2 des Principes.

5. Le Groupe de travail a discuté de l'opportunité d'accepter une analyse des données comparables externes moins détaillée que celle des propres transactions d'un contribuable du fait des difficultés pratiques qui surviennent. Il a conclu que, sur un plan théorique, une analyse moins rigoureuse des transactions de tiers ne serait pas acceptable, mais que dans la pratique, le degré de détail des informations requises sur chacun des cinq facteurs de comparabilité affectant les transactions d'un tiers doit être évalué au cas par cas (comme le suggère déjà la formulation du paragraphe 1.18 des Principes).

6. Cela signifie qu'un contribuable ou un fiscaliste qui réalise une analyse de comparabilité doit en premier lieu faire tout son possible pour se procurer les meilleures données disponibles sur les cinq facteurs de comparabilité ayant une incidence sur les transactions de tiers considérées comme potentiellement comparables. Cela implique en particulier que l'analyse engagée doit aller au-delà d'une vague caractérisation de l'une des parties des transactions contrôlées, suivie de l'examen superficiel d'entreprises « comparables » provenant d'une base de données. Pour évaluer des données potentiellement comparables en l'absence d'informations détaillées sur un facteur donné, le contribuable ou le fiscaliste doit exercer son jugement afin de déterminer dans quelle mesure les informations manquantes sont susceptibles d'affecter la fiabilité de la comparaison. Si l'on peut supposer avec suffisamment de certitude que, malgré l'absence de certains éléments d'information, les transactions du tiers en question constituent des comparables valides (sous réserve de procéder à des ajustements suffisamment fiables le cas échéant), la comparaison ne sera pas rejetée du simple fait des contraintes de disponibilité des informations. Si, en revanche, les informations manquantes sont susceptibles d'affecter fortement la comparabilité, les transactions du tiers en question ne seront pas considérées comme des comparables valides. Le contribuable ou le fiscaliste peut être amené à trouver d'autres transactions de tiers qui fournissent de meilleures informations, si elles existent, ou à changer de méthode de fixation des prix de transfert.

7. L'exemple suivant illustre cette approche. Supposons que la transaction contrôlée du contribuable consiste en des services de transport routier de matériaux tels que du ciment, du sable, etc. Supposons que l'analyse identifie six fournisseurs indépendants qui offrent des services similaires à des parties non liées dans la même zone géographique. L'examen des cinq facteurs de comparabilité est réalisé et confirme que les services de ces six prestataires indépendants sont susceptibles de fournir des comparables valides pour la transaction contrôlée du contribuable. Supposons maintenant qu'il soit impossible de se procurer des informations sur les stratégies d'entreprise élaborées par ces tiers à cause de contraintes de confidentialité. La question est de savoir dans quelle mesure les informations manquantes sont susceptibles d'affecter la fiabilité de la comparaison. Supposons que l'examen des situations économiques révèle qu'il s'agit d'un secteur très stable et que les six prestataires indépendants sont des entreprises locales établies de longue date qui appliquent toutes des politiques de prix analogues. Dans ces circonstances, il peut être raisonnable de penser que le manque d'informations sur leurs stratégies d'entreprise ne devrait pas avoir d'incidence significative sur la fiabilité de la comparaison. Supposons maintenant que l'entreprise de l'un de ces prestataires indépendants a été récemment rachetée par de nouveaux actionnaires et restructurée, ce qui a produit des effets drastiques sur sa structure de coûts et sa politique de prix. Dans ce cas, les informations sur la stratégie de ce prestataire indépendant restructuré sont susceptibles de revêtir une grande importance pour évaluer la comparabilité et l'issue de l'analyse pourrait être que les transactions de ce prestataire indépendant restructuré ne sont pas comparables à celles du contribuable.

8. Comme l'indique le paragraphe 1.18 des Principes, « l'importance de ces facteurs dans la détermination de la comparabilité dépend de la nature de la transaction entre entreprises associées et des méthodes de fixation des prix adoptées », et ces deux paramètres doivent être pris en compte pour évaluer l'importance relative des informations manquantes. Par exemple, les informations sur les stratégies des entreprises sont probablement moins importantes si la transaction entre entreprises associées consiste à

fournir des services comptables intragroupe que s'il s'agit d'un accord de répartition des coûts pour des activités de recherche et développement. Les informations sur les caractéristiques du bien sont plus importantes si la méthode appliquée est celle du prix comparable sur le marché libre que s'il s'agit d'une méthode transactionnelle de la marge nette.

B - Discussion de questions spécifiques en lien avec chacun des cinq facteurs de comparabilité

9. Dans le cadre de la recherche de données comparables portant sur des tiers, celles-ci seront examinées à la lumière de chacun de ces facteurs, grâce à une série de critères qualitatifs et quantitatifs. Certains de ces critères peuvent être objectivement établis, par exemple ceux qui ont trait à la dimension de l'entreprise ou à son marché géographique, le cas échéant. D'autres critères sont plus difficiles à vérifier car ils impliquent une appréciation subjective des situations économiques et/ou concernent des informations confidentielles sur les concurrents. Chacun des facteurs de comparabilité est examiné ci-après dans le contexte d'une sélection de comparables tiers.

10. La nature de la transaction contrôlée et la méthode de fixation des prix de transfert adoptée détermineront l'importance relative de chacun de ces facteurs dans l'examen de comparabilité.

B.1 Caractéristiques des biens ou services

11. Les caractéristiques des biens ou services sont le premier critère déterminant la comparabilité en vertu de la norme de comparabilité établie dans les Principes. Toutefois, les Principes précisent que, en fonction de la méthode retenue, il convient d'accorder plus ou moins d'importance à ce critère. La méthode du prix comparable sur le marché libre est celle pour laquelle l'exigence de comparabilité des biens ou services est la plus sévère. En vertu de cette méthode, toute différence significative dans les produits peut se répercuter sur le prix et nécessiterait d'envisager un ajustement approprié (voir en particulier le paragraphe 2.11 des Principes). Avec les méthodes du prix de revente et du prix de revient majoré, des différences (mineures) dans les produits sont moins susceptibles d'avoir un effet significatif sur la marge brute ou sur la marge sur coûts et la comparabilité des biens ou services est généralement moins importante qu'avec la méthode du prix comparable sur le marché libre (voir en particulier les paragraphes 2.16 et 2.34 des Principes).

12. La similarité des produits est également moins sensible dans le cas des méthodes transactionnelles des bénéfices qu'elle ne l'est dans le cas des méthodes traditionnelles fondées sur les transactions (voir en particulier le paragraphe 3.34 des Principes). Cependant, ceci ne signifie pas que les contribuables peuvent ignorer la question de la comparabilité des caractéristiques des biens ou services. Dans une certaine mesure, il demeure important de s'assurer que la comparaison est établie avec des transactions portant sur des produits ou des services similaires, outre les autres facteurs de comparabilité qui entrent en ligne de compte dans l'application de la méthode fondée sur les bénéfices. La sélection d'entreprises exerçant leurs activités dans le même secteur que celui du contribuable et dont on sait qu'elles traitent de produits comparables peut s'avérer plus difficile que prévu. La question de savoir si les produits et les services proposés par les concurrents sont comparables à ceux proposés par le contribuable est souvent un problème d'appréciation qui peut donner lieu à des désaccords significatifs.

13. À des fins d'illustration, supposons que le contribuable est une filiale de vente d'un groupe international. Lorsqu'on examine les transactions comparables potentielles, il peut ne pas être suffisant de sélectionner les transactions d'autres entreprises de vente. Sachant que les différences entre les produits sont susceptibles d'avoir une incidence sur la comparabilité, il se peut qu'elles reflètent des différences en termes de fonctions et de risques assumés, de modèles commerciaux et de prix facturés ou perçus. Par conséquent, on peut s'attendre à rencontrer des difficultés pour satisfaire aux exigences de comparabilité si

l'on tente d'appliquer ces transactions comparables potentielles au moyen de la méthode du prix de revente minoré, de celle fondée sur les bénéfices ou du prix comparable sur le marché libre.

14. Identifier les différences entre les produits susceptibles d'affecter les prix est un processus qui, généralement, ne présente pas de difficultés. Il est plus difficile d'identifier celles des différences entre les produits qui sont susceptibles d'avoir un impact sur les marges. La marge requise pour accomplir certaines fonctions et assumer certains risques peut différer entre deux produits qui, pour le reste, semblent être similaires. Il faut souligner que les caractéristiques des produits importent dans la mesure où elles peuvent affecter le marché, les fonctions, les actifs et les risques associés à la transaction impliquant le produit, et la manière dont les différences entre ces caractéristiques peuvent influencer sur les marges de pleine concurrence. Étant donnée la difficulté à identifier lesquelles de ces différences entre les produits peuvent affecter les marges, il peut être encore plus délicat de prouver que certaines différences sont sans effet sur les marges. Dans la pratique, les contribuables tentent souvent de surmonter ces obstacles en analysant des assortiments de produits et en supposant qu'aucune des différences entre les produits – ou que toutes ces différences prises globalement – n'aura d'impact délétère sur la comparabilité de la marge examinée. Ce faisant, les contribuables misent sur le calcul d'un éventail de résultats afin d'indiquer où, dans cet intervalle, se situe la marge de pleine concurrence pour la transaction contrôlée. Les paragraphes 2.16-2.21 et 3.34-3.40 fournissent des indications à prendre en compte pour établir la comparabilité de transactions sur le marché libre.

15. Dans la pratique, les analyses de comparabilité (sauf en cas d'application de la méthode du prix comparable sur le marché libre) accordent généralement plus d'importance aux similarités des fonctions qu'à celles des produits. Élargir l'analyse de comparabilité afin d'inclure les transactions qui présentent de grandes similarités en matière de fonctions mais qui concernent des produits différents pourrait être acceptable, mais uniquement :

- en l'absence de données plus fiables (de comparables internes ou externes qui présentent un degré de comparabilité plus élevé, y compris au plan des caractéristiques des produits). Cela implique que le contribuable ou le fiscaliste qui réalise l'analyse de comparabilité doit déployer des efforts raisonnables pour trouver des données plus fiables avant de décider d'élargir la recherche ; et
- sous réserve que ces différences entre les produits n'aient pas une incidence significative sur la fiabilité de la comparaison, c'est-à-dire qu'elles n'impliquent pas des différences importantes dans la manière dont les fonctions sont exercées, dans les actifs corporels et incorporels impliqués, dans les risques assumés et / ou dans la situation économique et commerciale des transactions. La recherche ne devrait pas être automatiquement étendue à des catégories très larges (ex. codes sectoriels), mais il conviendrait de réfléchir aux autres types de produits susceptibles d'offrir les comparables les plus proches de la transaction du contribuable.

16. On constate, dans un certain nombre d'études de comparabilité, une tendance visant à prendre en considération des tiers qui fabriquent ou distribuent des catégories de produits définies de façon très large. Ainsi, si la transaction contrôlée porte sur la distribution de bougies, la recherche concernerait les distributeurs de « biens de consommation », par exemple. Bien qu'il soit probablement exact que tous les biens de consommation présentent des caractéristiques économiques similaires, il est inexact de considérer qu'ils réalisent tous le même niveau de marge brute ou nette. Ils peuvent en outre être soumis à différents cycles, et pâtir ou bénéficier d'effets externes causés par un secteur d'activité connexe.

17. Une simple similitude de fonctions entre deux entreprises n'aboutira pas forcément à des comparaisons fiables ; il faut également tenir compte des autres facteurs de comparabilité. Les caractéristiques des produits sont l'un de ces autres facteurs. À supposer qu'un tiers accomplisse des fonctions similaires à celles du contribuable, ces fonctions ne constituent pas forcément une source valide de

transactions comparables si les entreprises en cause exercent ces fonctions dans des secteurs économiques ou sur des marchés différents avec des niveaux de rentabilité différents, ou lorsque les données observées incluent les résultats de l'accomplissement de fonctions supplémentaires par le tiers. Dans certains cas, les différences de produits n'ont pas d'incidence notable sur l'application de la méthode de fixation des prix de transfert, parce qu'elles n'impliquent pas de différence significative dans la transaction accomplie, par exemple lorsque cette transaction est une fonction de routine effectuée de façon similaire pour tout un éventail de produits, ce qui nécessite l'utilisation d'actifs similaires et la prise en charge de risques similaires. Dans ce cas, les parties indépendantes qui distribuent des produits différents de ceux du contribuable ne devraient pas être écartées uniquement en raison de différences mineures entre les produits. En revanche, certains secteurs ont des exigences spéciales qui nécessitent des équipements, des processus ou un savoir-faire particulier (ex. aliments frais, produits chimiques dangereux ou produits stériles), de sorte que les actifs corporels et incorporels utilisés dans une transaction particulière peuvent être sensiblement affectés par la nature du produit. Concernant les fonctions de vente, les activités de vente de différents produits seront probablement comparables dans une large mesure. Toutefois, il serait simpliste de prétendre que les différences de produits ne comptent jamais pour un distributeur et que, par exemple, un distributeur de médicaments vendus sur prescription peut être comparé à un distributeur de bananes, car ils emploient un personnel ayant des compétences très différentes, des actifs corporels et incorporels différents et sont soumis à des fluctuations différentes sur le marché ; ainsi, les différences de produits entraînent des différences considérables dans l'analyse fonctionnelle de ces distributeurs. Là encore, la décision de considérer une transaction de tiers comme comparable doit être prise en recherchant et en utilisant les données comparables les plus fiables qui existent.

B.2 Analyse fonctionnelle

18. La comparabilité des fonctions assurées, des risques assumés et des actifs utilisés est l'un des facteurs essentiels pour toute analyse de comparabilité, quelle que soit la méthode utilisée. On trouvera des commentaires sur ce point en particulier au paragraphe 2.9 des Principes pour la méthode du prix comparable sur le marché libre, aux paragraphes 2.21 à 2.25 pour la méthode du prix de revente et aux paragraphes 2.34 et 2.39 pour la méthode du prix de revient majoré. Dans le contexte des méthodes transactionnelles de bénéficiaires, la similarité entre les fonctions assurées est généralement considérée comme plus importante que la similarité des produits ou services. Le principal objectif d'une analyse fonctionnelle est de déterminer quels sont les fonctions, les actifs et les risques les plus importants du point de vue économique, et comment ils peuvent être exprimés en prix, marge ou bénéfice de pleine concurrence. Dans la pratique, l'importance de l'analyse fonctionnelle augmente lorsqu'une analyse de comparabilité se fonde essentiellement sur la similarité entre les fonctions, comme l'explique la sous-section B.1 ci-dessus.

19. L'analyse fonctionnelle des transactions d'un contribuable ne pose pas de problème particulier concernant la disponibilité et la fiabilité des informations. Il est parfois intéressant d'examiner une analyse fonctionnelle globale, si une telle analyse existe, afin de mieux comprendre les fonctions, les actifs et les risques de la partie testée. Il peut être utile de souligner à nouveau que l'analyse fonctionnelle du contribuable proprement dite est l'un des piliers de l'analyse de comparabilité et ne doit pas se limiter à cocher quelques cases d'un tableau pré-formaté. L'objectif de l'analyse fonctionnelle des transactions du contribuable est d'identifier les conditions desdites transactions qu'il convient de prendre en compte pour que l'analyse de comparabilité et l'évaluation des prix de transfert soient pertinentes. L'expérience montre que lorsque l'analyse fonctionnelle réalisée à partir de la documentation du contribuable est inadaptée, la qualité de l'analyse de comparabilité s'en ressent directement.

20. Concernant l'analyse fonctionnelle des transactions de tiers, l'expérience montre que la sélection de tiers assurant des fonctions, utilisant des éléments d'actif et assumant des risques comparables manque souvent de précision, car il est très difficile de se procurer des informations détaillées sur les tiers (voir

ci-dessous). Dans la pratique, on constate que certains contribuables ou fiscalistes estiment souvent que cette relative absence de précision de l'analyse fonctionnelle de tiers peut être contrebalancée par la taille de l'échantillon de données tierces, c'est-à-dire que dans la mesure où la plupart des entreprises de l'échantillon sont fonctionnellement comparables, le résultat demeurera significatif. Toutefois, le Groupe de travail estime résolument que la quantité ne peut pas compenser la mauvaise qualité des données.

Exemple

21. Le CONTRIBUABLE est une filiale d'une entreprise multinationale qui conçoit, fabrique et vend des équipements électroniques. Le CONTRIBUABLE assure les fonctions de vente et de distribution. Il acquiert des produits finis auprès d'un fabricant du groupe à un prix déterminé conformément à la méthode transactionnelle de la marge nette. Afin d'assurer que son niveau de marge bénéficiaire est approprié, le CONTRIBUABLE a identifié une liste de tiers indépendants qui distribuent des équipements électroniques. Il n'est généralement pas possible pour le CONTRIBUABLE d'obtenir des informations précises sur un certain nombre de détails. Par exemple :

- Ces tiers ont-ils financé ou co-financé des programmes de R&D liés aux produits qu'ils vendent?
- Quel est le niveau d'implication et l'autonomie dont disposent ces tiers dans la définition des campagnes publicitaires et dans la stratégie de communication des produits qu'ils distribuent sur le marché? Du matériel marketing leur est-il fourni par les fournisseurs et si tel est le cas, selon quelles modalités financières? Les fournisseurs proposent-ils des programmes de formation des équipes de vente?
- Ces tiers offrent-ils à leurs clients des extensions de garantie en complément de la garantie légale du fabricant?
- etc.

22. En vertu des Principes de 1995 applicables en matière de prix de transfert, une comparaison des fonctions requiert également une analyse des éléments d'actif utilisés et des risques assumés par les tiers potentiellement comparables. Ceci est souvent impossible à établir car les informations pertinentes sur les éléments d'actif utilisés et les risques assumés ne sont peut-être pas disponibles. De plus, même si lesdites informations peuvent être obtenues indirectement, par exemple en examinant les dépenses associées aux éléments d'actif utilisés et aux risques assumés, la comparaison peut s'avérer impossible en raison des différences dans la façon dont les informations sont présentées dans les comptes. Les types d'informations concernant les tiers potentiellement comparables qui pourraient être pertinentes incluent :

- Quels sont les éléments d'actif (à la fois les éléments d'actif corporels et incorporels) utilisés par les tiers distributeurs?
- Les tiers distributeurs assument-ils les frais / risques liés aux stocks obsolètes ou les fabricants financent-ils ces frais?
- Assument-ils le risque de change et si tel est le cas dans quelle mesure?
- Quelles sont les modalités de paiement convenues avec les fournisseurs et les clients?
- etc.

