



**Principes de l'OCDE applicables
en matière de prix de transfert
à l'intention des entreprises
multinationales
et des administrations
fiscales**

Janvier 2022

**Principes de l'OCDE
applicables en matière
de prix de transfert
à l'intention
des entreprises
multinationales
et des administrations
fiscales
2022**

Ce document, ainsi que les données et cartes qu'il peut comprendre, sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.

Merci de citer cet ouvrage comme suit :

OCDE (2022), *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales 2022*, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/5357f003-fr>.

ISBN 978-92-64-66854-6 (imprimé)

ISBN 978-92-64-40745-9 (pdf)

Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales

ISSN 2076-9725 (imprimé)

ISSN 2076-9733 (en ligne)

Les corrigenda des publications sont disponibles sur :

<https://www.oecd.org/fr/apropos/editionsocde/corrigendadepublicationsdelocde.htm>.

© OCDE 2022

L'utilisation de ce contenu, qu'il soit numérique ou imprimé, est régie par les conditions d'utilisation suivantes :

<http://www.oecd.org/fr/conditionsdutilisation>.

Avant-propos

Ces Principes constituent une révision du rapport de l'OCDE *Prix de transfert et entreprises multinationales* (1979). Ils ont été approuvés dans leur version originale par le Comité des affaires fiscales le 27 juin 1995 et par le Conseil de l'OCDE le 13 juillet 1995 pour publication.

Depuis leur version originale, ces Principes ont été complétés :

- par le rapport sur les droits incorporels et les services, adopté par le Comité des affaires fiscales le 23 janvier 1996 [DAFFE/CFA(96)2] dont le Conseil a pris note le 11 avril 1996 [C(96)46], incorporé aux chapitres VI et VII ;
- par le rapport sur les accords de répartition des coûts, adopté par le Comité des affaires fiscales le 25 juin 1997 [DAFFE/CFA(97)27] dont le Conseil a pris note le 24 juillet 1997 [C(97)144], incorporé au chapitre VIII ;
- par le rapport sur les lignes directrices pour le processus de suivi relatif aux principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert et l'implication des milieux des affaires, adopté par le Comité des affaires fiscales le 24 juin 1997 [DAFFE/CFA/WD(97)11/REV1] dont le Conseil a pris note le 23 octobre 1997 [C(97)196], incorporé aux annexes ;
- par le rapport sur les principes pour la conclusion d'accords préalables en matière de prix dans le cadre de la procédure amiable, adopté par le Comité des affaires fiscales le 30 juin 1999 [DAFFE/CFA(99)31] dont le Conseil a pris note le 28 octobre 1999 [C(99)138], incorporé aux annexes ;
- par le rapport sur les aspects prix de transfert des réorganisations d'entreprises, adopté par le Comité des affaires fiscales le 22 juin 2010 [CTPA/CFA(2010)46] et approuvé par le Conseil le 22 juillet 2010 [Annexe I au document C(2010)99], incorporé au chapitre IX ;
- par le rapport qui contient d'instructions à l'intention des administrations fiscales sur l'application de l'approche relative

aux actifs incorporels difficiles à valoriser, adopté par le Comité des affaires fiscales le 4 juin 2018 [CTPA/CFA/NOE2(2018)25], incorporé aux annexes; et

- par le rapport qui contient les instructions sur les prix de transfert relatives aux transactions financières, adopté par le Comité des affaires fiscales le 20 janvier 2020 [CTPA/CFA/NOE2(2019)75], incorporé à la section D.1.2.2 du chapitre I et au chapitre X.

De plus, ces Principes ont été modifiés :

- par une mise à jour du chapitre IV, adoptée par le Comité des affaires fiscales le 6 juin 2008 [CTPA/CFA(2008)30/REV1] et par une mise à jour de l'avant-propos et de la préface, adoptée par le Comité des affaires fiscales le 22 juin 2009 [CTPA/CFA(2009)51/REV1], approuvées par le Conseil le 16 juillet 2009 [C(2009)88];
- par une révision des chapitres I-III, adoptée par le Comité des affaires fiscales le 22 juin 2010 [CTPA/CFA(2010)55] et approuvée par le Conseil le 22 juillet 2010 [Annexe I au document C(2010)99];
- par une mise à jour de l'avant-propos, de la préface, du glossaire, des chapitres IV-VIII et des annexes, adoptée par le Comité des affaires fiscales le 22 juin 2010 [CTPA/CFA(2010)47] et approuvée par le Conseil le 22 juillet 2010 [Annexe I au document C(2010)99];
- par une révision de la section E sur les régimes de protection du chapitre IV comportant l'ajout d'une annexe supplémentaire à ce chapitre contenant trois modèles de protocole d'accord pour l'établissement de régimes de protection bilatéraux, adoptée par le Comité des affaires fiscales le 26 avril 2013 [CTPA/CFA(2013)23] et approuvée par le Conseil le 16 mai 2013 [C(2013)69];
- par une révision des chapitres I, II et V-VIII résultant du Rapport sur les Actions 8-10 du BEPS, « Aligner les prix de transfert calculés sur la création de valeur » et du Rapport sur l'Action 13 du BEPS, « Documentation des prix de transfert et Déclaration pays par pays », approuvés par le Conseil le 1^{er} octobre 2015 [C(2015)125/ADD8 et C(2015)125/ADD11];
- par une révision du chapitre IX adoptée par le Comité des affaires fiscales le 31 décembre 2016 [CTPA/CFA/NOE2(2016)76] et approuvée par le Conseil le 3 avril 2017 [C(2017)37];
- par une mise à jour de l'avant-propos, de la préface, du glossaire, des chapitres I-IV et des annexes, adoptée par le Comité des affaires fiscales le 19 mai 2017 [CTPA/CFA/NOE2(2017)21];

- par une révision de la section C sur la méthode transactionnelle de partage des bénéfices dans la Partie III du chapitre II et des annexes, adoptée par le Comité des affaires fiscales le 4 juin 2018 [CTPA/CFA/NOE2(2018)24];
- par une mise à jour de l'avant-propos, de la préface, du glossaire, des chapitres I-IX et des annexes, adoptée par le Comité des affaires fiscales le 7 janvier 2022 [CTPA/CFA/NOE2(2021)52].

Ces Principes continueront à être complétés par des directives additionnelles sur d'autres aspects des prix de transfert et seront périodiquement examinés et révisés de manière continue.

Table des matières

Préface	11
Abréviations et acronymes	17
Glossaire	19
Chapitre I. Le principe de pleine concurrence	29
A. Introduction	29
B. Exposé du principe de pleine concurrence	31
C. Une approche ne reposant pas sur le principe de pleine concurrence : la répartition globale selon une formule préétablie	35
D. Guide pour l'application du principe de pleine concurrence	40
Chapitre II. Méthodes de prix de transfert	99
Partie I : Sélection de la méthode de prix de transfert	99
A. Sélection de la méthode de détermination des prix de transfert la plus appropriée aux circonstances du cas d'espèce	99
B. Utilisation de plusieurs méthodes	102
Partie II : Méthodes traditionnelles fondées sur les transactions	103
A. Introduction	103
B. Méthode du prix comparable sur le marché libre	103
C. Méthode du prix de revente	108
D. Méthode du coût majoré	114
Partie III : Méthodes transactionnelles de bénéfices	121
A. Introduction	121
B. Méthode transactionnelle de la marge nette	121
C. Orientations relatives à la méthode transactionnelle de partage des bénéfices	138
D. Les méthodes transactionnelles de bénéfices : conclusions	160

Chapitre III. Analyse de comparabilité	163
A. Réalisation d'une analyse de comparabilité	163
B. Cadre temporel et comparabilité	183
C. Respect des obligations fiscales par les contribuables	187
Chapitre IV. Méthodes administratives destinées à éviter et à régler les différends en matière de prix de transfert	189
A. Introduction	189
B. Pratiques de mise en œuvre du régime des prix de transfert	190
C. L'ajustement corrélatif et la procédure amiable : articles 9 et 25 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE	198
D. Contrôles fiscaux simultanés	218
E. Régimes de protection	223
F. Les accords préalables en matière de prix de transfert	235
G. Arbitrage	247
Chapitre V. Documentation	249
A. Introduction	249
B. Objectifs des obligations de documentation des prix de transfert	250
C. Une approche à trois niveaux de la documentation des prix de transfert	254
D. Respect des règles par les contribuables	257
E. Mise en œuvre	263
Chapitre VI. Considérations particulières applicables aux actifs incorporels	269
A. Identifier les actifs incorporels	271
B. Propriété des actifs incorporels et transactions portant sur la mise au point, l'amélioration, l'entretien, la protection et l'exploitation d'actifs incorporels	281
C. Transactions portant sur l'utilisation ou le transfert d'actifs incorporels	303
D. Principes supplémentaires pour déterminer les conditions de pleine concurrence dans le cas de transactions portant sur des actifs incorporels	310
Chapitre VII. Considérations particulières applicables aux services intra-groupe	347
A. Introduction	347
B. Principales questions	348
C. Exemples de services intra-groupe	361
D. Services intra-groupe à faible valeur ajoutée	362

Chapitre VIII. Accords de répartition des coûts	375
A. Introduction	375
B. La notion d'ARC	375
C. Application du principe de pleine concurrence	379
D. Adhésion, retrait ou résiliation.	391
E. Recommandations pour la structuration et la documentation des ARC	393
Chapitre IX. Aspects prix de transfert des réorganisations d'entreprises	397
Introduction	397
A. Champ du chapitre.	397
B. Application de l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE et des présents Principes aux réorganisations d'entreprises : cadre théorique.	399
Partie I : Rémunération de pleine concurrence de la réorganisation proprement dite	401
A. Introduction	401
B. Comprendre la réorganisation proprement dite	402
C. Reconnaissance de la délimitation précise des transactions de réorganisation	410
D. Modification de l'allocation du potentiel de profits suite à une réorganisation d'entreprise.	413
E. Transfert d'un élément de valeur (par exemple d'un actif ou d'une activité).	416
F. Indemnisation de l'entité restructurée au titre de la rupture ou de la renégociation substantielle d'accords existants	426
Partie II : Rémunération des transactions contrôlées post-réorganisation	435
A. Réorganisation et « structuration »	435
B. Application aux réorganisations d'entreprises : choix et application d'une méthode de prix de transfert pour les transactions contrôlées post-réorganisation.	438
C. Lien entre la rémunération de la réorganisation et celle des transactions conclues ultérieurement.	440
D. Comparaison des situations avant et après la réorganisation	441
E. Économies de localisation	445
Chapitre X. Instructions sur les prix de transfert relatives aux transactions financières	449
A. Introduction	449
B. Interaction avec les orientations contenues à la section D.1. du chapitre I	449

C. La fonction trésorerie.....	458
D. Garanties financières.....	485
E. Assurance captive	494

Liste des annexes507

Annexe aux Principes applicables en matière de prix de transfert.

Lignes directrices pour le processus de suivi relatif aux principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert et implication des milieux d'affaires . . .	509
---	-----

Annexe I au chapitre II. Sensibilité des indicateurs de marge brute et de marge nette.	517
--	-----

Annexe II au chapitre II. Exemples illustrant l'application de la méthode transactionnelle de partage des bénéfices	523
--	-----

Annexe au chapitre III. Exemple d'ajustement du fonds de roulement.	545
---	-----

Annexe I au chapitre IV. Modèles de protocole d'accord entre les autorités compétentes pour l'établissement de régimes de protection bilatéraux.	551
--	-----

Annexe II au chapitre IV. Principes pour la conclusion d'accords préalables en matière de prix dans le cadre de la procédure amiable (« APP PA »)	575
--	-----

Annexe I au chapitre V. Documentation des prix de transfert – Fichier principal.....	607
---	-----

Annexe II au chapitre V. Documentation des prix de transfert – Fichier local	611
---	-----

Annexe III au chapitre V. Documentation des prix de transfert – Déclaration pays par pays	615
--	-----

Annexe IV au Chapitre V. Dispositif de mise en œuvre des déclarations pays par pays	627
--	-----

Annexe I au chapitre VI. Exemples illustrant les principes relatifs aux actifs incorporels.....	671
--	-----

Annexe II au chapitre VI. Instructions à l'intention des administrations fiscales sur l'application de l'approche des actifs incorporels difficiles à valoriser.	707
--	-----

Annexe au chapitre VIII. Exemples illustrant les principes relatifs aux accords de répartition des coûts.....	719
--	-----

Préface

1. Le rôle des entreprises multinationales dans le commerce mondial connaît un développement spectaculaire depuis l'adoption de ces Principes en 1995, qui tient en partie au rythme de plus en plus rapide de l'intégration des économies nationales et du progrès technologique, notamment dans le domaine des communications. La croissance des entreprises multinationales pose des problèmes de plus en plus complexes aux administrations fiscales et aux entreprises multinationales elles-mêmes, car les règles d'imposition de ces entreprises, différentes selon les juridictions, ne peuvent être considérées isolément, mais doivent être analysées dans un contexte international plus large.

2. Ces problèmes découlent essentiellement de la difficulté pratique que soulève, pour les entreprises multinationales et les administrations fiscales, la détermination des revenus et dépenses d'une société ou d'un établissement stable faisant partie d'un groupe multinational qui devraient être pris en compte par une autorité fiscale, surtout lorsque les activités du groupe multinational sont fortement intégrées.

3. Du point de vue des entreprises multinationales, le fait de devoir se conformer à des obligations juridiques et administratives pouvant être différentes d'une juridiction à l'autre est source de problèmes supplémentaires. Ces différences peuvent se traduire pour l'entreprise multinationale par une plus lourde charge et résulter en un coût plus élevé pour respecter ses obligations que pour une entreprise similaire relevant d'une seule autorité fiscale.

4. Du point de vue des administrations fiscales, les problèmes particuliers qui se posent se situent à la fois au plan des principes et au plan pratique. Au plan des principes, les autorités nationales doivent concilier leur droit légitime d'imposer les bénéfices d'un contribuable qui peuvent raisonnablement être censés provenir de leur territoire et la nécessité d'éviter l'imposition d'un même élément de revenu par plusieurs autorités fiscales. Cette double imposition peut créer des obstacles aux transactions transfrontières de biens et services et entraver la circulation des capitaux. Sur un plan pratique, l'autorité fiscale peut éprouver des difficultés à déterminer la répartition des bénéfices parce qu'elle a du mal à obtenir des données ne relevant pas de sa compétence territoriale.

5. Fondamentalement, les compétences fiscales revendiquées par chaque juridiction varient selon que le système d'imposition est fondé sur

la résidence, sur la source ou sur ces deux éléments. Avec un système fiscal fondé sur la résidence, une juridiction inclura dans l'assiette imposable tout ou partie du revenu, y compris le revenu de source extérieure à cette juridiction, de toute personne (y compris les personnes morales telles que les sociétés) considérée comme résidant sur son territoire. Avec un système fondé sur la source, une juridiction inclura dans l'assiette imposable les revenus générés sur son territoire, quelle que soit la résidence du contribuable. Appliqués aux entreprises multinationales, ces deux systèmes, souvent utilisés conjointement, traitent chaque entreprise faisant partie d'un groupe multinational comme une entité distincte. Les pays membres de l'OCDE ont opté pour cette approche de l'entité distincte parce qu'elle constitue le moyen le plus raisonnable de parvenir à des résultats équitables et de réduire le risque de non élimination de la double imposition. Par conséquent, chaque membre du groupe individuellement est imposé sur les revenus qu'il réalise (sur le fondement de la résidence ou de la source).

6. Pour appliquer l'approche de l'entité distincte aux transactions internes au groupe, il faut imposer les différents membres du groupe en partant de l'idée qu'ils opèrent en pleine concurrence dans leurs transactions internes au groupe. Cependant, les liens qui unissent les membres d'un groupe multinational peuvent leur permettre de fixer dans leurs relations au sein du groupe des conditions spéciales qui diffèrent de celles qui auraient été applicables si les membres du groupe, avaient agi comme des entreprises indépendantes opérant sur des marchés libres. Pour assurer l'application correcte de la méthode de l'entité distincte, les pays membres de l'OCDE ont convenu d'adopter le principe de pleine concurrence, qui devrait éliminer l'incidence de conditions spéciales sur les niveaux de bénéfices.

7. Ces principes de fiscalité internationale ont été choisis par les pays membres de l'OCDE pour servir un double objectif : asseoir correctement l'impôt dans chaque juridiction et éviter les doubles impositions, de façon à éviter les conflits entre administrations fiscales et à promouvoir les échanges et les investissements internationaux. Dans une économie mondiale, la coordination internationale est mieux à même de parvenir à ces objectifs que la surenchère fiscale. L'OCDE, qui a pour vocation de contribuer à l'expansion des échanges mondiaux sur une base multilatérale et non discriminatoire et de réaliser dans les pays membres le taux de croissance durable le plus élevé possible, s'est constamment efforcée de dégager un consensus à propos des principes de fiscalité internationale, afin d'éviter des réponses unilatérales à des problèmes multilatéraux.

8. Les principes d'imposition des entreprises multinationales évoqués ci-dessus sont énoncés dans le Modèle de Convention fiscale de l'OCDE concernant le revenu et la fortune (Modèle de Convention fiscale de l'OCDE), qui constitue la base du vaste réseau de conventions bilatérales concernant l'impôt sur le revenu conclues entre les pays membres de l'OCDE, d'une part,

et entre ces pays et les pays non membres d'autre part. Ces principes figurent également dans le Modèle de convention des Nations Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement.

9. Les conventions bilatérales contiennent les principaux mécanismes destinés à résoudre les problèmes qui se posent pour l'application des principes fiscaux internationaux aux entreprises multinationales. Les articles qui concernent au premier chef l'imposition des entreprises multinationales sont les suivants : l'article 4, qui définit la résidence, les articles 5 et 7, qui ont trait à l'imposition des établissements stables, l'article 9, qui porte sur l'imposition des bénéfices d'entreprises associées et applique le principe de pleine concurrence, les articles 10, 11 et 12 qui fixent respectivement le régime de l'imposition des dividendes, des intérêts et des redevances, et les articles 24, 25 et 26, qui renforcent des dispositions spéciales relatives à la non-discrimination, au règlement des différends et à l'échange de renseignements.

10. Le Comité des affaires fiscales, le principal organe de politique fiscale de l'OCDE, a publié un certain nombre de rapports concernant l'application de ces articles aux entreprises multinationales et aux autres entreprises. Le Comité a encouragé l'adoption d'interprétations communes de ces articles, de manière à réduire ainsi le risque d'imposition inadéquate et à permettre de résoudre dans les meilleures conditions les problèmes qui découlent de l'interaction entre les réglementations et pratiques des différentes juridictions.

11. Dans l'application des principes d'imposition des entreprises multinationales exposés ci-dessus, l'une des questions les plus difficiles qui se soit posée concerne la fixation de justes prix de transfert. Les prix de transfert sont les prix auxquels une entreprise transfère des biens corporels, actifs incorporels, ou rend des services à des entreprises associées. Dans le cadre de ces Principes, une « entreprise associée » est une entreprise qui remplit les conditions précisées à l'article 9, paragraphes 1a) et 1b) du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE. Selon ces conditions, deux entreprises sont associées si l'une d'elles participe directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital de l'autre ou si « les mêmes personnes participent directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital » des deux entreprises (c'est-à-dire que les deux entreprises sont soumises à un contrôle commun). Les questions qui sont abordées dans les présents Principes se posent également dans le contexte du traitement des établissements comme indiqué dans le *Rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables* adopté par le Conseil de l'OCDE en juillet 2010, et qui remplace le rapport de l'OCDE *Modèle de Convention fiscale : Attribution de revenus aux établissements stables* (1994). Des indications utiles sont également fournies dans le rapport de l'OCDE *L'Évasion et la fraude fiscales internationales* (1987).

12. Si les prix de transfert sont importants aussi bien pour les contribuables que pour les administrations fiscales, c'est parce qu'ils déterminent, dans une

large mesure, la répartition des revenus et des dépenses et, par conséquent, des bénéfices imposables entre les entreprises associées relevant d'autorités fiscales différentes. Au départ, ce type de problème est apparu dans les transactions entre entreprises associées relevant d'une même autorité fiscale. Les problèmes internes ne sont pas considérés dans les présents Principes qui sont exclusivement consacrés aux aspects internationaux des prix de transfert. La difficulté est plus grande sur le plan international, puisque plusieurs autorités fiscales sont en cause et que, dès lors, l'ajustement du prix de transfert dans une juridiction implique qu'un ajustement correspondant est approprié dans une autre juridiction. Cependant, si l'autre juridiction n'est pas d'accord pour opérer un ajustement correspondant, le groupe multinational sera imposé deux fois sur cette partie de ses bénéfices. Afin de minimiser le risque d'une telle double imposition, un consensus au niveau international sur les modalités de fixation des prix de transfert dans les transactions internationales est nécessaire.

13. Ces Principes constituent une révision et une compilation de divers rapports précédents du Comité des affaires fiscales traitant de la détermination des prix de transfert dans le cadre des entreprises multinationales. Le principal rapport est *Prix de transfert et entreprises multinationales* (1979) (le « rapport de 1979 ») qui a été abrogé par le Conseil de l'OCDE en 1995. D'autres rapports abordent la question des prix de transfert sous un angle spécifique. Il s'agit des rapports intitulés *Prix de transfert et entreprises multinationales – trois études fiscales* (1984) (le « rapport de 1984 ») et *Sous-capitalisation* (le « rapport de 1987 »). Une liste des amendements effectués à ces Principes figure en avant-propos.

14. Ces Principes s'appuient également sur l'examen entrepris par l'OCDE, du projet de réglementation d'application de l'article 482 du code des impôts des États-Unis [voir le rapport OCDE : *Les aspects fiscaux des prix de transfert pratiqués au sein des entreprises multinationales : les propositions américaines de règlements* (1993)]. Néanmoins ces Principes s'inscrivent dans un contexte très différent, sa portée est beaucoup plus limitée et il vise spécifiquement le projet de réglementation des États-Unis.

15. Les pays membres de l'OCDE demeurent attachés au principe de pleine concurrence, tel qu'il est exprimé dans le Modèle de Convention fiscale de l'OCDE (et dans les conventions bilatérales qui les obligent à respecter ce principe) et dans le rapport de 1979. Ces Principes portent sur l'application du principe de pleine concurrence pour déterminer les prix de transfert des entreprises associées. Ces Principes visent à aider les administrations fiscales (des pays membres de l'OCDE comme des pays non membres) et les entreprises multinationales, en indiquant les moyens permettant de trouver une solution satisfaisante aux problèmes de prix de transfert, de manière à réduire au minimum les conflits entre administrations fiscales ainsi qu'entre les administrations fiscales et les entreprises multinationales, et d'éviter des

contentieux coûteux. Ces Principes analysent les méthodes pouvant être mises en œuvre pour déterminer si les conditions qui régissent les relations commerciales et financières au sein d'une entreprise multinationale répondent au principe de pleine concurrence et examinent l'application pratique de ces méthodes. Ils contiennent également une analyse de la méthode de répartition globale selon une formule préétablie.

16. Les pays membres sont encouragés à suivre ces principes dans leurs pratiques internes en matière de prix de transfert, et les contribuables sont invités à les suivre dans l'évaluation de la conformité de leurs prix de transfert au principe de pleine concurrence en vue de l'imposition. Les administrations fiscales sont invitées à tenir compte de l'appréciation du contribuable, d'un point de vue commercial, quant à l'application du principe de pleine concurrence dans le cadre de leurs vérifications, et de mettre en œuvre leurs analyses des prix de transfert en se plaçant de ce point de vue.

17. Ces Principes ont aussi pour objet de permettre le règlement des problèmes de fixation des prix de transfert dans le cadre des procédures amiables et, le cas échéant, des procédures d'arbitrage, entre pays membres de l'OCDE. Ils indiquent en outre la marche à suivre lorsqu'une demande d'ajustement corrélatif a été formulée. Les Commentaires sur le paragraphe 2 de l'Article 9 du Modèle de Convention fiscale précisent que l'État auquel un ajustement corrélatif est demandé n'est tenu d'y procéder que s'il « estime que le chiffre des bénéfices rectifiés correspond bien à celui qui aurait été obtenu si les transactions avaient été conclues en toute indépendance ». Cela signifie que, dans le cadre des procédures mises en œuvre par les autorités compétentes, il appartient à l'État qui a proposé l'ajustement primaire de démontrer à l'autre État que « l'ajustement est justifié dans son principe et dans son montant ». Il faudra que les autorités compétentes des deux États appliquent les procédures amiables dans un esprit de coopération.

18. Dans la recherche d'un équilibre entre les intérêts des contribuables et ceux des administrations fiscales selon des modalités qui soient équitables pour toutes les parties en présence, il est nécessaire de tenir compte de tous les éléments qui interviennent dans la fixation d'un prix de transfert. L'un de ces éléments est de déterminer à qui incombe la charge de la preuve. Dans la plupart des juridictions, cette charge incombe à l'Administration, qui doit démontrer d'emblée que le prix fixé par le contribuable est incompatible avec le principe de pleine concurrence. Il faut cependant noter que, même dans un tel cas, l'administration fiscale pourrait encore normalement obliger le contribuable à produire ses pièces justificatives concernant les transactions entre entreprises associées en vue de lui permettre d'effectuer sa vérification. Dans d'autres juridictions, la charge de la preuve peut incomber au contribuable à certains égards. Certains pays membres de l'OCDE estiment que l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE établit des règles en matière de charge de la

preuve dans les affaires de prix de transfert qui l'emportent sur toutes dispositions nationales contraires. Toutefois, d'autres pays estiment que l'Article 9 ne fixe pas de règles en matière de charge de la preuve (cf. paragraphe 4 des Commentaires sur l'Article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE). Quelle que soit la partie à qui incombe la charge de la preuve, il faudrait rechercher si l'attribution de cette charge est équitable compte tenu des autres caractéristiques du système fiscal de la juridiction qui ont une incidence sur l'application des dispositions régissant les prix de transfert, y compris en matière de règlement des différends. Ces caractéristiques comprennent les pénalités, les procédures de vérification, les procédures de recours administratif, les dispositions régissant le paiement d'intérêts sur les impôts dus et les remboursements, l'obligation éventuelle d'effectuer le paiement d'impôt correspondant au redressement avant de contester un redressement, les règles de prescriptions et la notification préalable éventuelle des dispositions applicables. Il ne faut pas utiliser l'une ou l'autre de ces règles, notamment en ce qui concerne la charge de la preuve, pour justifier des assertions sans fondement concernant les prix de transfert. Certains de ces points sont examinés plus en détail au chapitre IV.

19. Les présents Principes sont consacrés aux principales questions de principe qui se posent dans le domaine des prix de transfert. Le Comité des affaires fiscales a l'intention de poursuivre ses travaux dans ce domaine. Une révision des chapitres I-III et un nouveau chapitre IX ont été approuvés en 2010, reflétant les travaux entrepris par le Comité des affaires fiscales sur les questions de comparabilité, les méthodes transactionnelles de profits et les aspects prix de transfert des réorganisations d'entreprises. En 2013, les orientations relatives aux régimes de protection ont également été révisées afin d'indiquer clairement que, s'ils sont bien conçus, les régimes de protection peuvent contribuer à alléger la charge de conformité et procurer une certitude accrue aux contribuables. En 2016, ces Principes ont été profondément remaniés afin de prendre en compte les précisions et modifications adoptées dans le Rapport de 2015 sur les Actions 8-10 du BEPS, *Aligner les prix de transfert calculés sur la création de valeur* et dans le Rapport sur l'Action 13, *Documentation des prix de transfert et Déclaration pays par pays*. En 2018, une révision des orientations relatives à la méthode transactionnelle de partage des bénéfices dans le chapitre II a été adoptée, ainsi comme un nouveau annexe au chapitre VI qui fournit des instructions à l'intention des administrations fiscales sur l'application de l'approche aux actifs incorporels difficiles à valoriser. Enfin, en 2020, un nouveau chapitre X a été ajouté à ces Principes pour incorporer les instructions sur les prix de transfert relatives aux transactions financières. Le Comité a l'intention d'examiner régulièrement les expériences des pays membres de l'OCDE et de juridictions non membres sélectionnés en ce qui concerne l'application du principe de pleine concurrence afin d'identifier les domaines dans lesquels des travaux supplémentaires pourraient être nécessaires.

Abréviations et acronymes

APP	Accord de fixation préalable de prix de transfert
APP PA	Accords préalables en matière de prix dans le cadre de la procédure amiable
ARC	Accord de répartition des coûts
BEPS	Érosion de la base d'imposition et transfert de bénéfices
G20	Groupe des vingt
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
Rapport sur l'Action 14 du BEPS	Rapport de 2015 sur l'Action 14 du BEPS, <i>Accroître l'efficacité des mécanismes de règlement des différends</i>

Glossaire

Accord de fixation préalable de prix de transfert (« APP »)

Un tel accord permet de déterminer, préalablement à des transactions entre entreprises associées, un ensemble de critères appropriés (notamment la méthode à utiliser, les éléments de comparaison et les ajustements à y apporter, les hypothèses principales quant à l'évolution future) en vue de déterminer le prix de transfert applicable à ces transactions pendant une période donnée. Un accord de fixation préalable de prix de transfert peut être unilatéral lorsqu'il ne fait intervenir qu'une administration fiscale et un contribuable ou multilatéral lorsqu'il fait intervenir l'accord de deux ou plusieurs administrations fiscales.

Accord de répartition des coûts (« ARC »)

Un ARC est un accord contractuel conclu entre des entreprises commerciales pour partager les contributions et les risques associés à la mise au point, à la production ou à l'obtention conjointes d'actifs corporels et incorporels ou de services, étant entendu que ces actifs corporels et incorporels ou ces services sont supposés générer des avantages pour les entreprises de chacun des participants.

Activité d'actionnaire

Activité exercée par un membre d'un groupe multinational (en général la société mère ou une société de portefeuille régionale) uniquement parce qu'il détient une participation au capital d'un ou plusieurs autres membres du groupe, c'est-à-dire en sa qualité d'actionnaire.

Ajustement compensatoire

Ajustement dans le cadre duquel le contribuable déclare au fisc un prix de transfert qui correspond selon lui, à un prix de pleine concurrence dans le cadre d'une transaction entre entreprises associées bien que ce prix diffère du

montant effectivement appliqué entre les entreprises associées. Cet ajustement aurait lieu avant le dépôt de la déclaration d'impôt.

Ajustement corrélatif

Ajustement de l'impôt dû par l'entreprise associée établie dans une autre juridiction, effectué par l'administration fiscale de cette juridiction pour tenir compte d'un ajustement primaire effectué par l'administration fiscale de la première juridiction, afin d'obtenir une répartition cohérente des bénéfices entre les deux juridictions.

Ajustement primaire

Ajustement des bénéfices imposables d'une société à laquelle procède une première administration fiscale du fait de l'application du principe de pleine concurrence à des transactions faisant intervenir une entreprise associée établie dans un territoire qui est du ressort d'une autre administration fiscale.

Ajustement secondaire

Ajustement qui résulte de l'application d'un impôt à une transaction secondaire.

Analyse de comparabilité

Comparaison d'une transaction entre entreprises associées avec une ou plusieurs transactions entre entreprises indépendantes. Ces deux types de transactions sont comparables si aucune différence entre elles n'est susceptible d'affecter matériellement les facteurs pris en compte dans la méthodologie (par exemple le prix ou la marge) ou s'il est possible de procéder aux ajustements nécessaires pour éliminer les effets matériels de ces différences.

Analyse des contributions

Analyse utilisée dans la méthode du partage des bénéfices en vertu de laquelle les bénéfices à considérer générés par plusieurs transactions sont divisés entre les entreprises associées sur la base de la valeur relative des contributions apportées par chacune des entreprises associées participant à ces transactions, complétée chaque fois que possible par des données extérieures de marché qui indiquent comment des entreprises indépendantes auraient divisé les bénéfices dans des circonstances similaires.

Analyse fonctionnelle

Analyse visant à identifier les activités économiques significatives et les responsabilités exercées, les actifs utilisés ou apportés et les risques assumés par les parties aux transactions.

Analyse résiduelle

Analyse utilisée dans la méthode du partage des bénéfices qui répartit en deux catégories le montant des bénéfices à considérer générés par les transactions contrôlées qui font l'objet de l'examen. Sont classés dans la première catégorie les bénéfices attribuables à des contributions pouvant être évaluées de manière fiable : généralement des contributions moins complexes pour lesquelles il existe des données comparables fiables. Habituellement, cette rémunération initiale est déterminée en appliquant l'une des méthodes traditionnelles fondées sur les transactions ou une méthode transactionnelle de marge nette, afin d'identifier la rémunération de transactions comparables entre entreprises indépendantes. Ainsi, elle ne prend pas généralement en compte le revenu procuré par une deuxième catégorie de contributions qui peuvent être uniques et de valeur et/ou attribuables à un degré d'intégration élevé ou à une prise en charge conjointe de risques économiquement significatifs. En règle générale, l'attribution du bénéfice (ou perte) résiduel(le) entre les parties, après identification des bénéfices relevant de la première catégorie, est fondée sur la valeur relative de la deuxième catégorie de contributions apportées par les parties, complétée chaque fois que possible par des données extérieures de marché qui indiquent comment des entreprises indépendantes auraient divisé les bénéfices dans des circonstances similaires.

Bien incorporel de commercialisation

Bien incorporel (au sens du paragraphe 6.6) lié à des activités de commercialisation, qui contribue à l'exploitation commerciale d'un produit ou d'un service et/ou a une valeur promotionnelle importante pour le produit concerné. En fonction du contexte, un bien incorporel de commercialisation peut inclure, par exemple, des marques, appellations commerciales, listes de clients, relations avec des clients et données propriétaires sur le marché et sur les clients qui sont utilisées pour la commercialisation et la vente de produits ou de services à des clients ou qui y contribuent.

Bien incorporel manufacturier

Bien incorporel autre que les biens incorporels de commercialisation.

Bénéfices bruts

Les bénéfices bruts d'une transaction industrielle ou commerciale sont le montant calculé en déduisant des recettes brutes de la transaction les achats ou les coûts de production correspondant aux ventes en tenant dûment compte des augmentations ou des diminutions des stocks mais sans prise en compte des autres dépenses.

Compensation intentionnelle

Avantage fourni à une entreprise associée par une autre entreprise associée au sein du groupe qui est délibérément compensé dans une certaine mesure par différents avantages reçus en retour de cette entreprise.

Contributions uniques et de valeur

Les contributions des parties (par exemple, les fonctions exercées ou les actifs utilisés ou apportés) sont considérées comme « uniques et de valeur » lorsque : i) elles ne sont pas comparables aux contributions apportées par des parties indépendantes dans des circonstances comparables ; et ii) elles constituent un facteur clé de création d'avantages économiques réels ou potentiels dans l'activité commerciale exercée.

Contrôles fiscaux simultanés

Un contrôle fiscal simultané, tel que défini dans la partie A de l'Accord Modèle OCDE pour entreprendre des contrôles fiscaux simultanés, désigne « un accord entre deux ou plusieurs parties en vue d'examiner simultanément et de manière indépendante, chacun sur son propre territoire, la situation fiscale d'un ou de plusieurs contribuables qui présentent pour eux un intérêt commun en vue d'échanger les informations pertinentes qu'ils obtiennent de cette manière ».

Coûts directs

Dépenses effectuées pour la production d'un bien ou la prestation d'un service donné, comme le coût des matières premières.

Coûts indirects

Coûts de production d'un bien ou service qui, bien qu'étant étroitement liés au processus de production, peuvent être communs à plusieurs produits ou services (par exemple, le coût d'un service de réparations qui s'occupe des équipements utilisés pour produire différents biens).

Entreprises associées

Deux entreprises sont associées si l'une d'entre elles remplit les conditions fixées à l'article 9 alinéas 1a) ou 1b) du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE *vis-à-vis* de l'autre entreprise.

Entreprises indépendantes

Deux entreprises sont indépendantes l'une par rapport à l'autre si elles ne sont pas associées.

Entreprise multinationale

Société qui fait partie d'un groupe multinational.

Groupe d'entreprises multinationales

Groupe d'entreprises associées ayant des installations d'affaires dans deux ou plusieurs juridictions.

Indicateur de bénéfice net

Rapport du bénéfice net sur une base appropriée (*par ex.* charges, chiffre d'affaires, actifs). La méthode transactionnelle de marge nette repose sur la comparaison d'un indicateur de bénéfice net approprié pour la transaction entre entreprises associées avec le même indicateur de bénéfice net pour des transactions comparables indépendantes.

Intervalle de pleine concurrence

Fourchette de prix qui sont acceptables pour définir si les conditions d'une transaction entre entreprises associées sont des conditions de pleine concurrence et qui résultent, soit de l'application de la même méthode de fixation de prix de transfert à des données comparables multiples soit de l'application de différentes méthodes de fixation des prix de transfert.

Marge sur le prix de revente

Marge représentant le montant à partir duquel un revendeur cherche à récupérer ses frais liés à la vente et autres dépenses d'exploitation et, compte tenu des fonctions exercées (ainsi que des actifs utilisés et des risques assumés) à réaliser un bénéfice approprié.

Marge sur coûts (méthode du coût majoré)

Marge calculée par référence aux marges déterminées après les coûts directs et indirects à la charge d'un fournisseur de biens ou de services dans le cadre d'une transaction.

Méthode de facturation directe

Méthode qui consiste à facturer directement des services intragroupe spécifiques sur une base clairement identifiée.

Méthode de facturation indirecte

Méthode qui consiste à facturer les services intergroupe sur la base de méthodes d'imputation et de répartition des coûts.

Méthode du partage des bénéfices

Méthode transactionnelle de bénéfices qui consiste à identifier les bénéfices à considérer devant être répartis entre les entreprises associées à la suite d'une transaction contrôlée (ou de transactions contrôlées qu'il y a lieu de totaliser en vertu des principes énoncés au chapitre III) et à partager ensuite ces bénéfices entre les entreprises associées sur une base économiquement valable qui est proche de la division des bénéfices qui aurait été convenue dans un accord conclu dans des conditions de pleine concurrence.

Méthode (CUP) du prix comparable sur le marché libre

Une méthode de prix de transfert qui consiste à comparer le prix de biens ou services transférés dans une transaction contrôlée au prix facturé pour des biens ou services transférés dans le cadre d'une transaction entre entreprises indépendantes dans des circonstances comparables.

Méthode du prix de revente

Méthode de prix de transfert fondée sur le prix auquel un produit qui a été acheté à des entreprises associées est revendu à une entreprise indépendante. Le prix de revente est réduit de la marge sur le prix de revente. Le résultat obtenu après avoir soustrait la marge brute peut être considéré, après ajustement pour d'autres coûts liés à l'achat du produit (par exemple les droits de douane) comme un prix de pleine concurrence du transfert d'origine du bien entre des entreprises associées.

Méthode du coût majoré

Méthode de prix de transfert utilisant les coûts encourus par le fournisseur de biens (ou de services) dans le cadre d'une transaction entre entreprises associées. Une marge est ajoutée à ces coûts pour obtenir un bénéfice approprié compte tenu des fonctions exercées, des actifs utilisés, des risques encourus et des conditions du marché. Le résultat obtenu après addition de la marge aux coûts ci-dessus peut être considéré comme un prix de pleine concurrence de la transaction initiale entre entreprises associées.

Méthode transactionnelle de bénéfices

Méthode de fixation des prix de transfert qui consiste à examiner les bénéfices réalisés à la suite de transactions contrôlées particulières d'une ou plusieurs entreprises associées.

Méthode transactionnelle de la marge nette

Méthode transactionnelle de bénéfices qui consiste à examiner la marge bénéficiaire nette par rapport à une base appropriée (par exemple les coûts, les ventes ou les actifs) qu'un contribuable réalise à la suite d'une transaction contrôlée (ou de transactions qu'il y a lieu d'additionner conformément au principe du chapitre III).

Méthode traditionnelle fondée sur les transactions

Méthode du prix comparable sur le marché libre, méthode du prix de revente et méthode du coût majoré.

Paiement compensatoire

Paiement effectué normalement par un ou plusieurs participants à un autre participant afin d'ajuster les quotes-parts des contributions, et qui a pour effet d'accroître la valeur des contributions du payeur et de diminuer celle des contributions du bénéficiaire à concurrence du montant de ce paiement.

Paiement d'entrée

Paiement effectué par un nouvel entrant dans le cadre d'un accord de répartition des coûts déjà existant en vue d'obtenir une participation aux résultats de l'activité antérieure de cet accord.

Païement de sortie

Indemnité qu'un participant qui se retire d'un accord de répartition des coûts déjà en vigueur peut recevoir des autres participants au titre d'un transfert effectif de sa participation dans les résultats des activités passées de l'ARC.

Potentiel de profits

Bénéfices futurs escomptés. Cette expression peut, dans certains cas, englober les pertes. La notion de « potentiel de profits » est souvent utilisée à des fins d'évaluation, pour déterminer une rémunération de pleine concurrence au titre d'un transfert d'actifs incorporels ou d'une activité, ou pour calculer le dédommagement de pleine concurrence d'une rupture ou d'une renégociation substantielle d'accords existants, dès lors qu'il s'avère que cette rémunération ou ce dédommagement aurait eu lieu entre parties indépendantes dans des circonstances similaires.

Principe de pleine concurrence

La norme internationale qui, comme l'ont convenu les pays membres de l'OCDE, doit être utilisée pour la détermination des prix de transfert à des fins fiscales. Elle est exposée à l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE comme suit : « Lorsque les deux entreprises 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 des conditions, peuvent être inclus dans les bénéfices de cette entreprise et imposés en conséquence ».

Procédure amiable

Dispositif par lequel les administrations fiscales se consultent pour résoudre les différends concernant l'application des conventions de double imposition. Cette procédure, décrite et autorisée par l'article 25 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, peut être utilisée pour éliminer la double imposition susceptible de résulter d'un ajustement de prix de transfert.

Répartition globale selon une formule

Répartition des bénéfices globaux d'un groupe multinational entre les entreprises associées dans différentes juridictions sur une base consolidée selon une formule préétablie.

Service intragroupe

Activité (par exemple administrative, technique, financière, commerciale, etc.) pour laquelle une entreprise indépendante aurait été disposée à payer ou qu'elle aurait exercée pour son propre compte.

Services rendus « sur demande »

Services fournis par une société-mère ou un centre de services d'un groupe, qui sont offerts à tout moment aux membres d'un groupe multinational.

Transaction comparable sur le marché libre

Une transaction comparable sur le marché libre est une transaction entre deux parties indépendantes qui est comparable à la transaction contrôlée examinée. Il peut s'agir d'une transaction comparable entre une partie à la transaction contrôlée et une partie indépendante (« comparable interne ») ou entre deux entreprises indépendantes dont aucune n'est partie à la transaction contrôlée (« comparable externe »).

Transactions contrôlées

Transactions entre deux entreprises qui sont associées l'une à l'autre.

Transaction secondaire

Reconstitution d'une transaction à laquelle certaines juridictions procèdent en vertu de leur législation interne après avoir proposé un ajustement primaire afin de procéder à une répartition effective des bénéfices compatible avec cet ajustement primaire. Les transactions secondaires peuvent prendre la forme de reconstitution de dividendes, de reconstitution d'apports en capital ou de reconstitution de prêts.

Transactions sur le marché libre

Transactions entre des entreprises qui sont indépendantes les unes par rapport aux autres.

Chapitre I

Le principe de pleine concurrence

A. Introduction

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

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

d'un prix de transfert avec les vérifications portant sur des cas de fraude ou d'évasion fiscale, même s'il arrive que les politiques suivies en matière de prix de transfert poursuivent de tels objectifs.

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

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

1.5. Il ne faut pas croire que les conditions qui président aux relations commerciales et financières entre des entreprises associées s'écartent toujours de celles qu'imposerait le marché libre. Les entreprises associées des groupes multinationaux peuvent disposer d'une autonomie considérable et peuvent souvent négocier entre elles comme s'il s'agissait d'entreprises indépendantes. Les entreprises réagissent en fonction des conditions économiques du marché, aussi bien dans leurs relations avec les tiers qu'avec les entreprises auxquelles elles sont associées. Par exemple, des dirigeants au niveau local peuvent être intéressés aux bénéfices, auquel cas ils ne voudront pas amputer les bénéfices de leur société par des prix inadéquats. La prise en compte de ces considérations par l'administration fiscale lui permettra d'allouer efficacement les ressources affectées à la sélection des prix de transfert à examiner et à l'examen lui-même. Il peut arriver, dans certains cas, que les relations entre les entreprises associées influent sur les résultats des négociations. Par conséquent, il ne suffit pas d'arguer du fait que les négociations ont

été difficiles pour prouver que les transactions se sont réalisées dans des conditions de pleine concurrence.

B. Exposé du principe de pleine concurrence

B.1. Article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE

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

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

En se référant, pour procéder à un ajustement des bénéfices, aux conditions qui prévaudraient entre entreprises indépendantes pour des transactions comparables et dans des circonstances comparables (c'est-à-dire pour des « transactions comparables sur le marché libre »), le principe de pleine concurrence adopte la démarche consistant à traiter les membres d'un groupe multinational comme des entités distinctes et non comme des sous-ensembles indissociables d'une seule entreprise unifiée. En procédant de cette manière, on met l'accent sur la nature des transactions entre les membres du groupe multinational et sur le fait de savoir si les conditions de ces transactions contrôlées diffèrent de celles qui seraient obtenues pour des transactions comparables sur le marché libre. Cette analyse des transactions contrôlées et des transactions sur le marché libre, appelée « analyse de comparabilité », est au cœur de l'application du principe de pleine concurrence. La section D ci-dessous et le chapitre III contiennent des lignes directrices relatives à l'analyse de comparabilité.

1.7. Il est important de mettre en perspective la question de la comparabilité afin de souligner la nécessité de rechercher un équilibre entre, d'une part, la fiabilité de l'analyse de comparabilité et, d'autre part, les contraintes qu'elle génère pour les contribuables et les administrations fiscales. L'article 9 paragraphe 1 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE est le fondement des analyses de comparabilité parce qu'il prévoit la nécessité :

- D'une comparaison entre les conditions (notamment les prix, mais pas seulement les prix) convenues ou imposées entre entreprises associées et celles qui seraient convenues entre entreprises indépendantes, afin

de déterminer si une rectification de la comptabilité des entreprises associées est autorisée en vertu de l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE (voir le paragraphe 2 du Commentaire sur l'article 9); et

- D'une détermination des profits qui auraient été réalisés en conditions de pleine concurrence, afin de déterminer le montant de la rectification éventuelle de comptabilité.

1.8. Les pays membres de l'OCDE et d'autres juridictions ont adopté le principe de pleine concurrence pour plusieurs raisons. L'une des raisons primordiales est que ce principe permet de traiter à peu près sur un pied d'égalité les entreprises multinationales et les entreprises indépendantes. En s'efforçant d'harmoniser le régime fiscal des entreprises associées et des entreprises indépendantes, le principe de pleine concurrence évite que l'une ou l'autre de ces catégories d'entreprises ne soit désavantagée sur le plan fiscal, ce qui fausserait les positions concurrentielles relatives. En éloignant ainsi les décisions économiques de toute considération fiscale, il favorise l'expansion du commerce et de l'investissement internationaux.

1.9. On constate aussi que le principe de pleine concurrence fonctionne bien dans la grande majorité des cas. À titre d'exemple, pour de nombreuses opérations concernant l'achat et la vente de biens ainsi que le prêt d'argent, on peut trouver facilement un prix de pleine concurrence pour une transaction comparable effectuée par des entreprises indépendantes comparables opérant dans des circonstances comparables. Dans bien des cas, une comparaison pertinente des transactions peut être effectuée au niveau d'indicateurs financiers tels que la marge sur coûts, la marge brute ou le bénéfice net. Néanmoins, dans certains cas le principe de pleine concurrence est difficile et complexe à mettre en œuvre, par exemple pour des groupes multinationaux produisant de façon intégrée des biens hautement spécialisés, traitant des biens incorporels uniques et/ou fournissant des services spécialisés. Il existe des solutions pour traiter ces cas difficiles, notamment l'application de la méthode transactionnelle du partage des bénéfices décrite à la partie III du chapitre II de ces Principes dans les cas où cette méthode est la méthode la plus appropriée aux circonstances du cas d'espèce.

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

1.11. Une difficulté pratique soulevée par le principe de pleine concurrence tient au fait que les entreprises associées sont susceptibles de se livrer à des transactions dans lesquelles des entreprises indépendantes ne s'engageraient pas. Ces transactions ne sont pas nécessairement effectuées dans le but d'échapper à l'impôt, mais parce que, lorsqu'elles traitent entre elles, les entreprises d'un même groupe évoluent dans un contexte commercial différent de celui d'entreprises indépendantes. Lorsque des entreprises indépendantes s'engagent rarement dans des transactions du type de celles auxquelles se livrent des entreprises associées, le principe de pleine concurrence est difficile à appliquer, car on n'a que peu ou pas d'élément pour déterminer directement les conditions qui auraient été fixées par des entreprises indépendantes. Le simple fait qu'une transaction donnée ne soit pas observée entre parties indépendantes ne signifie pas forcément que cette transaction n'est pas conforme au principe de pleine concurrence.

1.12. Dans certains cas, le principe de pleine concurrence peut imposer une charge administrative aussi bien aux contribuables qu'à l'administration fiscale, qui devront évaluer des opérations transfrontières aussi nombreuses que variées. Bien que les entreprises associées fixent généralement les conditions d'une transaction au moment où celle-ci intervient, à un moment ou à un autre il pourra leur être demandé de démontrer que ces conditions sont conformes au principe de pleine concurrence (voir l'examen des questions relatives au cadre temporel et à la discipline fiscale aux sections B et C du chapitre III et au chapitre V consacré à la documentation). L'administration fiscale devra parfois procéder à cette vérification plusieurs années après la transaction. Elle examinera alors les justificatifs soumis par le contribuable en vue d'établir que ses transactions sont conformes au principe de pleine concurrence, et tentera également de rassembler des informations sur des transactions comparables sur le marché libre, sur les conditions du marché au moment où la transaction a eu lieu, etc. et ce pour des transactions nombreuses et variées. Cette tâche se révèle généralement d'autant plus difficile que le temps a passé.

1.13. 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 transactions et 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, ou il se peut qu'il n'existe pas d'entreprises indépendantes comparables, par exemple si le secteur d'activité a atteint un haut niveau d'intégration verticale. Il est important de ne pas perdre de vue l'objectif d'arriver à une approximation raisonnable d'un résultat de pleine concurrence sur la base d'informations fiables. Il y a lieu également de rappeler que la fixation des prix de transfert n'est pas une science exacte et nécessite une appréciation de la part de l'administration fiscale comme du contribuable.

B.2. Maintien du consensus international autour du principe de pleine concurrence

1.14. Tout en ayant à l'esprit ces considérations, les pays membres de l'OCDE continuent de penser que le principe de pleine concurrence doit régir l'évaluation des prix de transfert entre entreprises associées. Ce principe est théoriquement valide puisqu'il assure la meilleure approximation possible du fonctionnement du marché libre en cas de transfert de biens (tels que produits, autres types d'actifs corporels ou incorporels) ou de prestation de services entre entreprises associées. Bien qu'il ne soit pas toujours facile à mettre en pratique, il induit généralement pour les différents membres de multinationales des niveaux de revenus appropriés, acceptables pour les administrations fiscales. Il reflète la réalité économique de la situation spécifique du contribuable qui procède à des transactions avec des entreprises associées en prenant pour référence le fonctionnement normal du marché.

1.15. L'abandon du principe de pleine concurrence reviendrait à renoncer aux solides fondements théoriques décrits ci-dessus et compromettrait le consensus international, augmentant sérieusement par là même les risques de double imposition. L'expérience acquise dans l'application du principe de pleine concurrence est aujourd'hui suffisamment étoffée et circonstanciée pour que les entreprises et les administrations fiscales puissent s'accorder sur un ensemble conséquent d'enseignements communs. Cette compréhension commune est d'une grande valeur pratique dans la poursuite des objectifs visés, à savoir asseoir une imposition appropriée dans chaque juridiction et éviter la double imposition. Il faut mettre à profit l'expérience acquise pour développer et préciser le principe de pleine concurrence et en améliorer la mise en œuvre en donnant des directives plus claires aux contribuables et en procédant à des vérifications plus rapides. En résumé, les pays membres de l'OCDE restent fermement attachés au principe de pleine concurrence. En fait, on ne lui a pas trouvé de solution de remplacement légitime ou réaliste. La répartition selon une formule globale, parfois évoquée comme un substitut possible, ne serait acceptable ni en théorie, ni dans sa mise en œuvre, ni dans la pratique (voir section C ci-après, pour une discussion de la répartition selon une formule globale).

C. Une approche ne reposant pas sur le principe de pleine concurrence : la répartition globale selon une formule préétablie

C.1. Contexte et description de l'approche

1.16. La répartition globale selon une formule préétablie a parfois été proposée comme alternative au principe de pleine concurrence pour déterminer la répartition appropriée des bénéfices entre différentes juridictions. Cette approche n'a pas été appliquée jusqu'à présent dans les relations internationales bien qu'elle ait été essayée par des autorités fiscales locales.

1.17. La répartition globale selon une formule préétablie consiste à répartir les bénéfices globaux d'un groupe multinational sur une base consolidée entre les entreprises associées localisées dans différentes juridictions au moyen d'une formule prédéterminée et automatique. Il y aurait trois composantes essentielles à l'application d'une répartition globale selon une formule préétablie : la détermination de l'unité à imposer, c'est-à-dire des filiales et succursales du groupe multinational devant constituer l'entité globale imposable; la détermination précise des bénéfices globaux; et la détermination de la formule à appliquer pour répartir les bénéfices globaux de l'unité considérée. Cette formule reposerait probablement sur une combinaison des charges, des actifs, des salaires et du chiffre d'affaires.

1.18. La répartition globale selon une formule préétablie se distingue des méthodes transactionnelles de bénéfices qui sont examinées à la partie III du chapitre II. Elle utiliserait une formule de répartition des bénéfices prédéterminée pour tous les contribuables, alors que les méthodes transactionnelles de bénéfices comparent au cas par cas les bénéfices d'une ou plusieurs entreprises associées avec le bénéfice que des entreprises indépendantes comparables auraient cherché à réaliser dans des circonstances comparables. La répartition globale selon une formule préétablie se distingue également de l'application d'une formule déterminée par les deux autorités fiscales en coopération avec un contribuable ou un groupe multinational après un examen minutieux des faits et des circonstances, comme cela peut se faire dans le cadre d'une procédure amiable, d'un accord préalable en matière de prix ou d'un autre mécanisme bilatéral ou multilatéral. La formule résulte alors de la situation spécifique du contribuable et évite donc le caractère globalement prédéterminé et mécanique de la répartition globale.

C.2. Comparaison avec le principe de pleine concurrence

1.19. Les partisans de la répartition globale selon une formule préétablie estiment que cette approche offre, par rapport au principe de pleine concurrence, une plus grande commodité administrative et une plus grande sécurité pour le contribuable. Ils font valoir également que la répartition globale selon une

formule préétablie est plus conforme à la réalité économique. Selon eux, un groupe multinational doit être envisagé en tant que tel ou sur une base consolidée pour bien refléter la réalité des relations commerciales entre les entreprises associées. Ils reprochent à l'approche reposant sur des comptabilités distinctes de n'être pas adaptée aux groupes très intégrés dans la mesure où il est difficile de déterminer la contribution de chacune des entreprises associées au bénéfice global du groupe multinational.

1.20. Hormis ces arguments, les partisans de la répartition globale selon une formule préétablie soutiennent que cette approche réduit le coût du respect des obligations fiscales pour les contribuables, puisqu'en principe une seule comptabilité est à établir pour l'ensemble du groupe à l'intention des autorités fiscales nationales.

1.21. Les pays membres de l'OCDE n'acceptent pas ces propositions et considèrent, pour les raisons suivantes, que la répartition globale selon une formule préétablie n'est pas une alternative réaliste au principe de pleine concurrence.

1.22. La préoccupation majeure que suscite la répartition globale selon une formule préétablie tient à la difficulté de mettre en œuvre ce système d'une manière qui à la fois protège contre une double imposition et assure une imposition. Pour ce faire, une étroite coordination internationale serait nécessaire et il faudrait qu'il y ait accord sur les formules préétablies à utiliser et sur la composition du groupe considéré. À titre d'exemple, il faudrait, pour éviter la double imposition, s'entendre d'abord sur l'adoption de cette approche, puis sur la façon de déterminer l'assiette globale de l'impôt pour un groupe multinational, sur l'utilisation de normes comptables communes, sur les facteurs qui devraient être utilisés pour répartir la base d'imposition entre les différentes autorités fiscales (y compris des pays non membres) et sur la façon de mesurer et de pondérer ces facteurs. Il serait long et extrêmement difficile d'aboutir à un tel accord et il est loin d'être clair que les juridictions aient l'intention de convenir d'une formule universelle.

1.23. Même si certaines juridictions avaient l'intention d'accepter la répartition globale selon une formule préétablie, des divergences pourraient surgir parce que chaque juridiction voudrait sans doute inclure dans la formule des facteurs différents, ou privilégier certains d'entre eux, en fonction des activités ou des facteurs qui prédominent dans la juridiction considérée. Chaque juridiction aurait intérêt à ce que la formule ou les pondérations adoptées maximisent ses propres recettes. En outre, il faudrait que les autorités fiscales examinent ensemble comment résoudre le problème du transfert artificiel de facteurs pris en compte dans la formule (par exemple le chiffre d'affaires ou les capitaux) vers des juridictions à faible imposition. Des possibilités d'évasion fiscale s'offriraient dans la mesure où il pourrait y avoir manipulation des éléments de la formule, par exemple en concluant des transactions financières ne répondant à aucune nécessité, en délocalisant

délibérément des actifs mobiles, en imposant à certaines sociétés du groupe multinational des stocks supérieurs à la normale par rapport à une société indépendante du même type, etc.

1.24. Le passage à un système de répartition globale selon une formule préétablie serait donc extrêmement complexe sur le plan politique et administratif. Il nécessiterait un degré de coopération internationale qu'il n'est pas réaliste d'escompter dans le domaine de la fiscalité internationale. Une telle coordination multilatérale exigerait la participation de tous les grandes juridictions où opèrent des entreprises multinationales. Si tous les grandes juridictions ne s'entendaient pas pour adopter cette approche, les entreprises multinationales verraient leurs charges alourdies puisqu'elles auraient à se conformer à deux systèmes totalement différents. Autrement dit, elles seraient obligées, pour un même ensemble de transactions, de calculer les bénéfices réalisés par leurs membres selon deux approches totalement différentes, d'où des possibilités de double imposition ou de sous-imposition dans chaque cas.

1.25. Hormis les problèmes de double imposition qui viennent d'être évoqués, cette approche soulève d'autres difficultés. On peut craindre que les formules préétablies soient arbitraires et qu'elles ne tiennent compte ni des conditions du marché, ni de la situation particulière des différentes entreprises, ni de la répartition des ressources opérée par les dirigeants eux-mêmes, ce qui aboutirait à une répartition des bénéfices qui risquerait d'être sans rapport réel avec les circonstances spécifiques de la transaction. Plus précisément, une formule fondée sur une combinaison des charges, des actifs, des salaires et du chiffre d'affaires impute implicitement pour chaque élément un taux fixe de bénéfice par unité monétaire (par ex. dollar, euro, yen) à chaque membre du groupe et à chaque territoire relevant de la compétence des différentes administrations fiscales, quelles que soient les différences au niveau des fonctions, des actifs, des risques et de l'efficacité, et entre les membres du groupe multinational. Cela pourrait aboutir à affecter des bénéfices à une entité qui aurait subi des pertes si elle avait été une entreprise indépendante.

1.26. Un autre problème avec la répartition globale selon une formule préétablie concerne le traitement des fluctuations des taux de change. Bien que des fluctuations de taux de change puissent compliquer l'application du principe de pleine concurrence, elles n'ont pas le même impact pour celui-ci que pour la répartition globale selon une formule préétablie ; le principe de pleine concurrence est mieux à même de traiter des conséquences économiques des fluctuations de taux de change parce qu'il requiert l'analyse des faits et circonstances particulières du contribuable. Si la formule préétablie se fonde sur les charges, elle aura le résultat suivant : dès lors qu'une monnaie s'appréciera systématiquement par rapport à une autre monnaie dans laquelle une entreprise associée libelle ses comptes, une part accrue des bénéfices sera attribuée à l'entreprise située dans la première juridiction pour tenir compte de

ses coûts salariaux augmentés en valeur nominale des fluctuations de change. Par conséquent, avec la répartition globale selon une formule préétablie, l'évolution du taux de change dans ce cas aboutira à augmenter les bénéfices de l'entreprise associée opérant avec la monnaie la plus forte, alors qu'à long terme l'appréciation de la monnaie diminuera la compétitivité à l'exportation et fera pression à la baisse sur les bénéfices.

1.27. Contrairement à ce qu'affirment ses partisans, la répartition globale selon une formule préétablie peut en fait occasionner des coûts très élevés de respect des obligations fiscales et imposer de très lourdes charges pour l'obtention de données, parce que des informations doivent être collectées sur l'ensemble du groupe multinational et être présentées dans chaque juridiction dans sa monnaie et selon ses règles comptables et fiscales. Ainsi, les obligations en matière de documentation et de discipline fiscale qu'entraînerait l'application de la répartition globale selon une formule préétablie seraient généralement plus lourdes qu'en cas d'application du principe de pleine concurrence, qui se situe dans l'optique d'entités distinctes. Avec la répartition globale selon une formule préétablie, les coûts se trouveraient encore alourdis si toutes les juridictions ne pouvaient s'entendre sur les éléments de la formule ou sur la façon de mesurer ces éléments.

1.28. Des difficultés surgiraient également en ce qui concerne la détermination de l'origine des ventes de chaque membre et l'évaluation des actifs (par exemple, coût historique ou valeur de marché), surtout pour les biens incorporels. Ces difficultés seraient multipliées du fait de l'existence, dans les territoires relevant de la compétence des diverses autorités fiscales, de normes comptables et de monnaies différentes. Il faudrait harmoniser les normes comptables entre toutes les juridictions si l'on voulait pouvoir mesurer correctement les bénéfices pour l'ensemble du groupe multinational. Bien entendu, on rencontre également certaines de ces difficultés avec le principe de pleine concurrence, notamment pour l'évaluation des actifs et des biens incorporels, mais des progrès importants ont été réalisés dans ce domaine pour l'application de ce principe, alors qu'il n'a jusqu'à présent été proposé aucune solution crédible pour l'application de la répartition globale selon une formule préétablie.

1.29. La répartition globale selon une formule préétablie a pour effet d'imposer un groupe multinational sur une base consolidée, c'est-à-dire qu'elle écarte l'approche de l'entité distincte. En conséquence, la répartition globale selon une formule préétablie ne permet pas en pratique de prendre en compte d'importantes différences géographiques, l'efficacité de chacune des entreprises et d'autres facteurs spécifiques à une entreprise ou à un sous-ensemble du groupe multinational, facteurs susceptibles de jouer normalement un rôle dans la répartition des bénéfices entre les autorités fiscales en présence. Au contraire, le principe de pleine concurrence reconnaît

qu'une entreprise associée peut constituer un centre de profit distinct doté de caractéristiques particulières et dégager d'un point de vue économique un bénéfice même si le reste du groupe multinational accuse des pertes. La répartition globale selon une formule préétablie ne revêt pas une souplesse suffisante pour tenir compte comme il convient de cette possibilité.

1.30. En ne tenant pas compte des transactions intra-groupe pour le calcul des bénéfices consolidés, la répartition globale selon une formule préétablie conduit à s'interroger sur l'opportunité d'appliquer une retenue à la source aux non-résidents pour les paiements transfrontières entre membres du groupe et elle exigerait l'abandon d'un certain nombre de règles édictées dans les conventions fiscales bilatérales.

1.31. Sauf si elle inclut tous les membres d'un groupe multinational, la répartition globale selon une formule préétablie devrait conserver une règle fondée sur le principe de l'entité distincte pour l'interface entre le groupe assujéti à la répartition globale et le reste du groupe multinational. La répartition globale selon une formule préétablie ne pourrait pas être utilisée pour évaluer les transactions entre le groupe soumis à la répartition globale et le reste du groupe multinational. On voit donc clairement l'inconvénient de cette méthode : elle ne règle pas totalement la question de la répartition des bénéfices d'un groupe multinational tant qu'elle n'est pas appliquée à l'ensemble du groupe. Une telle application à l'échelle de l'ensemble du groupe serait une tâche énorme pour une seule administration fiscale, étant données la dimension et l'échelle des opérations des grands groupes multinationaux et la quantité d'informations qui serait nécessaire. Le groupe multinational devrait aussi maintenir en tout état de cause une comptabilité distincte pour les sociétés qui ne sont pas membres du groupe multinational aux fins de l'application de la répartition globale tout en étant des entreprises associées à un ou plusieurs membres du groupe multinational. En fait, un grand nombre de règles nationales de droit commercial et de droit comptable exigeraient encore l'utilisation de prix de pleine concurrence (notamment les règles douanières), de sorte qu'indépendamment des dispositions fiscales le contribuable devrait comptabiliser correctement chaque transaction au prix de pleine concurrence.

C.3. Rejet des méthodes ne reposant pas sur le principe de pleine concurrence

1.32. Compte tenu de ce qui précède, les pays membres de l'OCDE réaffirment leur attachement au consensus qui s'est dégagé au fil des ans sur l'utilisation du principe de pleine concurrence entre les pays membres et avec les pays non membres et ils conviennent que l'alternative théorique au principe de pleine concurrence que représente la répartition globale selon une formule préétablie doit être rejetée.

D. Guide pour l'application du principe de pleine concurrence

D.1. Identification des relations commerciales et financières

1.33. Comme l'indique le paragraphe 1.6, l'« analyse de comparabilité » est au cœur de l'application du principe de pleine concurrence. L'application du principe de pleine concurrence repose sur une comparaison entre les conditions d'une transaction contrôlée et celles qui auraient été appliquées si les parties avaient été indépendantes et si elles avaient effectué une transaction comparable dans des circonstances comparables. Cette analyse comporte deux aspects : le premier consiste à identifier les relations commerciales ou financières entre des entreprises associées, et à déterminer les conditions et les circonstances économiquement significatives qui se rattachent à ces relations de manière à délimiter de façon précise la transaction contrôlée; le deuxième consiste à comparer les conditions et les circonstances économiquement significatives de la transaction contrôlée, délimitée de façon précise, avec celles de transactions comparables entre entreprises indépendantes. Cette section du chapitre I donne des indications sur la méthode à suivre pour identifier les relations commerciales ou financières entre les entreprises associées et pour cerner précisément la transaction contrôlée. Le premier aspect de l'analyse se distingue du second, qui consiste à examiner le prix de la transaction contrôlée sous l'angle du principe de pleine concurrence. Les chapitres II et III renseignent sur le deuxième aspect de l'analyse. Les informations sur la transaction contrôlée suivant les principes de cette section sont surtout pertinentes pour la deuxième et la troisième étape du processus typique de l'analyse de comparabilité, exposé au paragraphe 3.4.

1.34. Le processus typique d'identification des relations commerciales ou financières entre des entreprises associées et des conditions et circonstances économiquement significatives qui se rattachent à ces relations nécessite une compréhension générale du secteur industriel dans lequel le groupe multinational est présent (par exemple, industrie minière, pharmaceutique, produits de luxe) et des facteurs affectant les performances d'une entreprise présente dans ce secteur. Cette compréhension s'appuie sur la présentation du groupe d'entreprises multinationales concerné, exposant comment ce groupe réagit aux facteurs affectant les performances dans le secteur, notamment ses stratégies commerciales, ses marchés, ses produits, sa chaîne d'approvisionnement ainsi que les principales fonctions exercées, les actifs corporels utilisés et les risques majeurs supportés. Ces informations sont susceptibles de faire partie d'un fichier principal décrit au chapitre V pour aider le contribuable à calculer ses prix de transfert et elles offrent un cadre utile pour envisager les relations commerciales et financières entre les membres d'un groupe d'entreprises multinationales.

1.35. Le processus s'attache ensuite à définir comment chaque entreprise opère au sein du groupe d'entreprises multinationales, fournit une analyse du rôle de chaque membre du groupe d'entreprises multinationales (par exemple, société de production, société de distribution) et identifie ses relations commerciales ou financières avec les entreprises associées, telles qu'elles sont formulées dans les transactions entre elles. La définition précise de la transaction réelle ou des transactions réelles entre les entreprises associées nécessite l'analyse des caractéristiques économiquement pertinentes de la transaction. Ces caractéristiques économiquement pertinentes comprennent les conditions de la transaction et les circonstances économiquement pertinentes dans lesquelles la transaction a lieu. L'application du principe de pleine concurrence dépend des conditions que des parties indépendantes auraient définies lors de transactions comparables dans des circonstances comparables. Avant d'effectuer des comparaisons avec des transactions sur le marché libre, il est donc impératif de déterminer les caractéristiques économiquement pertinentes des relations commerciales et financières qui se manifestent dans la transaction contrôlée.

1.36. Les caractéristiques économiquement pertinentes ou les facteurs de comparabilité qui doivent être identifiés dans les relations commerciales et financières des entreprises associées, afin de délimiter précisément la transaction, sont globalement les suivantes :

- Les dispositions contractuelles de la transaction (D.1.1).
- Les fonctions exercées par chacune des parties à la transaction, compte tenu des actifs utilisés et des risques supportés, y compris le lien entre ces fonctions et la création de valeur au sens large par le groupe d'entreprises multinationales auquel les parties appartiennent, les circonstances qui entourent la transaction et les pratiques du secteur d'activité concerné (D.1.2).
- Les caractéristiques du bien transféré ou des services rendus (D.1.3).
- Les circonstances économiques des parties et du marché sur lequel les parties exercent leurs activités (D.1.4).
- Les stratégies économiques poursuivies par les parties (D.1.5).

Ces informations sur les caractéristiques économiquement pertinentes de la transaction réelle doivent être incluses dans le fichier local décrit au chapitre V pour faciliter l'analyse des prix de transfert par le contribuable.

1.37. Les caractéristiques économiquement pertinentes ou les facteurs de comparabilité sont utilisés de deux manières distinctes mais liées entre elles lors d'une analyse de comparabilité. La première concerne le processus de définition précise de la transaction aux fins du présent chapitre, et implique de déterminer les caractéristiques de la transaction, y compris ses modalités, les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques supportés par les

entreprises associées, la nature des produits transférés ou des services rendus, ainsi que les circonstances propres aux entreprises associées, conformément aux catégories définies dans le paragraphe précédent. La mesure dans laquelle l'une des caractéristiques susvisées est économiquement significative pour une transaction particulière dépend de la mesure dans laquelle des entreprises indépendantes en tiendraient compte lors de l'évaluation des modalités de la même transaction, si elle était conclue entre elles.

1.38. Pour évaluer les conditions d'une transaction potentielle, des sociétés indépendantes vont comparer cette transaction aux autres possibilités réalistes qui leur sont offertes et elles ne vont conclure la transaction que si elles ne voient pas d'autres solutions plus avantageuses pour atteindre leurs objectifs commerciaux. En d'autres termes, des entreprises indépendantes ne vont conclure une transaction que si cette dernière ne les désavantage pas plus que la meilleure solution. À titre d'exemple, il y a peu de chances qu'une entreprise accepte un prix offert pour son produit par une entreprise indépendante si elle sait que d'autres clients potentiels sont prêts à payer plus cher dans des conditions similaires, ou sont disposés à payer le même prix dans des conditions plus avantageuses. Des entreprises indépendantes tiennent généralement compte de toutes les différences économiquement significatives entre les options réalistes qui s'offrent à elles (et notamment des différences de niveau de risque) lorsqu'elles évaluent ces options. Par conséquent, il est essentiel d'identifier les caractéristiques économiquement pertinentes pour définir précisément la transaction contrôlée et dévoiler l'ensemble des caractéristiques prises en compte par les parties à la transaction pour conclure qu'il n'existe pas, en dehors de la réorganisation retenue, d'autre option réaliste nettement plus avantageuse permettant aux parties d'atteindre leurs objectifs commerciaux. Pour effectuer cette évaluation, il peut être nécessaire ou utile d'évaluer la transaction dans le contexte d'un dispositif de transactions élargi puisque l'évaluation des options réalistes offertes ne se limite pas nécessairement à une seule transaction mais peut prendre en compte un dispositif élargi de transactions économiquement liées.

1.39. La deuxième façon d'utiliser les caractéristiques économiquement pertinentes ou les facteurs de comparabilité lors d'une analyse des prix de transfert concerne le processus décrit au chapitre III, à savoir les comparaisons entre des transactions contrôlées et des transactions sur le marché libre en vue de calculer un prix de pleine concurrence pour la transaction contrôlée. Pour procéder à ces comparaisons, les contribuables et les administrations fiscales doivent avoir identifié au préalable les caractéristiques économiquement pertinentes de la transaction contrôlée. Comme l'explique le chapitre III, les différences de ces caractéristiques entre la transaction contrôlée et les transactions sur le marché libre doivent être prises en compte pour déterminer si les situations considérées sont comparables et quelles corrections peuvent être nécessaires pour qu'il y ait comparabilité.