23. Même si ces informations sont pertinentes pour l'analyse fonctionnelle, elles ne sont pas toujours disponibles ou il peut s'avérer difficile ou coûteux de se les procurer. Dans la pratique, les études de

comparabilité sont donc souvent fondées sur la similarité de grandes fonctions (par exemple la fabrication ou la vente) puis affinées à l'aide de toutes les informations susceptibles d'être disponibles sur des tiers potentiellement comparables – mais qui ne sont pas exhaustives et qui sont difficiles à documenter. Ce sont les circonstances propres à chaque cas, l'importance probable des informations manquantes et la qualité de celles disponibles qui conditionnent le degré de fiabilité du résultat de cette étude et qui déterminent s'il fournit les meilleures données comparables disponibles. Voir également la discussion dans la note intitulée « Détermination des sources d'information disponibles et de leur fiabilité ».

B.3 *Clauses contractuelles*

24. Comme indiqué au paragraphe 1.17 des Principes, les clauses contractuelles constituent l'une des caractéristiques qu'il est important d'examiner pour déterminer le degré de comparabilité effective, car elles sont susceptibles d'avoir une incidence sur les conditions des transactions de pleine concurrence, par exemple la répartition des risques entre les parties, les conditions de paiement et de livraison, les engagements d'achat de quantités données, etc. La comparabilité des clauses contractuelles est cependant assez rarement utilisée en tant que critère de sélection, car les informations sur les clauses contractuelles négociées par les tiers ne sont généralement pas disponibles – et peuvent difficilement être divulguées lorsqu'elles le sont. Il est également très difficile de calculer des ajustements fiables pour tenir compte des différences dans les clauses contractuelles, même si celles-ci peuvent avoir un impact significatif sur la rentabilité. Par exemple, une clause d'exclusivité dans un accord de licence peut être une caractéristique importante de l'activité exercée par le titulaire de la licence, mais son impact sur la marge brute ou nette réalisée par les entités comparées est très difficile à évaluer.

25. Les clauses contractuelles peuvent s'avérer plus importantes pour déterminer comment des parties non liées agissent lorsque les clauses contractuelles de transactions contrôlées diffèrent des conditions convenues ou imposées entre parties non liées. Cela peut justifier d'examiner la logique économique de la structure. Il pourrait également être utile de rechercher si la répartition des risques qui est indiquée est conforme à la nature économique de la transaction (voir le paragraphe 1.26 des Principes). Il convient d'évaluer l'impact sur le prix du contrat. En outre, les clauses contractuelles spécifiques peuvent avoir une incidence sur le prix lorsque des parties non liées n'auraient pas adopté ces clauses ou en auraient fait une condition nécessaire du contrat. Par exemple, un accord de licence avec une partie liée peut concéder des droits non exclusifs dans un territoire donné. L'exclusivité peut être ou ne pas être un facteur susceptible d'affecter le prix payé pour des biens achetés en vue d'une revente sous licence, ou un facteur entrant en ligne de compte pour déterminer si des redevances sont dues au titre de la licence, et de quel montant. Le fait que la licence soit exclusive peut également être un facteur important dans l'analyse. En résumé, la présence dans un contrat avec une partie liée d'une clause censée être importante ne signifie pas qu'elle serait forcément importante dans la transaction spécifique examinée.

26. Les clauses contractuelles peuvent également poser la question de la prise en compte de la transaction telle qu'elle est juridiquement structurée par le contribuable. Les Principes abordent la question de l'acceptation des transactions aux paragraphes 1.36 à 1.41. Les Principes stipulent que les administrations fiscales doivent prendre en compte les transactions « effectives » effectuées par le contribuable, à savoir des transactions conformes à la structure juridique établie par le contribuable. Toutefois, lorsqu'il existe une discordance entre la structure juridique et la nature économique sur le fond, ou lorsque des parties agissant en conditions de pleine concurrence n'accompliraient pas la transaction telle qu'elle est structurée, il peut s'avérer nécessaire de requalifier la transaction afin de tenir compte de sa nature économique sur le fond ou de réviser les conditions. Des travaux supplémentaires sur la prise en compte des transactions et sur la répartition des risques indiquée seront réalisés dans le cadre du projet sur les restructurations d'entreprises.

27. L'importance des clauses contractuelles dans la détermination de la comparabilité dépend de la nature de la transaction entre entreprises associées et des méthodes de fixation des prix adoptées (voir le paragraphe 1.18 des Principes). Si par exemple la transaction entre entreprises associées est un accord de licence et la méthode de fixation des prix de transfert est celle des transactions comparables sur le marché libre, on peut supposer que les informations sur les principales clauses contractuelles (durée, zone géographique, exclusivité, etc.) sont critiques pour évaluer la fiabilité de la comparaison. Si en revanche la transaction entre entreprises associées consiste à fournir des services comptables et si la comparaison porte sur les prix de services similaires rendus par des cabinets comptables, les détails sur les clauses contractuelles telles que les conditions de paiement seront probablement de peu d'importance.

B.4 Situations économiques

28. La question se pose de savoir comment déterminer si les situations économiques sont effectivement comparables. Dans la pratique, des critères à la fois quantitatifs et qualitatifs peuvent être utilisés pour inclure ou rejeter des transactions de tiers selon qu'elles sont effectuées dans des situations économiques qui sont ou ne sont pas comparables. Les critères quantitatifs les plus communs sont :

- Les critères touchant à la taille de l'entreprise (ventes, éléments d'actif ou effectifs) : ils sont utilisés pour déterminer si les entreprises, en raison de leur importance, se trouvent ou non dans des situations économiques sensiblement différentes.
- Les critères liés aux éléments d'actif incorporels tels que la valeur nette des éléments d'actif incorporels / la valeur nette totale des éléments d'actif, ou le ratio R&D / ventes lorsqu'il est disponible : ils permettent, par exemple, d'exclure les entreprises qui ont à leur bilan des éléments d'actif incorporels significatifs ou qui exercent des activités de R&D significatives lorsque la partie testée est un fabricant sous-traitant qui ne détient pas d'éléments d'actif incorporels manufacturiers significatifs et qui ne participe à la R&D.
- Les critères liés à l'importance des ventes à l'exportation (ventes à l'étranger / ventes totales), dans les cas appropriés.
- Les critères liés aux stocks, en valeur absolue ou relative : ils peuvent être utilisés par exemple pour rechercher spécifiquement les fabricants sans stocks lorsque le fabricant est un façonnier qui ne détient pas de stocks.

29. D'autres critères peuvent être utilisés pour exclure les tiers se trouvant dans des situations particulières, telles que les entreprises nouvelles, les entreprises en faillite, etc. lorsqu'il est évident que ces situations particulières empêchent d'établir des comparaisons pertinentes⁴. La prudence s'impose lorsqu'on élabore et utilise des critères quantitatifs. Il peut être nécessaire de recourir à des appréciations pour déterminer si des données comparables potentielles doivent être acceptées ou rejetées, et s'en remettre à la seule application de critères quantitatifs ne suffit pas toujours.

30. L'existence d'un cycle (économique / commercial / produit) affectant la transaction d'un contribuable (ou les données comparables potentielles d'un tiers) est l'une des situations économiques qu'il peut être nécessaire d'examiner afin d'évaluer la comparabilité de la transaction entre entreprises associées d'un contribuable avec les transactions de tiers. A cet égard, il ne suffit pas de prétendre qu'il existe un cycle pour pouvoir écarter les informations comparables de tiers. Les contribuables doivent s'efforcer

4. Lorsqu'une entreprise a fait l'objet d'une condamnation criminelle et que les procédures ont révélé que les données la concernant n'étaient pas fiables, on peut s'interroger sur la validité, aux fins de l'analyse de comparabilité, des informations relatives à cette entreprise.

d'expliquer les raisons qui les incitent à conclure à l'existence d'un tel cycle, de quel type de cycle il s'agit (cycle commercial, cycle de produit...), quelle en est la durée, où l'entreprise contrôlée se situe dans ce cycle, et de quelle manière et dans quelle mesure le cycle est censé avoir un impact sur les données à utiliser avec différents types de méthodes de fixation des prix de transfert (ex. prix, marge, fonction, risque, etc.). Il en va de même si c'est un tiers, utilisé comme comparable, qui est prétendument sous l'influence d'un cycle.

31. Là encore, l'importance des différences dans les situations économiques doit être soigneusement examinée. Par exemple, en raison de la multitude de facteurs susceptibles d'affecter les performances d'une entité indépendante, il n'est pas toujours possible de quantifier l'impact économique des différences observées et de les imputer à des facteurs tels que des différences de taille (ventes, effectifs, etc.) ou de position concurrentielle relative des acheteurs et des vendeurs (voir le paragraphe 1.30 des Principes). La taille de la transaction rapportée aux activités du tiers peut affecter la position concurrentielle relative de l'acheteur et du vendeur et donc la comparabilité. Il faut alors recourir à des appréciations, tout comme pour évaluer l'importance relative de différences de taille comparées à des différences de produits.

32. Il existe également un certain nombre de critères qualitatifs qui peuvent être pris en considération en fonction des faits et circonstances de la situation examinée. L'un des plus importants est le choix du marché géographique approprié.

Marché géographique comparable

33. Le marché géographique est l'une des principales situations économiques qui doivent être examinées à la lumière de la norme de comparabilité. Les contribuables ne réalisent pas toujours des études de comparabilité en se limitant aux frontières d'un seul pays. Il y a deux raisons principales pour lesquelles les contribuables peuvent préférer procéder à des analyses régionales. Tout d'abord, les analyses régionales peuvent être utilisées lorsque les recherches effectuées au niveau national ne permettent pas de recueillir suffisamment de données comparables. En particulier, les contribuables exerçant leurs activités dans de petits pays sont souvent confrontés à des difficultés importantes pour identifier des entreprises comparables exerçant leurs activités sur le même marché national. Des changements structurels peuvent également restreindre la disponibilité de données comparables sur un marché national, par exemple l'essor de grands détaillants qui traitent directement avec les fabricants, réduisant ou supprimant la nécessité de distributeurs/revendeurs. En outre, dans certains pays et quelle que soit la taille du marché, les données disponibles sur des tiers sont inexistantes ou très limitées, ceci pour des raisons juridiques. Deuxièmement, les analyses régionales permettent aux contribuables de réduire substantiellement les coûts des recherches de comparables (par exemple, procéder à une analyse couvrant l'ensemble des pays européens est nettement moins onéreux que réaliser autant d'analyses qu'il y a de pays européens où le groupe exerce l'activité).

34. L'utilisation de données non nationales dans une analyse de comparabilité pose un certain nombre de questions. La première est bien évidemment de savoir si le marché national et le marché étranger sont effectivement comparables. La proximité géographique ne suffit pas pour permettre la comparabilité, car des marchés situés dans une même région peuvent parfois être très différents.

35. Une autre difficulté posée par l'utilisation de comparables non nationaux a trait aux différences dans les normes comptables (bien que la question des normes comptables ne se limite pas à l'utilisation de comparables non nationaux mais a des répercussions plus larges). Même si des marchés sont économiquement comparables, les informations réunies sur les transactions de tiers peuvent ne pas être comparables si elles ont été élaborées selon des normes comptables très différentes, car il n'est pas toujours possible de procéder à des ajustements fiables afin de compenser les différences dans les règles comptables.

36. Les administrations fiscales sont également confrontées à des questions liées au caractère vérifiable des analyses de comparabilité soumises par les contribuables. Lorsqu'un contribuable utilise des comparables étrangers, les autorités fiscales nationales n'ont pas toujours accès aux informations nécessaires sur ces comparables. Voir les commentaires dans la note intitulée « Détermination des sources d'information disponibles et de leur fiabilité ».

37. Pour que des comparables non nationaux soient acceptables, ils doivent satisfaire aux facteurs de comparabilité – notamment au plan de la comparabilité des marchés géographiques et des normes comptables – et les informations fournies doivent être vérifiables. Lorsque tel est le cas, les autorités fiscales ne devraient pas rejeter automatiquement l'utilisation de comparables étrangers au simple motif qu'ils ne sont pas nationaux. Dans certaines circonstances, ces comparables non nationaux peuvent être acceptables.

38. L'identification du marché approprié est une question pratique. Pour un certain nombre de secteurs, les grands marchés régionaux (par exemple Asie/Pacifique, États-Unis/Canada, Amérique centrale et Amérique du Sud, Europe) peuvent s'avérer homogènes et le marché géographique approprié englobe plusieurs pays, alors que pour d'autres, les différences entre les marchés nationaux (ou même au sein des marchés nationaux) sont énormes. Des ajustements peuvent dans certains cas être effectués afin de prendre en compte les spécificités de certains marchés (taux d'intérêt, prix des terrains, niveau de vie, etc.). Il s'agit là d'une question de fait qui doit être prise en considération au cas par cas.

39. Dans un nombre croissant de cas, les groupes multinationaux appréhendent une zone de plusieurs pays comme un seul marché homogène, où ils fournissent des produits ou des services identiques ou similaires, accomplissent des fonctions, utilisent des actifs et assument des risques similaires, établissent des clauses contractuelles similaires ou élaborent une seule stratégie commerciale et une seule politique de marché (notamment au plan des sources d'approvisionnement et des prix pratiqués avec des clients tiers). Dans le cas où un marché homogène qui englobe plusieurs pays a été identifié dans la pratique, il peut être opportun pour le groupe multinational de se fonder sur une analyse de comparabilité intégrant plusieurs pays afin de justifier sa politique en matière de prix de transfert pour ce groupe de pays. Mais il existe également de nombreuses situations dans lesquelles un groupe multinational offre des gammes de produits ou de services très différentes d'un pays à l'autre ; et/ou assure des fonctions très différentes dans chacun de ces pays, emploie des actifs et assume des risques très différents ; et/ou dans lesquelles ses stratégies et les situations économiques s'avèrent très différentes. Dans ce cas, le recours à une approche faisant intervenir plusieurs pays produira certainement des résultats inappropriés.

40. L'impact potentiel des différences sur les marchés géographiques doit être pris en compte par rapport à l'impact des autres facteurs de comparabilité. Des données comparables non nationales peuvent être acceptables dès lors qu'elles sont conformes aux exigences de comparabilité, mais cette souplesse ne doit pas être interprétée comme autorisant l'utilisation systématique de recherches régionales de comparables pour toutes les filiales d'un groupe multinational exerçant ses activités dans une région donnée du monde, sans tenir dûment compte des circonstances particulières dans lesquelles opère chacune de ces filiales.

B.5 Stratégies des entreprises

41. Les stratégies des entreprises peuvent avoir une incidence sur l'application des méthodes de prix de transfert de l'OCDE et les informations sur les stratégies conduites par des tiers comparables sont en théorie nécessaires pour établir la fiabilité de la comparaison. Cependant, les détails concernant les stratégies des entreprises sont rarement dans le domaine public, même si un contribuable peut obtenir d'importants éléments d'information sur des tiers, notamment dans les rapports annuels déposés par certaines entreprises, ou lorsqu'un tiers est en phase de pénétration du marché. Bien que les entreprises

cotées présentent certaines informations sur leurs stratégies dans leurs rapports annuels, il est très difficile pour les contribuables de s'assurer qu'ils ont convenablement pris en compte toutes les différences liées aux stratégies des entreprises tierces comparées.

42. Comme nous l'avons déjà indiqué et conformément au paragraphe 1.18 des Principes, l'importance de la connaissance des stratégies des entreprises tierces dans la détermination de la comparabilité dépend de la nature de la transaction entre entreprises associées et de la méthode de fixation des prix adoptée.

43. Concernant les stratégies de pénétration du marché, l'expérience des pays Membres a montré que ces stratégies entre parties non liées sont généralement des transactions marginales et que lorsque ces stratégies sont invoquées entre parties liées, elles ont tendance à être très différentes de celles entre parties non liées, y compris pour ce qui est de leur durée. C'est pourquoi elles doivent être utilisées avec précaution.

Critères permettant de sélectionner ou de rejeter des tiers ou des transactions de tiers : degré d'objectivité de la liste des données comparables externes

A- Description de la procédure classique permettant d'identifier des transactions comparables et d'utiliser les données ainsi obtenues

1. D'une manière générale, pour rechercher des informations sur des transactions comparables⁵, il est nécessaire de procéder en plusieurs étapes qui s'articulent dans un ordre logique. Généralement, la séquence est la suivante :

- Étape 1 : Analyse générale (par exemple analyse du secteur d'activité, facteurs de création de valeur, nature de la concurrence et facteurs économiques ou réglementaires).
- Étape 2 : Détermination des années concernées.
- Étape 3 : Examen des transactions contrôlées concernées, de manière à identifier les facteurs pertinents qui auront une influence à la fois sur le choix de la ou des méthodes appropriées et sur l'analyse de comparabilité, en particulier la portée des transactions contrôlées, la catégorie à laquelle elles appartiennent, leur valeur ou encore le moment de leur réalisation, ainsi que des informations portant sur les cinq facteurs de comparabilité (caractéristiques des biens ou services, analyse fonctionnelle, clauses contractuelles, situations économiques et stratégies des entreprises).
- Étape 4 : Examen des données comparables internes existantes. Si nécessaire, c'est-à-dire en l'absence de données comparables internes satisfaisantes, décision de rechercher des données comparables externes.
- Étape 5 : Choix des sources existantes d'informations sur des données comparables externes dans les cas où de telles données sont nécessaires (notamment, mais pas uniquement, des bases de données commerciales) et appréciation de leur fiabilité.
- Étape 6 : Choix de la ou des méthodes appropriées de détermination des prix de transfert et, en fonction de celle(s)-ci, définition des indices à utiliser (par exemple définition de l'indicateur de marge nette dans le cas d'une méthode transactionnelle de la marge nette).

5 En particulier si l'on applique la méthode du prix de revient majoré, du prix de revente minoré ou la méthode transactionnelle de la marge nette. La procédure mise en oeuvre pour rechercher des données comparables si l'on applique la méthode de répartition des bénéfices ou en cas de transactions spécifiques telles que des ARC pourra être différente.

- Étape 7: Identification de données comparables potentielles : définition des caractéristiques fondamentales qui doivent être satisfaites par toute transaction sur le marché libre pour qu'elle puisse être considérée comme potentiellement comparable, sur la base des facteurs pertinents identifiés à l'étape 3 et conformément aux normes de comparabilité définies aux paragraphes 1.19 à 1.35 des Principes (c'est-à-dire analyse fonctionnelle, situations économiques, etc.)
- Étape 8: Le cas échéant, définition et réalisation des ajustements de comparabilité.
- Étape 9: Interprétation et utilisation des données recueillies et détermination de la rémunération de pleine concurrence.
- Étape 10: Mettre en œuvre des procédures de soutien. Mettre en place une procédure d'examen afin de veiller à que des ajustements soient effectués pour tenir compte des changements significatifs et documenter ces procédures.

2. L'ordre ci-dessus n'est donné qu'à titre indicatif. Dans la pratique, ce processus n'est pas linéaire. Les étapes 5 à 7 en particulier doivent parfois être mises en œuvre à plusieurs reprises jusqu'à parvenir à une conclusion satisfaisante, en particulier parce que l'examen des sources d'informations disponibles peut dans certaines circonstances avoir une influence sur le choix de la méthode des prix de transfert. Par exemple, dans les situations où il est impossible de trouver des informations sur des transactions comparables (étape 7) et/ou de procéder à des ajustements raisonnablement exacts (étape 8), il est possible que les contribuables soient obligés de choisir une autre méthode de prix de transfert et de reprendre le processus à partir de l'étape 4. Prenons l'exemple d'une transaction contrôlée qui est analysée en tant que vente de produits de marque par un fabricant en bonne et due forme à un distributeur à faibles risques (étape 3). Dans cet exemple, on suppose que la méthode du prix comparable sur le marché libre est sélectionnée à l'origine comme méthode privilégiée (étape 4), mais qu'une comparaison suffisamment fiable ne peut pas être effectuée au niveau de cet indice direct, par exemple à cause de l'incapacité d'apporter des correctifs pour tenir compte des différences de produits ou de nom de marque (étape 6). Le contribuable peut alors sélectionner une méthode du prix de revente (étape 4 à nouveau) cohérente avec le résultat de l'analyse fonctionnelle de la transaction contrôlée qui est réalisée à l'étape 3. Il essaiera ensuite d'identifier des comparables (étapes 4 à 6), en se concentrant désormais sur les marges bénéficiaires brutes comparables dégagées par des distributeurs comparables dans des circonstances comparables. Si le résultat de l'analyse effectuée à l'étape 3 était que la transaction contrôlée en question est une vente réalisée par un fabricant à faibles risques à un distributeur en bonne et due forme, la méthode sélectionnée pourrait être la méthode du prix de revient majoré et le contribuable rechercherait des fabricants comparables plutôt que des distributeurs.

3. Il convient de souligner ici la relation qu'il est nécessaire d'établir entre la recherche de données comparables et l'analyse de comparabilité. Cette question est examinée de manière plus approfondie dans une note distincte intitulée « Mettre l'analyse de comparabilité et la recherche de comparables en perspective ».

B - Degré d'objectivité de la liste des données comparables : approches dites « additives » et approches dites « déductives »

4. Il serait peut-être bon que l'OCDE élabore des orientations plus détaillées sur la procédure à suivre pour identifier des données potentiellement comparables (voir l'étape 7 de la procédure-type décrite ci-dessus au paragraphe 1). Cette étape est l'une des plus importantes : elle suppose en effet l'exercice d'un jugement, potentiellement très subjectif, c'est pourquoi il est impératif de faire en sorte d'assurer un certain degré d'objectivité et de transparence.

5. Il existe principalement deux approches selon lesquelles l'identification de transactions d'entreprises tierces potentiellement comparables peut être effectuée. La première, que l'on peut qualifier d'« additive », consiste pour le contribuable à dresser la liste d'entreprises indépendantes dont il considère qu'elles réalisent des transactions potentiellement comparables. Le contribuable recueille ensuite toutes les informations disponibles sur les transactions effectuées par ces concurrents afin de confirmer si ces tiers sont effectivement des comparables acceptables, sur la base de critères de comparabilité prédéterminés. Cette approche donne certainement des résultats bien ciblés – toutes les entreprises tierces concernées par l'analyse sont des acteurs bien connus sur le marché du contribuable⁶. Toutefois, elle risque de pâtir d'un manque d'objectivité, notamment parce qu'elle ne donne pas une image complète du secteur d'activité du contribuable et se prête donc à une sélection des concurrents comparables externes les plus favorables.

6. La seconde possibilité, l'approche « déductive », se fonde d'abord sur un vaste ensemble d'entreprises qui exercent leurs activités dans le même secteur, qui exercent des fonctions similaires et qui ne présentent pas de caractéristiques économiques sensiblement différentes. Cette liste est ensuite affinée grâce à l'utilisation d'informations publiques (bases de données, sites Internet, connaissances acquises par le contribuable sur ses concurrents) et, notamment, à la mise en œuvre de critères qualitatifs tels que ceux liés aux gammes de produits et aux stratégies des entreprises.

7. Dans la pratique, l'approche dite déductive commence généralement par une recherche dans une base de données. Il est donc important de souligner ici que cette approche, de même d'ailleurs que n'importe quelle autre, ne doit pas être mise en œuvre sans que les données comparables internes n'aient d'abord été correctement prises en compte (étape 4 de la procédure-type décrite plus haut). Par ailleurs, l'approche déductive ne se prête pas à toutes les cas et à toutes les méthodes (par exemple elle ne convient pas dans le cas de la méthode du prix comparable sur le marché libre) et le présent document ne doit pas être interprété comme ayant un impact sur la hiérarchie des méthodes actuellement exposées dans les Principes de l'OCDE.

8. Lorsqu'une approche « déductive » est mise en œuvre dans les circonstances appropriées, il est très important, pour assurer un certain niveau d'objectivité et de transparence, que le contribuable justifie et documente les critères utilisés pour inclure ou exclure les données portant sur tel ou tel tiers ; en particulier, le processus doit pouvoir être reproduit par une administration fiscale qui souhaite l'évaluer. Il est également très important que les données portant sur les tiers soient affinées en utilisant des critères qualitatifs. Il serait erroné d'utiliser des informations financières portant sur les transactions d'un vaste échantillon d'entreprises sélectionnées uniquement parce qu'elles sont classées dans la même catégorie d'activité et qu'elles remplissent un certain nombre de critères quantitatifs, alors que leurs transactions ne sont en fait pas comparables à celles du contribuable.

9. L'approche « déductive » présente un avantage : lorsqu'elle est mise en œuvre de manière appropriée, ses conclusions peuvent être plus faciles à faire accepter qu'à la suite d'une approche « additive », parce que l'examen de l'étude de comparabilité met l'accent sur la pertinence des critères de sélection retenus, c'est-à-dire que l'approche « déductive » permet généralement d'obtenir de meilleurs résultats en termes de transparence, d'objectivité et de possibilité de reproduction que l'approche « additive ». Cela étant, il est évident que la qualité des résultats de l'approche « déductive » dépend de la qualité des outils de recherche sur lesquels elle se fonde (par exemple qualité de la base de donnée lorsqu'une telle base est utilisée et possibilité de se procurer des informations suffisamment détaillées). Ceci peut d'ailleurs constituer une limitation d'ordre pratique dans certains pays où la fiabilité et l'utilité des bases de données utilisées dans les analyses de comparabilité peuvent être sujettes à caution.

6 Contrairement à certaines « études comparables » qui incluraient un grand nombre de tiers qui sont totalement inconnus sur le marché du contribuable mais qui sont classés sous le même code d'activité que le contribuable dans une base de données.

10. Le Groupe de travail estime qu'il ne serait pas approprié de donner systématiquement la préférence à une approche par rapport à une autre parce que, en fonction des circonstances propres à une affaire donnée, il peut être plus intéressant d'utiliser une approche « additive », ou bien une approche « déductive », voire une combinaison des deux. L'objectif doit toujours être de s'efforcer de trouver les meilleures données disponibles.

11. L'approche « additive » peut être utilisée seule lorsqu'un contribuable sait qu'il existe un petit nombre de tiers qui effectuent des transactions très similaires. Il convient de signaler ici que l'approche « additive » présente des similarités avec l'approche suivie par un contribuable lors de l'identification de données comparables internes. Dans la pratique, l'approche « additive » peut recouvrir à la fois des données comparables internes et externes.

12. De plus, l'approche « additive » et l'approche « déductive » ne sont souvent pas utilisées de façon exclusive. Dans une approche « déductive » typique, en plus des recherches effectuées dans des bases de données publiques, il est courant qu'avant de procéder à l'analyse et à la sélection de données comparables, on ajoute des listes de tiers qu'une simple recherche dans une base de données ne permettrait pas d'identifier. Par exemple, si on recherche des moteurs automobiles dans une base de données, une liste d'entreprises construisant des moteurs de bateaux pourra être ajoutée afin qu'on puisse examiner leur fiabilité en tant que sources de données comparables.

13. D'une manière générale, les contribuables s'attendent à trouver des concurrents connus (ou des tiers dont on sait qu'ils effectuent des transactions potentiellement comparables à celles du contribuable) dans l'ensemble de données comparables extraites d'une base de données, mais il arrive souvent que certains de ces concurrents/tiers connus ne puissent pas être trouvés, par exemple parce qu'ils sont classés dans une catégorie d'activité différente. Les données financières relatives à ces concurrents/tiers connus sont alors ajoutées manuellement à la population de données comparables. Il s'agit toutefois là d'une procédure subjective, et il serait préférable de procéder à cet ajout en reconsidérant les différentes étapes de recherche, c'est-à-dire qu'il vaudrait mieux procéder à une nouvelle recherche incluant non seulement les concurrents/tiers connus⁷, mais aussi d'autres tiers non identifiés au départ, mais dont il apparaît que selon la base de données, ils remplissent les mêmes critères que les concurrents/tiers connus. Dans ce cas, l'approche « additive » permet d'améliorer la qualité de l'approche « déductive ».

C - Transparence et possibilité de reproduire la procédure suivie pour retenir ou rejeter des données comparables

14. La qualité d'une analyse de comparabilité ne peut être appréciée que si elle peut être reproduite, en particulier :

- la procédure suivie et les critères utilisés pour retenir ou rejeter des données comparables (étape 7 de la procédure-type décrite au paragraphe 1) doivent être documentés avec précision, et
- la personne chargée de les passer en revue (le contribuable ou l'administration) doit pouvoir accéder aux mêmes sources d'information.

En ce qui concerne l'accès aux informations, on trouvera dans une note distincte intitulée « Sources of information » des observations relatives à l'utilisation d'informations confidentielles et de données comparables et aux bases de données propres élaborées par des cabinets de conseils.

⁷ Sous réserve qu'ils remplissent les critères de comparabilité, en particulier en ce qui concerne l'accès aux informations transactionnelles et les transactions indépendantes.

15. Le choix des critères tant quantitatifs que qualitatifs a des répercussions importantes sur le résultat de l'analyse effectuée, et doit refléter les caractéristiques économiques les plus significatives des transactions comparées. Le choix des critères de sélection et, en particulier, la définition des valeurs appliquées aux critères quantitatifs, est très clairement une question de jugement.

16. Comme indiqué par un représentant du monde de l'entreprise ayant répondu au questionnaire sur la comparabilité, chaque entreprise étant unique en son genre, il est impossible d'éliminer complètement tout élément subjectif lors de la sélection des données comparables. Cela étant, il est possible d'œuvrer de manière à renforcer l'objectivité et à garantir la transparence dans la mise en œuvre d'éléments subjectifs. Les contribuables (tout comme les administrations fiscales) doivent agir de manière appropriée pour identifier les critères aussi bien quantitatifs que qualitatifs utilisés pour sélectionner des données comparables potentielles, indiquer à quelles motivations obéit l'utilisation de ces critères et faire connaître les raisons pour lesquelles certaines données comparables potentielles ont été rejetées.

17. En ce qui concerne la nécessaire documentation des procédures suivies, on pourra se reporter à une note distincte intitulée « Documentation à l'appui d'une recherche de comparables ».

Détermination et réalisation d'ajustements de comparabilité le cas échéant

A - Indications existantes

1. La nécessité d'apporter des correctifs aux comparables et l'exigence d'exactitude et de fiabilité sont soulignées à plusieurs reprises dans les Principes, tant pour l'application générale du principe de pleine concurrence que plus spécifiquement dans le cadre de chaque méthode. Le paragraphe 1.15 stipule que :

« [...] Être comparable signifie qu'il ne doit pas y avoir de différences entre les situations comparées pouvant notablement influencer sur l'élément examiné du point de vue méthodologique (par exemple le prix ou la marge bénéficiaire) ou si des correctifs suffisamment fiables peuvent être utilisés pour éliminer l'incidence de telles différences. [...] »

2. On trouve des commentaires supplémentaires sur les ajustements de comparabilité dans le contexte de la méthode du prix comparable sur le marché libre, de la méthode du prix de revente et de celle du prix de revient majoré respectivement aux paragraphes 2.7 à 2.9 des Principes, au paragraphe 2.16 et au paragraphe 2.34. Des exemples avec la méthode du prix comparable sur le marché libre sont développés aux paragraphes 2.10 à 2.13, indiquant que des ajustements sont nécessaires pour éliminer les différences entre des produits de marque et sans marque, les différences en termes de transport ou de volumes. Concernant la méthode du prix de revente, les Principes fournissent plusieurs exemples aux paragraphes 2.29 à 2.31, notamment dans le cas où un distributeur offre une garantie tandis que l'autre n'en offre pas. Des exemples illustrant la méthode du prix de revient majoré figurent aux paragraphes 2.46 à 2.48 des Principes.

3. Concernant la méthode transactionnelle de la marge nette, le paragraphe 3.2 des Principes stipule :

« [...] Il faut plutôt déterminer la fiabilité d'une méthode en tenant compte des principes envisagés dans ce rapport et notamment de l'importance des ajustements apportés aux données utilisées et de leur fiabilité. »

4. Le paragraphe 3.39 des Principes indique, dans le cadre de la méthode transactionnelle de la marge nette :

« [...] lorsque les différences quant aux caractéristiques des entreprises comparées ont une incidence importante sur les marges nettes utilisées, il ne faudra pas appliquer la méthode des bénéfices comparables sans apporter des correctifs pour compenser ces différences. L'ampleur et la fiabilité de ces ajustements affectera la relative fiabilité de l'analyse dans le cadre de la méthode de la marge nette dans l'optique des transactions. »

5. La discussion de cette Note porte sur les ajustements de comparabilité effectués dans le contexte des méthodes du prix de revient majoré, du prix de revente et de la méthode transactionnelle de la marge nette.

B - Expérience pratique de l'ajustement de comparables

6. Il y a peu d'indications dans les Principes sur la manière de gérer les ajustements de comparabilité dans la pratique. Certains pays possèdent une riche expérience de ces ajustements, d'autres non. L'expérience des ajustements de comparabilité montre qu'il existe de nombreux types d'ajustements possibles, certains étant très spécifiques à une méthode donnée d'établissement des prix de transfert. Dans la pratique, des ajustements sont dans certains cas appliqués aux comparables de tiers, dans d'autres cas à la transaction contrôlée.

7. On peut diviser les ajustements de comparabilité en trois grandes catégories faisant respectivement l'objet des sections B-1, B-2 et B-3 ci-dessous.

B-1 Ajustements comptables

8. Les contribuables rencontrent des difficultés pratiques concernant l'analyse de comparabilité lorsque les normes comptables des entreprises comparées sont potentiellement différentes. A cet égard, les paragraphes 2.37 et 2.38 des Principes relatifs à la méthode du prix de revient majoré indiquent que :

« [...]lorsque l'on a recours à la méthode du prix de revient majoré, il convient de veiller à appliquer des majorations comparables à une base de coûts comparable

[...]il est particulièrement important d'étudier les différences de niveaux et de catégories de dépenses -- dépenses d'exploitation et autres dépenses y compris les frais de financement [...] ».

9. Le paragraphe 3.40 des Principes relatif à la MTMN stipule que :

« La cohérence des mesures effectuées constitue un autre aspect important de la comparabilité. Les marges nettes de l'entreprise associée et celles de l'entreprise indépendante doivent être mesurées d'une manière cohérente. En outre, il peut exister, dans le traitement des dépenses d'exploitation et des autres dépenses, des différences affectant les marges nettes, en matière d'amortissement, de réserves ou de provisions, dont il faudrait tenir compte pour parvenir à une comparabilité acceptable. »

10. Les normes et les pratiques comptables peuvent présenter divers types de différences. Certaines sont de nature permanente, d'autres sont des différences temporaires qui disparaissent au fil du temps et qui sont généralement corrigées en utilisant des données portant sur plusieurs années ou lorsque la période examinée est suffisamment longue.

11. Il existe des différences de classification, lorsque les mêmes opérations sont enregistrées à des postes comptables différents. Par exemple, les remises commerciales accordées aux clients peuvent être comptabilisées en tant que minoration du chiffre d'affaires ou que dépenses de commercialisation en fonction des normes appliquées, ce qui génère des écarts dans l'analyse des marges brutes. Un autre exemple relatif à la méthode du prix de revente concerne le cas de figure où les coûts de recherche-développement peuvent être pris en compte dans les dépenses d'exploitation ou dans les coûts des marchandises vendues, en fonction de la norme comptable appliquée. Les marges brutes respectives ne seraient pas alors comparables en l'absence de correctifs convenables (voir le paragraphe 2.28 des Principes). De la même manière, lorsqu'on applique la méthode du prix de revient majoré, les différences

d'une entreprise à l'autre dans le traitement de leurs coûts peuvent se répercuter sur la marge sur coûts (voir les paragraphes 2.37 et 2.38 des Principes). Il n'existe en particulier pas de distinction claire des coûts indirects et des dépenses d'exploitation.

12. Beaucoup de ces différences sont éliminées lorsque l'analyse est effectuée au niveau de la marge nette. C'est pourquoi l'identification de différences dans les normes comptables peut, dans certains cas, inciter les contribuables à sélectionner une méthode transactionnelle fondée sur les bénéfices (MTMN ou méthode du partage des bénéfices au niveau des bénéfices nets). D'autres différences peuvent affecter les marges nettes de la même manière qu'elles affectent les marges brutes. Il s'agit par exemple de différences dans les périodes d'amortissement (cette différence, bien que temporaire, peut induire des distorsions significatives, surtout pour les activités de production), de traitement des options d'achat d'actions pour les salariés, etc.

13. Des différences peuvent également résulter de règles optionnelles, par exemple lorsque les entreprises ont le choix d'inscrire à l'actif ou de passer en charges les coûts de recherche-développement. Une entreprise peut ainsi avoir constitué des actifs incorporels importants et n'inscrire aucun bien incorporel à l'actif de son bilan. De même, les règles applicables à la comptabilisation et à l'amortissement du « goodwill » peuvent générer des écarts significatifs dans les comptes des entreprises.