1.40. Toutes les méthodes fondées sur le principe de pleine concurrence se rattachent à l'idée que des entreprises indépendantes examinent les différentes options réalistes qui s'offrent à elles et, dans la comparaison de ces options, prennent en compte toutes les différences ayant une incidence sur la valeur respective de ces options. Par exemple, on peut normalement s'attendre à ce que des entreprises indépendantes, avant d'acheter un produit à un certain prix, recherchent si elles ne pourraient pas acheter le même produit moins cher à une autre entreprise, les autres conditions et modalités de la transaction étant par ailleurs comparables. C'est pourquoi, comme on le verra à la partie II du chapitre II, la méthode du prix comparable sur le marché libre compare une transaction entre entreprises associées aux transactions similaires entre entreprises indépendantes afin d'obtenir une estimation directe du prix sur lequel les parties auraient pu s'accorder si elles avaient eu directement recours au marché au lieu de conclure une transaction contrôlée. Toutefois, cette méthode perd de sa validité en tant que substitut d'une transaction de pleine concurrence si les caractéristiques des transactions sur le marché libre qui ont une incidence substantielle sur le prix pratiqué entre des entreprises indépendantes ne sont pas toutes comparables. De même, la méthode du prix de revente et la méthode du coût majoré consistent à comparer la marge brute obtenue dans le cadre de la transaction entre entreprises associées aux marges brutes obtenues dans le cadre de transactions similaires sur le marché libre. La comparaison donne une estimation de la marge bénéficiaire brute que l'une des parties aurait pu obtenir si elle avait exécuté les mêmes fonctions pour des entreprises indépendantes et, donc, une estimation du montant que cette partie aurait demandé en paiement et que l'autre partie aurait considéré comme acceptable, et ce dans des conditions de pleine concurrence pour l'exécution de ces fonctions. D'autres méthodes, présentées à la partie III du chapitre II, se fondent sur la comparaison des indicateurs de bénéfices nets (par exemple, les marges nettes) entre entreprises indépendantes et entreprises associées, afin d'estimer les bénéfices que l'une ou chacune des entreprises associées aurait pu obtenir si elle avait traité uniquement avec des entreprises indépendantes et, par conséquent, le paiement que cette entreprise aurait demandé dans des conditions de pleine concurrence en contrepartie de l'utilisation de ses ressources dans le cadre de la transaction contrôlée. Lorsque des différences entre les transactions contrôlées et les transactions sur le marché libre sont susceptibles d'avoir une incidence significative sur la comparaison, des ajustements de comparabilité doivent être effectués, lorsque c'est possible, pour améliorer la fiabilité de la comparaison. Par conséquent, le rendement moyen non ajusté d'un secteur d'activité ne peut en aucun cas, à lui seul, permettre de déterminer des conditions de pleine concurrence.

1.41. Pour une analyse de la pertinence de ces facteurs pour l'application de méthodes spécifiques de détermination des prix de transfert, voir l'examen de ces méthodes au chapitre II.

D.1.1. Les dispositions contractuelles de la transaction

1.42. Une transaction est la conséquence ou l'expression de relations commerciales ou financières entre les parties. Les transactions contrôlées peuvent avoir été formalisées par des contrats écrits qui reflètent l'intention des parties au moment de la conclusion du contrat par rapport aux aspects de la transaction couverts par le contrat, notamment, dans les cas fréquents, la répartition des responsabilités, les obligations et les droits, les risques identifiés supportés et les modalités de détermination des prix. Lorsque des entreprises associées ont formalisé une transaction au moyen d'accords contractuels écrits, ces accords constituent le point de départ pour définir la transaction entre elles et pour décider de la répartition des responsabilités, risques et résultats escomptés de leurs relations au moment de la conclusion de l'accord. On peut également déduire les conditions d'une transaction des communications entre les parties en l'absence d'un contrat écrit.

1.43. Les contrats écrits ne sont cependant pas susceptibles de fournir toutes les informations nécessaires pour effectuer une analyse des prix de transfert ou de donner des informations suffisamment détaillées relatives aux dispositions contractuelles. Des informations supplémentaires seront requises en tenant compte des éléments concrets révélateurs des relations commerciales ou financières fournies par les caractéristiques économiquement pertinentes des quatre autres catégories (voir paragraphe 1.36) : les fonctions exercées par chacune des parties à la transaction, la prise en compte des actifs utilisés et des risques assumés ainsi que les caractéristiques du bien transféré ou des services rendus, les circonstances économiques des parties et du marché sur lequel les parties exercent leur activité et les stratégies économiques poursuivies par les parties. L'analyse de l'ensemble des caractéristiques économiquement pertinentes des cinq catégories fournit la preuve du comportement réel des entreprises associées. Cette preuve permet de préciser les aspects des dispositions contractuelles écrites en fournissant des informations utiles et cohérentes. Si le contrat ne traite ni explicitement ni implicitement (en tenant compte des principes applicables à l'interprétation du contrat) des caractéristiques économiquement pertinentes de la transaction, les informations fournies par le contrat devront être complétées, aux fins de l'analyse des prix de transfert, par des éléments probants de l'identification de ces caractéristiques.

1.44. L'exemple suivant montre comment on peut clarifier et compléter les dispositions contractuelles écrites en étudiant les relations commerciales ou financières réelles entre les parties. L'entreprise P est la société mère d'un groupe multinational situé dans le pays P. L'entreprise S, implantée dans le pays S, est une filiale contrôlée à 100% par l'entreprise P et intervient en qualité d'agent des produits de marque de cette entreprise dans le pays S. Le contrat d'agence entre l'entreprise P et l'entreprise S ne précise par les activités de publicité et de marketing que l'entreprise S est tenue d'accomplir dans le

pays S. L'analyse des autres caractéristiques économiquement pertinentes, notamment les fonctions exercées, révèle que l'entreprise S a lancé une grande campagne médiatique dans le pays S afin de développer la notoriété de la marque. Cette campagne représente un investissement important pour l'entreprise S. Sur la base de la preuve fournie par le comportement des parties, on peut conclure que le contrat écrit ne reflète pas pleinement l'étendue des relations commerciales ou financières entre les parties. Par conséquent, l'analyse ne devrait pas être limitée par les dispositions du contrat écrit, mais rechercher les éléments probants du comportement des parties, notamment la base sur laquelle l'entreprise S a fondé sa campagne de marketing.

1.45. Si les caractéristiques de la transaction qui sont économiquement significatives ne sont pas conformes au contrat écrit entre des entreprises associées, la transaction effective doit être généralement définie aux fins de l'analyse des prix de transfert conformément aux caractéristiques de la transaction qui ressortent du comportement des parties.

1.46. Dans le cadre de transactions entre entreprises indépendantes, les intérêts divergents entre les parties ont pour conséquences que (i) les conditions contractuelles conclues reflètent les intérêts des deux parties, (ii) les parties s'efforceront habituellement de respecter chacune les dispositions contractuelles et (iii) les clauses contractuelles ne seront ignorées ou modifiées après coup que si les deux parties y ont intérêt. Ces intérêts divergents n'existent pas toujours lorsqu'on a affaire à des entreprises associées ou bien ils peuvent être égarés selon des méthodes facilitées par le lien de contrôle et pas exclusivement ou principalement par des accords contractuels. Dès lors, il importe avant tout d'examiner les relations commerciales ou financières entre entreprises associées pour déterminer si le comportement réel des parties se conforme pleinement aux dispositions d'un contrat écrit éventuel, ou si au contraire leur comportement démontre que le contrat n'a pas été respecté, qu'il ne donne pas une vision complète des transactions, qu'il n'a pas été correctement qualifié ou caractérisé par les entreprises ou qu'il n'est qu'une fiction. Lorsque le comportement n'est pas pleinement conforme aux dispositions économiquement significatives, une analyse plus poussée s'impose pour identifier la véritable nature de la transaction. Lorsqu'il existe des différences importantes entre les dispositions contractuelles et le comportement des entreprises associées dans leurs relations mutuelles, les fonctions qu'elles exercent réellement, les actifs qu'elles utilisent et les risques qu'elles assument réellement, dans le contexte des dispositions contractuelles, doivent déterminer en définitive la nature réelle de la transaction et définir précisément la transaction effective.

1.47. En cas de doute sur la transaction conclue entre des entreprises associées, il est nécessaire de prendre en compte l'ensemble des éléments

probants des caractéristiques économiquement pertinentes de la transaction. Ce faisant, il faut garder à l'esprit que les termes de la transaction entre les parties peuvent évoluer dans le temps. En cas de modification des termes de la transaction, il convient d'examiner les circonstances de cette modification afin de déterminer si la modification révèle que la transaction initiale a été remplacée par une nouvelle transaction à compter de la date de modification ou si le changement reflète les intentions des parties lors de la transaction d'origine. Une vigilance particulière s'impose lorsqu'il semble que les modifications peuvent résulter de la connaissance des conséquences produites par la transaction. Les modifications effectuées dans la prise en charge supposée d'un risque lorsque les conséquences du risque sont connues n'impliquent pas une prise en charge du risque puisqu'il n'y en a plus, comme indiqué au paragraphe 1.78.

1.48. L'exemple suivant illustre le concept de différences entre les dispositions écrites contractuelles et le comportement des parties, avec pour conséquence que c'est le comportement réel des parties qui délimite la transaction. L'entreprise S est une filiale contrôlée à 100 % par l'entreprise P. Les parties ont conclu un contrat écrit en vertu duquel l'entreprise P concède sous licence sa propriété intellectuelle à l'entreprise S qui l'utilisera dans ses activités; l'entreprise S s'engage à rémunérer l'entreprise P au titre de la licence par le paiement d'une redevance. Les éléments de preuve fournis par les autres caractéristiques économiquement pertinentes, notamment par les fonctions exercées, démontrent que l'entreprise P mène des négociations avec des clients tiers pour conclure des ventes pour l'entreprise S, assure des services d'assistance technique réguliers afin que l'entreprise S puisse fournir des ventes mandatées à ses clients et met régulièrement du personnel à sa disposition pour l'aider à honorer des contrats auprès de ses clients. La majorité des clients souhaitent que l'entreprise P intervienne aux côtés de l'entreprise S en tant que partenaire contractuel, bien que les redevances prévues par le contrat soient payables à l'entreprise S. L'analyse des relations commerciales ou financières révèle que l'entreprise S n'est pas en mesure de fournir les services mandatés aux clients sans l'appui significatif de l'entreprise P, et qu'elle ne développe pas ses propres capacités pour y parvenir. En vertu du contrat, l'entreprise P a concédé une licence à l'entreprise S, mais dans les faits, elle contrôle les risques commerciaux et la production de l'entreprise S de telle sorte qu'elle n'a pas effectué de transfert du risque et des fonctions conformément à un accord de licence, et qu'elle n'agit pas en qualité de concédant, mais de mandant. L'identification de la transaction véritable entre l'entreprise P et l'entreprise S ne doit pas être définie exclusivement par la forme juridique du contrat. Au contraire, la transaction réelle doit être déterminée par le comportement des parties, permettant de conclure que les fonctions effectivement exercées, les actifs utilisés et les risques assumés par les parties ne sont pas conformes à l'accord de licence écrit.

1.49. Lorsqu'il n'existe pas de dispositions écrites, la transaction réelle doit être déduite des éléments probants révélateurs du comportement effectif, qui sont apportés en identifiant les caractéristiques économiquement pertinentes de la transaction. Dans certaines circonstances, les relations commerciales ou financières entre les parties peuvent aboutir à un résultat qui n'a peut-être pas été considéré comme une transaction par le groupe d'entreprises multinationales, mais qui n'en constitue pas moins un transfert de valeur matérielle, dont les conditions doivent être déduites du comportement des parties. Il est ainsi possible qu'une assistance technique ait été prodiguée, que des synergies aient été créées grâce à une action volontairement concertée (comme indiqué à la section D.8), ou qu'un savoir-faire ait été fourni par le biais d'un détachement de personnel ou par d'autres moyens. Il se peut que ces relations n'aient pas été reconnues par le groupe d'entreprises multinationales, n'aient pas été prises en compte dans le calcul du prix des autres transactions liées, n'aient pas été formalisées dans des contrats écrits et n'apparaissent pas dans les écritures comptables. Si la transaction n'a pas été formalisée, tous ses aspects devraient être déduits d'éléments concrets révélateurs du comportement des parties, comme les fonctions effectivement exercées, les actifs effectivement utilisés et les risques effectivement supportés par chacune des parties.

1.50. L'exemple suivant illustre la détermination de la nature véritable d'une transaction qui n'a pas été identifiée par le groupe d'entreprises multinationales. L'examen des relations commerciales ou financières entre l'entreprise P et ses filiales révèle que ces filiales reçoivent des services d'une partie indépendante engagée par l'entreprise P. Cette dernière rémunère ces services, les filiales ne remboursent pas l'entreprise P directement ou indirectement dans le cadre d'une autre prestation facturée et aucun accord de prestation de services n'a été conclu entre l'entreprise P et ses filiales. On doit en conclure qu'outre la prestation de services de la partie indépendante aux filiales, il existe des relations commerciales ou financières entre l'entreprise P et ses filiales, qui ont pour effet de transférer une valeur potentielle de l'entreprise P vers ses filiales. L'analyse doit déterminer la nature de ces relations commerciales ou financières à partir des caractéristiques économiquement pertinentes afin de définir les conditions et modalités de la transaction identifiée.

D.1.2. Analyse fonctionnelle

1.51. Dans le cadre de transactions entre deux entreprises indépendantes, la rémunération correspondra en général aux fonctions exercées par chaque entreprise (compte tenu des actifs mis en œuvre et des risques assumés). Par conséquent, pour délimiter la transaction contrôlée et déterminer si des transactions ou des entités contrôlées et non contrôlées sont comparables, il faut réaliser une analyse fonctionnelle. Cette analyse fonctionnelle a pour but d'identifier les activités et responsabilités économiquement significatives,

les actifs utilisés ou fournis et les risques supportés par les parties aux transactions. L'analyse se concentre sur ce que les parties font effectivement et sur les capacités qu'elles déploient. Ces activités et capacités incluent la prise de décisions, notamment sur la stratégie d'entreprise et les risques. Pour ce faire, il peut être utile de comprendre la structure et l'organisation du groupe d'entreprises multinationales et la mesure dans laquelle elles influent sur le contexte dans lequel le groupe d'entreprises multinationales opère. Il importe notamment de comprendre le processus de création de valeur par le groupe dans son ensemble, les liens d'interdépendance entre les fonctions exercées par les entreprises associées et le reste du groupe, et la contribution des entreprises associées à cette création de valeur. Il sera aussi pertinent de déterminer les droits et obligations juridiques de chacune des parties dans l'exercice de ses fonctions. Alors qu'une des parties peut assurer un nombre important de fonctions par rapport à l'autre partie à la transaction, ce qui compte c'est l'importance économique de ces fonctions du point de vue de leur fréquence, de leur nature et de leur valeur pour les parties respectives.

1.52. Les contributions réelles, capacités et autres caractéristiques des parties peuvent influencer sur les options réalistes qui s'offrent à elles. Par exemple, une entreprise associée fournit des services logistiques au groupe. L'entreprise de logistique est tenue d'exploiter des entrepôts ayant des capacités excédentaires et dispersés entre plusieurs sites pour faire face à l'éventualité d'une rupture d'approvisionnement sur un site. Il n'est pas possible d'améliorer l'efficacité en regroupant des sites ou en réduisant des capacités excédentaires. Par conséquent, les fonctions et actifs de l'entreprise de logistique peuvent être différents de ceux d'une entreprise de logistique indépendante qui ne disposerait pas des mêmes moyens pour réduire le risque de rupture d'approvisionnement.

1.53. C'est pourquoi l'identification des caractéristiques économiquement pertinentes des relations commerciales ou financières devrait inclure l'examen des capacités des parties, l'incidence de ces capacités sur les options réalistes qui s'offrent à elles et si des transactions de pleine concurrence potentiellement comparables font apparaître des capacités similaires.

1.54. L'analyse fonctionnelle devrait prendre en compte le type d'actifs utilisés, comme les usines et équipements, l'utilisation d'éléments incorporels de valeur, les actifs financiers, etc. et les caractéristiques de ces actifs, comme leur âge, leur valeur marchande, leur localisation, l'existence de droits de propriété industrielle, etc.

1.55. L'analyse fonctionnelle peut démontrer que le groupe a fragmenté des fonctions très intégrées entre plusieurs entreprises du groupe. Des liens d'interdépendance considérables peuvent exister entre les activités fragmentées. Par exemple, la séparation des fonctions de logistique, d'entreposage, de marketing et de vente en différentes entités juridiques peut nécessiter une coordination poussée pour que les activités ainsi séparées

fonctionnent harmonieusement. Les activités de vente sont certainement très dépendantes du marketing, tandis que l'exécution des ventes, y compris l'impact anticipé des activités marketing, nécessite de se coordonner avec les processus de stockage et les moyens logistiques. Cette coordination peut être assumée par tout ou partie des entreprises associées qui accomplissent les activités fragmentées, par une fonction de coordination séparée ou par un mélange des deux. Les risques peuvent être atténués par des contributions de l'ensemble des parties ou des activités d'atténuation des risques peuvent être principalement assumées par la fonction de coordination. Aussi, lorsqu'on effectue une analyse fonctionnelle visant à identifier les relations commerciales ou financières dans des activités fragmentées, il sera important de déterminer si ces activités sont très interdépendantes et, dans l'affirmative, la nature de ces interdépendances et comment les activités commerciales auxquelles les entreprises associées contribuent sont coordonnées.

D.1.2.1. Analyse des risques dans les relations commerciales et financières¹

1.56. L'analyse fonctionnelle est incomplète tant qu'on n'a pas identifié et pris en compte les principaux risques supportés par chacune des parties, puisque l'acceptation réelle des risques influencerait sur les prix et les autres termes des transactions entre entreprises associées. Généralement, sur le marché libre, l'acceptation d'un risque accru serait compensée par une augmentation du rendement escompté, sachant que le rendement effectif augmentera ou n'augmentera pas suivant le degré de matérialisation effective des risques. Le niveau et l'acceptation du risque sont donc des caractéristiques économiquement pertinentes pour la détermination des conclusions d'une analyse sur les prix de transfert.

1.57. Les risques sont inhérents aux activités commerciales. Les entreprises s'engagent dans des activités commerciales dans l'espoir de réaliser des bénéfices, mais il n'est pas sûr que les moyens à mobiliser pour y parvenir

1. Les indications de ce chapitre et plus particulièrement de cette section sur les risques ne sont pas spécifiques à un secteur industriel donné. Si le concept de base selon lequel une partie supportant les risques doit avoir la capacité de gérer effectivement ces risques s'applique à l'assurance, à la banque et aux autres sociétés de services financiers, ces secteurs réglementés sont tenus de respecter des règles édictant les dispositions relatives aux risques et la façon dont ils sont reconnus, mesurés et présentés. L'approche réglementaire de l'affectation des risques des entités réglementées doit être prise en compte et il doit être fait référence, le cas échéant, aux principes en matière de prix de transfert applicables spécifiquement aux sociétés de services financiers, qui sont énoncées dans le *Rapport de 2010 sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables*.

ne soient pas supérieurs aux prévisions ou génèrent le rendement escompté. L'identification des risques va de pair avec l'identification des fonctions et actifs et fait partie intégrante du processus de détermination des relations commerciales ou financières entre les entreprises associées et de définition précise de la transaction ou des transactions.

1.58. L'identification des risques liés à une opportunité commerciale a une incidence sur les bénéfices qu'on peut attendre de cette opportunité sur le marché libre, et la répartition des risques assumés entre les parties à la transaction influe sur la façon dont les bénéfices ou les pertes générés par la transaction seront attribués en conditions de pleine concurrence par la fixation du prix de la transaction. Aussi, lorsqu'on compare des transactions contrôlées et non contrôlées et des parties contrôlées et non contrôlées, il convient d'analyser les risques supportés, les fonctions exercées qui ont un lien avec ou influent sur la prise en charge ou l'impact de ces risques ainsi que la ou les parties à la transaction qui assument ces risques.

1.59. Cette section fournit des indications sur la nature et les sources des risques dans le cadre d'une analyse des prix de transfert afin de contribuer à identifier les risques spécifiques pertinents. En outre, elle expose les principes relatifs à la prise en charge du risque sous l'angle du principe de pleine concurrence. Il ne faut pas déduire des principes détaillés exposés dans cette section consacrée à l'analyse des risques faisant partie de l'analyse fonctionnelle couvrant les fonctions, les actifs et les risques, que les risques sont plus importants que les fonctions ou les actifs. L'importance des fonctions, actifs et risques d'une transaction spécifique devra être déterminée par une analyse fonctionnelle détaillée. Ces indications détaillées sur les risques tiennent compte des difficultés pratiques présentées par les risques : il peut être plus difficile d'identifier les risques que les fonctions ou actifs d'une transaction et une analyse minutieuse est nécessaire pour définir quelle entreprise associée assume un risque particulier lors d'une transaction.

1.60. Les étapes du processus d'analyse des risques d'une transaction contrôlée décrit dans la partie restante de cette section, qui vise à cerner précisément le risque de la transaction effective, peuvent se résumer de la manière suivante :

1. Identifier les risques spécifiques économiquement significatifs (voir section D.1.2.1.1).
2. Déterminer comment les risques spécifiques économiquement significatifs sont assumés contractuellement par les entreprises associées selon les termes de la transaction (voir section D.1.2.1.2).
3. Déterminer, à l'aide d'une analyse fonctionnelle, comment des entreprises associées qui sont des parties à la transaction opèrent dans le cadre de la prise en charge et de la gestion des risques spécifiques

économiquement significatifs, et en particulier la ou les entreprises qui exercent les fonctions de contrôle et d'atténuation des risques, qui supportent les gains ou les pertes des risques et qui ont la capacité financière d'assumer le risque (voir section D.1.2.1.3).

4. Les étapes 2 et 3 auront permis d'identifier les informations relatives à la prise en charge et la gestion des risques de la transaction contrôlée. L'étape suivante consiste à interpréter ces informations et à déterminer si la prise en charge contractuelle du risque est conforme au comportement des entreprises associées et aux autres faits concernés en analysant (i) si les entreprises associées respectent les dispositions contractuelles relevant des principes de la section D.1.1 et (ii) si la partie assumant le risque analysé au titre du point (i) exerce un contrôle du risque et dispose de la capacité financière pour prendre en charge le risque (voir section D.1.2.1.4).
5. Si la partie qui assume le risque en vertu des étapes 1 à 4 (i) ne contrôle pas le risque ou n'a pas la capacité financière d'assumer le risque, les principes sur l'affectation du risque doivent s'appliquer (voir section D.1.2.1.5).
6. Le prix de la transaction réelle, telle qu'il a été défini précisément par les éléments concrets révélateurs des caractéristiques économiquement pertinentes de la transaction, définis dans les principes de la section D.1, doit être calculé en tenant compte des conséquences financières et autres du risque assumé et en rémunérant de manière appropriée les fonctions de gestion du risque (voir section D.1.2.1.6).

1.61. Cette section fait référence à des termes qui nécessitent une explication et une définition initiales. Le terme « gestion du risque » fait référence à la fonction d'évaluation et de gestion du risque liée à l'activité commerciale. La gestion du risque comprend trois éléments : (i) la capacité de prendre la décision de saisir, d'éviter ou de rejeter une opportunité porteuse de risque, et l'exercice effectif de cette fonction de prise de décision, (ii) la capacité de prendre la décision de traiter les risques associés à cette opportunité, et selon quelles modalités, ainsi que l'exercice effectif de cette fonction de prise de décision, et (iii) la capacité d'atténuer le risque, c'est-à-dire de prendre des mesures qui influent sur ce risque, ainsi que l'exercice effectif de cette fonction d'atténuation.

1.62. Certaines fonctions de gestion du risque ne peuvent être assumées que par la partie qui exerce les fonctions et utilise les actifs pour la création et la poursuite des opportunités commerciales tandis que d'autres fonctions de gestion du risque peuvent être exercées par une partie différente. La gestion du risque ne doit pas être nécessairement envisagée comme englobant une fonction distincte, impliquant une rémunération séparée, qui se différencie de

l'exercice d'activités qui optimisent les bénéfices. Par exemple, la mise au point d'actifs incorporels par le biais d'activités de développement peut impliquer l'atténuation des risques relatifs à l'activité de développement conforme aux spécifications, dans le respect des normes les plus élevées et des délais; les risques spécifiques peuvent être atténués par la fonction de développement exercée. Par exemple, si l'accord contractuel entre des entreprises associées est un contrat de R&D qui respecte les exigences de cette section, la rémunération des fonctions d'atténuation des risques exercées dans le cadre de l'activité de développement sera intégrée au paiement de pleine concurrence des services. Ni le risque immatériel, ni le revenu résiduel lié à ce risque ne seront affectés au prestataire de service. Voir également l'exemple 1 du paragraphe 1.83.

1.63. Gérer un risque est différent d'assumer un risque. Assumer un risque implique de supporter les gains ou pertes potentiels associés à ce risque, avec pour conséquence que c'est la partie assumant le risque qui supporte également les conséquences financières et autres si le risque se réalise. Une partie qui exerce partiellement des fonctions de gestion du risque peut ne pas assumer le risque concerné par son activité de gestion mais peut être engagée pour exercer des fonctions de gestion du risque sous la direction de la partie qui assume le risque. Par exemple, l'atténuation, au jour le jour, du risque de rappel des produits peut être externalisée à une partie qui assure le suivi du contrôle de la qualité par un processus de fabrication spécifique, respectueux des spécifications de la partie qui supporte le risque.

1.64. La capacité financière à assumer le risque peut être définie comme l'accès au financement nécessaire pour assumer ou éviter le risque, payer les fonctions d'atténuation des risques et supporter les conséquences du risque si ce dernier se réalise. L'accès au financement par la partie qui assume le risque tient compte des actifs disponibles et des options réalistes qui s'offrent pour accéder, si nécessaire, à des liquidités supplémentaires, afin de couvrir les coûts escomptés en cas de réalisation du risque. Cette évaluation doit s'effectuer en partant du principe que la partie assumant le risque opère, au titre de partie non liée, dans les mêmes circonstances que l'entreprise associée, et être clairement définie selon les principes de cette section. Par exemple, l'exploitation de droits sur un actif générateur de revenu peut ouvrir des possibilités de financement à la partie concernée. Lorsqu'une partie assumant un risque perçoit des fonds intra-groupe afin de répondre aux exigences de financement liées au risque, la partie qui fournit les fonds peut assumer le risque financier mais n'assume par le risque spécifique qui a donné lieu au besoin de financement supplémentaire du seul fait qu'elle a fourni le financement. A défaut de capacité financière à assumer le risque, l'affectation du risque appelle un examen plus approfondi au titre de l'étape 5.

1.65. Le contrôle du risque implique les deux premiers éléments de gestion du risque définis au paragraphe 1.61, à savoir (i) la capacité de prendre la

décision de saisir, d'éviter ou de rejeter une opportunité porteuse de risque, et l'exercice effectif de cette fonction de prise de décision, (ii) la capacité de prendre la décision de traiter les risques associés à cette opportunité, et selon quelles modalités, ainsi que l'exercice effectif de cette fonction de prise de décision. Il n'est pas nécessaire qu'une partie procède à une atténuation des risques au jour le jour, comme indiqué au point (iii) pour contrôler les risques. Cette atténuation quotidienne peut être externalisée comme l'illustre l'exemple du paragraphe 1.63. Cependant, en cas d'externalisation de ces activités quotidiennes d'atténuation, le contrôle du risque nécessite la capacité à déterminer les objectifs des activités externalisées, décider de faire appel au prestataire chargé des fonctions d'atténuation du risque, évaluer si les objectifs sont correctement respectés et, si nécessaire, décider d'adapter ou de résilier le contrat avec le prestataire concerné, ainsi que la réalisation de cette évaluation et de cette prise de décision. Conformément à cette définition du contrôle, une partie doit à la fois avoir la capacité et exercer effectivement la fonction, comme indiqué ci-dessus, pour exercer un contrôle du risque.

1.66. La capacité à exercer des fonctions de prise de décision et l'exercice effectif de ces fonctions de prise de décision relatives à un risque spécifique impliquent une connaissance du risque fondé sur une analyse pertinente des informations nécessaires pour évaluer les gains et pertes prévisibles du risque d'une telle décision et les conséquences sur l'activité de l'entreprise. Les décideurs doivent avoir des compétences et de l'expérience dans le domaine du risque spécifique sur lequel porte la prise de décision et mesurer l'impact de leur décision sur l'entreprise. Ils doivent avoir accès également aux informations pertinentes, soit en collectant les informations par eux-mêmes, soit en usant de leur pouvoir pour définir et se procurer les informations utiles à l'appui de leur processus décisionnel. Ce faisant, ils doivent avoir la capacité de déterminer les objectifs de la collecte et de l'analyse des informations, de faire appel à une partie qui collecte et analyse les informations, d'évaluer si les informations appropriées ont été collectées et si les analyses ont été effectuées correctement et, le cas échéant, de décider d'adapter ou de résilier le contrat avec le prestataire concerné, et aussi d'effectuer l'évaluation et la prise de décision. Ni la simple formalisation du résultat de la prise de décision sous la forme, par exemple, de réunions organisées pour approuver formellement les décisions prises sur d'autres sites, de procès-verbaux d'assemblée du conseil d'administration et de signature de documents relatifs à la décision, ni la définition d'un environnement politique adapté au risque (voir paragraphe 1.76) ne sont considérés comme l'exercice d'une fonction décisionnelle suffisante pour démontrer un contrôle du risque.

1.67. Les références au contrôle du risque ne doivent pas nécessairement être interprétées comme une possibilité d'influer sur le risque ou d'annuler l'incertitude. Il n'est pas possible d'influer sur certains risques, qui constituent la condition générale de l'activité commerciale, et touchent toutes les

entreprises exerçant cette activité. Par exemple, les risques liés aux conditions économiques générales ou aux cycles des prix des matières premières sont, par définition, extérieurs à la sphère d'influence d'un groupe d'entreprises multinationales. Au contraire, le contrôle du risque fait référence à la capacité et au pouvoir de décider de prendre un risque et de décider si et comment gérer le risque, notamment par la planification des investissements, le type de programmes de développement, la conception des stratégies de marketing ou la détermination des niveaux de production.

1.68. L'atténuation des risques fait référence aux mesures prises qui doivent affecter les conséquences des risques. Il peut s'agir de mesures qui réduisent l'incertitude ou diminuent les conséquences d'une perte potentielle en cas de réalisation du risque. Le contrôle ne doit pas être interprété comme nécessitant l'adoption de mesures d'atténuation des risques, car une entreprise peut décider, après l'évaluation de certains risques, notamment des risques qui peuvent être fondamentaux pour ses activités de base, que l'incertitude qu'ils engendrent doit être assumée et gérée de manière à optimiser les chances de profit.

1.69. Cette notion de contrôle peut être illustrée par les exemples suivants. La société A confie à un fabricant spécialisé, la société B, la fabrication de ses produits. Les dispositions contractuelles indiquent que la société B s'engage à fournir des services de fabrication mais que les spécifications et conceptions du produit sont fournies par la société A et que cette dernière détermine la planification de la production, notamment les volumes et le calendrier de livraison des produits. Les relations contractuelles impliquent que la société A supporte les risques liés au stock et au rappel des produits. La société A fait appel à la société C pour effectuer régulièrement des contrôles de la qualité du processus de production. La société A précise les objectifs des contrôles de la qualité et les informations que la société C doit collecter pour son compte. La société C rend compte directement à la société A. L'analyse des caractéristiques économiquement pertinentes indique que la société A contrôle ses risques de stock et de rappel des produits par l'exercice de sa capacité et de son pouvoir de prise d'un certain nombre de décisions significatives sur le fait d'assumer ou non le risque, et si oui de quelle manière, et sur la façon de gérer les risques. En outre, la société A a la capacité d'évaluation et de prise de décisions relatives aux fonctions d'atténuation du risque et elle exerce effectivement ces fonctions. Ces dernières comprennent la définition des objectifs des activités externalisées, la décision de faire appel à un fabricant spécifique et à la partie chargée des contrôles de la qualité, l'évaluation qui détermine si les objectifs sont correctement atteints et, si nécessaire, la décision d'adapter ou de résilier les contrats.

1.70. Supposons qu'un investisseur engage un gestionnaire de fonds chargé d'effectuer des investissements pour son compte. Selon l'accord conclu entre l'investisseur et le gestionnaire de fonds, ce dernier peut avoir été mandaté pour

investir le portefeuille de l'investisseur au jour le jour de manière à tenir compte des préférences de l'investisseur en matière de risque même si le risque de perte de valeur de l'investissement est supporté par l'investisseur. Dans un exemple de ce type, l'investisseur contrôle les risques par la prise de quatre décisions significatives : la décision de préférence en matière de risque et, par conséquent, de diversification nécessaire des risques liés aux différents investissements du portefeuille, la décision d'engager précisément ce gestionnaire de fonds (ou de résilier le contrat qui le lie), la décision relative au pouvoir conféré au gestionnaire de fonds et aux objectifs fixés à ce dernier et la décision relative au montant des investissements qu'il demande au gestionnaire de fonds de gérer. Par ailleurs, le gestionnaire de fonds sera généralement tenu de rendre des comptes réguliers à l'investisseur dans la mesure où l'investisseur souhaitera évaluer les résultats des activités du gestionnaire de fonds. Dans ce cas, le gestionnaire de fonds fournit un service et gère le risque de son activité de sa propre perspective (par exemple, préserver sa crédibilité). Le risque opérationnel du gestionnaire de fonds, notamment la possibilité de perdre un client, est distinct du risque de son client en termes d'investissement. Cet exemple illustre le fait qu'un investisseur qui confère à une autre personne le pouvoir d'exercer des activités d'atténuation des risques du type de celles d'un gestionnaire de fonds, ne transfère pas nécessairement le contrôle du risque d'investissement à la personne qui prend les décisions au jour le jour.

D.1.2.1.1. Étape 1 : Identifier les risques spécifiques économiquement significatifs

1.71. Il existe de nombreuses définitions du risque, mais dans le contexte des prix de transfert, il est approprié de voir dans le risque l'effet de l'incertitude sur les objectifs de l'entreprise. Dans toutes les activités d'une entreprise, dans chacune des mesures prises pour tirer parti des opportunités, chaque fois qu'une entreprise dépense de l'argent ou génère un revenu, l'incertitude existe et un risque est supporté. Une entreprise consacrera sans doute beaucoup d'attention à cerner les incertitudes qu'elle rencontre, à évaluer s'il faut tirer parti d'opportunités commerciales au vu des risques inhérents et à élaborer des stratégies appropriées de gestion des risques, aspect important pour les actionnaires attachés au rendement de leurs participations au capital. Le risque est associé aux opportunités et n'a pas que des connotations négatives ; il est inhérent à l'activité commerciale, et les entreprises sélectionnent les risques qu'elles acceptent d'assumer en vue de réaliser des bénéfices. Les entreprises sans but lucratif prennent des risques commerciaux sans espérer réaliser de profit. L'impact négatif du risque survient lorsque les résultats favorables escomptés ne se concrétisent pas. Par exemple, un produit peut ne pas susciter autant de demande de la part des consommateurs que prévu. Toutefois, un tel événement est la manifestation négative de l'incertitude associée à des opportunités commerciales, à laquelle

les entreprises prêtent certainement beaucoup d'attention afin d'identifier et de gérer des risques économiquement significatifs en vue de tirer parti de leur décision d'affronter le risque. Cette attention peut inclure des activités visant à définir la stratégie de produits, en quoi le produit se différencie de ses concurrents, comment cerner les nouvelles tendances sur le marché, comment anticiper les transformations sociales et politiques et comment générer de la demande. L'importance d'un risque dépend de la probabilité et de l'importance des pertes et gains potentiels résultant du risque. Par exemple, un parfum de glace différent peut ne pas être le seul produit d'une entreprise, les coûts de mise au point, de lancement et de commercialisation du produit peuvent être marginaux, le succès ou l'échec du produit peut ne pas créer de risques significatifs pour la réputation de l'entreprise dès lors que les protocoles de gestion de l'entreprise sont bien suivis, et la décision peut avoir été déléguée à une direction locale ou régionale qui connaît bien les goûts du consommateur local. À l'inverse, une technologie révolutionnaire ou un traitement médical novateur peut constituer le seul produit ou le produit phare de l'entreprise, impliquer des décisions stratégiques majeures à différents niveaux, requérir des coûts d'investissement élevés, faire la réputation de l'entreprise ou au contraire la ruiner, et nécessiter une gestion centralisée qui irait dans l'intérêt des actionnaires et d'autres parties prenantes.

1.72. Les risques peuvent être classés selon différents critères, mais dans une analyse des prix de transfert, il est judicieux de se baser sur les sources d'incertitude qui génèrent ces risques. La liste suivante, non exhaustive, ne prétend pas suggérer une hiérarchie des risques. Elle n'entend pas non plus définir des catégories rigides de risques, car ces catégories se chevauchent. Elle vise plutôt à offrir un cadre de nature à faire en sorte que l'analyse des prix de transfert couvre tout l'éventail de risques pouvant résulter des relations commerciales ou financières des entreprises associées, et du contexte dans lequel ces relations ont lieu. Il est fait référence aux risques d'origine externe et à ceux d'origine interne, afin de clarifier les sources d'incertitude. Il ne faut toutefois pas en déduire que les risques d'origine externe sont moins importants parce qu'ils ne sont pas générés directement par les activités. Au contraire, la capacité d'une entreprise à affronter des risques externes, à y répondre et à les atténuer, représente sans doute une condition nécessaire au maintien de la compétitivité d'une entreprise. Avant tout, les indications sur l'éventail possible des risques doivent contribuer à repérer les risques importants. Les risques décrits en termes vagues ou indifférenciés sont sans intérêt pour une analyse des prix de transfert qui cherche à délimiter la transaction effective et à cerner la répartition réelle des risques entre les parties.

- a) Risques stratégiques ou risques de marché. Ces risques, en grande partie d'origine externe, sont induits par l'environnement économique, les événements politiques et réglementaires, la concurrence, les progrès technologiques ou les transformations

sociales et environnementales. L'évaluation de ces incertitudes peut conduire à définir les produits et les marchés que l'entreprise décide de cibler, et les moyens nécessaires pour y parvenir, y compris les investissements dans les actifs incorporels et corporels, ainsi que dans les compétences humaines. Les risques négatifs sont considérables, mais les positifs le sont aussi dès lors que l'entreprise appréhende correctement l'impact des risques externes, différencie ses produits, sécurise et continue de protéger son avantage compétitif. Citons par exemple les tendances sur le marché, l'émergence de nouveaux marchés géographiques et la concentration de l'investissement en faveur du développement.

- b) Risques opérationnels ou d'infrastructure. Ces risques englobent les incertitudes liées aux activités de l'entreprise, et peuvent inclure l'efficacité des processus et des opérations. Leur impact dépend étroitement de la nature des activités et des incertitudes que l'entreprise choisit d'assumer. Dans certaines circonstances, des défaillances peuvent paralyser les opérations de l'entreprise, ternir sa réputation ou menacer son existence, alors qu'une gestion efficace des risques améliorera sa réputation. Dans d'autres circonstances, l'incapacité à commercialiser un produit sur le marché dans les délais prévus, répondre à la demande, se conformer à des spécifications techniques ou fournir des produits de haute qualité peut compromettre la position concurrentielle de l'entreprise et sa réputation, et donner l'avantage aux entreprises qui parviennent à commercialiser plus rapidement des produits concurrents, à mieux exploiter les dispositifs de protection tels que les brevets, à mieux gérer les risques liés à la chaîne d'approvisionnement et le contrôle de qualité. Certains risques d'infrastructure sont d'origine externe et peuvent concerner les transports, la situation politique et sociale, la législation et la réglementation, tandis que d'autres sont d'origine interne et se rapportent à la disponibilité d'actifs et à leurs fonctionnalités, aux capacités des salariés, à la conception et au déploiement des processus, aux accords d'externalisation et aux systèmes informatiques, par exemple.
- c) Risques financiers. Tous les risques peuvent se répercuter sur les résultats financiers d'une entreprise, mais il existe des risques financiers spécifiques qui sont liés à la capacité de l'entreprise à gérer ses liquidités et sa trésorerie, ses capacités financières et sa solvabilité. L'incertitude peut être d'origine externe, un choc économique ou une crise du crédit par exemple, mais aussi interne, à la suite de contrôles, de décisions d'investissement, de

conditions du crédit et des conséquences de risques opérationnels ou d'infrastructure.

- d) Risques transactionnels. Ils désignent les prix et conditions de paiement rattachés à une transaction commerciale portant sur la vente de biens, de produits ou de services.
- e) Risques de catastrophes naturelles. Ils englobent les événements extérieurs négatifs susceptibles d'entraîner des dommages ou des pertes, y compris les accidents et catastrophes naturelles. Ces risques peuvent souvent être atténués en souscrivant une assurance, mais celle-ci ne couvre pas toujours toutes les pertes potentielles, notamment en cas d'impacts significatifs sur les opérations ou sur la réputation.

1.73. Pour déterminer l'impact économique du risque et les répercussions du risque et de l'incertitude sur le prix d'une transaction entre entreprises associées, il faut mener une analyse fonctionnelle globale portant sur le processus de création de valeur par le groupe d'entreprises multinationales, les activités qui permettent au groupe d'entreprises multinationales de générer des bénéfices durables et les caractéristiques économiquement pertinentes de la transaction. L'analyse des risques contribue à établir une éventuelle comparabilité en suivant les indications du chapitre III. Lorsque des comparables potentiels sont identifiés, il convient de vérifier si leurs niveaux de risques et de gestion des risques sont équivalents. L'impact économique du risque peut être illustré par les deux exemples ci-après.

1.74. Dans le premier exemple, un groupe d'entreprises multinationales distribue du fuel domestique aux consommateurs. L'analyse des caractéristiques économiquement pertinentes montre que le produit n'est pas différencié, que le marché est concurrentiel, que sa taille est prévisible et que les acteurs ne fixent pas les prix. En pareilles circonstances, la capacité à influencer sur les marges peut être limitée. Les conditions de crédit obtenues dans le cadre de la gestion des relations avec les fournisseurs de fuel domestique financent le fonds de roulement et sont déterminantes pour la marge du distributeur. L'impact du risque sur le coût du capital est donc significatif dans le contexte de la manière dont est créée la valeur pour la fonction de distribution.

1.75. Dans le deuxième exemple, une multinationale qui vend des jouets au détail achète une large gamme de produits à un certain nombre de fabricants extérieurs au groupe. Ses ventes se concentrent dans les deux derniers mois de l'année, et elle assume un risque important lié à l'orientation stratégique de la fonction d'achat, à la bonne estimation des tendances et au choix avisé des produits qui se vendront et de leurs volumes. Les tendances et la demande de produits peuvent varier d'un marché à l'autre, et l'expertise est donc nécessaire pour évaluer les attentes du marché local. L'effet du risque d'achat peut être

amplifié si le détaillant négocie une période d'exclusivité pour un produit particulier avec le fabricant.

1.76. Le contrôle du risque spécifique d'une transaction est axé sur la prise de décision des parties à la transaction dans le cadre du risque spécifique résultant de la transaction. Cela ne signifie pas pour autant que, dans un groupe d'entreprises multinationales, d'autres parties ne participent pas à la définition des politiques générales qui sont utiles à la prise en charge et au contrôle des risques spécifiques identifiés dans une transaction, cette définition politique n'étant pas à proprement parler une prise de décision. Le conseil et le comité exécutif du groupe, par exemple, peuvent définir le niveau de risque que l'ensemble du groupe est disposé à accepter en vue d'atteindre ses objectifs commerciaux, et mettre en place le cadre de contrôle permettant de gérer et de signaler les risques présents dans ses activités. Les cadres au sein des entités commerciales, opérationnelles et fonctionnelles peuvent identifier et évaluer les risques par rapport aux débouchés commerciaux, et mettre en place les contrôles et processus appropriés afin de traiter ces risques et d'agir sur ceux générés par les activités quotidiennes. Dans leur poursuite des débouchés commerciaux, les entités opérationnelles doivent gérer en permanence le risque que les moyens déployés n'aboutissent pas au résultat escompté. Par exemple, le risque d'un stock de produits finis dans une transaction d'approvisionnement entre deux entreprises associées peut être contrôlé par la partie qui a la capacité de déterminer les volumes de production et d'exercer effectivement cette prise de décision. La manière de gérer le risque de la transaction entre deux entreprises associées peut dépendre de la politique adoptée par ailleurs au sein du groupe d'entreprises multinationales à propos des niveaux de fonds de roulement affectés au stock ou de la coordination des stocks minimaux appropriés pour les différents marchés afin de répondre aux objectifs stratégiques. Cette définition politique élargie ne peut cependant pas être considérée comme une décision de saisir, d'éviter, de rejeter ou d'atténuer le risque spécifique lié au stock dans l'exemple de la transaction de fourniture de produits de ce paragraphe.

D.1.2.1.2. Étape 2 : La prise en charge contractuelle du risque

1.77. L'identité de la partie ou des parties assumant les risques peut être mentionnée dans les contrats écrits entre les parties à la transaction qui implique des risques. Un contrat écrit définit en principe les risques que les parties ont prévu d'assumer. Certains risques peuvent être explicitement assumés dans les dispositions contractuelles. Par exemple, un distributeur pourra assumer contractuellement le risque lié aux comptes clients, au stock et les risques de crédit liés aux ventes du distributeur à des clients non associés. D'autres risques sont assumés implicitement. Par exemple, les dispositions contractuelles qui prévoient la rémunération non conditionnelle de l'une des

parties font supporter implicitement les conséquences de certains risques, notamment de profits et de pertes, à l'autre partie.

1.78. Une prise en charge contractuelle du risque représente un accord de prise en charge *ex ante* de tout ou partie des coûts potentiels liés à la concrétisation *ex post* des conséquences négatives du risque, en contrepartie de tout ou partie des bénéfices potentiels liés à la concrétisation *ex post* des conséquences positives. Avant tout, une prise en charge *ex ante* du risque doit fournir des éléments probants d'un engagement à assumer le risque avant la réalisation de ses conséquences. Ces éléments probants constituent une part importante de l'analyse qu'effectue l'administration fiscale sur les risques en matière de prix de transfert dans les relations commerciales et financières car, dans la pratique, un contrôle de l'administration fiscale peut avoir lieu plusieurs années après la prise de ces décisions initiales par des entreprises associées et lorsque les conséquences sont connues. La prise en charge supposée d'un risque lorsque les conséquences du risque sont connues n'implique pas, par définition, une prise en charge du risque puisqu'il n'y a plus de risque. De même, les réaffectations du risque a posteriori par l'administration fiscale lorsque les conséquences du risque sont connues peuvent être inappropriées sauf si elles sont fondées sur une indication mentionnée ailleurs dans ces Principes, en particulier à la section D.1.2.1.

1.79. Il est neutre d'un point de vue économique d'assumer (ou d'éviter) un risque en contrepartie d'un revenu nominal escompté plus élevé (ou plus faible) dans la mesure où les deux options sont à égalité en termes de valeur actuelle nette. Entre parties non associées, par exemple, la vente d'un actif risqué générateur de revenu peut traduire en partie la décision du vendeur d'accepter un revenu nominal plus faible mais plus assuré et de renoncer à la possibilité d'un revenu nominal plus élevé qu'il pourrait percevoir en conservant et en exploitant cet actif. Dans un accord de recouvrement de créances sans recours entre entreprises indépendantes, par exemple, le vendeur qui escompte la valeur nominale de ses créances clients en contrepartie d'un paiement fixe accepte un rendement inférieur pour réduire la volatilité et se défaire d'un risque. La société d'affacturage est habituellement une entreprise spécialisée qui a la capacité de décider d'assumer un risque et de décider comment le gérer, notamment en le diversifiant et en disposant des capacités fonctionnelles pour l'atténuer et générer un rendement qui en découle. Chaque partie conclut l'accord parce qu'elle estime qu'il préserve ses intérêts, essentiellement parce qu'elles ont des préférences différentes en matière de risque, qui résultent de leurs capacités par rapport au risque spécifique. La société d'affacturage est mieux à même de gérer les risques que le vendeur et des conditions acceptables pour les deux parties peuvent être négociées.

1.80. Cependant, il ne faudrait pas en conclure que le fait pour des entreprises associées de renoncer contractuellement à un rendement

potentiellement élevé mais plus incertain au profit d'un rendement plus faible mais plus sûr relève automatiquement du principe de pleine concurrence. Les étapes restantes proposées dans cette section décrivent les informations nécessaires pour déterminer comment des entreprises associées opèrent dans le cadre de la prise en charge et de la gestion des risques afin de permettre une délimitation précise de la transaction effective par rapport au risque.

1.81. La prise en charge du risque peut avoir un effet significatif sur la détermination du prix de pleine concurrence entre entreprises associées, et il ne faut pas conclure que les prix fixés dans les accords contractuels déterminent seuls la partie qui assume le risque. Aussi, le fait que le prix payé entre des entreprises associées pour des biens ou des services soit fixé à un niveau spécifique, ou par référence à une marge spécifique, ne doit pas conduire à conclure que les risques sont supportés d'une certaine manière par ces entreprises associées. Par exemple, un fabricant peut affirmer être protégé du risque de fluctuation des prix d'une matière première du fait qu'il est rémunéré par une autre entreprise du groupe sur une base qui tient compte de ses coûts effectifs. Cette affirmation implique que c'est l'autre entreprise du groupe qui supporte le risque. La forme de rémunération ne peut pas dicter des affectations inappropriées du risque. La façon dont les parties gèrent et contrôlent effectivement les risques, comme indiqué dans les autres étapes du processus d'analyse des risques, détermine les risques assumés par les parties et dicte, en conséquence, le choix de la méthode des prix de transfert la mieux adaptée.

D.1.2.1.3. Étape 3 : L'analyse fonctionnelle relative au risque

1.82. Cette étape est consacrée à l'analyse des fonctions relatives au risque des entreprises associées qui sont des parties à la transaction. L'analyse fournit des informations sur la façon dont des entreprises associées opèrent dans le cadre de la prise en charge et la gestion des risques spécifiques économiquement significatifs, et en particulier sur la ou les entreprises qui exercent les fonctions de contrôle et d'atténuation des risques, qui supportent les gains ou les pertes des risques et qui ont la capacité financière d'assumer le risque. Cette étape est illustrée par les exemples suivants, dont les conclusions sont tirées dans les paragraphes suivants de la section D.1.2.

Exemple 1

1.83. La société A cherche à saisir une opportunité de développement et fait appel à une société spécialisée, la société B, pour effectuer une partie des recherches à sa place. Le risque de développement relevant de l'étape 1 a été identifié comme économiquement significatif dans cette transaction et, au regard de l'étape 2, il a été établi que la société A assume le risque de développement. L'analyse fonctionnelle relevant de l'étape 3 démontre que

la société A contrôle son risque de développement en exerçant sa capacité et son pouvoir de prise d'un certain nombre de décisions significatives sur le fait d'assumer ou non le risque de développement, et si oui de quelle manière. Il s'agit des décisions d'effectuer une partie des travaux de développement elle-même, de solliciter les conseils d'un spécialiste, d'engager un chercheur particulier, de choisir le type de recherches à effectuer et les objectifs correspondants, du budget alloué à la société B. La société A a atténué ses risques en prenant des mesures pour externaliser les activités de développement et les confier à la société B qui assume la responsabilité quotidienne d'effectuer les recherches sous le contrôle de la société A. La société B rend des comptes à la société A, selon une périodicité prédéterminée et la société A évalue la progression du développement et l'atteinte des objectifs courants et décide, à la lumière de cette évaluation, si les investissements réguliers dans le projet sont garantis. La société A a la capacité financière d'assumer le risque. La société B n'a pas la capacité d'évaluer le risque de développement et ne prend pas de décisions relatives aux activités de la société A. Pour la société B, le risque consiste principalement à garantir que ses activités de recherche sont conduites avec compétence et à exercer sa capacité et son pouvoir de contrôle de ce risque par la prise de décisions sur les processus, l'expertise et les actifs dont elle a besoin. Le risque assumé par la société B est différent du risque de développement supporté par la société A aux termes du contrat, qui est contrôlé par la société A, en s'appuyant sur les éléments probants de l'analyse fonctionnelle.

Exemple 2

1.84. La société B fabrique des produits pour la société A. Selon l'étape 1, le risque d'utilisation des capacités et le risque de la chaîne d'approvisionnement ont été identifiés comme économiquement significatifs dans cette transaction et au regard l'étape 2, il a été établi qu'aux termes du contrat la société A assume ces risques. L'analyse fonctionnelle effectuée dans le cadre de l'étape 3 démontre que la société B a construit et équipé son usine selon les spécifications de la société A, que les produits sont fabriqués en respectant les exigences techniques et conceptions fournies par la société A, que les niveaux de volume sont déterminés par la société A et que c'est elle qui gère la chaîne d'approvisionnement, notamment les achats de composants et de matières premières. La société A effectue aussi régulièrement des contrôles de la qualité du processus de fabrication. La société B construit l'usine, emploie et forme du personnel compétent pour la fabrication et détermine la planification de la production en fonction des niveaux de volumes fixés par la société A. Bien que la société B ait assumé des coûts fixes, elle n'a aucun moyen de gérer le risque lié à la récupération de ces coûts en déterminant les unités de production sur lesquelles ces coûts fixes sont répartis puisque la société A fixe les volumes. La société A détermine également les coûts significatifs relatifs aux composants

et matières premières et à la sécurité de l'approvisionnement. L'évaluation des éléments probants permet de conclure que la société B fournit des services de fabrication. Les risques significatifs liés à la génération d'un rendement à partir des activités de fabrication sont contrôlés par la société A. La société B contrôle le risque de ne pas faire preuve de compétence dans la fourniture de ses services. Chacune des sociétés a la capacité financière d'assumer le risque.

Exemple 3

1.85. La société A a acquis la propriété d'un actif corporel et conclut des contrats d'utilisation de l'actif avec des clients non associés. Selon l'étape 1, l'utilisation de l'actif corporel, c'est-à-dire le risque que la demande de l'actif ne suffise pas à couvrir les coûts supportés par la société A, a été identifiée comme un risque significatif. L'étape 2 a permis d'établir que la société A a conclu un contrat de fourniture de services avec une autre société du groupe, la société C. Le contrat ne prévoit pas le risque d'utilisation supporté par la société A, propriétaire de l'actif corporel. L'analyse fonctionnelle de l'étape 3 démontre qu'une autre société du groupe, la société B, a estimé judicieux d'investir dans l'actif en raison des opportunités commerciales prévisibles identifiées et évaluées par la société B et de son estimation relative à la durée de vie utile prévue pour cet actif. La société B fournit les spécifications de cet actif et les caractéristiques spécifiques requises pour réagir aux opportunités commerciales et fait en sorte que l'actif soit fabriqué conformément à ses spécifications et que la société A en fasse l'acquisition. La société C décide comment utiliser l'actif, vend les fonctionnalités de l'actif à des clients tiers, négocie les contrats avec ces clients tiers, veille à la livraison de l'actif aux tiers et à son installation adéquate. Bien qu'elle soit le propriétaire légal de l'actif, la société A n'exerce pas de contrôle sur le risque d'investissement dans l'actif corporel puisqu'elle n'a pas la capacité de décider si elle doit investir ou non dans cet actif, si elle doit protéger son investissement et de quelle manière, notamment en le vendant. Bien qu'elle soit le propriétaire légal de l'actif, la société A n'exerce pas de contrôle sur le risque d'utilisation puisqu'elle n'a pas la capacité de décider d'exploiter l'actif et de quelle manière. Elle n'a pas la capacité d'évaluer et de prendre des décisions relatives aux mesures d'atténuation du risque prises par d'autres sociétés du groupe. Au contraire, les risques liés à l'investissement dans l'actif et à son exploitation, en optimisant les avantages et en atténuant les risques potentiels, sont contrôlés par les autres sociétés du groupe. La société A ne contrôle pas les risques économiquement significatifs liés à l'investissement dans l'actif et à l'exploitation de l'actif. La contribution fonctionnelle du propriétaire de l'actif se limite au financement d'un montant égal au coût de l'actif. L'analyse fonctionnelle démontre cependant que la société A n'a pas la capacité ni le pouvoir de contrôler le risque d'investissement dans un actif financier. La société A n'a pas la capacité de prendre la décision de saisir ou de rejeter l'opportunité financière ni de

traiter les risques associés à cette opportunité financière. La société A n'exerce pas de fonction d'évaluation de l'opportunité financière, ne prend pas en compte la prime de risque appropriée et les autres aspects pour calculer le prix adéquat de l'opportunité financière et n'évalue pas la protection appropriée de son investissement financier. Les sociétés A, B et C ont la capacité financière d'assumer leurs risques respectifs.

D.1.2.1.4. Étape 4 : Interprétation des étapes 1 à 3

1.86. Les étapes 1 à 3 auront permis d'identifier les informations relatives à la prise en charge et la gestion des risques de la transaction contrôlée. L'étape suivante consiste à interpréter ces informations et à déterminer si la prise en charge contractuelle du risque est conforme au comportement des parties et aux autres faits concernés en analysant (i) si les entreprises associées respectent les dispositions contractuelles relevant des principes de la section D.1.1 et (ii) si la partie assumant le risque, selon l'analyse du point (i), exerce un contrôle du risque et dispose de la capacité financière pour prendre en charge le risque.

1.87. L'importance de l'étape 4 dépend de ces conclusions. Dans le cas des exemples 1 et 2 susvisés, cette étape peut être relativement évidente. Lorsqu'une partie assumant un risque applique cette prise en charge du risque à son comportement tout en exerçant un contrôle du risque et en disposant de la capacité financière de l'assumer, aucune analyse n'est requise au-delà de l'étape 4 (i) et (ii) pour déterminer la prise en charge du risque. Les sociétés A et B de ces deux exemples respectent les obligations figurant dans les contrats et exercent un contrôle des risques qu'elles assument dans la transaction, avec l'appui de leur capacité financière. Par conséquent, l'étape 4 (ii) est respectée et il n'est pas nécessaire d'envisager l'étape 5, la suivante étant l'étape 6.

1.88. Conformément à l'examen des dispositions contractuelles (voir section D.1.1), l'étape 4 (i) doit examiner si le comportement des parties est conforme à la prise en charge du risque énoncée dans les contrats écrits ou si les dispositions contractuelles n'ont pas été respectées ou sont incomplètes. Lorsqu'il existe des différences entre les clauses contractuelles relatives au risque et le comportement des parties, qui sont économiquement significatives et dont les parties tiendraient compte pour calculer le prix de la transaction entre elles, c'est en général le comportement des parties qui doit être considéré comme l'élément le plus probant pour définir l'intention des parties relatives à la prise en charge du risque.

1.89. Supposons par exemple qu'un fabricant dont la devise fonctionnelle est le dollar américain vende des produits à un distributeur associé situé dans une autre juridiction, dont la devise fonctionnelle est l'euro, et que le contrat écrit stipule que le distributeur assume tous les risques de change liés à cette transaction contrôlée. Si toutefois le fabricant facture les produits au

distributeur pendant une période prolongée dans la devise du distributeur, c'est-à-dire en euros, certains aspects des dispositions contractuelles écrites ne reflètent pas la réalité des relations commerciales ou financières entre les parties. La prise en charge du risque doit être déterminée en se basant sur le comportement effectif des parties dans le contexte des dispositions contractuelles, et non sur des aspects des dispositions contractuelles qui ne sont pas appliqués en pratique. Ce principe est également illustré par l'exemple 7 de l'annexe au chapitre VI, dans lequel on observe une incohérence entre la prise en charge contractuelle du risque et le comportement des parties, comme le démontre la prise en charge des coûts liés aux conséquences négatives du risque.

1.90. L'étape 4 (ii) doit déterminer si la partie qui assume le risque contractuel, en examinant si les dispositions contractuelles ont été appliquées dans le comportement des parties au regard de l'étape 4 (i), contrôle ce risque et a la capacité de l'assumer. Si toutes les circonstances présentées dans l'exemple 1 restent identiques à l'exception du fait que le contrat entre la société A et la société B affecte le risque de développement à la société B et s'il n'existe pas d'élément probant du comportement des parties au titre l'étape 4 (i) suggérant que l'affectation contractuelle du risque n'a pas été respectée, la société B supportera alors contractuellement le risque de développement mais les faits attestent que la société B n'a pas la capacité d'évaluer le risque de développement et ne prend pas de décisions sur les activités de la société A. La société B n'exerce pas de fonction de prise de décision qui lui permette de contrôler le risque de développement en prenant des décisions qui affectent les conséquences de ce risque. Selon les informations fournies dans l'exemple 1, le risque de développement est contrôlé par la société A. L'affirmation que la partie supportant le risque n'est pas la partie qui contrôle ce risque implique un examen plus poussé au titre de l'étape 5.

1.91. Si les circonstances présentées dans l'exemple 2 restent identiques à ceci près que, bien que le contrat mentionne que la société A assume les risques liés à la chaîne d'approvisionnement, la société B n'est pas remboursée par la société A en cas de défaut de fourniture de deux composants clés dans les délais, l'analyse au titre de l'étape 4 (i) démontre que la prise en charge contractuelle du risque n'a pas été respectée dans les faits au regard du risque lié à la chaîne d'approvisionnement, de telle sorte que c'est en réalité la société B qui supporte les conséquences négatives de ce risque. Selon les informations fournies dans l'exemple 2, la société B n'exerce pas de contrôle du risque lié à la chaîne d'approvisionnement, tandis que la société A exerce ce contrôle. Par conséquent, la partie qui assume le risque analysé au regard de l'étape 4 (i) n'exerce pas de contrôle de ce risque selon la définition de l'étape 4 (ii) et un examen plus poussé est requis au titre de l'étape 5.

1.92. Dans le cas de l'exemple 3, l'analyse relevant de l'étape 4 (i) démontre que la prise en charge du risque lié à l'utilisation par la société A est conforme aux dispositions contractuelles avec la société C mais, selon l'étape 4 (ii), il est établi que la société A ne contrôle pas les risques assumés en lien avec l'investissement dans l'actif et son exploitation. La société A n'exerce pas de fonction de prise de décision qui lui permette de contrôler le risque de développement en prenant des décisions qui affectent les conséquences de ces risques. Selon l'étape 4(ii), la partie qui assume le risque ne contrôle pas ce risque et un examen plus approfondi est nécessaire dans le cadre de l'étape 5.

1.93. Dans certains cas, l'analyse au titre de l'étape 3 peut révéler que plusieurs entreprises du groupe d'entreprises multinationales sont capables d'exercer un contrôle du risque. Il faut cependant à la fois la capacité et l'exercice de la fonction pour exercer un contrôle du risque. En conséquence, si plusieurs parties sont capables d'exercer ce contrôle alors que l'entité qui assume le risque contractuel (selon l'analyse de l'étape 4 (i)) est la seule à exercer effectivement un contrôle par sa capacité et l'exercice de la fonction, la partie qui assume contractuellement le risque le contrôle également.

1.94. En outre, il arrive parfois que plusieurs parties à la transaction exercent le contrôle d'un risque spécifique. Lorsqu'une entreprise associée qui assume un risque (selon l'analyse de l'étape 4(i)) contrôle ce risque conformément aux exigences énoncées aux paragraphes 1.65 et 1.66, il ne reste plus, au titre de l'étape 4 (ii) qu'à examiner si l'entreprise a la capacité financière de supporter ce risque. Si c'est le cas, le fait que les autres entreprises associées exercent également un contrôle de ce même risque n'affecte pas la prise en charge de ce risque par la première entreprise mentionnée et il n'y a pas à tenir compte de l'étape 5.

1.95. Si deux ou plusieurs parties à la transaction assument un risque spécifique (selon l'étape 4 (i)) et, en outre, assurent ensemble le contrôle de ce risque spécifique en ayant chacune la capacité financière d'assumer leur part de ce risque, il doit alors en être tenu compte dans la prise en charge du risque. Les exemples peuvent comprendre la prise en charge contractuelle du risque de développement dans le cadre d'une transaction aux termes de laquelle des sociétés acceptent de prendre en charge conjointement les coûts de création d'un nouveau produit.

1.96. S'il est établi qu'une entreprise associée assumant le risque selon l'analyse de l'étape 4 (i) ne contrôle pas le risque ou bien n'a pas la capacité financière d'assumer le risque, il convient de procéder à l'analyse décrite à l'étape 5.

1.97. Face à la complexité potentielle de certaines situations, lorsqu'il s'agit de déterminer si une entreprise associée qui assume un risque contrôle ce même risque, les critères de contrôle doivent être considérés comme satisfaisants

lorsque des risques comparables sont assumés dans des transactions comparables sur le marché libre. Pour être comparables, les risques assumés impliquent que les caractéristiques économiquement pertinentes des transactions soient comparables. Si une telle comparaison est effectuée, il est particulièrement important d'établir que la société qui assume un risque comparable dans le cadre d'une transaction sur le marché libre exerce des fonctions de gestion du risque liées au contrôle du risque, qui sont comparables à celles exercées par une entreprise associée supportant le risque dans le cadre de la transaction contrôlée. Cette comparaison a pour objet d'établir qu'une partie indépendante assumant un risque comparable à celui que supporte l'entreprise associée exerce également des fonctions de gestion du risque qui sont comparables à celles exercées par l'entreprise associée.

D.1.2.1.5. Étape 5 : Attribution du risque

1.98. S'il est établi à l'étape 4 qu'une entreprise associée assumant le risque selon les étapes 1 à 4 (i) n'exerce pas de contrôle du risque ou bien n'a pas la capacité financière d'assumer le risque, le risque doit alors être attribué à l'entreprise qui exerce le contrôle et a la capacité financière d'assumer le risque. S'il apparaît que plusieurs entreprises associées exercent le contrôle du risque tout en ayant la capacité financière de l'assumer, le risque doit alors être attribué à l'entreprise associée ou au groupe d'entreprises associées exerçant majoritairement le contrôle. Les autres parties exerçant des activités de contrôle doivent être rémunérées de manière appropriée, en tenant compte de l'importance des activités de contrôle exercées.

1.99. Dans des circonstances exceptionnelles, il arrive qu'il ne soit pas possible d'identifier une entreprise associée qui exerce le contrôle du risque tout en ayant la capacité financière de l'assumer. Il est peu probable qu'une telle situation survienne dans des transactions entre tiers, une analyse rigoureuse des faits et circonstances concernés devant être effectuée, afin de cerner les raisons et mesures sous-jacentes qui ont abouti à cette situation. A partir de cette évaluation, l'administration fiscale déterminera quels sont les ajustements nécessaires à la transaction pour aboutir à un prix de pleine concurrence. Une évaluation de la rationalité commerciale de la transaction selon la section D.2 peut être nécessaire.

D.1.2.1.6. Étape 6 : Calcul du prix de la transaction en tenant compte des conséquences de l'attribution du risque

1.100. Selon les principes de cette section, le prix de la transaction délimitée précisément doit être ensuite calculé en utilisant les outils et méthodes à la disposition des contribuables et des administrations fiscales, qui sont exposés dans les chapitres suivants de ces principes, en tenant compte des conséquences

financières et autres de la prise en charge du risque et de la rémunération de la gestion du risque. La prise en charge d'un risque doit être compensée par un rendement anticipé approprié et l'atténuation du risque doit être rémunérée en conséquence. En conséquence, un contribuable qui assume et atténue à la fois un risque aura droit à une rémunération escomptée supérieure à celle d'un contribuable qui assume un risque ou bien l'atténue mais ne fait pas les deux à la fois.

1.101. Dans les circonstances de l'exemple 1 du paragraphe 1.83, la société A assume et contrôle le risque de développement et doit supporter les conséquences financières de l'échec et bénéficier des conséquences financières de la réussite. La société B doit être rémunérée de manière appropriée en échange des services de développement qu'elle assure, et du risque de ne pas y parvenir.

1.102. Dans le cas de l'exemple 2 du paragraphe 1.84, les risques significatifs liés à la génération d'un rendement à partir des activités de fabrication sont contrôlés par la société A et les conséquences positives et négatives de ces risques doivent donc être attribuées à la société A. La société B contrôle le risque de ne pas faire preuve de compétence dans la fourniture de ses services et sa rémunération doit tenir compte de ce risque mais aussi des coûts de financement de l'acquisition de son site de fabrication. Les risques liés à l'utilisation des capacités de l'actif étant contrôlés par la société A, le risque de sous-utilisation doit être attribué à la société A. Cela signifie que les conséquences financières liées à la réalisation du risque, notamment le défaut de couverture des coûts fixes, de l'amortissement ou des coûts de fermeture, doivent être attribués à la société A.

1.103. Les conséquences de l'affectation du risque dans l'exemple 3 du paragraphe 1.85 dépendent de l'analyse des fonctions effectuée à l'étape 3. La société A ne contrôle pas les risques économiquement significatifs d'investissement dans l'actif et d'exploitation de l'actif et ces risques doivent être comparés avec le contrôle des risques exercé par les sociétés B et C. La contribution fonctionnelle de la société A se limite au financement d'un montant égal au coût de l'actif, qui permet la création et l'exploitation de l'actif par les sociétés B et C. L'analyse fonctionnelle démontre cependant que la société A n'a pas la capacité ni le pouvoir de contrôler le risque d'investissement dans un actif financier. La société A n'a pas la capacité de prendre la décision de saisir ou de rejeter l'opportunité financière ni de traiter les risques associés à cette opportunité financière. La société A n'exerce pas de fonction d'évaluation de l'opportunité financière, ne prend pas en compte la prime de risque appropriée ni les autres aspects pour calculer le prix approprié de l'opportunité financière et n'évalue pas la protection correcte de son investissement financier. Dans le cas de l'exemple 3, la société A ne doit pas

s'attendre à mieux qu'un rendement sans risque² à titre de mesure appropriée des profits qu'elle est en droit de conserver puisqu'elle n'a pas la capacité de contrôler le risque lié à un investissement dans un actif financier plus risqué. Le risque sera attribué à l'entreprise qui exerce le contrôle et qui a la capacité financière d'assumer le risque relatif à l'actif financier. Dans cet exemple, c'est la société B. La société A ne contrôle pas le risque d'investissement qui entraîne une prime de risque potentielle. Il peut être nécessaire de procéder à une évaluation de la rationalité commerciale de la transaction reposant sur les indications de la section D.2 en tenant compte de l'ensemble des faits et circonstances de la transaction.

1.104. Les indications sur le rapport entre la prise en charge du risque lié à l'apport de fonds et les activités opérationnelles pour lesquelles les fonds sont utilisés figurent aux paragraphes 6.60 à 6.64. Les concepts traités dans ces paragraphes s'appliquent également aux investissements dans des actifs autres que les actifs incorporels.

1.105. Une partie doit toujours être correctement rémunérée en échange de ses fonctions de contrôle du risque. La rémunération dépend généralement des conséquences liées à l'attribution du risque et cette partie pourra, par conséquent, bénéficier des avantages et supporter les pertes. Dans les cas où une partie contribue au contrôle du risque mais ne l'assume pas, une rémunération sous la forme d'un partage des gains et pertes potentiels, proportionnel à cette participation au contrôle, peut être appropriée.

1.106. La différence entre des rendements *ex ante* et *ex post* abordée plus particulièrement à la section D du chapitre VI résulte en grande partie des risques liés à l'incertitude des résultats à venir de l'entreprise. Comme indiqué au paragraphe 1.78, une prise en charge contractuelle du risque *ex ante* doit fournir des éléments probants d'un engagement à assumer le risque avant la réalisation de ses conséquences. Selon les étapes de cette section, l'analyse des prix de transfert délimitera précisément la transaction par rapport au risque, y compris le risque lié aux rendements non escomptés. Selon ces étapes, une partie qui n'assume pas le risque et ne contribue pas au contrôle de ce risque n'aura pas droit aux bénéfices non escomptés (et ne sera pas tenue de supporter des pertes imprévues) résultant de ce risque. Dans le cas de l'exemple 3 (voir paragraphe 1.85), cela signifierait que ni les pertes ni les profits imprévus ne seraient attribués à la société A. En conséquence, si l'actif de l'exemple 3 était détruit de manière inattendue, provoquant une perte imprévue, cette perte serait attribuée, aux fins du calcul des prix de transfert, à la ou aux sociétés qui contrôlent le risque d'investissement, contribuent au contrôle de ce risque, ont la capacité financière d'assumer ce risque et qui se verraient

2. La société A devrait s'attendre potentiellement à moins qu'un rendement sans risque, par exemple si la transaction était écartée au regard de la section D.2.

attribuer des profits ou des pertes imprévus liés à cet actif. La ou les sociétés devraient verser à la société A le rendement auquel elle a droit au titre du paragraphe 1.103.

D.1.2.2. Taux de rendement sans risque et corrigé des risques

1.107. Cette section du chapitre I fournit des orientations sur la façon de déterminer un taux de rendement sans risque et un taux de rendement corrigé des risques dans les situations où une entreprise associée peut prétendre à l'un ou l'autre de ces rendements suivant les orientations formulées dans ce chapitre et dans le chapitre VI de ces Principes.