14. Souvent, il est pratiquement impossible pour un contribuable de recenser toutes les différences dans les normes comptables et d'ajuster en conséquence les comptes de tiers sur la base d'informations librement disponibles. La question devient plus critique lorsque l'analyse couvre plusieurs pays. Il s'agit d'une faiblesse patente dans de nombreuses analyses de comparabilité.

15. Les incohérences potentielles dans la communication de données financières d'entreprises par des organisations privées et les incohérences entre les méthodes de présentation d'une entreprise à l'autre peuvent toutefois être identifiées et résolues dans une large mesure par une évaluation minutieuse des données d'origine de l'entreprise et des principes suivis par l'organisme qui fournit les informations. Cette investigation secondaire est nécessaire avant de pouvoir se fier à de telles données afin d'évaluer le prix de pleine concurrence et doit être généralement menée après la sélection finale de comparables.

16. Les modifications et la convergence des normes comptables peuvent avoir un effet positif sur la comparabilité étant donné que les résultats de nombreuses multinationales seront communiqués sur une base cohérente – bien qu'on ne sache pas exactement en quoi cela affectera la comparabilité de transactions avec des parties non liées effectuées par des entreprises indépendantes (à savoir des entreprises non membres d'un groupe multinational). Certains commentateurs souhaitent qu'un travail supplémentaire soit accompli dans ce domaine.

B -2 Ajustements du bilan ou de l'intensité des actifs

17. Les ajustements de comparabilité les plus fréquemment apportés par les contribuables, surtout s'ils utilisent la méthode transactionnelle de la marge nette, concernent le bilan ou l'intensité des actifs, et visent à tenir compte des niveaux différents des stocks, des comptes clients, des comptes fournisseurs, du taux d'intérêt, etc. Les ajustements de l'intensité des actifs ou du bilan sont destinés à tenir compte du fait que le montant du capital utilisé dans une entreprise a une incidence sur son bénéfice.

18. On trouve, dans les documentations prix de transfert soumises par les contribuables, des ajustements visant à tenir compte des niveaux variables des comptes clients, des comptes fournisseurs et des stocks (« ajustements du fonds de roulement ») entre le contribuable et des comparables potentiels. Ces types de correctifs sont également opérés par certaines administrations fiscales lorsqu'elles effectuent des ajustements des prix de transfert. Plusieurs commentateurs décrivent ces ajustements du fonds de

roulement comme monnaie courante. Bien que l'ajustement du fonds de roulement soit probablement l'ajustement du bilan le plus répandu, d'autres types de correctifs concernant le bilan peuvent, dans certains cas, améliorer la comparabilité entre le contribuable contrôlé et les tiers indépendants.

19. Le fait que de tels ajustements soient effectués dans la pratique ne signifie pas qu'ils doivent être effectués automatiquement. Au contraire, il convient au préalable de démontrer que l'ajustement proposé améliore la comparabilité (comme pour tout type d'ajustement). En outre, un niveau de fonds de roulement très différent entre la partie contrôlée et les tiers indépendants peut justifier un examen plus poussé des caractéristiques de comparabilité du comparable potentiel, ou peut traduire des conditions ou des pratiques en matière de fonds de roulement (pour les comptes clients par exemple) dépourvues de justification économique. Dans ce cas, le simple fait d'opérer un ajustement du fonds de roulement ne remédiera pas à des problèmes plus fondamentaux.

20. L'annexe de cette note contient un exemple d'ajustement du fonds de roulement.

B - 3 Autres ajustements

21. Certains pays relatent des ajustements proposés par les contribuables ou par les administrations fiscales afin de tenir compte de certaines circonstances économiques spécifiques qui sont supposées affecter les transactions comparées. Ces ajustements peuvent s'avérer assez complexes et inclure parfois une analyse des corrélations possibles entre différents facteurs économiques. L'expérience des pays varie à cet égard.

22. Voici des exemples de tels ajustements :

- Ajustements pour équipements défectueux, pour inefficience ou pour investissement dans une nouvelle usine et dans un nouvel équipement qui ne seront pleinement opérationnels qu'au bout d'un certain temps, lorsque des facteurs significatifs de ce type sont supposés avoir une incidence sur les transactions contrôlées du contribuable. La version actuelle des Principes ne contient aucune indication sur l'opportunité d'opérer de tels ajustements et si oui dans quels cas. Dans la pratique, leur fiabilité peut être sujette à caution, surtout lorsqu'il est impossible de déterminer si (et dans quelle mesure) les comparables de tiers sélectionnés ont été affectés de façon similaire ;
- Ajustements visant à tenir compte de différentes conditions contractuelles, bien que la détermination d'ajustements suffisamment fiables à cet égard soit une tâche difficile, comme débattu dans la note intitulée « Examen des cinq facteurs de comparabilité » ;
- Ajustements pour tenir compte de différences géographiques et de marchés, surtout lorsqu'on emploie des comparables non nationaux, bien qu'il n'existe pas d'instruction claire sur le fait de savoir si de tels ajustements peuvent être opérés de façon suffisamment fiable, et selon quelles modalités.

23. Il n'est pas possible ni souhaitable de dresser la liste de tous les ajustements de comparabilité possibles. On peut toujours concevoir des ajustements nouveaux et parfois inhabituels pour une série de « comparables » proposés. La question n'est pas tant de savoir si un ajustement proposé est « classique » ou « inédit », mais plutôt de déterminer s'il améliore effectivement la comparabilité des données corrigées. Cette question est approfondie à la section C ci-dessous.

24. Apporter des correctifs à des données relatives à des transactions de tiers lorsque les fonctions accomplies ou les risques assumés diffèrent de ceux des transactions contrôlées du contribuable n'améliore

pas forcément la comparabilité. Les différences dans les fonctions et les risques peuvent ne pas être éliminées de cette façon. Si par exemple la recherche de transactions de sous-traitance de fabrication débouche sur une série de comparables qui semblent être des transactions effectuées par des fabricants de plein exercice, le simple fait de procéder à un ajustement pour niveau de stocks n'améliorera pas nécessairement cette série. Même après un tel ajustement, les transactions du fabricant de plein exercice peuvent ne pas être considérées comme comparables à celles d'un sous-traitant.

C - Acceptabilité d'ajustements de comparabilité

25. Les ajustements de comparabilité ne doivent être envisagés qu'à condition d'améliorer la fiabilité des résultats. Bien que cette déclaration semble évidente, elle a des répercussions qu'il peut être utile d'aborder dans les Principes. Le fait que les Principes utilisent l'expression « suffisamment exacts » peut impliquer que les correctifs ne sont qu'une question technique et focaliser l'attention des contribuables et des administrations fiscales sur l'exactitude d'un ajustement. Pourtant, la question décisive est souvent de savoir si la fiabilité est améliorée grâce à l'ajustement, voire même s'il est opportun d'effectuer l'ajustement.

C-1 Qualité des données ajustées

26. En premier lieu, les données de tiers ne méritent pas toujours les ajustements proposés. Des ajustements sophistiqués peuvent être sujets à caution lorsque les critères de comparabilité de base ne sont que vaguement satisfaits. Par exemple, il n'est pas utile de corriger des données pour tenir compte d'une différence identifiée dans les comptes clients si la comparabilité risque surtout d'être significativement affectée par des incertitudes majeures qui n'ont pas pu être résolues dans les normes comptables appliquées par les tiers. Les ajustements de comparabilité ne doivent être appliqués qu'à des données comparables de qualité afin d'améliorer leur exactitude. Si la recherche de comparables présente trop de carences, il faut se garder d'effectuer des ajustements sophistiqués qui créeraient l'impression fallacieuse que le résultat est « scientifique », fiable et exact.

27. De la même manière, des ajustements nombreux ou très importants apportés aux principaux facteurs de comparabilité peuvent ne pas être acceptables. Trop d'ajustements ou des ajustements qui ont une trop forte incidence sur le comparable peuvent indiquer que la transaction indépendante ajustée n'est en fait pas suffisamment comparable.

C-2 Objet de l'ajustement opéré

28. Les ajustements de comparabilité visent à éliminer l'effet de différences existant entre les situations comparées et susceptibles d'avoir une incidence significative sur l'élément examiné selon la méthodologie (prix ou marge bénéficiaire par exemple). Il s'ensuit logiquement que les ajustements de comparabilité n'ont pas besoin d'être effectués et ne doivent pas l'être s'ils visent à corriger des différences qui n'ont pas d'effet significatif sur la comparaison. Il y aura toujours des différences entre les transactions contrôlées du contribuable et chacun des comparables tiers. La simple existence d'une différence non ajustée ne doit pas conduire à rejeter une comparaison dès lors que cette différence n'a pas d'effet significatif sur la comparabilité. En revanche, les différences qui n'ont pas de répercussion substantielle sur la comparabilité ne doivent pas être corrigées, au risque d'encourager les ajustements inutiles ou essentiellement motivés par le souhait d'influencer le résultat de l'analyse.

C-3 Cas dans lesquels toutes les transactions comparées ne peuvent pas être ajustées

29. Certains ajustements peuvent être quantifiables au regard de la transaction contrôlée d'un contribuable ou d'une transaction comparable sur le marché libre, mais pas dans les deux cas (ajustements pour « goodwill » ou pour actifs incorporels par exemple). On peut se demander dans quelle mesure un

ajustement apporté à une transaction comparable sur le marché libre [ou à la transaction contrôlée du contribuable] peut améliorer la fiabilité (et donc la comparabilité) lorsqu'un tel ajustement ne peut pas être opéré pour l'autre volet de la comparaison. Un problème se pose également lorsqu'un ajustement peut être effectué de façon fiable pour certains comparables potentiels, mais pas pour d'autres.

C -4 Fiabilité de l'ajustement opéré

30. Certains commentateurs qui ont répondu au questionnaire sur la comparabilité ont suggéré qu'il serait utile d'énoncer clairement le principe selon lequel un contribuable doit engager des efforts raisonnables pour éliminer les différences de comparabilité à la lumière des informations disponibles. Cela ne signifie pas que les ajustements de comparabilité qui ne sont pas fiables ou suffisamment exacts soient acceptables, mais cela souligne de nouveau la nécessité d'une application raisonnable des instructions relatives aux ajustements de comparabilité pour tous les aspects de l'analyse de comparabilité. L'adverbe « suffisamment » entend rappeler aux contribuables et aux administrations fiscales qu'ils doivent exercer leur jugement avant d'effectuer ou de rejeter un ajustement.

31. Des indications supplémentaires sur ce qui constitue un ajustement « fiable » pourraient être utiles. La fiabilité suppose que le montant de l'ajustement doit être calculée en fonction de données économiques objectives et vérifiables.

32. Certains ajustements, que l'on peut qualifier d'ajustements de simulation, cherchent à quantifier un facteur qui peut être pertinent pour les activités d'un contribuable, mais dont la quantification ne peut se faire que de manière indirecte. Par exemple, un contribuable peut prétendre que des facteurs extraordinaires ont influé sur les activités de son entreprise, mais ces facteurs ne peuvent être quantifiés qu'en supposant qu'en leur absence les résultats auraient été différents (niveau de production par exemple). Ces types d'ajustements seront vraisemblablement très problématiques (et auront peu de chances d'améliorer la fiabilité), en partie à cause des difficultés liées à (a) leur quantification et à (b) l'application d'ajustements similaires aux comparables. Des indications supplémentaires pourraient être nécessaires sur les circonstances dans lesquelles des ajustements visant à tenir compte de tels facteurs pourraient améliorer la fiabilité des résultats des comparables.

33. Une préoccupation analogue a été exprimée par un commentateur qui considère qu'il faudrait établir une distinction entre les ajustements standard de comparabilité, comme ceux visant à tenir compte des différences dans les niveaux respectifs des stocks, des comptes clients et fournisseurs, et les ajustements non standard. Ce commentateur considère que ces ajustements « standard » pourraient être appliqués objectivement et ne devraient pas être controversés, tandis que certains autres ajustements de comparabilité, comme ceux apportés parfois pour tenir compte du risque pays, peuvent être beaucoup plus subjectifs, de sorte qu'il ne serait pas déraisonnable d'attendre que l'on consacre plus d'efforts à justifier leur emploi. Toutefois, les pays Membres ne sont généralement pas favorables à une telle distinction, car ils considèrent plutôt que tout ajustement est censé améliorer la comparabilité, faute de quoi il ne devrait pas être effectué. Par conséquent, la partie qui propose l'ajustement devrait être en mesure d'en justifier l'utilisation.

34. Certains pays sont sceptiques face aux ajustements de comparabilité en général et ont exprimé des doutes quant à la fiabilité de ces ajustements qu'ils considèrent, d'une manière générale, comme hautement subjectifs et comme étant susceptibles de créer l'impression fallacieuse que le résultat est fiable et exact. Ces pays sont favorables à un réexamen de la définition des étapes de recherche (ex. affiner la recherche de l'emplacement géographique plutôt que d'effectuer un ajustement géographique, restreindre la recherche aux distributeurs au lieu d'ajuster les données des grossistes). Pour certains pays, il conviendrait de donner la préférence à des données non ajustées, dès lors qu'elles sont disponibles en nombre suffisant.

35. D'autres pays soulignent que des comparables de mauvaise qualité, quel que soit leur nombre, fourniront toujours une estimation moins fiable de l'intervalle de pleine concurrence qu'un petit nombre de données comparables de relativement bonne qualité, et ce que cette qualité tiende au fait qu'elles étaient, au départ, hautement comparables, ou qu'elles ont été ajustées de manière fiable.

36. La principale question posée par les ajustements de comparabilité est la fiabilité de l'ajustement opéré. Il s'agit, à l'évidence, d'une question qui fait appel au jugement et c'est un domaine supplémentaire dans lequel le jugement implique d'évaluer la fiabilité relative de méthodes alternatives de calcul des prix de transfert (et par conséquent des comparables dans la mesure où ils sont liés à la méthode alternative).

C-5 Conséquence d'un ajustement bien ciblé et suffisamment fiable

37. Les ajustements qui ne satisfont pas aux exigences susmentionnées en matière de qualité des données corrigées, de finalité et de fiabilité doivent être rejetés, mais ceux qui sont conformes à ces exigences doivent être acceptés en toute bonne foi et ne doivent pas être rejetés au simple motif qu'ils ont modifié les résultats des comparables à tel point que l'intervalle ainsi déterminé s'en trouve modifié.

C-6 Documentation

38. Les ajustements de comparabilité (qu'ils soient effectués par un contribuable ou par une administration fiscale) font partie de l'analyse de comparabilité et doivent être dûment documentés afin de garantir le degré requis de transparence. Comme plusieurs commentateurs le reconnaissent, la documentation fournie par le contribuable doit inclure une explication des ajustements effectués, qu'ils soient standard ou non standard, des raisons pour lesquelles les ajustements doivent être considérés comme opportuns, de la manière dont ils ont été calculés et en quoi ils ont modifié les résultats pour chaque comparable. Si la transparence requise fait défaut, les administrations fiscales pourraient rejeter l'ajustement proposé par le contribuable.

C-7 Test de l'ajustement de comparabilité

39. Les critères de recherche sont formulés sur la base de l'analyse fonctionnelle de la partie testée. Lorsqu'un ajustement de comparabilité est opéré, il doit être dûment documenté et il peut être nécessaire de vérifier que l'ajustement proposé améliore effectivement la comparabilité, à savoir que les facteurs de comparabilité sont satisfaits aussi bien ou mieux qu'avant l'ajustement.

D - Conclusion préliminaire sur les ajustements de comparabilité et domaines possibles de travail futur

40. Même si la nécessité d'opérer des ajustements suffisamment exacts des données comparables est mentionnée dans les Principes pour toutes les méthodes, on y trouve peu d'indications sur ce qui constitue un « ajustement suffisamment exact », sur les types d'ajustement appropriés dans telle ou telle situation et sur la manière de gérer ces ajustements dans la pratique. Il peut s'agir d'un aspect des Principes méritant d'être approfondi.

41. Toutefois, le Groupe de travail ainsi que les commentateurs reconnaissent qu'il n'est pas possible, ni même souhaitable, de dresser une liste exhaustive de tous les ajustements possibles et de la manière de les calculer. Un consensus général se dégage pour admettre que toute instruction relative aux ajustements de comparabilité doit éviter de présenter un caractère trop prescriptif.

42. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail pourrait envisager d'approfondir son travail dans les deux directions suivantes :

- Compléter les indications existantes et élaborer une plate-forme commune de principes et de concepts qui devraient être adoptés lorsqu'on effectue des ajustements de comparabilité, y compris les circonstances dans lesquelles ils doivent être généralement opérés. Ce travail pourrait s'appuyer sur la discussion entamée à la section C ci-dessus.
- Rédiger des indications sur les ajustements de fonds de roulement qui sont la forme d'ajustement de comparabilité la plus pratiquée. Dans la pratique, les contribuables disposent de plusieurs méthodes pour calculer les ajustements du fonds de roulement. Ces ajustements sont basés sur la sélection d'un taux d'intérêt adéquat. L'annexe à cette Note contient un exemple d'ajustement du fonds de roulement.

ANNEXE : EXEMPLE D'AJUSTEMENT DU FONDS DE ROULEMENT

Introduction :

43. Cet exemple simple montre comment procéder à un ajustement pour tenir compte de différences dans les niveaux de fonds de roulement entre une partie testée (TestCo) et un comparable (CompCo). Il s'agit là d'une méthode de calcul d'un tel ajustement, mais pas nécessairement de la seule. Ces types d'ajustements peuvent être opportuns lorsqu'on suit la méthode transactionnelle de la marge nette (MTMN). Dans la pratique, ces ajustements sont généralement effectués lorsqu'on applique une MTMN, bien qu'ils soient également envisageables avec les méthodes du prix de revient majoré ou du prix de revente. Les ajustements du fonds de roulement doivent être envisagés uniquement lorsqu'ils permettent d'améliorer la fiabilité des comparables et que ces ajustements peuvent être suffisamment exacts. Ils ne doivent pas être automatiques et les administrations fiscales peuvent être amenées à les rejeter.

Pourquoi procéder à un ajustement du fonds de roulement ?

44. Dans un environnement concurrentiel, le temps a une valeur monétaire. Si une entreprise octroie un délai de paiement de 60 jours, le prix des marchandises doit être égal au prix correspondant au paiement immédiat plus 60 jours d'intérêt sur ce prix.

45. En comptabilisant des comptes clients importants, une entreprise accorde à ses clients un délai relativement étendu pour s'acquitter de leurs dettes. Dans un environnement concurrentiel, le prix doit inclure un élément d'intérêt afin de répercuter ces délais de paiement.

46. En outre, une entreprise qui a des comptes clients d'un montant élevé doit emprunter de l'argent pour financer les conditions de crédit ou doit réduire le montant des excédents de trésorerie qu'elle peut investir. Des comptes clients importants ont pour effet d'alourdir la charge d'intérêts ou de réduire les intérêts créditeurs et de majorer le chiffre d'affaires net.

47. L'inverse s'applique en cas de comptes fournisseurs d'un montant élevé. Ils tendent à minorer les intérêts débiteurs ou à majorer les intérêts créditeurs. Le coût des ventes s'en trouve également surestimé.

48. Si une personne achète l'équivalent de 60 jours de stocks de plus qu'une autre personne prise comme comparable, l'effet pratique sera de majorer les dépenses de la première personne d'un montant équivalent à 60 jours d'intérêts par rapport à la deuxième personne.

49. Procéder à un ajustement du fonds de roulement est une tentative de corriger les différences entre la partie testée et des comparables potentiels portant sur des charges d'intérêts, selon l'hypothèse que cette différence se retrouvera dans les bénéfices. Le raisonnement sous-jacent est le suivant :

- Une entreprise aura besoin d'un financement pour couvrir la période de temps comprise entre le moment où elle investit de l'argent (paiement de son fournisseur) et le moment où elle recueille le fruit de son investissement (réception d'argent de ses clients)
- Cette période de temps est calculée comme suit : période nécessaire pour vendre des stocks aux clients + (plus) période nécessaire pour collecter l'argent des clients – (moins) délai accordé pour le paiement des dettes aux fournisseurs.

50. Une entreprise qui conserve des niveaux élevés de stocks devrait soit emprunter de l'argent pour financer l'achat, soit réduire le montant des excédents de trésorerie qu'elle peut investir. A noter que le taux d'intérêt peut être affecté par la structure de financement (ex. lorsque l'achat de stocks est financé en partie par du capital) ou par les risques associés à la détention de certains types de stocks.

Processus de calcul des ajustements du fonds de roulement :

1. Identifier les différences dans les niveaux de fonds de roulement. En général, les comptes clients, les stocks et les comptes fournisseurs sont les trois postes considérés. La MTMN est appliquée par rapport à une base adéquate, par exemple les coûts, les ventes ou les actifs (voir le paragraphe 3.26 des Principes). Si les ventes constituent la base adéquate, alors les différences dans les niveaux de fonds de roulement doivent être mesurées relativement aux ventes.
2. Calculer la valeur des différences dans les niveaux de fonds de roulement entre la partie testée et le comparable en fonction de la base retenue et déterminer le coût représenté par le facteur temps en appliquant un taux d'intérêt approprié.
3. Ajuster le résultat afin de tenir compte des différences dans les niveaux de fonds de roulement. Dans l'exemple suivant, le résultat du comparable est ajusté pour refléter les niveaux de fonds de roulement de la partie testée. Des calculs alternatifs permettent de corriger les résultats de la partie testée afin de refléter les niveaux de fonds de roulement du comparable ou de corriger à la fois les résultats de la partie testée et du comparable en vue de refléter un fonds de roulement égal à « zéro ».

Exemple pratique de calcul des ajustements du fonds de roulement :

Le calcul suivant est hypothétique. Il vise uniquement à montrer comment un ajustement du fonds de roulement peut être calculé.

TESTCO	Année 1	Année 2	Année 3	Année 4	Année 5
Ventes	\$179.5m	\$182.5m	\$187m	\$195m	\$198m
Résultat avant intérêts et impôts (EBIT)	\$1.5m	\$1.83m	\$2.43m	\$2.54m	\$1.78m
EBIT/ventes (%)	0.0%	0.1%	1.3%	1.3%	0.9%
Fonds de roulement (en fin d'exercice)					
Comptes clients	\$122.5m	\$121.9m	\$128m	\$125.6m	\$115.5m
Stocks	\$112.5m	\$112.0m	\$115.2m	\$116.6m	\$109.8m
Comptes fournisseurs	\$190m	\$191.9m	\$207.7m	\$212m	\$203.4m
Comptes clients + stocks – comptes fournisseurs	\$45m	\$42m	\$35.5m	\$30.2m	\$21.9m
CC+S – CF / ventes	25%	23%	19%	15.5%	11.1%

COMPCO	Année 1	Année 2	Année 3	Année 4	Année 5
Ventes	\$120.4m	\$121.2m	\$121.8m	\$126.3m	\$130.2m
EBIT/ventes (%)	1.32%	2.96%	2.59%	3.31%	4.95%
Fonds de roulement (en fin d'exercice)					
Comptes clients	\$112.9m	\$103.1m	\$103.4m	\$103.8m	\$104.2m
Stocks	\$106.1m	\$106.7m	\$105.0m	\$105.3m	\$106.0m
Comptes fournisseurs	\$184.3m	\$186.77m	\$191.3m	\$195.85m	\$189.1m
Comptes clients + stocks – comptes fournisseurs	\$34.7m	\$23.03m	\$17.1m	\$13.25m	\$21.1m
CC+S – CF / ventes	28.9%	19%	14%	10.5%	16.2%
CC+S – CF / ventes de TestCo	25%	23%	19%	15.5%	11.1%
CC+S – CF / ventes de CompCo	28.9%	19%	14%	10.5%	16.2%
Différence	-3.9 %	4%	5%	5%	-5.1%
Taux d'intérêt	4.8%	5.4%	5%	5.5%	4.5%
Ajustement	-0.18%	0.21%	0.25%	0.27%	-0.23%
Fonds de roulement ajusté EBIT / ventes pour CompCo	1.14%	3.17%	2.84%	3.58%	4.72%

Quelques observations :

- Une question qui se pose lorsqu'on effectue des ajustements du fonds de roulement est de savoir à quel moment dans le temps les comptes clients, les stocks et les comptes fournisseurs sont comparés entre la partie testée et les comparables. L'exemple compare leurs niveaux le dernier jour de l'exercice. Toutefois, ce n'est pas forcément le bon choix si cette date aboutit à un niveau qui n'est pas représentatif du fonds de roulement sur l'année.
- Sur le long terme, le total comptes clients + stocks - comptes fournisseurs doit être proche de zéro pour un comparable. Si les ajustements proposés du fonds de roulement sont importants, il peut être nécessaire de déterminer si le comparable proposé convient.
- La question du taux d'intérêt à appliquer revêt une importance décisive dans les ajustements du fonds de roulement. C'est la partie testée qui détermine le taux à utiliser. Dans la plupart des cas, un taux emprunteur sera adéquat. Lorsque le solde du fonds de roulement de la partie testée est négatif (comptes fournisseurs > comptes clients + stocks), on peut envisager d'utiliser un taux prêteur dans certains cas. L'exemple utilise un taux d'intérêt basé sur celui auquel TestCo peut emprunter sur le marché local. Il suppose également que le même taux d'intérêt est appliqué aux comptes fournisseurs, aux comptes clients et aux stocks.
- Les ajustements du fonds de roulement ont pour objet d'améliorer la fiabilité des comparables. On doit s'interroger sur leur bien-fondé si les résultats de certains comparables peuvent être ajustés de manière fiable alors que ceux d'autres comparables ne le peuvent pas.

Utilisation de Données Pluriannuelles

A – Indications existantes

1. Les paragraphes 1.49 à 1.51 des Principes présentent comme suit le problème des données pluriannuelles :

« Afin d’appréhender parfaitement les faits et les circonstances de la transaction entre entreprises associées, il pourrait en général être utile d’examiner des données portant à la fois sur l’exercice vérifié et des exercices antérieurs. L’analyse de cette information pourrait faire apparaître les faits qui ont pu influencer (ou auraient dû influencer) la fixation du prix de transfert. [...] Une telle analyse peut être particulièrement fructueuse lorsque, en dernier recours, on applique une méthode transactionnelle de bénéfices.

Les données portant sur plusieurs années sont également utiles dans la mesure où elles informent sur la conjoncture dans laquelle opèrent les entreprises comparables et sur les cycles de vie de leurs produits [...]

Les données portant sur des exercices postérieurs à celui où a eu lieu la transaction peuvent aussi être utiles pour l’examen des prix de transfert, mais l’administration fiscale doit alors prendre soin d’éviter les effets pervers de l’analyse rétrospective [...] »

2. Le paragraphe 3.44 indique en outre que :

« Des données portant sur plusieurs années devraient être utilisées pour l’application de la méthode transactionnelle de la marge nette, aussi bien pour l’entreprise considérée que pour les entreprises indépendantes auxquelles sa marge nette est comparée, afin de tenir compte de l’incidence du cycle de vie des produits et de la conjoncture économique sur les bénéfices. A titre d’exemple, des données portant sur plusieurs années pourraient indiquer si les entreprises indépendantes effectuant des transactions comparables sur le marché libre ont souffert de la conjoncture de la même manière qu’une entreprise associée examinée et sur une période similaire. Ces données pourraient aussi montrer si des caractéristiques similaires au niveau des activités industrielles ou commerciales ont affecté au cours d’une période d’une durée similaire les bénéfices des entreprises indépendantes comparables et ceux de l’entreprise examinée ».

3. Le paragraphe 1.54 des Principes fournit également un commentaire spécifique relatif à l’utilité de données pluriannuelles dans les situations déficitaires.

B – Commentaires reçus des milieux d’affaires

4. Un certain nombre de commentaires ont été transmis par les milieux d’affaires sur la question des données pluriannuelles. Beaucoup de commentateurs considéraient les données pluriannuelles comme utiles pour atténuer les fluctuations provoquées par les cycles économiques/les cycles de vie des produits.

L'un des commentateurs des milieux d'affaires estime que les politiques de fixation des prix de transfert devraient être mises en place sur une base pluriannuelle, ce qui suppose la nécessité d'étudier des données pluriannuelles et de suivre leur évolution. Un autre commentateur estime que l'utilisation de données pluriannuelles devrait être la règle et non l'exception.

5. Beaucoup de commentateurs ont indiqué que les Principes de 1995 en matière de prix de transfert n'étaient pas très explicites sur la manière d'utiliser en pratique des données portant sur plusieurs années. Selon certains d'entre eux, il serait souhaitable que l'OCDE donne des indications sur le nombre d'années à examiner et sur la manière dont ces données doivent être combinées ou faire l'objet de péréquations, dans la mesure où il est évident que les opinions divergent à ce sujet entre les pays de l'OCDE. Pour l'un des commentateurs, les moyennes mobiles devraient également être acceptées afin d'éviter « le choix à la carte » de transactions ou de certaines périodes comptables. Pour le BIAC, d'un point de vue théorique, l'idéal serait que les données étudiées portent sur un nombre d'années couvrant le cycle économique du secteur en question. Toutefois, ces cycles économiques peuvent être difficiles à définir et il est possible que toutes les sociétés comparables choisies ne se trouvent pas dans la même phase du cycle que la partie qui fait l'objet d'une évaluation. Pour le BIAC, les Principes devraient donc reconnaître l'utilisation de moyennes pondérées de nature à lisser les fluctuations liées au cycle économique et autres instabilités atypiques des données concernant les entreprises ou les secteurs. Comme le montrent ces commentaires, beaucoup de représentants des milieux d'affaires lient l'utilisation de données pluriannuelles à celle d'instruments statistiques.

C – Remarques sur l'utilisation de données portant sur plusieurs années

6. L'utilisation de données pluriannuelles est très courante en pratique. Ces données peuvent permettre de mieux appréhender la transaction entre entreprises associées (voir paragraphe 1.49 à 1.51 des Principes) et faciliter l'évaluation de la probabilité d'un transfert de bénéfices au moment de la fixation du prix. Des données pluriannuelles peuvent aussi améliorer le processus de choix de comparables tiers, par exemple en identifiant les résultats qui peuvent faire apparaître un écart significatif par rapport aux caractéristiques sous-jacentes de comparabilité de la transaction entre entreprises associées examinée, ce qui aboutit dans certains cas au rejet du comparable, et/ou en s'assurant que ces comparables se trouvent au même stade que le contribuable dans le cycle économique. Certains pays estiment qu'afin que les informations concernant des tiers soient retenues il est nécessaire qu'elles soient disponibles pendant une durée minimale (par exemple deux ans) et/ou que les données comparables couvrent l'ensemble d'un cycle économique.

7. Il y a lieu de souligner que :

- des données pluriannuelles doivent être utilisées dans les cas (et seulement dans ces cas) où elles permettent d'améliorer l'analyse des prix de transfert,
- leur utilisation n'est pas une obligation systématique car elles ne sont pas toujours utiles, bien qu'en pratique les cas où l'utilisation de données pluriannuelles ne présente aucune utilité dans l'analyse de comparabilité soient probablement rares,

- il ne faut pas confondre l'utilisation de données pluriannuelles avec l'utilisation d'instruments statistiques. En particulier, il y a des cas où les données pluriannuelles sont jugées utiles pour permettre une meilleure compréhension du contexte d'une transaction, sans que ces données soient nécessairement intégrées dans une détermination mathématique de l'intervalle de prix de pleine concurrence.

Les sections C-1 à C-3 ci-dessous donnent quelques exemples de cas où des données pluriannuelles peuvent être utiles.

8. Comme on peut le voir en lisant attentivement les paragraphes 1.49-1.51, les termes « données » et « informations » sont interchangeables dans ce contexte. La notion de « données » va au-delà de l'observation des résultats financiers de transactions comparables et s'étend à des informations sur la transaction telles que (liste non exhaustive) : les termes et conditions observés dans un contexte de pleine concurrence ; les conditions économiques à des moments pertinents et l'impact des changements de conditions économiques sur les résultats, termes et conditions des transactions ; l'organisation des transactions ; la nature et le rôle des transactions dans le secteur d'activité ; etc.

9. De la même manière, les termes « utilisation » et « analyse » peuvent être utilisés de manière interchangeable dans ce contexte. L'utilisation de données pluriannuelles n'implique pas ou ne nécessite pas autre chose qu'observation et jugement. Ceci est important à la lumière de la demande de certains commentateurs pour que soient développées des indications sur « la manière dont ces données doivent être combinées ou moyennées » puisqu'il n'y a pas obligation d'être en mesure d'appliquer une analyse statistique aux données ou informations utilisées ou analysées. Les principes indiquent plutôt que tous les types d'informations afférents à des transactions contrôlées ou non contrôlées peuvent être pertinents dans la détermination de la conformité au principe de pleine concurrence des termes et conditions obtenus dans les transactions contrôlées et dans la détermination du degré de comparabilité des transactions non contrôlées et de la transaction examinée.

C-1 Données pluriannuelles et cycles

10. Comme noté aux paragraphes 1.49 à 1.51 des Principes de 1995 en matière de prix de transfert, des données pluriannuelles peuvent être utiles lorsque les transactions d'un contribuable sont affectées par des cycles économiques/ d'activité ou des produits.

11. Par exemple, si un contribuable exerce ses activités dans un secteur qui est soumis à des cycles économiques, l'utilisation de données pluriannuelles peut être utile :

- pour obtenir des informations sur le cycle affectant les transactions du contribuable (par exemple sur la durée et l'amplitude du cycle),
- pour déterminer si des comparables indépendants potentiels sont soumis au même cycle ou à un cycle similaire,
- pour déterminer si le contribuable et les comparables indépendants potentiels se trouvent au même stade du cycle,
- pour évaluer l'effet de toute différence importante entre les cycles du contribuable et ceux de tiers.

12. Lorsque c'est le produit particulier faisant l'objet de la transaction du contribuable entre entreprises associées qui évolue selon un cycle (par exemple, en fin de vie du produit), l'utilisation de données pluriannuelles concernant à la fois le produit du contribuable et les comparables indépendants

potentiels peut fournir des informations précieuses permettant de s'assurer que les transactions comparées ne sont pas sensiblement différentes simplement en raison du fait que les produits se trouvent à des stades différents de leurs cycles respectifs.

13. Il n'y a pas lieu de fixer de normes quant au nombre d'années qui doivent être couvertes par les analyses pluriannuelles. La période à prendre en compte dépendra de la nature de l'activité et de ses fonctions, ainsi que des caractéristiques du contribuable en termes d'actifs et de risques.

C-2 *Données pluriannuelles dans des situations de perte*

14. Des données pluriannuelles peuvent être utilisées pour déterminer ce que l'on peut considérer comme une période raisonnable pendant laquelle une entreprise peut supporter d'effectuer des transactions déficitaires. Lorsqu'un contribuable déclare des transactions déficitaires récurrentes avec des parties associées, des données pluriannuelles concernant des tiers peuvent aider à déterminer si cette période où le contribuable a enregistré des pertes est raisonnable ou si elle excède les délais observés entre des parties indépendantes comparables (voir paragraphe 1.54 des Principes de 1995 en matière de prix de transfert).

C-3 *Utilisation de données pluriannuelles pour évaluer la volatilité des résultats ou pour détecter des anomalies dans les données concernant des tiers*

15. Des données pluriannuelles peuvent être utilisées pour tester la volatilité des résultats des tiers, par exemple afin d'exclure de la série des comparables potentiels les tiers qui ont une volatilité élevée si la transaction testée ne fait intervenir que des fonctions présentant peu de risques et si la volatilité élevée des comparables indépendants traduit des caractéristiques différentes en matière de risque; ou à la non prise en compte des résultats de l'année impactée par un événement spécifique non comparable.

16. De même, des données pluriannuelles peuvent être utiles pour détecter les anomalies dans les informations concernant des tiers. Par exemple, si le tiers indépendant déclare des résultats extrêmes pour une année donnée, cela peut nécessiter de nouvelles recherches afin d'analyser les raisons de la variation constatée, ce qui peut aboutir à son élimination en tant que comparable.