D.1.2.2.1. Déterminer un taux de rendement sans risque

1.108. Lorsque, conformément aux orientations figurant dans ce chapitre, la délimitation précise de la transaction effective révèle qu'un bailleur de fonds n'a pas la capacité, ou n'exerce pas les fonctions de prise de décision pour contrôler le risque lié à l'investissement dans un actif financier, il ne pourra pas prétendre à mieux qu'un rendement sans risque à titre de mesure appropriée des bénéfices qu'il est en droit de conserver (voir le paragraphe 1.103 et sa note de bas de page). Dans ce contexte, les coûts d'emprunt assumés par le bailleur de fonds liés au financement devraient être pris en compte pour déterminer le taux de rendement sans risque et, sous réserve d'autres contraintes, la partie financée pourrait toujours prétendre à une déduction correspondant au montant de pleine concurrence au regard de ce financement. La différence entre ces montants serait attribuable à la partie qui exerce le contrôle sur le risque d'investissement, conformément aux orientations formulées dans ce chapitre.

1.109. Un taux de rendement sans risque désigne le rendement hypothétique qui serait attendu d'un investissement sans risque de perte. En dernière analyse, il n'existe pas d'investissement présentant un risque nul, et la fiabilité des variables pour estimer un taux de rendement sans risque dépend des faits et des circonstances propres au cas d'espèce.

1.110. Une approche largement appliquée en pratique consiste à utiliser le taux d'intérêt de certains titres émis par l'État comme taux de référence correspondant à un rendement sans risque, car ces titres sont généralement considérés par les acteurs du marché comme ne présentant pas un risque significatif de défaut. L'objectif des orientations fournies dans cette section est de décrire une approche pouvant servir de référence, sans prescrire l'utilisation systématique d'un titre spécifique émis par l'État pour déterminer un taux de rendement sans risque.

1.111. Pour éliminer le risque de change, il faut que le titre de référence utilisé pour déterminer le taux de rendement sans risque soit un titre libellé dans la même monnaie que les flux de trésorerie de l'investisseur, à savoir la monnaie fonctionnelle de l'investisseur, plutôt que celle de sa juridiction de résidence. Lorsque plusieurs juridictions émettent des obligations libellées dans la même monnaie, le point de référence utilisé pour le taux de rendement sans risque doit être le titre d'État qui présente le taux de rendement le plus bas, car tout écart de taux doit être imputable à des différences de risque entre les émetteurs (voir le paragraphe 10.33).

1.112. Un autre aspect pertinent pour déterminer le taux de rendement sans risque est la proximité temporelle du titre de référence avec la transaction testée. Dans l'idéal, il faudrait que le titre ait été émis au moment où la transaction contrôlée a été conclue, ou qu'il ait à ce moment-là une échéance résiduelle similaire à la durée de la transaction, afin de supprimer l'effet des différences qui pourraient exister entre des titres émis à des moments différents (voir le paragraphe 10.32).

1.113. Un autre élément clé concerne l'échéance de l'instrument financier. L'échéance du titre de référence doit correspondre à la durée de l'investissement, car la durée d'un investissement a généralement un effet sur son prix. La durée de l'investissement contrôlé doit être déterminée dans le cadre du processus de délimitation précise de la transaction effective. Par exemple, un instrument financier désigné comme étant à court terme dans l'accord contractuel écrit conclu entre les parties, mais qui est systématiquement remplacé par un nouvel instrument peut, en fonction des faits et des circonstances spécifiques, être qualifié plus justement d'investissement à long terme.

1.114. Du fait de difficultés concrètes, on peut envisager des solutions pratiques pour estimer le taux de rendement sans risque. Prenons l'exemple d'une situation dans laquelle l'Entreprise A, membre d'un groupe d'entreprises multinationales, ne peut pas prétendre à mieux qu'un rendement sans risque suivant les orientations figurant dans ce chapitre, en lien avec une avance de fonds accordée pour une durée de 1 an à une entreprise associée, l'Entreprise B. Pour estimer ce rendement, le point de départ consisterait à identifier un titre émis au moment de l'octroi du financement dans la même monnaie que la monnaie fonctionnelle de l'Entreprise A. Supposons que l'administration fiscale du Pays X, dont l'Entreprise A est résidente, identifie trois titres émis dans la monnaie fonctionnelle de l'Entreprise A par les États du Pays X, du Pays Y et du Pays Z et ayant une échéance d'un an. Les notations de crédit des États émetteurs sont A pour le Pays X, B pour le Pays Y et AA pour le Pays Z. Pour fixer la notation de crédit minimale de l'État émetteur requise pour considérer que le titre émis est un investissement sans risque comparable à la transaction financière contrôlée, l'administration fiscale du Pays X peut sélectionner le titre émis par le Pays Z en tant que référence pour le taux de

rendement sans risque, car il constitue le taux de rendement le plus faible constaté au moment de l'octroi du financement, parmi toutes les obligations d'État libellées dans la monnaie concernée ayant une échéance d'un an.

1.115. Pour estimer un taux de rendement sans risque, les titres d'État les mieux notés ne sont pas les seules références, et d'autres options peuvent être envisagées en fonction des faits et circonstances propres à chaque cas, telles que les taux interbancaires, les taux des contrats d'échange de taux d'intérêt, ou encore les taux des opérations de pension des titres d'État les mieux notés.

1.116. Le taux de rendement sans risque peut, par exemple, entrer dans la formule de calcul du taux de rendement corrigé des risques d'un investissement, ou correspondre au rendement attribuable à un investisseur qui procure des fonds mais qui n'assume aucun des risques liés à ce financement.

D.1.2.2.2. Déterminer un taux de rendement corrigé des risques

1.117. Comme indiqué au paragraphe 6.61, « lorsqu'une partie qui fournit un financement exerce un contrôle du risque financier associé à l'octroi de ce financement, sans prise en charge ni contrôle d'un autre risque spécifique, elle ne pourra s'attendre généralement qu'à un rendement corrigé des risques de son financement » (voir également les paragraphes 1.85 et 1.103).

1.118. Aussi, pour déterminer le taux de rendement corrigé des risques, il est important d'identifier et de différencier le risque financier qui est assumé par le bailleur de fonds du fait de l'exercice de son activité de financement, et le risque opérationnel assumé par la partie financée et qui est lié à l'usage des fonds, par exemple pour développer un actif incorporel. Les paragraphes 6.60 à 6.64 fournissent des orientations sur le lien entre la prise en charge du risque associé à l'octroi du financement et les activités opérationnelles pour lesquelles les fonds sont utilisés.

1.119. Prenons par exemple le cas où l'Entreprise F accorde un prêt à une entreprise associée, l'Entreprise D, qui se lance dans le développement d'un actif incorporel. Par ailleurs, sur la base des orientations figurant dans ce chapitre, il est établi que l'Entreprise F contrôle et par conséquent se voit attribuer le risque financier associé au financement du développement de cet actif incorporel, y compris le risque potentiel que l'Entreprise D ne parvienne pas à développer cet actif, et se retrouve donc dans l'incapacité de rembourser le prêt. Toutefois, l'Entreprise F n'assume pas le risque afférent au développement de l'actif incorporel, qui est intégralement pris en charge par l'Entreprise D, comme le montre la délimitation précise de la transaction effective. Aussi, dans l'éventualité où les résultats *ex post* obtenus grâce à l'exploitation de l'actif incorporel mis au point seraient supérieurs (ou inférieurs) aux résultats calculés *ex ante*, l'Entreprise F ne pourrait pas

prétendre à cette différence, mais uniquement à un taux de rendement corrigé des risques, tel qu'il est décrit dans cette section.

1.120. En général, on peut considérer que le taux de rendement corrigé des risques attendu pour une opération de financement a deux composantes, à savoir le taux sans risque et une prime correspondant aux risques assumés par le bailleur de fonds.

1.121. Lorsque le bailleur de fonds assume le risque financier suivant les orientations figurant dans ce chapitre, et est donc exposé à la concrétisation possible de ce risque, il est confronté aux conséquences favorables et défavorables de cette réalisation du risque. Aussi, la prise en charge de ce risque justifie une rémunération attendue supérieure au taux de rendement sans risque.

1.122. On peut calculer un taux de rendement corrigé des risques selon des approches diverses, par exemple en se fondant sur le rendement d'une autre possibilité d'investissement réaliste présentant des caractéristiques économiques comparables, ou en se basant sur le coût de financement (voir la section C.1.2 du Chapitre X).

1.123. Il est parfois possible d'obtenir un indicateur raisonnable de taux de rendement corrigé des risques à partir de transactions comparables sur le marché libre, ou en recherchant d'autres possibilités d'investissement réalistes correspondant au même profil de risque. En fonction des faits et des circonstances, les autres solutions réalistes envisageables en lieu et place d'un prêt intragroupe peuvent être des émissions obligataires ou des prêts sur le marché libre (voir le paragraphe 10.93).

1.124. Une autre approche permettant de déterminer le taux de rendement corrigé des risques consiste à ajouter une prime de risque au rendement sans risque, en se fondant sur les informations disponibles sur le marché concernant des instruments financiers émis dans des conditions et des circonstances similaires.

1.125. Reprenons par exemple les mêmes faits que ceux décrits au paragraphe 1.114, mais, dans ce scénario particulier, supposons qu'il s'avère que l'Entreprise A peut prétendre à un taux de rendement corrigé des risques suivant les orientations formulées dans ce chapitre. Pour déterminer ce rendement, l'administration fiscale du Pays X envisage d'ajouter une prime de risque au taux de rendement sans risque, à savoir celui d'un titre émis par l'État du Pays Z à échéance d'un an. Pour estimer le rendement corrigé des risques, l'administration fiscale du Pays X considère que les obligations d'entreprise émises par des parties indépendantes qui résident dans le Pays X et qui opèrent dans le même secteur que l'Entreprise B génèrent un rendement comparable à celui qu'une partie indépendante attendrait si elle investissait ses fonds dans l'Entreprise B dans des circonstances comparables.

1.126. Selon une approche fondée sur le coût de financement, le prix de la transaction contrôlée serait fixé en ajoutant une marge bénéficiaire aux coûts supportés par le prêteur pour mobiliser les fonds avancés à l'emprunteur. Cette marge doit être proportionnelle au risque assumé par le prêteur et calculée selon les orientations figurant aux paragraphes 10.97 à 10.100.

D.1.3. Caractéristiques des biens ou services

1.127. Les différences dans les caractéristiques spécifiques des biens ou des services expliquent souvent, au moins en partie, les différences dans leur valeur sur le marché libre. Par conséquent, une comparaison de ces caractéristiques peut être utile pour cerner la transaction et déterminer la comparabilité de transactions entre entreprises associées et de transactions sur le marché libre. Les caractéristiques qu'il peut être important de prendre en compte sont les suivantes : dans le cas de transferts de biens corporels, les caractéristiques physiques du bien, sa qualité et sa fiabilité, ainsi que la facilité d'approvisionnement et le volume de l'offre ; dans le cas de prestations de services, la nature et l'étendue des services ; enfin, dans le cas d'actifs incorporels, la forme de la transaction (par exemple, concession d'une licence ou vente), le type d'actif (par exemple, brevet, marque de fabrique ou savoir-faire), la durée et le degré de protection et l'avantage escompté de l'utilisation de l'actif en question. Pour un examen plus détaillé de certaines des caractéristiques propres aux actifs incorporels qui peuvent être pertinentes en vue d'une analyse de comparabilité portant sur des transferts d'actifs incorporels ou de droits sur de tels actifs, voir la section D.2.1 du chapitre VI.

1.128. En fonction de la méthode de prix de transfert, il convient d'accorder plus ou moins d'importance à ce facteur. Parmi les méthodes décrites au chapitre II de ces Principes, l'exigence de comparabilité des biens ou services est la plus stricte pour la méthode du prix comparable sur le marché libre. Dans le cadre de cette méthode, toute différence significative dans les caractéristiques des biens ou services peut se répercuter sur le prix et nécessiterait d'envisager un ajustement de comparabilité approprié (voir en particulier le paragraphe 2.16). Avec les méthodes du prix de revente et du coût majoré, certaines différences dans les caractéristiques des produits ou services sont moins susceptibles d'avoir un effet significatif sur la marge brute ou sur la marge sur coûts (voir en particulier les paragraphes 2.29 et 2.47). Des différences éventuelles dans les caractéristiques des produits ou des services seront également moins sensibles dans le cas des méthodes transactionnelles de bénéfices qu'elles ne le sont dans le cas des méthodes traditionnelles fondées sur les transactions (voir en particulier le paragraphe 2.75). Cependant, ceci ne signifie pas que les contribuables peuvent ignorer la question de la comparabilité des caractéristiques des biens ou services, parce qu'il se peut que des différences de produits impliquent ou reflètent des différences dans les fonctions assurées,

les actifs utilisés et/ou les risques supportés par la partie testée. Voir les paragraphes 3.18-3.19 en ce qui concerne la notion de partie testée.

1.129. Dans la pratique, on constate que les analyses de comparabilité pour les méthodes basées sur les indicateurs de bénéfices nets ou bruts accordent souvent plus d'importance aux similarités de fonctions qu'à celles de produits. En fonction du cas d'espèce, il peut être acceptable d'élargir l'analyse de comparabilité afin d'inclure des transactions sur le marché libre qui portent sur des produits différents mais qui sont fonctionnellement similaires. L'acceptabilité de cette approche dépend toutefois de l'incidence des différences de produits sur la fiabilité de la comparaison, ainsi que de la possibilité éventuelle de trouver des données plus fiables. Avant d'élargir la recherche à une catégorie plus large de transactions sur le marché libre qui soient potentiellement comparables sur la base de leurs similarités fonctionnelles, il conviendrait de se demander si ces transactions sont susceptibles d'offrir des comparables fiables pour la transaction entre entreprises associées.

D.1.4. Circonstances économiques

1.130. Les prix de pleine concurrence peuvent varier selon les marchés, même pour des transactions portant sur un même bien ou service; par conséquent, pour pouvoir faire des comparaisons, il faut que les marchés sur lesquels opèrent les entreprises associées et les entreprises indépendantes ne présentent pas de différences ayant un effet sensible sur les prix ou que des correctifs appropriés puissent être apportés. Au départ, il est essentiel d'identifier le marché ou les marchés en cause, en tenant compte des biens ou des services de substitution disponibles. Les caractéristiques de la situation économique à envisager pour déterminer la comparabilité des marchés sont notamment : la localisation géographique, la dimension des marchés, le degré de concurrence sur les marchés et la position concurrentielle relative des acheteurs et des vendeurs, l'existence de biens et de services de substitution ou le risque d'apparition de tels biens ou services, le niveau de l'offre et de la demande sur l'ensemble du marché (et, le cas échéant, dans certaines régions), le pouvoir d'achat des consommateurs, la nature et la portée des réglementations publiques applicables au marché, les coûts de production (en particulier, le coût des terrains, de la main-d'œuvre et du capital), les coûts de transport, le stade de commercialisation (détail ou gros, par exemple), la date et le moment des transactions, etc. Ce sont les circonstances propres au cas d'espèce qui déterminent si les différences de situations économiques ont un effet significatif sur les prix et s'il est possible de procéder à des ajustements de comparabilité raisonnablement fiables pour éliminer l'effet de ces différences. Pour des indications plus détaillées sur l'importance, dans une analyse de comparabilité, des caractéristiques des marchés locaux, et notamment de celles qui donnent lieu à des économies de localisation, voir la section D.6 de ce chapitre.

1.131. L'existence d'un cycle (économique, commercial ou produit) est l'une des situations économiques qui doit être identifiée. Voir le paragraphe 3.77 concernant l'utilisation de données pluriannuelles lorsqu'on est en présence d'un cycle.

1.132. Le marché géographique est une autre situation économique qui doit être identifiée. L'identification du marché pertinent est une question de fait. Pour un certain nombre de secteurs, les grands marchés régionaux englobant plusieurs juridictions peuvent s'avérer homogènes, alors que pour d'autres, les différences entre les marchés nationaux (ou même au sein des marchés nationaux) sont très significatives.

1.133. Lorsqu'un groupe d'entreprises multinationales réalise des transactions contrôlées similaires dans plusieurs juridictions et les situations économiques dans ces juridictions sont effectivement homogènes, il peut être approprié pour le groupe d'entreprises multinationales d'avoir recours à une analyse de comparabilité multijuridictionnelle afin de justifier sa politique en matière de prix de transfert pour ce groupe de juridictions. Mais il existe également de nombreuses situations dans lesquelles un groupe d'entreprises multinationales offre des gammes de produits ou de services matériellement différentes d'une juridiction à l'autre, et/ou assure des fonctions matériellement différentes dans chacun de ces juridictions (employant des actifs matériellement différents et supportant des risques matériellement différents), et/ou dans lesquelles les stratégies commerciales et/ou les situations économiques s'avèrent matériellement différentes. Dans de telles situations, le recours à une approche multijuridictionnelle peut nuire à la fiabilité.

D.1.5. Stratégies des entreprises

1.134. Il faut également prendre en compte les stratégies des entreprises pour délimiter la transaction et déterminer la comparabilité en vue de la fixation des prix de transfert. Les stratégies des entreprises présentent de nombreux aspects, et portent notamment sur l'innovation et la mise au point de nouveaux produits, le degré de diversification, l'aversion pour le risque, la prise en compte des facteurs politiques, le rôle de la législation du travail en vigueur et des nouvelles dispositions envisagées dans ce domaine, la durée des accords, ainsi que sur tous les autres facteurs qui ont une incidence sur le fonctionnement quotidien des entreprises. Il peut être nécessaire de prendre en compte ces stratégies pour déterminer la comparabilité respective des transactions et entreprises contrôlées et des transactions et entreprises sur le marché libre.

1.135. Les stratégies des entreprises peuvent aussi porter sur les modalités de pénétration du marché. Un contribuable voulant pénétrer sur un marché ou accroître sa part de marché pourra pratiquer temporairement pour son produit un prix inférieur à celui pratiqué sur ce marché pour des produits comparables.

En outre, un contribuable s'efforçant d'entrer sur un nouveau marché ou d'accroître (ou de préserver) sa part de marché pourra temporairement supporter des coûts plus élevés (par exemple à cause des coûts de lancement ou d'un renforcement de son effort de commercialisation) et réaliser ainsi des bénéfices inférieurs à ceux d'autres contribuables opérant sur ce marché.

1.136. Des problèmes particuliers de cadre temporel peuvent se poser à l'administration fiscale lorsqu'elle doit déterminer si un contribuable poursuit une stratégie qui le distingue des autres entreprises auxquelles il pourrait être comparé. Certaines stratégies, comme celles de pénétration du marché ou d'accroissement de la part de marché, se traduisent par une réduction des bénéfices courants du contribuable en prévision d'une augmentation des bénéfices futurs. Si, plus tard, l'accroissement des bénéfices ne se concrétise pas parce que la stratégie prévue n'a pas été mise en œuvre dans les faits par le contribuable, des contraintes d'ordre juridique peuvent empêcher le réexamen par l'administration fiscale des exercices fiscaux antérieurs. C'est notamment pour cette raison que les administrations peuvent souhaiter étudier avec un soin particulier la question des stratégies des entreprises.

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

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

D.2. Détermination de la transaction délimitée avec précision

1.139. Grâce aux orientations fournies dans la section précédente, l'analyse des prix de transfert aura permis d'identifier la nature des relations commerciales ou financières entre les parties, et aura permis de déterminer avec précision la transaction effectivement intervenue grâce à l'analyse des caractéristiques économiquement pertinentes.

1.140. Au cours de l'analyse, la transaction effective entre les parties a été déduite des contrats écrits et du comportement des parties. Les conditions formelles mises en évidence dans les contrats auront été clarifiées et complétées par l'analyse du comportement des parties et des autres caractéristiques économiquement significatives de la transaction (voir section D.1.1). Si les caractéristiques de la transaction qui sont économiquement significatives ne sont pas conformes au contrat écrit, la transaction effective doit être généralement définie conformément aux caractéristiques de la transaction qui ressortent du comportement des parties. La prise en charge du risque contractuel et le comportement réel relatif à la prise en charge du risque auront été examinés en tenant compte du contrôle du risque (tel que défini aux paragraphes 1.65-1.68) et de la capacité financière à assumer le risque (tel que défini au paragraphe 1.64) et, par conséquent, les risques assumés aux termes du contrat peuvent avoir été affectés conformément au comportement des parties et aux autres faits, sur la base des étapes 4 et 5 du processus d'analyse du risque d'une transaction contrôlée, comme indiqué aux sections D.1.2.1.4 et D.1.2.1.5. Par conséquent,

l'analyse aura permis de décrire la nature réelle des relations commerciales ou financières entre les parties et de délimiter précisément la transaction effective.

1.141. Il convient de déterminer le prix de la transaction effective délimitée avec précision selon le principe de pleine concurrence. Les différents outils et méthodes dont disposent les administrations fiscales et les contribuables à cette fin sont décrits dans les chapitres suivants de ces Principes. Une administration fiscale ne devra pas faire abstraction de la transaction effective ni lui substituer d'autres transactions sauf si les circonstances exceptionnelles décrites dans les paragraphes 1.142-1.145 s'appliquent.

1.142. Cette section définit les circonstances dans lesquelles une transaction délimitée précisément entre les parties peut être écartée aux fins de l'établissement des prix de transfert. Parce que la non-reconnaissance peut être à l'origine de différends et entraîner une double imposition, tous les efforts doivent être mis en œuvre pour définir la nature réelle de la transaction, appliquer un prix de pleine concurrence à la transaction délimitée avec précision et faire en sorte qu'une transaction ne soit pas rejetée uniquement parce qu'il est difficile de fixer un prix de pleine concurrence. Lorsque la même transaction peut être observée entre des parties indépendantes dans des circonstances comparables (c'est-à-dire lorsque toutes les caractéristiques économiquement significatives sont identiques à celles dans lesquelles a lieu la transaction analysée à ceci près que les parties sont des entreprises associées), la non-reconnaissance ne se justifie pas. Il importe de rappeler que le simple fait que la transaction ne puisse pas être observée entre des parties indépendantes ne signifie pas qu'elle doive être écartée. Des entreprises associées peuvent conclure des accords de types beaucoup plus divers que des entreprises indépendantes, et peuvent s'engager, pour des raisons commerciales valables, dans des transactions d'une nature particulière qui ne sont que très rarement, voire jamais, observées entre des entreprises indépendantes. La transaction délimitée avec précision peut être écartée et, le cas échéant, remplacée par une autre transaction lorsque les dispositions prises dans le cadre de la transaction, considérées dans leur ensemble, diffèrent de celles qui auraient été adoptées par des entreprises indépendantes se comportant de manière commercialement rationnelle dans des circonstances comparables, et empêchent ainsi la détermination d'un prix qui serait acceptable par les deux parties en tenant compte de leurs perspectives respectives et des options réalistes à la disposition de chacune d'elles au moment de conclure la transaction. Une autre approche pertinente consiste à déterminer si la situation du groupe d'entreprises multinationales dans son ensemble s'est détériorée, selon une analyse conduite avant impôts, puisque cela peut révéler que la transaction considérée dans son ensemble ne présente pas la rationalité commerciale des accords conclus entre des parties non associées.

1.143. La question essentielle consiste à déterminer si la transaction effective présente la rationalité commerciale des accords qui seraient conclus entre des parties non associées dans des circonstances économiquement comparables et non pas si la même transaction peut être observée entre des parties indépendantes. La non-reconnaissance d'une transaction possédant la rationalité commerciale d'un accord entre entreprises indépendantes ne constitue pas une application appropriée du principe de pleine concurrence. La restructuration de transactions commerciales légitimes relèverait d'une démarche totalement arbitraire, rendue plus injuste encore par une double imposition au cas où l'autre administration fiscale concernée aurait une opinion différente sur la façon dont la transaction devrait être structurée. Il importe de rappeler que le simple fait que la transaction ne puisse pas être observée entre des parties indépendantes ne signifie pas qu'elle est dépourvue des caractéristiques d'une transaction de pleine concurrence.

1.144. La structure qui, aux fins des prix de transfert, remplace la structure effectivement adoptée par les contribuables devrait correspondre le plus possible aux faits de la transaction réelle conclue, en atteignant un résultat escompté commercialement rationnel qui aurait permis aux parties de s'entendre sur un prix acceptable pour les deux au moment de la conclusion de la transaction.

1.145. Ce critère de non-reconnaissance peut être illustré par les exemples suivants.

Exemple 1

1.146. La société S1 exerce une activité de fabrication qui implique la tenue d'un stock important et un investissement significatif dans les machines et les installations. Elle possède des locaux commerciaux situés dans une zone qui a été exposée à des inondations de plus en plus fréquentes au cours des dernières années. Les assurances responsabilité civile ont de grandes incertitudes concernant le risque de sinistres majeurs, se traduisant par le fait qu'il n'y a pas de marché actif de l'assurance de biens dans la région. La société S2, une entreprise associée, assure la société S1 et une prime annuelle représentant 80% de la valeur du stock, des biens et de leur contenu est payée par la société S1. Dans cet exemple, la société S1 a conclu une transaction commercialement irrationnelle puisqu'il n'y a pas de marché de l'assurance en raison de la probabilité de sinistres importants, le déménagement ou l'absence d'assurance pouvant constituer des solutions de remplacement réalistes, plus attractives. La transaction étant commercialement irrationnelle, il n'y a pas de prix acceptable à la fois pour la société S1 et la société S2, selon leurs points de vue individuels.

1.147. Selon les indications de cette section, la transaction ne devrait pas être reconnue. Il est considéré que la société S1 ne souscrit pas d'assurance et que ses bénéfices ne sont pas diminués par le paiement à la société S2; et que la société S2 ne délivre pas d'assurance et n'est donc pas responsable d'un sinistre.

Exemple 2

1.148. La société S1 exerce des activités de recherche pour le développement d'actifs incorporels qu'elle utilise afin de créer de nouveaux produits qu'elle peut fabriquer et vendre. Elle accepte de transférer à une entreprise associée, la société S2, des droits illimités sur l'ensemble des futurs actifs incorporels pouvant résulter de ses travaux à venir pendant une durée de vingt ans, en échange du paiement d'une somme forfaitaire. La transaction est commercialement irrationnelle pour les deux parties car ni la société S1, ni la société S2 ne dispose de moyens fiables pour déterminer si le paiement reflète une évaluation appropriée, d'une part parce que la gamme d'activités de développement que la société S1 exercera pendant la période concernée est incertaine et d'autre part, parce que l'évaluation des résultats potentiels serait totalement spéculative. Selon les orientations de cette section, la structure de la transaction adoptée par le contribuable, notamment les modalités de paiement, doit être modifiée aux fins de l'analyse des prix de transfert. La structure de substitution devrait reposer sur les caractéristiques économiques significatives, notamment les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques assumés des relations commerciales ou financières des entreprises associées. Ces faits limiteraient le choix de structures de substitution potentielles à la structure la plus conforme aux faits du cas d'espèce (par exemple, selon ces faits, la transaction pourrait être remaniée sous la forme de l'octroi d'un financement par la société S2 ou de la fourniture de services de recherche par la société S1 ou, si des actifs incorporels spécifiques peuvent être identifiés, sous la forme d'une licence avec des clauses de paiements conditionnels pour le développement de ces actifs incorporels spécifiques, en tenant compte, le cas échéant, des orientations sur les actifs difficiles à évaluer).

D.3. Pertes

1.149. Lorsqu'une entreprise associée accuse constamment des pertes alors que le groupe dans son ensemble est bénéficiaire, il faut examiner avec un soin particulier les questions de prix de transfert. Bien entendu, les entreprises associées, tout comme les entreprises indépendantes, peuvent réellement accuser des pertes, dues à des coûts de démarrage élevés, à des conditions économiques défavorables, à un manque d'efficacité ou à d'autres motifs industriels ou commerciaux légitimes. Toutefois, une entreprise indépendante n'acceptera pas des pertes indéfiniment. Une entreprise indépendante

subissant des pertes récurrentes finira par cesser ses activités dans de telles conditions. Au contraire, une entreprise associée accusant des pertes peut continuer à fonctionner si ses activités sont profitables au groupe d'entreprises multinationales dans son ensemble.

1.150. Le fait pour une entreprise déficitaire de conclure des transactions avec les membres bénéficiaires de son groupe d'entreprises multinationales peut donner à penser au contribuable ou à l'administration fiscale qu'un examen des prix de transfert s'impose. L'entreprise déficitaire n'est peut-être pas correctement rétribuée par le groupe d'entreprises multinationales dont elle fait partie, compte tenu des avantages que celui-ci retire de ses activités. À titre d'exemple, un groupe d'entreprises multinationales peut avoir besoin de produire toute une gamme de produits et/ou de services pour rester compétitif et être globalement bénéficiaire, alors que certaines lignes de produits seront systématiquement déficitaires. Un membre du groupe d'entreprises multinationales peut constamment accuser des pertes parce qu'il produit tous les articles générant des pertes, les autres membres produisant les articles générant des bénéfices. Une entreprise indépendante ne rendrait un tel service que si elle recevait en compensation une rémunération suffisante. Par conséquent, l'un des moyens d'aborder ce type de problème de fixation des prix de transfert serait de considérer que l'entreprise déficitaire perçoit le même type de rémunération qu'une entreprise indépendante percevrait conformément au principe de pleine concurrence.

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

D.4. Incidence des mesures prises par les pouvoirs publics

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

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

1.154. Un problème particulier se pose lorsqu'une juridiction empêche ou « bloque » le paiement d'une somme due – ou qui, aux termes d'un accord de pleine concurrence, serait due – par une entreprise associée à une autre entreprise associée. Par exemple, un contrôle des changes pourra réellement empêcher une entreprise associée de transférer à l'étranger les intérêts d'un prêt consenti par une autre entreprise associée. Cette situation peut donner lieu à un traitement différent dans les deux juridictions concernées : la juridiction de l'emprunteur peut ou non considérer les intérêts non transférés comme ayant été versés par l'emprunteur et la juridiction du prêteur peut ou non considérer les intérêts comme ayant été reçus par le prêteur. En règle générale, si la réglementation s'applique également

aux transactions entre entreprises associées et entre entreprises indépendantes (à la fois légalement et dans la pratique), le régime fiscal devrait être le même pour des entreprises associées que celui qui s'appliquerait si la transaction avait lieu entre des entreprises indépendantes. Si la réglementation ne s'applique qu'aux transactions entre entreprises associées, il n'y a pas de façon simple de régler le problème. L'une des solutions pourrait être d'appliquer le principe de pleine concurrence en considérant la réglementation comme une condition modifiant les termes de la transaction. Les conventions internationales pourraient envisager les solutions possibles en pareils cas.

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

1.156. Étant donné que des entreprises indépendantes ne s'engageraient sans doute pas dans une transaction soumise à une réglementation, on ne voit pas très bien comment appliquer le principe de pleine concurrence. L'une des solutions possibles est de traiter le paiement comme s'il avait été effectué entre les entreprises associées, en partant de l'idée qu'une entreprise indépendante se trouvant dans une situation similaire aurait exigé de recevoir un paiement par d'autres moyens. Selon cette approche, la partie à laquelle est dû le paiement bloqué est censée rendre un service au groupe d'entreprises multinationales. Une autre solution envisageable dans certaines juridictions serait de différer à la fois le revenu et les dépenses concernées du contribuable. Autrement dit, la partie redevable de ce paiement bloqué ne serait pas autorisée à déduire les dépenses, comme les coûts de financement supplémentaires, tant que le paiement bloqué n'est pas effectué. En pareil cas, le problème qui se pose aux administrations fiscales concerne essentiellement leur base d'imposition respective. Si une entreprise associée demande à bénéficier d'une déduction au titre d'un paiement bloqué, l'autre partie devrait déclarer le revenu correspondant. De toute façon, le contribuable ne devrait pas être autorisé à appliquer aux paiements bloqués dus par une entreprise associée un régime différent de celui des paiements bloqués dus par une entreprise indépendante.

D.5. Utilisation de la valeur en douane

1.157. Beaucoup d'administrations douanières appliquent dans les grandes lignes le principe de pleine concurrence pour comparer les valeurs à attribuer aux marchandises importées par des entreprises associées, qui peuvent être influencées par les relations particulières qui les unissent, et la valeur d'articles similaires importés par des entreprises indépendantes. Toutefois, les méthodes de valorisation utilisées à des fins douanières peuvent ne pas être alignées sur les méthodes de prix de transfert de l'OCDE. Cela étant, les valeurs en douane peuvent être utiles à l'administration fiscale pour vérifier si le prix de transfert pratiqué dans le cadre d'une transaction entre entreprises associées est bien conforme au principe de pleine concurrence et vice versa. En particulier, les autorités douanières peuvent disposer d'informations concernant la transaction, recueillies à la date de celle-ci, qui peuvent être utiles dans l'examen des prix de transfert, notamment si elles ont été préparées par le contribuable, tandis que les autorités fiscales peuvent disposer d'une documentation sur les prix de transfert qui fournit des renseignements détaillés sur les circonstances de la transaction.

1.158. Les contribuables peuvent avoir des motivations contradictoires lorsqu'ils fixent la valeur de leurs transactions à l'intention des autorités douanières et des autorités fiscales. En général, un contribuable qui importe des produits peut avoir intérêt à fixer le prix de la transaction à un faible niveau à l'intention des autorités douanières de manière que les droits de douane applicables soient faibles (des considérations similaires peuvent jouer pour la TVA, les taxes sur les ventes et les accises). En revanche, en matière fiscale, un prix plus élevé pour ces mêmes biens accroîtrait ses dépenses déductibles dans la juridiction d'importation (tout en augmentant aussi le chiffre d'affaires du vendeur dans la juridiction d'exportation). La coopération entre les administrations fiscales et douanières d'une juridiction dans la vérification des prix de transfert devient plus courante, ce qui devrait contribuer à réduire le nombre de cas dans lesquels les valeurs en douane sont jugées inacceptables en matière fiscale ou vice versa. Un renforcement de la coopération dans le domaine des échanges de renseignements serait particulièrement utile et ne devrait pas être difficile à réaliser dans les juridictions qui disposent déjà d'administrations fiscales et douanières intégrées. Les juridictions qui ont des administrations séparées pourraient souhaiter envisager une modification des règles relatives aux échanges de renseignements de manière que les informations puissent circuler plus facilement entre les différentes administrations.

D.6. Économies de localisation et caractéristiques du marché local

1.159. Les paragraphes 1.130, 1.132 et 6.120 indiquent que les caractéristiques du marché géographique sur lequel se déroulent les activités industrielles ou commerciales considérées peuvent influencer sur la comparabilité et les prix de

pleine concurrence. L'évaluation des différences entre marchés géographiques et la détermination des ajustements de comparabilité à effectuer en conséquence peuvent soulever des problèmes épineux. Ceux-ci peuvent se poser dans le contexte de l'examen d'économies imputables à l'exercice d'activités sur un marché donné. Ces économies sont parfois désignées sous le nom d'économies de localisation. Dans d'autres situations, des problèmes de comparabilité peuvent se poser dans le contexte de l'examen d'avantages ou de désavantages liés au marché local qui peuvent n'avoir aucun rapport direct avec les économies de localisation.

D.6.1. Économies de localisation

1.160. Les paragraphes 9.126 à 9.131 portent sur le traitement des économies de localisation dans le contexte d'une réorganisation d'entreprise. Les principes exposés dans ces paragraphes s'appliquent en général à toutes les situations où il existe des économies de localisation, et non uniquement en cas de réorganisation d'entreprise.

1.161. Suivant les principes énoncés aux paragraphes 9.126 à 9.131, pour déterminer comment répartir des économies de localisation entre deux entreprises associées ou plus, il est nécessaire de prendre en compte (i) l'existence éventuelle d'économies de localisation; (ii) le montant de ces éventuelles économies de localisation; (iii) la mesure dans laquelle ces économies de localisation sont soit conservées par un ou plusieurs membres du groupe multinational considéré, soit répercutées sur des fournisseurs ou des clients indépendants; et (iv) lorsque des économies de localisation ne sont pas intégralement répercutées sur des fournisseurs ou des clients indépendants, la façon dont des entreprises indépendantes exerçant leurs activités dans des circonstances similaires répartiraient d'éventuelles économies de localisation nettes ayant été conservées.

1.162. Lorsque l'analyse fonctionnelle montre qu'il existe des économies de localisation qui ne sont pas répercutées sur les clients ni les fournisseurs, et que des transactions et des entités comparables peuvent être identifiées sur le marché local, ces comparables sur le marché local fourniront l'indication la plus fiable quant à la façon dont les économies de localisation nettes devraient être réparties entre deux entreprises associées ou plus. Par conséquent, lorsqu'on dispose de comparables fiables sur le marché local et qu'ils peuvent être utilisés pour calculer des prix de pleine concurrence, des ajustements de comparabilité spécifiques correspondant à des économies de localisation ne devraient pas être nécessaires.

1.163. Faute de comparables fiables sur le marché local, il convient de déterminer l'existence et la répartition d'éventuelles des économies de localisation entre les membres d'un groupe d'entreprises multinationales, ainsi que les ajustements de comparabilité qui pourraient être nécessaires pour tenir

compte de ces économies de localisation, à partir d'une analyse de l'ensemble des faits et circonstances pertinents, notamment des fonctions exercées, des risques assumés et des actifs utilisés par les entreprises associées concernées, suivant les modalités décrites aux paragraphes 9.126 à 9.131.

D.6.2. Autres caractéristiques du marché local

1.164. Les caractéristiques du marché local où se déroulent les activités industrielles ou commerciales considérées peuvent influencer sur le prix de pleine concurrence s'agissant de transactions entre entreprises associées. Si certaines caractéristiques peuvent se traduire par des économies de localisation, d'autres peuvent soulever des problèmes de comparabilité sans rapport direct avec ces économies. Ainsi, l'analyse de comparabilité, notamment fonctionnelle, réalisée en lien avec un cas particulier peut indiquer que les caractéristiques pertinentes du marché géographique sur lequel les produits sont fabriqués ou vendus, le pouvoir d'achat et les préférences des ménages en termes de produits sur ce marché, le fait que ce marché se développe ou se contracte, l'intensité de la concurrence sur ce marché et d'autres facteurs similaires influent sur les prix et les marges pouvant être réalisés sur le marché considéré. De même, l'analyse de comparabilité, notamment fonctionnelle, réalisée en lien avec un cas particulier peut indiquer que la disponibilité relative d'infrastructures locales dans la juridiction considérée, la disponibilité relative d'un réservoir de main-d'œuvre qualifiée, la proximité de marchés rentables et des caractéristiques similaires sur un marché géographique où se déroulent les activités industrielles ou commerciales considérées créent des avantages ou des désavantages liés au marché qui doivent être pris en considération. Des ajustements de comparabilité appropriés doivent être effectués pour tenir compte de ces facteurs dès lors qu'il est possible d'identifier des ajustements fiables permettant d'améliorer la comparabilité.

1.165. Pour déterminer si des ajustements de comparabilité sont nécessaires concernant ce type de caractéristiques d'un marché local, l'approche la plus fiable consistera à s'appuyer sur des données concernant des transactions comparables sur le marché libre ayant lieu sur ce marché géographique entre des entreprises indépendantes qui exercent des fonctions similaires, assument des risques similaires et utilisent des actifs similaires. Ces transactions sont réalisées dans les mêmes conditions de marché que la transaction contrôlée et, en conséquence, dès lors que des transactions comparables peuvent être identifiées sur le marché local, aucun ajustement spécifique ne devrait être nécessaire pour tenir compte des caractéristiques du marché local.

1.166. Dans les situations où il est impossible d'identifier sur le marché local des comparables raisonnablement fiables, les ajustements de comparabilité appropriés pour tenir compte des caractéristiques du marché local doivent être déterminés sur la base de l'ensemble des faits et circonstances pertinents.

Comme pour les économies de localisation, dès lors qu'il est impossible d'identifier des comparables fiables sur le marché local, il est nécessaire de prendre en compte (i) l'existence éventuelle d'un avantage ou d'un désavantage lié au marché, (ii) le montant de toute augmentation ou diminution du chiffre d'affaires, des coûts ou des bénéfices, par rapport à des comparables identifiés sur d'autres marchés, imputable à l'avantage ou désavantage lié au marché local, (iii) la mesure dans laquelle les avantages ou les charges liés aux caractéristiques du marché local sont répercutés sur des fournisseurs ou des clients indépendants, et (iv) lorsqu'il existe des avantages ou des charges liés aux caractéristiques du marché local qui ne sont pas intégralement répercutés sur des fournisseurs ou des clients indépendants, la façon dont des entreprises indépendantes exerçant leurs activités dans des circonstances similaires répartiraient ces avantages ou charges nets entre elles.

1.167. La nécessité de procéder à des ajustements de comparabilité liés aux caractéristiques du marché local lorsqu'il est impossible d'identifier sur le marché local des comparables raisonnablement fiables peut se présenter dans différents contextes. Dans certaines circonstances, des avantages ou des désavantages liés au marché peuvent influencer sur le prix de pleine concurrence de biens transférés ou de services fournis entre des entreprises associées.

1.168. Dans d'autres circonstances, une réorganisation d'entreprise ou le transfert d'actifs incorporels entre des entreprises associées peut permettre à une partie à la transaction considérée de bénéficier d'avantages liés au marché local, ou imposer à cette partie le fardeau de désavantages liés au marché local d'une façon qui n'aurait pas été possible en l'absence de cette réorganisation d'entreprise ou de ce transfert d'actifs incorporels. Dans ces circonstances, l'existence anticipée d'avantages ou de désavantages liés au marché local peut influencer sur le prix de pleine concurrence acquitté en relation avec la réorganisation d'entreprise ou le transfert d'actifs incorporels considéré.

1.169. Lors de la réalisation d'une analyse de prix de transfert, il importe de faire la distinction entre les caractéristiques du marché local, qui ne sont pas des actifs incorporels, et les éventuels droits contractuels, permis ou savoir-faire nécessaires pour exploiter ce marché, qui peuvent être des actifs incorporels. Suivant les circonstances, ces types d'actifs incorporels peuvent avoir une valeur substantielle, qui doit être prise en compte dans le cadre d'une analyse des prix de transfert suivant les modalités décrites au chapitre VI, notamment les principes sur la rémunération des entités qui exercent des fonctions, utilisent des actifs et assument des risques liés à la mise au point d'actifs incorporels qui figurent dans la section B du chapitre VI. Dans certaines circonstances, des droits contractuels et des permis peuvent limiter l'accès des concurrents à un marché donné et peuvent par conséquent influencer sur la façon dont les retombées économiques des caractéristiques du marché local sont réparties entre les parties à une transaction donnée. Dans d'autres

circonstances, les droits contractuels ou les permis nécessaires pour entrer sur un marché peuvent être accessibles à de nombreux ou à tous les entrants potentiels sur ce marché avec des restrictions limitées.

1.170. Ainsi, une juridiction peut exiger la délivrance d'un permis réglementaire à titre de préalable à l'exercice d'activités de gestion de placements dans ladite juridiction, et peut limiter le nombre d'entreprises à capitaux étrangers auxquelles ce type de permis est octroyé. L'analyse de comparabilité, notamment fonctionnelle, peut indiquer que pour obtenir un tel permis, il faut démontrer aux autorités compétentes que le fournisseur de services dispose d'une expérience et d'un capital suffisants pour pouvoir exercer les activités en question de manière sérieuse. Le marché auquel s'applique ce type de permis peut également présenter des caractéristiques uniques. Il peut s'agir, par exemple, d'un marché où la structure des dispositifs de retraite et d'assurance se traduit par d'amples réserves de liquidités, un besoin de diversification internationale des placements et, par voie de conséquence, une forte demande de services de gestion de placements de qualité et de connaissance des marchés de capitaux étrangers de nature à rendre ces prestations de services extrêmement lucratives. L'analyse de comparabilité peut également indiquer que ces caractéristiques du marché local peuvent influencer sur le prix pouvant être facturé pour certains types de services de gestion de placements, et sur les marges pouvant être réalisées sur ces prestations de services. Dans ces circonstances, l'actif incorporel considéré (à savoir le permis réglementaire nécessaire pour fournir des services de gestion de placements) peut permettre à la partie ou aux parties détenant le permis d'obtenir une plus grande part des avantages qui découlent des activités exercées sur le marché local, notamment des avantages inhérents aux caractéristiques uniques de ce marché, que celle qui serait obtenue en l'absence de l'obligation de détention du permis. Néanmoins, pour évaluer l'impact de ce permis réglementaire, il peut être important dans un cas particulier d'examiner les contributions du membre local du groupe considéré sur le marché local ainsi que des autres membres du groupe en dehors du marché local à l'apport des moyens nécessaires pour obtenir le permis, comme indiqué à la section B du chapitre VI.

1.171. Dans des circonstances différentes, l'analyse de comparabilité, notamment fonctionnelle, peut indiquer qu'un permis d'exercer une activité économique accordé par les pouvoirs publics constitue un préalable à la fourniture d'un service particulier sur un marché géographique donné. Néanmoins, il peut s'avérer que ces permis soient aisément accessibles à tout demandeur remplissant les conditions requises, et qu'ils n'aient pas pour effet de restreindre le nombre de concurrents présents sur le marché. Dans ces circonstances, l'obligation d'obtention d'un permis peut ne pas constituer un obstacle important à l'entrée, et la détention d'un tel permis peut ne pas avoir d'impact perceptible sur la façon dont les avantages découlant de l'exercice d'activités sur le marché local sont répartis entre des entreprises indépendantes.

D.7. Collectif de travail

1.172. Certaines entreprises réussissent à constituer un ensemble d'employés caractérisé par des qualifications et une expérience uniques. L'existence d'un tel groupe d'employés peut influencer sur le prix de pleine concurrence des services fournis par ce groupe d'employés, ou sur l'efficacité avec laquelle l'entreprise considérée fournit des services ou produit des biens. Ces facteurs doivent normalement être pris en compte dans le cadre d'une analyse de comparabilité axée sur les prix de transfert. Lorsqu'il est possible de cerner les avantages ou les inconvénients que représente un collectif de travail unique par rapport au personnel d'entreprises se livrant à des transactions potentiellement comparables, des ajustements de comparabilité peuvent être effectués pour tenir compte de l'impact de ce collectif de travail sur les prix de pleine concurrence de biens ou services.

1.173. Lors de certaines opérations de réorganisation d'entreprise et transactions similaires, il peut arriver qu'un collectif de travail soit transféré d'une entreprise associée à une autre dans le cadre de l'opération considérée. Dans ces circonstances, il est tout à fait possible que le transfert de ce collectif de travail, ainsi que d'autres actifs de l'entreprise en question, permette au cessionnaire d'économiser le temps et les ressources financières nécessaires à l'embauche et à la formation d'une nouvelle main-d'œuvre. Suivant les méthodes d'établissement des prix de transfert utilisées pour évaluer la transaction dans son ensemble, il peut être approprié dans ce cas de figure de prendre en compte ces économies de temps et de ressources financières sous la forme d'ajustements de comparabilité apportés au prix de pleine concurrence qui serait appliqué en leur absence aux actifs transférés. Dans d'autres situations, le transfert du collectif de travail peut limiter la marge de manœuvre dont dispose le cessionnaire pour organiser les activités industrielles ou commerciales considérées et peut créer des éléments de passif éventuel en cas de licenciements. Dans ce cas, il peut être approprié que la rémunération versée au titre de la réorganisation reflète les éventuels restrictions et éléments de passif futurs.

1.174. Le paragraphe qui précède n'implique aucunement que chaque transfert ou détachement d'employé entre membres d'un groupe d'entreprises multinationales doit faire l'objet d'une rémunération distincte en règle générale. Dans de nombreux cas, le transfert d'un employé entre des entreprises associées ne donnera pas nécessairement lieu à une rémunération. Lorsque des employés sont détachés (ce qui signifie qu'ils demeurent salariés du cédant mais travaillent pour le cessionnaire), la rémunération de pleine concurrence appropriée des services fournis par ces employés détachés sera dans de nombreux cas le seul paiement requis.

1.175. Il convient cependant de noter que, dans certaines situations, le transfert ou le détachement d'un ou plusieurs employés peut, en fonction des

faits et circonstances, se traduire par le transfert d'un savoir-faire précieux ou d'autres actifs incorporels de valeur d'une entreprise associée à une autre. Ainsi, un employé de la société A détaché auprès de la société B peut avoir connaissance d'une formule secrète appartenant à la société A, et peut la mettre à la disposition de la société B pour qu'elle en fasse usage dans le cadre de ses activités commerciales. De même, des employés de la société A détachés auprès de la société B pour contribuer au démarrage d'une usine peuvent mettre le savoir-faire productif de la société A à la disposition de la société B pour qu'elle en fasse usage dans le cadre de ses activités commerciales. Lorsque la fourniture d'un tel savoir-faire ou d'autres actifs incorporels résulte du transfert ou du détachement d'employés, elle devrait faire l'objet d'une analyse distincte en vertu des dispositions du chapitre VI, et un prix approprié devrait être payé pour le droit d'utiliser les actifs incorporels en question.

1.176. Par ailleurs, il convient également de noter que l'accès à un collectif de travail doté d'une expérience et de qualifications particulières peut, dans certaines circonstances, accroître la valeur des actifs incorporels ou autres transférés, même si les employés constituant ce personnel ne sont pas transférés. L'exemple 24 qui figure dans l'annexe I au chapitre VI illustre un scénario dans lequel l'interaction entre les actifs incorporels et l'accès à un collectif de travail peut être importante dans le cadre d'une analyse de prix de transfert.

D.8. Synergies de groupe d'entreprises multinationales

1.177. Des problèmes de comparabilité, et la nécessité d'ajustements de comparabilité, peuvent également découler de l'existence de synergies de groupe d'entreprises multinationales. Dans certaines circonstances, un groupe d'entreprises multinationales et les entreprises associées qui le constituent peuvent tirer parti d'interactions ou de synergies entre les membres de ce groupe qui n'existeraient généralement pas entre des entreprises indépendantes se trouvant dans une situation similaire. Ces synergies de groupe peuvent notamment découler, par exemple, d'une puissance d'achat cumulée ou d'économies d'échelle, de la conjonction et de l'intégration des systèmes informatiques et de communication, d'un système de gestion intégré, de l'élimination de doubles emplois, d'une capacité d'emprunt accrue, ainsi que de nombreux autres facteurs similaires. De telles synergies de groupe sont souvent favorables à l'ensemble du groupe considéré et peuvent donc se traduire par une augmentation du montant global des bénéfices engrangés par les membres du groupe, selon que les économies attendues sont effectivement réalisées ou non et suivant les conditions de concurrence. Dans d'autres circonstances, de telles synergies peuvent être négatives, notamment lorsque l'ampleur et le champ des activités du groupe créent des obstacles bureaucratiques auxquels ne sont pas

confrontées des entreprises plus petites et plus réactives, ou lorsqu'une partie du groupe est contrainte de fonctionner avec des systèmes informatiques ou de communication qui ne sont pas optimaux au regard de ses activités en raison de normes définies pour l'ensemble du groupe d'entreprises multinationales.

1.178. Selon le paragraphe 7.13 de ces Principes, il ne faut pas considérer qu'une entreprise associée bénéficie d'un service intra-groupe, ni lui imposer un paiement, lorsqu'elle obtient des avantages accessoires qui sont uniquement imputables au fait qu'elle fait partie d'un groupe d'entreprises multinationales plus vaste. Dans ce contexte, le terme « accessoire » désigne des avantages découlant uniquement de l'affiliation à un groupe, obtenus en l'absence de toute transaction ou action délibérée et concertée débouchant sur ces avantages. Le terme « accessoire » ne fait aucunement référence à l'ampleur de ces avantages et n'implique en aucun cas que ces avantages doivent être modestes ou relativement peu importants. En accord avec cette vision générale des avantages accessoires découlant de l'appartenance à un groupe, lorsque des avantages ou des inconvénients synergiques découlent uniquement de l'appartenance à un groupe d'entreprises multinationales, sans la moindre action délibérée et concertée de membres de ce groupe et en l'absence de prestation de services ou d'exercice d'autres fonctions par des membres de groupe, il n'est pas nécessaire que ces avantages synergiques résultant de l'appartenance au groupe considéré donnent lieu à une rémunération distincte, ni qu'ils fassent l'objet d'une répartition spécifique entre les membres du groupe d'entreprises multinationales en question.

1.179. Dans certaines circonstances, néanmoins, des avantages et inconvénients synergiques résultant de l'appartenance à un groupe peuvent découler d'actions délibérées et concertées de la part de ce groupe d'entreprises multinationales, et peuvent lui conférer un avantage ou un désavantage structurel important, clairement identifiable sur le marché considéré, par rapport aux participants qui n'appartiennent pas à un groupe d'entreprises multinationales et qui se livrent à des transactions comparables. Seule une analyse de comparabilité, notamment fonctionnelle, approfondie peut permettre de déterminer si un tel avantage ou désavantage structurel existe, quelle peut être la nature et la source de l'avantage ou de l'inconvénient synergique considéré, et si cet avantage ou cet inconvénient synergique résulte d'actions délibérées et concertées de la part du groupe concerné³.

3. Compte tenu des différences entre les législations locales, certaines juridictions considèrent qu'une action délibérée et concertée constitue toujours une transaction tandis que pour d'autres ce n'est pas le cas. Néanmoins, le consensus qui prévaut est que, dans chacun de ces deux cas de figure, il y a action délibérée et concertée dès lors qu'une entreprise associée exerce des fonctions, utilise des actifs ou assume des risques au bénéfice d'une ou plusieurs autres entreprises associées de

1.180. Ainsi, si un groupe prend délibérément des mesures pour centraliser les achats au sein d'une seule société du groupe afin d'obtenir des rabais liés au volume fourni, et si cette société revend les articles qu'elle achète aux autres membres du groupe, on est en présence d'une action délibérée et concertée de la part du groupe destinée à tirer parti de sa puissance d'achat. De même, si un directeur d'achat central en poste à la société mère ou dans un centre de gestion régional fournit un service en négociant avec un fournisseur un rabais pour l'ensemble du groupe subordonné à un niveau d'achats minimum à l'échelle du groupe, et si des membres du groupe effectuent ensuite des achats auprès de ce fournisseur et obtiennent ce rabais, on est en présence d'une action délibérée et concertée de la part du groupe, nonobstant l'absence d'opérations spécifiques d'achat et de vente entre les membres du groupe considéré. En revanche, lorsqu'un fournisseur offre unilatéralement à un membre du groupe un prix favorable dans l'espoir d'élargir le champ de ses relations commerciales à d'autres membres du groupe, il n'y a pas d'action délibérée et concertée de la part du groupe.

1.181. Lorsque des synergies d'entreprise découlant d'actions délibérées et concertées de la part d'un groupe sont effectivement la source pour un membre de ce groupe d'entreprises multinationales d'avantages ou d'inconvénients importants rares chez les entreprises indépendantes comparables, il est nécessaire de déterminer (i) la nature de l'avantage ou du désavantage considéré, (ii) le montant que représente cet avantage ou inconvénient et (iii) la façon dont cet avantage ou inconvénient doit être réparti entre les membres du groupe d'entreprises multinationales.

1.182. S'il existe d'importantes synergies de groupe pouvant être attribuées à des actions délibérées et concertées de la part du groupe considéré, les avantages découlant de ces synergies doivent généralement être partagés par les membres du groupe à proportion de leur contribution à la création de la synergie considérée. Ainsi, lorsque des membres du groupe engagent des actions délibérées et concertées pour regrouper des activités d'achat en vue de tirer parti des économies d'échelle résultant de gros volumes d'achats, les avantages découlant de ces synergies liées à des achats massifs, s'il en existe après rémunération appropriée de la partie coordonnant les activités d'achat, doivent généralement être partagés par les membres du groupe à proportion de leur volume d'achats.

1.183. Des ajustements de comparabilité peuvent être nécessaires pour tenir compte des synergies de groupe.

telle sorte qu'une rémunération de pleine concurrence s'impose. Voir notamment l'exemple 5, paragraphes 1.190 à 1.193.

Exemple 1

1.184. P est la société mère d'un groupe d'entreprises multinationales exerçant des activités de services financiers. Grâce à la solidité du bilan consolidé du groupe, P se voit régulièrement attribuer la notation financière AAA. S est un membre d'un groupe d'entreprises multinationales qui fournit le même type de services financiers que d'autres membres du groupe et le fait à grande échelle sur un marché important. Considérée isolément, toutefois, la solidité du bilan de S justifierait une notation de Baa seulement. Néanmoins, du fait de l'appartenance de S au groupe P, des grands prêteurs indépendants sont disposés à lui prêter de l'argent à des taux d'intérêt qui seraient appliqués à des emprunteurs indépendants notés A, c'est-à-dire un taux d'intérêt inférieur à celui qui serait appliqué à S s'il s'agissait d'une entité indépendante ayant le même bilan, mais un taux d'intérêt plus élevé que celui dont bénéficierait la société mère du groupe d'entreprises multinationales.

1.185. Supposons que S emprunte 50 millions EUR à un prêteur indépendant au taux d'intérêt du marché appliqué aux emprunteurs notés A. Supposons par ailleurs que S emprunte simultanément 50 millions EUR à T, une autre filiale de P, présentant des caractéristiques similaires à celles du prêteur indépendant, aux mêmes conditions et au même taux d'intérêt que ceux appliqués par le prêteur indépendant (à savoir un taux d'intérêt fondé sur l'existence d'une notation A). Supposons en outre que le prêteur indépendant, lors de la fixation de ces conditions, avait connaissance des autres emprunts de S, notamment du prêt accordé simultanément à S par T.

1.186. Dans ces circonstances, le taux d'intérêt appliqué au prêt accordé par T à S est un taux de pleine concurrence parce que (i) c'est le même taux qui est appliqué à S par un prêteur indépendant dans le cadre d'une transaction comparable; et (ii) aucun paiement ou ajustement de comparabilité n'est requis pour l'avantage synergique de groupe qui permet à S d'emprunter auprès d'une entreprise indépendante à un taux d'intérêt plus faible qu'elle ne le pourrait si elle n'était pas membre du groupe considéré, parce que l'avantage synergique représenté par cette capacité d'emprunt trouve uniquement son origine dans l'appartenance de S à ce groupe, et n'est aucunement imputable à une action délibérée et concertée de la part de membres du groupe d'entreprises multinationales en question.

Exemple 2⁴

1.187. La situation de S en termes de notation et de capacité d'emprunt est identique à celle de l'exemple précédent. S emprunte 50 millions EUR à la

4. On ne saurait considérer que l'exemple 2 offre des orientations exhaustives concernant les commissions de garantie dans le contexte de transactions financières. Pour

banque A. L'analyse fonctionnelle indique que la banque A prêterait à S à un taux d'intérêt applicable aux emprunteurs notés A sans aucune garantie en bonne et due forme. Néanmoins, la société mère accepte de garantir le prêt de la banque A afin d'inciter celle-ci à prêter au taux d'intérêt dont bénéficieraient des emprunteurs notés AAA. Dans ces circonstances, S doit être tenue de payer une commission de garantie à la société mère au titre de cette garantie expresse. Le calcul d'une commission de garantie de pleine concurrence doit se fonder sur l'avantage conféré par un relèvement de la notation de S de A à AAA, et non sur l'avantage conféré par un relèvement de cette notation de Baa à AAA. Le rehaussement de la notation de S de Baa à A est en effet imputable à la synergie de groupe découlant exclusivement d'une association passive au groupe, qui n'a pas à être rémunérée en vertu des dispositions de la présente section. Le relèvement de la notation de S de A à AAA, en revanche, est imputable à une action délibérée et concertée, à savoir la fourniture d'une garantie par la société mère, et doit donc donner lieu à une rémunération.

Exemple 3

1.188. Supposons que la société A se voie confier le rôle de directeur des achats centraux pour l'ensemble du groupe considéré. Elle achète des produits à des fournisseurs indépendants et les revend aux entreprises associées. La société A, uniquement grâce au pouvoir de négociation conféré par la puissance d'achat de l'ensemble du groupe, est en mesure de négocier avec un fournisseur pour faire baisser le prix de certains articles de 200 USD à 110 USD. Dans ces circonstances, le prix de pleine concurrence pour la revente de ces articles par la société A aux autres membres du groupe n'est pas égal ou proche de 200 USD. Ce prix de pleine concurrence correspond au montant permettant de rémunérer la société A pour ses services de coordination des activités d'achat. Si l'analyse de comparabilité, notamment fonctionnelle, indique dans ce cas que, dans le cadre de transactions comparables sur le marché libre portant sur un volume d'achats comparable, des services de coordination comparables donnent lieu au versement d'une commission correspondant aux coûts assumés par la société A augmentés d'une marge représentant une rémunération totale de 6 USD par article, le prix de revente de ces articles par la société A aux autres entreprises du groupe sera approximativement de 116 USD. Dans ces circonstances, chaque membre du groupe obtiendra un avantage imputable à la puissance d'achat du groupe de l'ordre de 84 USD par article. En outre, la société A gagnera 6 USD par article acheté par des membres du groupe au titre de ses prestations de services.

des orientations supplémentaires sur les aspects prix de transfert relatives aux transactions financières, voir le chapitre X de ces Principes.

Exemple 4

1.189. Posons l'hypothèse d'une situation similaire à celle décrite dans l'exemple 3, hormis le fait qu'au lieu d'acheter effectivement puis de revendre les articles considérés, la société A négocie un rabais au nom du groupe et les membres du groupe achètent ensuite directement ces articles au fournisseur indépendant. Dans ces circonstances, supposons que l'analyse de comparabilité indique que la société A est en droit de percevoir une commission de 5 USD par article au titre des services de coordination fournis aux autres membres du groupe. (Le niveau plus faible de la commission retenu comme hypothèse dans l'exemple 4, par rapport à l'exemple 3, peut correspondre à un moindre niveau de risque supporté par le fournisseur de service compte tenu du fait qu'il ne devient pas propriétaire des articles et ne détient aucun stock). Les membres du groupe achetant des articles conservent le bénéfice de la remise accordée au groupe pour leurs propres achats, après paiement d'une commission.

Exemple 5

1.190. Supposons qu'un groupe d'entreprises multinationales domicilié dans le pays A ait des filiales manufacturières dans le pays B et le pays C. Le pays B se caractérise par un taux d'imposition de 30 pour cent et le pays C par un taux d'imposition de 10 pour cent. Le groupe possède également un centre de services partagés dans le pays D. Supposons que les filiales manufacturières situées dans les pays B et C ont chacune besoin de 5 000 articles produits par un fournisseur indépendant, destinés à servir de consommation intermédiaire dans leur processus de production. Supposons par ailleurs que le centre de services partagés situé dans le pays D est rémunéré de manière systématique pour l'ensemble de ses activités par les autres membres du groupe, dont les filiales manufacturières situées dans les pays B et C, selon la méthode du coût majoré, et que cela se traduit, dans le contexte de cet exemple, par une rémunération de pleine concurrence correspondant au volume et à la nature des services qu'il fournit.

1.191. Le fournisseur indépendant vend ses articles 10 USD pièce et applique une politique consistant à accorder une remise de 5 pour cent si la quantité d'articles achetés est supérieure à 7 500 articles. Un employé chargé des achats au centre de services partagés dans le pays D prend contact avec ce fournisseur indépendant et obtient confirmation du fait que, si les filiales manufacturières des pays B et C achètent simultanément 5 000 articles chacun, soit un achat total de 10 000 articles à l'échelle du groupe, la remise sera appliquée à l'ensemble des achats du groupe. Le fournisseur indépendant confirme qu'il vendra au total 10 000 articles au groupe d'entreprises multinationales considéré pour un prix total de USD 95 000, ce qui représente une remise de 5 pour cent par rapport au prix auquel l'une ou l'autre des deux filiales manufacturières pourrait acheter seule ces marchandises à ce fournisseur.

1.192. Cet employé chargé des achats au centre de services partagés passe ensuite commande des articles requis et demande que le fournisseur facture à la filiale manufacturière située dans le pays B 5 000 articles au prix total de 50 000 USD, et qu'il facture à la filiale manufacturière située dans le pays C 5 000 articles au prix total de 45 000 USD. Le fournisseur accède à cette demande, qui se traduira pour lui par le paiement du prix convenu, à savoir 95 000 USD, pour l'ensemble des 10 000 articles livrés.

1.193. Dans ces circonstances, le pays B est en droit de procéder à un ajustement de prix de transfert consistant à réduire de 2 500 USD les dépenses de la filiale manufacturière située dans le pays B. Cet ajustement de prix de transfert est approprié, car l'accord conclu en matière de prix fausse la répartition de l'avantage découlant de la synergie de groupe associée à l'acquisition d'articles en grande quantité. Cet ajustement est approprié nonobstant le fait que la filiale manufacturière située dans le pays B ne pourrait, seule, acheter les articles considérés à un prix inférieur aux 50 000 USD qui lui sont facturés. L'action délibérée et concertée de la part du groupe ayant permis l'obtention de la remise est la base sur laquelle se fonde l'affectation d'une partie de cette remise à la filiale manufacturière située dans le pays B, nonobstant l'absence de transaction explicite entre les filiales manufacturières situées dans les pays B et C.

Chapitre II

Méthodes de prix de transfert

Partie I : Sélection de la méthode de prix de transfert

A. Sélection de la méthode de détermination des prix de transfert la plus appropriée aux circonstances du cas d'espèce

2.1. Les parties II et III de ce chapitre décrivent respectivement les « méthodes traditionnelles fondées sur les transactions » et les « méthodes transactionnelles de bénéfices » qui peuvent être utilisées pour déterminer si les conditions qui régissent les relations commerciales ou financières entre entreprises associées sont conformes au principe de pleine concurrence. Les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions sont la méthode du prix comparable sur le marché libre, la méthode du prix de revente et la méthode du coût majoré. Les méthodes transactionnelles de bénéfices sont la méthode transactionnelle de la marge nette et la méthode transactionnelle de partage des bénéfices.

2.2. La sélection d'une méthode de prix de transfert vise toujours à trouver la méthode la plus appropriée dans un cas spécifique. À cette fin, le processus de sélection doit tenir compte des forces et des faiblesses des méthodes reconnues par l'OCDE; de la cohérence de la méthode envisagée avec la nature de la transaction contrôlée examinée, déterminée notamment par une analyse fonctionnelle; de la disponibilité d'informations fiables (notamment sur des comparables indépendants) nécessaires pour appliquer la méthode sélectionnée et/ou d'autres méthodes; du degré de comparabilité des transactions contrôlées et des transactions indépendantes, y compris la fiabilité des ajustements de comparabilité pouvant être nécessaires pour éliminer les différences entre elles. Il n'existe pas de méthode qui soit utilisable en toutes circonstances et il n'est pas nécessaire de démontrer la non-applicabilité de telle ou telle méthode aux circonstances du cas d'espèce.

2.3. Les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions sont considérées comme le moyen le plus direct de déterminer si les conditions des relations commerciales et financières entre les entreprises associées sont des conditions de pleine concurrence. En effet, toute différence entre le prix d'une transaction contrôlée et le prix d'une transaction comparable sur le marché libre peut normalement être directement imputée aux relations commerciales et financières fixées ou imposées entre les entreprises, et les conditions de pleine concurrence peuvent être établies en substituant le prix de la transaction comparable sur le marché libre au prix de la transaction contrôlée. Lorsque, compte tenu des critères décrits au paragraphe 2.2, une méthode traditionnelle fondée sur les transactions et une méthode transactionnelle de bénéfices peuvent être appliquées avec un degré de fiabilité identique, la méthode traditionnelle fondée sur les transactions est préférable à la méthode transactionnelle de bénéfices. En outre, lorsque compte tenu des critères présentés au paragraphe 2.2, la méthode du prix comparable sur le marché libre et une autre méthode de prix de transfert peuvent être appliquées avec un degré de fiabilité identique, la méthode du prix comparable sur le marché libre est préférable. Voir les paragraphes 2.14-2.26 pour un examen de la méthode du prix comparable sur le marché libre.

2.4. Il existe des situations dans lesquelles les méthodes transactionnelles de bénéfices s'avèrent plus appropriées que les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions. Par exemple, dans les cas où chacune des parties apporte des contributions uniques et de valeur à la transaction contrôlée, ou lorsque les parties participent à des opérations très intégrées, une méthode transactionnelle de partage des bénéfices peut être plus appropriée qu'une méthode unilatérale. Autre exemple : lorsqu'on ne dispose pas d'informations publiques fiables sur les marges brutes de tiers, il peut être difficile d'appliquer une méthode traditionnelle fondée sur les transactions à moins de disposer de comparables internes, et une méthode transactionnelle de bénéfices peut alors s'avérer la plus appropriée compte tenu des informations qui sont disponibles.

2.5. Cependant, une méthode transactionnelle de bénéfices n'est pas plus appropriée simplement parce les données concernant des transactions sur le marché libre sont difficiles à obtenir ou sont incomplètes sur un ou plusieurs points. Les mêmes critères énumérés au paragraphe 2.2 qui ont été appliqués pour arriver à la conclusion initiale qu'il n'était pas possible d'appliquer d'une manière fiable une méthode traditionnelle fondée sur les transactions compte tenu des circonstances, doivent être réexaminés pour évaluer la fiabilité de la méthode transactionnelle de bénéfices.

2.6. Les méthodes de bénéfices ne sont acceptables que dans la mesure où elles sont compatibles avec l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, en particulier en ce qui concerne la comparabilité. On y parvient en appliquant les méthodes de manière à se rapprocher d'un prix de pleine

concurrence. L'application du principe de pleine concurrence repose généralement sur une comparaison du prix, de la marge ou des bénéfices de transactions données entre entreprises associées avec le prix, la marge ou les bénéfices de transactions comparables entre entreprises indépendantes. Dans le cas de la méthode transactionnelle de partage des bénéfices, elle repose sur une approximation raisonnable du partage des bénéfices que des entreprises indépendantes auraient escompté de la transaction ou des transactions en question (voir paragraphe 2.114).

2.7. En aucun cas les méthodes transactionnelles de bénéfices ne doivent être utilisées d'une manière telle qu'elles aboutissent à une surimposition des entreprises simplement parce qu'elles réalisent des bénéfices inférieurs à la moyenne ou au contraire à une sous-imposition des entreprises qui réalisent des bénéfices supérieurs à la moyenne. Il n'y a pas de raison, dans le cadre du principe de pleine concurrence, d'imposer une charge fiscale additionnelle à des entreprises qui sont moins performantes que la moyenne ou, au contraire, de sous-imposer les entreprises qui sont plus performantes que la moyenne, lorsque les raisons de leur succès ou de leur insuccès sont imputables à des facteurs commerciaux.

2.8. Les indications au paragraphe 2.2 selon lesquelles la sélection d'une méthode de prix de transfert vise toujours à trouver la méthode la plus appropriée au cas d'espèce ne signifient pas qu'il faille analyser en détail ou tester à chaque fois toutes les méthodes de prix de transfert pour sélectionner celle qui est la plus appropriée. Il relève d'une bonne pratique que d'étayer la sélection de la méthode la plus appropriée et des comparables et ceci peut s'inscrire dans un processus typique de recherche tel que celui proposé au paragraphe 3.4.

2.9. Par ailleurs, les groupes multinationaux sont entièrement libres de recourir à des méthodes autres que celles qui sont exposées dans ces Principes (ci-après dénommées « autres méthodes »), dès lors que les prix fixés satisfont au principe de pleine concurrence, conformément à ces Principes. Toutefois, ces autres méthodes ne doivent pas se substituer à celles reconnues par l'OCDE lorsque ces dernières sont plus appropriées aux circonstances de l'espèce. Lorsque d'autres méthodes sont utilisées, leur sélection devrait être étayée par une explication des raisons pour lesquelles les méthodes reconnues par l'OCDE ont été considérées comme moins appropriées ou non applicables au cas d'espèce, ainsi que de la raison pour laquelle on a considéré qu'une autre méthode donnait une meilleure solution. Le contribuable devrait conserver une documentation concernant la façon dont ses prix de transfert ont été établis et être prêt à la communiquer. À propos de la documentation, voir le chapitre V.

2.10. L'application d'une règle générale n'est pas un substitut adéquat à une analyse fonctionnelle et de comparabilité complètes menées selon les principes

des chapitres I à III. Par conséquent, une règle de base ne peut pas être utilisée pour prouver qu'un prix ou une répartition des revenus répond au principe de pleine concurrence.

2.11. Il n'est pas possible d'établir des règles précises pouvant s'appliquer dans chaque cas. Les administrations fiscales devraient hésiter à procéder à des ajustements mineurs ou marginaux. En général, les parties devraient s'efforcer d'aboutir à un accord raisonnable en ayant à l'esprit le manque de précision des diverses méthodes et la préférence pour un degré plus élevé de comparabilité et un lien plus direct et plus étroit avec la transaction. Il ne faut pas que des informations utiles, comme celles qui concernent des transactions sur le marché libre qui ne sont pas identiques aux transactions contrôlées, 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 contrôlées peuvent aider à comprendre la transaction considérée ou donner des indications pour de futures investigations. En outre, toute méthode devrait pouvoir être utilisée lorsqu'elle est acceptable pour les membres du groupe multinational parties à la transaction ou aux transactions considérées ainsi que pour les administrations fiscales des juridictions dont relèvent ces membres.