D - Questions qui ne doivent pas être confondues avec l'utilisation de données portant sur plusieurs années

D-1 *Ajustement des bénéfices d'un contribuable au cours d'une période pluriannuelle*

17. Les sections C-1, C-2 et C-3 ci-dessus décrivent des situations dans lesquelles des données pluriannuelles sont utilisées pour permettre de mieux appréhender la transaction d'un contribuable et/ou des entreprises qui lui sont potentiellement comparables. Toute autre est la question de savoir si des ajustements de prix de transfert doivent être déterminés année par année ou sur une période de temps spécifique, c'est-à-dire la question de savoir si un contribuable doit subir un ajustement de prix de transfert lorsque ces prix sont inférieurs aux prix de pleine concurrence pour une année et supérieurs à ces prix pour une autre année, tout en restant dans l'ensemble raisonnables sur la période envisagée. La réponse dépend des procédures de vérification appliquées sur le plan interne par chaque pays. D'une part, la plupart des pays de l'OCDE ont pour règle d'examiner séparément chaque exercice fiscal. D'autre part, on peut soutenir qu'une certaine flexibilité peut être souhaitable lorsqu'une telle situation est due à la complexité de la fixation des prix de transfert du contribuable plutôt qu'à une manipulation délibérée du niveau des bénéfices imposables au sein d'un groupe multinational sur une période de temps donnée⁸.

⁸ Voir paragraphe 4.9 des Principes : « Lorsqu'une affaire de prix de transfert soulève des problèmes particulièrement délicats, le contribuable même le mieux intentionné peut commettre de bonne foi une

D-2 Instruments statistiques

18. Les commentaires reçus des milieux d'affaires montrent qu'un grand nombre de commentateurs rattachent l'utilisation de données pluriannuelles à l'utilisation d'instruments statistiques. En fait, on trouve le même raccourci dans les Principes de 1995 en matière de prix de transfert eux-mêmes, au paragraphe 3.30 :

« L'application de toute méthode conforme au principe de pleine concurrence nécessite des informations concernant les transactions sur le marché libre qui peuvent ne pas être disponibles au moment où ont lieu les transactions contrôlées. Cela peut compliquer particulièrement la tâche des contribuables qui s'efforcent d'appliquer la méthode transactionnelle de la marge nette lors de la réalisation de transactions contrôlées. *(bien que l'utilisation de moyennes portant sur plusieurs années puisse permettre d'atténuer ces difficultés comme on l'a vu aux paragraphes 1.49 à 1.51 [les italiques ont été ajoutés])* [...] ».

19. Il convient de noter que l'utilisation de données pluriannuelles n'implique pas nécessairement l'utilisation de moyennes pluriannuelles en tant qu'instruments statistiques. L'utilisation de données pluriannuelles devrait donc être clairement distinguée de l'utilisation d'instruments statistiques. A titre d'illustration, aucun des exemples proposés dans la section C ci-dessus ne requière l'usage d'outils statistiques. En fait, bien que les données pluriannuelles puissent être utilisées pour permettre de mieux appréhender le contexte d'une transaction, des instruments statistiques tels que les centiles, les médianes ou les moyennes, lorsqu'ils sont utilisés, ont généralement pour objet de resserrer la fourchette des résultats.

20. On trouvera un examen des instruments statistiques dans une Note distincte intitulée « Définition de l'intervalle de pleine concurrence, résultats extrêmes, amélioration de la fiabilité de l'intervalle, entreprises comparables déficitaires ».

E - Conclusion préliminaire

21. Il peut être utile d'examiner les indications qui figurent déjà dans les Principes directeurs de 1995 en matière de prix de transfert sur les données pluriannuelles et :

- De compléter les paragraphes 1.49-1.51 en donnant des exemples de cas où des données pluriannuelles peuvent être utiles. Les informations données à la section C ci-dessus peuvent être utilisées à cette fin;
- De préciser que la reconnaissance par l'OCDE de l'utilité de données pluriannuelles dans certains cas n'a pas pour objet d'aller à l'encontre des procédures nationales de vérification en ce qui concerne l'évaluation annuelle des résultats du contribuable;

erreur en raison de la complexité des faits à apprécier. En outre, le vérificateur même le mieux intentionné peut tirer des conclusions erronées des circonstances de l'espèce. Les administrations fiscales sont invitées à prendre en compte cette observation pour leurs vérifications ayant trait à des prix de transfert, et ce de deux manières. Premièrement, il est souhaitable que les vérificateurs fassent preuve de souplesse et n'exigent pas des contribuables, pour la fixation de leurs prix de transfert, un niveau de précision irréaliste compte tenu des faits et circonstances. Deuxièmement, il est souhaitable que les vérificateurs tiennent compte du jugement commercial porté par le contribuable sur l'application du principe de pleine concurrence, afin que l'analyse des prix de transfert soit en phase avec les réalités de la vie des affaires. [...] »

De préciser que la reconnaissance par l'OCDE de l'utilité de données pluriannuelles dans certaines circonstances est une question distincte de celle des instruments statistiques et de modifier en conséquence le paragraphe 3.30.

Agrégation des transactions

A. Description du problème

1. Toutes les méthodes de fixation des prix de transfert préconisées par l'OCDE, qu'elles soient traditionnelles ou basées sur les bénéficiaires, sont des méthodes transactionnelles. Par voie de conséquence, lorsqu'ils appliquent les méthodes de fixation des prix de transfert de l'OCDE, les contribuables qui cherchent à identifier des données comparables externes sont confrontés à la tâche difficile de trouver des informations sur les transactions de tiers. Les tiers publient rarement des informations détaillées sur leurs transactions, même sur des transactions agrégées au niveau d'une ligne de produits. En effet, les entreprises sont généralement tenues de divulguer des informations financières uniquement au niveau de l'entreprise ou même du groupe, et les informations sur les prix ou sur les marges par transaction sont souvent considérées comme des informations commerciales confidentielles. On peut se demander si des informations de tiers agrégées, voire des informations au niveau d'une entreprise peuvent être utilisées et si oui, dans quelles limites et avec quels « garde-fous ».

2. Cette question est différente de celle de l'agrégation éventuelle des transactions contrôlées du contribuable auxquelles on applique une méthode de fixation des prix de transfert, mais concerne plutôt l'analyse de l'utilisation possible des informations agrégées sur les transactions de tiers employées comme comparables externes. On supposera dans la présente note qu'un contribuable essaie de trouver des informations sur des tiers afin de déterminer le prix de pleine concurrence d'une transaction contrôlée particulière, mais qu'il se heurte, dans la pratique, à l'impossibilité d'obtenir des informations suffisamment détaillées. Un problème différent, mais qui pourrait également bénéficier d'un approfondissement des directives en la matière, se pose lorsque le contribuable doit déterminer s'il est opportun d'agréger ses propres transactions, par exemple si elles sont étroitement liées ou continues (voir le paragraphe 1.42 des Principes). Plus précisément, il peut y avoir des cas où des informations agrégées sur des transactions de tiers peuvent constituer une donnée comparable valable pour une transaction particulière, non agrégée, d'un contribuable. L'agrégation des transactions de tiers et l'agrégation des transactions d'un contribuable doivent faire l'objet de décisions distinctes, prises en fonction des conditions propres aux transactions qui seront éventuellement combinées.

3. Le paragraphe 1.42 des Principes fournit déjà certaines indications sur l'évaluation de transactions combinées d'un contribuable dans les cas où des transactions distinctes sont si étroitement liées ou continues qu'elles ne peuvent pas être évaluées correctement sur une base séparée :

« En théorie, pour se rapprocher le plus possible de la juste valeur du marché, le principe de pleine concurrence doit être appliqué transaction par transaction. Mais bien souvent des transactions distinctes sont si étroitement liées ou continues qu'il n'est pas possible de se prononcer correctement sans les prendre en compte dans leur ensemble. Tel est le cas, par exemple, 1. pour des contrats à long terme de fourniture de biens ou de services 2. pour des droits d'exploitation d'éléments incorporels 3. pour la fixation des prix par ligne de produit lorsque la détermination du prix de chaque produit présente des difficultés. Pour prendre un autre exemple, dans le cas d'une transaction combinant une licence d'un procédé de fabrication et la fourniture de composants vitaux à un fabricant associé, il sera sans doute plus raisonnable

de déterminer les conditions de pleine concurrence pour les deux éléments considérés ensemble. Ces transactions doivent être examinées conjointement en utilisant la ou les méthodes reposant sur le principe de pleine concurrence qui sont les plus appropriées. Un autre exemple pourrait être l'acheminement de transactions par l'intermédiaire d'une autre entreprise associée ; il sera alors sans doute plus judicieux de considérer la transaction dont l'intermédiation fait partie comme un tout et non de traiter chaque transaction séparément ».

4. Toutefois, le paragraphe 1.42 ne couvre pas la question des transactions de tiers qui sont combinées parce que les informations ne sont pas disponibles au niveau transactionnel.

5. Prenons un exemple dans lequel la transaction contrôlée analysée est l'achat, par un contribuable, d'une variété spéciale de biscuits. Le contribuable exerce une activité d'achat et de revente sur son territoire, c'est à dire que les biscuits sont revendus à des distributeurs non liés. Supposons que, dans ce cas, la méthode du prix comparable sur le marché libre est jugée non fiable parce que les données relatives aux prix pratiqués dans des transactions comparables entre des parties non liées sont introuvables ou ne peuvent pas être correctement ajustées. Supposons que la méthode du prix de revente est choisie pour déterminer si les prix payés par ce contribuable à ses fournisseurs liés sont ou non des prix de pleine concurrence. Supposons en outre qu'il n'existe pas de comparable interne et qu'il soit nécessaire de rechercher des comparables externes. Pour ce faire, le contribuable va rechercher des données relatives aux parties non liées qui exercent une activité d'achat et de revente similaire dans des circonstances comparables. Il est très peu probable que la recherche d'informations financières sur les concurrents identifie des données disponibles au niveau transactionnel. Les seules informations de tiers susceptibles d'être disponibles seraient des informations au niveau de l'entreprise, à savoir la marge brute ou nette dégagée par des revendeurs tiers sur la distribution de leurs portefeuilles de produits. Ces informations engloberont vraisemblablement une variété de transactions sur une gamme de produits (par exemple une gamme de types différents de biscuits, peut être également d'autres produits alimentaires) avec une variété de clients (et donc potentiellement une variété de stratégies d'entreprise et de clauses contractuelles). Il est en effet très rare qu'une entreprise indépendante limite son activité à un seul type de transaction.

6. A cet égard, il existe une différence entre la méthode du prix comparable sur le marché libre et les autres méthodes de fixation des prix de transfert de l'OCDE. Lorsqu'on applique la méthode du prix comparable, il est en principe impossible de déroger à la nécessité de se fonder sur des informations transactionnelles. En effet, les informations sur des transactions combinées (par exemple au niveau de l'entreprise) sont généralement inopérantes lorsqu'on recherche le prix d'une transaction en particulier. Par exemple, lorsqu'on recherche le prix d'un équipement électronique particulier, les informations sur les ventes combinées réalisées par un tiers qui vend des appareils électroniques ne sont pas pertinentes (sauf si cette entreprise tierce est connue pour vendre uniquement un type particulier d'équipements électroniques et si des informations sont disponibles sur la quantité exacte d'équipements vendus – situation qui a peu de chance de se produire). Dans les cas où des informations au niveau transactionnel sont introuvables, les contribuables ne peuvent pas utiliser la méthode du prix comparable et doivent en choisir une autre.

7. En revanche, lorsqu'on applique la méthode du prix de revente, du prix de revient majoré, du partage des bénéfices ou la MTMN, les fiscalistes essaient souvent, dans la pratique, de surmonter la difficulté en comparant la marge brute ou nette dégagée par leurs transactions contrôlées particulières avec la marge brute ou nette dégagée par des transactions agrégées effectuées par des entreprises indépendantes qui exercent des activités comparables. Les transactions de ces entreprises indépendantes sont souvent agrégées au niveau de l'entité juridique qui les met en œuvre. Les fiscalistes considèrent généralement que le caractère transactionnel des Principes est préservé, du moins dans une certaine mesure, si l'on veille à ce que les comparaisons soient établies avec des tiers qui effectuent exclusivement ou principalement le même type de transactions que celle faisant l'objet de l'analyse.

B. Commentaires du secteur privé

8. La plupart des représentant du secteur privé qui ont répondu au questionnaire de l'OCDE sur la comparabilité ont souligné que l'analyse transactionnelle des données tierces constituait un vrai problème en pratique du fait de la difficulté de trouver des données sur des transactions de tiers qui permettent véritablement de procéder à une analyse pertinente du point de vue des prix de transfert. Ils indiquent que les informations mises à la disposition du public ne se situent pas au niveau transactionnel et n'apprennent rien sur les circonstances qui ont conduit à prendre une décision donnée en matière de fixation des prix reflétée dans la marge. Pour certains, il est possible qu'il n'existe pas toujours une différence significative entre les données transactionnelles de tiers et les données de tiers au niveau de l'entreprise, dont ils estiment qu'elles doivent être considérées comme acceptables s'il n'existe aucune donnée transactionnelle fournissant des indications plus fiables.

C. Point de vue de l'OCDE

9. Lorsqu'ils ont examiné ces questions, les pays Membres de l'OCDE ont souligné que, toutes choses étant égales par ailleurs, l'agrégation de transactions de tiers avait généralement pour effet d'amoinrir la fiabilité d'une analyse de comparabilité et qu'une analyse transactionnelle était d'une manière générale préférable lorsqu'on disposait de données transactionnelles. Toutefois, de telles données ne sont pas toujours disponibles dans la pratique. Les pays de l'OCDE sont d'accord sur le fait qu'il est nécessaire d'admettre que dans la pratique, il existe des circonstances dans lesquelles des données comparables agrégées pourraient être utilisées, mais uniquement lorsque de telles données sont les mieux à même d'établir le caractère de pleine concurrence des transactions objets des transferts entre entreprises liées.

10. Le Groupe de travail est d'avis que l'exigence d'effectuer une comparaison au niveau transactionnel devrait rester le point de départ de toute analyse de comparabilité, et qu'il est sans doute nécessaire de fournir des indications supplémentaires sur la manière dont des informations agrégées sur des transactions de tiers pourront être exploitées au mieux dans ce cadre.

11. L'expérience montre que si le recours à des données fortement agrégées, voire à des données au niveau d'une entreprise, devient la règle, certaines données comparables pourraient être régulièrement utilisées dans certains cas. Par exemple, dans le cas d'un distributeur présentant de faibles risques, il se peut qu'il n'existe sur le marché concerné que très peu d'entreprises comparables potentielles qui publient des informations et qui exercent des fonctions de distribution présentant de faibles risques. Inévitablement, l'application des principes de détermination des prix de transfert risque de devenir plus stéréotypée si les vérifications prévues dans les Principes devaient être amoindries de la sorte. Une évolution qui aurait pour effet de faire passer pour normale l'utilisation de données fortement agrégées (dans la mesure où les résultats des entreprises sont agrégés) n'est pas souhaitable, car elle pourrait être interprétée comme une approbation de cette approche.

12. Une partie de la solution pourrait consister à fournir des indications plus complètes sur les circonstances dans lesquelles l'agrégation de transactions de tiers peut être considérée comme acceptable dans une analyse de comparabilité. L'objectif est à la fois de limiter toute exagération ou au contraire toute sous-estimation de la charge administrative découlant des obligations de documentation en matière de prix de transfert, et de parvenir à une position tant théorique que pratique concernant l'agrégation de données de tiers.

13. Selon le Groupe de travail, les transactions de tiers pourraient être agrégées dans une analyse de comparabilité lorsqu'elles forment un ensemble de transactions comparables soumises aux mêmes facteurs économiques et processus décisionnels ou, d'une manière générale, qu'elles respectent les critères définis

pour que l'on puisse procéder à une analyse de comparabilité correcte. Le niveau approprié d'agrégation/distinction est affaire d'appréciation, l'objectif général étant de déterminer quel est le niveau d'agrégation qui permettra de procéder à une comparaison la plus fine possible avec des transactions contrôlées. Tel est en substance le message qui ressort des paragraphes 1.42 à 1.44 sous leur libellé actuel concernant les transactions propres d'un contribuable ; ils établissent en effet qu'il est nécessaire dans certains cas de combiner des transactions de manière à former un continuum, alors que dans d'autres, il vaut mieux distinguer entre des transactions constituant l'ensemble d'un arrangement. Ceci vaut également pour la question de l'agrégation de transactions de tiers, qui pourrait être éclaircie grâce à l'ajout de nouvelles indications dans les Principes et éventuellement d'un exemple. Il existe toutefois une différence qui tient à la difficulté pratique rencontrée pour désolidariser des informations communiquées sous une forme agrégée lorsqu'on examine des données comparables de tiers. Ainsi le problème pratique consiste-t-il moins à examiner des transactions individuelles agrégées qu'à savoir si l'on peut raisonnablement séparer des transactions agrégées de tiers potentiellement comparables.

14. L'accent mis par les méthodes de détermination des prix de transfert préconisées par l'OCDE sur l'aspect transactionnel ne signifie pas les prix de transfert devraient être analysés au niveau de chaque vente individuelle. Supposons qu'un fabricant vende chaque année un million d'ampoules fluorescentes à une partie liée. Supposons en outre que pour une raison quelconque, il ne soit pas possible d'appliquer dans son cas la méthode du prix comparable sur le marché libre, et que l'on applique en conséquence soit la méthode du coût de revient majoré, soit la méthode du prix de revente. Dans ce cas, on ne doit pas considérer que le contribuable a réalisé un million de transactions qui doivent être analysées séparément à des fins de détermination des prix de transfert.

15. Supposons maintenant qu'un contribuable réalise des transactions contrôlées consistant à importer des mixers qu'il achète à une partie liée et qu'il revend ensuite à des consommateurs finaux non liés. Supposons qu'en l'absence de méthode acceptable du prix comparable sur le marché libre, c'est la méthode du prix de revente qui a été choisie pour déterminer si le prix d'achat payé par le contribuable à sa partie liée est un prix de pleine concurrence. Supposons qu'une recherche de comparables externes a été effectuée et que plusieurs comparables externes potentiels ont été identifiés, parmi lesquels une entreprise indépendante, la SOCIÉTÉ INDÉPENDANTE, considérée comme effectuant des transactions sur le marché libre potentiellement comparables. L'activité de la SOCIÉTÉ INDÉPENDANTE consiste à vendre au détail des mixers à des consommateurs finaux. Il s'avère que des dizaines de mixers différents sont référencés dans son stock (certains étant également vendus par le contribuable, d'autres non), qu'elle a plusieurs dizaines de fournisseurs et compte environ 10 000 clients. Il ne sera pas nécessaire d'examiner un par un les achats de chacune des références de mixers effectués par la SOCIÉTÉ INDÉPENDANTE auprès de chaque fournisseur individuel. Il faut plutôt exercer son jugement et déterminer si les achats et les ventes de ces différents mixers par la SOCIÉTÉ INDÉPENDANTE obéissent à des facteurs économiques et à des processus décisionnels identiques ou similaires, et peuvent en conséquence être considérés comme une seule transaction, potentiellement comparable à celles effectuées par le contribuable, ou bien si elles doivent être isolées en fonction d'autres facteurs.