B. Utilisation de plusieurs méthodes

2.12. Le principe de pleine concurrence ne nécessite pas le recours à plusieurs méthodes pour une transaction donnée (ou une série de transactions combinées en accord avec les principes décrits au paragraphe 3.9) et, en fait, un tel recours à plusieurs méthodes risquerait de faire peser une lourde charge sur les contribuables. Par conséquent, ces Principes n'exigent ni des vérificateurs ni des contribuables qu'ils mettent en œuvre plusieurs méthodes dans leur analyse. Bien que, dans certains cas, la sélection d'une méthode puisse ne pas être simple et le recours à plusieurs méthodes puisse être initialement envisagé, il sera généralement possible de sélectionner une méthode qui permette d'estimer au mieux le prix de pleine concurrence. Toutefois, dans des cas difficiles où aucune méthode n'est concluante, une approche souple permettra d'utiliser conjointement les données obtenues au moyen de méthodes différentes. Dans de tels cas, on s'efforcera d'aboutir à une conclusion conforme au principe de pleine concurrence qui soit satisfaisante pour toutes les parties en présence, eu égard aux circonstances spécifiques, à l'ensemble des données disponibles et à la fiabilité relative des différentes méthodes considérées. Voir les paragraphes 3.58-3.59 en ce qui concerne les cas où un intervalle est obtenu du fait de l'utilisation de plusieurs méthodes.

Partie II : Méthodes traditionnelles fondées sur les transactions

A. Introduction

2.13. Cette partie décrit en détail les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions qui sont utilisées pour appliquer le principe de pleine concurrence. Il s'agit de la méthode du prix comparable sur le marché libre, de la méthode du prix de revente et de la méthode du coût majoré.

B. Méthode du prix comparable sur le marché libre

B.1. Généralités

2.14. La méthode du prix comparable sur le marché libre consiste à comparer le prix d'un bien ou d'un service transféré dans le cadre d'une transaction contrôlée à celui d'un bien ou d'un service transféré dans des conditions comparables. S'il existe une différence entre ces deux prix, cela peut indiquer que les conditions des relations commerciales et financières entre les entreprises associées ne sont pas des conditions de pleine concurrence et qu'il peut être alors nécessaire de remplacer le prix pratiqué dans le cadre de la transaction contrôlée par celui pratiqué dans le cadre de la transaction sur le marché libre.

2.15. Conformément aux principes exposés au chapitre I, une transaction sur le marché libre est comparable à une transaction contrôlée (c'est-à-dire c'est une transaction comparable sur le marché libre) pour l'application de la méthode du prix comparable sur le marché libre si l'une des deux conditions suivantes est remplie : a) aucune différence (s'il en existe) entre les transactions faisant l'objet de la comparaison ou entre les entreprises effectuant ces transactions n'est susceptible d'avoir une incidence sensible sur le prix du marché libre ; ou b) des ajustements suffisamment fiables peuvent être apportés pour supprimer les effets matériels de ces différences. Lorsqu'il est possible d'identifier des transactions comparables sur le marché libre, la méthode du prix comparable sur le marché libre constitue le moyen le plus direct et le plus fiable pour mettre en œuvre le principe de pleine concurrence. En conséquence, cette méthode doit être dans ce cas préférée à toute autre.

2.16. Il peut être difficile d'identifier une transaction entre entreprises indépendantes qui soit suffisamment similaire à une transaction entre entreprises associées pour qu'aucune différence n'ait une incidence sensible sur le prix. A titre d'exemple, une différence mineure entre les biens transférés dans le cadre d'une transaction contrôlée et dans le cadre d'une transaction sur le marché libre peut avoir une incidence sensible sur le prix, même si la nature des activités industrielles ou commerciales entreprises est suffisamment similaire pour dégager la même marge bénéficiaire globale. Lorsque c'est le cas, il faudra apporter des correctifs. Comme on le verra au paragraphe 2.17, l'ampleur et la fiabilité de tels ajustements affectent la fiabilité relative de l'analyse dans le cadre de la méthode du prix comparable sur le marché libre.

2.17. Lorsque l'on étudie la question de savoir si les transactions sur le marché libre et les transactions entre entreprises associées sont comparables, il convient d'examiner l'effet sur les prix, de fonctions de l'entreprise plus larges que la simple possibilité de comparer des prix (c'est-à-dire les facteurs déterminant la comparabilité au chapitre I). Lorsque des différences existent entre les transactions sur le marché libre et les transactions entre entreprises associées ou entre les entreprises effectuant ces transactions, il peut être difficile de déterminer quels correctifs suffisamment précis devront être apportés pour remédier à l'incidence que ces différences peuvent avoir sur le prix. Mais cette difficulté ne doit pas conduire à écarter l'éventuelle application de la méthode du prix comparable sur le marché libre. Pour des raisons pratiques, une plus grande souplesse s'impose de manière à pouvoir utiliser cette méthode et à la compléter le cas échéant par d'autres méthodes adéquates, toutes ces méthodes devant être appréciées en fonction de leur exactitude relative. Il faut s'efforcer, dans toute la mesure du possible, d'ajuster les données pour qu'elles puissent être utilisées de façon adéquate dans le cadre de la méthode du prix comparable sur le marché libre. Comme pour toute autre méthode, la fiabilité relative de la méthode du prix comparable sur le marché libre est fonction du degré d'exactitude des correctifs qui peuvent être apportés aux fins de comparabilité.

2.18. Sous réserve des principes du paragraphe 2.2 sur le choix de la méthode de prix de transfert la mieux appropriée selon chaque cas particulier, la méthode du prix comparable sur le marché libre peut être généralement appropriée pour établir un prix de pleine concurrence applicable au transfert de produits de base entre des entreprises associées. La référence à des « produits de base » s'entend comme englobant des biens corporels dont le prix est fixé par des parties indépendantes en utilisant un prix coté, pour les transactions industrielles sur le marché libre. L'expression « prix coté » désigne le prix des produits de base durant la période concernée obtenu auprès d'un marché d'échange de produits de base international ou national. Dans ce contexte, un prix coté inclut également les prix obtenus soit auprès d'agences de collecte des prix ou d'organismes de statistique reconnus et transparents, soit auprès d'entités publiques de fixation des prix, lorsque de tels indices sont

utilisés, comme référence, par des parties indépendantes pour déterminer les prix des transactions effectuées entre elles.

2.19. Selon la méthode du prix comparable sur le marché libre, le prix de pleine concurrence applicable à des transactions portant sur des produits de base peut être déterminé en se référant à des transactions sur le marché libre et à des accords entre parties indépendantes comparables, représentés par le prix coté. Les prix cotés des produits de base reflètent généralement un accord entre des acheteurs et vendeurs indépendants du marché sur le prix d'un type spécifique et d'une quantité de produits de base, échangés dans certaines conditions et à un moment précis. Pour déterminer avec pertinence l'opportunité d'appliquer le prix coté à un produit de base spécifique, il faut tenir compte de la mesure dans laquelle le prix coté est utilisé de manière systématique et habituelle dans le cours normal de l'activité du secteur concerné pour négocier les prix des transactions sur le marché libre comparables à ceux des transactions contrôlées. En conséquence, selon les faits et circonstances de chaque cas, les prix cotés peuvent servir de référence pour calculer les prix des transactions portant sur des produits de base entre des entreprises associées. Les contribuables et les administrations fiscales doivent faire preuve de cohérence dans leur application d'un prix coté sélectionné de manière appropriée.

2.20. Pour que la méthode du prix comparable sur le marché libre soit appliquée avec fiabilité à des transactions portant sur des produits de base, les caractéristiques économiquement pertinentes de la transaction contrôlée et des transactions sur le marché libre ou des accords sur le marché libre représentés par le prix coté doivent être comparables. Pour les produits de base, les caractéristiques économiquement pertinentes comprennent, entre autres, les caractéristiques physiques et la qualité du produit de base, les dispositions contractuelles de la transaction contrôlée, telles que les volumes échangés, la date des dispositions, le calendrier et les conditions de livraison, le transport, l'assurance et les clauses de devises étrangères. Pour certains produits de base, les caractéristiques économiquement pertinentes (par exemple, la rapidité de la livraison) peuvent entraîner une prime ou un escompte. Si le prix coté sert de référence pour déterminer le prix de pleine concurrence ou la fourchette de prix, les contrats standardisés qui précisent les spécifications sur la base desquelles les produits de base sont négociés et qui se traduisent pas un prix coté peuvent être pertinents. Lorsque des différences entre les conditions de la transaction contrôlée et celles des transactions sur le marché libre ou celles qui déterminent le prix coté du produit de base ont une incidence sensible le prix des transactions portant sur des produits de base soumises à l'analyse, il convient d'apporter des correctifs raisonnablement fiables afin de s'assurer que les caractéristiques économiquement pertinentes des transactions considérées sont comparables. Les contributions apportées sous la forme des fonctions exercées, des actifs employés ou des risques assumés, par d'autres

entités de la chaîne d'approvisionnement doivent être rémunérées selon les indications fournies dans ces Principes.

2.21. Afin d'aider les autorités fiscales à évaluer en connaissance de cause les pratiques de prix de transfert du contribuable, les contribuables devraient fournir des éléments probants fiables et consigner par écrit, dans le cadre de la documentation de leurs prix de transfert, leur politique de fixation des prix lors de transactions portant sur des produits de base, ainsi que les informations nécessaires pour justifier les ajustements de prix reposant sur des transactions sur le marché libre ou des transactions contrôlées comparables, représentées par le prix coté ainsi que toute autre information pertinente, notamment les formules de calcul utilisées, les accords conclus avec des tiers à propos des utilisateurs finaux, les primes ou remises appliquées, la date de fixation du prix, les informations sur la chaîne d'approvisionnement et les informations établies à des fins non fiscales.

2.22. La date de fixation du prix revêt une importance particulière lorsque le prix appliqué lors d'une transaction portant sur des produits de base a été déterminé à partir d'un prix coté. La date de fixation du prix renvoie à la date précise, à la date ou à la période choisies par les parties (par exemple, une plage de dates retenues pour le calcul d'un prix moyen) pour déterminer le prix aux fins d'une transaction portant sur des produits de base. Lorsque le contribuable fournit des preuves fiables attestant de la date de fixation du prix définie par des entreprises associées dans une transaction contrôlée portant sur des produits de base (par exemple, des propositions et acceptations, contrats ou contrats enregistrés ou d'autres documents définissant les conditions de l'accord peuvent constituer une preuve fiable) et lorsque cela est conforme au comportement effectif des parties ou aux autres faits concernés, selon les indications de la section D du chapitre I sur la délimitation précise de la transaction réelle, l'administration fiscale devrait déterminer le prix de la transaction portant sur des produits de base en se référant à la date de fixation du prix convenue par les entreprises associées. Si la date de fixation du prix définie dans un accord écrit entre les entreprises associées n'est pas conforme au comportement effectif des parties ou à d'autres caractéristiques du cas d'espèce, l'administration fiscale peut définir une date de fixation du prix différente, conforme à ces autres caractéristiques et avec ce que des entreprises indépendantes seraient convenues dans des circonstances comparables (en tenant compte des pratiques suivies dans le secteur). Lorsque le contribuable ne fournit pas de preuves fiables attestant de la date de fixation du prix convenue par des entreprises associées dans une transaction contrôlée portant sur des produits de base et lorsque l'administration fiscale ne peut pas déterminer par ailleurs une date de fixation du prix différente conformément aux indications de la section D du chapitre I, l'administration fiscale peut présumer la date de fixation du prix aux fins de la transaction portant sur des produits de base en fonction des éléments probants dont elle dispose. Il peut

s'agir de la date d'expédition figurant dans le connaissance ou dans tout document équivalent, selon le moyen de transport utilisé. Par conséquent, le prix des produits de base objets de la transaction serait dans ce cas déterminé en s'appuyant sur le prix coté moyen à la date d'expédition des biens, après les ajustements de comparabilité nécessaires, reposant sur les informations à la disposition de l'administration fiscale. Il serait important de faciliter, dans le cadre d'une procédure amiable aux termes de la convention applicable, le règlement des situations de double imposition résultant de la date présumée de fixation des prix.

B.2. Exemples d'application de la méthode du prix comparable sur le marché libre

2.23. Les exemples suivants illustrent l'application de la méthode du prix comparable sur le marché libre, y compris dans les cas où un ajustement des transactions sur le marché libre peut être nécessaire pour les rendre comparables.

2.24. La méthode du prix comparable sur le marché libre est particulièrement fiable dans les cas où une entreprise indépendante vend le même produit que celui qui est vendu entre deux entreprises associées. Par exemple, une entreprise indépendante vend du café en grains de Colombie sans marque et une entreprise associée vend à une autre entreprise associée, en quantités similaires, du café en grains de Colombie sans marque, d'un type et d'une qualité similaire, les deux types de transaction ayant lieu à peu près au même moment, au même stade du processus de production/distribution et dans des conditions similaires. Si la seule transaction sur le marché libre dont on dispose pour effectuer une comparaison porte sur du café en grains du Brésil sans marque, il y aura lieu de rechercher si la différence au niveau du produit peut avoir une incidence matérielle sur le prix. Par exemple, on pourra rechercher dans quelle mesure l'origine même du produit exige généralement sur le marché libre un prix plus élevé ou moins élevé. De telles informations peuvent être obtenues sur les marchés des matières premières ou être déduites des prix des négociants. Si cette différence a effectivement une incidence matérielle sur le prix, il y a lieu d'effectuer des ajustements. S'il n'est pas possible d'effectuer un ajustement de comparabilité suffisamment fiable, la fiabilité de la méthode du prix comparable sur le marché libre s'en trouvera réduite, et il pourrait être nécessaire de sélectionner une autre méthode moins directe à la place.

2.25. Comme autre exemple significatif de cas où des ajustements peuvent s'avérer nécessaires, on peut citer celui où les conditions des ventes sur le marché libre et des ventes contrôlées sont identiques, hormis le fait que le prix des ventes contrôlées est un prix de livraison et que les ventes sur le marché libre sont effectuées au prix d'usine franco à bord. Les différences en termes de transport et d'assurance ont généralement un effet déterminé et

raisonnablement quantifiable sur le prix. En conséquence, pour déterminer le prix de vente sur le marché libre, il convient de corriger le prix par la différence des conditions de livraison.

2.26. Autre exemple, supposons qu'un contribuable vende 1 000 tonnes d'un produit pour 80 USD la tonne à une entreprise associée dans son groupe multinational et qu'il vende parallèlement 500 tonnes du même produit pour 100 USD la tonne à une entreprise indépendante. Dans un tel cas, il convient de savoir si les différences de volumes doivent se traduire par une correction du prix de transfert. Il convient de déterminer le marché pertinent en analysant des transactions sur des produits analogues afin de déterminer les rabais normalement appliqués en fonction du volume fourni.

C. Méthode du prix de revente

C.1. Généralités

2.27. Avec la méthode du prix de revente, le point de départ est le prix auquel un produit acheté à une entreprise associée est revendu à une entreprise indépendante. On défalque ensuite de ce prix (le prix de revente) une marge brute appropriée (la « marge sur prix de revente ») représentant le montant sur lequel le revendeur couvrirait ses frais de vente et autres dépenses d'exploitation et, à la lumière des fonctions assumées (en tenant compte des actifs utilisés et des risques encourus), réaliserait un bénéfice convenable. Le prix obtenu après défalcation de la marge brute peut être considéré, après correction des autres coûts liés à l'achat du produit (par exemple, les droits de douane), comme un prix de pleine concurrence pour le transfert initial de propriété entre entreprises associées. C'est probablement lorsqu'elle est appliquée à des opérations de commercialisation que cette méthode est la plus efficace.

2.28. 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 (« comparable interne »). En outre, 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 (« comparable externe »). Lorsque le revendeur exerce des activités générales de courtage, la marge sur prix de revente peut être rapportée à une commission de courtage, qui est en général calculée en pourcentage du prix de vente du produit. La détermination de la marge sur le prix de revente dans un tel cas doit tenir compte de la question de savoir si le courtier intervient en tant qu'intermédiaire ou à titre principal.

2.29. Conformément aux principes énoncés au chapitre I, une transaction sur le marché libre est comparable à une transaction contrôlée (c'est-à-dire

constitue une transaction sur le marché libre comparable) pour l'application de la méthode du prix de revente si l'une des deux conditions suivantes est remplie : a) aucune différence (s'il en existe) entre les transactions faisant l'objet de la comparaison ou entre les entreprises effectuant ces transactions, n'est susceptible d'avoir une incidence sensible sur la marge de prix de revente sur le marché libre ; ou b) des ajustements suffisamment fiables peuvent être apportés pour supprimer les effets matériels de telles différences. En ce qui concerne les comparaisons destinées à l'application de la méthode du prix de revente, les correctifs nécessaires pour tenir compte des différences entre les produits sont moins nombreux que ce n'est le cas normalement avec la méthode du prix comparable sur le marché libre, parce que les différences mineures entre les produits sont moins susceptibles d'avoir une incidence sensible sur les marges bénéficiaires qu'elles n'en ont sur les prix.

2.30. Dans une économie de marché, la rémunération de l'exécution de fonctions analogues tend à se rapprocher entre les différentes activités. En revanche, les prix de produits différents ne tendent à se rapprocher que dans la mesure où ces produits peuvent se substituer les uns aux autres. Étant donné que la marge brute bénéficiaire représente une rémunération brute, après prise en compte du coût de la vente dans le cadre des fonctions exercées (en tenant compte des actifs utilisés et des risques encourus), les différences de produits sont moins importantes. À titre d'exemple, l'observation des faits semble indiquer qu'une entreprise de distribution exerce les mêmes fonctions (en tenant compte des actifs utilisés et des risques encourus) en vendant des grille-pain qu'en vendant des mixeurs. Par conséquent, en économie de marché, le niveau de rémunération devrait être similaire pour ces deux activités. Mais, du point de vue des consommateurs, un grille-pain et un mixeur ne sont pas de proches substituts. Par conséquent, on ne voit pas pourquoi leur prix serait le même.

2.31. Bien que la méthode du prix de revente s'accommode de différences plus marquées entre les produits, il faut néanmoins comparer le bien transféré dans le cadre de la transaction contrôlée à celui transféré dans le cadre de la transaction sur le marché libre. Des différences importantes à cet égard sont en effet plus susceptibles de se traduire par des différences de fonctions exercées entre les parties prenantes à des transactions contrôlées et à des transactions sur le marché libre. Même si l'utilisation de la méthode du prix de revente nécessite une moindre comparabilité des produits, il n'en demeure pas moins qu'une comparabilité plus étroite des produits donne de meilleurs résultats. Par exemple, lorsque la transaction porte sur un actif incorporel de valeur ou unique, le problème de la similitude peut revêtir une plus grande importance et il faut tout particulièrement s'y attacher pour que la comparaison soit valable.

2.32. Il est parfois souhaitable de donner davantage d'importance à d'autres facteurs de comparabilité évoqués au chapitre I (c'est-à-dire les fonctions exercées, les conditions économiques, etc.), lorsque la marge bénéficiaire est

principalement liée à ces autres facteurs et seulement accessoirement au produit qui fait l'objet de la transaction. Ce cas se présente en général lorsqu'il s'agit de déterminer la marge d'une entreprise associée qui n'a pas utilisé des actifs spécifiques (tels que des actifs incorporels de valeur uniques) ayant conféré une forte valeur ajoutée aux produits transférés. En conséquence, lorsque les transactions sur le marché libre et les transactions entre entreprises associées sont comparables dans toutes leurs caractéristiques autres que celles concernant leurs produits transférés, la méthode du prix de revente peut constituer un indicateur plus fiable de la conformité au principe de pleine concurrence que la méthode du prix comparable sur le marché libre, à condition que des correctifs assez précis puissent être apportés pour tenir compte des différences entre les produits transférés. Il en va de même de la méthode du coût majoré, que l'on traitera ci-après.

2.33. Lorsque la marge sur le prix de revente retenue est celle qu'une entreprise indépendante aurait utilisée dans le cadre d'une transaction comparable, la fiabilité de la méthode du prix de revente peut être affectée par des différences importantes quant à la manière dont les entreprises associées et les entreprises indépendantes conduisent leurs activités. Ces différences pourraient comprendre notamment celles qui influent sur le niveau des coûts pris en compte (par exemple, les différences pourraient recouvrir l'effet de l'efficacité de la gestion sur les niveaux et les choix de la gestion des stocks) qui peuvent avoir une incidence sur la rentabilité d'une entreprise sans en avoir nécessairement sur le prix auquel une entreprise achète ou vend ses produits ou services sur le marché libre. Il faudrait analyser ces types de caractéristiques lorsqu'on cherche à déterminer si une transaction sur le marché libre est comparable pour l'application de la méthode du prix de revente.

2.34. La méthode du prix de revente repose également sur la comparabilité des fonctions assumées (en tenant compte des actifs utilisés et des risques assumés). Elle peut se révéler moins fiable lorsqu'il existe des différences entre les transactions contrôlées et les transactions sur le marché libre ainsi qu'entre les parties prenantes aux transactions et ces différences ont une incidence sensible sur l'indicateur utilisé pour déterminer la conformité au principe de pleine concurrence, qui est, dans ce cas, la marge réalisée sur le prix de revente. Lorsqu'il existe des différences sensibles qui affectent les marges brutes réalisées sur les transactions contrôlées et les transactions sur le marché libre (par exemple quant à la nature des fonctions exercées par les parties aux transactions), il convient d'apporter des correctifs pour tenir compte de ces différences. L'ampleur et la fiabilité de ces correctifs affectent la fiabilité relative de l'analyse dans le cadre de la méthode du prix de revente dans des cas particuliers.

2.35. C'est lorsque le revendeur n'accroît pas sensiblement la valeur du produit qu'il est le plus facile de déterminer la marge appropriée sur le prix de

revente. En revanche, la méthode du prix de revente risque d'être plus difficile à utiliser pour parvenir à un prix de pleine concurrence lorsqu'avant la revente, les produits font l'objet d'une nouvelle transformation ou sont incorporés dans un produit plus complexe de sorte qu'ils perdent leur identité ou que celle-ci se trouve modifiée (par exemple, lorsque les différents composants sont assemblés pour donner des produits finis ou semi-finis). Un autre exemple dans lequel la marge sur le prix de revente doit être maniée avec précaution réside dans le cas où le revendeur contribue de façon sensible à la création ou l'entretien d'actifs incorporels associés avec le produit (par exemple, les marques ou appellations commerciales qui appartiennent à une entreprise associée). Dans de tels cas, il n'est pas facile d'apprécier la contribution des éléments ayant fait l'objet du transfert initial à la valeur du produit final.

2.36. La marge sur le prix de revente est plus exacte si elle a été fixée peu de temps après la date à laquelle a eu lieu l'achat des produits par le revendeur. Il est probablement d'autant plus nécessaire de faire entrer en ligne de compte dans une comparaison d'autres facteurs tels que les modifications de la situation du marché, des taux de change, des prix de revient, etc., que le délai écoulé entre l'achat initial et la revente est plus long.

2.37. Il est à prévoir que le montant de la marge sur le prix de revente va dépendre des fonctions exercées par le revendeur. Ces fonctions peuvent varier fortement, allant du cas où le revendeur exécute effectivement un service minimal en tant que transitaire au cas où il assume la totalité des risques de la propriété du produit ainsi que la responsabilité de la publicité, de la commercialisation, de la distribution et de la garantie des marchandises, du financement des stocks et des autres services connexes. Si le revendeur dans le cadre d'une transaction avec une entreprise associée n'exerce pas d'activité commerciale notable, mais n'assure que le transfert des biens à un tiers, la marge sur le prix de revente peut, compte tenu des fonctions assumées, être faible. Elle peut être plus importante lorsque l'on peut établir que le revendeur détient un certain savoir-faire dans la commercialisation de ces biens, c'est-à-dire qu'il assume de fait certains risques, ou qu'il contribue de façon sensible à la création ou l'entretien d'actifs incorporels liés au produit. Toutefois, il convient d'apporter des preuves pertinentes de l'ampleur des opérations effectuées par le revendeur, qu'elles soient minimales ou importantes. Il peut s'agir de justifier des frais de commercialisation qui peuvent apparaître disproportionnés; par exemple, lorsqu'une partie ou l'essentiel des dépenses promotionnelles ont été manifestement encourues à titre de service rendu en faveur du propriétaire légal de la marque commerciale. Dans un tel cas, la méthode du coût majoré peut fort bien venir en complément de la méthode du prix de revente.

2.38. Si le revendeur effectue véritablement une opération commerciale substantielle, en sus de l'opération de revente proprement dite, on peut

s'attendre à ce qu'une marge bénéficiaire raisonnablement importante lui soit imputée. Si, dans le cadre de ses activités, le revendeur utilise certains actifs (par exemple, des actifs incorporels utilisés par le revendeur comme son organisation de commercialisation), la marge sur le prix de revente non ajustée constatée dans le cadre de transactions sur le marché libre dans lesquelles le revendeur indépendant n'utilise pas des actifs analogues, risque de ne plus convenir pour déterminer les conditions de pleine concurrence dans le cadre d'une transaction contrôlée. Si le revendeur possède des actifs incorporels de valeur dans le domaine de la commercialisation, l'application d'une marge sur le prix de revente dans le cadre de la transaction comparable sur le marché libre risque d'aboutir à une sous-estimation du bénéfice auquel a droit le revendeur dans le cadre d'une transaction contrôlée, à moins que la transaction comparable sur le marché libre ne fasse intervenir le même revendeur ou un revendeur qui possède des actifs incorporels d'une valeur similaire dans le domaine de la commercialisation.

2.39. Lorsque le circuit de distribution des produits fait intervenir une société intermédiaire, les administrations fiscales peuvent utilement considérer non seulement le prix de revente des marchandises qui ont été achetées à cette société intermédiaire, mais aussi le prix que cette société paie à son propre fournisseur et les fonctions qu'elle exerce. En pratique, il pourrait bien se révéler difficile d'obtenir ces renseignements et d'apprécier le rôle exact de la société qui fait fonction d'intermédiaire. S'il ne peut être démontré que cette société assume un risque économiquement significatif ou accomplit une fonction économique dans le circuit qui a augmenté la valeur des produits, tout élément du prix censé être imputable aux activités de cette société doit en principe être attribué à une autre société du groupe multinational dans la mesure où, normalement, des entreprises indépendantes ne permettraient pas à une telle société de participer aux bénéfices de la transaction.

2.40. Il faut également s'attendre à ce que la marge sur le prix de revente varie selon que le revendeur a ou non le droit exclusif de revendre les marchandises. Les opérations entre entreprises indépendantes comportent ce type d'accords d'exclusivité qui peuvent avoir une incidence sur la marge. Par conséquent, ce type de droits exclusifs doit être pris en compte dans toute comparaison. La valeur du droit d'exclusivité dépend dans une certaine mesure du territoire qu'il couvre et de l'existence de produits de substitution éventuels ainsi que de leur compétitivité relative. Dans une situation de pleine concurrence, l'accord d'exclusivité peut être profitable aussi bien au vendeur qu'au revendeur. Par exemple, il peut inciter le revendeur à redoubler d'efforts pour vendre une certaine ligne de produits. Au contraire, s'il lui assure une sorte de monopole, il peut le conduire à réaliser un chiffre d'affaires substantiel sans grand effort. Il faut donc examiner avec soin, dans tous les cas, l'incidence de ce facteur sur la marge qu'il y a lieu d'appliquer au prix de revente. Voir également les paragraphes 6.118 et 6.120.

2.41. Lorsque les pratiques comptables ne sont pas les mêmes dans le cadre de la transaction contrôlée et dans celui de la transaction sur le marché libre, il y a lieu de procéder aux ajustements appropriés des données utilisées dans le calcul de la marge sur le prix de revente de façon à s'assurer que l'on utilise le même type de coût dans chaque cas pour déterminer la marge brute. Par exemple, les coûts de recherche-développement peuvent être pris en compte dans les dépenses d'exploitation ou dans les coûts des marchandises vendues. Les marges brutes respectives ne seraient pas alors comparables en l'absence de correctifs convenables.

C.2. Exemples d'application de la méthode du prix de revente

2.42. Soit deux distributeurs vendant le même produit sur le même marché sous la même marque. Le distributeur A offre une garantie; le distributeur B n'en offre pas. Le distributeur A n'inclut pas la garantie dans sa stratégie de prix; il vend donc son produit à un prix supérieur et dégage donc une marge bénéficiaire brute supérieure (si l'on ne tient pas compte des coûts d'application de la garantie) à celle du distributeur B, qui vend à un prix inférieur. Les deux marges ne sont pas comparables en l'absence d'un ajustement raisonnablement fiable permettant de tenir compte de cette différence.

2.43. Supposons qu'une garantie soit offerte pour tous les produits de sorte que le prix en aval soit uniforme. Le distributeur C assume la fonction de garantie, mais il est en fait dédommagé de cette fonction par le fournisseur à travers un prix minoré. Le distributeur D n'exerce pas la fonction de garantie qui est assumée par le fournisseur (les produits sont retournés à l'usine). Toutefois, le fournisseur du distributeur D lui facture un prix supérieur à celui qui est facturé au distributeur C. Si le distributeur C comptabilise le coût de l'exercice de la fonction de garantie à titre de coût des marchandises vendues, les différences sont alors automatiquement corrigées dans les marges bénéficiaires brutes. En revanche, si les frais de garantie sont comptabilisés en tant que dépenses d'exploitation, il y a une distorsion des marges qui doit être corrigée. Dans ce cas, le raisonnement consiste à dire que si D assumait lui-même la fonction de garantie, son fournisseur réduirait le prix de transfert, ce qui accroîtrait la marge bénéficiaire brute de D.

2.44. Une société vend un produit par l'intermédiaire de distributeurs indépendants dans cinq juridictions dans lesquelles elle n'a pas de filiale. Les distributeurs se contentent de commercialiser le produit sans opération supplémentaire. Dans une juridiction, la société a établi une filiale. Parce que ce marché particulier revêt une importance stratégique, la société demande à sa filiale de ne vendre que son produit et d'assurer des services techniques à la clientèle. Même si tous les autres faits et circonstances étaient similaires, si les marges sont calculées à partir des entreprises indépendantes qui n'ont pas d'accord de distribution exclusive, et qui n'assurent pas de services techniques

comme ceux que fournit la filiale, il convient d'étudier s'il faut apporter des correctifs pour assurer la comparabilité.

D. Méthode du coût majoré

D.1. Généralités

2.45. Cette méthode consiste tout d'abord à déterminer, pour les biens (ou services) transférés à un acheteur associé, les coûts supportés par le fournisseur dans le cadre d'une transaction entre entreprises associées. On ajoute ensuite une marge appropriée à ces coûts, de façon à obtenir un bénéfice approprié compte tenu des fonctions exercées et des conditions du marché. On obtient ainsi un prix pouvant être considéré comme le prix de pleine concurrence pour la transaction initiale entre entreprises associées. Cette méthode convient sans doute le mieux lorsque des produits semi-finis sont vendus entre des entreprises associées, lorsque des entreprises associées ont conclu des accords de mise en commun d'équipements ou d'approvisionnement à long terme, ou lorsque la transaction contrôlée consiste en prestations de services.

2.46. La solution idéale est de déterminer la marge sur coûts du fournisseur dans le cadre de la transaction contrôlée par référence à la marge sur coûts de ce même fournisseur dans le cadre de transactions comparables sur le marché libre (« comparable interne »). De plus, la marge sur coûts qui aurait été obtenue dans des transactions comparables par une entreprise indépendante peut servir d'indicateur (« comparable externe »).

2.47. Conformément aux principes évoqués au chapitre I, une transaction sur le marché libre est comparable à une transaction contrôlée (c'est-à-dire constitue une transaction comparable sur le marché libre) pour l'application de la méthode du coût majoré si l'une des deux conditions suivantes est remplie : 1) aucune différence (s'il en existe) entre les transactions faisant l'objet de la comparaison ou entre les entreprises effectuant ces transactions n'est susceptible d'avoir une incidence sensible sur la marge sur coûts pratiqué sur le marché libre, ou 2) des correctifs suffisamment exacts peuvent être apportés pour supprimer les effets matériels de ces différences. Pour déterminer si une transaction est une transaction comparable sur le marché libre lorsqu'on utilise la méthode du coût majoré, sont appliqués les principes décrits aux paragraphes 2.29-2.34 pour la méthode du prix de revente. Par conséquent, il est probablement nécessaire d'apporter moins de correctifs pour tenir compte des différences entre les produits qu'avec la méthode du prix comparable sur le marché libre et il faut sans doute accorder plus d'importance aux autres facteurs de comparabilité mentionnés au chapitre I, dont certains ont probablement plus d'incidence sur la marge sur coûts que sur le prix même du produit. Comme dans le cas de la méthode du prix de revente (voir

paragraphe 2.34), lorsqu'il y a des différences qui ont une incidence sensible sur les marges sur coûts dégagées lors des transactions entre entreprises associées et les transactions sur le marché libre (par exemple, dans la nature des fonctions exercées par les parties prenantes aux transactions), il convient d'apporter des correctifs raisonnablement fiables afin de prendre en compte ces différences. L'importance et la fiabilité de ces correctifs affectent la fiabilité relative de l'analyse dans la méthode du prix de revente majoré dans certains cas particuliers.

2.48. Supposons par exemple que la société A produit et vend des grille-pains à un distributeur qui est une entreprise associée, que la société B produit et vend des fers à repasser à un distributeur indépendant et que les marges bénéficiaires sur la fabrication de ces produits sont en général les mêmes dans le secteur des petits appareils ménagers. (L'utilisation de la méthode du coût majoré dans ce cas repose sur l'hypothèse qu'il n'existe pas de fabricants indépendants de grille-pains présentant de grandes similitudes). Si l'on applique la méthode du coût majoré, la marge sur coûts à comparer pour les transactions contrôlées et les transactions sur le marché libre correspondra à la différence entre le prix de vente du fabricant au distributeur et le coût de fabrication du produit, divisé par le coût de fabrication du produit. Toutefois, la société A peut être bien plus efficace dans ses procédés de fabrication que la société B, ce qui lui permettra d'avoir des coûts plus faibles. De ce fait, même si la société A fabriquait des fers à repasser et non des grille-pain et facturait le même prix que la société B pour des fers à repasser (c'est-à-dire s'il n'existait pas de conditions spéciales), il serait approprié que le niveau de bénéfices de la société A soit supérieur à celui de la société B. Par conséquent, à moins qu'il soit possible de compenser l'incidence de cette différence sur le bénéfice, l'application de la méthode du coût majoré ne serait pas totalement fiable dans ce cas.

2.49. La méthode du coût majoré comporte certaines difficultés d'application, notamment pour la détermination des coûts. S'il est vrai que pour rester en activité une entreprise doit couvrir ses charges sur une certaine période, celles-ci ne permettront probablement pas de déterminer le bénéfice qui devra être retenu dans un cas d'espèce pour une année donnée. Très souvent, les entreprises sont obligées, pour faire face à la concurrence, d'abaisser leurs prix par rapport au coût de production des biens ou services en question, tandis que dans d'autres cas, il n'existe pas de lien apparent entre le niveau des dépenses encourues et un prix de marché (par exemple lorsqu'une entreprise a fait une découverte de valeur et n'a engagé à cet effet que de faibles frais de recherche).

2.50. En outre, lorsque l'on a recours à la méthode du coût majoré, il convient de veiller à appliquer des majorations comparables à une base de coûts comparable. Par exemple, si le fournisseur auquel on fait référence en appliquant la méthode du coût majoré utilise des actifs industriels ou commerciaux en location lors de ses opérations, la base de coûts risque de

ne pas être comparable sans correctif si le fournisseur, dans le cadre d'une transaction contrôlée, utilise ses propres actifs industriels ou commerciaux. La méthode du coût majoré repose sur une comparaison entre la marge réalisée sur coûts dans une transaction contrôlée et la marge sur coûts dans une ou plusieurs transactions comparables sur le marché libre. En conséquence, il convient d'analyser les différences entre transactions contrôlées et transactions sur le marché libre qui produisent un effet sur l'amplitude de la marge afin de déterminer quels correctifs doivent être apportés aux marges respectives des transactions sur le marché libre.

2.51. A cet effet, 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 – liées aux fonctions assumées et aux risques encourus par les parties prenantes, ou les différences entre les transactions comparées. L'étude de ces différences peut donner les indications suivantes :

- a) Si les dépenses correspondent à une différence fonctionnelle (en tenant compte des actifs utilisés et des risques encourus) qui n'a pas été prise en compte lors de l'application de cette méthode, il peut être nécessaire d'apporter un correctif à la marge sur coûts.
- b) Si les dépenses correspondent à des fonctions supplémentaires distinctes des opérations vérifiées par cette méthode, il peut être nécessaire de déterminer une rémunération distincte de ces fonctions. Ces fonctions peuvent consister par exemple dans la fourniture de services pour laquelle une rémunération convenable peut être déterminée. De même, des dépenses qui résultent de structures du capital ne correspondant pas à des mécanismes de pleine concurrence peuvent nécessiter un correctif particulier.
- c) Si les différences dans les dépenses des parties faisant l'objet de la comparaison traduisent simplement l'efficacité ou l'inefficacité des entreprises, comme c'est normalement le cas pour les dépenses de contrôle, les frais généraux et les dépenses administratives, il n'est pas nécessaire d'apporter un quelconque correctif à la marge brute.

Dans tous les cas précédents, il peut être utile de compléter les méthodes du coût majoré et du prix de revente en étudiant les résultats obtenus par application d'autres méthodes (voir paragraphe 2.12).

2.52. L'homogénéité des règles comptables constitue un autre aspect important de la comparabilité. Lorsque les pratiques comptables ne sont pas les mêmes dans le cadre d'une transaction entre entreprises associées et dans celui d'une transaction entre entreprises indépendantes, il y a lieu d'apporter les ajustements appropriés aux données utilisées afin de faire en

sorte que les mêmes catégories de coûts soient prises en compte dans chaque cas dans un souci de cohérence. Les marges brutes sur coûts doivent être mesurées de manière à permettre des comparaisons entre l'entreprise associée et l'entreprise indépendante. En outre, il peut y avoir des différences entre les entreprises pour ce qui est du traitement des coûts qui ont une incidence sur les marges bénéficiaires brutes à prendre en compte pour effectuer des comparaisons acceptables. Dans certains cas, il peut être nécessaire de prendre en compte certaines dépenses d'exploitation afin de parvenir à une meilleure cohérence des données et de faciliter les comparaisons; dans ces circonstances, la méthode du coût majoré s'oriente vers l'analyse d'une marge nette plutôt que d'une marge brute. Dans la mesure où l'analyse prend en compte les dépenses d'exploitation, sa fiabilité risque d'en être affectée défavorablement pour les raisons énoncées aux paragraphes 2.70-2.73. Par conséquent, les mises en garde énoncées aux paragraphes 2.74-2.81 peuvent être utiles pour évaluer la fiabilité de ces analyses.

2.53. Si les normes et termes comptables peuvent varier, d'une manière générale on peut considérer les coûts et dépenses d'une entreprise comme divisibles en trois grandes catégories. La première est celle des coûts directs de production d'un bien ou service, tels que le coût des matières premières. En second lieu, il existe des coûts de production indirects, qui bien qu'étroitement liés au processus de production, peuvent être communs à plusieurs biens ou services (par exemple, les coûts d'une unité de réparation d'équipements utilisés pour produire différents biens). Enfin, il existe des dépenses d'exploitation de l'entreprise dans son ensemble, telles que les dépenses de contrôle, les frais généraux et les dépenses administratives.

2.54. On peut interpréter la distinction entre les analyses de marge brute et les analyses de marge nette de la manière suivante. En général, la méthode du coût majoré se fondera sur des marges calculées après prise en compte des coûts directs et indirects de production alors qu'une méthode portant sur le bénéfice net utilisera des bénéfices calculés après que les dépenses d'exploitation de l'entreprise aient été également prises en compte. Il faut reconnaître qu'en raison des différences dans les pratiques suivies par les juridictions, il est difficile d'effectuer des distinctions précises entre les trois catégories énoncées ci-dessus. Par exemple, l'application de la méthode du coût majoré peut inclure dans un cas particulier la prise en compte de certaines dépenses qui pourraient être considérées comme des dépenses d'exploitation, comme on l'a vu au paragraphe 2.52. Néanmoins, le problème que pose la détermination précise des limites des trois catégories évoquées ci-dessus ne modifie pas la distinction pratique fondamentale entre l'approche fondée sur la marge brute et celle fondée sur la marge nette.

2.55. En principe, des coûts historiques doivent être attribués aux différentes unités de production, même s'il faut reconnaître que la méthode du coût majoré

risque de donner une importance excessive aux coûts d'acquisition. Certains coûts, notamment ceux relatifs aux matières premières, à la main d'œuvre et aux frais de transport, varient sur une période donnée et il y a alors lieu de calculer la moyenne de ces coûts sur la période. Il peut être également souhaitable d'établir une moyenne entre les différents groupes de produits ou pour une ligne de production particulière. En outre, il faut sans doute calculer une moyenne pour le coût des actifs fixes lorsque différents produits sont fabriqués ou transformés simultanément et que le volume d'activité fluctue. Il peut aussi être utile de prendre en compte des coûts comme les coûts de remplacement et les coûts marginaux qui permettent une estimation plus précise du bénéfice approprié.

2.56. Les coûts à prendre en considération pour l'application de la méthode du coût majoré sont limités à ceux du fournisseur de biens ou services. Cette limitation peut soulever le problème de la répartition de certaines charges entre fournisseurs et acheteurs. Il est possible que certains coûts soient supportés par l'acheteur pour diminuer les charges du fournisseur sur la base desquelles la marge sera calculée. En pratique, une certaine proportion des frais généraux et autres charges supportés par l'acheteur (souvent la société-mère) ne sont pas imputés au fournisseur et ce, au bénéfice de ce dernier (souvent une filiale). Il faut alors procéder à cette imputation en analysant les fonctions assumées (en tenant compte des actifs utilisés et des risques encourus) conformément aux principes indiqués au chapitre I. Un problème connexe est celui de la répartition des frais généraux. Faut-il les répartir en fonction du chiffre d'affaires, des effectifs ou des coûts de main-d'œuvre, ou encore d'autres critères? Cette question de la répartition des coûts est également traitée au chapitre VIII consacré aux accords de répartition des coûts.

2.57. Dans certains cas, l'utilisation des seuls coûts variables ou marginaux peut être justifiée, dans la mesure où les transactions en cause représentent la cession d'une production marginale. Ce raisonnement peut être justifié si les biens ne peuvent être vendus à un coût plus élevé sur le marché étranger en question (voir également l'analyse consacrée à la pénétration du marché au chapitre I). Parmi les facteurs qui pourraient être pris en compte pour déterminer le bien-fondé de ce raisonnement, on citera notamment les renseignements permettant de déterminer si le contribuable a procédé à d'autres ventes de produits identiques ou analogues sur ce marché étranger, le pourcentage de la production du contribuable (à la fois en volume et en valeur) que représente la « production marginale » affichée, les conditions du mécanisme et les détails de l'analyse commerciale qui a été entreprise par le contribuable ou le groupe multinational et qui a abouti à la conclusion que les produits n'auraient pas pu être vendus à un prix supérieur sur ce marché étranger.

2.58. On ne peut définir aucune règle d'application générale pour tous les cas. Quoi qu'il en soit, les diverses méthodes utilisées pour déterminer les coûts

des transactions sur le marché libre et ceux des transactions entre entreprises associées doivent être cohérentes. Elles doivent être également appliquées de façon cohérente sur le plan temporel aux entreprises considérées. Par exemple, pour déterminer la marge sur coûts, il peut être nécessaire de savoir si les produits peuvent être fournis par différentes sources à des coûts variant considérablement. Les entreprises associées peuvent décider de normaliser le calcul de leur base de prix de revient. Une partie indépendante n'accepterait probablement pas de payer un prix supérieur résultant de l'inefficience de l'autre partie. En revanche, si l'autre partie est plus efficiente que l'on peut s'y attendre dans des conditions normales, cette autre partie doit pouvoir profiter de cet avantage. L'entreprise associée peut convenir d'avance quels coûts peuvent être acceptés à titre de base pour la méthode du coût majoré d'une marge bénéficiaire.

D.2. Exemples d'application de la méthode du coût majoré

2.59. A est un fabricant national de mécanismes d'horlogerie pour des montres fabriquées en grande série. A vend ce produit à sa filiale étrangère B. A dégage une marge brute sur coûts de 5 % sur son opération de fabrication. X, Y et Z sont des fabricants nationaux indépendants du même produit que celui que fabrique A. X, Y et Z vendent leurs produits à des acheteurs étrangers indépendants. X, Y et Z dégagent une marge brute sur coûts de 3 à 5 % sur leurs opérations de fabrication de mécanismes d'horlogerie pour des montres fabriquées en grande série. A comptabilise ses frais de contrôle, ses frais généraux et ses dépenses administratives dans les dépenses d'exploitation, de sorte que ces coûts ne sont pas pris en compte dans le coût des marchandises vendues. En revanche, les marges brutes de X, Y et Z reflètent les frais de contrôle, frais généraux et dépenses administratives en tant que coûts des marchandises vendues. En conséquence, les marges brutes sur coûts de X, Y et Z doivent être corrigées pour assurer la cohérence des méthodes comptables.

2.60. La société C, dans le pays D, est une filiale à 100 % de la société E, sise dans le pays F. Par rapport au pays F, les salaires sont très bas dans le pays D. La société C assemble des téléviseurs aux frais et risques de la société E. Tous les composants nécessaires, le savoir-faire, etc., sont fournis par la société E. L'achat du produit assemblé est garanti par la société E dès lors que les téléviseurs ne respectent pas certaines normes de qualité. Après le contrôle de qualité, les téléviseurs sont transportés – aux frais et risques de la société E – vers des centres de distribution que la société E détient dans plusieurs pays. La fonction de la société C peut être décrite comme une fonction purement manufacturière du point de vue de ses coûts. Les risques que la société C peut encourir résident dans les éventuelles différences dans la qualité et la quantité convenues. La base d'application de la méthode du coût majoré est constituée par l'ensemble des coûts liés aux opérations d'assemblage.

2.61. La société A d'un groupe multinational convient avec la société B du même groupe de réaliser un contrat de recherche pour la société B. Tous les risques liés à la recherche sont assumés par la société B. Cette société est aussi propriétaire de tous les actifs incorporels mis au point par la recherche et c'est à elle que s'offrent les perspectives de bénéfices induits par la recherche. Il s'agit là d'une configuration classique pour l'application de la méthode du coût majoré. Tous les frais de recherche sur lesquels les parties associées se sont entendues doivent être rémunérés. Le coût de revient majoré supplémentaire peut refléter le caractère innovant ou la complexité de la recherche effectuée.

Partie III : Méthodes transactionnelles de bénéfices

A. Introduction

2.62. Cette partie examine les méthodes transactionnelles de bénéfices qui pourraient être utilisées pour se rapprocher des conditions de pleine concurrence lorsque ces méthodes sont les plus appropriées dans les circonstances du cas d'espèce, voir les paragraphes 2.1 à 2.12. Les méthodes transactionnelles de bénéfices examinent les bénéfices réalisés du fait de transactions données entre entreprises associées. Les seules méthodes de bénéfices qui satisfont au principe de pleine concurrence sont celles qui sont conformes à l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE et qui répondent à l'exigence d'une analyse de comparabilité telle que décrite dans ces Principes. En particulier, les méthodes dites « des bénéfices comparables » ou la « méthode modifiée du coût majoré/du prix de revente » ne sont acceptables que dans la mesure où elles sont conformes à ces Principes.

2.63. Une méthode transactionnelle de bénéfices consiste à examiner les bénéfices réalisés sur des transactions particulières entre des entreprises associées. Dans le cadre de ces Principes, les deux méthodes de ce type sont la méthode transactionnelle de partage des bénéfices et la méthode transactionnelle de la marge nette. Les bénéfices obtenus du fait d'une transaction entre entreprises associées peuvent permettre de déterminer si la transaction a été affectée par des conditions qui diffèrent de celles qui auraient prévalu entre des entreprises indépendantes dans des circonstances par ailleurs comparables.

B. Méthode transactionnelle de la marge nette

B.1. Généralités

2.64. 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), le bénéfice net que réalise un contribuable au titre d'une transaction contrôlée (ou de transactions qu'il convient de combiner en vertu des principes des paragraphes 3.9-3.12). Par conséquent, cette méthode s'applique de manière similaire à la méthode du coût majoré et à la méthode du prix de revente. De

ce fait, pour aboutir à des résultats fiables, elle doit être appliquée selon des modalités compatibles avec celles de ces méthodes. Cela signifie en particulier que l'indicateur du bénéfice net obtenu par le contribuable au titre d'une transaction contrôlée (ou de transactions qu'il convient de combiner en vertu des principes des paragraphes 3.9-3.12) devrait théoriquement être déterminé par référence à l'indicateur du bénéfice net que le même contribuable réalise au titre de transactions comparables sur le marché libre, c'est-à-dire par référence à des « comparables internes » (voir paragraphes 3.27 et 3.28). Lorsque ce n'est pas possible, la marge nette qui aurait été obtenue au titre de transactions comparables par une entreprise indépendante (« comparables externes ») peut donner des indications (voir paragraphes 3.29-3.35). Une analyse fonctionnelle des transactions contrôlées et des transactions sur le marché libre est nécessaire pour déterminer si elles sont comparables et quels sont les ajustements de comparabilité qui peuvent être nécessaires pour obtenir des résultats fiables. Il faut également appliquer les autres critères de comparabilité, et en particulier ceux des paragraphes 2.74-2.81.

2.65. Une méthode transactionnelle de la marge nette ne sera vraisemblablement pas fiable si les deux parties à une transaction effectuent des contributions uniques et de valeur, voir le paragraphe 2.4. Dans ce cas, une méthode transactionnelle du partage des bénéfices sera généralement mieux adaptée, voir le paragraphe 2.119. Toutefois, une méthode unilatérale (méthode traditionnelle fondée sur les transactions ou méthode transactionnelle de la marge nette) peut être appliquée dans les cas où l'une des parties effectue la totalité des contributions uniques et de valeur impliquées dans la transaction contrôlée, tandis que l'autre partie n'apporte aucune contribution unique et de valeur. Dans ce cas, la partie testée devrait être la moins complexe. Voir les paragraphes 3.18-3.19 en ce qui concerne la notion de partie testée.

2.66. Il existe aussi de nombreux cas dans lesquels une partie à une transaction effectue des contributions qui ne sont pas uniques; elle utilise par exemple des biens incorporels non uniques comme des processus opérationnels ou des connaissances du marché qui ne sont pas uniques. Dans ces circonstances, il peut toujours être possible de satisfaire aux exigences de comparabilité pour appliquer une méthode traditionnelle fondée sur les transactions ou une méthode transactionnelle de la marge nette parce que les comparables sont censés employer eux aussi un ensemble comparable de contributions non uniques.

2.67. Enfin, l'absence de contributions uniques et de valeur dans une transaction donnée n'implique pas automatiquement que la méthode transactionnelle de la marge nette est la plus appropriée.

B.2. Forces et faiblesses

2.68. L'une des forces de la méthode transactionnelle de la marge nette est que les indicateurs du bénéfice net (par exemple, le rendement des actifs, le bénéfice d'exploitation sur chiffre d'affaires, ou d'autres indicateurs de marge nette) sont moins sensibles aux différences affectant les transactions que ne l'est le prix, tel qu'il est utilisé dans la méthode du prix comparable sur le marché libre. Les indicateurs du bénéfice net peuvent aussi être plus tolérants que les marges brutes à l'égard de certaines différences fonctionnelles entre les transactions contrôlées et les transactions sur le marché libre. Les différences qui existent entre les entreprises du point de vue des fonctions exercées se traduisent souvent par des variations dans les dépenses d'exploitation. Par conséquent, cela peut conduire à un large intervalle de marges brutes alors que les indicateurs du bénéfice d'exploitation net restent d'un niveau similaire. En outre, dans certaines juridictions le manque de clarté des données publiques concernant la classification des dépenses comprises dans la marge brute ou dans le bénéfice d'exploitation peut compliquer l'évaluation de la comparabilité des marges brutes, tandis que l'utilisation d'indicateurs du bénéfice net peut éviter le problème.

2.69. Un autre atout pratique de la méthode transactionnelle de la marge nette est que, comme avec toute méthode unilatérale, il est nécessaire d'examiner un indicateur financier pour l'une des entreprises associées seulement (la « partie testée »). De même, on n'aura pas, bien souvent, à uniformiser les normes comptables de tous les participants aux activités industrielles et commerciales en cause, ni à répartir les coûts entre tous les participants comme c'est le cas avec la méthode transactionnelle du partage des bénéfices. Cela peut être un avantage en pratique lorsqu'une des parties à la transaction revêt des caractéristiques complexes et exécute un grand nombre d'activités étroitement liées entre elles ou lorsqu'il est difficile d'obtenir des informations fiables sur l'une des parties. Toutefois, il faudra toujours mener une analyse de comparabilité (et notamment une analyse fonctionnelle) afin de qualifier convenablement la transaction entre les parties et de choisir la méthode de prix de transfert la plus appropriée; cette analyse nécessite généralement de réunir des informations sur les cinq facteurs de comparabilité concernant la transaction contrôlée à la fois sur la partie testée et sur les parties non testées. Voir les paragraphes 3.20-3.23.

2.70. La méthode transactionnelle de la marge nette présente aussi un certain nombre de faiblesses. L'indicateur de bénéfice net d'un contribuable peut être influencé par certains facteurs qui, soit n'auraient pas d'incidence, soit auraient une incidence moins marquée ou moins directe, sur le prix ou les marges brutes entre parties indépendantes. Ces aspects peuvent rendre difficile une détermination exacte et fiable des indicateurs du bénéfice net de pleine concurrence. Il importe donc de disposer d'indications détaillées

sur la manière d'établir la comparabilité dans le cadre d'une méthode transactionnelle de la marge nette, voir les paragraphes 2.74-2.81 ci-dessous.

2.71. 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 données pluriannuelles comme indiqué aux paragraphes 3.75-3.79 puisse permettre d'atténuer ces difficultés). En outre, il est possible que les contribuables n'aient pas accès à des informations suffisamment précises sur les bénéfices imputables à des transactions comparables sur le marché libre pour pouvoir appliquer la méthode d'une manière qui soit acceptable. Par ailleurs, il peut être difficile de déterminer les recettes et les charges d'exploitation liées aux transactions contrôlées pour établir l'indicateur du bénéfice net utilisé comme mesure de bénéfices pour les transactions. Les agents des impôts peuvent disposer d'informations plus abondantes à la suite de vérifications effectuées auprès d'autres contribuables. Voir le paragraphe 3.36 en ce qui concerne les informations dont disposent les administrations fiscales mais qui ne peuvent être communiquées au contribuable, et les paragraphes 3.67-3.79 sur le cadre temporel.

2.72. Comme la méthode du prix de revente et la méthode du coût majoré, la méthode transactionnelle de la marge nette n'est appliquée qu'à une seule des entreprises associées. Le fait que de nombreux facteurs sans rapport avec les prix de transfert puissent affecter les bénéfices nets, ajouté à la nature unilatérale de l'analyse menée selon cette méthode, peut réduire la fiabilité globale de cette méthode si un standard de comparabilité insuffisant est appliqué. Des indications détaillées sur la manière d'établir la comparabilité pour la méthode transactionnelle de la marge nette sont données à la section B.3.1 ci-après.

2.73. Il peut également être difficile de déterminer l'ajustement corrélatif à opérer lorsqu'on applique la méthode transactionnelle de la marge nette, surtout s'il n'est pas possible de reconstituer un prix de transfert. Ceci pourrait être le cas, par exemple, lorsque le contribuable traite avec des entreprises associées aussi bien au niveau de ses achats que de ses ventes au titre de la même transaction contrôlée. En pareil cas, si la méthode transactionnelle de la marge nette indique que le bénéfice du contribuable doit être corrigé à la hausse, on peut se demander quelle est l'entreprise associée dont les bénéfices devraient être corrigés à la baisse.

B.3. Conseils de mise en œuvre

B.3.1. Standard de comparabilité à appliquer pour la méthode transactionnelle de la marge nette

2.74. Une analyse de comparabilité doit toujours être effectuée afin de sélectionner et d'appliquer la méthode de prix de transfert la plus appropriée, et le processus de sélection et d'application d'une méthode transactionnelle de marge nette ne doit pas être moins fiable que pour les autres méthodes. S'agissant de bonne pratique, il est préconisé de suivre le processus typique d'identification de transactions comparables et d'utilisation des données ainsi obtenues qui est décrit au paragraphe 3.4 ou tout autre processus équivalent visant à garantir la robustesse de l'analyse lorsqu'on applique une méthode transactionnelle de la marge nette, comme pour toute autre méthode. Ceci étant dit, il est admis qu'en pratique, les informations disponibles sur les facteurs ayant une incidence sur les comparables externes sont souvent limitées. Souplesse et exercice du jugement sont de mise pour déterminer une estimation fiable d'un résultat de pleine concurrence. Voir le paragraphe 1.13.

2.75. Les prix risquent fort d'être influencés par les différences entre les produits, et les marges brutes par les différences fonctionnelles, mais les indicateurs de bénéfice net sont moins influencés par ces différences. Tout comme dans le cas de la méthode du prix de revente et de la méthode du coût majoré auxquelles la méthode de la marge nette ressemble, ceci ne veut pas dire qu'une simple similitude de fonctions entre deux entreprises aboutira nécessairement à des comparaisons fiables. En admettant que des fonctions similaires puissent être isolées au sein du large éventail de fonctions que les entreprises peuvent exercer, en vue d'appliquer cette méthode, il reste néanmoins possible que les indicateurs du bénéfice net correspondant à ces fonctions ne soient pas automatiquement comparables lorsque, par exemple, les entreprises en cause exercent ces fonctions dans des secteurs économiques ou sur des marchés différents avec des niveaux de rentabilité différents. Lorsque les transactions comparables sur le marché libre qui sont utilisées sont celles d'une entreprise indépendante, il faut que l'entreprise associée et l'entreprise indépendante concernées par les transactions présentent un degré élevé de similitude à de nombreux égards pour que les transactions contrôlées soient comparables ; un certain nombre de facteurs n'ayant trait ni aux produits ni aux fonctions peuvent avoir une incidence sensible sur les indicateurs du bénéfice net.

2.76. Le recours aux indicateurs du bénéfice net risque d'introduire plus d'aléas dans la détermination des prix de transfert, et ce pour deux raisons. Premièrement, les indicateurs de bénéfice net peuvent subir l'influence de certains facteurs qui sont sans effet (ou ont un effet moins marqué ou moins direct) sur les marges brutes et sur les prix, parce que les dépenses

d'exploitation peuvent varier d'une entreprise à l'autre. Deuxièmement, les indicateurs du bénéfice net peuvent subir l'influence de facteurs qui sont les mêmes que pour le prix et les marges brutes, notamment tous ceux qui ont trait à la position concurrentielle, mais il sera alors sans doute plus difficile d'éliminer l'incidence de ces facteurs. Avec les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions, cette incidence peut être éliminée du simple fait qu'on met davantage l'accent sur les similitudes au niveau des produits et des fonctions. En fonction des circonstances spécifiques et notamment de l'effet des différences fonctionnelles sur la structure des coûts et sur les recettes des « comparables potentiels », les indicateurs du bénéfice net peuvent être moins sensibles que les marges brutes aux différences qui sont liées à l'étendue et à la complexité des fonctions et aux différences de niveaux de risques (sous réserve que la répartition contractuelle des risques soit conforme aux conditions de pleine concurrence, comme l'explique la section D.1.2.1 du chapitre I). En revanche, en fonction des circonstances du cas d'espèce et notamment de la proportion des coûts fixes et des coûts variables, la méthode transactionnelle de la marge nette peut être plus sensible que les méthodes du prix de revente ou du coût majoré aux différences d'utilisation des capacités, parce que les différences de niveaux d'absorption des coûts fixes indirects (par exemple, coûts fixes de production ou coûts fixes de distribution) auraient une incidence sur l'indicateur du bénéfice net, mais pas forcément sur la marge brute ou sur la marge brute sur coûts si elles ne se traduisent pas par des différences de prix. Voir l'annexe I au chapitre II « Sensibilité des indicateurs de marge brute et de marge nette ».

2.77. Les indicateurs du bénéfice net peuvent être directement affectés par les facteurs suivants en vigueur dans le secteur d'activité : la menace de l'arrivée de nouveaux concurrents, la position concurrentielle, l'efficacité de la gestion et des stratégies individuelles, la menace du développement de produits de substitution, des variations dans la structure des coûts (telle que reflétée, par exemple, dans l'ancienneté des usines et équipements), des différences quant au coût des capitaux (autofinancement ou emprunt, par exemple) et le degré d'expérience industrielle ou commerciale (selon que l'activité est en phase de démarrage ou mature, par exemple). Chacun de ces facteurs fait intervenir à son tour un grand nombre d'autres éléments. Par exemple, le niveau de la menace liée à l'arrivée éventuelle de nouveaux concurrents sera fonction d'éléments tels que la différenciation des produits, les besoins en financement, les subventions gouvernementales et les réglementations applicables. Certains de ces éléments peuvent jouer également pour l'application des méthodes traditionnelles fondées sur les transactions.

2.78. Supposons, par exemple, qu'un contribuable vende à une entreprise associée des lecteurs audio de qualité supérieure et que les seules informations sur les bénéfices dont on dispose concernent la vente de lecteurs audio de qualité moyenne. Supposons que le marché des lecteurs audio de qualité supérieure

soit un marché en croissance, se caractérise par de fortes barrières à l'entrée, comporte un petit nombre de concurrents et offre de larges possibilités de différenciation des produits. Tous ces éléments peuvent avoir une incidence sensible sur la rentabilité des activités considérées et des activités comparées, et dans une telle situation des ajustements de comparabilité seraient nécessaires. Tout comme avec les autres méthodes, la fiabilité des ajustements de comparabilité nécessaires conditionne la fiabilité de l'analyse. On notera que même si deux entreprises exercent exactement les mêmes activités, la rentabilité variera en fonction de la part de marché, de la position concurrentielle, etc.

2.79. On pourra faire valoir que les inexactitudes pouvant résulter des types de facteurs décrits ci-dessus se refléteront dans l'amplitude de l'intervalle de pleine concurrence. En utilisant un intervalle de pleine concurrence, on pourra dans une certaine mesure atténuer le degré d'inexactitude, mais on ne pourra pas prendre en compte les cas où les bénéfices du contribuable sous augmentés ou réduits du fait d'un facteur spécifique à ce contribuable. Dans ce cas, l'intervalle de pleine concurrence ne reflétera pas les bénéfices d'entreprises indépendantes subissant de façon similaire les effets d'un facteur spécifique. L'utilisation d'un intervalle de pleine concurrence ne permettra donc pas toujours de remédier aux difficultés qui viennent d'être évoquées. Voir l'examen des intervalles de pleine concurrence aux paragraphes 3.55-3.66.

2.80. La méthode transactionnelle de la marge nette peut offrir une solution pratique à des problèmes de prix de transfert qui seraient sinon insolubles, à condition d'être utilisée de manière rationnelle, en procédant à des ajustements de comparabilité judicieux pour tenir compte des différences du type de celles décrites ci-dessus. Cette méthode exige que les indicateurs du bénéfice net soient déterminés à partir de transactions effectuées par le même contribuable sur le marché libre dans des circonstances comparables ou, lorsque les transactions comparables sur le marché libre sont celles d'une entreprise indépendante, que l'on tienne dûment compte des différences entre les entreprises associées et les entreprises indépendantes qui ont une incidence matérielle sur l'indicateur du bénéfice net utilisé. Un grand nombre de juridictions craignent que les garde-fous mis en place pour les méthodes fondées sur les transactions ne soient ignorés lorsqu'on applique la méthode transactionnelle de la marge nette. Par conséquent, lorsque les différences quant aux caractéristiques des entreprises comparées ont une incidence importante sur les indicateurs du bénéfice net utilisés, il ne serait pas approprié d'utiliser la méthode transactionnelle de la marge nette sans effectuer d'ajustements de comparabilité pour éliminer ces différences. L'ampleur et la fiabilité de ces ajustements affecteront la relative fiabilité de l'analyse dans le cadre de la méthode transactionnelle de la marge nette. Voir l'examen des ajustements de comparabilité aux paragraphes 3.47-3.54.

2.81. La cohérence des mesures effectuées constitue un autre aspect important de la comparabilité. Les indicateurs du bénéfice net de l'entreprise associée et ceux de l'entreprise indépendante doivent être mesurés d'une manière cohérente. En outre, il peut exister, dans le traitement des charges d'exploitation et des autres charges, des différences affectant les bénéfices nets, concernant par exemple les dotations aux amortissements, réserves ou provisions, dont il faudrait tenir compte pour parvenir à une comparabilité fiable.

B.3.2. Sélection de l'indicateur de bénéfice net

2.82. Lorsque l'on applique la méthode transactionnelle de la marge nette, la sélection de l'indicateur du bénéfice net devrait suivre les indications des paragraphes 2.2 et 2.8 concernant le choix de la méthode la plus appropriée aux circonstances d'espèce. Elle doit tenir compte des forces et faiblesses respectives des différents indicateurs possibles ; de la cohérence de l'indicateur avec la nature de la transaction contrôlée examinée, déterminée notamment par une analyse fonctionnelle ; de la disponibilité d'informations fiables (notamment sur des comparables indépendants) nécessaires pour appliquer la méthode transactionnelle de la marge nette basée sur cet indicateur ; et du degré de comparabilité des transactions contrôlées et des transactions indépendantes, y compris la fiabilité des ajustements de comparabilité pouvant être nécessaires pour supprimer les différences entre elles, lorsqu'on applique la méthode transactionnelle de la marge nette basée sur cet indicateur. Ces facteurs sont examinés ci-dessous en lien avec la détermination du bénéfice net et sa pondération.

B.3.3. Détermination du bénéfice net

2.83. En principe, seuls les éléments qui (a) sont liés directement ou indirectement à la transaction contrôlée examinée et qui (b) relèvent de l'exploitation devraient être pris en compte dans la détermination de l'indicateur du bénéfice net pour l'application de la méthode transactionnelle de la marge nette.

2.84. Les charges et les produits qui ne sont pas liés à la transaction contrôlée examinée devraient être exclus lorsqu'ils ont une incidence significative sur la comparabilité avec des transactions sur le marché libre. Un niveau de segmentation approprié des données financières du contribuable est nécessaire pour déterminer ou tester le bénéfice net réalisé sur une transaction contrôlée (ou sur des transactions qui sont combinées conformément aux indications des paragraphes 3.9-3.12). 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 combinée à celles d'une entreprise indépendante.

2.85. De même, lorsqu'on analyse les transactions entre les entreprises indépendantes, dans la mesure où il est nécessaire de les prendre en compte, les bénéfices imputables aux transactions qui ne sont pas similaires aux transactions contrôlées qui font l'objet de l'examen devraient être exclus de la comparaison. Enfin, lorsqu'on utilise les indicateurs du bénéfice net d'une entreprise indépendante, les bénéfices imputables aux transactions de cette entreprise ne doivent pas être faussés par la prise en compte de ses propres transactions contrôlées. Voir les paragraphes 3.9-3.12 concernant l'évaluation de transactions distinctes et combinées d'un contribuable et au paragraphe 3.37 en ce qui concerne l'utilisation de données non transactionnelles de tiers.

2.86. Les éléments hors exploitation, comme les charges et produits financiers et les impôts sur les bénéfices, devraient être exclus du calcul de l'indicateur du bénéfice net. Les éléments exceptionnels de nature non récurrente devraient normalement être aussi exclus. Toutefois, ce n'est pas systématique car il se peut que, dans certaines situations, il soit opportun de les inclure, en fonction des circonstances spécifiques, des fonctions exercées et des risques assumés par la partie testée. Même si la détermination de l'indicateur du bénéfice net ne tient pas compte des éléments exceptionnels et extraordinaires, il peut être opportun de les examiner dans la mesure où ils peuvent fournir des renseignements utiles aux fins de l'analyse de comparabilité (par exemple en montrant que la partie testée supporte un risque donné).

2.87. Dans les cas où il existe une corrélation entre les délais de paiement et les prix de vente, il pourrait être approprié de répercuter dans le calcul de l'indicateur du bénéfice net les intérêts perçus sur le fonds de roulement à court terme et/ou de procéder à un ajustement du fonds de roulement, voir les paragraphes 3.47-3.54. Un exemple pourrait être le cas d'une entreprise de la grande distribution qui bénéficie de longs délais de paiement avec ses fournisseurs et de délais de paiement courts avec ses clients, ce qui se solde par un excédent de trésorerie grâce auquel elle peut pratiquer à l'égard de ses clients des prix de vente plus bas que si elle ne bénéficiait pas de ces conditions avantageuses.

2.88. L'opportunité d'inclure ou non les gains et les pertes de change dans la détermination de l'indicateur du bénéfice net pose un certain nombre de problèmes de compatibilité délicats. En premier lieu, il faut examiner si les gains et les pertes de change sont de nature commerciale (par exemple, gain ou perte de change sur un compte client ou fournisseur) et si la partie testée en est ou non responsable. En second lieu, toute couverture du risque de change sur le compte client ou fournisseur sous-jacent doit être prise en compte et traitée de la même manière pour déterminer le bénéfice net. En effet, si une méthode transactionnelle de marge nette est appliquée à une transaction dans laquelle le risque de change est supporté par la partie testée, les gains ou les pertes de change devraient être pris en compte de façon cohérente (soit dans le calcul de l'indicateur du bénéfice net, soit séparément).

2.89. Pour les activités financières dans lesquelles l'octroi et la réception de crédit constituent l'activité commerciale ordinaire du contribuable, il sera généralement opportun d'examiner l'impact des intérêts et des montants apparentés à des intérêts sur la détermination de l'indicateur du bénéfice net.

2.90. Des problèmes de comparabilité difficiles peuvent se poser lorsque le traitement comptable de certains éléments par les entreprises comparables tierces n'est pas clair ou ne permet pas d'effectuer une mesure ou un ajustement de comparabilité fiable (voir le paragraphe 2.81). Cela peut être notamment le cas pour les charges de dépréciations et amortissements, plans d'options d'achat d'actions et plans de retraite. La décision d'inclure ou non ces éléments dans le calcul de l'indicateur du bénéfice net pour appliquer la méthode transactionnelle de la marge nette dépendra de l'importance relative de leurs effets escomptés sur la cohérence de l'indicateur du bénéfice net avec les circonstances de la transaction et sur la fiabilité de la comparaison (voir le paragraphe 3.50).

2.91. Une autre question est de savoir si les coûts de lancement et de cessation d'activité doivent être inclus dans la détermination de l'indicateur du bénéfice net. La réponse dépend des faits et des circonstances du cas d'espèce et du point de savoir si, dans des circonstances comparables, des parties indépendantes auraient convenu, soit que la partie qui exerce les fonctions supporte les éventuels coûts de lancement ou de cessation; soit qu'elle répercute tout ou partie de ces coûts sans marge, par exemple au client ou donneur d'ordre; soit qu'elle répercute tout ou partie de ces coûts avec une marge, par exemple en les incluant dans le calcul de son indicateur de bénéfice net. Voir le chapitre IX, partie I, section F pour un examen des coûts de cessation d'activité dans le contexte d'une réorganisation d'entreprise.

B.3.4. Pondération du bénéfice net

2.92. Le choix du dénominateur doit être cohérent avec l'analyse de comparabilité (et notamment l'analyse fonctionnelle), et doit en particulier refléter la répartition des risques entre les parties (à condition que cette répartition des risques soit conforme au principe de pleine concurrence, voir la section D.1.2.1 au chapitre I). Par exemple, des activités à forte intensité capitalistique comme certaines activités de production peuvent impliquer un risque élevé du fait de l'importance des investissements, même dans les cas où les risques opérationnels (comme les risques de marché ou les risques de stocks) peuvent être limités. Lorsqu'une méthode transactionnelle de la marge nette est appliquée dans ces cas, les risques liés à l'investissement sont reflétés dans l'indicateur du bénéfice net si cet indicateur est un rendement sur investissements (par exemple, rendement des actifs ou rendement des capitaux employés). Cet indicateur peut devoir être ajusté (ou un indicateur du bénéfice net différent peut devoir être sélectionné) en fonction de la partie à

la transaction contrôlée qui supporte le risque, et pour tenir compte du degré des différences de risque entre la transaction contrôlée du contribuable et les comparables. Voir les paragraphes 3.47-3.54 en ce qui concerne les ajustements de comparabilité.

2.93. Le dénominateur devrait être axé sur les indicateurs pertinents de la valeur des fonctions de la partie testée dans la transaction examinée, compte tenu de ses actifs et de ses risques. En général, et sous réserve de l'examen des faits et des circonstances spécifiques, les ventes ou les charges d'exploitation de distribution peuvent être une base appropriée pour les activités de distribution; les coûts complets ou les charges d'exploitation peuvent être une base appropriée pour les activités de services ou de fabrication; les actifs opérationnels peuvent être une base appropriée pour des activités à forte intensité capitalistique comme certaines activités manufacturières ou certains services d'infrastructure. D'autres bases peuvent être appropriées en fonction des circonstances du cas d'espèce.

2.94. Le dénominateur devrait être relativement indépendant des transactions contrôlées, sinon il n'y aurait pas de point de départ objectif. Si par exemple on analyse une transaction qui consiste pour un distributeur à acheter des marchandises auprès d'une entreprise associée pour les revendre à des clients indépendants, on ne pourrait pas pondérer l'indicateur de bénéfice net par rapport au coût des marchandises vendues parce que ces coûts sont les coûts contrôlés dont on teste la conformité avec le principe de pleine concurrence. De la même façon, s'agissant d'une transaction contrôlée qui consiste à fournir des services à une entreprise associée, on ne pourrait pas pondérer l'indicateur du bénéfice net par rapport au chiffre d'affaires des services parce que ce sont les ventes contrôlées dont on teste la conformité avec le principe de pleine concurrence. Lorsque des coûts d'une transaction contrôlée qui ne font pas l'objet du test (frais de siège, loyers ou redevances payés à une entreprise associée) ont une incidence notable sur le dénominateur, il faut s'assurer que ces coûts ne faussent pas l'analyse et en particulier qu'ils soient conformes au principe de pleine concurrence.

2.95. Le dénominateur devrait pouvoir être mesuré de manière fiable et cohérente au niveau des transactions contrôlées du contribuable. En outre, la base appropriée devrait pouvoir être mesurée de manière fiable et cohérente au niveau des transactions comparables sur le marché libre. Cette condition limite dans la pratique la possibilité d'utiliser certains indicateurs, comme indiqué au paragraphe 2.105 ci-dessous. En particulier, l'allocation par le contribuable de charges indirectes à la transaction examinée doit être appropriée et cohérente dans le temps.

B.3.4.1. Cas dans lesquels le bénéfice net est pondéré par rapport au chiffre d'affaires

2.96. Un indicateur de bénéfice net sur chiffre d'affaires, ou marge nette, est parfois utilisé pour déterminer le prix de pleine concurrence d'achats auprès d'une entreprise associée en vue d'une revente à des clients indépendants. Dans ce cas, le chiffre d'affaires au dénominateur doit être celui de la revente de biens achetés dans le cadre de la transaction contrôlée examinée. Le chiffre d'affaires issu d'activités sur le marché libre (achats auprès de parties indépendantes en vue d'une revente à des parties indépendantes) ne doit pas être inclus dans la détermination ou le test de la rémunération des transactions contrôlées, sauf si les transactions sur le marché libre sont telles qu'elles n'ont pas d'incidence notable sur la comparaison ; et/ou si les transactions contrôlées et sur le marché libre sont si étroitement liées qu'elles ne peuvent pas être évaluées correctement sur une base séparée. Cette situation peut parfois se produire dans le cas de prestations de services après-vente ou de ventes de pièces détachées par un distributeur à des utilisateurs finaux indépendants, lorsqu'elles sont étroitement liées à des transactions d'achat par le distributeur auprès de parties associées en vue de la revente aux mêmes utilisateurs finaux indépendants, par exemple parce que l'activité de service est effectuée en utilisant des droits ou d'autres actifs accordés en vertu de l'accord de distribution. Voir également l'examen des approches de portefeuille au paragraphe 3.10.

2.97. Une question qui se pose dans les cas où l'indicateur du bénéfice net est pondéré par rapport au chiffre d'affaires est de savoir comment prendre en compte les remises et rabais que le contribuable ou les comparables peuvent accorder aux clients. En fonction des normes comptables en vigueur, les remises et rabais peuvent être considérés comme venant en déduction du chiffre d'affaires ou comme une charge. Les gains ou pertes de change peuvent poser des difficultés similaires. Si de tels éléments ont une incidence notable sur la comparaison, il faut comparer ce qui est comparable et suivre les mêmes principes comptables pour le contribuable et pour les comparables.

B.3.4.2. Cas dans lesquels le bénéfice net est pondéré par rapport aux coûts

2.98. Les indicateurs basés sur les coûts doivent être employés uniquement dans les cas où les coûts sont un indicateur pertinent de la valeur des fonctions accomplies, des actifs utilisés et des risques assumés par la partie testée. En outre, le choix des coûts à inclure dans la base doit résulter d'un examen approfondi des faits et circonstances spécifiques. Lorsque l'indicateur du bénéfice net est pondéré par rapport aux coûts, seuls les coûts qui se rapportent directement ou indirectement à la transaction contrôlée examinée (ou aux transactions combinées conformément aux paragraphes 3.9-3.12) doivent être pris en compte. Par conséquent, un niveau approprié de segmentation des

comptes du contribuable est requis pour exclure du dénominateur les coûts liés à d'autres activités ou transactions et qui ont une incidence notable sur la comparabilité avec des transactions sur le marché libre. En outre, dans la plupart des cas, seules les charges opérationnelles doivent être incluses dans le dénominateur. Les commentaires figurant aux paragraphes 2.86-2.91 ci-dessus s'appliquent également aux coûts lorsque ceux-ci figurent au dénominateur.

2.99. Lorsqu'on applique une méthode transactionnelle de la marge nette basée sur les coûts, on utilise souvent les coûts complets, qui englobent tous les coûts directs et indirects imputables à l'activité ou à la transaction, en procédant à une répartition appropriée compte tenu des frais généraux de l'entreprise. La question se pose de savoir si et dans quelle mesure il est acceptable, dans des conditions de pleine concurrence, de répercuter sans marge une fraction significative des coûts du contribuable (coûts susceptibles d'être exclus du dénominateur de l'indicateur du bénéfice net). Il s'agit de déterminer dans quelle mesure une partie indépendante agissant dans des circonstances comparables accepterait de ne pas percevoir de marge sur une fraction des charges qu'elle engage. La réponse ne doit pas résulter d'une simple classification des charges en charges « internes » ou « externes », mais plutôt d'une analyse de comparabilité (et notamment fonctionnelle). Voir le paragraphe 7.34.

2.100. S'il s'avère conforme au principe de pleine concurrence de répercuter des coûts sans marge, une deuxième question concerne les conséquences sur la comparabilité et sur la détermination de l'intervalle de pleine concurrence. Puisqu'il faut comparer ce qui est comparable, si des coûts répercutés sans marge sont exclus du dénominateur de l'indicateur du bénéfice net du contribuable, les mêmes catégories de coûts devraient aussi être exclues du dénominateur de l'indicateur du bénéfice net du comparable. En pratique, des problèmes de comparabilité peuvent survenir lorsqu'on dispose d'informations limitées sur la ventilation des coûts des comparables.

2.101. En fonction des faits et circonstances du cas d'espèce, les coûts réels, les coûts standards ou les coûts prévisionnels peuvent constituer une base de coûts appropriée. L'utilisation des coûts réels peut être problématique parce que dans ce cas la partie testée n'est pas forcément incitée à contrôler ses coûts. Dans les accords entre parties indépendantes, il n'est pas rare que la méthode de rémunération intègre un objectif de réduction des coûts. Il arrive aussi, dans les accords de production entre entreprises indépendantes, que les prix soient fixés en fonction des coûts standards, et que toute diminution ou augmentation des coûts réels par rapport aux coûts standards soit attribuée au producteur. Lorsqu'ils reflètent les accords qui seraient conclus entre parties indépendantes, des mécanismes similaires pourraient être pris en compte dans l'application de la méthode transactionnelle de la marge nette sur coûts. Voir au paragraphe 2.58 une discussion sur cette même question dans le cadre de la méthode du coût majoré.

2.102. L'utilisation de coûts prévisionnels peut aussi soulever un certain nombre de préoccupations lorsqu'il existe de grandes différences entre les coûts réels et les coûts prévisionnels. Des parties indépendantes ne fixeront vraisemblablement pas des prix sur la base de coûts prévisionnels sans se mettre d'accord sur les facteurs qui doivent être pris en compte pour déterminer le budget, sans examiner le rapport entre coûts prévisionnels et coûts réels les années précédentes et sans réfléchir au traitement à réserver aux circonstances imprévues.

B.3.4.3. Cas dans lesquels le bénéfice net est pondéré par rapport aux actifs

2.103. Le rendement des actifs (ou des capitaux) peut être une base appropriée dans les cas où les actifs (plutôt que les coûts ou le chiffre d'affaires) constituent un meilleur indicateur de la valeur créée par la partie testée, comme dans certaines activités de production à forte intensité d'actifs et dans les activités financières à forte intensité de capital. Lorsque l'indicateur est un bénéfice net sur actifs, seuls les actifs d'exploitation devraient être utilisés. Les actifs d'exploitation incluent les immobilisations corporelles dédiées à l'exploitation, dont les terrains et les bâtiments, les usines et les équipements, les immobilisations incorporelles utilisées dans l'exploitation de l'entreprise, comme les brevets et le savoir-faire, et les actifs du fonds de roulement tels que les stocks et les comptes clients (diminués des comptes fournisseurs). Les investissements et les liquidités ne constituent généralement pas des actifs d'exploitation en dehors du secteur financier.

2.104. Lorsque le bénéfice net est pondéré par rapport aux actifs, la question se pose de savoir comment évaluer les actifs, par exemple à valeur comptable ou valeur de marché. L'utilisation de la valeur comptable risquerait de fausser la comparaison entre les entreprises qui ont déjà amorti leurs actifs et celles qui possèdent des actifs plus récents en cours d'amortissement, et entre les entreprises qui utilisent des immobilisations incorporelles acquises et celles qui utilisent des actifs incorporels développés en interne. L'utilisation de la valeur de marché pourrait atténuer ce problème, bien qu'elle puisse aussi poser d'autres difficultés de fiabilité lorsque l'évaluation des actifs est incertaine, et puisse s'avérer extrêmement coûteuse et pesante, surtout pour les actifs incorporels. En fonction des faits et des circonstances spécifiques, il peut être possible d'opérer des ajustements afin d'améliorer la fiabilité de la comparaison. Le choix entre valeur comptable, valeur comptable corrigée, valeur de marché et autres méthodes possibles doit viser à trouver la mesure la plus fiable, en tenant compte de la taille et de la complexité de la transaction, ainsi que des coûts et des contraintes entraînés ; voir le chapitre III, section C.

B.3.4.4. Autres indicateurs possibles de bénéfice net

2.105. D'autres indicateurs du bénéfice net pourraient être appropriés en fonction des faits et des circonstances propres aux transactions. Selon le

secteur d'activité concerné et la transaction contrôlée examinée, il pourrait être utile d'examiner d'autres dénominateurs, dès lors que des données indépendantes sont susceptibles d'exister, par exemple : surface des points de vente, poids des produits transportés, effectifs, temps, distance, etc. Il n'y a pas de raison d'exclure l'utilisation de ces autres bases dès lors qu'elles fournissent une indication raisonnable de la valeur créée par la partie testée dans la transaction contrôlée, mais elles ne devraient être employées que s'il est possible d'obtenir des informations fiables sur des comparables pour étayer l'application de la méthode avec un tel indicateur de bénéfice net.

B.3.5. Les ratios de Berry

2.106. Les « ratios de Berry » désignent des ratios de marge brute sur charges d'exploitation. Les intérêts et revenus divers sont généralement exclus du calcul de la marge brute; les dépréciations et amortissements peuvent être inclus ou non dans les charges d'exploitation, en fonction notamment des incertitudes potentielles qu'ils peuvent générer en matière d'évaluation et de comparabilité.

2.107. Le choix de l'indicateur financier approprié dépend des faits et des circonstances spécifiques, voir le paragraphe 2.82. Des préoccupations ont été exprimées selon lesquelles les ratios de Berry sont parfois utilisés dans des cas où ils ne sont pas appropriés, sans les précautions nécessaires pour la sélection et la détermination de toute méthode de prix de transfert et de l'indicateur financier. Voir le paragraphe 2.98 en ce qui concerne l'utilisation d'indicateurs sur coûts en général. Une difficulté usuelle qui se pose dans la détermination des ratios de Berry est qu'ils sont très sensibles à la classification comptable des coûts en tant que charges d'exploitation ou hors exploitation, ce qui peut poser des problèmes de comparabilité. En outre, les difficultés évoquées aux paragraphes 2.99-2.100 ci-dessus concernant les coûts répercutés sans marge valent aussi pour l'application des ratios de Berry. Pour qu'un ratio de Berry soit approprié pour tester la rémunération d'une transaction contrôlée (consistant par exemple en la distribution de produits), il faut que :

- La valeur des fonctions exercées dans la transaction contrôlée (compte tenu des actifs employés et des risques assumés) soit proportionnelle aux charges d'exploitation,
- La valeur des fonctions exercées dans la transaction contrôlée (compte tenu des actifs employés et des risques assumés) ne soit pas sensiblement affectée par la valeur des produits distribués, c.-à-d. ne soit pas proportionnelle au chiffre d'affaires, et
- Le contribuable n'exerce pas, dans les transactions contrôlées, d'autres fonctions significatives (de production par exemple) qui devraient être rémunérées en utilisant une autre méthode ou un autre indicateur financier.

2.108. Une situation dans laquelle un ratio de Berry peut s'avérer utile concerne les activités intermédiaires dans lesquelles un contribuable achète des marchandises auprès d'une entreprise associée et les revend à d'autres entreprises associées. Dans un tel cas, la méthode du prix de revente peut alors ne pas être applicable compte tenu de l'absence de ventes sur le marché libre, et une méthode du coût majoré qui ajouterait une marge au coût des marchandises vendues peut ne pas être non plus appropriée si le coût des marchandises vendues correspond à des achats auprès de parties associées. En revanche, les charges d'exploitation engagées par un intermédiaire peuvent être raisonnablement indépendantes de la fixation des prix de transfert, sauf si elles sont sensiblement affectées par des facturations provenant d'une transaction contrôlée tels que des frais de siège, loyers ou redevances payés à une entreprise associée ; par conséquent, en fonction des faits et circonstances du cas d'espèce, un ratio de Berry peut éventuellement être un indicateur approprié, sous réserve des commentaires ci-dessus.

B.3.6. Autres conseils

2.109. Bien que la question de l'utilisation de comparables non transactionnels ne concerne pas exclusivement la méthode transactionnelle de la marge nette, elle se pose de façon plus aigue dans la pratique lorsqu'on applique cette méthode du fait qu'elle s'appuie beaucoup sur des comparables externes. Le problème se pose parce que les données publiques sont souvent insuffisantes pour permettre de déterminer les indicateurs du bénéfice net réalisé par des tiers au niveau de leurs transactions. C'est la raison pour laquelle la comparabilité entre la transaction contrôlée et les transactions comparables sur le marché libre doit être suffisante. Étant donné que les seules données disponibles sur les tiers sont souvent des données agrégées au niveau de l'ensemble de la société, les fonctions exercées par le tiers dans sa société prise globalement doivent être étroitement alignées sur celles exercées par la partie testée dans ses transactions contrôlées pour pouvoir être utilisées dans la détermination d'un résultat de pleine concurrence de la partie testée. L'objectif ultime est de déterminer un niveau de segmentation qui donne des comparables fiables pour la transaction contrôlée, en fonction des faits et des circonstances du cas d'espèce. Lorsqu'il est impossible, dans la pratique, de parvenir au niveau transactionnel idéal mentionné dans ces Principes, il n'en est pas moins important de s'efforcer de trouver les comparables les plus fiables (voir le paragraphe 3.2) en procédant aux ajustements adaptés sur la base des informations disponibles.

2.110. Voir en particulier les paragraphes 3.18-3.19 pour des indications concerna nt la partie testée, les paragraphes 3.55-3.66 sur l'intervalle de pleine concurrence, et les paragraphes 3.75-3.79 sur l'utilisation de données pluriannuelles.

B.4. Exemples d'application de la méthode transactionnelle de la marge nette

2.111. À titre d'exemple, l'exemple de coût majoré mentionné au paragraphe 2.59 montre la nécessité d'ajuster la marge brute sur coûts réalisée sur ces transactions afin de parvenir à une comparaison cohérente et fiable. De tels ajustements peuvent être effectués sans difficultés lorsque les coûts correspondants peuvent être facilement analysés. Toutefois, lorsqu'on sait qu'un ajustement est nécessaire mais qu'il n'est pas possible d'identifier les coûts particuliers sur lesquels il doit porter, il peut néanmoins être possible d'identifier le bénéfice net sur la transaction et de s'assurer ainsi que la mesure a été effectuée d'une manière cohérente. Par exemple, si les dépenses de contrôle, les frais généraux et les dépenses administratives qui sont considérés comme faisant partie du coût de revient des biens vendus aux entreprises indépendantes X, Y et Z ne peuvent être identifiés de manière à ajuster la marge sur coûts dans le cadre d'une application fiable de la méthode du coût majoré, il peut être nécessaire d'examiner les indicateurs du bénéfice net en l'absence de comparaisons plus fiables.

2.112. Une approche similaire peut être nécessaire lorsqu'il existe des différences dans les fonctions exercées par les parties faisant l'objet de la comparaison. Supposons que les faits soient les mêmes que dans l'exemple cité au paragraphe 2.44 à l'exception du fait que ce sont les entreprises indépendantes comparables qui exercent la fonction additionnelle d'assistance technique et non l'entreprise associée, et que les coûts soient déclarés dans le coût des produits vendus sans pouvoir être identifiés séparément. En raison de différences dans les produits et les marchés, il peut ne pas être possible de trouver un prix comparable sur le marché libre, et une méthode du prix de revente ne serait pas fiable dans la mesure où la marge brute des entreprises indépendantes devrait être plus élevée que celle de l'entreprise associée pour faire apparaître ces fonctions supplémentaires et pour couvrir les coûts additionnels inconnus. Dans cet exemple, il pourrait être plus fiable d'examiner les marges nettes afin de déterminer la différence dans le prix de transfert qui correspond à la différence de fonctions. L'utilisation de marges nettes dans un tel cas doit tenir compte de la comparabilité et peut ne pas être fiable si les fonctions additionnelles ou des différences tenant au marché risquent d'avoir une incidence importante sur la marge nette.

2.113. Les faits sont les mêmes qu'au paragraphe 2.42. Toutefois, le montant des dépenses de garantie effectuées par le distributeur A s'avère impossible à évaluer de sorte qu'il n'est pas possible de procéder d'une manière fiable à l'ajustement de la marge brute de A de manière à ce qu'elle soit comparable à celle de B. Toutefois, s'il n'existe pas d'autres différences fonctionnelles importantes entre A et B et si l'on connaît le rapport entre le bénéfice net de A et son chiffre d'affaires, il peut être possible d'appliquer la méthode

transactionnelle de la marge nette à B en comparant la marge sur chiffre d'affaires de A à ses bénéfices nets à la marge calculée sur les mêmes bases pour B.

C. Orientations relatives à la méthode transactionnelle de partage des bénéfices

C.1. Contexte général

2.114. La méthode transactionnelle de partage des bénéfices vise à obtenir des résultats conformes à des conditions de pleine concurrence ou à vérifier des résultats déclarés pour des transactions contrôlées de manière à s'approcher des résultats qui auraient été obtenus entre des entreprises indépendantes qui auraient conduit une ou plusieurs transactions comparables. Cette méthode identifie d'abord les bénéfices à répartir au titre des transactions contrôlées – les « bénéfices à considérer » – et les attribue ensuite aux différentes entreprises associées sur le fondement de critères économiquement valables, de manière à se rapprocher de la répartition des bénéfices qui aurait été convenue entre des entreprises indépendantes. Comme toutes les méthodes de calcul des prix de transfert, elle a pour objectif d'assurer que chaque entreprise associée perçoive les bénéfices qui correspondent à la valeur de sa contribution à la transaction, ainsi que la rémunération qui aurait été convenue entre des entreprises indépendantes en contrepartie d'une telle contribution. La méthode transactionnelle de partage des bénéfices est particulièrement utile lorsque la rémunération revenant aux entreprises associées peut être déterminée avec plus de précision en considérant la part de leurs contributions respectives pour l'obtention des bénéfices générés par la ou les transactions plutôt qu'en utilisant une estimation plus directe de la valeur de ces contributions.

2.115. Dans la présente section, le terme « bénéfices » doit le plus souvent s'entendre comme pouvant désigner également des pertes. Plus précisément, lorsque la méthode transactionnelle de partage des bénéfices est retenue comme étant la plus appropriée, elle doit s'appliquer de manière générale, et selon les même modalités, que la ou les transactions examinées aient donné lieu à des bénéfices ou à des pertes à considérer. Une répartition asymétrique des bénéfices et des pertes (à savoir, l'application par les parties d'une règle de répartition différente selon le résultat de la transaction) peut être conforme aux conditions de pleine concurrence, cependant cette approche doit être utilisée avec précaution et documentée de manière appropriée.

C.2. Dans quels cas une méthode transactionnelle de partage des bénéfices est-elle susceptible d'être la plus appropriée ?

2.116. Comme indiqué au paragraphe 2.2, la première étape du calcul des prix de transfert consiste à retenir la méthode la plus appropriée dans le cas de figure examiné, en tenant compte des points forts et des faiblesses propres à chaque méthode, de sa pertinence au regard de la nature de la transaction contrôlée, telle que délimitée avec précision, de l'accès à des informations fiables (notamment sur des transactions comparables sur le marché libre) nécessaires à son application, et du degré de comparabilité entre les transactions contrôlées et non contrôlées. Voir également les paragraphes 2.4 à 2.7.

2.117. Les orientations présentées ci-après concernent la démarche à suivre pour établir si la méthode transactionnelle de partage des bénéfices est la plus appropriée, y compris en identifiant certaines caractéristiques d'une transaction qui peuvent être pertinentes. Il convient toutefois de noter qu'il n'existe pas de critère universel pour établir dans quels cas une méthode de calcul des prix de transfert est la plus appropriée.

2.118. Si les Principes n'énoncent aucune obligation de conduire une analyse exhaustive ou de tester chaque méthode dans chaque cas de figure, le choix de la méthode « la plus appropriée » devrait tenir compte de la pertinence et de la fiabilité *relatives* de la méthode retenue par comparaison avec celles d'autres méthodes pouvant être utilisées.

C.2.1. Forces et faiblesses de la méthode transactionnelle de partage des bénéfices

2.119. Le principal atout de la méthode transactionnelle de partage des bénéfices est d'offrir une solution dans les cas où les deux parties à la transaction apportent des contributions uniques et de valeur (par exemple, en apportant des actifs incorporels uniques et de valeur). Dans ce cas, des parties indépendantes pourraient effectivement fixer le prix de la transaction proportionnellement à leurs contributions respectives, et une méthode bilatérale pourrait donc être la plus appropriée. De plus, dans la mesure où ces contributions sont « uniques » et « de valeur », il n'existera pas de données comparables fiables qui permettraient d'établir la valeur de l'intégralité de la transaction de manière plus fiable au moyen d'une autre méthode. Dans de tels cas, l'allocation des bénéfices selon la méthode transactionnelle de partage des bénéfices peut être fondée sur les contributions apportées par les entreprises associées, en fonction de la valeur relative de leurs fonctions, actifs et risques respectifs. Voir la section C.2.2 ci-après concernant la nature de la transaction.

2.120. La méthode transactionnelle de partage des bénéfices peut également fournir une solution dans le cas d'opérations fortement intégrées, lorsqu'une méthode unilatérale ne serait pas appropriée. Voir la section C.2.2.2 ci-après.

2.121. Un autre atout de la méthode transactionnelle de partage des bénéfices réside dans la souplesse qu'elle offre en prenant en compte des faits et circonstances spécifiques, voire uniques, qui sont propres aux entreprises associées et ne sont pas présents chez des entreprises indépendantes. En outre, lorsqu'il existe un degré élevé d'incertitude pour chacune des parties au regard d'une transaction, notamment lorsque qu'une transaction implique que toutes les parties assument conjointement une part des risques économiquement significatifs (ou qu'elles assument séparément de tels risques étroitement liés), la souplesse offerte par la méthode transactionnelle de partage des bénéfices permet de calculer, pour chaque partie, des bénéfices conformes au principe de pleine concurrence qui varient en fonction des incidences réelles des risques associés à la transaction.

2.122. Enfin, la méthode transactionnelle de partage des bénéfices présente aussi l'avantage de procéder à une évaluation directe de toutes les parties à la transaction dans le cadre du calcul du prix de la transaction. En d'autres termes, les contributions de chaque partie à la transaction sont spécifiquement recensées et leurs valeurs respectives estimées pour déterminer la rémunération de pleine concurrence revenant à chaque partie au titre de la transaction.

2.123. Une faiblesse de la méthode transactionnelle de partage des bénéfices tient à ses difficultés d'application. À première vue, la méthode transactionnelle de partage des bénéfices apparaît plus accessible pour les contribuables et les autorités fiscales parce qu'elle a tendance à moins s'appuyer sur des informations concernant des entreprises indépendantes. Mais il peut s'avérer difficile pour les entreprises associées comme pour les autorités fiscales d'obtenir les informations détaillées nécessaires à une application fiable de la méthode. En outre, il peut être difficile de déterminer les produits et les charges relevant de l'ensemble des entreprises associées participant aux transactions contrôlées, car il faudrait pour cela établir les comptes sur une base commune et effectuer des ajustements liés aux différences de normes comptables et de devise. Par ailleurs, lorsqu'on applique la méthode transactionnelle de partage des bénéfices au bénéfice d'exploitation, il peut se révéler difficile d'identifier les dépenses d'exploitation se rattachant aux transactions analysées et de ventiler les coûts entre ces transactions et les autres activités des entreprises associées. Le choix des facteurs de partage des bénéfices appropriés peut également soulever des difficultés. Étant donné la nécessité de déterminer avec discernement chacun des paramètres d'application de la méthode transactionnelle de partage des bénéfices, il est particulièrement important de documenter l'approche retenue, notamment pour déterminer les bénéfices à considérer qui font l'objet de la répartition et pour justifier les facteurs de partage des bénéfices utilisés. Voir les sections C.4 et C.5 ci-après.

2.124. Il est parfois considéré que, dans la mesure où la méthode transactionnelle de partage des bénéfices est rarement utilisée par des entreprises indépendantes, son application à des transactions contrôlées devrait rester rare. Lorsque cette méthode est considérée comme étant la plus appropriée, cet argument ne devrait pas être retenu, étant donné que les méthodes de calcul des prix de transfert n'ont pas nécessairement vocation à reproduire les comportements observés dans des conditions de pleine concurrence, mais plutôt à permettre d'établir et/ou de vérifier, pour des transactions contrôlées, des résultats qui satisfont au principe de pleine concurrence. En tout état de cause, lorsqu'il est établi que des parties indépendantes qui conduisent des transactions comparables appliquent entre elles une méthode de partage des bénéfices, cet élément devrait être pris en compte pour déterminer si une méthode transactionnelle de partage des bénéfices est la plus appropriée en l'espèce. Voir paragraphe 2.129.

C.2.2. Nature de la transaction délimitée avec précision

2.125. La délimitation précise de la transaction réelle est une étape importante pour déterminer si la méthode transactionnelle de partage des bénéfices peut être appliquée. Lors de cette étape, il convient de prendre en considération les relations commerciales et financières entre les entreprises associées, notamment au moyen d'une analyse des fonctions réalisées par chaque partie à la transaction, et de tenir compte du contexte dans lequel s'inscrivent les transactions contrôlées. En d'autres termes, la délimitation précise d'une transaction suppose une analyse bilatérale (voire multilatérale, lorsque plus de deux entreprises associées apportent leur contribution à une transaction), quelle que soit la méthode d'établissement des prix de transfert considérée en définitive comme la plus appropriée. (Voir la section D.1. et, plus précisément, la section D.1.2 du chapitre I de ces Principes.)

2.126. L'existence de contributions uniques et de valeur apportées par chaque partie à la transaction contrôlée est probablement l'indicateur qui dénote le plus clairement que la méthode transactionnelle de partage des bénéfices peut être appropriée. Le contexte de la transaction, notamment le secteur industriel auquel elle se rattache et les facteurs qui conditionnent la performance d'une entreprise dans celui-ci, peut être particulièrement pertinent pour évaluer les contributions des différentes parties et déterminer si ces contributions sont uniques et de valeur. Selon les faits et circonstances propres au cas d'espèce, il est possible de recenser d'autres indicateurs du fait que la méthode transactionnelle de partage des bénéfices est la plus appropriée, comme un fort degré d'intégration des opérations commerciales auxquelles les transactions sont liées, et/ou le fait que les parties à la transaction assument conjointement des risques économiquement significatifs (ou qu'elles assument séparément de tels risques étroitement liés). Il convient de noter que ces indicateurs ne

s'excluent en rien mutuellement, et qu'il est même fréquent d'en observer plusieurs simultanément dans le même cas d'espèce.

2.127. Dans les cas de figure présentant des caractéristiques opposées, à savoir lorsque la délimitation précise de la transaction permet de conclure qu'une partie à la transaction accomplit exclusivement des fonctions simples, n'assume aucun risque économiquement significatif au regard de la transaction et n'apporte aucune contribution unique et de valeur de quelque autre manière, la méthode transactionnelle de partage des bénéfices ne sera pas, en règle générale, appropriée puisqu'il est peu probable qu'une part des bénéfices (pouvant être affectée par la matérialisation de risques économiquement significatifs) représente un résultat conforme au principe de pleine concurrence au titre d'une telle contribution ou prise en charge de risques.

2.128. L'absence de transactions étroitement comparables entre entreprises indépendantes pouvant servir de référence pour définir la rémunération de pleine concurrence de la partie qui exerce les fonctions les moins complexes ne devrait pas, en soi, conduire à conclure que la méthode transactionnelle de partage des bénéfices est la méthode la plus appropriée. Selon les faits et circonstances propres au cas d'espèce, le choix d'une méthode appropriée utilisant des transactions sur le marché libre qui soient suffisamment comparables, sans être identiques, à la transaction contrôlée peut conduire à des résultats plus fiables que l'utilisation inappropriée de la méthode transactionnelle de partage des bénéfices. Voir les paragraphes 3.38 et 3.39 en ce qui concerne les limites relatives aux comparables disponibles. Voir également la section C.2.3.

2.129. Il peut également être utile d'examiner les pratiques habituelles du secteur concerné. À titre d'exemple, si des informations indiquent que des parties indépendantes utilisent fréquemment des approches de répartition des bénéfices dans des situations similaires, il conviendra d'envisager avec soin la possibilité que la méthode transactionnelle de partage des bénéfices soit la plus appropriée pour l'évaluation des transactions contrôlées. Les pratiques habituelles du secteur peuvent ainsi dénoter le fait que chaque partie apporte des contributions uniques et de valeur et/ou signaler la présence d'une interdépendance étroite entre les parties. À l'inverse, si l'on observe que les parties indépendantes réalisant des transactions comparables utilisent d'autres méthodes pour établir leurs prix de transfert, cette information devra être prise en compte lors du choix de la méthode la plus appropriée.

C.2.2.1. Contributions uniques et de valeur apportées par chaque partie à la transaction

2.130. Les contributions des parties (par exemple, les fonctions exercées ou les actifs utilisés ou apportés) sont considérées comme « uniques et de valeur » lorsque : i) elles ne sont pas comparables aux contributions apportées par des parties indépendantes dans des circonstances comparables ; et ii) elles

constituent un facteur clé de création d'avantages économiques réels ou potentiels dans l'activité commerciale exercée. Ces deux conditions sont souvent liées : il est difficile d'identifier des contributions comparables aux contributions considérées précisément du fait que ces dernières constituent un facteur clé de création d'avantages économiques. Dans ce cas de figure, il est possible que les risques associés aux contributions uniques et de valeur apportées par chacune des parties ne puissent être contrôlés par la ou les autres parties à la transaction. Cela peut avoir des incidences sur la prise en charge des risques définie au regard de la délimitation précise de la transaction réelle. À titre d'exemple, lorsqu'un produit fini est constitué de deux composants clés mis au point et fabriqués par deux parties différentes, il est possible que chacune de ces parties apporte une contribution unique et de valeur, en termes de fonctions exercées et d'actifs incorporels utilisés, qui constitue un facteur clé d'obtention d'avantages économiques. (Voir également les paragraphes 6.50 à 6.58 et 6.133). Dans la pratique, il est possible qu'aucune de ces parties ne soit en mesure de contrôler les risques de mise au point au titre du produit fini dans son ensemble, mais qu'elles contrôlent conjointement les risques de mise au point et partagent les bénéfices à considérer résultant de leurs contributions respectives. Les principes exposés dans cette section sont illustrés par les exemples 1, 2, 3 et 4 de l'annexe II au chapitre II de ces Principes.

Transactions impliquant des actifs incorporels uniques et de valeur

2.131. Lorsque chaque partie à la transaction est le propriétaire légal d'actifs incorporels uniques et de valeur importants pour réaliser la transaction, il conviendra d'examiner également si, dans le cadre précis de la transaction, chacune assume les risques économiquement significatifs liés à ces actifs incorporels, par exemple, les risques de mise au point, d'obsolescence, de droits d'auteur, responsabilité au titre des produits et exploitation (voir les paragraphes 6.65 à 6.68).

2.132. Comme indiqué dans les paragraphes 6.148, 6.149 et 6.152, dans certains cas, la méthode transactionnelle de partage des bénéfices peut être la plus appropriée pour évaluer un transfert d'actifs incorporels entièrement mis au point (et les droits sur de tels actifs) lorsqu'il n'est pas possible d'identifier des transactions entre entreprises indépendantes qui soient des comparables fiables. La méthode transactionnelle de partage des bénéfices peut également être appropriée pour l'évaluation de transferts d'actifs incorporels partiellement mis au point. L'exemple 5 figurant à l'annexe II au chapitre II illustre ce point. Voir aussi les paragraphes 6.150 et 6.151. Dans le cas de transferts d'actifs incorporels difficiles à valoriser, il convient de se référer aux dispositions de la section D.4 du chapitre VI.

C.2.2.2. Degré d'intégration élevé des opérations commerciales

2.133. Si un certain degré d'intégration des activités est observé dans la plupart des groupes d'entreprises multinationales, l'existence d'un degré d'intégration particulièrement élevé de certaines opérations commerciales signifie qu'il est opportun d'envisager l'application de la méthode transactionnelle de partage des bénéfices. Un fort degré d'intégration indique que la manière dont une partie à la transaction exerce des fonctions, utilise des actifs et assume des risques est interdépendante de la manière dont une autre partie à la transaction exerce des fonctions, utilise des actifs et assume des risques, et qu'une évaluation qui serait limitée à une seule partie ne peut, par conséquent, donner de résultats fiables. À l'inverse, dans de nombreux cas d'intégration des opérations commerciales au sein d'une entreprise multinationale, la contribution d'au moins une partie à la transaction peut de fait être évaluée de manière fiable en prenant pour référence des transactions comparables entre entreprises indépendantes. À titre d'exemple, lorsque des activités complémentaires mais ponctuelles sont réalisées par les entités, il peut être possible de trouver des données comparables fiables, dans la mesure où les fonctions, actifs et risques associés à chaque étape ponctuelle peuvent être comparables à ceux de transactions sur le marché libre. Ces paramètres doivent être pris en compte lors du choix de la méthode de fixation des prix de transfert la plus appropriée pour chaque cas d'espèce. Les exemples 6 et 7 qui figurent à l'annexe II au chapitre II illustrent les principes du présent paragraphe.

2.134. Dans certains cas, des parties peuvent exercer des fonctions conjointement, utiliser des actifs en commun et/ou partager la prise en charge de risques à un point tel que leurs contributions respectives ne peuvent pas être évaluées isolément de celles des autres parties. À titre d'exemple, la méthode transactionnelle de partage des bénéfices peut être appliquée à la commercialisation d'instruments financiers à l'international par des entreprises associées. Voir la partie III, section C, du Rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables¹.

2.135. Un autre cas de figure similaire se présente lorsque l'intégration entre les parties prend la forme d'un degré d'interdépendance élevé. Ainsi, des approches de partage des bénéfices peuvent être utilisées par des entreprises indépendantes qui ont conclu un accord à long terme en vertu duquel chaque partie a apporté une contribution significative (par exemple, un actif) dont la valeur dépend de la contrepartie à l'accord. Chaque partie qui apporte une contribution de ce type est ainsi dépendante de l'autre partie (ou la valeur de ses contributions dépend de manière significative des contributions de l'autre partie), et il est possible d'observer des modalités flexibles de fixation des prix qui tiennent compte de la matérialisation des risques assumés par chaque

1. OCDE (2010), *Rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables*.

partie en raison de sa dépendance à l'égard de l'autre, de telle sorte que le prix peut varier en fonction de ce paramètre.

2.136. Lorsque les opérations commerciales présentent un degré d'intégration élevé, il convient de déterminer dans quelle mesure les parties assument conjointement des risques économiquement significatifs ou assument séparément de tels risques étroitement liés. Ce point est important pour choisir la méthode la plus appropriée et, si la méthode transactionnelle de partage des bénéfices est considérée comme la plus appropriée, pour définir de quelle manière elle doit être appliquée, en particulier pour savoir s'il convient de répartir les bénéfices effectifs ou les bénéfices anticipés. Voir la section C.4.1 ci-après.

2.137. Le fait qu'une partie contribue au contrôle d'un risque économiquement significatif, alors même que ce risque est assumé par l'autre partie à la transaction, peut, dans certains cas, indiquer qu'il est approprié que la première partie se voie attribuer une partie des éventuelles retombées positives ou négatives associées à ce risque, proportionnellement à sa contribution au contrôle de celui-ci. Voir paragraphe 1.105. Néanmoins, le simple fait qu'une entité exerce des fonctions de contrôle au titre d'un risque ne conduira pas nécessairement à retenir la méthode transactionnelle de partage des bénéfices comme étant la plus appropriée en l'espèce.

2.138. En cas de contributions étroitement liées entre elles ou fortement interdépendantes, une approche globale pourra être nécessaire pour évaluer les contributions respectives des parties. En d'autres termes, un degré élevé d'intégration peut également influencer sur le fait de considérer les contributions des entreprises comme étant uniques et de valeur. Par exemple, une contribution unique apportée par une partie peut revêtir une valeur bien supérieure lorsqu'elle intervient en combinaison avec la contribution unique de l'autre partie. Les paragraphes 6.93 et 6.94 examinent de telles interactions entre des actifs incorporels. Voir également l'exemple 9 de l'annexe II au chapitre II.

C.2.2.3. Parties qui assument conjointement des risques économiquement significatifs ou qui assument séparément des risques étroitement liés

2.139. La méthode transactionnelle de partage des bénéfices peut se révéler la plus appropriée lorsque, au regard de la transaction délimitée avec précision, chaque partie à la transaction contrôlée partage la prise en charge d'un ou de plusieurs des risques économiquement significatifs en lien avec cette transaction (voir le paragraphe 1.95).

2.140. Elle peut également être la plus appropriée lorsque, au regard de la transaction délimitée avec précision, on observe que les différents risques économiquement significatifs liés à la transaction sont assumés séparément par les parties, mais que ces risques sont si étroitement liés et/ou corrélés

qu'il est impossible d'isoler de manière fiable les effets pour chaque partie d'une éventuelle matérialisation de ces risques. Voir l'exemple 10 présenté à l'annexe II au chapitre II.

2.141. La pertinence de cet indicateur pour motiver le choix de la méthode transactionnelle de partage des bénéfices dépend en grande partie de la mesure dans laquelle les risques considérés sont économiquement significatifs, de telle sorte que l'attribution à chaque partie d'une part des bénéfices à considérer soit justifiée. Le fait qu'un risque revête, ou non, une signification sur le plan économique devrait être analysé en considérant leur importance au regard de l'obtention des bénéfices, effectifs ou anticipés, à considérer au titre des transactions contrôlées, plutôt qu'en se fondant sur leur importance pour une entreprise associée qui peut exercer d'autres activités que celles correspondant aux bénéfices à considérer.

2.142. Lorsque les parties partagent la prise en charge de risques économiquement significatifs ou assument séparément de tels risques étroitement liés, et lorsque la méthode transactionnelle de partage des bénéfices est considérée comme la plus appropriée, il est probable que la répartition des bénéfices effectifs sera davantage justifiée que celle des bénéfices anticipés, dans la mesure où les bénéfices effectifs, c'est-à-dire le montant réel des bénéfices à considérer et à attribuer, rendent compte des effets de la matérialisation de risques pour chaque partie. À l'inverse, le partage des bénéfices anticipés tend à concentrer sur une seule partie la matérialisation des risques économiquement significatifs. En d'autres termes, les prix de transfert calculés – correspondant à une répartition des bénéfices effectifs ou anticipés – devraient correspondre à la délimitation précise de la transaction. Voir la section C.4.1 ci-après concernant la répartition des bénéfices effectifs et anticipés.

C.2.3. Disponibilité d'informations fiables

2.143. En règle générale, on observera que la présence de facteurs indiquant que la méthode transactionnelle de partage des bénéfices est la plus appropriée correspond à l'absence de facteurs indiquant qu'une autre méthode de détermination des prix de transfert – fondée entièrement sur des comparables – est la plus appropriée, conformément au paragraphe 2.2 de ces Principes. En d'autres termes, si des informations sur des comparables fiables concernant des transactions entre entreprises indépendantes sont disponibles pour évaluer la transaction dans son intégralité, il est peu probable que la méthode transactionnelle de partage des bénéfices soit la plus appropriée. Toutefois, une absence de données comparables ne constitue pas un argument suffisant pour justifier le choix de la méthode transactionnelle de partage des bénéfices. Voir le paragraphe 2.128.

2.144. Si la méthode transactionnelle de partage des bénéfices peut être appliquée lorsqu'il n'existe pas de transactions comparables sur le marché libre, certaines informations relatives à des transactions entre entreprises indépendantes peuvent être utiles lors de l'application de cette méthode, notamment pour orienter la répartition des bénéfices à considérer (voir la section C.3.1.1) ou lorsqu'une analyse résiduelle est utilisée (voir la section C.3.1.2).

C.2.4. Conclusions

2.145. Cette section a présenté certaines caractéristiques de la méthode transactionnelle de partage des bénéfices, et décrit plusieurs indicateurs dont la présence peut signifier qu'elle est bien la méthode la plus appropriée, ainsi que plusieurs facteurs qui peuvent conduire à une conclusion inverse. Les orientations fournies en la matière n'ont pas la prétention d'être exhaustives, pas plus qu'elles ne sont contraignantes. La présence ou l'absence d'un ou de plusieurs des indicateurs décrits ici ne doit pas nécessairement conduire à la conclusion que la méthode transactionnelle de partage des bénéfices est effectivement (ou n'est pas) la méthode la plus appropriée dans un cas particulier. Les faits et circonstances propres à chaque cas de figure doivent être pris en considération, et il est important de tenir compte des qualités et faiblesses relatives des diverses méthodes disponibles pour déterminer les prix de transfert.

C.3. Orientations pour l'application de la méthode – Considérations générales

2.146. L'objectif de ces Principes n'est pas de dresser une liste complète des modalités d'application de la méthode transactionnelle de partage des bénéfices. Ce sont les faits et circonstances du cas d'espèce et les informations disponibles qui détermineront l'application de la méthode. Quoi qu'il en soit, l'objectif primordial devra être de se rapprocher autant que possible de la répartition des bénéfices à laquelle il aurait été procédé si les parties avaient été des entreprises indépendantes.

2.147. Dans la méthode transactionnelle de partage des bénéfices, les bénéfices à considérer doivent être répartis entre les entreprises associées sur une base économiquement valable s'approchant de la division des bénéfices qui aurait été escomptée et prévue dans un accord conclu dans des conditions de pleine concurrence. De manière générale, le calcul des bénéfices à considérer qu'il convient de répartir et la définition des clés de répartition doivent être :

- conformes aux conclusions de l'analyse fonctionnelle de la transaction contrôlée examinée et, en particulier, tenir compte de la prise en charge des risques économiquement significatifs par les parties, et
- susceptibles d'être mesurés de manière fiable.

2.148. En outre,

- Si la méthode transactionnelle de partage des bénéfices est utilisée dès l'origine pour fixer les prix de transfert dans le cadre de transactions contrôlées, on peut raisonnablement s'attendre à ce que la durée de l'accord et les critères ou facteurs de partage des bénéfices soient convenus préalablement à la transaction ;
- La personne qui applique la méthode transactionnelle de partage des bénéfices (qu'il s'agisse d'un contribuable ou de l'administration fiscale) doit être prête à expliquer en quoi cette méthode est la plus appropriée aux faits et circonstances du cas d'espèce ainsi que la manière dont elle est mise en œuvre, et en particulier les critères ou les facteurs de partage des bénéfices qui sont utilisés pour répartir les bénéfices à considérer ; et
- La méthode de détermination des bénéfices à considérer et des facteurs de partage des bénéfices doivent généralement être utilisés de manière cohérente sur la durée de l'accord, y compris au titre des années déficitaires, sauf si les raisons qui justifient d'appliquer des critères ou des facteurs de partage différents au cours du temps sont étayées par les faits et circonstances spécifiques du cas d'espèce et documentées.

C.3.1. Approches de partage des bénéfices

2.149. Différentes approches peuvent être suivies pour appliquer la méthode transactionnelle de partage des bénéfices selon les caractéristiques des transactions contrôlées et la nature des informations disponibles. Comme indiqué précédemment, la méthode a pour objectif de répartir les bénéfices à considérer générés par des transactions contrôlées sur le fondement de critères économiquement valables, de manière à s'approcher des résultats qui auraient été obtenus entre des entreprises indépendantes dans des circonstances comparables. Cela peut être fait en examinant les contributions respectives de chaque partie (« analyse des contributions »). Lorsque la méthode transactionnelle de partage des bénéfices est la plus appropriée, mais qu'au moins une des parties apporte également des contributions moins complexes, pour lesquelles on dispose de transactions comparables sur le marché libre, il peut être opportun de conduire une « analyse résiduelle » en deux étapes.

C.3.1.1. Analyse des contributions

2.150. Dans le cadre d'une analyse des contributions, les bénéfices à considérer, à savoir les bénéfices totaux des transactions contrôlées objet de l'examen, sont répartis entre les entreprises associées de manière à obtenir une approximation raisonnable du partage que des entreprises indépendantes

auraient pu réaliser au titre de transactions comparables. Cette répartition peut s'appuyer sur des données comparables lorsqu'elles sont disponibles. Dans le cas contraire, elle devrait être fondée sur la valeur relative des contributions de chacune des entreprises associées prenant part aux transactions contrôlées, telle que déterminée à partir d'informations internes du groupe d'entreprises multinationales, afin de s'approcher de la répartition qui aurait pu être retenue par des entreprises indépendantes (voir la section C.5.2). Lorsque la valeur relative des contributions peut être mesurée, il peut ne pas être nécessaire de déterminer la valeur de marché effective des contributions de chaque partie.

2.151. Il peut être difficile de déterminer la valeur relative de la contribution de chacune des entreprises associées aux bénéfices à considérer et l'approche dépendra souvent des faits et circonstances de chaque cas. Une solution consiste à comparer la nature et l'intensité de la contribution de chacune des parties sous différentes formes (par exemple, prestations de services, dépenses de développement, actifs utilisés ou apportés, capital investi) et à fixer un pourcentage à partir de cette comparaison et de données extérieures de marché. Voir la section C.5 en ce qui concerne les modalités de répartition des bénéfices à considérer.

C.3.1.2. Analyse résiduelle

2.152. Une analyse résiduelle peut être appropriée lorsque certaines des contributions des parties peuvent être évaluées de manière fiable au moyen d'une méthode unilatérale et de comparables, tandis que d'autres ne peuvent pas l'être. L'analyse résiduelle répartit les bénéfices à considérer, résultant des transactions contrôlées qui sont examinées, en deux catégories. Sont classés dans la première catégorie les bénéfices attribuables à des contributions pouvant être évaluées de manière fiable : généralement des contributions moins complexes pour lesquelles il existe des données comparables fiables. Habituellement, cette rémunération initiale est déterminée en appliquant l'une des méthodes traditionnelles fondées sur les transactions ou une méthode transactionnelle de marge nette, afin d'identifier la rémunération de transactions comparables entre entreprises indépendantes. Ainsi, elle ne prend généralement pas en compte le revenu procuré par une deuxième catégorie de contributions qui peuvent être uniques et de valeur et/ou attribuables à un degré d'intégration élevé ou à une prise en charge conjointe de risques économiquement significatifs. En règle générale, l'attribution du bénéfice résiduel entre les parties est fondée sur la valeur relative de la deuxième catégorie de contributions apportées par les parties, selon l'approche suivie pour appliquer l'analyse des contributions décrite précédemment, et conformément aux orientations figurant dans la section C.5.

2.153. L'exemple 11 présenté à l'annexe II au chapitre II illustre l'application d'une analyse résiduelle aux fins de la méthode transactionnelle de partage des bénéfices.

C.4. Orientations pour l'application de la méthode – Détermination des bénéfices à répartir

2.154. Les bénéfices à considérer et à attribuer selon la méthode transactionnelle de partage des bénéfices sont les bénéfices obtenus par les entreprises associées qui découlent des transactions contrôlées objet de l'examen. Il est essentiel d'identifier le niveau d'agrégation (voir les paragraphes 3.9-3.12). Pour déterminer quels sont les bénéfices à considérer, il est donc essentiel d'identifier au préalable, et de délimiter avec précision, les transactions devant être couvertes par la méthode transactionnelle de partage des bénéfices, puis de recenser, pour chaque partie concernée, les produits et charges à considérer au titre de ces transactions. Voir la section C.4.2 ci-après. L'exemple 12 qui figure à l'annexe II au chapitre II illustre les principes énoncés dans cette section.

2.155. Lorsque les bénéfices à considérer regroupent les bénéfices de deux entreprises associées ou plus, les données financières pertinentes des parties à la transaction à laquelle s'applique le partage transactionnel des bénéfices doivent être converties selon une base commune (pratiques comptables et devises), puis combinées. Les normes comptables pouvant avoir des effets importants sur la détermination des bénéfices à attribuer, le choix des normes comptables devrait être effectué, lorsque le contribuable choisit d'utiliser la méthode transactionnelle de partage des bénéfices, préalablement à l'application de la méthode, et elles devraient être appliquées de manière cohérente pendant toute la durée de l'accord. Des divergences relatives aux normes comptables peuvent avoir des incidences sur la date de comptabilisation des produits, ainsi que sur le traitement des charges lors du calcul des bénéfices. Les divergences importantes entre les normes comptables utilisées par les parties devraient être identifiées et corrigées.

2.156. En l'absence de normes de comptabilité fiscale harmonisées, la comptabilité financière peut être le point de départ de la détermination des bénéfices à répartir. L'utilisation d'autres données financières (par exemple la comptabilité analytique) devrait être autorisée lorsqu'elles existent, qu'elles sont fiables, vérifiables et suffisamment détaillées au niveau transactionnel. Dans ce contexte, les comptes de résultat par ligne de produit ou par division au sein de l'entreprise pourraient s'avérer les plus utiles.

2.157. Toutefois, sauf dans les cas où la répartition des bénéfices concerne l'ensemble des activités de chaque partie, les données financières devront être dissociées et les attributions effectuées conformément aux transactions délimitées avec précision de sorte que les bénéfices relatifs aux contributions combinées apportées par les parties soient identifiés. À titre d'exemple, aux fins de la répartition des bénéfices entre un fournisseur de produits et une entreprise associée qui assure la commercialisation et la distribution des produits en Europe, le fournisseur devrait identifier les bénéfices découlant

de sa production de produits destinés au marché européen et exclure les bénéfices relatifs à la partie de sa production destinée à d'autres marchés. Cette opération, qui peut être relativement simple lorsque les mêmes produits sont fournis sur tous les marchés, peut se révéler plus complexe lorsque des produits différents, associés à des coûts de production différents ou à des technologies différentes, par exemple, sont fournis sur différents marchés. De même, si l'entreprise associée qui assure la commercialisation et la distribution des produits en Europe achète des produits auprès d'autres fournisseurs, elle devra dissocier ses données financières de manière à isoler les produits, les coûts et bénéfices qui se rapportent aux produits achetés auprès du fournisseur qui est son entreprise associée aux fins de la répartition des bénéfices. L'expérience semble indiquer que cette étape initiale de la répartition des bénéfices peut, dans certains cas, se révéler extrêmement complexe, et qu'il convient de documenter la méthode et les éventuelles hypothèses utilisées pour identifier les bénéfices qui se rattachent à la transaction examinée.

C.4.1. Partage transactionnel des bénéfices effectifs ou des bénéfices anticipés

2.158. Il convient que la détermination des bénéfices à répartir et la décision d'utiliser les bénéfices effectifs, les bénéfices anticipés, ou un assemblage des deux, soient conformes à la transaction délimitée avec précision. L'exemple 13 présenté à l'annexe II au chapitre II illustre les principes énoncés dans cette section.

2.159. Lorsque la méthode transactionnelle de partage des bénéfices est considérée comme la plus appropriée, la répartition des bénéfices réels, c'est-à-dire ceux qui intègrent les effets de la matérialisation des risques économiquement significatifs, serait la décision appropriée uniquement si la délimitation précise de la transaction a établi que les parties assument conjointement les mêmes risques économiquement significatifs liés à l'opportunité commerciale motivant la transaction, ou qu'elles assument séparément de tels risques étroitement liés, et par conséquent, qu'elles devraient partager les bénéfices ou les pertes en résultant. Une telle prise en charge des risques peut être observée lorsque les opérations commerciales présentent un degré d'intégration élevé et/ou lorsque chaque partie apporte des contributions uniques et de valeur.

2.160. Dans d'autres cas de figure, si la méthode transactionnelle de partage des bénéfices se révèle être la plus appropriée (par exemple, parce que chaque partie à la transaction apporte des contributions uniques et de valeur), mais que l'une des parties ne prend pas part à la prise en charge des risques significatifs qui pourraient se matérialiser après la réalisation de la transaction, une répartition des bénéfices anticipés serait davantage appropriée. Voir également le scénario 1 de l'exemple 13 figurant à l'annexe II au chapitre II.

2.161. Lors de la mise en pratique d'une méthode transactionnelle de partage des bénéfices, il convient d'éviter les analyses rétrospectives. Voir le paragraphe 3.74. En d'autres termes, que l'on opte pour le partage transactionnel des bénéfices anticipés ou effectifs, en l'absence d'événements imprévisibles majeurs qui auraient conduit des parties indépendantes à renégocier l'accord, l'approche de répartition de ces bénéfices entre les entreprises associées, notamment la détermination des facteurs de partage des bénéfices, le calcul des bénéfices à considérer et tout ajustement ou toute prise en compte d'une circonstance imprévue, doit s'appuyer sur des informations qui étaient connues, ou raisonnablement prévisibles, par les entreprises associées au moment où les transactions ont été opérées. Ce principe doit être respecté même si, dans de nombreux cas, les montants réels ne peuvent être calculés qu'à l'issue d'un certain délai, par exemple lorsque le calcul utilise des facteurs de partage des bénéfices déterminés à l'origine en s'appuyant sur les bénéfices réels. Par ailleurs, il convient de rappeler que le point de départ de la délimitation d'une transaction est, en règle générale, le contrat écrit, puisqu'il peut rendre compte de l'intention des parties au moment de sa conclusion. Voir paragraphe 1.42.

C.4.2. Différentes mesures des bénéfices

2.162. Le plus souvent, les bénéfices à considérer aux fins de la méthode transactionnelle de partage des bénéfices sont les bénéfices d'exploitation. Cette manière d'appliquer la méthode transactionnelle de partage des bénéfices assure qu'à la fois les bénéfices et les dépenses d'une entreprise multinationale sont attribués à l'entreprise associée appropriée, de manière cohérente. Néanmoins, en fonction de la délimitation précise de la transaction, il peut être approprié d'utiliser une autre mesure des bénéfices, comme les bénéfices bruts, avant de déduire les dépenses engagées par chaque partie ou attribuables à celle-ci (en excluant les dépenses déjà prises en compte). Dans ce cas, il faut s'assurer que les dépenses engagées par chaque partie, ou attribuables à celle-ci, sont conformes à la délimitation précise de la transaction, en particulier concernant les activités exercées et les risques assumés par chaque partie, et que l'attribution des bénéfices est, de même, conforme aux contributions apportées par les parties.

2.163. En d'autres termes, la mesure des bénéfices retenue aux fins de la répartition dépend de la délimitation précise de la transaction. Par exemple, si la délimitation précise de la transaction indique que les parties partagent non seulement la prise en charge des risques de marché, qui ont des effets sur le volume des ventes et les prix facturés, mais aussi celle des risques liés à la production ou à l'acquisition de biens et de services, qui ont des effets sur le montant des bénéfices bruts, il serait préférable d'utiliser comme base de répartition les bénéfices bruts. Dans ce cas de figure, les parties peuvent exercer des fonctions et utiliser des actifs de manière intégrée ou conjointement

en lien avec la production ou l'acquisition de biens et de services. Lorsque la délimitation précise de la transaction indique que les parties partagent, outre la prise en charge des risques de marché et de production, une autre catégorie de risques qui ont des effets sur le montant des dépenses d'exploitation, ce qui peut inclure des investissements dans des actifs incorporels, il sera préférable d'utiliser comme base de répartition les bénéfices d'exploitation. Dans ce cas, les parties peuvent exercer des fonctions de manière intégrée ou conjointement en lien avec l'ensemble de la chaîne de valeur.

2.164. Par exemple, deux entreprises associées, qui détiennent chacune leurs propres compétences spécialisées de production ainsi que des actifs incorporels uniques et de valeur, conviennent d'apporter en contribution ces actifs incorporels pour produire des produits innovants et complexes. La délimitation précise de la transaction indique que ces entreprises assument conjointement des risques liés à la réussite ou à l'échec de la commercialisation de ces produits. Toutefois, elles ne partagent pas la prise en charge des risques liés à leurs frais de vente et autres dépenses, qui sont en grande partie non intégrés. L'application d'une répartition des bénéfices fondée sur le bénéfice d'exploitation combiné, qui prend en compte toutes les dépenses des deux parties, conduirait potentiellement à répartir les effets de risques qui ne sont assumés que par une des parties. Dans ce cas, une répartition du bénéfice brut peut être plus approprié et plus fiable, dans la mesure où cette mesure des bénéfices tient compte des résultats des activités de vente et de production assurées conjointement par les parties et pour lesquelles elles partagent la prise en charge des risques associés. De même, lorsque des entreprises associées réalisent des activités commerciales à l'international qui présentent un degré d'intégration élevé, si la délimitation précise de la transaction réelle établit que la prise en charge partagée des risques et le degré d'intégration ne s'étend pas aux charges d'exploitation, il peut être approprié de répartir le bénéfice brut de chaque activité commerciale, puis de déduire de la part du bénéfice brut global attribué à chaque entreprise ses propres charges d'exploitation.

2.165. L'exemple 14 présenté à l'annexe II au chapitre II illustre les principes énoncés dans cette section.

C.5. Partage des bénéfices

2.166. Les bénéfices devraient être partagés selon une formule économiquement valable correspondant aux contributions relatives des parties à la transaction et permettant de se rapprocher de la répartition des bénéfices qui aurait été obtenue dans des conditions de pleine concurrence. La pertinence des transactions comparables sur le marché libre ou des données internes (voir la section C.5.2) et les critères utilisés pour obtenir une répartition des bénéfices conforme au principe de pleine concurrence dépendent des faits et circonstances propres au cas d'espèce. Par conséquent,

il n'est pas souhaitable d'établir une liste impérative de critères ou de facteurs de partage des bénéfices. Se reporter aux paragraphes 2.146-2.148 contenant des orientations générales sur la cohérence dans la détermination des facteurs de partage des bénéfices. En outre, il conviendrait que les critères ou facteurs employés pour attribuer les bénéfices :

- soient indépendants de la formulation de la politique en matière de prix de transfert, autrement dit s'appuient sur des données objectives (ventes à des parties indépendantes par exemple), et non sur des données liées à la rémunération de transactions contrôlées (ventes à des entreprises associées par exemple);
- soient vérifiables; et
- soient étayés par des comparables, des données internes, ou les deux.

2.167. L'une des méthodes possibles consiste à attribuer les bénéfices en fonction de la répartition réellement constatée dans le cas de transactions comparables sur le marché libre. Voici des exemples possibles de sources de transactions sur le marché libre qui peuvent être utiles à la détermination des critères de partage des bénéfices, en fonction des faits et circonstances du cas d'espèce : des accords de co-entreprise entre parties indépendantes dans lesquelles les bénéfices sont partagés, comme des projets de développement dans les industries pétrolières et gazières; des collaborations entre entreprises pharmaceutiques; des accords concernant des activités conjointes de commercialisation ou de promotion; des accords entre des labels de musique indépendants et des artistes musicaux; des accords entre parties indépendantes dans le secteur des services financiers; etc.

2.168. Il peut toutefois se révéler difficile de trouver des données comparables fiables susceptibles d'être utilisées de cette manière. Des données externes sur le marché peuvent néanmoins être utiles dans le cadre d'une analyse de partage des bénéfices pour évaluer les contributions que chacune des entreprises associées apporte aux transactions. En effet, on part de l'hypothèse que des parties indépendantes auraient partagé les bénéfices à considérer proportionnellement à la valeur de leurs contributions respectives à la réalisation des bénéfices générés par la transaction. Ainsi, lorsqu'on ne dispose pas d'éléments plus directs sur la manière dont des parties indépendantes auraient, dans des circonstances comparables, partagé les bénéfices réalisés dans le cadre de transactions comparables, la répartition des bénéfices peut être fondée sur les contributions relatives des parties, mesurées selon les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques assumés.

C.5.1. Facteurs de partage des bénéfices

2.169. Comme indiqué précédemment, on peut supposer que des parties indépendantes partagent les bénéfices en fonction de leurs contributions relatives à la réalisation de ces bénéfices. La répartition des bénéfices selon la méthode transactionnelle de partage des bénéfices est généralement effectuée à l'aide d'un ou de plusieurs facteurs de partage des bénéfices. L'analyse fonctionnelle et l'analyse du contexte dans lequel les transactions ont lieu (notamment le secteur d'activité et les conditions d'ensemble) sont essentielles pour déterminer les facteurs à utiliser pour le partage des bénéfices et pour établir la pondération de ces facteurs dans les cas où on en utilise plusieurs. La détermination du ou des facteurs de partage des bénéfices appropriés devrait correspondre aux contributions à la création de valeur résultant de la transaction. Les exemples 15 et 16 qui figurent dans l'annexe II au chapitre II illustrent les principes énoncés dans cette section.

2.170. Selon les faits et circonstances propres au cas d'espèce, le facteur peut être un chiffre (répartition 30%-70% par exemple en fonction des éléments dont on dispose sur un partage similaire appliqué entre des parties indépendantes dans le cadre de transactions comparables) ou une variable (valeur relative des contributions des parties à la commercialisation par exemple, ou autres facteurs dont il sera question plus loin) qui peut être obtenue à partir d'un seul facteur de partage des bénéfices d'après une formule pondérée associant plusieurs facteurs.

2.171. Des facteurs de partage des bénéfices fondés sur les actifs ou le capital (tels que les actifs d'exploitation, immobilisations (actifs de production, actifs de distribution, actifs informatiques), actifs incorporels) ou sur les coûts (comme la part relative des dépenses et/ou des investissements dans des secteurs clés comme la recherche-développement, l'ingénierie, la commercialisation) peuvent être utilisés lorsqu'ils rendent compte des contributions relatives des parties à la réalisation des bénéfices partagés et peuvent faire l'objet d'une évaluation fiable. Il convient de noter que si les coûts ne constituent parfois qu'une mesure de piètre qualité de la valeur des actifs ayant contribué à la réalisation des bénéfices (voir le paragraphe 6.142), les coûts relatifs supportés par les parties peuvent en revanche être un indicateur raisonnable de la valeur relative de leurs contributions respectives lorsque celles-ci sont de nature similaire (voir les paragraphes 8.27-8.28).

2.172. D'autres facteurs de partage des bénéfices peuvent se révéler appropriés dans certaines circonstances, notamment le chiffre d'affaires marginal généré ou la rémunération des salariés (selon le nombre de personnes associées aux fonctions clés qui donnent de la valeur à la transaction, par exemple en relation avec les échanges mondiaux sur les marchés d'instruments financiers). Dans d'autres cas, les effectifs, ou le temps passé par une certaine catégorie d'employés possédant des compétences similaires et exerçant des

responsabilités similaires peuvent être utilisés, dès lors que la variable ainsi retenue présente une corrélation élevée et relativement stable avec la création de valeur représentée par les bénéfices à considérer. Les orientations énoncées dans cette section ne sauraient être considérées comme constituant une liste exhaustive des facteurs de partage des bénéfices envisageables. D'autres facteurs peuvent être utilisés, dès lors qu'ils permettent d'aboutir à des résultats conformes au principe de pleine concurrence pour toutes les parties concernées.

2.173. En dehors du fichier local, qui devrait contenir une analyse fonctionnelle détaillée du contribuable et des entreprises associées à considérer, le fichier principal du groupe multinational pourrait être une source d'informations utiles pour déterminer les facteurs de partage des bénéfices appropriés. Comme indiqué à l'annexe I au chapitre V, il conviendrait que le fichier principal comporte des informations sur les facteurs importants de création de bénéfices, sur les principales contributions à la création de valeur des entités du groupe et sur les principaux actifs incorporels du groupe. Il y a lieu cependant de ne pas perdre de vue que le fichier principal a uniquement vocation à offrir un aperçu général des activités d'un groupe multinational, et non des informations fines ou détaillées sur toutes les transactions du groupe.

C.5.2. Recours à des données provenant du contribuable sur ses propres activités (données internes)

2.174. Lorsqu'on ne dispose pas de données suffisamment fiables relatives à des transactions comparables sur le marché libre pour étayer la répartition des bénéfices à considérer, il convient de s'en remettre à des données internes qui constituent un moyen fiable d'établir ou de vérifier que la répartition des bénéfices est conforme au principe de pleine concurrence. Le type de données internes pertinentes dépend des faits et circonstances et doit répondre aux conditions énoncées dans cette section et en particulier aux paragraphes 2.147, 2.148 et 2.166. Elles seront fréquemment extraites de la comptabilité analytique ou de la comptabilité financière du contribuable.

2.175. Lorsqu'on utilise un facteur de partage des bénéfices fondé sur les actifs par exemple, celui-ci peut reposer sur des données extraites des bilans des parties à la transaction. Il est fréquent que tous les actifs des contribuables ne soient pas liés à une transaction donnée, et qu'en conséquence, des travaux d'analyse soient nécessaires pour que le contribuable établisse un bilan « transactionnel » qui sera utilisé dans le cadre de l'application de la méthode transactionnelle de partage des bénéfices. En outre, il arrive que certains actifs, notamment des actifs incorporels développés en interne, n'apparaissent pas du tout au bilan et doivent donc être évalués séparément. À cet égard, les techniques d'évaluation, notamment celles fondées sur la valeur actualisée des flux de revenus ou de trésorerie futurs susceptibles d'être tirés de l'exploitation

des actifs incorporels, peuvent se révéler très utiles. Voir la section D.2.6.3 du chapitre VI de ces Principes. Se reporter également au paragraphe 2.104 pour une réflexion sur la valorisation des actifs dans le contexte de la méthode transactionnelle de la marge nette selon laquelle le bénéfice net est pondéré en fonction des actifs, qui est également pertinente pour la valorisation des actifs dans le contexte d'une méthode transactionnelle de partage des bénéfices lorsqu'on utilise un facteur de partage des bénéfices fondé sur les actifs.

2.176. De même, lorsqu'on utilise des facteurs de partage des bénéfices fondés sur les coûts en s'appuyant sur des données extraites des comptes de résultat des contribuables, il peut aussi être nécessaire d'établir des comptes par transaction faisant apparaître les charges liées à la transaction contrôlée considérée et celles qui doivent être exclues de la détermination du facteur de partage des bénéfices. Le type de dépenses pris en compte (salaires, amortissements, etc.) ainsi que les critères utilisés pour déterminer si une dépense donnée est liée à la transaction examinée, ou si en revanche elle concerne d'autres transactions du contribuable (par exemple, d'autres lignes de produits non concernées par ce partage de bénéfices) doivent être appliqués de façon cohérente pour toutes les parties à la transaction.

2.177. Les données internes peuvent aussi être utiles lorsque le facteur de partage des bénéfices repose sur la comptabilité analytique, notamment sur le coût des effectifs participant à certains aspects de la transaction ou sur le temps consacré par un certain groupe de salariés à certaines tâches, etc.

2.178. Les données internes sont essentielles pour estimer les valeurs des contributions respectives des parties à la transaction contrôlée. La détermination de ces valeurs devrait s'appuyer sur une analyse fonctionnelle, prenant en compte toutes les fonctions, actifs et risques économiquement significatifs qui représentent les contributions des parties à la transaction contrôlée. Lorsque le bénéfice est réparti en fonction d'une évaluation de l'importance relative des fonctions, actifs et risques pour la création de valeur ajoutée de la transaction contrôlée, cette évaluation doit être étayée par des données objectives fiables afin d'en limiter le caractère arbitraire. Une attention particulière doit être accordée à l'identification des contributions pertinentes des actifs incorporels et de valeur et de la prise en charge de risques économiquement significatifs ainsi qu'à l'importance, la pertinence et la mesure des facteurs qui en sont à l'origine.

C.5.3. Exemples de facteurs de partage des bénéfices

C.5.3.1. Facteurs de partage des bénéfices fondés sur les actifs

2.179. On peut utiliser des facteurs de partage des bénéfices fondés sur les actifs et le capital lorsqu'il existe une corrélation forte entre les actifs, corporels ou incorporels, ou le capital investi et la création de valeur dans le contexte de la transaction contrôlée. Pour qu'un facteur de partage des bénéfices soit significatif, il doit être appliqué de façon cohérente à toutes les parties à la transaction. Se reporter au paragraphe 2.104 pour une réflexion sur les problèmes de comparabilité que pose la valorisation des actifs dans le contexte de la méthode transactionnelle de la marge nette, réflexion qui est également valable dans le contexte de la méthode transactionnelle de partage des bénéfices. L'exemple 15 présenté à l'annexe II au présent chapitre illustre les principes énoncés dans cette section.

2.180. Lorsqu'une ou plusieurs parties à une transaction pour laquelle la méthode transactionnelle de partage des bénéfices est jugée la plus appropriée apporte une contribution sous la forme d'actifs incorporels, leur identification et leur valorisation peut soulever des questions épineuses. Les orientations relatives à l'identification et à la valorisation des actifs incorporels figurent au chapitre VI de ces Principes. Voir également les exemples figurant à l'annexe I au chapitre VI « Exemples illustrant les principes relatifs aux actifs incorporels ».

C.5.3.2. Facteurs de partage des bénéfices fondés sur les coûts

2.181. Un facteur de partage des bénéfices fondé sur les coûts peut se révéler approprié lorsqu'il est possible de mettre en évidence une corrélation forte entre les dépenses relatives supportées et la valeur relative qu'elles ont contribué à créer. Les dépenses de commercialisation peuvent par exemple être un facteur approprié pour les entités chargées de la distribution/commercialisation lorsque la publicité produit des actifs incorporels commerciaux uniques et de valeur, notamment dans le cas de biens de consommation pour lesquels la publicité influe sur la valeur des actifs incorporels de commercialisation. Les dépenses de recherche-développement peuvent se révéler être une donnée adaptée dans le cas de fabricants lorsqu'elles concernent le développement d'actifs incorporels uniques et de valeur comme des brevets. En revanche, si par exemple chaque partie apporte des actifs incorporels de valeur différents, l'utilisation d'un facteur fondé sur les coûts ne se justifie plus sauf si les coûts constituent une mesure fiable de la valeur relative de ces actifs incorporels ou si les coûts peuvent être pondérés en fonction des risques pour obtenir une mesure fiable de leur valeur relative. Même lorsque la contribution de chaque partie se compose du même type d'actifs incorporels, la pondération en fonction des risques est un

aspect qu'il convient de prendre en considération. Quand par exemple le risque d'échec à un stade précoce du développement est plusieurs fois supérieur au risque d'échec à un stade plus avancé ou quand il s'agit d'apporter des améliorations supplémentaires à un concept qui a déjà fait ses preuves, alors les coûts supportés à un stade précoce du processus se verront attribuer un coefficient de pondération supérieur à celui attribué aux coûts supportés à un stade ultérieur ou à celui attribué aux améliorations supplémentaires. La rémunération des salariés peut être une donnée pertinente dans des situations où les fonctions mettant en jeu les compétences et l'expérience du personnel sont le principal facteur qui génère les bénéfices à considérer.

2.182. Lorsqu'on cherche à recenser et à appliquer des facteurs de partage des bénéfices fondés sur les coûts, il se peut que l'on ait à se pencher sur un certain nombre de questions. Premièrement, il peut y avoir des différences entre les parties au regard de l'échelonnement des dépenses. Il arrive par exemple que les frais de recherche-développement qui sont pertinents pour valoriser la contribution d'une partie soient supportés sur plusieurs années alors que les dépenses supportées par l'autre partie se rapportent à l'exercice en cours. Il peut en conséquence se révéler nécessaire de procéder, outre à une pondération en fonction des risques telle que décrite au paragraphe 2.181, à une actualisation des coûts historiques (comme il en sera question plus loin). Il faut parfois isoler les coûts pertinents parmi un ensemble de coûts qu'il faut analyser et affecter aux contributions à la transaction qui donne lieu à un partage des bénéfices. Il peut arriver par exemple que les coûts de commercialisation supportés et comptabilisés concernent plusieurs lignes de produits alors que la transaction donnant lieu à un partage des bénéfices ne concerne qu'une seule ligne de produits. Lorsque les économies de localisation conservées par un ou plusieurs membres du groupe multinational représentent une contribution significative à la réalisation des bénéfices et lorsqu'elles concernent des coûts qui sont pris en compte dans le calcul des bénéfices à attribuer, alors le partage des bénéfices doit être opéré en tenant compte de la manière dont des parties indépendantes auraient conservé ces économies de localisation, conformément aux orientations figurant dans la section D.6 du chapitre I. Les facteurs de partage des bénéfices fondés sur les coûts peuvent varier sensiblement en fonction de différences et d'évolutions dans la classification comptable des coûts. Il est donc nécessaire d'isoler clairement au préalable les coûts qui seront pris en compte pour la détermination du facteur de partage des bénéfices et de définir ce facteur de façon cohérente pour toutes les parties.