16. Supposons maintenant que le contribuable effectue deux catégories de transactions : l'achat et la revente de mixers, et l'achat et la revente de grille-pains. En plus de la question évoquée au paragraphe ci-dessus, il faudra se demander si les transactions agrégées de la SOCIÉTÉ INDÉPENDANTE peuvent être utilisées comme une donnée comparable pour évaluer les transactions agrégées du contribuable (mixers plus grille-pains) ou si elles ne peuvent servir de référence que pour la seule activité « mixers ». En fait, on ne peut déterminer si les transactions agrégées de la SOCIÉTÉ INDÉPENDANTE peuvent ou non servir de données comparables qu'après avoir étudié si les propres transactions du contribuable peuvent ou non être agrégées. En fonction des circonstances, il pourra arriver qu'une transaction isolée du contribuable soit comparée avec des transactions agrégées de la SOCIÉTÉ INDÉPENDANTE.

17. Des données de tiers agrégées au niveau de l'entreprise peuvent se révéler utiles dans le cas où il apparaît que ce tiers réalise une seule catégorie de transactions qui répondent aux critères d'agrégation définis plus haut. A l'inverse, des données agrégées au niveau d'une entreprise risquent de ne pas constituer une donnée comparable satisfaisante si le tiers a réalisé, en plus du type de transaction faisant l'objet de la comparaison, un autre type de transactions (i) ayant un profil économique et commercial différent et (ii) ayant un impact significatif sur les données.

18. Pour reprendre l'exemple du paragraphe 15 ci-dessus, supposons qu'en plus des mixers, la SOCIÉTÉ INDÉPENDANTE vende également des grille-pains. Dans cet exemple, on a supposé que faute de méthode du prix comparable sur le marché libre acceptable et faute d'informations sur les marges brutes, c'est la méthode transactionnelle de la marge nette qui a été retenue. On suppose en outre que le format légal des déclarations de résultat publiées dans le pays où la SOCIÉTÉ INDÉPENDANTE exerce ses activités ne permet pas au contribuable d'obtenir des données isolées qui lui permettraient d'opérer une distinction entre la marge nette réalisée par la SOCIÉTÉ INDÉPENDANTE sur ses ventes de mixers d'une part et sur ses ventes de grille-pains d'autre part. La question est de savoir si le contribuable peut utiliser la marge nette agrégée globale réalisée par la SOCIÉTÉ INDÉPENDANTE dans son analyse de comparabilité de son activité de vente de mixers. Ce ne sera pas nécessairement le cas, et la réponse varie selon que l'on peut ou non supposer raisonnablement que (i) les ventes de grille-pains remplissent les cinq critères de comparabilité, notamment que ces ventes présentent une analyse fonctionnelle similaire et ont des caractéristiques économiques similaires à celles des ventes de mixers, ce qui peut être très difficile à démontrer dans la pratique, ou (ii) elles représentent une fraction négligeable de l'activité totale de la SOCIÉTÉ INDÉPENDANTE.

19. On peut renvoyer ici au libellé du paragraphe 3.42 des Principes qui indique à propos de l'application de la méthode transactionnelle de la marge nette : « Par conséquent, il ne faut pas appliquer la méthode transactionnelle de la marge nette au niveau de l'ensemble de la société si celle-ci effectue beaucoup de transactions différentes entre entreprises associées qui ne peuvent être comparées sur une base globale à celles d'une entreprise indépendante. »

20. L'utilisation dans certains cas de données agrégées de tiers ne doit pas amener pour autant à conclure qu'il serait possible de comparer deux entreprises (une entreprise contribuable et une entreprise tierce) uniquement parce qu'elles appartiennent au même secteur d'activité. Une telle affirmation est inacceptable, en particulier parce qu'une telle comparaison ne tiendrait aucun compte des différences existant quant aux actifs incorporels, aux risques et aux modes d'organisation des entreprises. En fait, comme indiqué dans l'un des commentaires reçus, une telle pratique serait à la fois inappropriée et dangereuse parce qu'elle pourrait suggérer qu'il est possible d'utiliser des moyennes par branche d'activité. Par exemple, il ne serait pas conforme au principe de pleine concurrence de procéder à des comparaisons au niveau de l'entreprise de tous les distributeurs de produits agroalimentaires ou de tous les fabricants de produits électroniques sans s'occuper de savoir si les transactions réalisées par ces entreprises satisfont aux facteurs de comparabilité ainsi qu'aux critères d'agrégation.

21. En outre, admettre qu'il est possible dans certains cas d'utiliser des données au niveau de l'entreprise ne doit pas amener à conclure qu'il est permis de mettre en œuvre la MTMN sur une base agrégée sans tenir compte de manière appropriée des comparables internes éventuels, des méthodes traditionnelles fondées sur les transactions, et du niveau d'agrégation acceptable, ainsi que cela a été mentionné plus haut. Comme indiqué au paragraphe 3.50 des Principes, « [...] même en dernier ressort, il ne faut pas appliquer une méthode transactionnelle de bénéfices sans commencer par vérifier la fiabilité de cette méthode. [...] Par conséquent, s'il est nécessaire d'agréger les transactions pour appliquer une méthode transactionnelle de bénéfices et s'il est possible d'agréger les mêmes transactions et d'appliquer une méthode traditionnelle fondée sur les transactions, il faudra examiner l'incidence de cette agrégation sur la fiabilité des deux méthodes. [...] »

22. On peut également se reporter au paragraphe 3.54 des Principes : « [...] Comme pour toute autre méthode, il est important de maintenir la possibilité de calculer les ajustements corrélatifs appropriés lorsqu'on utilise des méthodes transactionnelles de bénéfices, en tenant compte du fait que, dans certains cas, ces ajustements corrélatifs peuvent être déterminés globalement, conformément aux principes d'agrégation qui figurent au chapitre I. »

23. Pour conclure, lorsqu'un contribuable estime que ses propres transactions ou que les transactions de tiers peuvent être agrégées, les motifs d'une telle agrégation devront être explicités dans la documentation de ses prix de transfert.

Définition de l'intervalle de pleine concurrence, résultats extrêmes, méthodes permettant d'améliorer la fiabilité, comparables déficitaires

A. Définition de l'intervalle de pleine concurrence

1. L'intervalle de pleine concurrence est défini aux paragraphes 1.45 à 1.47 des Principes applicables en matière de prix de transfert de la façon suivante :

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

1.46 On peut également obtenir une fourchette lorsqu'on applique plus d'une méthode pour évaluer une transaction entre entreprises associées. Par exemple, deux méthodes dotées d'un degré similaire de comparabilité pourront être utilisées pour juger si une transaction entre entreprises associées est conforme au principe de pleine concurrence. [...]

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

2. Dans la pratique, on rencontre rarement des intervalles de pleine concurrence en ce sens que chaque point de l'intervalle soit également comparable. On rencontre plus couramment des valeurs approchées d'intervalles de pleine concurrence, souvent déterminées par l'utilisation d'une méthode transactionnelle de bénéfiques. Cela a suscité une prise de conscience de la nécessité de réexaminer les orientations actuelles concernant l'intervalle, qui figurent dans les Principes de 1995 en matière de prix de transfert.

3. Il faut souligner que l'utilisation d'outils statistiques ou d'autres méthodes de détermination d'un intervalle de pleine concurrence n'a pas pour objet de compenser la mauvaise qualité des comparables – autrement dit l'idée n'est pas de remplacer la qualité par la quantité. L'étude et l'application des résultats observés à partir de transactions comparables entre parties indépendantes constituent une étape nécessaire pour effectuer une analyse de prix de transfert. L'étude des observations de l'intervalle doit être fondée sur des critères de comparabilité déterminés au cours de l'analyse fonctionnelle et économique de la transaction examinée entre parties associées.

4. Dans la suite de cette note, on examinera brièvement les questions ci-après touchant à la définition de l'intervalle :

- Questions de comparabilité concernant les résultats extrêmes
- Méthodes permettant d'améliorer la fiabilité de l'intervalle de pleine concurrence
- Comparables déficitaires

B. Résultats extrêmes : questions de comparabilité

5. Dans la pratique, les résultats extrêmes (à savoir ceux qui diffèrent sensiblement de la majorité des résultats obtenus) sont souvent exclus par les praticiens au motif qu'ils ne sont pas représentatifs de conditions commerciales normales. Les résultats extrêmes peuvent être constitués par des pertes ou des bénéfices inhabituellement élevés.

6. Les résultats extrêmes peuvent affecter les indices financiers qui sont examinés dans le cadre de la méthode retenue (par exemple, la marge brute lors de l'application d'une méthode du prix de revente minoré ou du prix de revient majoré, la marge nette lors de l'application d'une méthode transactionnelle de la marge nette). Ils peuvent aussi affecter d'autres éléments, comme les éléments hors exploitation, mais qui peuvent toutefois refléter des circonstances exceptionnelles.

7. Lorsqu'un ou plusieurs des comparables potentiels présentent des résultats extrêmes, il convient de procéder à un examen approfondi pour comprendre les raisons de tels résultats. La raison peut être une insuffisance de comparabilité ou des conditions exceptionnelles rencontrées par une tierce partie par ailleurs tout à fait comparable. Lorsque des résultats extrêmes traduisent une comparabilité insuffisante ils doivent de toute évidence être exclus. Lorsqu'ils reflètent des circonstances exceptionnelles, ils doivent aussi en général être exclus car on ne peut pas considérer qu'ils apportent une base de comparaison valable avec des transactions qui ont eu lieu dans des conditions identiques ou analogues aux transactions contrôlées du contribuable. Toute décision subjective de prendre en compte ou de rejeter des résultats extrêmes doit être envisagée à la lumière des facteurs de comparabilité. Lorsqu'on ne dispose pas d'informations suffisantes pour juger de la conformité aux facteurs de comparabilité, les résultats extrêmes peuvent être rejetés. Les résultats extrêmes peuvent également devoir être examinés à la lumière du nombre de comparables potentiels. Lorsque le nombre de comparables potentiels est faible la question se pose de savoir comment déterminer si un résultat donné est extrême. Les résultats extrêmes peuvent refléter des faits et circonstances susceptibles de remettre en question le niveau de comparabilité avec le contribuable. Un résultat extrême peut être exclu au motif qu'un défaut de comparabilité significatif auparavant négligé a été mis au jour et non pas au seul motif que le résultat venant du « comparable » proposé semble simplement différent des résultats observés pour d'autres « comparables » proposés (bien que cette information puisse nécessiter une analyse plus approfondie sur l'éventualité de circonstances exceptionnelles comme on l'a vu ci-dessus). Les résultats extrêmes peuvent être rejetés pour des raisons tenant à la comparabilité, mais non pas du seul fait qu'ils sont extrêmes.

C. Méthodes permettant d'améliorer la fiabilité

8. Certains pays ont mis au point des approches méthodologiques qui peuvent être utilisées pour améliorer la fiabilité de l'intervalle de pleine concurrence, une fois que tous les efforts ont été entrepris pour faire en sorte que les comparables potentiels qui ont été identifiés soient conformes aux critères de comparabilité. Le recours à ces approches se justifie soit par le fait que certaines insuffisances de comparabilité impossibles à chiffrer et ne permettant donc pas d'ajustements peuvent subsister, soit par le fait que tous les points de l'intervalle ne sont pas également comparables. Deux de ces méthodes sont décrites ci-dessous à titre d'exemples. Les milieux d'affaires sont expressément invités à faire part de leurs commentaires sur ces deux approches, ainsi que sur toute autre approche possible pour améliorer la fiabilité.

C.1 Résultats extrêmes : questions de fiabilité et utilisation d'outils statistiques

9. Les outils statistiques qui sont utilisés dans la pratique comprennent les centiles (comme par exemple l'intervalle interquartile), les moyennes, les moyennes pondérées, l'utilisation d'un ensemble de données ponctuelles concernant un certain nombre de comparables sur une période pluriannuelle, les médianes, etc. Les pays ont des expériences et des pratiques contrastées à cet égard. Un point de vue a été exprimé selon lequel l'utilisation d'un pool de données peut avoir des avantages, en particulier lorsque le nombre de données potentiellement comparables est faible, car l'utilisation d'outils statistiques aura plus de sens lorsqu'on a un nombre relativement important de données.

10. Il existe un consensus parmi les pays de l'OCDE sur le fait que les outils statistiques ne peuvent pas remplacer l'analyse de comparabilité et que, de toute manière, le recours à ces outils dans les cas où ils seraient acceptables n'interviendrait qu'après l'examen des facteurs de comparabilité. L'utilisation de ces outils ne doit pas être recommandée à moins qu'ils n'améliorent de façon démontrée la qualité de l'analyse. En fait, il semble utile de souligner de nouveau que la détermination des prix de transfert est une question d'appréciation et que le recours aux outils statistiques ne doit pas se faire sans discernement. Un exemple de ce type d'utilisation des outils statistiques serait le cas où l'analyse s'appuie sur des « statistiques » rudimentaires générées automatiquement par un logiciel sans faire usage d'une certaine faculté d'appréciation, nonobstant la qualité de la série de données et le nombre de « comparables » dans la série.

11. Autre point faisant l'objet d'un consensus, les outils statistiques sont souvent inadaptés à des échantillons de données relativement réduits, car ils nécessitent un ensemble d'observations portant sur une population suffisamment importante pour être significatifs. Etant donné que les outils statistiques ne peuvent être utilisés qu'après la prise en compte des facteurs de comparabilité, il ne serait pas acceptable d'inclure des comparables de qualité insuffisante dans un échantillon relativement réduit d'observations pour obtenir une population suffisamment importante et appliquer des outils statistiques.

Exemple d'outil statistique : l'intervalle interquartile

12. L'« intervalle interquartile » constitue un exemple spécifique d'outil statistique et toutes les observations générales ci-dessus concernant l'utilisation de ces outils s'appliquent aux intervalles interquartiles et autres intervalles similaires.

13. Beaucoup de commentaires concernant les outils statistiques et portant plus particulièrement sur l'intervalle interquartile ont été reçus des milieux d'affaires. Ils reflètent des opinions très diverses :

- Certains commentateurs des milieux d'affaires sont opposés à l'utilisation de l'intervalle interquartile et estiment que si les transactions entre tiers qui ont été choisies ne satisfont pas

à tous les critères de comparabilité, elles ne doivent pas être incluses dans l'intervalle en premier lieu.

- D'autres commentateurs sont favorables à l'utilisation d'outils statistiques dans les cas où elle est jugée appropriée, par exemple lorsqu'un nombre suffisamment important de transactions entre tiers ont été identifiées comme pouvant être comparées à la transaction contrôlée ; dans de tels cas, ils supposeraient que celles dont les résultats sont convergents sont, dans une certaine mesure, plus comparables que celles qui se situent aux extrêmes.
- Enfin, un certain nombre de commentateurs défendent une approche souple, selon laquelle la décision d'utiliser un intervalle interquartile (ou un autre intervalle) doit dépendre de la qualité des données utilisées et de leur répartition.

14. Certains pays de l'OCDE utilisent peu ou pas du tout les outils statistiques et n'ont pas recours à ces outils pour identifier les limites d'un intervalle de pleine concurrence à utiliser dans l'analyse. Pour ces pays, lorsque la qualité des comparables (ajustés) est telle qu'un intervalle de pleine concurrence est mis en évidence, il y a lieu de prendre en compte la totalité de cet intervalle. Voir section C-2 pour une description d'une méthode possible lorsque les transactions comparables disponibles continuent à présenter des insuffisances en termes de comparabilité.

15. D'autres pays de l'OCDE estiment que les outils statistiques qui prennent en compte une tendance centrale, tels que l'intervalle interquartile, pourraient être autorisés pour renforcer la fiabilité face à des comparables imparfaits pour lesquels il peut exister des différences appréciables, mais non quantifiables entre les transactions contrôlées et les transactions sur le marché libre, nonobstant le fait qu'il s'agit des meilleurs éléments de comparaison disponibles. Pour ces pays, l'intervalle interquartile est un outil dont l'objet est de faciliter l'appréciation et non de la remplacer.

16. Enfin, certains pays dont les marchés sont relativement étroits ont une expérience limitée de l'intervalle interquartile, dans la mesure où ils ne disposent pas en général d'un ensemble suffisamment important de tiers comparables pour appliquer ces outils statistiques.

C.2 Classement des points de l'intervalle

17. Certains pays estiment que, dans le contexte de l'analyse de comparabilité, les outils statistiques ont un rôle très limité à jouer dans l'aide à la sélection d'un point unique représentant un résultat de pleine concurrence ou dans la délimitation d'un intervalle de pleine concurrence acceptable (ou d'une valeur approximative d'un tel intervalle) et il est difficile de voir comment l'application d'outils analytiques qui ne permettent pas de procéder à des évaluations ou de donner des indications dans des conditions de comparabilité peut renforcer la comparabilité ou faciliter la réalisation d'une analyse de comparabilité.

18. Certains pays estiment que l'une des méthodes possibles consiste à classer les comparables en fonction de leur qualité. Pour ces pays, lorsque toutes les transactions sur le marché libre qui ne donnent pas d'informations comparables utiles ont été éliminées en raison de leur comparabilité insuffisante, il reste les transactions sur le marché libre qui fournissent des informations permettant, à des degrés divers, des comparaisons utiles. Dans la mesure du possible, les informations comparables concernant les transactions restantes doivent être utilisées pour classer les transactions en fonction de leur comparabilité. Ces pays estiment que, puisque la comparabilité constitue une notion multidimensionnelle, le classement des transactions du point de vue de la comparabilité nécessitera une analyse multidimensionnelle faisant intervenir un certain nombre de facteurs de comparabilité. Le classement qui en résulte n'est généralement pas aussi simple qu'une évaluation linéaire allant du plus au moins comparable sur la base d'un seul facteur de comparabilité. Il faut plutôt pondérer séparément les informations disponibles à partir de chaque

transaction pour déterminer un classement qualitatif d'ensemble indiquant la valeur de l'information et la manière dont on peut s'attendre à ce que, jointe aux informations non comparables, elle influe sur les résultats obtenus. Ces pays considèrent qu'à partir de l'analyse de chaque transaction contrôlée, il serait possible de déterminer une valeur approchée d'un intervalle de pleine concurrence et d'obtenir un ou des résultats spécifiques qui seraient considérés comme de pleine concurrence pour la transaction vérifiée.

19. D'autres pays ont exprimé des doutes sur le caractère pratique d'une telle approche et sur la validité des résultats qui en découlent étant donnée la nature subjective du processus qu'elle implique.

D - Comparables déficitaires

D.1 Commentaires des milieux d'affaires

20. De nombreux commentaires ont été reçus des milieux d'affaires sur la question de savoir si des activités déficitaires pouvaient être retenues dans la liste des comparables potentiels ou si elles devaient être systématiquement rejetées. Malgré leur diversité apparente, il semble possible d'en faire la synthèse ci-après.

21. En général, les commentateurs des milieux d'affaires considèrent que le principe qui veut que le contribuable utilise toutes les informations pertinentes donne à penser qu'il ne devrait pas y avoir de règle prépondérante sur l'inclusion ou l'exclusion des comparables déficitaires. En effet, il convient de rappeler que c'est la situation particulière de la société concernée qui doit déterminer son statut de comparable et non pas son résultat financier. Comme l'ont fait observer certains commentateurs, « la plupart, sinon toutes les sociétés connaissent des déficits à un moment donné de leur histoire. Les pertes sont un phénomène normal dans les affaires ; c'est pourquoi les entreprises ne devraient pas être automatiquement exclues de l'analyse du seul fait qu'elles génèrent des déficits. »

22. Les commentateurs des milieux d'affaires admettent néanmoins qu'il faut examiner de près les activités déficitaires avant de les accepter comme comparables. Ils évoquent à cet effet deux circonstances dans lesquelles des activités déficitaires doivent être exclues de la liste des comparables :

- Tout d'abord, lorsque les pertes ne rendent pas compte des conditions commerciales normales, car ils reconnaissent que des situations déficitaires persistantes méritent une attention particulière pour déterminer si elles doivent être maintenues ou éliminées en tant qu'élément comparables/non comparables. En particulier, un commentateur note que les sociétés déficitaires qui sont placées sous la protection du régime des faillites, par exemple, ne doivent pas être admises comme entreprises comparables, dans la mesure où leurs pertes ne relèvent pas de conditions normales d'exploitation.
- Ensuite, lorsque les pertes subies par des tierces parties reflètent des risques tels qu'ils ne sont pas comparables à ceux qu'assume le contribuable dans ses transactions contrôlées. Un commentateur considère que « en dehors des situations de démarrage, les sociétés déficitaires ne sauraient constituer des comparables convenables pour des sociétés contrôlées, parce qu'elles ont pris à l'évidence des risques plus importants que ceux que les sociétés contrôlées sont normalement censées prendre ». Un autre indique que « dans certaines circonstances, par exemple si la partie faisant l'objet de l'examen est une entité qui ne prend que très peu de risques, un comparable déficitaire peut indiquer qu'il ne s'agit en fait pas vraiment d'un comparable avec la partie faisant l'objet de l'examen et qu'il convient donc de l'exclure ».

23. Les commentateurs des milieux d'affaires qui ont répondu au questionnaire estiment que, dans les cas où le contribuable exerce des fonctions simples ou à faible risque qui amènent à exclure des

activités déficitaires de la comparaison, on peut aussi être amené à exclure des activités fortement bénéficiaires pour les mêmes raisons, à savoir la différence de profil de risque. L'argument invoqué est que, dans des conditions de pleine concurrence, des bénéfices relativement élevés constituent tout autant un signe de risque que des pertes. En conséquence, exclure systématiquement des sociétés déficitaires sans exclure aussi des sociétés fortement bénéficiaires aboutirait à créer des intervalles présentant un biais systématique par excès.

D.2 Commentaires des pays

24. Lorsqu'ils ont examiné les situations de déficit, les pays Membres ont exprimé leur point de vue selon lequel une entreprise indépendante ne poursuivrait pas des activités déficitaires à moins de pouvoir raisonnablement compter sur des bénéfices futurs. En particulier, des fonctions simples ou à faible risque ne sont pas censées générer des pertes sur une longue période.

25. Cela ne veut pas dire pour autant que des transactions déficitaires ne peuvent jamais servir de comparables. De façon générale, une transaction déficitaire doit déclencher des recherches approfondies afin de déterminer si elle peut ou non servir de comparable. Il se peut par exemple que le comparable potentiel ait fait l'objet d'une importante restructuration, par exemple une acquisition ou cession de divisions, qui soit à l'origine des pertes constatées. Lorsqu'on examine la question de savoir s'il faut ou non retenir les transactions ou activités déficitaires comme comparables, les facteurs suivants peuvent devoir être pris en compte :

- L'impact d'un niveau de risque plus élevé du comparable par rapport à la partie testée,
- Le fait que les pertes peuvent ne pas refléter des conditions d'activité normales, et
- Le fait que les pertes peuvent refléter des profils fonctionnels différents entre le comparable potentiel et la partie testée.

Un examen similaire devrait être entrepris pour les comparables potentiels qui déclarent des profits anormalement élevés par rapport aux autres comparables potentiels.

26. La synthèse des commentaires des milieux d'affaires figurant plus haut dans la sous-section D.1 pourrait constituer une bonne base de départ pour définir une position de l'OCDE sur cette question. Toutefois, les pays ont marqué un certain désaccord avec les arguments formulés par les commentateurs des milieux d'affaires tels qu'ils sont résumés au paragraphe 22 seconde puce et au paragraphe 23 ci-dessus. Plus précisément, ils pensent que des situations de déficits ou de bénéfices élevés ne devraient pas entraîner une *présomption* de profils de risque plus élevés. L'axe de l'argumentation devrait plutôt être que les comparables proposés exercent plus (moins) de fonctions, utilisent des actifs plus (moins) importants ou assument moins plus (moins) de risques que la partie faisant l'objet de l'examen, de sorte que les bénéfices observés chez les comparables proposés surestiment (sous-estiment) ceux que l'on devrait attendre pour la partie faisant l'objet de l'examen.

Les documents à l'appui de la recherche de comparables

1. La présente note n'a pas pour objet d'aborder sous un angle général les obligations de documentation en matière de prix de transfert : elle ne traite que de la documentation relative à la recherche de comparables et, en particulier, aux données comparables externes.

A- Orientations existantes

2. Les Principes applicables en matière de prix de transfert de 1995 fournissent peu d'indications sur les obligations de documentation des comparables, mis à part un principe général selon lequel les contribuables doivent conserver une documentation concernant la façon dont les prix de transfert ont été établis et être prêts à la communiquer (voir notamment paragraphes 1.68 et 5.4 des Principes). Par conséquent, et même si cela n'est pas exprimé explicitement dans le chapitre V, il paraîtrait raisonnable d'attendre d'un contribuable qui utilise des comparables pour établir ses prix de transfert qu'il fournisse une documentation adéquate sur les comparables en question.

3. Le paragraphe 5.6 stipule :

« Pour l'examen de la validité des prix de transfert à des fins fiscales, il faudra sans doute, en application des principes de gestion prudente, que le contribuable établisse des pièces écrites (ou s'y réfère) qui ne seraient normalement pas établies (ou auxquelles il ne se référerait normalement pas) en dehors du contexte fiscal, et certains documents peuvent émaner d'entreprises étrangères associées. En ce qui concerne ces types de documents, l'administration fiscale devrait soigneusement veiller à maintenir un juste équilibre entre ses besoins en documentation et le coût et la charge administrative que représente pour le contribuable la création ou l'obtention de ces documents. *Par exemple, le contribuable ne devrait pas avoir à supporter des coûts et charges disproportionnés [...] pour effectuer des recherches approfondies en vue d'obtenir des données comparables concernant les transactions sur le marché libre s'il a de bonnes raisons de penser, compte tenu des principes exposés dans le présent rapport, que de telles données n'existent pas ou que le coût de leur obtention serait excessif par rapport aux sommes en jeu* [sans italiques dans l'original]. »

4. Les Principes ne reviennent cependant à aucun moment de manière plus détaillée sur ce point et, en particulier, n'obligent pas le contribuable à expliquer, documents à l'appui, pourquoi il a de bonnes raisons de penser, compte tenu des principes exposés dans ce Rapport, qu'il n'existe pas de données comparables ou que le coût de leur obtention serait excessif par rapport aux sommes en jeu.

5. Le paragraphe 5.17 des Principes, tel qu'il est actuellement rédigé, indique ce qui suit :

« Les analyses dans l'optique du principe de pleine concurrence *nécessitent en général* [sans italiques dans l'original] des informations sur les entreprises associées participant aux transactions qui ne sont pas effectuées sur le marché libre, sur les transactions en cause, sur les

fonctions exercées, *sur les conditions pratiquées par des entreprises indépendantes réalisant des transactions ou des opérations similaires* [sans italiques dans l'original], sur tous les autres éléments qui ont pu être évoqués dans le présent rapport, compte tenu également des orientations données au paragraphe 5.4. D'autres informations complémentaires concernant les transactions entre entreprises associées peuvent également être utiles. Il peut s'agir de la nature et des conditions de la transaction, de ses conditions économiques et des biens sur lesquels elle porte, des modalités de circulation du produit ou du service entre les entreprises associées et de la modification des conditions commerciales ou de la renégociation d'accords en vigueur. Il pourra s'agir également d'une description des circonstances de toute transaction connue entre le contribuable et une entreprise indépendante similaires à celles de la transaction avec une entreprise étrangère associée et de toutes informations pouvant être utiles pour savoir si des entreprises indépendantes opérant dans des conditions de pleine concurrence dans des circonstances comparables auraient conclu une transaction conçue de façon similaire. Parmi les autres informations *pouvant* [sans italiques dans l'original] être utiles, on citera *une liste* [sans italiques dans l'original] des *entreprises* [sans italiques dans l'original] comparables ayant conclu des transactions *similaires* [sans italiques dans l'original] aux transactions en cause ».

6. La rédaction du paragraphe 5.17 appelle un certain nombre de remarques :

- Aucune référence explicite aux comparables internes n'est faite ;
- S'il est dit que les analyses de comparabilité « nécessitent en général » des informations sur les conditions pratiquées par des entreprises indépendantes réalisant des transactions ou des opérations similaires, en revanche, la fourniture d'informations sur des comparables concernant des tiers est simplement qualifiée de potentiellement utile, mais non d'obligatoire ;
- Lorsque ces informations sont jugées utiles, seule la liste des comparables est mentionnée, et non le processus d'identification des comparables ni les hypothèses sous-jacentes à l'analyse de comparabilité ;
- Dans ce paragraphe, les comparables externes sont des « entreprises comparables ayant conclu des transactions similaires aux transactions en cause ». Or, dans un souci de cohérence avec les autres paragraphes des Principes, il serait peut-être préférable de parler de « transactions sur le marché libre comparables aux transactions en cause ».

7. Lorsqu'un contribuable (ou une administration fiscale) utilise des comparables, il paraîtrait raisonnable d'exiger la fourniture d'une documentation adéquate à l'appui afin de permettre à l'interlocuteur (vérificateur, contribuable ou autorités compétentes étrangères) d'évaluer la qualité des comparables utilisés.

8. L'Annexe d'octobre 1999, qui contient des Principes pour la conclusion d'accords préalables en matière de prix dans le cadre de la Procédure amiable (APP PA), examine les renseignements et les documents qui pourraient présenter, dans l'ensemble, un intérêt pour ce type d'accord, y compris les renseignements sur la fixation de prix comparables qui pourraient être utiles dans le cadre de la documentation générale sur la fixation de prix de transfert (voir paragraphe 40 de l'Annexe) :

« Le contribuable doit inclure une discussion sur la disponibilité et l'utilisation d'informations sur les prix comparables. Cela comprend une description de la manière dont les recherches de prix comparables ont été effectuées (y compris les critères de recherche utilisés), des données relatives aux transactions sur le marché libre qui ont été obtenues de tiers et de la manière dont

ces données ont été acceptées ou rejetées selon qu'elles étaient considérées ou non comme comparables. Le contribuable devrait aussi présenter une description de transactions comparables ainsi que des ajustements destinés à tenir compte des différences matérielles éventuelles entre les transactions contrôlées et les transactions sur le marché libre. Dans les cas où il n'est pas possible d'identifier des transactions comparables, le contribuable doit démontrer, en se référant aux données pertinentes relatives au marché ainsi qu'aux données financières (y compris les données internes concernant le contribuable), que la méthodologie choisie est bien conforme au principe de pleine concurrence. »

9. Au vu de l'expérience acquise depuis la publication des Principes en 1995, il pourrait être utile de compléter le chapitre V par des indications relatives à la documentation à fournir sur le processus de recherche et d'ajustement des comparables internes comme externes, y compris sur le processus qui aboutit à retenir (ou à rejeter) des comparables.

B - Commentaires reçus de la communauté des affaires

10. Il ressort de nombreuses contributions reçues en réponse au questionnaire sur la comparabilité que les commentateurs de la communauté des affaires sont bien conscients de la nécessité de fournir une documentation à l'appui des analyses de comparabilité.

11. Ces commentateurs sont globalement favorables à un processus transparent et étayé par des documents. Tout en reconnaissant que le processus de recherche de données comparables peut être empreint d'une certaine subjectivité, les commentateurs appellent de leurs vœux une stratégie de recherche appliquée avec constance et objectivité qui évite de sélectionner de manière opportuniste les entreprises potentiellement comparables. Elles reconnaissent l'importance d'une procédure de recherche et de critères d'évaluation de la comparabilité correctement documentés, afin de garantir la transparence de la norme de comparabilité et de dissuader contribuables comme autorités fiscales d'effectuer leur tri.

12. De manière générale, les commentateurs du privé qui ont répondu au questionnaire seraient favorables à ce que dans une rédaction future, les Principes insistent bien sur la nécessité de fournir une documentation à l'appui du processus de recherche et de l'expliquer, tout en tenant compte de certaines des difficultés qu'il peut y avoir, dans divers pays, à obtenir des informations publiques.

C- Structure d'une étude (de comparabilité) des prix de transfert

13. Les pays comme les contribuables pourraient juger utile la mise au point d'indications sur la structure que devrait présenter une analyse des prix de transfert pour faire une évaluation et une utilisation les plus poussées possible des données comparables externes (ou, plus généralement, pour parvenir effectivement à un résultat de pleine concurrence).

14. La présente note n'ayant pas pour objet d'aborder sous un angle général la documentation à fournir à l'appui de prix de transfert, les commentaires qui suivent portent essentiellement sur une éventuelle élaboration de normes de documentation portant sur l'analyse de comparabilité.

15. Bien évidemment, si la documentation a pour but de permettre une évaluation des comparables utilisés dans une étude de prix de transfert, il ne sera pas possible de se contenter de fournir une liste de « comparables ». Il paraîtrait légitime de faire obligation à un contribuable ou à une administration fiscale qui a utilisé des comparables internes ou externes à l'appui de sa politique de prix de transfert ou pour justifier un ajustement des prix de transfert, respectivement, de communiquer des documents décrivant et expliquant le processus suivi pour parvenir à une liste donnée de comparables et à l'intervalle de pleine concurrence.

16. Sans qu'il s'agisse de vouloir imposer tel ou tel processus, on trouvera dans une autre note intitulée « Critères permettant de sélectionner ou de rejeter des tiers ou des transactions de tiers : degré d'objectivité de la liste des données comparables externes », une description d'un processus type permettant d'identifier des transactions comparables et d'utiliser les données ainsi obtenues. Lorsqu'une étude de prix de transfert s'appuie sur des données comparables obtenues à l'issue d'un processus de ce genre (lequel n'a pas besoin d'être strictement identique à celui décrit dans la note mentionnée ci-dessus), il ne semble pas déraisonnable d'attendre une description et une explication de chaque étape du processus afin que l'administration fiscale effectuant le contrôle soit en mesure d'évaluer la qualité de l'analyse. Sinon, on voit mal comment l'étude des prix de transfert en question pourrait être considérée comme convaincante.

17. A titre d'exemple, si un contribuable utilise des données portant sur plusieurs années au motif que ses transactions sont sujettes à des cycles, il paraîtrait légitime d'attendre de lui qu'il fournisse une documentation expliquant pourquoi il estime que l'on se trouve en présence d'un cycle, qualifiant le type de cycle en cause (cycle économique, cycle de produit, etc.), indiquant la durée du cycle et à quel point du cycle l'entreprise associée se trouve. Les critères qualitatifs et quantitatifs sur la base desquels les comparables ont été retenus ou, au contraire, rejetés doivent faire l'objet d'une documentation étayée dans la mesure où ils comportent inévitablement une certaine part de subjectivité et où ils influent largement sur le résultat de l'étude. Lorsqu'un contribuable estime qu'il n'existe pas de données comparables ou que le coût de leur obtention serait excessif par rapport aux sommes en jeu (voir paragraphe 5.6 des Principes de 1995 en matière de prix de transfert), les raisons devraient en être explicitées. De la même façon, lorsqu'un contribuable procède à des ajustements de comparabilité, il paraîtrait raisonnable de lui demander de décrire les ajustements en question, d'expliquer les raisons qui l'ont amené à les faire et la méthode utilisée.

18. De fait, les mêmes remarques s'appliquent à chacune des étapes du processus suivi. Cette formalité ne devrait pas alourdir sensiblement les obligations des contribuables en matière de documentation : elle n'imposerait pas de recherche supplémentaire de données, mais plutôt l'obligation de rendre compte d'un processus qui est de toute façon suivi dès lors qu'une analyse de comparabilité est effectuée.

19. Les problèmes de documentation relatifs aux sources d'information, les documents à fournir sur les critères de sélection ou pour prouver l'objectivité de la liste des comparables retenus, et les pièces à fournir à l'appui d'ajustements de comparabilité font l'objet de commentaires dans trois notes distinctes, respectivement intitulées « Détermination des sources d'information disponibles et de leur fiabilité », « Critères permettant de sélectionner ou de rejeter des tiers ou des transactions de tiers : degré d'objectivité de la liste des données comparables externes », et « Détermination et réalisation d'ajustements de comparabilité le cas échéant ».

D- Conclusion préliminaire sur les questions de documentation

20. Il pourrait être souhaitable que l'OCDE élabore des orientations sur la structure optimale d'une analyse des prix de transfert du point de vue de l'évaluation et de l'utilisation des données comparables externes. A cet égard, le processus décrit dans la note intitulée « Critères permettant de sélectionner ou de rejeter des tiers ou des transactions de tiers : degré d'objectivité de la liste des données comparables externes » pourrait constituer un point de départ utile.