2.183. Dans certains cas, une question essentielle pour la fiabilité des facteurs de partage des bénéfices fondés sur les coûts est la détermination de la période pertinente au titre de laquelle les éléments permettant de déterminer les facteurs de partage des bénéfices (actifs, dépenses, etc.) doivent être pris en considération. La difficulté provient du fait qu'il peut exister un décalage

entre la période où les charges sont encourues et celle où la valeur est créée, et qu'il est parfois difficile de décider quelle période utiliser. Par exemple, dans le cas d'une clé de répartition fondée sur les coûts, les charges d'une seule année peuvent convenir dans certains cas, mais dans d'autres il peut être plus approprié d'utiliser les charges cumulées (le cas échéant après déduction des coûts de dépréciation et d'amortissements) de l'année en cours et des années précédentes. En fonction des faits et circonstances du cas d'espèce, cette décision peut avoir un impact important sur le partage des bénéfices entre les parties. Comme indiqué plus haut à la section C.5.1, le choix du facteur de partage des bénéfices doit être adapté aux circonstances propres au cas d'espèce et offrir une approximation fiable de la répartition des bénéfices qui aurait été convenue entre des parties indépendantes. Les principes exposés dans cette section sont illustrés par l'exemple 16 de l'annexe II au chapitre II de ces Principes.

D. Les méthodes transactionnelles de bénéfices : conclusions

2.184. Les paragraphes 2.1-2.12 fournissent des lignes directrices sur le choix de la méthode de détermination des prix de transfert la plus appropriée aux circonstances du cas d'espèce.

2.185. Comme indiqué dans ces Principes, la méthode transactionnelle de la marge nette suscite des préoccupations, notamment parce qu'elle est parfois appliquée sans prendre correctement en compte les différences qui doivent l'être entre les transactions contrôlées et les transactions sur le marché libre qui font l'objet de la comparaison. De nombreuses juridictions craignent que les garde-fous mis en place pour les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions soient ignorés dans l'application de la méthode transactionnelle de la marge nette. Par conséquent, lorsque des différences quant aux caractéristiques des transactions faisant l'objet de la comparaison ont une incidence sensible sur les indicateurs du bénéfice net utilisés, la méthode transactionnelle de la marge nette ne devra pas être mise en œuvre sans apporter des correctifs pour tenir compte de ces différences. On se reportera à cet égard aux paragraphes 2.74-2.81, qui ont trait au standard de comparabilité pour la méthode transactionnelle de la marge nette.

2.186. Le fait que l'on reconnaisse que l'utilisation de méthodes transactionnelles de bénéfices peut être nécessaire n'implique pas que des entreprises indépendantes les utiliseraient pour fixer leurs prix. 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 sur une base agrégée, conformément aux principes d'agrégation qui figurent aux paragraphes 3.9-3.12.

2.187. En tout état de cause, la prudence sera de rigueur pour déterminer si une méthode transactionnelle de bénéfices peut, lorsqu'elle est appliquée à un aspect particulier d'une affaire, permettre d'obtenir un résultat de pleine concurrence, seule ou en combinaison avec une méthode traditionnelle fondée sur les transactions. Cette question ne saurait en définitive qu'être réglée au cas par cas, compte tenu des forces et des faiblesses qui ont été signalées pour les diverses méthodes transactionnelles de bénéfices, de l'analyse de comparabilité (et notamment fonctionnelle) des parties à la transaction, ainsi que de la disponibilité et la fiabilité de données comparables. En outre, ces conclusions supposent que le système fiscal des juridictions soit suffisamment élaboré, avant d'appliquer ces méthodes.

Chapitre III

Analyse de comparabilité

A. Réalisation d'une analyse de comparabilité

3.1. La section D du chapitre I contient des indications générales sur la comparabilité. 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. La recherche d'informations sur des transactions potentiellement comparables sur le marché libre et l'identification de comparables sont tributaires de l'analyse antérieure de la transaction contrôlée du contribuable et des caractéristiques économiquement significatives ou des facteurs de comparabilité pertinents (voir la section D.1 du chapitre I). 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'à la sélection de la méthode de prix de transfert, en passant par la recherche potentielle de comparables et en aboutissant à une conclusion sur la question de savoir si les transactions contrôlées examinées sont compatibles avec le principe de pleine concurrence décrit à l'article 9 paragraphe 1.

3.2. Dans le cadre du processus de sélection de la méthode de prix de transfert la plus appropriée (voir le paragraphe 2.2) et de son application, l'analyse de comparabilité a toujours pour objectif de trouver les comparables les plus fiables. Par conséquent, lorsqu'il est possible de déterminer que certaines transactions sur le marché libre ont un degré de comparabilité inférieur à d'autres, elles devraient être éliminées (voir également le paragraphe 3.56). Ceci ne signifie pas qu'il soit nécessaire de rechercher de manière exhaustive toutes les sources possibles de comparables car il est admis qu'il y a des limites aux informations disponibles et que les recherches

de données comparables peuvent être onéreuses. Voir les commentaires sur les efforts de discipline fiscale aux paragraphes 3.80-3.83.

3.3. Pour que le processus soit transparent, on considère comme une bonne pratique le fait pour un contribuable qui utilise des comparables afin d'étayer ses prix de transfert ou pour une administration fiscale qui utilise des comparables pour étayer un ajustement des prix de transfert, de fournir des justificatifs adéquats permettant à l'autre partie intéressée (contrôleur des impôts, contribuable ou autorités compétentes étrangères) d'évaluer la fiabilité des comparables employés. Voir le paragraphe 3.36 en ce qui concerne les informations dont disposent les administrations fiscales mais qui ne peuvent être communiquées aux contribuables. Le chapitre V des présents Principes contient des lignes directrices générales sur les exigences documentaires. Voir également l'annexe II au chapitre IV d'octobre 1999 contenant les Principes pour la conclusion d'accords préalables en matière de prix dans le cadre de la procédure amiable (« APP PA »).

A.1. Processus type

3.4. Cette section contient une description du processus type d'une analyse de comparabilité. Ce processus est considéré comme une bonne pratique, mais n'est pas obligatoire, et tout autre processus de recherche permettant d'identifier des comparables fiables peut être acceptable car la fiabilité du résultat est plus importante que la procédure suivie (suivre le processus ne garantit pas que le résultat sera conforme au principe de pleine concurrence, et ne pas le suivre ne signifie pas que le résultat ne sera pas conforme à ce même principe).

Étape 1 : Détermination des années à inclure dans l'analyse.

Étape 2 : Analyse d'ensemble des circonstances du contribuable.

Étape 3 : Compréhension de la ou des transaction(s) contrôlée(s) examinée(s), en s'appuyant notamment sur une analyse fonctionnelle, afin de choisir la partie testée (le cas échéant), la méthode de prix de transfert la plus appropriée compte tenu des circonstances du cas d'espèce, l'indicateur financier à tester (dans le cas d'une méthode transactionnelle de bénéfices) et d'identifier les facteurs de comparabilité importants à prendre en compte.

Étape 4 : Examen des comparables internes existants, le cas échéant.

Étape 5 : Identification des sources disponibles d'informations sur des comparables externes dans les cas où de tels comparables sont nécessaires, et appréciation de leur fiabilité.

- Étape 6 : Sélection de la méthode de prix de transfert la plus appropriée et, en fonction de celle-ci, détermination de l'indicateur financier à utiliser (par exemple détermination de l'indicateur du bénéfice net dans le cas d'une méthode transactionnelle de la marge nette).
- Étape 7 : Identification de comparables potentiels : détermination 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 facteurs de comparabilité définis dans la section D.1 du chapitre I.
- Étape 8 : Le cas échéant, détermination et réalisation des ajustements de comparabilité.
- Étape 9 : Interprétation et utilisation des données recueillies et détermination de la rémunération de pleine concurrence.

3.5. 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, c'est-à-dire jusqu'à ce que la méthode la plus appropriée soit sélectionnée, en particulier parce que l'examen des sources d'informations disponibles peut dans certaines circonstances avoir une influence sur la sélection de la méthode de prix de transfert. Par exemple, lorsqu'il est impossible de trouver des informations sur des transactions comparables (étape 7) et/ou de procéder à des ajustements de comparabilité raisonnablement fiables (étape 8), il se peut 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.

3.6. Voir le paragraphe 3.82 pour un examen du processus à suivre pour établir, suivre et revoir les prix de transfert.

A.2. Analyse d'ensemble des circonstances du contribuable

3.7. L'analyse d'ensemble des circonstances du contribuable est une étape essentielle de l'analyse de comparabilité. Elle peut être définie comme une analyse du secteur d'activité, de la concurrence, des facteurs économiques et réglementaires, ainsi que 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 celles des transactions sur le marché à libre qui seront comparées, notamment les circonstances économiques de la transaction (voir les paragraphes 1.130 à 1.133).

A.3. Examen de la transaction contrôlée et choix de la partie testée

3.8. L'examen de la ou des transactions contrôlées concernées vise à identifier les facteurs importants qui influenceront sur la sélection de la partie testée (le cas échéant), la sélection et l'application de la méthode appropriée à la situation, la sélection de l'indicateur financier qui sera testé (dans le cas d'une méthode transactionnelle fondée sur les bénéfices), la sélection des comparables et, le cas échéant, la détermination des ajustements de comparabilité.

A.3.1. Évaluation de transactions distinctes et combinées d'un contribuable

3.9. 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, a) pour des contrats à long terme de fourniture de biens ou de services ; b) pour des droits d'exploitation de biens incorporels ; c) pour la fixation des prix d'un éventail de produits qui sont liés les uns aux autres (par exemple, une ligne de produits) lorsque la détermination du prix de chaque produit ou transaction pris(e) individuellement n'est pas faisable en pratique. 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 méthode reposant sur le principe de pleine concurrence qui est la plus appropriée. 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. Voir l'exemple 26 de l'annexe I au chapitre VI.

3.10. Les approches de portefeuille constituent un autre cas de figure dans lequel les transactions d'un contribuable peuvent être agrégées. Une approche de portefeuille est une stratégie d'entreprise qui consiste, pour un contribuable, à regrouper certaines transactions afin de dégager un bénéfice adéquat sur l'ensemble du portefeuille plutôt que sur un seul produit du portefeuille. Par exemple, certains produits peuvent être commercialisés en réalisant un bénéfice faible ou même à perte, parce qu'ils génèrent une demande pour d'autres produits de la même entreprise qui sont ensuite vendus ou fournis en dégageant un bénéfice élevé (par exemple, des équipements et consommables sur le marché captif des pièces de rechange, comme les distributeurs à café et leurs capsules, ou les imprimantes et leurs cartouches). On constate des stratégies similaires dans différents secteurs d'activité. Les approches de portefeuille sont

un exemple de stratégie d'entreprise qui peut devoir être prise en compte dans l'analyse de comparabilité et dans l'examen de la fiabilité de comparables. Voir les paragraphes 1.134-1.138 consacrés aux stratégies des entreprises. Toutefois, comme l'expliquent les paragraphes 1.149-1.151, ces considérations n'expliqueront pas des pertes globales ou des mauvais résultats sur une période prolongée. En outre, pour être acceptables, les approches de portefeuille doivent être correctement ciblées, car elles ne doivent pas servir pour appliquer une méthode de prix de transfert au niveau de l'ensemble de la société du contribuable dans les cas où différentes transactions répondent à différentes logiques économiques et doivent être segmentées. Voir les paragraphes 2.84-2.85. Enfin, les commentaires ci-dessus ne signifient pas qu'il serait acceptable qu'une entité membre d'un groupe multinational réalise un bénéfice inférieur au niveau de pleine concurrence pour avantager une autre entité du groupe multinational (voir en particulier le paragraphe 1.150).

3.11. S'il faut parfois évaluer conjointement certaines transactions conclues séparément entre entreprises associées pour déterminer si l'on a bien affaire à des conditions de pleine concurrence, d'autres transactions faisant l'objet d'un contrat global entre entreprises associées peuvent nécessiter des évaluations séparées. Une entreprise multinationale peut regrouper en une seule transaction – assortie d'un prix unique – un certain nombre de prestations, comme la concession de brevets, de savoir-faire et de marques de fabrique, des prestations de services techniques et administratifs et la location d'installations de production. Cette formule est en général qualifiée d'arrangement global. Toutefois, de tels arrangements incluent rarement la vente de produits, bien que le prix de vente de produits puisse, lui, couvrir aussi quelques services annexes. Dans certains cas, il peut ne pas être possible d'évaluer l'arrangement dans son ensemble, et il faut donc en isoler les différents éléments. Dans ces cas, après avoir déterminé des prix de transfert distincts pour les différents éléments, l'administration fiscale devra néanmoins rechercher si le niveau des prix de transfert applicables à l'ensemble de l'arrangement est conforme au principe de pleine concurrence.

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

devront être en mesure de démontrer que l'arrangement global recouvre un prix de transfert convenable.

A.3.2. Compensations intentionnelles

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

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

3.15. La prise en compte de compensations intentionnelles ne modifie pas la condition essentielle, qui est la conformité au principe de pleine concurrence des prix de transfert entre entreprises associées. Une bonne pratique serait que les contribuables divulguent l'existence de compensations intentionnelles dans le cadre de deux ou plusieurs transactions entre entreprises associées et démontrent (ou déclarent qu'ils disposent de justificatifs nécessaires et ont effectué une analyse suffisante pour démontrer) que, une fois ces compensations prises en compte, les termes des transactions considérées sont compatibles avec le principe de pleine concurrence.

3.16. Il peut être nécessaire d'évaluer séparément les transactions pour déterminer si chacune d'entre elles est conforme au principe de pleine concurrence. Si les transactions doivent être analysées conjointement, il faudrait se montrer prudent dans le choix de transactions comparables et tenir compte des commentaires figurant aux paragraphes 3.9-3.12. Les dispositions concernant les compensations intentionnelles entre entreprises associées dans le cadre de transactions internationales peuvent n'être pas tout à fait compatibles avec celles qui concernent les compensations entre entreprises indépendantes dans un cadre purement national, en raison des différences de régime fiscal des compensations applicables dans les différents systèmes nationaux ou de différences dans le traitement des versements effectués, en application d'une convention fiscale bilatérale. Par exemple, l'existence d'une retenue à la source rendrait plus difficile une compensation entre des redevances et un chiffre d'affaires de vente.

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

A.3.3. Choix de la partie testée

3.18. Lorsqu'on applique une méthode du coût majoré, du prix de revente ou la méthode transactionnelle de la marge nette telles que décrites au chapitre II, il est nécessaire de choisir la partie à la transaction pour laquelle un indicateur financier (marge sur coûts, marge brute ou indicateur du bénéfice net) est testé. Le choix de la partie testée doit être compatible avec l'analyse fonctionnelle de la transaction. En règle générale, la partie testée est celle à qui une méthode de prix de transfert peut être appliquée de la manière la plus fiable et pour laquelle les comparables les plus fiables peuvent être trouvés ; ce sera le plus souvent celle dont l'analyse fonctionnelle est la moins complexe.

3.19. En voici une illustration. Supposons que l'entreprise A fabrique deux types de produits, P1 et P2, qu'elle vend à l'entreprise B, une entreprise associée dans un autre pays. Supposons que A fabrique les produits P1 en utilisant des actifs incorporels uniques de grande valeur qui appartiennent à B et en suivant des spécifications techniques définies par B. Supposons que dans cette transaction P1, A exerce uniquement des fonctions simples et n'apporte aucune contribution unique et de valeur en lien avec la transaction. Le plus souvent, la partie testée pour cette transaction P1 serait l'entreprise A. Supposons maintenant que A fabrique aussi les produits P2 pour lesquels elle possède et utilise des actifs incorporels uniques et de valeur, comme des brevets et des marques de fabrique de grande valeur, pour lesquels B agit en

tant que distributeur. Supposons enfin que dans cette transaction P2, B exerce uniquement des fonctions simples et n'apporte aucune contribution unique et de valeur en lien avec la transaction. Le plus souvent, la partie testée pour cette transaction P2 serait l'entreprise B.

A.3.4. Informations sur la transaction contrôlée

3.20. Pour pouvoir sélectionner et appliquer la méthode de prix de transfert la plus appropriée aux circonstances du cas d'espèce, des informations sont requises sur les facteurs de comparabilité en lien avec la transaction contrôlée examinée, et en particulier sur les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques assumés par toutes les parties impliquées dans la transaction contrôlée, y compris la ou les entreprises étrangères associées. En effet, même si les méthodes unilatérales (par exemple, méthodes du coût majoré, du prix de revente ou transactionnelle de marge nette qui font l'objet de commentaires détaillés au chapitre II) exigent uniquement d'examiner un indicateur financier ou un indicateur de bénéfice pour l'une des parties à la transaction (la « partie testée », voir les paragraphes 3.18-3.19), des informations sur les facteurs de comparabilité de la transaction contrôlée et en particulier sur l'analyse fonctionnelle de la partie non testée sont également requises afin de qualifier correctement la transaction contrôlée et de choisir la méthode de prix de transfert la plus fiable.

3.21. Lorsque la méthode de prix de transfert la plus appropriée aux circonstances du cas d'espèce, déterminée selon les indications des paragraphes 2.1-2.12, est une méthode transactionnelle du partage des bénéfices, des informations financières sont nécessaires sur toutes les parties à la transaction, tant nationales qu'étrangères. Compte tenu de la nature bilatérale de cette méthode, l'application de la méthode transactionnelle du partage des bénéfices nécessite des données particulièrement détaillées sur l'entreprise étrangère associée à la transaction. Cela inclut des informations sur les cinq facteurs de comparabilité afin de qualifier correctement la relation entre les parties et de démontrer que la méthode transactionnelle du partage des bénéfices est appropriée aux circonstances du cas d'espèce, ainsi que des informations financières (la détermination des bénéfices à considérer à répartir et le partage de ce bénéfice s'appuient tous deux sur des données financières relatives à toutes les parties à la transaction, y compris l'entreprise étrangère associée). Par conséquent, il serait raisonnable d'attendre des contribuables qui ont l'intention d'utiliser une méthode transactionnelle du partage des bénéfices qu'ils soient prêts à fournir aux administrations fiscales les informations nécessaires relatives à l'entreprise étrangère associée à la transaction, y compris les données financières nécessaires pour procéder au partage du bénéfice. Voir le chapitre V.

3.22. Lorsque la méthode de détermination des prix de transfert la plus appropriée aux circonstances du cas d'espèce, déterminée selon les indications des paragraphes 2.1-2.12, est une méthode unilatérale, des informations financières sur la partie testée sont requises, en plus des informations mentionnées au paragraphe 3.20, que celle-ci soit une entreprise nationale ou étrangère. Si la méthode la plus appropriée est une méthode du prix de revente, du coût majoré ou transactionnelle de marge nette et si la partie testée est le résident étranger, des informations suffisantes sont requises pour pouvoir appliquer de manière fiable la méthode retenue à la partie testée étrangère et pour que l'administration fiscale de la juridiction de la partie non testée puisse examiner l'application de la méthode à la partie étrangère associée. En revanche, lorsqu'une méthode unilatérale donnée est choisie comme étant la méthode la plus appropriée et si la partie testée est le contribuable national, l'administration fiscale n'a généralement aucune raison de demander plus d'informations financières sur l'entreprise étrangère associée, au-delà de celles découlant des exigences visées par la Déclaration pays par pays ou par le Fichier principal (voir le chapitre V).

3.23. Comme on l'a vu plus haut, l'analyse des prix de transfert nécessite de disposer d'informations sur les entreprises étrangères associées, dont la nature et la portée dépendent surtout de la méthode de prix de transfert utilisée. Toutefois, pour rassembler ces informations, le contribuable pourra éprouver des difficultés qu'il ne rencontre pas pour établir ses propres informations. Ces difficultés doivent être prises en compte pour définir les règles et/ou procédures de documentation.

A.4. Transactions comparables sur le marché libre

A.4.1. Généralités

3.24. Une transaction comparable sur le marché libre est une transaction entre deux parties indépendantes qui est comparable à la transaction contrôlée examinée. Il peut s'agir d'une transaction comparable entre une partie à la transaction contrôlée et une partie indépendante (« comparable interne ») ou entre deux entreprises indépendantes dont aucune n'est impliquée dans la transaction contrôlée (« comparable externe »).

3.25. La comparaison des transactions contrôlées d'un contribuable avec d'autres transactions contrôlées effectuées par le même groupe multinational ou par un autre groupe n'est pas pertinente pour l'application du principe de pleine concurrence et ne devrait donc pas être utilisée par une administration fiscale comme base pour procéder à un ajustement des prix de transfert ou par un contribuable pour étayer sa politique en matière de prix de transfert.

3.26. La présence d'actionnaires minoritaires peut avoir pour conséquence que les transactions contrôlées d'un contribuable sont plus proches des conditions de pleine concurrence, mais elle n'est pas déterminante en soi. L'influence d'actionnaires minoritaires dépend de plusieurs facteurs, dont le fait de savoir s'ils détiennent une participation dans le capital de la société-mère ou dans le capital d'une de ses filiales, et s'ils possèdent et exercent effectivement une influence sur la fixation des prix des transactions intra-groupe.

A.4.2. Comparables internes

3.27. L'étape 4 du processus typique décrit au paragraphe 3.4 est un examen des comparables internes existants, s'il y en a. Les comparables internes peuvent avoir un lien plus direct et plus étroit avec la transaction contrôlée examinée que les comparables externes. L'analyse financière peut être à la fois plus facile à mener et plus fiable étant donné qu'elle repose supposément sur des normes et des pratiques comptables identiques pour le comparable interne et la transaction contrôlée. Par ailleurs, les informations sur les comparables internes peuvent être à la fois plus complètes et moins onéreuses.

3.28. En revanche, les comparables internes ne sont pas toujours plus fiables et une transaction entre un contribuable et une partie indépendante ne peut pas toujours être considérée comme un comparable fiable pour des transactions contrôlées effectuées par le même contribuable. Les comparables internes, lorsqu'il en existe, doivent satisfaire aux cinq critères de comparabilité, exactement comme les comparables externes (voir les paragraphes 1.33-1.138). Les indications relatives aux ajustements de comparabilité s'appliquent aussi aux transactions comparables internes (voir les paragraphes 3.47-3.54). Supposons par exemple qu'un contribuable fabrique un produit particulier, en vend un volume significatif à un revendeur associé à l'étranger et un volume marginal à une partie indépendante. Dans une telle situation, la différence de volumes affectera de manière significative la comparabilité entre les deux transactions. S'il n'est pas possible de procéder à un ajustement raisonnablement précis permettant de supprimer les effets de cet écart, la transaction entre le contribuable et son client indépendant ne constituera pas un comparable fiable.

A.4.3. Comparables externes et sources d'informations

3.29. Il existe diverses sources d'informations pouvant servir à identifier des comparables externes potentiels. Cette sous-section examine plusieurs questions soulevées par les bases de données commerciales, les comparables étrangers et les informations non communiquées aux contribuables. En outre, lorsqu'il existe des comparables internes fiables, il peut être superflu de rechercher des comparables externes (voir les paragraphes 3.27-3.28).

A.4.3.1. Bases de données

3.30. Les bases de données commerciales, qui 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, constituent une source habituelle d'informations. Elles peuvent offrir un moyen pratique et parfois rentable d'identifier des comparables externes et constituer la source d'informations la plus fiable, en fonction de la situation.

3.31. On identifie fréquemment plusieurs limites aux bases de données commerciales. Étant donné que ces bases de données commerciales se fondent sur des informations publiques, elles n'existent pas dans toutes les juridictions, car toutes les juridictions ne publient pas la même quantité d'informations sur leurs entreprises. En outre, lorsqu'elles sont disponibles, elles ne contiennent pas le même type d'informations pour toutes les entreprises exerçant leurs activités dans une juridiction donnée, 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. Les bases de données commerciales ne fournissent pas nécessairement des informations suffisamment détaillées pour justifier le choix d'une méthode de 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 confiance. Surtout, on constate dans de nombreuses juridictions que les bases de données commerciales sont utilisées pour comparer des entreprises plutôt que des transactions, car les informations transactionnelles sur les tiers sont rarement rendues publiques. Voir le paragraphe 3.37 en ce qui concerne l'utilisation de données non transactionnelles de tiers.

3.32. L'utilisation d'une base de données commerciale peut être superflue si des informations fiables sont disponibles auprès d'autres sources, par exemple des comparables internes. Les bases de données commerciales doivent être utilisées de façon objective traduisant une volonté réelle d'identifier des informations sur des comparables fiables.

3.33. Lorsque des bases de données commerciales sont utilisées, la quantité ne doit pas prendre le pas sur la qualité. En pratique, réaliser une analyse de comparabilité en s'appuyant uniquement sur une base de données commerciale peut soulever des doutes quant à la fiabilité de l'analyse, compte tenu de la qualité des informations requises pour évaluer la comparabilité qui sont généralement contenues dans une base de données. Pour remédier à ces préoccupations, les recherches dans les bases de données peuvent être affinées au moyen d'autres informations publiques, en fonction des faits et des circonstances. Ce recours à d'autres sources vise à promouvoir la qualité par

rapport à des approches standardisées et s'applique aux recherches effectuées par les contribuables/fiscalistes comme à celles des administrations fiscales. Il doit être appréhendé dans le cadre de l'examen, aux paragraphes 3.80-3.83, des coûts et de la charge administrative induite pour le contribuable.

3.34. Il existe également des bases de données propriétaires développées et gérées par des 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, car elles peuvent être basées sur une fraction plus limitée du marché que les bases de données commerciales. Lorsqu'un contribuable a utilisé une base de données propriétaire pour étayer ses prix de transfert, l'administration fiscale peut demander l'accès à cette base de données afin d'examiner les résultats soumis par le contribuable, pour des raisons évidentes de transparence.

A.4.3.2. Comparables de source étrangère ou comparables non nationaux

3.35. Les contribuables ne recherchent pas toujours des comparables juridiction par juridiction, par exemple lorsque les comparables disponibles à l'échelle nationale sont insuffisants, et/ou afin de réduire les coûts de conformité lorsque plusieurs entités d'un groupe multinational ont des analyses fonctionnelles comparables. Les comparables non nationaux ne doivent pas être systématiquement rejetés au seul motif qu'ils ne sont pas nationaux. Il convient de déterminer si des comparables non nationaux sont fiables au cas par cas, en examinant la mesure dans laquelle ils satisfont aux cinq critères de comparabilité. La fiabilité d'utilisation de recherches de comparables régionales pour plusieurs filiales d'un groupe multinational exerçant ses activités dans une région donnée du monde dépend des circonstances particulières dans lesquelles opère chacune de ces filiales. Voir les paragraphes 1.132-1.133 consacrés aux différences entre les marchés et aux analyses couvrant plusieurs juridictions. Des difficultés peuvent également provenir de différences de normes comptables.

A.4.3.3. Informations non communiquées aux contribuables

3.36. Les administrations fiscales peuvent disposer d'informations à la suite de vérifications effectuées auprès d'autres contribuables ou via d'autres sources qui ne peuvent pas être communiquées au contribuable. Toutefois, il serait injuste d'appliquer une méthode de prix de transfert en s'appuyant sur de telles données, à moins que l'administration fiscale soit en mesure, dans les limites des obligations de confidentialité requises par ses dispositions nationales, de communiquer ces données au contribuable de manière à lui permettre de défendre sa position et de sauvegarder ses droits grâce à un contrôle judiciaire efficace.

A.4.4. Utilisation de données non transactionnelles de tiers

3.37. Le caractère transactionnel des méthodes de prix de transfert et la question de l'agrégation éventuelle des transactions contrôlées du contribuable sont abordés aux paragraphes 3.9-3.12. Une question différente concerne le fait de savoir si des données non transactionnelles de tiers peuvent fournir des comparables fiables pour les transactions contrôlées d'un contribuable (ou pour un ensemble de transactions agrégées conformément aux paragraphes 3.9-3.12). En pratique, les données disponibles sur des tiers sont souvent des données agrégées, établies au niveau d'une entreprise ou d'un segment, en fonction des normes comptables applicables. La question de savoir si ces données non transactionnelles sur des tiers peuvent fournir des comparables fiables pour la transaction contrôlée d'un contribuable ou pour un ensemble de transactions agrégées conformément aux paragraphes 3.9-3.12 dépend notamment de la question de savoir si le tiers en question effectue une gamme de transactions sensiblement différentes. Lorsque des données segmentées sont disponibles, elles peuvent fournir de meilleurs comparables que des données non segmentées au niveau d'une entreprise, parce qu'elles mettent davantage l'accent sur l'aspect transactionnel, bien que les données segmentées puissent poser des problèmes liés à l'allocation des dépenses aux différents segments. De même, les données de tiers au niveau d'une entreprise peuvent fournir des comparables de meilleure qualité que des données segmentées dans certaines circonstances, par exemple lorsque les activités que recouvrent les comparables correspondent à la gamme de transactions contrôlées du contribuable.

A.4.5. Disponibilité limitée de comparables

3.38. L'identification de comparables potentiels doit viser à trouver les données les plus fiables, tout en sachant qu'elles ne seront pas toujours parfaites. Par exemple, les transactions indépendantes peuvent être rares sur certains marchés et dans certains secteurs. Il faudra parfois rechercher une solution pragmatique, en procédant au cas par cas, par exemple en élargissant la recherche et en utilisant 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; ou des informations relatives à des transactions sur le marché libre réalisées dans le même secteur d'activité mais sur d'autres marchés géographiques; ou des informations relatives à des transactions sur le marché libre réalisées sur le même marché géographique, mais dans d'autres secteurs d'activité. Le choix entre ces diverses options dépendra des faits et circonstances du cas d'espèce, et en particulier de l'importance des effets escomptés des insuffisances de comparabilité sur la fiabilité de l'analyse.

3.39. Une méthode transactionnelle de partage des bénéfices peut, lorsque les circonstances s’y prêtent, être envisagée sans données comparables, par exemple lorsque l’absence de données comparables s’explique par l’apport de biens incorporels uniques et de valeur par les deux parties à la transaction (voir le paragraphe 2.119). Toutefois, même dans les cas où les données comparables sont rares et imparfaites, la sélection de la méthode de prix de transfert la plus appropriée doit être compatible avec l’analyse fonctionnelle des parties, voir le paragraphe 2.2.

4.5. Sélection ou rejet de comparables potentiels

3.40. Il existe principalement deux approches selon lesquelles l’identification de comparables éventuels peut être effectuée.

3.41. 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. Des informations sont ensuite rassemblées sur les transactions effectuées par ces tiers, afin de confirmer si elles 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 sur le marché bien connus du contribuable. Comme indiqué ci-dessus, pour garantir un degré d’objectivité suffisant, il est important que le processus suivi soit transparent, systématique et vérifiable. L’approche « additive » peut être utilisée seule lorsque l’auteur de la recherche connaît un petit nombre de tiers qui effectuent des transactions comparables à la transaction contrôlée examinée. Il convient de signaler ici que l’approche « additive » présente des similarités avec l’approche suivie par un contribuable lors de l’identification de comparables internes. Dans la pratique, l’approche « additive » peut recouvrir à la fois des comparables internes et externes.

3.42. 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 de critères de sélection et d’informations publiques (par exemple, bases de données, sites Internet, connaissances acquises sur les concurrents du contribuable). Dans la pratique, l’approche dite déductive commence généralement par une recherche dans une base de données. Il est donc important de suivre les indications relatives aux comparables internes et aux sources d’informations sur les comparables externes, voir les paragraphes 3.24-3.39. Par ailleurs, l’approche déductive ne se prête pas à tous les cas et à toutes les méthodes et la présente section ne doit pas être interprétée comme ayant un impact sur les critères de sélection d’une méthode de prix de transfert tels qu’exposés aux paragraphes 2.1-2.12.

3.43. Dans la pratique, des critères à la fois quantitatifs et qualitatifs sont utilisés pour inclure ou rejeter des comparables potentiels. On trouve des exemples de critères qualitatifs dans les portefeuilles de produits et les stratégies des entreprises. Les critères quantitatifs les plus communs sont :

- Les critères touchant à la taille de l'entreprise (chiffre d'affaires, éléments d'actif ou effectifs). La taille de la transaction en valeur absolue ou en proportion des activités des parties peut influencer la position concurrentielle relative de l'acheteur et du vendeur et donc la comparabilité.
- Les critères liés aux éléments d'actif incorporels tels que la valeur nette des éléments d'actif incorporels rapportée à la valeur nette totale des éléments d'actif, ou le ratio des dépenses de recherche et développement (R&D) sur le chiffre d'affaires lorsqu'il est disponible : ils permettent, par exemple, d'exclure les entreprises qui ont à leur bilan des éléments d'actif incorporels de valeur ou qui exercent des activités de R&D significatives lorsque la partie testée ne détient pas d'éléments incorporels de valeur et ne participe à des activités de R&D significatives.
- Les critères liés à l'importance des ventes à l'exportation (chiffre d'affaires à l'export sur chiffre d'affaires total), dans les cas appropriés.
- Les critères liés aux stocks, en valeur absolue ou relative, dans les cas appropriés.
- D'autres critères permettant d'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 pertinentes.

Le choix et l'application des critères de sélection dépendent des faits et circonstances propres à chaque cas particulier et la liste ci-dessus n'est ni limitative, ni impérative.

3.44. L'approche « déductive » présente l'avantage d'être plus transparente et reproductible que l'approche « additive ». Elle est également plus simple à vérifier parce que l'examen se concentre sur le processus et sur la pertinence des critères de sélection retenus. 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 données 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 certaines juridictions où la fiabilité et l'utilité des bases de données utilisées dans les analyses de comparabilité peuvent être sujettes à caution.

3.45. Il ne serait pas approprié de donner systématiquement la préférence à une approche par rapport à l'autre parce que, en fonction des circonstances du cas d'espèce, il peut être plus intéressant d'utiliser une approche « additive » ou une approche « déductive », voire une combinaison des deux. 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, il est courant d'ajouter des tiers, par exemple des concurrents connus (ou des tiers dont on sait qu'ils effectuent des transactions potentiellement comparables à celles du contribuable), qu'une simple recherche déductive ne permettrait pas d'identifier, par exemple parce qu'ils sont codifiés dans un secteur d'activité différent. Dans ce cas, l'approche « additive » permet d'améliorer la qualité de l'approche « déductive ».

3.46. Le processus suivi pour identifier des comparables potentiels est l'un des aspects les plus critiques de l'analyse de comparabilité et doit être transparent, systématique et vérifiable. En particulier, le choix des critères de sélection exerce une influence considérable sur le résultat de l'analyse et doit tenir compte des caractéristiques économiques les plus pertinentes des transactions comparées. Il serait impossible d'éliminer complètement tout élément subjectif lors de la sélection des comparables ; mais, il est possible d'œuvrer pour renforcer de manière importante l'objectivité et garantir la transparence dans la mise en œuvre d'éléments subjectifs. Garantir la transparence du processus peut dépendre de la possibilité de communiquer les critères utilisés pour sélectionner les comparables potentiels et d'expliquer les raisons pour lesquelles certains comparables potentiels ont été rejetés. L'objectivité et la transparence du processus peuvent aussi dépendre de l'accès de la personne chargée de l'examen (qu'il s'agisse du contribuable ou de l'administration fiscale) aux informations relatives au processus suivi et aux mêmes sources de données. Le chapitre V aborde les questions de documentation du processus d'identification de comparables.

A.6. Correctifs ou ajustements de comparabilité

3.47. La nécessité d'ajuster les comparables et l'exigence d'exactitude et de fiabilité sont soulignées à plusieurs reprises dans ces Principes, tant pour l'application générale du principe de pleine concurrence que plus spécifiquement dans le cadre de chaque méthode. Être comparable signifie qu'aucune des différences éventuelles entre les situations comparées ne pourrait influencer de manière significative sur l'élément examiné du point de vue méthodologique, ou que des ajustements de comparabilité raisonnablement fiables peuvent être pratiqués pour éliminer l'incidence de telles différences. L'opportunité d'effectuer des ajustements de comparabilité (et, dans ce cas, les types d'ajustements à effectuer) dans chaque cas particulier sont une question de jugement et doivent être évalués à la lumière des commentaires sur les coûts et de la charge administrative figurant à la section C.

A.6.1. Différents types d'ajustements de comparabilité

3.48. Les exemples d'ajustements de comparabilité incluent les ajustements visant à éliminer les effets des différences de normes comptables entre les transactions contrôlées et les transactions sur le marché libre ; la segmentation des données financières visant à éliminer les transactions non comparables significatives ; les ajustements visant à tenir compte des différences dans le capital, les fonctions, les actifs et les risques.

3.49. L'annexe au chapitre III fournit un exemple d'ajustement du fonds de roulement visant à tenir compte de différents niveaux de comptes clients, comptes fournisseurs et stocks. Le fait que de tels ajustements soient effectués dans la pratique ne signifie pas qu'ils doivent l'être automatiquement ou systématiquement. 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.

A.6.2. Objet des ajustements de comparabilité

3.50. Les ajustements de comparabilité devraient être envisagés lorsque (et seulement lorsque) on peut s'attendre à ce qu'ils améliorent la fiabilité des résultats. Des observations s'imposent concernant l'importance de la différence pour laquelle un ajustement est envisagé, la qualité des données ajustées, l'objet de l'ajustement opéré et la fiabilité de la méthode qui sous-tend l'ajustement.

3.51. Les ajustements de comparabilité ne sont nécessaires que s'ils visent à corriger des différences qui ont un 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, la nécessité d'apporter des ajustements nombreux ou très importants aux principaux facteurs de comparabilité pourrait indiquer que les transactions des tiers ne sont en fait pas suffisamment comparables.

3.52. Les données sur les comparables potentiels ne méritent pas toujours les ajustements proposés. Par exemple, il peut ne pas être utile de corriger des différences dans les comptes clients si des différences importantes de normes comptables n'ont par ailleurs pas pu être résolues. De même, des ajustements sophistiqués peuvent parfois créer l'impression fallacieuse que le résultat est « scientifique », fiable et exact.

A.6.3. Fiabilité de l'ajustement réalisé

3.53. Il n'y a pas lieu de considérer certains ajustements de comparabilité, comme les ajustements du fonds de roulement, comme « standards » et non discutables, tandis que d'autres ajustements de comparabilité, comme ceux apportés parfois pour tenir compte du risque pays, seraient considérés comme plus subjectifs, et par conséquent devant faire l'objet de plus de justifications et de fiabilité. Les seuls ajustements qui devraient être pratiqués sont ceux dont on attend qu'ils améliorent la comparabilité.

A.6.4. Documentation et test des ajustements de comparabilité

3.54. Assurer le niveau de transparence requis peut requérir une explication des ajustements effectués, des raisons pour lesquelles ces ajustements sont considérés comme appropriés, de la manière dont ils ont été calculés, de la manière dont ils ont modifié les résultats pour chaque comparable et de la manière dont l'ajustement améliore la comparabilité. Les questions relatives à la documentation des ajustements de comparabilité sont commentées au chapitre V.

A.7. Intervalle de pleine concurrence

A.7.1. Généralités

3.55. 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 sera la donnée la plus fiable pour établir si une transaction s'est faite ou non dans des conditions de pleine concurrence. Mais très souvent, comme la fixation des prix de transfert n'est pas une science exacte, l'application de la méthode ou des méthodes les plus appropriées débouchera sur un intervalle de chiffres tous relativement aussi fiables. Dans ce cas, les différences entre les chiffres compris dans cet intervalle 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 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.

3.56. Dans certains cas, les transactions comparables examinées n'auront pas toutes un degré de comparabilité relativement équivalent. Lorsqu'il est possible de déterminer que certaines transactions sur le marché libre ont un degré de comparabilité inférieur à d'autres, elles devraient être éliminées.

3.57. Il se peut également qu'après qu'on se soit efforcé d'exclure les points qui ont un moindre degré de comparabilité, on obtienne un intervalle composé de points pour lesquels on considère, compte tenu de la méthodologie employée pour sélectionner les comparables et des limites quant aux informations disponibles sur lesdits comparables, qu'il subsiste des insuffisances en termes de comparabilité qui ne peuvent pas être identifiées et/ou quantifiées et qui ne sont donc pas corrigées. En pareils cas, si l'intervalle inclut un nombre important d'observations, des outils statistiques qui prennent en compte la tendance centrale afin de restreindre l'intervalle (tels que l'intervalle interquartile ou d'autres centiles) pourraient permettre de renforcer la fiabilité de l'analyse.

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

3.59. Lorsque l'application de la méthode la plus appropriée (ou de plusieurs méthodes le cas échéant, voir le paragraphe 2.12) aboutit à un intervalle composé de plusieurs points, 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.

A.7.2. Sélection du point le plus approprié dans l'intervalle

3.60. Si la condition de la transaction entre entreprises associées (par exemple, le prix ou la marge) se situe à l'intérieur de l'intervalle de pleine concurrence, il n'y a pas lieu de procéder à un ajustement.

3.61. Si la condition de la transaction entre entreprises associées (par exemple, le prix ou la marge) se situe en dehors de cet intervalle de pleine concurrence déterminé par l'administration fiscale, le contribuable devrait avoir la possibilité de démontrer que les conditions de la transaction sont conformes au principe de pleine concurrence et que l'intervalle de pleine concurrence englobe leurs résultats (c'est-à-dire que l'intervalle de pleine concurrence est différent de celui déterminé par l'administration fiscale). Si le contribuable ne peut apporter cette démonstration, l'administration fiscale devrait déterminer le point de l'intervalle auquel il convient d'ajuster la condition de la transaction entre entreprises associées.

3.62. Pour déterminer ce point, lorsque l'intervalle comprend des résultats dont le degré de fiabilité est relativement équivalent et élevé, on pourrait considérer que n'importe quel point de l'intervalle satisfait au principe de pleine concurrence. Lorsque des défauts de comparabilité demeurent ainsi que noté au paragraphe 3.57, il peut être approprié d'utiliser des mesures de tendance centrale (par exemple la médiane, la moyenne ou des moyennes pondérées, etc., selon les caractéristiques spécifiques de l'ensemble de données) pour déterminer le point d'ajustement, afin de minimiser le risque d'erreur dû aux défauts de comparabilité non identifiés ou non quantifiables.

A.7.3. Résultats extrêmes : questions de comparabilité

3.63. Les résultats extrêmes peuvent consister en des pertes ou des bénéfices inhabituellement élevés. Les résultats extrêmes peuvent avoir un impact sur l'indice financier examiné dans le cadre de la méthode retenue (par exemple, la marge brute lors de l'application d'une méthode du prix de revente ou un indicateur du bénéfice net lors de l'application d'une méthode transactionnelle de la marge nette). Ils peuvent aussi affecter d'autres éléments, comme les éléments exceptionnels hors exploitation, mais refléter toutefois des circonstances exceptionnelles. Lorsqu'un ou plusieurs des comparables potentiels présentent des résultats extrêmes, il conviendrait de procéder à un examen complémentaire 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. 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 très différent des résultats observés pour d'autres « comparables » proposés.

3.64. Une entreprise indépendante ne poursuivrait pas des activités déficitaires à moins de pouvoir raisonnablement compter sur des bénéfices futurs. Voir les paragraphes 1.149 à 1.151. En particulier, des fonctions simples ou à faible risque ne sont pas censées générer des pertes sur une longue période. Cela ne veut pas dire pour autant que des transactions déficitaires ne peuvent jamais servir de comparables. De façon générale, toutes les informations pertinentes doivent être utilisées et il ne devrait pas y avoir de règle prépondérante sur l'inclusion ou l'exclusion des comparables déficitaires. En effet, c'est la situation particulière de la société concernée qui doit déterminer son statut de comparable et non pas son résultat financier.

3.65. De façon générale, une transaction sur le marché libre déficitaire doit déclencher des recherches complémentaires afin de déterminer si elle peut ou non servir de comparable. Les circonstances dans lesquelles des transactions/entreprises déficitaires doivent être exclues de la liste des comparables comprennent les cas où les pertes ne reflètent pas des conditions d'activité normales, et où 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. Les comparables déficitaires qui satisfont à l'analyse de comparabilité ne devraient toutefois pas être rejetés au seul motif qu'ils subissent des pertes.

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

B. Cadre temporel et comparabilité

3.67. 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. Voir les paragraphes 5.27 et 5.36 du chapitre V en ce qui concerne les questions de cadre temporel dans le contexte des exigences documentaires en matière de prix de transfert.

B.1. Date d'origine

3.68. En principe, les informations concernant les conditions de transactions comparables sur le marché libre qui ont été entreprises ou effectuées au cours de la même période que la transaction contrôlée (« transactions contemporaines sur le marché libre ») sont censées être les informations les plus fiables à utiliser dans une analyse de comparabilité, parce qu'elles reflètent la manière dont des parties indépendantes se sont comportées dans un environnement économique analogue à celui de la transaction contrôlée du contribuable. Toutefois, en pratique, les informations

disponibles sur les transactions contemporaines sur le marché libre peuvent être limitées, en fonction de leur date de collecte.

B.2. Date de collecte

3.69. Dans certains cas, les contribuables établissent une documentation de leurs prix de transfert afin de démontrer qu'ils se sont efforcés de respecter le principe de pleine concurrence lorsque leurs transactions intragroupe ont été entreprises, c'est-à-dire sur une base *ex ante* (approche dite de la « fixation de prix de pleine concurrence »), en se basant sur des renseignements dont ils pouvaient raisonnablement disposer à ce moment. Ces renseignements englobent non seulement des informations sur des transactions comparables des années antérieures, mais également des informations sur les changements économiques et sur le marché qui peuvent s'être produits entre ces années antérieures et l'année de la transaction contrôlée. En effet, des parties indépendantes dans des circonstances comparables ne fonderaient pas leurs décisions de prix uniquement sur des données historiques.

3.70. Dans d'autres cas, les contribuables peuvent être tenus de tester le résultat effectif de leurs transactions contrôlées afin de démontrer que les conditions de ces transactions respectaient le principe de pleine concurrence, c'est-à-dire sur une base *ex post* (approche dite du « test du résultat de pleine concurrence »). Habituellement, ce test a lieu lors de l'établissement de la déclaration fiscale en fin d'année.

3.71. Les approches de la fixation de prix de pleine concurrence et du test du résultat de pleine concurrence, ainsi que des combinaisons de ces deux approches, sont mises en œuvre par les pays de l'OCDE. Un problème de double imposition peut se poser lorsqu'une transaction contrôlée a lieu entre deux entreprises associées dans des juridictions qui appliquent des approches différentes, conduisant à des résultats différents, par exemple à cause d'un écart entre les anticipations d'évolution du marché prises en compte dans l'approche de fixation de prix de pleine concurrence et les résultats effectifs observés avec l'approche de test du résultat de pleine concurrence. Voir les paragraphes 4.38 et 4.39. 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 juridictions 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).

B.3. Évaluation très incertaine au départ et événements imprévisibles

3.72. La question se pose de savoir s'il faut tenir compte, dans l'analyse des prix de transfert, d'événements futurs qui étaient imprévisibles au moment du test d'une transaction contrôlée, en particulier lorsque l'évaluation était alors

très incertaine, et dans l'affirmative comment en tenir compte. Cette question doit être résolue, tant par les contribuables que par les administrations fiscales, en se référant à ce que des entreprises indépendantes auraient fait dans des circonstances comparables pour tenir compte, dans la fixation du prix de la transaction, de l'incertitude de l'évaluation.

3.73. Le raisonnement qu'on trouve aux paragraphes 6.181-6.185, qui contiennent des instructions sur le prix de pleine concurrence de transactions faisant intervenir des actifs incorporels dont la valeur est grandement incertaine au moment de la transaction, s'applique par analogie à d'autres types de transactions présentant des incertitudes d'évaluation. La principale question est de déterminer si l'évaluation était suffisamment incertaine au départ pour justifier que les parties opérant dans des conditions de pleine concurrence auraient exigé un mécanisme d'ajustement de prix, ou si le changement de valeur constituait un fait si fondamental qu'il aurait entraîné une renégociation de la transaction. Lorsque tel est le cas, l'administration fiscale serait fondée à déterminer le prix de pleine concurrence pour la transaction en se fondant sur la clause d'ajustement ou sur la renégociation qui serait opérée dans des conditions de pleine concurrence pour une transaction comparable sur le marché libre. Dans d'autres circonstances, lorsqu'il n'y a pas de raison de considérer que l'évaluation était suffisamment incertaine au départ pour justifier le fait que des parties auraient exigé une clause d'ajustement de prix ou auraient renégocié les termes du contrat, l'administration fiscale n'aurait pas de raison de procéder à un tel ajustement qui constituerait un ajustement *a posteriori* injustifié. La simple existence de l'incertitude ne doit pas entraîner d'office un ajustement *ex post* sans tenir compte de ce que des entreprises indépendantes auraient fait ou ce dont elles seraient convenues.

B.4. Données portant sur des exercices postérieurs à celui de la transaction

3.74. 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 il faut alors veiller à 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 des parties lors des années qui suivent la transaction devra également être pris en compte pour délimiter précisément la transaction effective.

B.5. Données pluriannuelles

3.75. En pratique, l'examen de données pluriannuelles est souvent utile lors d'une analyse de comparabilité, mais ce n'est pas une exigence systématique. Des données pluriannuelles doivent être utilisées dans les cas où elles permettent d'améliorer l'analyse des prix de transfert. Il n'y a pas lieu de fixer de normes quant au nombre d'années qui doivent être couvertes par les analyses pluriannuelles.

3.76. 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 des faits qui ont pu influencer (ou auraient dû influencer) la fixation du prix de transfert. Les données d'exercices antérieurs permettront de savoir, par exemple, si la perte déclarée par le contribuable pour une transaction fait suite à une série de pertes antérieures pour des transactions similaires, si elle est le résultat de conditions économiques particulières au cours d'un exercice antérieur qui ont eu pour effet d'accroître les coûts au cours d'exercices ultérieurs, ou si elle tient au fait que le produit se trouve à la fin de son cycle de vie. Une telle analyse peut être particulièrement fructueuse lorsqu'on applique une méthode transactionnelle de bénéfices. Voir le paragraphe 1.151 sur l'utilité de données pluriannuelles pour examiner des situations de pertes. Les données pluriannuelles peuvent aussi améliorer la compréhension de contrats à long terme.

3.77. Les données pluriannuelles seront également utiles pour éclairer la conjoncture dans laquelle opèrent les entreprises comparables et les cycles de vie de leurs produits. Les différences tenant à l'évolution de la conjoncture ou au cycle de vie des produits peuvent avoir sur les conditions de fixation des prix de transfert une incidence substantielle qu'il est nécessaire d'évaluer pour se prononcer sur la comparabilité. Les données des exercices antérieurs permettront de savoir si une entreprise indépendante qui a effectué une transaction comparable a été affectée par des conditions économiques comparables d'une manière comparable, ou si des conditions différentes au cours d'un exercice antérieur ont eu une telle incidence sur le prix ou le bénéfice que la transaction de l'entreprise ne doit pas être considérée comme comparable.

3.78. Des données pluriannuelles peuvent aussi améliorer le processus de sélection de comparables de 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 à rejeter le comparable; elles peuvent aussi permettre de déceler des anomalies dans les informations sur les tiers.

3.79. L'utilisation de données pluriannuelles n'implique pas nécessairement l'utilisation de moyennes pluriannuelles. Néanmoins, l'utilisation de données et de moyennes pluriannuelles peut parfois améliorer la fiabilité de l'intervalle. Voir aux paragraphes 3.57-3.62 un examen des instruments statistiques.

C. Respect des obligations fiscales par les contribuables

3.80. 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 identifier des comparables potentiels et se procurer des informations détaillées. Il est admis que le coût des informations peut être très problématique, surtout pour les entreprises de taille petite ou moyenne, mais aussi pour les groupes multinationaux qui gèrent de très nombreuses transactions contrôlées dans de multiples juridictions. Le paragraphe 4.28 et le chapitre V reconnaissent explicitement la nécessité d'une application raisonnable de l'obligation de documenter la comparabilité.

3.81. Lorsqu'on entreprend une analyse de comparabilité, il n'est pas nécessaire d'effectuer une recherche exhaustive de toutes les sources d'informations pertinentes potentielles. Les contribuables et les administrations fiscales doivent faire preuve de discernement pour déterminer si des comparables donnés sont fiables.

3.82. À titre de bonne pratique, les contribuables devraient mettre en place un processus pour établir, suivre et revoir 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 effectuées dans un environnement stable ou en mutation. Une approche pratique de ce type serait conforme à la stratégie d'évaluation pragmatique des risques ou au concept de gestion commerciale prudente. En pratique, cela signifie qu'il serait raisonnable pour un contribuable de consacrer relativement moins d'efforts à trouver des informations sur des comparables à l'appui de transactions contrôlées moins importantes ou moins significatives. Pour des transactions simples effectuées dans un environnement stable et dont les caractéristiques restent identiques ou similaires, il ne serait pas nécessaire d'effectuer chaque année une analyse de comparabilité détaillée avec une analyse fonctionnelle.

3.83. Les questions afférentes aux prix de transfert concernent de plus en plus de petites et moyennes entreprises et le nombre de transactions internationales ne cesse de croître. Bien que le principe de pleine concurrence s'applique de la même manière aux petites et moyennes entreprises et transactions, des formules souples peuvent être appropriées pour trouver une solution raisonnable à chaque cas de prix de transfert.

Chapitre IV

Méthodes administratives destinées à éviter et à régler les différends en matière de prix de transfert

A. Introduction

4.1. Ce chapitre examine les différentes procédures administratives susceptibles d'être utilisées pour réduire au maximum et contribuer à résoudre les différends en matière de prix de transfert qui peuvent survenir entre les contribuables et les administrations fiscales, ainsi qu'entre les différentes administrations fiscales. De tels différends peuvent surgir même si les orientations figurant dans ces Principes sont suivies scrupuleusement pour l'application du principe de pleine concurrence. Il est possible que les contribuables et les administrations fiscales aboutissent à des conclusions différentes en ce qui concerne les conditions de pleine concurrence des transactions entre entreprises associées qui font l'objet d'une vérification, étant donné la complexité de certaines questions de prix de transfert et les difficultés d'interprétation et d'évaluation dans chaque cas d'espèce.

4.2. Lorsque deux administrations fiscales ou plus adoptent des positions divergentes pour la détermination des conditions de pleine concurrence, il peut en résulter une double imposition. On entend par double imposition la prise en compte d'un même revenu dans la base d'imposition par plus d'une administration fiscale, soit lorsque le revenu se trouve entre les mains de contribuables différents (double imposition économique, pour les entreprises associées) soit lorsqu'il se trouve entre les mains de la même entité juridique (double imposition juridique, pour les établissements stables). La double imposition n'est pas souhaitable et doit être éliminée dans toute la mesure du possible, parce qu'elle constitue un obstacle potentiel à l'expansion des flux internationaux d'échanges et d'investissements. Mais le fait qu'un même revenu soit inclus dans la base d'imposition par plus d'une administration fiscale ne signifie pas toujours qu'il sera effectivement taxé deux fois.

4.3. Ce chapitre est consacré à un certain nombre de méthodes administratives permettant de résoudre les différends dus à l'ajustement de prix de transfert et d'éviter la double imposition. La section B traite des pratiques mises en œuvre par les administrations fiscales pour faire respecter le régime des prix de transfert, en particulier sous l'angle du contrôle, de la charge de la preuve et des sanctions. La section C porte sur les ajustements corrélatifs (article 9 paragraphe 2 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE) et la procédure amiable (article 25). La section D décrit l'utilisation des contrôles fiscaux simultanés par deux administrations fiscales (ou plus) pour accélérer l'identification, l'examen et le règlement des problèmes que posent les prix de transfert (et d'autres problèmes fiscaux internationaux). Les sections E et F traitent de divers dispositifs visant à réduire les différends en matière de prix de transfert entre les contribuables et leur administration fiscale. La section E évoque la possibilité d'instaurer des régimes de protection en faveur de certains contribuables et la section F les accords de fixation préalable des prix de transfert, qui consistent à définir par avance une méthode ou des conditions de fixation des prix de transfert auxquelles le contribuable devra se conformer pour certaines transactions entre entreprises associées. La section G commente brièvement l'utilisation de l'arbitrage pour le règlement des différends entre juridictions se rapportant aux prix de transfert.

B. Pratiques de mise en œuvre du régime des prix de transfert

4.4. Chaque juridiction membre définit et met en œuvre conformément à son droit interne et à ses procédures administratives certaines pratiques tendant à assurer le respect de ses dispositions fiscales. Un grand nombre de juridictions font essentiellement appel à trois éléments pour la mise en œuvre des dispositions fiscales internes : ils s'efforcent a) de limiter les possibilités d'inobservation des dispositions fiscales (par exemple en instaurant une retenue à la source et en exigeant la communication de certains renseignements), b) de faciliter de manière positive le respect des obligations fiscales (par exemple par des actions de formation et par la publication de guides); et c) de dissuader le contribuable de ne pas se conformer à la législation fiscale. Ces pratiques fiscales qui relèvent de la souveraineté nationale et sont fonction des particularités de systèmes fiscaux très différents doivent rester de la compétence de chaque juridiction. Néanmoins, une application équitable du principe de pleine concurrence requiert des règles de procédures claires pour assurer une protection suffisante du contribuable et faire en sorte que les recettes fiscales ne soient pas transférées vers les juridictions qui appliquent des règles de procédure excessivement sévères. Toutefois, lorsqu'un contribuable soumis à un contrôle dans une juridiction fait partie d'un groupe multinational, il est possible que les pratiques de mise en œuvre de la législation fiscale nationale d'une juridiction, qui vérifie la situation d'un contribuable, aient une incidence dans d'autres juridictions. Tel pourra être en particulier

le cas lorsqu'on a affaire à des prix de transfert se rapportant à des opérations internationales, la fixation des prix de transfert se répercutant sur l'impôt recouvré par les deux administrations fiscales dont relèvent les entreprises associées qui ont conclu la transaction contrôlée. Si le même prix de transfert n'est pas accepté par les autres administrations fiscales, le groupe multinational peut être soumis à une double imposition ainsi qu'il est expliqué au paragraphe 4.2. Par conséquent, les administrations fiscales devraient prendre en compte le principe de pleine concurrence dans la mise en œuvre de leurs pratiques nationales destinées à assurer le respect des obligations fiscales ainsi que les conséquences que peuvent avoir pour les autres administrations fiscales, les règles qu'elles appliquent pour faire respecter le régime des prix de transfert; elles doivent s'efforcer non seulement de faciliter une juste répartition de l'impôt entre les juridictions mais aussi de prévenir la double imposition des contribuables.

4.5. Cette section décrit trois aspects de la mise en œuvre des règles relatives aux prix de transfert qui doivent tout particulièrement retenir l'attention lorsqu'il s'agit de faire en sorte que les administrations fiscales mettent en œuvre ces règles de façon équitable à la fois pour les contribuables et les autres administrations fiscales. Si d'autres pratiques de mise en œuvre du régime des prix de transfert sont communément utilisées dans les pays membres de l'OCDE, comme par exemple le recours à des procédures contentieuses, et des sanctions en matière de charge de la preuve lorsque des informations peuvent être réclamées par une administration fiscale mais ne sont pas fournies, ces trois aspects auront souvent une incidence sur la manière dont les administrations fiscales d'autres juridictions envisagent la procédure amiable et définissent leur attitude pour s'assurer le respect de leur propre réglementation en matière de prix de transfert. Ces trois aspects sont les suivants : les pratiques en matière de vérification, la charge de la preuve et les sanctions. Toute évaluation dans ces trois domaines est nécessairement fonction des caractéristiques du système fiscal. Il ne sera donc pas possible de définir un ensemble uniforme de principes à respecter ou de points à examiner qui soit valable dans tous les cas. Cette section a donné donc des indications générales quant aux types de problèmes qui peuvent se poser et aux méthodes pouvant être raisonnablement appliquées pour arriver à un équilibre entre les intérêts des contribuables et ceux des administrations fiscales concernées par une investigation relative aux prix de transfert.

B.1. Pratiques en matière de vérification

4.6. Les pratiques en matière de vérification sont très différentes d'un pays membre de l'OCDE à l'autre. Ces différences peuvent être dues à toute une série de facteurs, notamment, la structure de l'administration fiscale, la superficie et la population de la juridiction, le volume du commerce intérieur et du commerce extérieur et divers paramètres culturels et historiques.

4.7. Les affaires de prix de transfert peuvent soulever des difficultés particulières par rapport aux pratiques normales de vérification ou de contrôle, aussi bien pour l'administration fiscale que pour le contribuable. En effet, elles mettent en jeu un très grand nombre d'éléments et peuvent exiger une évaluation complexe pour ce qui est de la comparabilité, des marchés et des informations de nature financière ou d'autres informations concernant la branche d'activité. Par conséquent, certaines administrations fiscales ont des vérificateurs spécialisés dans les prix de transfert et les vérifications en matière de prix de transfert peuvent exiger plus de temps que d'autres vérifications et suivre des procédures particulières.

4.8. Comme la fixation d'un prix de transfert n'est pas une science exacte, il ne sera pas toujours possible de déterminer un seul prix correct de pleine concurrence; au contraire, comme il est indiqué au chapitre III, il faudra parfois estimer le prix correct par référence à une fourchette de chiffres acceptables. Par ailleurs, le choix de la méthode de fixation du prix de pleine concurrence ne sera pas, dans bien des cas, parfaitement clair. Le contribuable peut éprouver des difficultés particulières lorsque l'administration fiscale propose d'appliquer une méthode, par exemple la méthode transactionnelle de bénéfice qui n'est pas la même que celle utilisée par le contribuable.

4.9. Lorsqu'une affaire de prix de transfert soulève des problèmes particulièrement délicats, le contribuable même le mieux intentionné peut commettre de bonne foi une 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. Par conséquent, il est souhaitable que les vérificateurs commencent par examiner les prix de transfert du point de vue de la méthode que le contribuable a choisie pour fixer ses prix. Les indications données au chapitre II, partie I sur la sélection de la méthode de détermination des prix de transfert la plus appropriée peuvent également être utiles à cet égard.

4.10. Dans la répartition des moyens dont elles disposent pour effectuer les vérifications, les administrations fiscales devraient tenir compte des méthodes de fixation des prix utilisées par le contribuable, en recherchant par exemple si le groupe multinational a recours à un centre de profit. Voir le paragraphe 1.5.

B.2. Charge de la preuve

4.11. Tout comme les pratiques en matière de vérification, les règles qui régissent la charge de la preuve dans le domaine fiscal sont différentes d'une juridiction membre de l'OCDE à l'autre. Dans la plupart des juridictions, la charge de la preuve incombe à l'administration fiscale, aussi bien dans le cadre de ses propres procédures (par exemple en matière d'assiette et de recours) qu'au stade contentieux. Dans certaines de ces juridictions, il peut y avoir renversement de la charge de la preuve, l'administration fiscale étant en droit d'évaluer le revenu imposable s'il s'avère que le contribuable n'a pas agi de bonne foi, par exemple en ne coopérant pas, en ne se conformant pas à des demandes raisonnables de documents ou en procédant à des déclarations erronées ou fallacieuses. Dans d'autres juridictions, la charge de la preuve incombe au contribuable. À cet égard, il faut cependant noter les conclusions des paragraphes 4.16 et 4.17.

4.12. Il y a lieu de tenir compte de l'incidence des dispositions régissant la charge de la preuve sur le comportement de l'administration fiscale et du contribuable. À titre d'exemple, lorsqu'en droit interne la charge de la preuve incombe à l'administration fiscale, le contribuable pourra n'être aucunement tenu, sur le plan juridique, de démontrer qu'il a correctement calculé ses prix de transfert, tant que l'administration fiscale n'aura pas fourni un commencement de preuve montrant que la fixation des prix n'est pas conforme au principe de pleine concurrence. Mais même dans ce cas, l'administration fiscale peut bien entendu contraindre le contribuable à produire les documents relatifs à ses transactions avec des entreprises associées qui sont susceptibles de lui permettre d'entreprendre une vérification. Dans certaines juridictions, les contribuables ont le devoir de coopérer avec l'administration fiscale. Si un contribuable manque à cette obligation, l'administration fiscale peut être habilitée à évaluer d'office ses revenus et à estimer sa situation, sur la base des données dont elle dispose. Dans ces cas, les administrations ne doivent pas chercher à imposer en matière de coopération des règles trop strictes auxquelles les contribuables auraient du mal à se conformer.

4.13. Dans les juridictions où la charge de la preuve incombe au contribuable, les administrations fiscales n'ont généralement pas la possibilité d'opérer des redressements qui ne reposent pas sur des bases juridiques solides. Par exemple, une administration fiscale d'une juridiction appliquant le principe de pleine concurrence ne pourrait pas opérer un redressement sur la base d'un revenu imposable calculé à partir d'un pourcentage fixe du chiffre d'affaires sans tenir compte du principe de pleine concurrence. Dans les juridictions où la charge de la preuve incombe au contribuable, en cas de procédure contentieuse, la charge de la preuve est souvent considérée comme susceptible d'être renversée. Lorsque le contribuable présente à un tribunal des arguments et des preuves suffisantes pour démontrer que son prix de transfert

était conforme au principe de pleine concurrence, c'est alors à l'administration fiscale qu'incombe, en droit ou en fait, la charge de la preuve pour contester la position du contribuable et présenter des arguments et des données démontrant pourquoi le prix de transfert fixé par le contribuable n'était pas conforme au principe de pleine concurrence et pourquoi l'évaluation de l'administration est correcte. En revanche, si un contribuable ne fait pas beaucoup d'efforts pour démontrer que son prix de transfert était conforme au principe de pleine concurrence, on estime qu'il ne s'est pas conformé aux obligations qui lui incombent en matière de charge de la preuve lorsqu'une administration fiscale a procédé à un redressement qui reposait sur des fondements juridiques solides.

4.14. Dans les affaires de prix de transfert, le régime différent de la preuve d'un pays membre de l'OCDE à l'autre pose de sérieux problèmes si les droits qui découlent des règles de preuve sont déterminants du point de vue de l'attitude des intéressés. Prenons l'exemple de la vérification d'une transaction entre entreprises associées faisant intervenir les autorités d'une juridiction dans laquelle la charge de la preuve incombe au contribuable et celles d'une deuxième juridiction dans laquelle elle incombe à l'administration fiscale. Si la charge de la preuve est déterminante du point de vue de l'attitude adoptée, l'administration fiscale de la première juridiction pourra faire valoir au sujet des prix de transfert une position sans fondement que le contribuable pourra accepter, et l'administration fiscale de la deuxième juridiction aura alors à démontrer que les prix de transfert n'ont pas été correctement fixés. Il pourrait advenir que ni le contribuable de la deuxième juridiction ni l'administration fiscale de la première juridiction ne s'efforcent de déterminer un prix acceptable de pleine concurrence. Ce type de comportement pourrait aboutir à un conflit significatif et à une double imposition.

4.15. Considérons une situation identique à celle de l'exemple du paragraphe précédent. Si la charge de la preuve est encore déterminante du point de vue de l'attitude adoptée, un contribuable de la première juridiction qui est une filiale d'un contribuable de la deuxième juridiction (nonobstant les règles en matière de charge de la preuve et ces Principes) peut ne pas être en mesure de montrer que ses prix de transfert sont de pleine concurrence ou ne pas être disposé à le faire. Après vérification, l'administration fiscale de la première juridiction effectue un ajustement de bonne foi sur la base des informations dont elle dispose. La société-mère de l'autre juridiction n'est pas tenue de fournir à son administration fiscale des informations montrant que le prix de transfert était de pleine concurrence dans la mesure où la charge de la preuve incombe à l'administration fiscale. De ce fait, il sera difficile aux deux administrations fiscales de parvenir à un accord dans le cadre de procédures faisant intervenir les autorités compétentes.

4.16. Dans la pratique, ni les administrations fiscales ni les contribuables ne devraient faire un aussi mauvais usage des règles de preuve. Vu la complexité

des analyses qui ont trait aux prix de transfert, il convient que les contribuables et les administrations fiscales mettent en œuvre avec une particulière prudence et avec modération les règles de preuve dans les affaires de prix de transfert. Plus précisément, la pratique suivante paraît souhaitable : l'administration fiscale ou le contribuable ne devraient pas faire un usage abusif des règles de preuve pour se livrer à des assertions sans fondement ou non vérifiables dans le contexte de prix de transfert. L'administration fiscale devrait être prête à démontrer de bonne foi qu'elle a déterminé les prix de transfert conformément au principe de pleine concurrence, même si la charge de la preuve incombe au contribuable. De même, le contribuable devrait être prêt à démontrer de bonne foi qu'il a fixé ses prix de transfert conformément au principe de pleine concurrence, quelles que soient les règles de preuve.

4.17. Les Commentaires sur le paragraphe 2 de l'article 9 du modèle de Convention fiscale de l'OCDE précisent que l'État auquel un ajustement corrélatif est demandé ne doit donner suite à cette mesure que s'il « estime que le chiffre des bénéfices rectifiés correspond bien à celui qui aurait été obtenu si les transactions avaient été conclues en toute indépendance ». Cela signifie que dans le cadre de procédures faisant intervenir les autorités compétentes, c'est à l'État qui a proposé l'ajustement primaire qu'incombe la charge de démontrer à l'autre État que le redressement « est justifié dans son principe et dans son montant ». Il faut que les autorités compétentes des deux juridictions se montrent coopératives dans le cadre de procédures amiables.

B.3. Sanctions

4.18. Les sanctions ont le plus souvent pour objet de dissuader le contribuable de ne pas se conformer à la législation fiscale, lorsque les obligations en cause visent soit des prescriptions de nature procédurale, notamment la fourniture des renseignements nécessaires ou le dépôt de déclarations, soit la détermination quant au fond de l'obligation fiscale. L'objectif est généralement de rendre le coût d'insuffisances de paiement ou d'autres inobservances de la législation fiscale plus élevé que celui du respect des obligations fiscales. Le Comité des affaires fiscales a reconnu que l'objectif premier des sanctions fiscales de nature civile devait être de favoriser le respect de la législation fiscale [voir le rapport OCDE Droits et obligations des contribuables (1990)]. Si une procédure amiable aboutit à une suppression ou à une réduction de l'ajustement, il est important qu'il existe des possibilités d'annuler ou d'atténuer une pénalité imposée par les administrations fiscales.

4.19. Une grande prudence s'impose lorsqu'on veut comparer les pratiques et politiques des différentes juridictions en matière de sanctions. Premièrement, il faut être bien conscient que les dénominations de sanctions ayant le même objet peuvent varier d'une juridiction à l'autre. Deuxièmement, il faut tenir compte de l'ensemble des dispositions en vigueur dans une juridiction pour assurer

le respect des obligations fiscales. Les pratiques nationales de mise en œuvre des dispositions fiscales sont fonction, comme on l'a vu précédemment, de l'ensemble du système fiscal de la juridiction et elles reposent sur une certaine appréciation des besoins et des équilibres à respecter, notamment pour ce qui est du choix entre les mesures qui éliminent les possibilités d'inobservation des dispositions fiscales (par exemple, le fait d'imposer aux contribuables l'obligation de coopérer avec l'administration fiscale ou de renverser la charge de la preuve dans les cas où il apparaît qu'ils n'ont pas agi de bonne foi) et les sanctions pécuniaires (par exemple, l'application, en cas d'insuffisance de l'impôt versé, d'un supplément d'impôt en plus du montant de l'insuffisance de l'impôt). En outre, la nature des sanctions fiscales peut être fonction du système judiciaire de la juridiction. La plupart des juridictions n'appliquent pas de pénalités sans faute : dans certaines juridictions, par exemple, l'imposition d'une pénalité sans faute serait contraire aux principes sous-jacents de leur système juridique.

4.20. Il existe tout un éventail de sanctions. Il faut tout d'abord distinguer les sanctions civiles et les sanctions pénales. Les sanctions pénales sont pratiquement toujours réservées aux cas de fraude très grave et la charge de la preuve est généralement très lourde pour la partie qui invoque l'application de la sanction (c'est-à-dire l'administration fiscale). Dans aucun pays membre de l'OCDE, les sanctions pénales ne constituent le principal moyen pour promouvoir le respect des obligations fiscales. Les sanctions civiles (ou administratives) sont plus courantes et il s'agit généralement de sanctions pécuniaires (même si, comme on l'a vu, la sanction peut avoir un caractère autre que pécuniaire, notamment sous la forme d'un renversement de la charge de la preuve, lorsque, par exemple, le contribuable ne s'est pas conformé à certaines règles de procédure ou n'a pas coopéré et les ajustements discrétionnaires aboutissent à une sanction effective).

4.21. Certaines sanctions civiles visent à faire respecter des obligations d'ordre procédural, comme le dépôt de déclarations en temps voulu et la communication de renseignements. Souvent, les sanctions de ce type sont faibles et calculées sur la base d'un montant forfaitaire pour chaque jour de retard, par exemple lorsqu'une déclaration n'a pas été soumise. Les sanctions civiles les plus lourdes sont celles qui concernent la minoration de l'impôt dû.

4.22. Bien que certaines juridictions puissent employer le terme de « pénalités », dans d'autres juridictions, les mêmes prélèvements ou des prélèvements similaires peuvent être classés dans la catégorie des « intérêts ». Les régimes de « pénalités » de certaines juridictions peuvent donc comporter des « suppléments d'impôt » ou des « intérêts » en cas de minoration aboutissant à des paiements d'impôts tardifs postérieurs à la date d'exigibilité. Ces dispositions sont souvent destinées à faire en sorte que l'administration fiscale récupère au moins la valeur réelle du manque à gagner qu'elle a subi.

4.23. Les sanctions pécuniaires civiles pour minoration d'impôt interviennent fréquemment dans l'un des cas suivants : minoration d'impôt au-delà d'un certain seuil, négligence du contribuable ou intention délibérée d'éluder l'impôt (et également en cas de fraude, celle-ci pouvant toutefois déclencher des sanctions pénales plus lourdes). Il existe dans un grand nombre de pays membres de l'OCDE des sanctions pécuniaires civiles pour négligence ou intention délibérée, alors qu'un petit nombre seulement de pays membres sanctionnent la minoration d'impôt en l'absence de faute.

4.24. Il est difficile d'apprécier dans l'abstrait si une sanction pécuniaire civile est ou non excessive. Dans les pays membres de l'OCDE, les sanctions pécuniaires civiles pour minoration sont souvent calculées en pourcentage de la minoration, la fourchette étant le plus souvent de 10 à 200 pour cent. Dans la plupart des pays membres, la sanction est modulée en fonction des agissements du contribuable. A titre d'exemple, les sanctions les plus lourdes ne peuvent souvent être prononcées qu'en cas de degré élevé de culpabilité du contribuable, et notamment en cas d'intention délibérée d'échapper à l'impôt. Les pénalités sans faute, lorsqu'elles sont utilisées, sont généralement moins lourdes que celles qui supposent la culpabilité du contribuable (voir paragraphe 4.28).

4.25. Les sanctions, s'il en est fait bon usage, peuvent utilement répondre au souci des pays membres de parvenir à un meilleur respect des obligations fiscales dans le domaine des prix de transfert. Toutefois, de par la nature des problèmes que posent les prix de transfert, il faut veiller à ce que dans ces cas, la mise en œuvre d'un dispositif de sanctions se fasse dans des conditions qui soient justes et ne constituent pas une charge excessive pour le contribuable.

4.26. Puisque les affaires internationales de prix de transfert concernent l'assiette de deux juridictions, des sanctions trop lourdes dans une juridiction peuvent inciter le contribuable à majorer ses revenus dans cette juridiction contrairement à l'article 9. S'il aboutit à ce résultat, le dispositif de sanctions n'a pas atteint son objectif premier, à savoir promouvoir le respect des obligations fiscales, et se traduit par une inobservation d'un genre différent, à savoir la non-conformité au principe de pleine concurrence et une minoration de revenus dans l'autre juridiction. Chaque pays membre de l'OCDE devrait s'assurer que ses pratiques en matière de prix de transfert ne soient pas appliquées d'une manière incompatible avec les objectifs du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE de manière à éviter les distorsions mentionnées ci-dessus.

4.27. Les pays membres de l'OCDE estiment en général que, pour apprécier l'équité d'un système de sanctions, il faut se demander si la pénalité est proportionnée à l'infraction. Cela veut dire, par exemple, que la gravité de la sanction sera fonction des conditions dans lesquelles elle peut être prononcée et que plus la sanction sera lourde, plus les conditions d'application seront strictes.

4.28. Comme les pénalités ne constituent que l'un des nombreux aspects administratifs et procéduraux d'un système fiscal, il est difficile de se prononcer sur l'équité d'une sanction particulière sans examiner les autres aspects du système fiscal. Néanmoins, les pays membres de l'OCDE conviennent qu'il est possible de tirer les conclusions suivantes, indépendamment des autres aspects du système fiscal en vigueur dans une juridiction donnée. En premier lieu, l'application d'une pénalité conséquente en l'absence de faute, du seul fait d'une minoration d'un certain montant, serait considérée comme excessivement sévère lorsqu'il s'agit d'une erreur de bonne foi et non d'une négligence ou d'une véritable intention d'échapper à l'impôt. En second lieu, il serait injuste d'imposer des pénalités importantes aux contribuables qui se sont efforcés de bonne foi de fixer les conditions de leurs transactions avec des entreprises associées selon des modalités conformes au principe de pleine concurrence. En particulier, il ne faudrait pas imposer une pénalité à un contribuable pour n'avoir pas tenu compte, dans la fixation de son prix de transfert, de données auxquelles il n'avait pas accès, ou pour n'avoir pas appliqué une méthode de fixation des prix nécessitant des données auxquelles il n'avait pas accès. Les administrations fiscales sont invitées à tenir compte de ces observations dans l'application de leurs dispositions en matière de pénalités.

C. L'ajustement corrélatif et la procédure amiable : articles 9 et 25 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE¹

C.1. La procédure amiable

4.29. La procédure amiable constitue pour les administrations fiscales un moyen traditionnel de résoudre les différends concernant l'application de conventions de double imposition. Cette procédure, qu'expose et autorise

1. Les membres du Cadre inclusif sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS) se sont mis d'accord sur un standard minimum en matière de règlement des différends relatifs à des conventions. La section C du chapitre IV n'a pas vocation à proposer une explication du standard minimum et il n'y a donc pas lieu d'en déduire que tous les membres du Cadre inclusif adhèrent aux orientations contenues dans cette section, si ce n'est lorsqu'une formule précise est explicitement identifiée comme un élément du standard minimum. Le standard minimum obéit à trois objectifs généraux : (1) les juridictions doivent s'assurer que les obligations relatives à la procédure amiable prévues par les conventions sont pleinement exécutées de bonne foi et que les différends donnant lieu à une procédure amiable sont résolus en temps opportun ; (2) les juridictions doivent s'assurer que des processus administratifs favorisent la prévention et le règlement, en temps opportun, des différends relatifs aux conventions ; (3) les juridictions doivent s'assurer que les contribuables qui satisfont aux conditions définies au paragraphe 1 de l'article 25 peuvent avoir recours à la procédure

l'article 25 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, peut être utilisée pour éliminer la double imposition qui est susceptible de résulter de l'ajustement de prix de transfert.

4.30. L'article 25 indique trois domaines dans lesquels la procédure amiable est généralement utilisée. Il s'agit tout d'abord des cas « d'imposition non conforme aux dispositions de la Convention », qui relèvent des paragraphes 1 et 2 de cet article. Dans ce domaine, la procédure est généralement engagée par le contribuable. Les deux autres domaines, qui ne font pas nécessairement intervenir le contribuable, relèvent du paragraphe 3; il s'agit des questions ayant trait à « l'interprétation ou l'application de la Convention » et à l'élimination de la double imposition dans les cas non prévus par la Convention. Le paragraphe 10 des Commentaires de l'article 25 précise que cet article constitue également pour les autorités compétentes un mécanisme leur permettant de résoudre non seulement les cas de double imposition juridique mais aussi ceux de double imposition économique découlant des ajustements des prix de transfert effectués conformément à l'article 9 paragraphe 1.

4.31. L'article 25 paragraphe 5, qui a été intégré au Modèle de Convention fiscale de l'OCDE en 2008, stipule que, dans les cas de procédure amiable dans lesquels les autorités compétentes ne peuvent parvenir à un accord dans un délai de deux ans à compter de la présentation d'un cas en vertu du paragraphe 1 de l'article 25, les problèmes laissés en suspens seront, à la demande de la personne ayant soumis le cas, réglés par arbitrage. Ce prolongement de la procédure amiable garantit que, lorsque les autorités compétentes ne parviennent pas à s'accorder sur une ou plusieurs questions empêchant la résolution du cas en question, celle-ci sera alors rendue possible en les soumettant à un arbitrage ayant force obligatoire. Lorsqu'une ou plusieurs questions ont été soumises à arbitrage conformément à cette disposition, et à moins que la personne directement concernée par le cas n'accepte pas l'accord amiable concrétisant la décision d'arbitrage, cette décision devra lier les deux États, et l'imposition de toute personne

amiable. Les éléments détaillés du standard minimum sont détaillés dans OCDE (2015) « Accroître l'efficacité des mécanismes de règlement des différends », Action 14 : Rapport final 2015, Projet BEPS OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Éditions OCDE. Le standard minimum est complété par une série de bonnes pratiques (auxquelles tous les membres du Cadre inclusif n'ont pas adhéré) destinées à lever les obstacles au règlement des différends relatifs aux conventions par la procédure amiable. En outre, bien qu'il n'y ait pas consensus pour le moment entre les membres du Cadre inclusif sur l'adoption d'une procédure d'arbitrage obligatoire et contraignante permettant de régler en temps opportun des dossiers faisant l'objet d'une procédure amiable, un nombre non négligeable de pays se sont engagés à adopter et à appliquer l'arbitrage obligatoire et contraignant.

directement concernée par le cas devra se conformer à la décision prise quant aux problèmes soumis à arbitrage ; de plus, les décisions auxquelles le processus d'arbitrage a donné lieu devront figurer dans l'accord amiable qui lui sera présenté. Lorsqu'une convention bilatérale en particulier ne contient pas de disposition en matière d'arbitrage analogue à l'article 25 paragraphe 5, les autorités compétentes ne sont pas tenues de parvenir à un accord pour résoudre leur différend ; le paragraphe 2 de l'article 25 leur impose seulement de s'efforcer de régler le dossier d'un commun accord. Il est possible qu'elles n'y parviennent pas en raison de divergences entre les législations internes ou de restrictions aux pouvoirs de négociation de l'administration fiscale découlant de la législation nationale. Même en l'absence de disposition obligatoire et contraignante en matière d'arbitrage sur le modèle du paragraphe 5 de l'article 25 dans une convention bilatérale en particulier, les autorités compétentes des États peuvent toutefois d'un commun accord mettre en place une procédure d'arbitrage ayant force obligatoire de portée générale ou applicable à un dossier particulier (voir le paragraphe 69 des Commentaires de l'article 25 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE). Il convient de noter qu'une convention multilatérale relative à l'élimination de la double imposition en lien avec l'ajustement des bénéfices d'entreprises associées² (convention d'arbitrage) a été signée par les États membres des Communautés européennes le 23 juillet 1990 ; la convention d'arbitrage, qui est entrée en vigueur le 1er janvier 1995, prévoit un mécanisme d'arbitrage pour résoudre les différends en matière de prix de transfert qui surviennent entre des États membres de l'Union européenne.

C.2. L'ajustement corrélatif : article 9 paragraphe 2

4.32. Pour éliminer la double imposition liée aux prix de transfert, les administrations fiscales peuvent prendre en compte les demandes en vue d'un ajustement corrélatif tel que décrit à l'article 9 paragraphe 2. L'ajustement corrélatif, qui peut en pratique intervenir dans le cadre de la procédure amiable, permet d'atténuer ou d'éliminer la double imposition lorsqu'une seule administration fiscale majore les bénéfices imposables d'une société (c'est-à-dire effectue un « ajustement primaire ») par suite de l'application du principe de pleine concurrence à des transactions faisant intervenir une entreprise associée relevant d'une deuxième autorité fiscale. L'ajustement corrélatif consiste alors en un ajustement en baisse, effectué par l'administration fiscale de l'autre juridiction, de l'impôt dû par cette entreprise associée, de sorte que la répartition des bénéfices entre les deux autorités fiscales est conforme à l'ajustement primaire et qu'il n'y a pas double imposition. Il se peut également que la première administration fiscale accepte de réduire (ou de supprimer) l'ajustement primaire dans le cadre de consultations avec l'autre administration

2. Convention 90/436/CEE.

fiscale, auquel cas l'ajustement corrélatif sera moindre (ou peut-être inutile). On notera que la finalité de l'ajustement corrélatif n'est pas d'assurer à une multinationale un avantage supérieur à celui qui aurait résulté de transactions réalisées dès le départ dans des conditions de pleine concurrence.

4.33. L'article 9, paragraphe 2, prévoit expressément que les autorités compétentes se consultent si nécessaire pour déterminer l'ajustement corrélatif approprié, ce qui confirme que la procédure amiable de l'article 25 peut être utilisée pour examiner les demandes d'ajustement corrélatif. Voir également le paragraphe 10 des Commentaires sur l'article 25 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE (« ... les ajustements à opérer corrélativement en application du paragraphe 2 [de l'article 9]... relèvent donc de la procédure amiable, aussi bien pour l'appréciation du bien-fondé du redressement que pour la détermination de son montant ». Toutefois, le chevauchement entre les deux articles a amené les pays membres de l'OCDE à rechercher si la procédure amiable peut être utilisée pour procéder à un ajustement corrélatif lorsque la convention bilatérale concernant l'impôt sur le revenu ne comporte aucune disposition comparable à l'article 9, paragraphe 2. Les paragraphes 11 et 12 des Commentaires de l'article 25 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE précisent expressément que, selon l'opinion dominante au sein des pays membres de l'OCDE, la procédure amiable s'applique aux ajustements des prix de transfert, y compris en ce qui concerne la question de savoir s'il y a lieu d'opérer corrélativement un ajustement, même en l'absence de disposition comparable à l'article 9, paragraphe 2. Le paragraphe 12 note que les États qui ne partagent pas cette opinion trouvent cependant, dans la pratique, les moyens de remédier le plus souvent aux cas de double imposition économique frappant des entreprises de bonne foi, en s'appuyant sur des dispositions de leur législation interne.

4.34. Selon l'article 9, paragraphe 2, un ajustement corrélatif peut être effectué par un État contractant soit en recalculant, sur la base du prix révisé approprié, les bénéfices imposables de l'entreprise associée assujettie à l'impôt dans cet État, soit en ne modifiant pas les calculs et en accordant à l'entreprise associée un allègement qu'elle pourra faire valoir sur l'impôt acquitté dans cet État à concurrence de l'impôt supplémentaire perçu dans l'État procédant à l'ajustement en conséquence de la révision du prix de transfert. La première méthode est de loin la plus répandue parmi les pays membres de l'OCDE.

4.35. En l'absence de décision d'arbitrage prise conformément à une procédure d'arbitrage analogue à celle décrite à l'article 25, paragraphe 5, prévoyant un ajustement corrélatif, l'ajustement corrélatif n'est pas obligatoire, la règle étant que les administrations fiscales ne sont pas tenues de parvenir à un accord dans le cadre de la procédure amiable. En vertu de l'article 9, paragraphe 2, une administration fiscale ne devrait procéder à un ajustement corrélatif que dans la mesure où elle considère que l'ajustement initial est

justifié à la fois dans son principe et dans son montant. Il est indispensable que l'ajustement corrélatif ne soit pas obligatoire, afin qu'une administration fiscale ne soit pas obligée d'accepter les conséquences d'un ajustement arbitraire ou fantaisiste opéré par un autre État. Il est par ailleurs essentiel de préserver la souveraineté fiscale de chaque pays membre de l'OCDE.

4.36. Lorsqu'une administration fiscale a décidé de procéder à un ajustement corrélatif, il lui faut déterminer si cet ajustement doit porter sur l'année au cours de laquelle les transactions entre entreprises associées donnant lieu à l'ajustement ont été réalisées ou sur une autre année, par exemple celle au cours de laquelle l'ajustement primaire a été opéré. À cet égard, la question se pose souvent de savoir si un contribuable a droit à des intérêts sur les impôts qu'il a versés en trop dans la juridiction qui a accepté de procéder à l'ajustement corrélatif (examiné aux paragraphes 4.65-4.67). La première méthode est préférable parce qu'elle permet une compensation entre les revenus et les charges et reflète mieux la situation économique qui aurait prévalu si les transactions entre entreprises associées s'étaient effectuées dans des conditions de pleine concurrence. Toutefois, lorsqu'un long délai se sera écoulé entre l'année donnant lieu à ajustement et l'année au cours de laquelle le contribuable a accepté l'ajustement ou une décision judiciaire définitive a été rendue, l'administration fiscale devrait disposer d'une marge de manœuvre suffisante pour pouvoir procéder à l'ajustement corrélatif au titre de l'année où l'ajustement primaire a été accepté ou a fait l'objet d'une décision judiciaire. Cette méthode suppose nécessairement des dispositions de droit interne pour sa mise en œuvre. En général, ce n'est pas celle qui est choisie, mais elle pourrait constituer une mesure équitable dans des cas exceptionnels pour faciliter la mise en œuvre de l'ajustement et éviter une éventuelle prescription.

4.37. L'ajustement corrélatif peut être un moyen très efficace pour remédier à la double imposition résultant d'ajustements des prix de transfert. En général, les pays membres de l'OCDE s'efforcent de bonne foi de parvenir à un accord chaque fois que la procédure amiable est invoquée. Grâce à la procédure amiable, les administrations fiscales peuvent traiter les problèmes dans un cadre non contentieux et parviennent souvent à une solution négociée conforme à l'intérêt de l'ensemble des parties. La procédure amiable permet également aux administrations fiscales de prendre en compte d'autres aspects de l'imposition, notamment en ce qui concerne les retenues à la source.

4.38. 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, qualifié parfois de « compensatoire », intervient lors de la

déclaration d'impôt. Grâce à l'ajustement compensatoire, le contribuable peut déclarer plus facilement son revenu conformément au principe de pleine concurrence, sachant qu'au moment où des entreprises associées fixent les prix de leurs transactions elles peuvent ne pas disposer d'informations au sujet de transactions comparables sur le marché libre. Par conséquent, pour effectuer une déclaration fiscale exacte, un contribuable serait autorisé à procéder à un ajustement compensatoire en comptabilisant la différence entre le prix de pleine concurrence et le prix effectivement enregistré dans ses documents comptables.

4.39. 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. Si l'ajustement compensatoire est autorisé (ou requis) dans la juridictions d'une entreprise associée, mais ne l'est pas dans la juridiction de l'autre entreprise associée, il peut y avoir double imposition parce que, à défaut d'ajustement primaire, un ajustement corrélatif sera impossible. La procédure amiable est disponible pour résoudre les difficultés que soulève l'ajustement compensatoire, et les autorités compétentes sont encouragées à mettre tout en œuvre pour résoudre tout cas de double imposition susceptible de résulter d'approches nationales différentes de ces ajustements de fin d'année.

C.3. Problèmes posés par ces procédures

4.40. S'il est vrai que la procédure d'ajustement corrélatif et la procédure amiable se sont avérées à même de régler la plupart des litiges relatifs aux prix de transfert, les contribuables ont fait part de sérieuses préoccupations. Par exemple, ils se sont inquiétés qu'en raison de la complexité des problèmes de prix de transfert, les procédures destinées à éviter la double imposition ne comportent pas de garde fous suffisants. L'inclusion dans la mise à jour 2008 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE d'un nouveau paragraphe 5 à l'article 25 apporte une réponse à ces préoccupations. Ce paragraphe introduit un mécanisme permettant aux contribuables de demander un arbitrage sur les points non résolus qui empêchent les autorités compétentes d'aboutir à un accord amiable dans un délai de deux ans. Les Commentaires de l'article 25 envisagent également le recours à des mécanismes supplémentaires de résolution des différends en plus de l'arbitrage, y compris la médiation et la soumission des différends factuels à des experts tiers.

4.41. Les contribuables craignent également que les affaires ne soient pas réglées uniquement en fonction du cas d'espèce, mais au vu d'un bilan global des résultats d'autres affaires. Une bonne pratique établie est que, dans la résolution de cas de procédures amiables, une autorité compétente doit conduire les discussions avec les autres autorités compétentes sur la base de principes et d'une manière qui soit juste et objective, chaque cas devant faire l'objet d'une décision en fonction de ses caractéristiques propres et non par référence

à un équilibre des résultats d'autres cas. Dans la mesure où ils s'appliquent, ces Principes et les propositions détaillées dans le Rapport sur l'Action 14 du BEPS (sans perdre de vue la différence entre le standard minimum et les bonnes pratiques) fournissent une base appropriée pour le développement d'une approche qui repose sur des principes. De même, on peut redouter des mesures de représailles ou des ajustements compensatoires de la part de la juridiction à laquelle il a été demandé de procéder à un ajustement corrélatif. Il n'est pas dans les intentions des administrations fiscales de prendre des mesures de rétorsion; c'est peut-être parce que les contribuables ne sont pas bien informés qu'ils nourrissent cette appréhension. Les administrations fiscales devraient prendre des initiatives pour donner aux contribuables l'assurance qu'ils n'ont pas à craindre des mesures de rétorsion et que, conformément au principe de pleine concurrence, chaque affaire est réglée en fonction du cas d'espèce. Les contribuables ne devraient pas être dissuadés de mettre en œuvre des procédures amiables lorsque l'Article 25 est applicable.

4.42. Les préoccupations qui ont été exprimées à propos de la procédure amiable, dans la mesure où elle se répercute sur l'ajustement corrélatif, recouvrent sans doute les suivantes (elles seront examinées successivement) :

1. Les contribuables peuvent se voir refuser l'accès à la procédure amiable dans des affaires de prix de transfert;
2. Les délais prévus en droit interne pour procéder à des ajustements des impôts dus peuvent rendre impossible l'ajustement corrélatif si la convention fiscale applicable ne l'emporte pas sur le droit interne;
3. La procédure amiable peut prendre trop longtemps;
4. La participation des contribuables peut être limitée;
5. Les contribuables peuvent rencontrer des difficultés pour se procurer des orientations rendues publiques leur indiquant comment ils peuvent utiliser la procédure amiable;
6. Dans certains cas il n'existe pas de possibilité de suspension du recouvrement des redressements fiscaux ou la perception d'intérêts en attendant l'aboutissement de la procédure amiable.

C.4. Orientations, démarches et mesures adoptées pour régler les problèmes posés par la procédure amiable

C.4.1. Refus de l'accès à la procédure amiable dans des affaires de prix de transfert

4.43. Le fait de ne pas ouvrir l'accès à la procédure amiable aux cas portant sur les prix de transfert soulève un problème essentiel concernant la procédure amiable au regard des ajustements corrélatifs. L'engagement de parvenir à un accord amiable sur les cas d'imposition non conformes à la Convention fait partie intégrante des obligations assumées par un État contractant qui signe une convention fiscale et doit être exécuté de bonne foi. Le fait de ne pas ouvrir l'accès à la procédure amiable suite à des ajustements de prix de transfert effectués par une autre juridiction signataire d'une convention peut aller à l'encontre d'un objectif essentiel des conventions fiscales. Les travaux sur l'Action 14 du Plan d'action BEPS ont apporté une réponse directe aux questions soulevées par le refus d'ouvrir l'accès à la procédure mutuelle suite à des ajustements de prix de transfert effectués par une autre juridiction signataire d'une convention en conduisant à faire figurer comme élément 1 du standard minimum de l'Action 14 un engagement d'ouvrir l'accès à la procédure amiable aux cas portant sur les prix de transfert.

4.44. Le standard minimum de l'Action 14 comporte en outre un certain nombre d'autres éléments destinés à résoudre de façon plus générale les problèmes soulevés par le refus d'ouvrir l'accès à la procédure amiable aux cas dans lesquels le contribuable et les autorités fiscales qui effectuent l'ajustement sont en désaccord sur la question de savoir si les conditions d'application d'une disposition anti-abus d'une convention sont remplies ou si l'application d'une disposition anti-abus du droit national est en conflit avec les dispositions d'une convention (élément 1.2); un engagement à publier les règles, lignes directrices et procédures sur l'accès à la procédure amiable (élément 2.1) et à préciser dans les instructions relatives à la procédure amiable les informations et documents qu'un contribuable doit joindre à toute demande de procédure amiable (élément 3.2); un engagement à préciser que la conclusion de transactions entre les autorités fiscales et les contribuables n'exclut pas l'ouverture d'une procédure amiable (élément 2.6); et un engagement à veiller à ce que les deux autorités compétentes soient informées des demandes de procédure amiable soit (i) en modifiant le paragraphe 1 de l'article 25 afin que la demande de procédure amiable puisse être formulée auprès de l'autorité compétente de l'un ou l'autre des États contractants soit (ii) en mettant en place un processus de notification ou de consultation bilatérale pour les cas où l'autorité compétente saisie d'une demande de procédure amiable considère que l'objection du contribuable n'est pas fondée (élément 3.1).

C.4.2. Délais

4.45. L'allègement prévu à l'article 9, paragraphe 2, peut ne plus être possible lorsque le délai fixé par la Convention ou la législation interne pour effectuer l'ajustement corrélatif est venu à expiration. L'article 9, paragraphe 2, ne fixe aucune limite au-delà de laquelle l'ajustement corrélatif ne pourra plus être effectué. Certaines juridictions préfèrent une solution souple pour atténuer la double imposition. D'autres jugent cette attitude déraisonnable pour des raisons administratives. Dans ces conditions, les possibilités d'allègement seront fonction de la solution adoptée dans la convention applicable : elle pourra déroger aux délais prévus en droit interne, fixer d'autres délais ou subordonner l'octroi de l'allègement au respect des délais prévus en droit interne.

4.46. L'imposition doit devenir définitive à un certain moment si l'on veut éviter une situation d'incertitude pour le contribuable et pour l'administration fiscale. Dans une affaire de prix de transfert, une juridiction peut, en vertu de sa législation interne, être juridiquement dans l'incapacité de procéder à un ajustement corrélatif si le délai imparti pour liquider définitivement l'impôt dû par l'entreprise associée en cause a expiré. Si l'on veut limiter le plus possible la double imposition, il faut donc prendre en compte l'existence de ces délais et leur variabilité d'une juridiction à l'autre.

4.47. L'article 25, paragraphe 2, du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE retient la solution suivante : tout accord conclu par les autorités compétentes via la procédure amiable devra être appliqué indépendamment des délais prévus par le droit interne des États contractants. Le paragraphe 29 des Commentaires sur l'article 25 reconnaît que l'obligation de mettre en œuvre un tel accord est énoncée sans équivoque dans la dernière phrase de l'article 25(2) (et relève que les obstacles à la mise en œuvre existant à la date de la conclusion d'une convention fiscale devraient en principe être pris en compte dans les modalités de l'accord lui-même). Par conséquent, ces délais n'empêchent pas de procéder à un ajustement corrélatif lorsqu'une convention bilatérale comporte cette disposition. Mais certaines juridictions, ne voulant pas ou ne pouvant pas déroger par le biais de cette disposition aux délais fixés dans leur droit interne, ont formulé sur ce point des réserves expresses. Les pays membres de l'OCDE sont donc invités dans toute la mesure du possible à allonger les délais prévus en droit interne aux fins de l'ajustement corrélatif lorsque la procédure amiable a été invoquée.

4.48. Lorsqu'une convention bilatérale ne déroge pas, aux fins de la procédure amiable, aux délais fixés en droit interne, les administrations fiscales devraient être prêtes à engager rapidement des discussions à la demande du contribuable bien avant l'expiration de tout délai rendant impossible un ajustement. De plus, il est souhaitable que les pays membres de l'OCDE adoptent en droit interne des dispositions autorisant la suspension des

délais applicables pour la détermination de l'impôt dû tant que les discussions ne sont pas achevées.

4.49. Les travaux sur l'Action 14 du Plan d'action BEPS portent directement sur les obstacles à un déroulement efficace des procédures amiables que les délais prévus en droit interne peuvent représenter. L'élément 3.3 du standard minimum de l'Action 14 contient une recommandation selon laquelle les juridictions devraient intégrer la deuxième phrase du paragraphe 2 de l'article 25 dans leurs conventions fiscales pour faire en sorte que les délais prévus dans leur droit interne 1) n'empêchent pas l'application des accords amiables conclus entre les autorités compétentes et 2) ne vont pas à l'encontre de l'objectif consistant à régler les cas d'imposition non conforme à la Convention.

4.50. Lorsqu'une juridiction ne peut pas insérer deuxième phrase du paragraphe 2 de l'article 25 dans ses conventions fiscales, l'élément 3.3 du standard minimum de l'Action 14 prévoit qu'il devrait être prêt à adopter d'autres dispositions conventionnelles qui limitent le délai pendant lequel un État contractant peut effectuer un ajustement en application de l'article 9(1) afin d'éviter les ajustements tardifs qui ne pourront faire l'objet d'un allègement en vertu de la procédure amiable. Il est entendu qu'une juridiction dans cette situation répondrait à cet élément du standard minimum dès lors que ces autres dispositions conventionnelles seraient rédigées en fonction des délais prévus par son droit interne. Ces dispositions, telles qu'elles figurent dans le Rapport sur l'Action 14, se lisent comme suit :

[Dans l'article 9] :

3. Un État contractant ne doit pas inclure dans les bénéfices d'une entreprise, et imposer en conséquence, les bénéfices qui auraient été réalisés par l'entreprise mais qui ne l'ont pas été du fait des conditions mentionnées au paragraphe 1, après [délai convenu de manière bilatérale] à compter de la fin de l'exercice fiscal au cours duquel ces bénéfices auraient dû être réalisés par l'entreprise. Les dispositions de ce paragraphe ne s'appliquent pas en cas de fraude, négligence grave ou manquement délibéré.

L'élément 3.3 du standard minimum de l'action 14 prévoit qu'une juridiction dans cette situation doit adopter d'autres dispositions conventionnelles similaires à celles de l'article 7 concernant l'ajustement des bénéfices qui sont attribuables à un établissement stable.

4.51. S'il n'est pas possible de formuler une recommandation générale pour le délai concernant la liquidation initiale. Il est néanmoins souhaitable que les administrations fiscales procèdent à cette liquidation dans les délais prévus par leur législation interne, sans prorogation. Si la complexité du dossier ou le manque de coopération de la part du contribuable exige une

prorogation, celle-ci devra être d'une durée minimale et précise. De plus, lorsque les délais maximums applicables sur le plan interne peuvent être prorogés avec l'accord du contribuable, cette prorogation ne devrait avoir lieu que lorsque celui-ci y consent de son plein gré. Les vérificateurs sont invités à faire connaître suffisamment tôt aux contribuables leur intention de procéder à un redressement lié à des prix de transfert dans le cadre de transactions internationales, de manière que le contribuable puisse, s'il le souhaite, informer l'administration fiscale de l'autre État concerné, qui pourrait ainsi commencer à envisager les problèmes qui pourraient se poser dans l'optique d'une éventuelle procédure amiable.

4.52. Un autre délai doit être pris en compte, celui des trois ans dans lesquels le contribuable doit invoquer la procédure amiable en vertu de l'article 25 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE. Ce délai de trois ans commence à courir à compter de la première notification de la mesure qui a entraîné une imposition non conforme aux dispositions de la Convention, qui peut être la date à laquelle l'administration fiscale notifie pour la première fois l'ajustement envisagé au contribuable, dite « mesure d'ajustement » ou « acte d'imposition », ou une date antérieure mentionnée aux paragraphes 21-24 des Commentaires de l'article 25. Certaines juridictions jugent ce délai trop bref. D'autres le jugeant trop long, ont formulé sur ce point des réserves. Les Commentaires de l'article 25 précisent que ce délai « doit être considéré comme un minimum, de sorte que les États contractants sont libres de convenir dans les conventions bilatérales d'un délai plus long dans l'intérêt des contribuables ». À cet égard, il convient de noter que l'élément 1.1 du standard minimum de l'Action 14 comporte une recommandation invitant les juridictions à insérer les paragraphes 1 à 3 de l'article 25 dans leurs conventions fiscales, tels qu'ils sont interprétés dans les Commentaires.

4.53. Un problème se pose pour l'application de ce délai de trois ans en ce qui concerne la détermination de son point de départ, dont traitent les paragraphes 21-24 des Commentaires de l'article 25. En particulier, le paragraphe 21 indique que le délai de trois ans « doit s'interpréter de la manière la plus favorable au contribuable ». Le paragraphe 22 contient des indications pour déterminer la date de l'acte d'imposition. Le paragraphe 23 examine les cas d'autoévaluation. Le paragraphe 24 précise que lorsque l'imposition non conforme à la Convention « résulte de l'effet combiné de décisions ou de mesures prises par les deux États contractants, le délai ne court qu'à compter de la première notification de la décision ou de la mesure la plus récente. »

4.54. Afin d'éviter autant que possible que les délais fixés empêchent le fonctionnement efficace de la procédure amiable pour la réduction ou l'élimination de la double imposition, le contribuable devrait pouvoir invoquer cette procédure le plus tôt possible, c'est-à-dire dès qu'un ajustement paraît

probable. La consultation précoce des autorités compétentes, engagée avant que l'une ou l'autre des autorités fiscales prenne des mesures irrévocables, peut permettre de faire en sorte que les obstacles à une conclusion des discussions mutuellement acceptable soient aussi peu nombreux que possible. Certaines autorités compétentes ne souhaitent toutefois pas intervenir si tôt parce que l'ajustement envisagé ne débouchera pas nécessairement sur l'adoption d'une mesure ou ne déclenchera pas nécessairement une demande d'ajustement corrélatif. Par conséquent, permettre aux contribuables d'invoquer trop tôt la procédure amiable peut être source de travail inutile.

C.4.3. Durée de la procédure amiable

4.55. Une fois engagée, la procédure amiable peut se révéler très longue. En effet, les prix de transfert posent des problèmes complexes qui ne peuvent pas toujours être résolus rapidement par les autorités compétentes. L'éloignement empêche parfois les autorités compétentes de se rencontrer fréquemment et un échange de correspondance n'est souvent guère satisfaisant par rapport à des discussions en tête à tête. Il faut également tenir compte des difficultés de communication linguistique et des différences sur le plan des procédures et des systèmes juridiques et comptables, autant de facteurs qui peuvent retarder les opérations. En outre, le contribuable peut lui-même tarder à fournir tous les renseignements qui lui sont demandés par les autorités compétentes pour leur permettre d'appréhender pleinement le ou les problèmes de prix de transfert.

4.56. Si le temps nécessaire à l'achèvement de la procédure amiable peut varier selon la complexité des dossiers, les autorités compétentes s'efforcent dans la plupart des cas de parvenir à un accord bilatéral mettant un terme à la procédure amiable dans un délai de 24 mois. En conséquence, pour assurer une résolution en temps opportun et de manière efficace et efficiente des différends relatifs aux conventions, le standard minimum qui a été adopté dans le contexte des travaux sur l'Action 14 du Plan d'action BEPS comporte un engagement sur l'objectif de régler les différends soumis à la procédure amiable dans un délai moyen de 24 mois (élément 1.3). Les progrès accomplis par les juridictions vers le respect de cet objectif feront l'objet d'un suivi périodique à l'aide du cadre de suivi statistique relatif à la procédure amiable³ qui a été mis au point pour permettre d'évaluer concrètement les effets de la mise en œuvre du standard minimum de l'Action 14 (voir élément 1.5 et 1.6). Par ailleurs, d'autres éléments du standard minimum de l'Action 14 concernant le pouvoir des personnels en charge des procédures amiables (élément 2.3), les indicateurs de performance permettant d'évaluer les fonctions des autorités

3. Voir OCDE (2016), *BEPS Action 14 on More Effective Dispute Resolution Mechanisms – Peer Review Documents*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OCDE, Paris.

compétentes (élément 2.4) et la mise à disposition de la fonction en charge de la procédure amiable de moyens adéquats (élément 2.5) sont censés contribuer au règlement en temps opportun des différends donnant lieu à des procédures amiables.

4.57. Plus fondamentalement, l'adoption dans les conventions fiscales d'une disposition obligatoire et contraignante en matière d'arbitrage analogue à celle envisagée à l'article 25, paragraphe 5, afin de résoudre les questions que les autorités compétentes n'ont pas été en mesure de régler dans le délai de deux ans dans cette disposition devrait réduire considérablement les risques de procédures amiables trop longues. Voir paragraphes 4.177-4.179.

C.4.4. Participation du contribuable

4.58. En vertu de l'article 25 paragraphe 1 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, le contribuable peut soumettre une demande de mise en œuvre de la procédure amiable. Tout en ayant le droit d'engager la procédure, le contribuable n'a cependant aucun droit d'y participer. On peut faire valoir qu'il devrait lui aussi avoir le droit de participer à la procédure amiable – et notamment de soumettre ses arguments aux deux autorités compétentes – et d'être informé de l'état d'avancement des discussions. On notera à cet égard que la mise en œuvre de la procédure amiable nécessite en pratique l'accord du contribuable. Certains représentants des contribuables estiment que le contribuable devrait également avoir le droit d'assister aux discussions en tête à tête entre les autorités compétentes. Le but serait d'éviter tout malentendu, de la part des autorités compétentes, quant aux éléments de fait et à la position du contribuable.

4.59. La procédure amiable prévue à l'article 25 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE et adoptée dans un grand nombre de conventions bilatérales n'est qu'une procédure de consultations et non une procédure contentieuse. S'il est vrai que dans certains cas l'intervention du contribuable peut faciliter le déroulement de la procédure, il y a lieu de rappeler que la procédure amiable est un processus d'État à État et que toute participation du contribuable à ce processus devrait être laissée à la discrétion des autorités compétentes selon le principe d'un accord amiable.

4.60. En dehors du contexte des discussions en cours entre les autorités compétentes, il est essentiel que le contribuable fournisse aux autorités compétentes en temps utile toutes les informations requises. Les autorités compétentes disposant de moyens limités, les contribuables doivent faire tout leur possible pour faciliter la procédure amiable, en particulier dans des affaires de prix de transfert complexes et mettant en jeu un grand nombre d'éléments dans lesquelles il peut se révéler difficile pour les autorités compétentes de parvenir à appréhender de manière exhaustive et exacte les activités

d'entreprises associées. En outre, cette procédure ayant fondamentalement pour but de venir en aide au contribuable, les autorités compétentes doivent lui permettre de soumettre comme il convient tous faits et arguments pertinents, de façon à éviter autant que possible des malentendus.

4.61. Dans la pratique, les autorités compétentes d'un grand nombre de pays membres de l'OCDE offrent couramment ces possibilités au contribuable, le tiennent informé de l'état d'avancement des discussions et lui demandent souvent s'il est en mesure d'accepter les solutions envisagées par les autorités compétentes. Il conviendrait d'adopter aussi largement que possible cette pratique déjà courante dans la plupart des juridictions. Le Manuel de l'OCDE pour des procédures amiables efficaces en tient d'ailleurs compte.

C.4.5. Publication d'instructions sur la procédure amiable

4.62. La participation des contribuables au processus de la procédure amiable se trouve évidemment facilitée lorsque des instructions sur les procédures applicables sont déjà accessibles au public. Les travaux relatifs à l'Action 14 du Plan d'action BEPS mettent d'emblée en évidence à quel point il importe de pouvoir disposer de ces instructions. L'élément 2.1 du standard minimum de l'Action 14 précise que les juridictions devraient publier des règles, lignes directrices et procédures sur l'accès à la procédure amiable et son utilisation et prendre les mesures appropriées pour mettre ces informations à la disposition des contribuables. Les instructions devraient contenir des informations sur la manière dont les contribuables peuvent soumettre une demande d'assistance aux autorités compétentes. Elles devraient être rédigées dans un langage clair et simple et être facilement accessibles par le public. Il est également noté dans le Rapport sur l'Action 14 qu'elles peuvent être d'une grande importance dans le cas où un ajustement est susceptible de poser des questions entrant dans le champ d'application d'une convention fiscale, par exemple lorsqu'un ajustement lié à des prix de transfert est effectué à l'égard d'une transaction contrôlée conclue avec une entreprise associée dans un État partie à la convention, et que les juridictions devraient prendre les mesures appropriées pour rendre accessibles aux contribuables les instructions qu'ils publient concernant leur programme de procédure amiable. Afin de favoriser la transparence et la diffusion des instructions publiées, l'élément 2.2 du standard minimum de l'Action 14 prévoit la publication de leur profil sur la procédure amiable sur une plateforme d'information commune destinée au public afin de rendre largement accessibles les renseignements nécessaires pour contacter les autorités compétentes, les liens pour consulter les instructions publiées au niveau national et toute autre information utile sur la procédure amiable dans chaque juridiction. Les profils des juridictions, établis

par les membres du Cadre inclusif sur le BEPS⁴ selon un modèle convenu, élaboré à cet effet, sont publiés sur le site Internet de l'OCDE⁵.

4.63. Les travaux sur l'Action 14 portent également sur un certain nombre d'autres aspects du contenu des instructions sur la procédure amiable

- L'élément 3.2 du standard minimum de l'Action 14 prévoit que les juridictions devraient préciser dans leurs instructions sur la procédure amiable les informations et documents qu'un contribuable doit joindre à toute demande d'assistance présentée aux autorités compétentes. Conformément à l'élément 3.2, les juridictions ne devraient pas refuser l'accès à la procédure amiable au motif que les informations communiquées par le contribuable sont insuffisantes dès lors que celui-ci a fourni les informations et les documents demandés conformément aux instructions.
- L'élément 2.6 du standard minimum de l'Action 14 prévoit que les juridictions devraient préciser dans leurs instructions sur la procédure amiable que la conclusion de transactions entre les autorités fiscales et les contribuables n'exclut pas l'ouverture d'une procédure amiable.
- Certaines bonnes pratiques non contraignantes de l'Action 14 préconisent en outre que les juridictions intègrent dans leurs instructions concernant les procédures amiables : une explication de l'articulation entre la procédure amiable et les recours administratifs et judiciaires prévus par le droit interne applicable (Bonne pratique n° 8); des instructions sur le traitement des intérêts et des pénalités dans le cadre de la procédure amiable (Bonne pratique n° 10); et des instructions sur les procédures amiables et accords préalables en matière de prix de transfert qui ont un caractère multilatéral (Bonne pratique n° 11). La Bonne pratique n° 9 prévoit que les juridictions devraient préciser que les contribuables ont accès à la procédure amiable afin que les autorités compétentes puissent régler, par la concertation, la double imposition qui peut exister suite à un ajustement effectué à l'étranger à l'initiative d'un contribuable agissant de bonne foi.

4.64. Les règles ou directives régissant la procédure amiable n'ont pas à être déterminées d'un commun accord entre autorités compétentes, puisqu'elles ne concernent que les relations entre l'autorité compétente d'une juridiction et les contribuables présentant une demande d'assistance. Il conviendrait néanmoins que chaque autorité compétente communique régulièrement ses règles ou directives unilatérales aux autorités compétentes des juridictions parties à

4. Voir www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/a-propos-de-beps.htm#membres.

5. Voir www.oecd.org/tax/beps/country-map-profiles.htm.

une convention conclue avec eux et veille à ce que leur profil sur la procédure amiable soit tenu à jour (voir paragraphe 4.62).

C.4.6. Problèmes relatifs au recouvrement des redressements fiscaux et aux intérêts à percevoir

4.65. Le processus d'obtention d'un allègement de la double imposition au moyen d'un ajustement corrélatif peut être rendu plus complexe par des problèmes de recouvrement des redressements et de calcul des intérêts en cas d'insuffisance de paiement d'impôts ou de trop-perçu. Un premier problème tient au fait que le recouvrement du montant du redressement peut intervenir avant l'achèvement de la procédure d'ajustement corrélatif, en l'absence de mécanisme interne permettant de suspendre le recouvrement. De ce fait, le groupe multinational risque de payer deux fois le même impôt en attendant que son affaire soit réglée. Ce problème n'est pas propre à la procédure amiable. Il peut également se poser en cas de recours interne. Les travaux relatifs à l'Action 14 du Plan d'action BEPS ont mis en évidence le fait que le recouvrement de l'impôt par les deux États contractants avant qu'il ait été statué sur le dossier, peut avoir une incidence non négligeable sur l'activité du contribuable (et entraîner par exemple des difficultés de trésorerie). Le recouvrement de l'impôt peut également faire qu'une autorité compétente rencontre plus de difficultés pour engager de bonne foi une procédure amiable lorsqu'elle estime qu'elle devra vraisemblablement rembourser des montants déjà recouvrés. Le Rapport sur l'Action 14 préconise en conséquence, dans la Bonne pratique n° 6, que les juridictions prennent les dispositions appropriées permettant une suspension des procédures de recouvrement pendant la durée de la procédure amiable. La suspension des mesures de recouvrement devrait être possible, à tout le moins, selon les mêmes conditions que celles applicables à toute personne qui forme un recours administratif ou judiciaire selon le droit interne. À cet égard, il convient de noter que les profils des juridictions sur la procédure amiable établis conformément à l'élément 2.2 du standard minimum de l'Action 14 (voir paragraphe 4.62) contiennent des informations sur l'accès aux procédures de suspension des procédures de recouvrement pendant la durée de la procédure amiable existant dans chaque juridiction.

4.66. Que le recouvrement du redressement soit ou non suspendu ou partiellement suspendu, d'autres complications peuvent survenir. L'instruction des affaires de prix de transfert durant souvent très longtemps, les intérêts au titre de l'insuffisance de paiement d'impôt ou en cas d'ajustement corrélatif, au titre du trop-perçu dans l'autre juridiction, peuvent être égaux ou supérieurs au montant même de l'impôt. Les juridictions devraient tenir compte, dans leurs procédures amiables, du fait que l'incompatibilité des règles de calcul des intérêts appliquées par deux juridictions risque d'aboutir à un coût supplémentaire pour le groupe multinational ou dans d'autres cas

le faire profiter d'un avantage (par exemple, lorsque l'intérêt versé dans la juridiction qui effectue l'ajustement corrélatif excède celui qui est appliqué dans la juridiction qui effectue l'ajustement primaire) qui n'aurait pas existé si les transactions contrôlées avaient eu lieu au départ dans des conditions de pleine concurrence, et elles devraient en tenir compte dans leurs procédures amiables. Comme indiqué précédemment, la Bonne pratique n° 10 décrite dans le Rapport sur l'Action 14 prévoit que les instructions relatives à la procédure amiable publiées par les juridictions devraient contenir des instructions sur le traitement des intérêts et des pénalités dans le cadre de la procédure amiable. En outre, les profils des juridictions sur la procédure amiable établis conformément à l'élément 2.2 du standard minimum de l'Action 14 doivent contenir des informations sur le traitement des intérêts et des pénalités par chaque juridiction dans le cadre de la procédure amiable.

4.67. Le montant des intérêts (à distinguer du taux auquel ceux-ci sont appliqués) peut aussi dépendre de l'année au cours de laquelle les autorités compétentes effectuent l'ajustement corrélatif. Ces autorités peuvent décider d'imputer l'ajustement au titre de l'année où l'ajustement primaire est effectué, auquel cas les intérêts à verser (quel que soit le taux applicable) seront relativement faibles, alors que l'administration qui effectue l'ajustement primaire peut s'efforcer d'imposer des intérêts sur les redressements effectués à partir de l'année au cours de laquelle les transactions contrôlées ont eu lieu (nonobstant le fait que le taux d'intérêt applicable peut être relativement faible). La question de savoir l'année sur laquelle il faut imputer un ajustement corrélatif est traitée au paragraphe 4.36. Il conviendra dans certains cas que les deux autorités compétentes décident d'un commun accord que l'ajustement en cause ne donnera pas lieu au paiement d'intérêts étant entendu que cela ne sera pas toujours possible en l'absence d'une disposition spécifique à cet effet dans la convention bilatérale applicable. On pourra ainsi éviter également des complications administratives. Toutefois, étant donné que les intérêts relatifs à l'insuffisance de paiement et ceux relatifs au trop-perçu sont imputables à des contribuables différents de juridictions différentes, cette méthode ne garantit pas un résultat économique correct.

C.5. Ajustements secondaires

4.68. L'ajustement corrélatif n'est pas le seul ajustement susceptible d'être déclenché par un ajustement primaire de prix de transfert. L'ajustement primaire d'un prix de transfert et l'ajustement corrélatif modifient fiscalement la répartition des bénéfices imposables d'un groupe multinational, mais il ne change rien au fait que l'excédent de bénéfices correspondant à l'ajustement n'est pas conforme au résultat qui aurait été obtenu dans des conditions de pleine concurrence. Pour que la répartition effective des bénéfices soit conforme à l'ajustement primaire du prix de transfert, certaines juridictions

qui ont proposé un tel ajustement reconstituent, en vertu de leur législation nationale, une transaction (transaction secondaire) dans laquelle les bénéfices excédentaires résultant de l'ajustement primaire sont traités comme s'ils avaient été transférés sous une forme ou sous une autre et sont imposés en conséquence. En général, la transaction secondaire prend la forme de reconstitution de dividendes, d'apports en fonds propres ou de prêts. Ainsi, une juridiction opérant un ajustement primaire sur le revenu d'une filiale d'une société mère étrangère pourra traiter l'excédent de bénéfices de la société-mère étrangère comme un dividende, assujéti le cas échéant à une retenue à la source. Il est possible que la filiale ait payé à sa société mère étrangère un prix de transfert excessif pour éviter cette retenue à la source. Par conséquent, les ajustements secondaires s'efforcent de prendre en compte la différence entre les bénéfices imposables ajustés et ceux qui avaient été comptabilisés initialement. L'assujettissement à l'impôt d'une transaction secondaire donne lieu à un ajustement secondaire du prix de transfert (un ajustement secondaire). L'ajustement secondaire peut donc servir à empêcher l'évasion fiscale. Les modalités exactes de la transaction secondaire ainsi que de l'ajustement qui en résulte seront fonction des particularités du cas d'espèce et de la législation fiscale de la juridiction qui établit l'ajustement secondaire.

4.69. Un autre exemple de cas où une administration fiscale s'efforce d'établir une transaction secondaire est celui où l'administration fiscale qui effectue l'ajustement primaire traite le bénéfice excédentaire comme une reconstitution de prêt d'une entreprise associée à l'autre entreprise associée. Dans ce cas, on admet qu'il y a obligation de rembourser le prêt. L'administration fiscale qui effectue l'ajustement primaire peut ensuite s'efforcer d'appliquer le principe de pleine concurrence à cette transaction secondaire afin d'imputer un taux d'intérêt de pleine concurrence. Il faut en général déterminer le taux d'intérêt à appliquer et la date à laquelle les versements d'intérêts doivent intervenir le cas échéant ou rechercher si les intérêts doivent être capitalisés. L'approche de la reconstitution de prêt peut avoir une incidence non seulement pour l'année sur laquelle porte un ajustement primaire mais aussi pour les années ultérieures jusqu'à la date à laquelle le prêt reconstitué est considéré par l'administration fiscale qui invoque l'ajustement secondaire comme ayant été remboursé.

4.70. Un ajustement secondaire peut aboutir à une double imposition si l'autre juridiction n'accorde pas un crédit d'impôt correspondant ou une autre forme d'allègement pour le supplément d'impôt pouvant résulter de l'ajustement secondaire. Lorsque l'ajustement secondaire prend la forme d'un dividende imputé, toute retenue à la source qui est ensuite appliquée peut n'être pas susceptible d'allègement parce que le droit interne de l'autre juridiction peut considérer que les dividendes n'ont pas été reçus.

4.71. Les Commentaires de l'article 9 paragraphe 2 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE précisent que l'objet de ce paragraphe n'est pas de traiter des ajustements secondaires, et que par conséquent cette disposition n'interdit pas aux administrations fiscales d'opérer de tels ajustements et ne les oblige pas non plus à le faire. D'une manière générale, on peut dire que l'objet des conventions fiscales est d'éviter la fraude en matière d'impôt sur le revenu et sur la fortune. De nombreuses juridictions ne pratiquent pas l'ajustement secondaire, soit parce que cette solution ne leur paraît pas satisfaisante, soit parce que leur droit interne ne les y autorise pas. Certaines juridictions pourront refuser d'accorder un allègement au titre d'ajustements secondaires effectués par d'autres juridictions et, en fait, l'article 9 ne les oblige pas à le faire.

4.72. Certaines juridictions ne procèdent pas à des ajustements secondaires en raison des difficultés qu'ils soulèvent dans la pratique. A titre d'exemple, si un ajustement primaire est effectué entre des sociétés sœurs, l'ajustement secondaire peut entraîner le versement d'un dividende théorique, par une des sociétés jusqu'à une société mère commune via toute une chaîne de participations, suivi d'apports en fonds propres en sens inverse jusqu'à l'autre société participant à la transaction, à travers une autre chaîne de participations. On peut ainsi créer un grand nombre de transactions hypothétiques, qui posent les problèmes suivants : d'autres juridictions doivent-elles tirer des conséquences fiscales au-delà de celles liées à la transaction pour laquelle l'ajustement primaire a été effectué ? On pourrait éviter ce problème en assimilant la transaction secondaire à un prêt, mais cette méthode n'est pas utilisée à cette fin par la plupart des juridictions et un prêt imputé pose lui-même des problèmes en ce qui concerne le calcul des intérêts. Il serait regrettable que des actionnaires minoritaires qui ne sont pas parties aux transactions contrôlées et qui n'ont par conséquent pas bénéficié de versements excédentaires soient considérés comme bénéficiaires d'un dividende reconstitué, bien qu'un dividende non proportionnel puisse être considéré comme incompatible avec les dispositions du droit des sociétés applicables. En outre, du fait de l'interaction avec le système de crédit d'impôt étranger, un ajustement secondaire peut réduire excessivement la charge fiscale globale du groupe multinational.

4.73. Compte tenu des difficultés qui viennent d'être évoquées, il est souhaitable que les administrations fiscales, lorsque des ajustements secondaires sont considérés comme nécessaires, procèdent à ces ajustements de telle manière que les risques de double imposition qui pourraient en résulter soient réduits au minimum, sauf lorsque le comportement du contribuable dénote une intention de déguiser un dividende en vue d'échapper à la retenue à la source. En outre, il est recommandé aux juridictions qui sont en train de définir ou de modifier leur politique dans ce domaine de tenir compte des difficultés mentionnées ci-dessus.

4.74. Certaines juridictions pratiquant l'ajustement secondaire offrent au contribuable qui a bénéficié de l'ajustement primaire une autre option : il pourra éviter l'ajustement secondaire en faisant rapatrier l'excédent de bénéfices pour le groupe multinational dont il fait partie afin de mettre ses comptes en conformité avec l'ajustement primaire. Ce rapatriement peut prendre la forme de l'ouverture d'un compte clients ou de la reclassification d'autres transferts, par exemple comme versement de dividendes lorsque l'ajustement est effectué entre une société-mère et sa filiale, comme paiement d'un prix de transfert additionnel (lorsque le prix initial était trop faible) ou comme remboursement d'une partie d'un prix de transfert (lorsque le prix initial était trop élevé).

4.75. Lorsqu'un rapatriement implique la reclassification d'un versement de dividendes, le montant du dividende (jusqu'à concurrence de l'ajustement primaire) est déduit du revenu brut du bénéficiaire (puisque'il aura déjà été pris en compte lors de l'ajustement primaire). En conséquence, le bénéficiaire perd un crédit d'impôt indirect (ou le bénéfice d'une exonération fiscale du dividende en régime d'exonération) et le crédit d'impôt au titre de la retenue à la source qui avait été accordé pour le dividende.

4.76. Lorsque le rapatriement se traduit par l'ouverture d'un compte client, les rectifications des flux effectifs de trésorerie seront étalées dans le temps, la législation interne pouvant toutefois limiter le délai dans lequel ce compte peut être apuré. Cela revient à recourir à un prêt hypothétique comme transaction secondaire pour tenir compte de l'excédent de bénéfices se trouvant entre les mains de l'une des parties à la transaction entre entreprises associées. Les intérêts courant sur ce compte peuvent cependant avoir eux-mêmes des conséquences sur le plan fiscal, ce qui peut être un facteur de complication, selon la date à laquelle ils commencent à courir en droit interne (comme on l'a vu au paragraphe 4.69). Certaines juridictions peuvent être disposées à renoncer à taxer les intérêts courant sur ces comptes dans le cadre d'un accord entre autorités compétentes.

4.77. En cas de tentative de rapatriement, la question se pose de savoir comment enregistrer de tels paiements ou arrangements dans la comptabilité du contribuable qui rapatrie les paiements effectués à l'entreprise qui lui est associée de sorte que celle-ci, comme l'administration fiscale de la juridiction en question, soit informée du fait qu'un rapatriement a eu lieu ou a été mis en place. L'enregistrement effectif des sommes rapatriées dans les comptes de l'entreprise à laquelle le rapatriement est demandé dépendra en définitive de la forme que prend ce rapatriement. Par exemple, lorsqu'un dividende perçu doit être considéré par l'administration fiscale qui effectue l'ajustement primaire et par le contribuable qui perçoit ce dividende comme le rapatriement en question, il n'est pas forcément nécessaire que ce type d'opération soit expressément enregistré dans les comptes de l'entreprise associée qui effectue ce versement,

dans la mesure où une telle opération peut être sans incidence sur le montant ou la qualification du dividende qui est entre ses mains. En revanche, lorsqu'un compte client est constitué, le contribuable qui enregistre ce compte, de même que l'administration fiscale de la juridiction concernée, devront être conscients du fait qu'il porte sur un rapatriement, de sorte que l'on puisse clairement identifier tous les remboursements effectués à l'aide de ce compte ou les intérêts de la dette en cours et les traiter conformément à la législation interne de cette juridiction. En outre, des problèmes peuvent se poser en ce qui concerne les gains et pertes de change.

4.78. Comme, à l'heure actuelle, la plupart des pays membres de l'OCDE n'ont pas beaucoup d'expérience en matière de rapatriement, il est recommandé d'examiner les accords entre contribuables et administrations fiscales en vue d'un rapatriement dans le cadre de la procédure amiable lorsqu'elle a été mise en œuvre en ce qui concerne l'ajustement primaire correspondant.

D. Contrôles fiscaux simultanés

D.1. Définition et cadre général

4.79. Le contrôle fiscal simultané est une forme d'assistance mutuelle, utilisée dans un grand nombre d'affaires relatives à des transactions internationales, qui permet à deux juridictions ou plus de coopérer dans des enquêtes fiscales. Les contrôles fiscaux simultanés peuvent être particulièrement utiles lorsque l'accès à des renseignements qui se trouvent dans une juridiction tierce est déterminant pour une enquête fiscale, car ils accélèrent et facilitent en général l'échange de renseignements. Traditionnellement, les contrôles fiscaux simultanés concernent essentiellement, dans le domaine des prix de transfert, les affaires dans lesquelles l'interposition de paradis fiscaux masque la véritable nature des opérations. Certains suggèrent toutefois que, dans les affaires complexes de prix de transfert, les contrôles simultanés jouent un plus grand rôle, de manière à améliorer la qualité des données dont les administrations fiscales participantes ont besoin pour analyser les prix de transfert. Ils considèrent également que les contrôles simultanés sont à même de réduire les possibilités de double imposition économique, d'abaisser le coût que l'application de la réglementation fiscale représente pour le contribuable et d'accélérer la solution des problèmes. Lorsqu'un contrôle simultané aboutit à un redressement, les deux juridictions concernées doivent s'efforcer d'aboutir à un résultat permettant d'éviter la double imposition de l'ensemble du groupe multinational.

4.80. Les contrôles fiscaux simultanés sont définis dans la partie A de l'Accord modèle de l'OCDE pour entreprendre des contrôles fiscaux simultanés (« Accord Modèle OCDE »). Selon cet accord, un contrôle fiscal simultané est un « contrôle entrepris en vertu d'un accord par lequel deux ou plusieurs États contractants conviennent de contrôler simultanément

et de manière indépendante, chacun sur son territoire, la situation fiscale d'un (de plusieurs) contribuable(s) qui présente pour elles un intérêt commun ou complémentaire en vue d'échanger les renseignements ainsi obtenus ». Cette forme d'assistance mutuelle n'est pas censée remplacer la procédure amiable. Tout échange de renseignements qui résulte d'un tel contrôle simultané continue de s'effectuer par l'intermédiaire des autorités compétentes, moyennant toutes les mesures de sauvegarde prévues dans ce type d'échange. On trouvera des renseignements pratiques sur les contrôles fiscaux simultanés dans le module concerné du Manuel sur l'échange de renseignements approuvé par le Comité des affaires fiscales le 23 janvier 2006 (voir www.oecd.org/fr/fiscalite/echange-de-renseignements-fiscaux/lecafapprouvelenouveaumanuelsurlechangederenseignements.htm).

4.81. Bien que des dispositions calquées sur l'article 26 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE puissent constituer la base juridique nécessaire pour la réalisation de contrôles simultanés, les autorités compétentes concluent souvent des accords ad hoc qui définissent les objectifs de leurs programmes de contrôles fiscaux simultanés et les modalités pratiques de ces contrôles et de l'échange de renseignements. Une fois qu'un accord fixant les grandes lignes à suivre a été conclu et que certaines affaires ont été sélectionnées, les fonctionnaires des services fiscaux de chaque État procèdent séparément à leurs contrôles dans leur propre juridiction et conformément à leur droit et à leurs pratiques administratives.

D.2. Fondement juridique des contrôles fiscaux simultanés

4.82. Les contrôles fiscaux simultanés entrent dans le champ des dispositions prévues en matière d'échange de renseignements à l'article 26 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE. Cet article régit la coopération entre les autorités compétentes des États contractants sous forme d'échanges de renseignements nécessaires à la mise en œuvre des dispositions de la convention ou de leur droit interne relatives aux impôts couverts par la convention. L'article 26 et les Commentaires ne limitent pas les possibilités d'assistance aux trois méthodes d'échange de renseignements mentionnées dans les Commentaires (échange sur demande, échange automatique et échange spontané de renseignements).

4.83. Les contrôles fiscaux simultanés peuvent être autorisés en dehors du cadre des conventions de double imposition. A titre d'exemple, l'article 12 de la Convention nordique d'assistance mutuelle en matière fiscale régit l'échange de renseignements et l'assistance en matière de recouvrement entre les pays nordiques et ouvre la possibilité de procéder à des contrôles fiscaux simultanés. Cette convention définit des lignes directrices communes pour la sélection des affaires et l'exécution des contrôles simultanés. La Convention conjointe du Conseil de l'Europe et de l'OCDE sur l'assistance administrative

mutuelle en matière fiscale prévoit elle aussi expressément à son article 8 la possibilité de contrôles fiscaux simultanés.

4.84. Dans tous les cas, les renseignements obtenus par l'administration fiscale d'un État doivent être traités de façon confidentielle dans le cadre du droit interne et ne peuvent être utilisés qu'à certaines fins de nature fiscale et être divulgués qu'à certaines personnes et autorités intervenant dans des affaires fiscales définies de façon précise et couvertes par la convention fiscale ou l'accord d'assistance mutuelle. Les contribuables concernés sont normalement avisés que le contrôle fiscal dont ils feront l'objet est un contrôle fiscal simultané et dans certaines juridictions ils ont le droit d'être informés lorsque les administrations fiscales envisagent un contrôle fiscal simultané ou lorsque des informations seront transmises conformément à l'article 26. Dans ces cas, l'autorité compétente doit faire connaître à son homologue étranger qu'une telle divulgation aura lieu.

D.3. Contrôles fiscaux simultanés et prix de transfert

4.85. Les différences qui existent d'une juridiction à l'autre quant aux délais dans lesquels les contrôles doivent être effectués ou l'imposition doit être liquidée et également quant aux exercices fiscaux susceptibles de donner lieu à un contrôle peuvent entraver considérablement la sélection des affaires de prix de transfert en vue d'un contrôle simultané. Toutefois, ces problèmes peuvent être atténués si les autorités compétentes se communiquent suffisamment tôt leurs calendriers de contrôle, de façon à pouvoir déterminer dans quels cas les périodes de contrôle fiscal coïncident et à synchroniser les périodes futures de contrôle. Certaines juridictions ont constaté qu'une telle communication des calendriers de contrôle était certes très utile, mais qu'une présentation plus complète des problèmes justifiant un contrôle simultané augmentait très nettement les chances de voir l'autre partie accepter une proposition.

4.86. Dès lors qu'un dossier a été retenu pour un contrôle fiscal simultané, il est habituel que les fonctionnaires des services fiscaux se rencontrent pour planifier et coordonner le contrôle simultané et en suivre de près les résultats. Surtout lorsque l'affaire est complexe, des rencontres entre les fonctionnaires concernés peuvent aussi se tenir en présence du contribuable afin de clarifier certains éléments de fait. Dans les juridictions où le contribuable a le droit d'être consulté avant la transmission d'informations à une autre administration fiscale, cette procédure devrait également être suivie dans le cadre d'un contrôle simultané. Dans ce cas, l'administration fiscale en question devrait informer, avant le déclenchement du contrôle simultané, ses partenaires conventionnels de l'obligation qui lui incombe.

4.87. Les contrôles fiscaux simultanés peuvent constituer un moyen utile pour déterminer correctement les obligations fiscales d'entreprises associées

lorsque, par exemple, il y a partage ou imputation des coûts et lorsque les bénéfices sont répartis entre des contribuables de différentes juridictions fiscales ou, plus généralement, lorsque des problèmes de détermination des prix de transfert interviennent. Les contrôles fiscaux simultanés peuvent faciliter l'échange de renseignements relatifs aux pratiques des entreprises multinationales, à des transactions complexes, aux accords de partage des coûts et aux méthodes de répartition des bénéfices dans des domaines particuliers comme les transactions sur titres ou marchandises à l'échelle mondiale ou les transactions financières innovatrices. Grâce aux contrôles fiscaux simultanés, les administrations fiscales seront mieux au fait des activités d'ensemble d'une entreprise multinationale et mieux à même de comparer et de vérifier des transactions internationales. Les contrôles fiscaux simultanés peuvent également contribuer à l'échange de renseignements à l'échelle d'une branche d'activité, en vue de mieux connaître le comportement des contribuables, les pratiques et les tendances dans un secteur et d'obtenir d'autres informations pouvant être utiles au-delà des affaires spécifiques donnant lieu à un contrôle simultané.

4.88. L'un des objectifs des contrôles fiscaux simultanés est de faire mieux respecter la réglementation concernant les prix de transfert. En effet, il peut être difficile pour une administration fiscale d'obtenir les renseignements nécessaires et de déterminer les éléments de fait qui s'attachent par exemple aux conditions dans lesquelles des entreprises associées de deux juridictions ou plus fixent leurs prix de transfert pour leurs transactions, surtout si les contribuables qui relèvent de sa compétence ne coopèrent pas ou ne fournissent pas en temps utile les informations nécessaires. Les contrôles fiscaux simultanés permettent aux administrations fiscales d'établir plus rapidement, plus efficacement et à moindres frais ces éléments de fait.

4.89. Cette procédure permet également de déceler suffisamment tôt d'éventuels différends en matière de prix de transfert, de façon à minimiser le contentieux. Sur la base des renseignements recueillis au cours d'un contrôle fiscal simultané, les fonctionnaires des services fiscaux participants ont en effet la possibilité d'examiner leurs divergences à propos des conditions de détermination des prix de transfert entre les entreprises associées et d'aplanir ces divergences. En cas de contrôle fiscal simultané, les fonctionnaires concernés doivent, dans toute la mesure du possible, arriver à des constatations convergentes pour ce qui est de l'établissement et de l'appréciation des faits se rapportant aux transactions entre les entreprises associées, en consignait le cas échéant leurs désaccords quant à l'analyse des éléments de fait et toute divergence ayant trait au traitement juridique des conditions de détermination des prix de transfert entre les entreprises associées. Ces constatations peuvent servir de base à des procédures amiables ultérieures et sont susceptibles d'éviter les problèmes qui se posent lorsqu'une juridiction contrôle un contribuable longtemps après que l'autre État contractant a définitivement liquidé l'impôt de l'entreprise associée concernée. On peut ainsi, par exemple,

éviter certaines des difficultés auxquelles se heurte la procédure amiable par manque de renseignements pertinents.

4.90. Dans certains cas, le contrôle fiscal simultané débouche sur un accord entre les administrations fiscales participantes au sujet des conditions de détermination des prix de transfert des transactions entre les entreprises associées. Lorsqu'un accord est obtenu, un ajustement corrélatif peut être effectué suffisamment tôt, de sorte qu'on peut éviter au maximum la prescription et la double imposition économique. En outre, si l'accord concernant les prix de transfert entre entreprises associées est approuvé par le contribuable, chacun s'épargnera un contentieux long et onéreux.

4.91. Même si les administrations fiscales ne parviennent pas à s'entendre lors d'un contrôle fiscal simultané sur la détermination des prix de transfert entre entreprises associées, l'Accord modèle de l'OCDE prévoit la possibilité, pour l'une des entreprises associées, de présenter une demande d'ouverture d'une procédure amiable en vue d'éviter la double imposition plus tôt qu'en l'absence de contrôle fiscal simultané. Dans ce cas, le contrôle fiscal simultané permet de réduire sensiblement le délai entre les redressements effectués par l'administration fiscale et la mise en œuvre d'une procédure amiable. De plus, l'Accord modèle de l'OCDE repose sur l'idée qu'un contrôle fiscal simultané peut faciliter la procédure amiable, parce que les administrations fiscales pourront rassembler des éléments de fait plus complets pour les redressements susceptibles de donner lieu de la part d'un contribuable à une demande de procédure amiable. Grâce aux constatations des administrations fiscales concernant l'établissement et l'appréciation des faits ainsi que le traitement fiscal envisagé, la mise en œuvre de la procédure amiable sera sensiblement améliorée et les autorités compétentes pourront parvenir plus facilement à un accord.

4.92. Les entreprises associées peuvent également tirer avantage d'un contrôle fiscal simultané en ce qu'il leur fera gagner du temps et économiser des ressources du fait de la coordination des enquêtes des administrations fiscales concernées et de l'élimination de doubles emplois. En outre, l'intervention simultanée de deux administrations fiscales ou plus dans le contrôle des prix de transfert entre des entreprises associées offre la possibilité à une entreprise multinationale de jouer un rôle plus actif dans le règlement des problèmes que posent les prix de transfert. En présentant les faits et arguments pertinents à chaque administration fiscale participante durant le contrôle fiscal simultané, les entreprises associées pourront en effet éviter des malentendus et faciliter le travail parallèle de détermination et d'évaluation de leurs conditions de prix de transfert accompli par les administrations fiscales concernées. Ainsi, les entreprises associées pourront savoir suffisamment tôt à quoi s'en tenir pour leurs prix de transfert (voir paragraphe 4.79).

D.4. Recommandation concernant l'utilisation des contrôles fiscaux simultanés

4.93. Devant le recours croissant aux contrôles fiscaux simultanés entre pays membres de l'OCDE, le Comité des affaires fiscales a jugé utile d'établir un Accord modèle de l'OCDE pour entreprendre des contrôles fiscaux simultanés, à l'intention des pays qui peuvent et veulent s'engager dans ce type de coopération. Le 23 juillet 1992, le Conseil de l'OCDE a recommandé aux pays membres d'utiliser cet accord modèle, qui contient des lignes directrices sur les aspects juridiques et pratiques de cette forme de coopération.

4.94. Compte tenu de l'internationalisation croissante des échanges et des activités industrielles et commerciales et de la complexité des opérations des entreprises multinationales, les problèmes liés aux prix de transfert jouent un rôle de plus en plus important. Les contrôles fiscaux simultanés peuvent atténuer les difficultés auxquelles se heurtent les contribuables et les administrations fiscales dans le domaine de la fixation des prix de transfert des entreprises multinationales. Il est donc recommandé de recourir plus souvent aux contrôles fiscaux simultanés, en matière de prix de transfert et de faciliter l'échange de renseignements ainsi que le déroulement des procédures amiables. Dans le cadre d'un contrôle simultané, si un redressement intervient, les deux juridictions concernées doivent s'efforcer d'éviter la double imposition du groupe multinational.

E. Régimes de protection

E.1. Introduction

4.95. L'application du principe de pleine concurrence est un processus qui peut consommer beaucoup de ressources. Elle impose souvent aux contribuables et aux administrations fiscales une lourde charge administrative, qu'aggravent encore la complexité des règles en vigueur et les obligations qui en découlent. C'est pourquoi les pays membres de l'OCDE ont été amenés à s'interroger sur l'opportunité d'instaurer des régimes de protection dans le domaine des prix de transfert.

4.96. À l'époque de l'adoption des TPG, en 1995, les opinions exprimées au sujet des régimes de protection étaient, dans l'ensemble, négatives. Certains commentateurs pensaient en effet que, si les régimes de protection pouvaient certes simplifier l'administration et la charge administrative d'application des prix de transfert, de telles règles risquaient de soulever des problèmes fondamentaux ayant des effets potentiellement pervers sur la formation des prix par les entreprises effectuant des transactions contrôlées. D'autres pensaient que les régimes de protection unilatéraux pouvaient avoir une incidence négative sur les recettes fiscales de la juridiction appliquant ce

régime, ainsi que sur les recettes fiscales des juridictions dont les entreprises associées effectuaient des transactions contrôlées avec des contribuables ayant opté pour un régime de protection. Il était en outre avancé que les régimes de protection n'étaient peut-être pas compatibles avec le principe de pleine concurrence. Par conséquent, la conclusion était que les régimes de protection relatifs aux prix de transfert n'étaient pas à recommander de manière générale, et l'application de tels régimes était donc déconseillée.

4.97. En dépit de ces conclusions généralement négatives, un certain nombre de juridictions ont adopté des régimes de protection. Pour la plupart, ces règles s'appliquent aux petits contribuables et/ou aux transactions les moins complexes. Les administrations fiscales aussi bien que les contribuables en donnent généralement une évaluation favorable, et indiquent que les avantages des régimes de protection l'emportent sur leurs inconvénients, pour autant que ces règles soient soigneusement ciblées et prescrites, et que des efforts soient déployés pour éviter les problèmes qui pourraient résulter de régimes de protection mal conçus.

4.98. Comme on peut s'y attendre, les régimes de protection sont les plus appropriés dans les cas où ils s'appliquent à des contribuables et/ou à des transactions comportant de faibles risques en matière de prix de transfert, et lorsqu'ils sont adoptés sur une base bilatérale ou multilatérale. Il convient de noter que les administrations fiscales autres que celle qui a expressément adopté un régime de protection ne sont en aucune façon engagées ni limitées par celui-ci.

4.99. Bien que les régimes de protection s'appliquent avant tout au bénéfice des contribuables, en permettant une utilisation optimisée des ressources, ils peuvent aussi comporter des avantages pour les administrations fiscales. Celles-ci peuvent en effet économiser des ressources d'audit et d'examen au titre des petits contribuables et des transactions les moins complexes (cas qui peuvent généralement se résoudre en pratique d'une manière systématique, que ce soit au regard de la méthodologie des prix de transfert ou des résultats effectifs), et consacrer ces ressources aux cas plus complexes et présentant davantage de risques. Par ailleurs, les contribuables bénéficient d'une plus grande certitude et d'une moindre charge administrative d'application des règles lorsqu'il s'agit de déterminer les prix de transfert des transactions éligibles et de soumettre leur déclaration fiscale. Lors de la conception d'un régime de protection, il convient cependant de prêter soigneusement attention aux points suivants : le degré auquel les prix de transfert fixés dans le cadre d'un régime de protection pour les contribuables éligibles sont autorisés à se rapprocher des prix de pleine concurrence ; la possibilité de créer des opportunités de planification fiscale induite, et notamment de double exonération d'impôt ; le traitement équitable de contribuables placés dans une situation similaire ; et les risques de double imposition résultant

de l'incompatibilité éventuelle d'un régime de protection avec le principe de pleine concurrence ou avec les pratiques d'autres juridictions.

4.100. L'examen qui suit porte sur les avantages et les inconvénients potentiels des régimes de protection, et fournit des orientations quant aux circonstances dans lesquelles un régime de protection peut s'appliquer à un système de prix de transfert fondé sur le principe de pleine concurrence.

E.2. Définition et finalité des régimes de protection

4.101. Certaines des difficultés que suscite la mise en œuvre du principe de pleine concurrence peuvent être évitées si l'on met en place des conditions permettant aux contribuables éligibles d'opter pour l'application d'un ensemble de règles simples prescrites en matière de prix de transfert, portant sur des transactions clairement et soigneusement définies, ou encore d'être dispensés de l'application des règles générales en matière de prix de transfert. Dans le premier cas, les prix de transfert ainsi fixés sont automatiquement acceptés par une administration fiscale ayant expressément adopté ces règles. Ce sont ces dispositions optionnelles que l'on appelle « régimes de protection ».

4.102. Dans le cadre d'un système de prix de transfert, un régime de protection est une disposition qui s'applique à une catégorie bien définie de contribuables ou de transactions et qui les exempte de certaines obligations normalement imposées par les règles générales en matière de prix de transfert d'une juridiction. Un régime de protection remplace ces règles générales par des obligations plus simples. Il peut, par exemple, autoriser les contribuables à fixer leurs prix de transfert d'une certaine façon, notamment en appliquant une méthode simplifiée prescrite par l'administration fiscale. Un régime de protection peut aussi exempter une catégorie précise de contribuables ou de transactions de l'application de tout ou partie des règles générales en matière de prix de transfert. Bien souvent, les contribuables éligibles qui optent pour un régime de protection échappent ainsi à une lourde charge administrative d'application des règles, notamment en ce qui concerne tout ou partie de la documentation à fournir en matière de prix de transfert.

4.103. Au sens de la présente section, les régimes de protection n'incluent pas les mesures de simplification administrative qui ne concernent pas directement la détermination des prix de pleine concurrence, telles que les obligations simplifiées ou les exemptions en matière de documentation (en l'absence de fixation des prix) ou la procédure par laquelle une administration fiscale et un contribuable s'entendent par avance sur la fixation des prix de transfert pour les transactions avec des entreprises associées (« accords préalables en matière de prix de transfert »); ce mécanisme est commenté à la section F du présent chapitre. On ne traitera pas non plus dans cette section

des dispositions fiscales destinées à empêcher l'endettement « excessif » d'une filiale étrangère (règles relatives à la « sous-capitalisation »).

4.104. Même si elles ne correspondent pas exactement à la description susmentionnée d'un régime de protection, d'autres mesures de simplification administrative peuvent être adoptées par certaines juridictions, qui empruntent la voie de la présomption pour obtenir certains des avantages examinés dans la présente section. Par exemple, dans un régime de présomption réfragable, l'administration fiscale fixe un objectif obligatoire en matière de prix de transfert, mais le contribuable a le droit de démontrer qu'il a calculé ses prix de transfert conformément au principe de pleine concurrence. Dans un tel régime, il est essentiel que le contribuable ne supporte pas, pour démontrer que son prix est conforme au principe de pleine concurrence, une charge plus lourde qu'en l'absence d'un tel régime. Tout système de ce type doit absolument prévoir une procédure amiable pour résoudre les problèmes de double imposition pouvant découler de l'application d'une présomption irréfragable.

E.3. Avantages des régimes de protection

4.105. Les principaux avantages des régimes de protection sont les suivants :

1. simplifier l'application des règles et réduire, pour les contribuables éligibles, les coûts de mise en conformité avec la réglementation aux fins de la détermination et de la documentation des conditions appropriées pour les transactions contrôlées éligibles ;
2. donner aux contribuables éligibles l'assurance que le prix imputé ou perçu au titre de transactions contrôlées sera accepté par l'administration fiscale qui a adopté le régime de protection, après un contrôle allégé, ou après simple vérification que le contribuable remplit les conditions d'éligibilité aux dispositions du régime de protection et en applique les règles ;
3. permettre aux administrations fiscales de redéployer leurs ressources administratives vers l'examen de transactions et de contribuables plus complexes ou assortis de risques plus élevés.

E.3.1. Allègement des obligations

4.106. L'application du principe de pleine concurrence peut exiger la collecte et l'analyse de données difficiles ou coûteuses à obtenir et/ou à évaluer. Dans certains cas, cette charge administrative peut être disproportionnée par rapport à la taille du contribuable, aux fonctions qu'il assume et aux risques inhérents à ses transactions contrôlées.

4.107. Un régime de protection bien conçu peut alléger sensiblement cette charge administrative en éliminant l'obligation de collecte de données et de

documentation, en contrepartie de la fixation des prix de transfert pour les transactions éligibles dans les limites des paramètres prévus par le régime de protection. En particulier dans les domaines où les risques afférents aux prix de transfert sont faibles, et où la charge administrative d'application des règles est disproportionnée par rapport à ces risques, un tel arrangement peut être mutuellement avantageux pour les contribuables et pour l'administration fiscale. Dans le cadre d'un régime de protection, le contribuable pourrait fixer ses prix de transfert sans craindre de les voir remis en cause par l'administration fiscale offrant le régime de protection, et sans être obligé de rechercher des transactions comparables ni de dépenser des ressources pour démontrer la conformité de ses prix de transfert.

E.3.2. Certitude

4.108. Un autre avantage des régimes de protection réside dans la certitude que les prix de transfert pratiqués par le contribuable seront acceptés par l'administration fiscale offrant ce régime, pour autant que le contribuable remplisse les conditions d'éligibilité au régime et en applique les règles. L'administration fiscale accepterait, sans autre examen ou avec un contrôle minimal, les prix de transfert respectant les paramètres prévus par le régime. Les contribuables pourraient se voir indiquer les paramètres permettant d'obtenir un prix de transfert jugé acceptable par l'administration fiscale pour la transaction éligible.

E.3.3. Simplification administrative

4.109. Un régime de protection simplifierait la tâche de l'administration fiscale. Bien que l'éligibilité de catégories particulières de contribuables et de transactions doive être soigneusement évaluée au regard des dispositions spécifiques du régime, cette évaluation ne devrait pas nécessairement être effectuée par des spécialistes des prix de transfert. Une fois établie l'éligibilité au régime, les contribuables concernés ne nécessiteraient plus qu'une vérification minimale de leurs prix de transfert pour leurs transactions contrôlées éligibles. L'administration fiscale pourrait ainsi s'assurer des recettes fiscales en situation de faible risque avec un engagement limité de ressources et concentrer ses efforts sur l'examen de transactions et de contribuables plus complexes ou à risques plus élevés. Un régime de protection peut en outre améliorer le respect des règles par les petits contribuables qui pourraient, sinon, penser que leurs pratiques en matière de prix de transfert échappent à tout contrôle.

E.4. Problèmes posés par l'utilisation des régimes de protection

4.110. L'existence d'un régime de protection pour une catégorie donnée de contribuables ou de transactions peut avoir des conséquences négatives, résultant des circonstances suivantes :

1. l'application d'un régime de protection dans une juridiction donnée peut conduire à la déclaration de revenus imposables qui ne sont pas conformes au principe de pleine concurrence ;
2. s'il est adopté de façon unilatérale, un régime de protection peut accroître le risque de double imposition ou de double exonération ;
3. un régime de protection peut ouvrir la voie à une planification fiscale induite, et
4. un régime de protection peut poser des problèmes au regard de l'équité et de l'uniformité.

E.4.1. Divergence par rapport au principe de pleine concurrence

4.111. Lorsqu'un régime de protection prévoit une méthode simplifiée de détermination des prix de transfert, cette méthode ne correspond pas nécessairement dans tous les cas à celle qui serait la plus appropriée à la situation concrète d'un contribuable soumis aux dispositions générales en matière de détermination des prix de transfert. Par exemple, un régime de protection peut imposer l'utilisation d'une méthode particulière, alors que le contribuable pourrait avoir déterminé qu'une autre méthode était plus appropriée à sa situation concrète. Dans ce cas, on pourrait considérer qu'il y a incompatibilité avec le principe de pleine concurrence, lequel exige l'utilisation de la méthode la plus appropriée.

4.112. Un régime de protection suppose d'établir un compromis entre le strict respect du principe de pleine concurrence et la facilité d'administration du régime. De tels régimes ne sont pas conçus pour correspondre exactement à la situation concrète de chacun des contribuables et des transactions. Le degré de correspondance entre les prix déterminés dans le cadre du régime de protection et les prix reflétant le principe de pleine concurrence pourrait être amélioré par la collecte, la compilation et la mise à jour fréquente de tout un ensemble d'informations relatives à l'évolution des prix observés pour des catégories pertinentes de transactions entre des parties indépendantes appropriées. Or, l'ampleur des efforts à déployer pour définir les paramètres d'un régime de protection d'une façon suffisamment précise pour répondre au principe de pleine concurrence irait à l'encontre de la simplification administrative recherchée dans le cadre d'un régime de protection.

4.113. Afin d'éviter que les contribuables soient pénalisés par une divergence entre régime de protection et principe de pleine concurrence au regard de la détermination des prix de transfert, il est possible de leur proposer soit d'opter pour le régime de protection, soit de fixer les prix de transfert pour leurs transactions conformément au principe de pleine concurrence. Avec une telle approche, les contribuables estimant que le régime de protection les oblige à déclarer un montant de revenus supérieur au montant correspondant à l'application du principe de pleine concurrence pourraient appliquer les règles générales en matière de prix de transfert. Si une telle approche permet d'atténuer les divergences entre principe de pleine concurrence et régime de protection pour ce qui est de la détermination des prix de transfert, elle a également pour effet de limiter les avantages administratifs du régime de protection pour l'administration fiscale. En outre, l'administration fiscale devra prendre en compte la perte potentielle de recettes fiscales découlant d'une telle approche, puisque les contribuables ne paieront l'impôt que sur le plus faible des deux montants résultant soit de l'application du régime de protection soit de l'application du principe de pleine concurrence. Les États peuvent par ailleurs envisager avec réticence le fait que les contribuables puissent opter pour l'application du régime de protection pendant une année puis l'abandonner l'année suivante, en fonction des avantages que leur procure ce régime. Ils pourraient souhaiter atténuer ces risques en maîtrisant les conditions dans lesquelles un contribuable peut être éligible au régime de protection, par exemple en lui imposant de prévenir l'administration fiscale à l'avance de son intention d'opter pour le régime de protection ou en lui demandant de s'engager à opter pour ce régime pendant un certain nombre d'années.

E.4.2. Risque de double imposition et de double exonération, et difficultés concernant la procédure amiable

4.114. Un problème majeur que posent les régimes de protection est l'augmentation du risque de double imposition. Si dans le but d'accroître les bénéfices déclarés dans sa juridiction, une administration fiscale fixe les paramètres d'un régime de protection à un niveau soit supérieur soit inférieur aux prix résultant de l'application du principe de pleine concurrence, les contribuables peuvent être incités à modifier les prix qu'ils auraient pratiqués dans d'autres circonstances à l'égard de parties contrôlées, afin d'éviter la vérification de leurs prix de transfert dans la juridiction offrant le régime de protection. Le risque de majoration du revenu imposable dans la juridiction accordant le régime de protection est plus grand lorsque cette juridiction sanctionne lourdement la minoration de l'impôt ou la non-communication de la documentation requise, ce qui incite encore davantage les contribuables à faire en sorte que leurs prix de transfert soient acceptés dans cette juridiction sans autre examen.

4.115. Si le régime de protection conduit les contribuables à déclarer des revenus supérieurs à ceux qu'ils déclareraient en application du principe de pleine concurrence, cela peut se révéler avantageux pour l'administration fiscale qui l'accorde, puisque les contribuables résidents déclarent davantage de revenus imposables. En revanche, le régime de protection peut conduire à ce qu'un niveau moindre de revenu imposable soit déclaré dans la juridiction fiscale de l'entreprise associée qui est l'autre partie à la transaction. On peut alors penser que l'administration fiscale étrangère va contester les prix résultant de l'application du régime de protection, avec le risque pour le contribuable de subir une double imposition. En conséquence, l'avantage administratif obtenu par l'administration fiscale de la juridiction accordant le régime de protection pourrait l'être aux dépens des autres juridictions qui, pour préserver leur base d'imposition, devront déterminer systématiquement si les prix ou résultats autorisés dans le cadre du régime de protection sont compatibles avec ceux qui seraient obtenus en application de leurs propres règles en matière de prix de transfert. La charge administrative que s'est épargnée la juridiction accordant le régime de protection se trouve ainsi reportée sur les autres juridictions.

4.116. Dans le cas des petits contribuables et des transactions les moins complexes, les avantages que présente un régime de protection peuvent l'emporter sur les difficultés qu'il pose. Pour autant que le régime de protection soit optionnel, les contribuables peuvent considérer qu'un niveau modéré de double imposition, résultant éventuellement du régime de protection, est un prix acceptable à payer pour échapper à l'obligation de se conformer à des règles complexes en matière de prix de transfert. On peut estimer que le contribuable est capable de se former sa propre opinion quant au fait de savoir si l'éventualité d'une double imposition est acceptable ou non en cas d'option pour le régime de protection.

4.117. Lorsqu'un régime de protection est adopté de manière unilatérale, il convient de prendre garde à fixer les paramètres du régime de façon à éviter la double imposition, et la juridiction adoptant le régime de protection devrait de manière générale être prête à envisager, au cas par cas, une modification du résultat de l'application de ce régime dans le cadre d'une procédure amiable afin d'atténuer le risque de double imposition. Au minimum, pour que les contribuables puissent prendre leur décision en toute connaissance de cause, la juridiction accordant le régime de protection devrait annoncer explicitement à l'avance si elle est ou non disposé à atténuer une éventuelle double imposition résultant de l'application du régime. De toute évidence, lorsqu'un régime de protection n'est pas optionnel et que la juridiction en question refuse d'envisager l'élimination de la double imposition, le risque de double imposition résultant du régime de protection serait excessivement élevé, et incompatible avec les conventions fiscales destinées à éviter la double imposition.

4.118. Cela étant, si un régime de protection unilatéral permet de déclarer un revenu inférieur au montant de pleine concurrence dans la juridiction accordant le régime, les contribuables seront incités à opter pour le régime de protection. Dans ce cas, rien ne garantit que ces contribuables déclareront dans d'autres juridictions leurs revenus sur la même base ou pour un montant supérieur au montant de pleine concurrence. De plus, il est peu probable que les administrations fiscales étrangères soient habilitées à exiger que ces revenus soient déclarés au-dessus du niveau qui résulterait de l'application du principe de pleine concurrence. Bien que, dans de telles situations, la sous-imposition soit exclusivement aux dépens de la juridiction accordant le régime de protection et ne doive pas empêcher les autres juridictions d'imposer les revenus au niveau de pleine concurrence, la double exonération serait inévitable, entraînant potentiellement des distorsions des investissements et des échanges.

4.119. Il est important de faire observer que les problèmes susmentionnés découlant des régimes de protection – résultats divergeant de l'application du principe de pleine concurrence et possibilités de double imposition et de double exonération – peuvent être en grande partie éliminés par l'adoption de régimes de protection bilatéraux ou multilatéraux, par le biais d'accords conclus entre les autorités compétentes de différentes juridictions. Deux ou plusieurs juridictions peuvent ainsi, par convention, définir des catégories de contribuables et/ou de transactions auxquelles s'appliquent un régime de protection et établir des paramètres de détermination des prix de transfert qui soient acceptés par toutes les parties contractantes pour autant qu'ils soient appliqués de la même manière dans chacune des juridictions. Ces accords peuvent être publiés à l'avance, ce qui permet aux contribuables de déclarer leurs résultats de façon homogène dans chacune des juridictions concernées, en conformité avec l'accord.

4.120. Lorsque deux ou plusieurs juridictions aux intérêts potentiellement divergents se mettent d'accord sur un tel régime de protection, il en résulte un cadre rigoureux qui restreint en grande partie l'arbitraire caractérisant éventuellement un régime unilatéral et qui permet d'éliminer l'essentiel des problèmes de double imposition et de double exonération créés par les régimes de protection. En particulier pour certains petits contribuables et/ou certaines transactions relativement simples, la création de régimes de protection bilatéraux ou multilatéraux par voie d'accords entre les autorités compétentes peut offrir un moyen intéressant de simplifier les prix de transfert tout en évitant certains des pièges potentiels que recèlent les régimes de protection unilatéraux.

4.121. L'annexe I au chapitre IV des présents Principes contient des modèles de protocole d'accord que les autorités compétentes peuvent utiliser pour établir des régimes de protection bilatéraux ou multilatéraux à appliquer, dans des situations appropriées, à des catégories communes de cas relevant des prix de transfert. L'utilisation de ces modèles ne saurait être considérée comme

obligatoire ou prescriptive pour l'établissement de régimes de protection bilatéraux ou multilatéraux. Ces modèles visent simplement à fournir un cadre possible, à adapter en fonction des besoins particuliers des autorités fiscales des juridiction concernées.

E.4.3. Possibilité de favoriser la planification fiscale

4.122. Les régimes de protection peuvent par ailleurs fournir aux contribuables des possibilités de planification fiscale. Les entreprises risquent d'être incitées à modifier leurs prix de transfert de façon à transférer des revenus imposables dans d'autres juridictions. Cela peut également favoriser l'évasion fiscale, dans la mesure où les contribuables mettraient en place des arrangements artificiels pour tirer parti des régimes de protection. Par exemple, si les régimes de protection s'appliquent à des transactions « simples » ou « petites », les contribuables peuvent être tentés de fractionner les transactions de façon à ce qu'elles apparaissent simples ou petites.

4.123. Si un régime de protection repose sur une moyenne pour un secteur, les contribuables ayant une rentabilité supérieure à la moyenne pourraient en tirer parti. Par exemple, une entreprise efficiente pratiquant le prix de pleine concurrence pourra dégager une marge de 15 % sur des ventes à des entreprises associées. Si une juridiction adopte un régime de protection prévoyant une marge de 10 %, l'entreprise aura intérêt à opter pour le régime de protection et à transférer les 5 % restants vers des juridictions à fiscalité moindre, ce qui implique que des revenus imposables seront transférés hors de la juridiction. À grande échelle, cette situation pourrait entraîner des pertes de recettes fiscales considérables pour la juridiction accordant le régime de protection.

4.124. Ce problème peut être largement évité par la solution évoquée au paragraphe 4.117, consistant à adopter des régimes de protection bilatéraux ou multilatéraux, ce qui limite l'application d'un tel régime aux transactions entre des juridictions ayant les mêmes intérêts en matière de prix de transfert. Lorsqu'elles adoptent des régimes de protection bilatéraux et multilatéraux, les administrations fiscales doivent être conscientes que la création d'un vaste réseau de tels régimes est susceptible d'encourager la recherche des régimes les plus avantageux, c'est-à-dire la localisation des transactions sur des territoires offrant des régimes de protection plus favorables ; elles devraient donc prendre des mesures appropriées pour circonscrire cette possibilité. De même, il serait judicieux que les juridictions adoptant des régimes de protection bilatéraux définissent des fourchettes de résultats acceptables assez étroites et exigent une déclaration cohérente des revenus dans chaque juridiction partie à l'accord. Si nécessaire, les juridictions peuvent utiliser les clauses d'échange d'informations figurant dans les traités afin de s'assurer de la cohérence des déclarations dans le cadre d'un régime de protection bilatéral.

4.125. Il appartient à chaque juridiction de décider si elle est disposée à subir une certaine érosion de sa base d'imposition du fait de la mise en œuvre d'un régime de protection. Les deux composantes fondamentales de cet arbitrage sont, d'une part, l'élément de certitude et la simplicité administrative du régime de protection pour les contribuables et pour les administrations fiscales, et d'autre part, l'éventualité d'une érosion des recettes fiscales.

E.4.4. Problèmes d'équité et d'uniformité

4.126. Par ailleurs, les régimes de protection soulèvent des problèmes d'équité et d'uniformité. En mettant en place un régime de protection, on crée deux ensembles de règles de détermination des prix de transfert. Des critères clairs et soigneusement conçus doivent être fixés pour différencier des autres contribuables et transactions ceux qui sont éligibles au régime de protection, afin de minimiser la possibilité que deux contribuables présentant de grandes similitudes, et éventuellement concurrents, se trouvent de part et d'autre du seuil ouvrant droit au régime de protection ou, à l'inverse, que le régime de protection soit appliqué à des contribuables ou à des transactions auxquels il n'est pas destiné. Si les critères ne sont pas assez précis, des contribuables similaires pourraient être soumis à un traitement fiscal différent : l'un, autorisé à appliquer le régime de protection, sera exempté de l'application des dispositions générales en matière de prix de transfert ; l'autre sera astreint à déterminer les prix de transfert applicables à ses transactions selon les dispositions générales. L'application d'un traitement fiscal préférentiel dans le cadre d'un régime de protection applicable à une catégorie particulière de contribuables risque donc de créer une discrimination et de fausser la concurrence. L'adoption de régimes de protection bilatéraux ou multilatéraux peut, dans certaines circonstances, accroître les risques de traitement fiscal divergent, non seulement entre des contribuables différents mais similaires, mais aussi entre des transactions similaires réalisées par le même contribuable avec des entreprises associées situées dans des juridictions différentes.

E.5. Recommandations pour l'utilisation des régimes de protection

4.127. L'application et l'administration des prix de transfert est un processus souvent long, complexe et coûteux. Si les régimes de protection sont soigneusement conçus et appliqués dans des circonstances appropriées, certains de ces inconvénients peuvent être évités, et les contribuables peuvent bénéficier d'une plus grande certitude.

4.128. Les régimes de protection peuvent soulever différents problèmes, par exemple avoir des effets pervers sur les décisions de prix des entreprises effectuant des transactions contrôlées, ainsi que des répercussions négatives sur les recettes fiscales de la juridiction qui applique le régime de protection

et sur celles des juridictions dans lesquelles des entreprises associées réalisent des transactions contrôlées avec des contribuables ayant opté pour un régime de protection. En outre, les régimes de protection unilatéraux peuvent donner lieu à une double imposition ou à une double exonération.

4.129. Cependant, s'agissant des petits contribuables et de transactions les moins complexes, les avantages des régimes de protection peuvent l'emporter sur les problèmes qu'ils posent. L'application optionnelle d'un régime de protection, du point de vue des contribuables, peut en outre limiter la divergence par rapport à la détermination des prix de transfert en application du principe de pleine concurrence. Il est recommandé aux juridictions qui adoptent des régimes de protection de se tenir disposées à modifier, par voie de procédure amiable, les résultats issus des régimes de protection afin de limiter les risques potentiels de double imposition.

4.130. Lorsque les régimes de protection sont négociés sur une base bilatérale ou multilatérale, ils peuvent alléger considérablement la charge d'application des règles ainsi que la complexité administrative tout en évitant de créer des problèmes de double imposition ou de double exonération. Par conséquent, le recours aux régimes de protection bilatéraux ou multilatéraux, dans des circonstances appropriées, doit être encouragé.

4.131. Il doit être bien entendu qu'un régime de protection, qu'il soit adopté sur une base unilatérale ou bilatérale, ne crée aucun engagement ni aucun précédent pour les juridictions qui n'ont pas elles-mêmes adopté le régime de protection.

4.132. En ce qui concerne la détermination des prix de transfert dans des cas plus complexes et assortis de risques plus élevés, il est peu probable qu'un régime de protection puisse, en pratique, se substituer à une application rigoureuse, au cas par cas, du principe de pleine concurrence conformément aux dispositions des présents Principes.

4.133. Les administrations fiscales nationales doivent soigneusement évaluer les avantages et les inconvénients des régimes de protection pour les appliquer dans les circonstances qu'elles jugent appropriées.

F. Les accords préalables en matière de prix de transfert⁶

F.1. Définition et caractéristiques des accords préalables en matière de prix de transfert

4.134. Un accord préalable en matière de prix de transfert (« APP ») est un accord qui fixe, préalablement à des transactions entre entreprises associées, un ensemble approprié de critères (concernant par exemple la méthode de calcul, les éléments de comparaison, les correctifs à y apporter et les hypothèses de base concernant l'évolution future) pour la détermination des prix de transfert appliqués à ces transactions au cours d'une certaine période. La procédure d'APP est engagée à l'initiative du contribuable; elle suppose des négociations entre le contribuable, une ou plusieurs entreprises associées et une ou plusieurs administrations fiscales. L'APP a pour objet de compléter les mécanismes traditionnels de nature administrative, judiciaire et conventionnelle de règlement des problèmes qui ont trait aux prix de transfert. C'est lorsque les mécanismes traditionnels échouent ou sont difficiles à mettre en œuvre que l'APP se révèle le plus utile. Des Principes détaillées pour la conclusion d'accords préalables en matière de prix de transfert dans le cadre de la procédure amiable (« APP PA ») ont été adoptés en octobre 1999 et sont reproduites dans une annexe à ce chapitre. Les travaux relatifs à l'Action 14 du Plan d'action BEPS visant à assurer le règlement des différends relatifs aux conventions en temps opportun et de façon efficace et efficiente ont conduit à préconiser, dans la Bonne pratique n° 4, que les juridictions mettent en œuvre des programmes d'accords préalables bilatéraux en matière de prix de transfert dès qu'elles ont la capacité de le faire sachant que les programmes d'accords préalables procurent un meilleur niveau de certitude dans les deux juridictions parties à la convention, qu'ils réduisent la probabilité de double imposition et peuvent prévenir l'apparition de différends en matière de prix de transfert. À cet égard, il convient de noter que les profils des pays sur la procédure amiable établis conformément à l'élément 2.2 du standard minimum de l'Action 14 doivent contenir des informations sur les programmes d'accords préalables bilatéraux.

4.135. L'un des principaux problèmes que pose l'APP est celui de son degré de spécificité. Puisqu'il régira la détermination des prix de transfert du contribuable sur un certain nombre d'années, faut-il par exemple définir uniquement la méthode de détermination des prix de transfert ou fixer des résultats plus spécifiques? D'une manière générale, il faut être très prudent lorsqu'on va au-delà de la méthode de ses modalités d'application et des hypothèses de base, parce que les éléments plus spécifiques se fondent sur des prévisions.

6.. Des indications additionnelles pour la conclusion d'accords préalables de prix dans le cadre de la procédure amiable (« APP PA ») sont disponibles en annexe II au chapitre IV.

4.136. La fiabilité d'une prévision utilisée dans un APP est fonction à la fois de la nature de cette prévision et des hypothèses clés sur lesquelles elle repose. À titre d'exemple, il ne serait pas raisonnable de considérer que dans des conditions de pleine concurrence le taux d'emprunt à court terme d'une entreprise donnée dans le cadre d'un groupe restera égal à six pour cent les trois années suivantes. Une prévision plus plausible serait que ce taux soit égal au LIBOR majoré d'un pourcentage fixe. Cette prévision serait encore plus fiable si l'on ajoutait une hypothèse concernant la notation de l'entreprise (en décidant, par exemple, que la majoration du LIBOR sera modifiée si la notation change).

4.137. Autre exemple : il ne serait pas judicieux de fixer une formule de partage des bénéfices entre entreprises associées si la répartition des fonctions entre les entreprises est appelée à se modifier. Il serait en revanche possible de fixer une telle formule si certaines hypothèses clés permettaient de bien articuler le rôle de chaque entreprise. Dans certains cas, il pourrait même sans doute être possible de formuler une prévision raisonnable au sujet d'un ratio réel de partage des bénéfices approprié si l'on peut s'appuyer sur suffisamment d'hypothèses.

4.138. Pour se prononcer sur le degré de spécificité d'un APP dans chaque cas d'espèce, l'administration fiscale doit bien avoir conscience que ce sont les prévisions concernant l'évolution future des bénéfices envisagée dans l'absolu qui paraissent les moins plausibles. On pourrait certes utiliser comme élément de comparaison les taux de bénéfices d'entreprises indépendantes, mais il est également difficile de les prévoir vu leur fréquente instabilité. La définition d'hypothèses clés pertinentes et l'utilisation de fourchettes peuvent permettre d'obtenir des prévisions plus fiables. Les données rétrospectives concernant la branche d'activité peuvent constituer également une référence utile.

4.139. En résumé, la fiabilité d'une prévision dépend des circonstances de chaque cas d'espèce. Les contribuables et les administrations fiscales doivent prêter une grande attention à la fiabilité des prévisions lorsqu'il s'agit de définir la portée d'un APP. L'APP ne devrait pas comporter de prévisions qui ne sont pas fiables. En général, on pourra formuler une prévision plus fiable pour l'adéquation d'une méthode et de son application, ainsi que pour les hypothèses de base formulées, que pour les résultats futurs (niveau de prix ou des bénéfices).

4.140. Il existe dans certaines juridiction des accords unilatéraux par lesquels l'administration fiscale et le contribuable qui relève de sa compétence s'entendent sans intervention des autres administrations fiscales concernées. Or, un APP unilatéral peut avoir une incidence sur l'impôt dû par des entreprises associées dans d'autres juridictions. Lorsque les APP unilatéraux sont autorisés, les autorités compétentes des autres juridictions concernées doivent être informées le plus tôt possible de la procédure, afin qu'elles

puissent se prononcer sur l'acceptabilité d'un accord bilatéral dans le cadre de la procédure amiable. En tout état de cause, les juridictions ne doivent pas stipuler dans un APP unilatéral qu'elles sont susceptibles de conclure avec un contribuable l'obligation pour ce dernier de renoncer à la procédure amiable si un différend portant sur des prix de transfert survient ; si une autre juridiction opère un ajustement de prix de transfert concernant une transaction ou une question couverte par l'APP unilatéral, la première juridiction est encouragée à examiner le bien-fondé d'un ajustement corrélatif et à ne pas considérer que l'APP unilatéral constitue un règlement irréversible.

4.141. Du fait des problèmes de double imposition, la plupart des juridictions préfèrent les APP bilatéraux ou multilatéraux (c'est-à-dire avec une ou plusieurs autres juridictions) et, en fait, certaines juridictions n'admettent pas les APP unilatéraux (c'est-à-dire les APP entre le contribuable et une seule administration fiscale). La démarche bilatérale (ou multilatérale) a beaucoup plus de chances de réduire le risque de double imposition, d'être équitable pour l'ensemble des administrations fiscales et des contribuables concernés et d'offrir plus de certitude aux contribuables. Par ailleurs, dans certaines juridictions, la législation interne ne permet pas à l'administration fiscale de conclure directement avec le contribuable un accord contraignant, de sorte qu'un APP ne peut être conclu qu'avec l'autorité compétente d'un État partie à une convention dans le cadre de la procédure amiable. Dans les développements qui suivent, on ne prendra pas en compte dans les APP les accords unilatéraux, sauf référence expresse à ce type d'accord.

4.142. Les administrations fiscales peuvent juger les APP particulièrement utiles pour résoudre les problèmes de répartition des bénéfices ou d'imputation de revenus qui se posent dans le contexte des opérations mondiales sur titres et sur marchandises et également ceux qui ont trait aux accords multilatéraux de contribution aux coûts. Les APP peuvent également se révéler fructueux pour régler les problèmes que soulève l'article 7 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE pour les problèmes de répartition, les activités des établissements stables et des succursales.

4.143. Les APP, y compris lorsqu'ils sont unilatéraux, diffèrent à certains égards des décisions anticipées traditionnelles que peuvent rendre certaines administrations fiscales. En outre, l'APP prend généralement en compte des éléments de fait, alors que les décisions anticipées traditionnelles se limitent généralement à l'interprétation de points de droit à partir des faits soumis par le contribuable. En cas de décision anticipée traditionnelle, l'administration fiscale ne s'interroge pas sur les faits évoqués par le contribuable, alors que dans le cas d'un APP, il est probable que les faits seront analysés en profondeur. En outre, l'APP porte généralement sur plusieurs transactions, plusieurs catégories de transactions récurrentes ou sur l'ensemble des transactions internationales du contribuable au cours d'une période donnée.

Par contre, la décision anticipée traditionnelle ne vaut généralement que pour une transaction donnée.

4.144. La coopération des entreprises associées est vitale pour la réussite des négociations qui aboutiront à l'APP. Par exemple, les entreprises associées devront normalement indiquer aux administrations fiscales la méthode qu'elles jugent la plus appropriée compte tenu de leur situation particulière. Les entreprises associées devront également fournir des documents étayant leurs propositions, par exemple des données concernant le secteur, les marchés et les juridictions qui seront pris en compte dans l'accord. En outre, les entreprises associées pourront identifier des transactions sur le marché libre qui sont comparables ou similaires à leurs transactions du point de vue des activités économiques exercées et des conditions des prix de transfert – par exemple pour ce qui est des coûts économiques et des risques encourus, etc. – et effectuer une analyse fonctionnelle du type de celle décrite au chapitre I des présents Principes.

4.145. En général, les entreprises associées sont autorisées à participer à la procédure d'obtention d'un APP, en présentant le dossier et en négociant avec les administrations fiscales concernées, en leur fournissant les informations nécessaires et en recherchant avec elles un accord en matière de prix de transfert. Du point de vue des entreprises associées, cette possibilité peut paraître offrir des avantages par rapport à la procédure amiable conventionnelle.

4.146. La procédure d'APP achevée, l'administration fiscale devra donner confirmation aux entreprises associées de son ressort qu'aucun ajustement de ses prix de transfert ne sera effectué tant qu'elles se conformeront aux clauses des accords. L'APP devra également comporter, pour les années futures, une clause de révision ou d'annulation se référant éventuellement à une « fourchette » en cas de modification importante des opérations de l'entreprise ou de circonstances économiques imprévisibles (par exemple, des modifications importantes des taux de change) ayant une incidence importante sur la fiabilité de la méthode utilisée lorsque des entreprises indépendantes auraient jugé ces changements importants pour la fixation de leurs prix de transfert.

4.147. Un APP peut porter sur l'ensemble des prix de transfert du contribuable (c'est la solution qui a la préférence de certaines juridictions) ou laisser au contribuable la possibilité de limiter sa demande d'APP à des filiales ou des transactions interentreprises déterminées. En général, l'APP ne s'applique qu'aux exercices futurs et aux transactions futures, sa durée étant fonction de la branche d'activité, des produits ou des transactions en cause. Les entreprises associées pourront limiter leur demande à certains exercices futurs. L'APP pourra également ouvrir la possibilité d'appliquer la méthode convenue de fixation des prix de transfert pour résoudre des problèmes similaires qui se sont posés lors d'exercices antérieurs non prescrits. Mais, pour ce faire, il faudra alors l'accord de l'administration fiscale, du

contribuable et, le cas échéant, de celle de l'État avec lequel une convention fiscale a été conclue. L'élément 2.7 du standard minimum de l'Action 14 prévoit que les juridictions ayant des programmes bilatéraux d'accords préalables en matière de prix de transfert devraient s'engager à accorder une extension de ces accords préalables (aux exercices fiscaux antérieurs exclus du champ d'application initial de l'accord) dans les cas appropriés, sous réserve du respect des délais applicables (comme les règles de prescription en matière de rectification prévues par le droit interne) dès lors que les faits et circonstances des exercices fiscaux antérieurs sont identiques et sous réserve de la vérification de ces faits et circonstances lors du contrôle.

4.148. Naturellement, chaque administration fiscale partie à l'APP voudra vérifier que les contribuables de son ressort se conforment à l'APP. Elle pourra le faire en général de deux manières. Premièrement, elle pourra exiger du contribuable un rapport annuel faisant état de la conformité de ses prix de transfert aux conditions prévues dans l'APP et montrant la validité des hypothèses de base. Deuxièmement, elle pourra continuer à examiner la situation du contribuable dans le cadre de ses vérifications régulières, sans remettre en question la validité de la méthode. Elle pourra se borner à vérifier les données initiales sur lesquelles s'est fondée la proposition d'APP et à déterminer si celui-ci s'est conformé aux conditions prévues dans l'APP. Elle pourra également vérifier la véracité des informations consignées dans l'APP et dans les rapports annuels et l'application systématique de la méthode retenue. Tout ce qui n'a pas trait à l'APP relèvera de la procédure ordinaire de vérification.

4.149. L'APP devra pouvoir faire l'objet d'une annulation, même rétroactive, en cas de fraude ou de dénaturation d'informations au cours des négociations, ou en cas d'inobservation par le contribuable des conditions prévues dans l'APP. En cas de proposition d'annulation d'un APP, l'administration fiscale qui est à l'origine de la proposition doit informer les autres administrations de son intention et de ses motifs.

F.2. Approches possibles pour des règles juridiques et administratives régissant les accords préalables en matière de prix de transfert

4.150. Les APP qui font intervenir l'autorité compétente d'un État cocontractant relèvent de la procédure amiable de l'article 25 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, bien qu'ils n'y soient pas expressément mentionnés. Le paragraphe 3 de cet article dispose que les autorités compétentes « s'efforcent, par voie d'accord amiable, de résoudre les difficultés ou de dissiper les doutes auxquels peuvent donner lieu l'interprétation ou l'application de la Convention ». Tout en indiquant que l'article 25 paragraphe 3 vise les difficultés d'ordre général concernant une catégorie de contribuables, le paragraphe 50 des Commentaires reconnaît expressément que ces difficultés ont pu être soulevées à l'occasion d'un cas

particulier. Dans un certain nombre de cas, si des APP ont été mis en place, c'est parce que l'application des règles en matière de prix de transfert à une catégorie particulière de contribuables soulève des doutes et des difficultés. L'article 25 paragraphe 3 précise également que les autorités compétentes peuvent aussi se concerter en vue d'éliminer la double imposition dans les cas non prévus par la Convention. Les APP bilatéraux devraient relever de cette disposition parce que l'un de leurs objectifs est d'éviter la double imposition. La Convention prévoit des ajustements des prix de transfert, mais elle n'indique aucune méthode ou procédure particulière, si ce n'est le principe de pleine concurrence de l'article 9. On peut donc considérer que les APP sont autorisés par le paragraphe 3 de l'article 25, car les affaires spécifiques de prix de transfert soumises à un APP ne sont pas visées ailleurs dans la Convention. L'article 26, relatif à l'échange de renseignements, peut également faciliter les APP en instaurant une coopération entre les autorités compétentes sous la forme d'échanges de renseignements.

4.151. Par ailleurs, les administrations fiscales peuvent s'appuyer sur les prérogatives générales qui leur sont conférées en droit interne dans le domaine de l'administration de l'impôt pour conclure des APP. Dans certaines juridictions, l'administration fiscale est habilitée à formuler à l'intention des contribuables des instructions administratives ou de procédures décrivant le régime fiscal des transactions et la méthode adéquate de fixation des prix. Comme on l'a vu ci-dessus, la législation fiscale de certains pays membres de l'OCDE comporte également des dispositions permettant aux contribuables d'obtenir des décisions spécifiques à diverses fins. Même si ces décisions n'ont pas été spécifiquement conçues pour les APP, leur champ d'application est souvent suffisamment large pour les couvrir.

4.152. Certaines juridictions ne peuvent pas, en vertu de leur droit interne, conclure des APP. Toutefois, lorsqu'une convention fiscale comporte une disposition relative à la procédure amiable similaire à l'article 25 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, les autorités compétentes devraient en général être autorisées à conclure un APP si les problèmes que posent les prix de transfert sont susceptibles d'entraîner une double imposition ou de soulever des difficultés ou des doutes quant à l'interprétation ou à l'application de la Convention. Un tel accord serait juridiquement contraignant pour les deux États et créerait des droits pour le contribuable concerné. Dans la mesure où les conventions de double imposition priment sur le droit interne, l'absence de base juridique en droit interne pour la conclusion d'un APP n'empêchera pas l'application d'un APP au titre de la procédure amiable.

F.3. Avantages offerts par les APP

4.153. Un dispositif d'APP peut être très utile pour les contribuables parce qu'il élimine l'incertitude en rendant plus prévisible le régime fiscal des transactions internationales. Dès lors que les conditions à remplir ont été respectées, l'APP constitue pour les contribuables concernés un facteur de sécurité juridique pour le régime fiscal des opérations régies par l'APP, et ce pour une période fixée à l'avance. Dans certains cas, l'APP comportera une possibilité de prorogation. Il pourra également donner lieu à une renégociation par les administrations fiscales et les contribuables concernés, à son expiration. Grâce à cette sécurité que lui procure l'APP, le contribuable est mieux à même de prévoir ses charges fiscales, ce qui est de nature à favoriser l'investissement.

4.154. Les APP sont l'occasion pour les administrations fiscales et les contribuables de se consulter et de coopérer dans un esprit de concertation. La possibilité qui s'offre d'examiner des problèmes fiscaux complexes dans un cadre plus serein que celui d'une vérification des prix de transfert peut favoriser la libre circulation des informations entre toutes les parties concernées, en vue d'un résultat qui soit juridiquement correct et réalisable dans la pratique. L'absence de confrontation peut également conduire à plus d'objectivité pour l'examen des données et renseignements fournis que dans un cadre plus ou moins contentieux (procès, par exemple). L'étroite concertation et l'étroite coopération nécessaires entre les administrations fiscales pour la mise en œuvre d'un dispositif d'APP se traduisent également par des relations plus étroites entre les juridictions parties à la convention pour tout ce qui concerne la fixation des prix de transfert.

4.155. L'APP est susceptible d'éviter aux contribuables et aux administrations fiscales les vérifications et les actions en justice longues et coûteuses auxquelles peut donner lieu la fixation des prix de transfert. Lorsqu'un APP a été conclu, les administrations fiscales auront sans doute à consacrer moins de ressources aux contrôles ultérieurs des déclarations d'impôt du contribuable, parce qu'elles seront mieux informées. Il pourra toutefois être difficile de suivre l'application de l'accord. La procédure d'APP peut en elle-même également faire gagner du temps aux contribuables comme aux administrations fiscales par rapport aux vérifications traditionnelles, bien qu'il puisse n'y avoir au total aucun gain net de temps, par exemple dans les juridictions où la procédure de suivi n'est pas formalisée et où l'existence d'un APP n'a pas d'incidence directe sur le montant des ressources consacrées à la mise en œuvre de la législation fiscale.

4.156. Les APP bilatéraux et multilatéraux réduisent très sensiblement ou éliminent la possibilité de double imposition ou de non-imposition juridiques ou économiques, dès lors que tous les États concernés participent. En revanche, les APP unilatéraux n'apportent pas de certitude pour la réduction

de la double imposition, parce que les administrations fiscales qui ont à connaître des transactions régies par ces accords peuvent considérer que la méthode adoptée ne donne pas un résultat conforme au principe de pleine concurrence. En outre, les APP bilatéraux ou multilatéraux peuvent améliorer la procédure amiable en faisant gagner beaucoup de temps pour la conclusion d'un accord amiable, dans la mesure où les autorités compétentes ont affaire à des données actuelles et non à des données portant sur des exercices antérieurs, dont la collecte peut se révéler difficile et exiger de longs délais.

4.157. Les obligations de communication de renseignements dans le cadre d'un dispositif d'APP et l'esprit de coopération qui préside à la négociation de l'APP peuvent permettre aux administrations fiscales de mieux comprendre certaines opérations internationales complexes auxquelles se livrent les entreprises multinationales. Grâce à un dispositif d'APP, il est possible de mieux connaître et de mieux comprendre les aspects extrêmement techniques et les éléments de fait de certaines opérations, comme les transactions financières à l'échelle mondiale, et les problèmes fiscaux qu'elles soulèvent. L'acquisition de compétences très pointues pour certains secteurs ou certaines catégories sera bénéfique pour les administrations fiscales, qui pourront ainsi rendre un meilleur service aux autres contribuables se trouvant dans des situations similaires. Par le biais d'un dispositif d'APP, les administrations fiscales ont accès à des données sectorielles très utiles et sont à même d'analyser les méthodes de fixation des prix dans un esprit de coopération.

F.4. Inconvénients des APP

4.158. Les APP unilatéraux peuvent soulever de sérieux problèmes pour les administrations fiscales comme pour les contribuables. Du point de vue des autres administrations fiscales, des problèmes peuvent se poser si elles sont en désaccord avec les conclusions de l'APP. Du point de vue des entreprises associées, l'un de ces problèmes tient à l'incidence qu'ils peuvent avoir sur leur comportement. Contrairement aux APP bilatéraux ou multilatéraux, les APP unilatéraux risquent de ne pas réduire l'incertitude pour le contribuable concerné ni la double imposition économique ou juridique pour le groupe multinational. Si le contribuable, pour éviter des enquêtes longues et coûteuses sur ses prix de transfert ou des sanctions démesurées, accepte un accord se traduisant par une sur-imputation de revenus au profit de la juridiction avec laquelle il conclut l'APP, ce sont les autres juridictions qui verront s'alourdir leurs charges administratives. Ces motifs ne doivent pas conduire le contribuable à conclure un APP.

4.159. Les APP unilatéraux posent un autre problème, celui de l'ajustement corrélatif. La souplesse qu'offre l'APP peut avoir la conséquence suivante : le contribuable et l'entreprise associée feront en sorte que leurs prix s'inscrivent dans la fourchette autorisée par l'APP. En cas d'APP unilatéral, il faut absolument que cette souplesse préserve le principe de pleine concurrence,

puisque une autorité compétente étrangère refusera probablement d'opérer un ajustement corrélatif découlant d'un APP non conforme selon elle, au principe de pleine concurrence.

4.160. L'APP peut présenter un autre inconvénient s'il repose sur des prévisions concernant l'évolution du marché qui ne sont pas fiables, sans comporter les hypothèses clés nécessaires (voir ci-dessus). Pour éviter le risque de double imposition, il faut que le dispositif d'APP reste souple, parce qu'un APP rigide pourra ne pas refléter correctement des conditions de pleine concurrence.

4.161. Un dispositif d'APP risque de faire peser au départ de lourdes contraintes sur les services chargés de la vérification des prix de transfert, puisque les administrations fiscales devront généralement faire appel à des ressources affectées à d'autres missions (par exemple les contrôles, le conseil, le contentieux, etc.). Le contribuable, soucieux de réaliser ses objectifs industriels et commerciaux et de respecter ses calendriers, pourra demander la conclusion d'un APP dans les plus brefs délais et le programme d'APP dans son ensemble dépendra souvent des exigences des milieux d'affaires. Or, il n'y aura pas toujours coïncidence entre ces exigences et le programme de gestion des ressources des administrations fiscales, qui éprouveront des difficultés à mener de front la négociation d'APP et des travaux tout aussi importants. Le renouvellement d'un APP prendra certes probablement moins de temps que sa conclusion initiale. En effet, on pourra essentiellement s'attacher lors du renouvellement à la mise à jour et à l'adaptation des éléments de fait ainsi que des critères et calculs industriels, commerciaux et économiques. Pour éviter une double imposition (ou une non-imposition), il faudra dans le cas d'APP bilatéraux obtenir l'accord des autorités compétentes des deux États contractants pour le renouvellement d'un APP.

4.162. Les APP peuvent présenter un autre inconvénient lorsqu'une administration fiscale a conclu un certain nombre d'APP bilatéraux ne couvrant qu'une partie des entreprises associées d'un groupe multinational. N'aura-t-on pas alors tendance à conclure les APP ultérieurs sur des bases similaires à celles des accords précédents, sans tenir suffisamment compte des conditions prévalant sur d'autres marchés? Il faut prendre garde à ne pas considérer les résultats d'APP antérieurs comme représentatifs pour tous les marchés.

4.163. On peut craindre également que, de par sa nature même, la procédure d'APP intéresse les contribuables qui se sont toujours acquittés correctement de leurs obligations fiscales. Dans certaines juridictions, l'expérience a montré que, la plupart du temps, les contribuables intéressés par les APP sont les très grandes entreprises qui font l'objet de contrôles périodiques et dont les méthodes de fixation des prix sont examinées de toute manière. La différence dans la vérification effectuée du prix de transfert porterait sur la date plus que sur le contenu. De même, il n'a pas été démontré que les APP ne présentent un intérêt que pour ces contribuables. En fait, il semble déjà que les contribuables

qui ont eu des problèmes avec les administrations fiscales en matière de prix de transfert et qui souhaitent y mettre fin soient souvent intéressés par l'application d'un APP. L'administration fiscale risque donc de consacrer à ces contribuables des ressources et des compétences qu'il serait préférable d'affecter au contrôle de contribuables moins scrupuleux, de façon à réduire le risque de perte de recettes. Il sera sans doute très difficile de parvenir à un équilibre, parce qu'un dispositif d'APP nécessite en général un personnel très expérimenté et souvent spécialisé. Les demandes d'APP peuvent concerner surtout certains domaines ou secteurs, par exemple les transactions financières à l'échelle mondiale, ce qui risque de surcharger le personnel spécialisé que les autorités fiscales ont déjà affecté à ces domaines. Si elles veulent pouvoir faire face à des demandes imprévisibles d'APP de la part de contribuables exerçant leurs activités dans certains secteurs, les administrations fiscales ont besoin de temps pour former des spécialistes de ces secteurs.

4.164. Outre ces préoccupations, un dispositif d'APP mal géré peut se heurter aux écueils éventuels évoqués ci-après. Les administrations fiscales qui recourent aux APP doivent s'employer à éviter ces écueils au fur et à mesure que la pratique des APP se développe.

4.165. À titre d'exemple, un APP pourra exiger des informations sur la branche d'activité et sur le contribuable plus détaillées que celles nécessaires pour la vérification de prix de transfert. Tel ne devrait pas être le cas en principe et les exigences en matière de documentation ne devraient pas être plus lourdes pour un APP que pour une vérification excepté le fait que, dans le cadre d'un APP, l'administration fiscale devra disposer de précisions concernant les prévisions et leurs fondements, alors que ces éléments ne tiennent pas une place essentielle dans le cadre d'un contrôle de prix de transfert, qui porte sur des transactions ayant déjà eu lieu. En fait, comme on l'a vu précédemment, il faudrait s'efforcer de limiter la documentation pour les APP, en la circonscrivant aux éléments qui se rapportent aux pratiques industrielles ou commerciales du contribuable. Il faut que les administrations fiscales reconnaissent que :

- a) Les informations accessibles au public concernant les concurrents et les transactions comparables sont limitées ;
- b) Tous les contribuables n'ont pas les moyens de procéder à une analyse approfondie du marché ;
- c) Seules les sociétés-mères peuvent être parfaitement informées de la politique de fixation des prix au sein du groupe.

4.166. On peut également craindre qu'un APP permette à l'administration fiscale d'examiner les opérations en cause de façon plus approfondie qu'en cas de vérification des prix de transfert selon les circonstances de l'affaire. Le contribuable devra fournir des renseignements détaillés sur la fixation de ses

prix de transfert et se conformer à toute autre obligation que l'administration fiscale lui imposera pour s'assurer du respect des conditions édictées dans l'APP. Mais il n'est pas à l'abri des vérifications normales périodiques auxquelles l'administration fiscale pourra procéder sur d'autres points. Ce n'est pas parce qu'il a conclu un APP que le contribuable échappera obligatoirement à un contrôle de ses opérations de fixation de prix de transfert. Le contribuable pourra avoir encore à démontrer qu'il s'est conformé de bonne foi aux conditions prévues par l'APP, que les principales énonciations de l'APP restent valables, que les données utilisées pour appliquer la méthode retenue étaient correctes, que les hypothèses de base sur lesquelles repose l'APP demeurent exactes et sont systématiquement respectées et que la méthode est appliquée de façon cohérente. Les administrations fiscales devront donc faire en sorte que les procédures d'APP ne soient pas trop lourdes et n'imposent pas aux contribuables des contraintes allant au-delà des conditions d'application de l'APP.

4.167. Des problèmes peuvent également se poser si les administrations fiscales font un usage abusif, à des fins de vérification, des renseignements obtenus lors d'un APP. Si le contribuable retire sa demande d'APP ou si celle-ci est rejetée après instruction du dossier, les renseignements non factuels qu'il a fournis dans le cadre de cette demande, tels que les propositions de règlement, les avis, opinions et jugements ne peuvent être considérés comme utilisables à des fins de vérification. En outre, il ne faut pas qu'une demande infructueuse d'APP par un contribuable incite l'administration fiscale à déclencher un contrôle de sa situation.

4.168. Les administrations fiscales doivent également préserver la confidentialité des secrets d'affaires et des autres informations et documents sensibles qui leur sont soumis au cours de la procédure d'APP. Par conséquent, les règles internes concernant la divulgation des informations doivent être appliquées. En cas d'APP bilatéral, il faut que les règles en matière de confidentialité s'appliquent aux États avec lesquels une convention fiscale a été conclue, de manière à empêcher la divulgation au public de données confidentielles.

4.169. Un dispositif d'APP ne pourra pas être utilisé par tous les contribuables parce qu'il met en œuvre une procédure coûteuse et longue et que les petits contribuables ne disposeront généralement pas des ressources nécessaires. Tel sera en particulier le cas si des experts indépendants doivent intervenir. Les APP risquent donc de ne contribuer à résoudre essentiellement que les affaires de prix de transfert de grande envergure. En outre, un dispositif d'APP exigeant des moyens importants de la part de l'administration fiscale, celle-ci ne pourra probablement satisfaire qu'une partie des demandes. Dans l'évaluation des APP, les administrations fiscales peuvent atténuer ces problèmes potentiels en s'assurant que les renseignements demandés correspondent à l'importance des transactions internationales en cause.

F.5. Recommandations

F.5.1. D'ordre général

4.170. Depuis que les Principes ont été publiés en 1995 dans leur version originale, de nombreux pays de l'OCDE ont expérimenté les APP. Ces pays semblent être satisfaits de ce dispositif jusqu'à présent. On peut donc s'attendre à ce que, lorsque les circonstances s'y prêtent, l'expérience des APP se développe. Le succès d'un dispositif d'APP est fonction de plusieurs éléments : le soin apporté à la recherche du degré approprié de spécificité de l'accord, sur la base d'hypothèses clés, la bonne gestion du dispositif et la présence de garde-fous destinés à éviter les écueils évoqués ci-dessus, ce à quoi il faut ajouter la souplesse et l'ouverture d'esprit qui doit présider à cette procédure.

4.171. Certains des problèmes que posent les APP du point de vue de leurs modalités et de leur portée exigent une plus grande expérience pour pouvoir être pleinement résolus et faire l'objet d'un accord entre les pays membres, l'un de ces problèmes étant celui des APP unilatéraux. Le Comité des affaires fiscales se propose de suivre de près le développement des APP et d'œuvrer à plus de cohérence dans les pratiques des juridictions qui utilisent ce dispositif.

F.5.2. Champ d'application d'un accord

4.172. Dans l'examen du champ d'application d'un accord, les contribuables et les administrations fiscales doivent prêter une attention particulière à la fiabilité des prévisions. Il faut en général faire preuve d'une grande prudence lorsque l'APP va au-delà de la méthodologie utilisée, de son application et des hypothèses de base. Voir paragraphes 4.134-4.139.

F.5.3. Accords unilatéraux ou bilatéraux (multilatéraux)

4.173. Dans la mesure du possible, un APP devrait être conclu bilatéralement ou multilatéralement entre les autorités compétentes via la procédure amiable de la convention correspondante. Dans le cadre d'un APP bilatéral, les contribuables risquent moins de se sentir obligés de conclure un APP ou d'accepter un accord non conforme au principe de pleine concurrence pour éviter des enquêtes coûteuses et longues et d'éventuelles sanctions. En outre, un APP bilatéral réduit sensiblement les risques de non-imposition ou de double imposition des bénéfices. De plus, la conclusion d'un APP par le biais de la procédure amiable peut être la seule formule ouverte à l'administration fiscale d'une juridiction que sa législation interne n'autorise pas à conclure directement avec le contribuable des accords contraignants.

F.5.4. Égalité d'accès de tous les contribuables aux APP

4.174. Comme on l'a vu précédemment, la procédure d'APP, de par sa nature, peut de fait limiter son accessibilité, aux gros contribuables. Les contribuables se trouvant dans des situations identiques ne devant pas être traités différemment, on peut se demander ce qu'il en est des principes d'égalité et d'uniformité. Une répartition souple des moyens des administrations fiscales peut remédier à ces préoccupations. Il faudra peut-être également que les administrations fiscales envisagent la possibilité de mettre en place une procédure simplifiée pour les petits contribuables. Les administrations fiscales devraient veiller à adapter les informations recherchées dans l'évaluation des APP à l'importance des transactions internationales en cause.

F.5.5. Mise en place d'accords entre les autorités compétentes relatifs aux APP et amélioration des procédures

4.175. Une harmonisation des pratiques concernant les APP entre les juridictions qui utilisent ce dispositif pourrait être bénéfique aussi bien pour les administrations fiscales que pour les contribuables. Par conséquent, les administrations fiscales des juridictions concernées pourraient envisager la conclusion d'accords entre autorités compétentes portant sur les APP. Ces accords pourraient fixer des Principes généraux et certaines modalités pour la mise en œuvre de la procédure amiable lorsque le contribuable a demandé un APP concernant des prix de transfert.

4.176. En outre, les APP bilatéraux devraient répondre à certaines exigences. A titre d'exemple, il faudrait que chacune des administrations fiscales se voie transmettre simultanément les mêmes informations jugées nécessaires et pertinentes et que la méthode convenue soit conforme au principe de pleine concurrence.

G. Arbitrage

4.177. Les échanges et les investissements s'internationalisant de plus en plus, les différends fiscaux auxquels ils donnent lieu occasionnellement se situent eux aussi de plus en plus sur le plan international. Plus précisément, ils ne mettent plus seulement en cause de simples litiges entre un contribuable et son administration fiscale, mais également des désaccords entre administrations fiscales. Bien souvent, le groupe multinational n'a pas le rôle principal et les véritables protagonistes sont les gouvernements. Bien que traditionnellement, les problèmes de double imposition soient résolus par la procédure amiable, cette procédure ne garantit pas une solution, si, après consultation, les administrations fiscales ne peuvent pas s'entendre d'elles-mêmes et s'il n'existe pas de mécanisme qui, comme la clause d'arbitrage évoquée à l'article 25 paragraphe 5, permette de résoudre le problème. Si

toutefois une convention fiscale spécifique contient une clause d'arbitrage analogue à celle visée à l'article 25 paragraphe 5, ce prolongement de la procédure amiable permet un règlement de l'affaire en soumettant à l'arbitrage un ou plusieurs points sur lesquels les autorités compétentes ne parviennent pas à s'entendre.

4.178. Dans la mise à jour 2008 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, l'article 25 a été complété par un nouveau paragraphe 5 qui stipule que, dans les cas où les autorités compétentes ne peuvent parvenir à un accord dans un délai de deux ans, les problèmes laissés en suspens seront, à la demande de la personne ayant soumis le cas, résolus par arbitrage. Ce prolongement de la procédure amiable garantit que, lorsque les autorités compétentes ne parviennent pas à s'accorder sur une ou plusieurs questions empêchant la résolution du cas en question, celle-ci sera alors rendue possible en les soumettant à un arbitrage ayant force obligatoire. L'arbitrage visé à l'article 25 paragraphe 5 fait partie intégrante de la procédure amiable et ne constitue pas une solution de rechange pour résoudre des différends relatifs à des conventions fiscales entre États. Les paragraphes 63-85 des Commentaires sur l'article 25 fournissent des indications sur la phase d'arbitrage de la procédure amiable.

4.179. L'existence d'une clause d'arbitrage analogue à celle évoquée à l'article 25 paragraphe 5 dans une convention bilatérale en particulier devrait améliorer l'efficacité de la procédure amiable proprement dite, même dans les cas où le recours à l'arbitrage n'est pas nécessaire. L'existence même de cette possibilité devrait encourager l'utilisation accrue de la procédure amiable dans la mesure où tant les pouvoirs publics que les contribuables sauront d'emblée que le temps et les efforts investis dans la procédure amiable aboutiront vraisemblablement à un résultat satisfaisant. En outre, les gouvernements auront intérêt à veiller à ce que la procédure amiable soit menée efficacement afin de ne pas devoir ultérieurement engager de procédures supplémentaires.

Chapitre V

Documentation

A. Introduction

5.1. Le présent chapitre fournit aux administrations fiscales des orientations à prendre en compte pour l'établissement de règles et/ou de procédures relatives aux documents à demander aux contribuables dans le cadre d'une enquête ou d'une évaluation des risques liés aux prix de transfert. Il contient également des indications destinées à aider les contribuables à identifier les documents qui leur seraient les plus utiles pour démontrer que leurs transactions sont conformes au principe de pleine concurrence, et donc pour résoudre les problèmes se rapportant aux prix de transfert et faciliter ainsi les vérifications fiscales.

5.2. Lorsque le chapitre V de ces Principes a été adopté en 1995, les administrations fiscales et les contribuables avaient une expérience limitée en termes de création et d'utilisation de la documentation relative aux prix de transfert. La précédente version du chapitre V des Principes mettait l'accent sur la nécessité d'adopter une approche raisonnable dans le cadre du processus de documentation, tant du point de vue des contribuables que des administrations fiscales, ainsi que sur la volonté de parvenir à une coopération plus poussée entre les administrations fiscales et les contribuables pour tout ce qui concerne la documentation, afin d'éviter de trop lourdes obligations en la matière tout en faisant en sorte que, grâce à des informations suffisantes, le principe de pleine concurrence puisse être correctement appliqué. Dans sa précédente version, le chapitre V ne prévoyait pas de liste de pièces à fournir dans le cadre d'une documentation des prix de transfert, et ne fournissait aucune orientation claire concernant le lien entre le processus de constitution de la documentation des prix de transfert, l'administration des sanctions et la charge de la preuve.

5.3. Depuis lors, de nombreuses juridictions ont adopté des règles concernant la documentation des prix de transfert et la prolifération de ces prescriptions, conjuguée à une forte augmentation du volume et de la

complexité des échanges intra-groupe internationaux et à la vigilance accrue des administrations fiscales à l'égard des questions de prix de transfert, s'est traduite par un alourdissement sensible des coûts induits par le respect de la réglementation pour les contribuables. Néanmoins, les administrations fiscales ont souvent constaté que la documentation des prix de transfert laisse à désirer sur le plan informatif et qu'elle ne répond pas à leurs besoins en termes d'application de la législation fiscale et d'évaluation des risques.

5.4. Trois objectifs des règles relatives à la documentation des prix de transfert sont identifiés ci-après. On trouvera également ci-après des orientations pour l'élaboration de ces règles visant à faire en sorte que la mise en œuvre des dispositions relatives aux prix de transfert soit plus simple et plus cohérente entre les différentes juridictions, tout en permettant aux administrations fiscales d'obtenir des informations plus ciblées et plus utiles pour les contrôles et les évaluations des risques liés aux prix de transfert. Un élément primordial à prendre en compte lors de l'élaboration de telles règles réside dans la nécessité de trouver un juste équilibre entre l'utilité des données fournies aux administrations fiscales pour l'évaluation des risques liés aux prix de transfert et à d'autres fins, d'une part, et l'alourdissement des obligations pesant sur les contribuables, d'autre part. De ce point de vue, il est à noter que des règles de documentation claires et largement adoptées peuvent réduire les coûts induits par le respect de la réglementation pouvant résulter d'un différend en matière de prix de transfert.

B. Objectifs des obligations de documentation des prix de transfert

5.5. La documentation des prix de transfert a trois objectifs :

1. garantir que les contribuables prennent dûment en considération les prescriptions relatives aux prix de transfert lorsqu'ils établissent les prix et autres conditions des transactions entre entreprises associées, et lorsqu'ils indiquent les bénéfices retirés de ces transactions dans leurs déclarations fiscales ;
2. fournir aux administrations fiscales les informations nécessaires pour qu'elles puissent évaluer en connaissance de cause les risques liés aux prix de transfert ; et
3. fournir aux administrations fiscales des informations utiles pour réaliser une vérification suffisamment approfondie des pratiques en matière de prix de transfert d'entités imposables dans leur juridiction, même s'il peut être nécessaire de compléter cette documentation à l'aide d'informations supplémentaires à mesure que la procédure de vérification suit son cours.

5.6. Chacun de ces objectifs doit être pris en compte pour définir des prescriptions internes adéquates en matière de documentation des prix de transfert. Il importe que les contribuables soient tenus d'évaluer avec soin, au moment du dépôt de leur déclaration fiscale ou avant, leur propre situation en termes de conformité aux règles applicables en matière de prix de transfert. Il importe également que les administrations fiscales puissent avoir accès aux informations dont elles ont besoin pour procéder à une évaluation des risques liés aux prix de transfert leur permettant de décider en connaissance de cause si une vérification doit ou non être menée. En outre, il importe que les administrations fiscales puissent avoir accès à ou exiger qu'on leur remette, en temps voulu, toutes les informations supplémentaires nécessaires pour mener une vérification approfondie une fois que la décision d'effectuer une telle vérification a été prise.

B.1. Évaluation par le contribuable de la conformité de sa situation au principe de pleine concurrence

5.7. En imposant aux contribuables d'exposer de manière convaincante, cohérente et probante leurs positions en matière de prix de transfert, la documentation des prix de transfert peut contribuer à l'instauration d'une culture de conformité. Une documentation bien préparée fournira dans une certaine mesure aux administrations fiscales l'assurance que le contribuable a analysé les positions dont il fait état dans ses déclarations fiscales, a pris en considération les données comparables disponibles, et est parvenu à des positions cohérentes en matière de prix de transfert. En outre, des obligations de documentation contemporaines contribueront à garantir l'intégrité des positions du contribuable et à limiter la justification a posteriori par les contribuables de leurs positions.

5.8. Cet objectif de conformité peut être étayé de deux façons importantes. Premièrement, les administrations fiscales peuvent demander que les contribuables s'acquittent de leurs obligations de documentation des prix de transfert de manière immédiate. Autrement dit, la documentation serait préparée au moment de la transaction ou, en tout état de cause, au plus tard au moment où est complétée et soumise la déclaration fiscale établie au titre de l'exercice durant lequel la transaction a eu lieu. La seconde façon de favoriser le respect de la réglementation consiste à mettre en place des régimes de sanctions en matière de prix de transfert destinés à encourager la préparation en temps voulu d'une documentation des prix de transfert précise, et à créer des incitations pour que les contribuables examinent de manière approfondie en temps voulu leurs positions en matière de prix de transfert. Les obligations déclaratives et les sanctions prévues en matière de documentation sont évoquées de manière plus détaillée dans la section D ci-après.

5.9. Dans l'idéal, l'établissement de la documentation des prix de transfert devrait être l'occasion pour les contribuables de définir des principes mûrement réfléchis concernant leur politique de prix de transfert, ce qui permettrait du même coup d'atteindre un objectif important de ces prescriptions, mais des facteurs tels que les coûts, les contraintes temporelles et la multiplicité de sujets requérant l'attention des personnes concernées peuvent parfois nuire à la réalisation de ces objectifs. Il importe donc que les juridictions définissent des obligations de documentation qui soient raisonnables et axées sur les transactions importantes, afin que toute l'attention voulue soit accordée aux questions essentielles.

B.2. Évaluation des risques liés aux prix de transfert

5.10. Une identification et une évaluation efficaces des risques constituent une première étape essentielle du processus permettant de sélectionner les dossiers qui méritent de faire l'objet d'une vérification ou d'une enquête, et d'axer ces procédures sur les questions les plus importantes. Dans la mesure où les administrations fiscales disposent de ressources limitées, il est important qu'elles déterminent avec précision, dès le tout début d'une procédure pouvant déboucher sur un contrôle, si les dispositifs de prix de transfert d'un contribuable méritent un examen approfondi et la mobilisation de ressources importantes par les autorités fiscales. Pour ce qui est des questions de prix de transfert en particulier (qui sont généralement complexes et mettent en jeu un très grand nombre d'éléments), une évaluation effective des risques devient un préalable essentiel à la réalisation d'une vérification ciblée et économe en ressources. Le Forum sur l'administration fiscale de l'OCDE a développé un certain nombre d'outils pour aider les administrations fiscales à réaliser ces évaluations des risques.

5.11. Une évaluation correcte des risques liés aux prix de transfert par l'administration fiscale suppose qu'elle ait accès à un stade précoce à des informations suffisantes, pertinentes et fiables. Il existe de nombreuses sources d'informations pertinentes, mais la documentation des prix de transfert constitue une source cruciale d'informations de ce type.

5.12. Un large éventail d'outils et de sources d'informations sont utilisés pour identifier et évaluer les risques liés aux prix de transfert concernant les contribuables et les transactions, notamment les formulaires relatifs aux prix de transfert (devant être déposés avec la déclaration fiscale annuelle), les questionnaires obligatoires sur les prix de transfert axés sur des domaines de risque particuliers, les dispositions spécifiant les obligations générales de documentation des prix de transfert dans lesquelles sont identifiés les éléments à fournir pour démontrer la conformité de la situation d'un contribuable avec le principe de pleine concurrence, et les discussions ayant lieu dans le cadre de la coopération entre les administrations fiscales et les contribuables. Chacun de

ces outils et sources d'information semble correspondre à la même observation fondamentale : l'administration fiscale a besoin d'avoir accès aisément aux informations pertinentes à un stade précoce pour pouvoir évaluer précisément et en connaissance de cause les risques liés aux prix de transfert. Veiller à ce qu'une évaluation de qualité des risques liés aux prix de transfert puisse être réalisée de manière efficace et avec les bons types d'informations fiables devrait être une considération importante lors de la conception des règles relatives à la documentation des prix de transfert.

5.3. Vérification des prix de transfert

5.13. Un troisième objectif de la documentation des prix de transfert consiste à fournir aux administrations fiscales des informations utiles pour réaliser une vérification approfondie des prix de transfert. Les procédures de vérification de prix de transfert tendent à mettre en jeu un très grand nombre d'éléments. Elles passent souvent par des évaluations difficiles de la comparabilité de plusieurs transactions et marchés. Elles peuvent exiger l'examen approfondi d'informations financières, factuelles et sectorielles. La disponibilité d'informations adéquates provenant de sources diverses au cours de la procédure de vérification est essentielle pour faciliter un examen méthodique par l'administration fiscale des transactions contrôlées du contribuable avec des entreprises associées, et l'application des règles en vigueur en matière de prix de transfert.

5.14. Dans les situations où une évaluation correcte des risques liés aux prix de transfert laisse à penser qu'une vérification approfondie des prix de transfert se justifie pour un ou plusieurs points, il est clair que l'administration fiscale doit être en mesure d'obtenir, dans un délai raisonnable, tous les documents et informations pertinents en la possession du contribuable. Cela inclut les informations concernant les activités et fonctions du contribuable, les informations pertinentes sur les activités, fonctions et résultats financiers des entreprises associées avec lesquelles le contribuable a réalisé des transactions contrôlées, les informations concernant les comparables potentiels, notamment les comparables internes, et les documents relatifs aux activités et aux résultats financiers de parties indépendantes et de transactions non contrôlées potentiellement comparables. La présence de telles informations dans la documentation des prix de transfert peut permettre d'éviter des procédures spéciales de production de documents d'information. Il convient néanmoins de reconnaître qu'il serait excessivement lourd et inefficace de tenter d'anticiper, lors de l'établissement de la documentation des prix de transfert, toutes les demandes d'informations qui pourraient être formulées en cas de vérification complète. En conséquence, il y aura inévitablement des cas dans lesquels les administrations fiscales souhaiteront obtenir des informations ne figurant pas dans la documentation. L'accès d'une administration fiscale aux informations ne devrait donc pas être limité au, ou par, la documentation sur laquelle

se fonde une évaluation des risques liés aux prix de transfert. Lorsqu'une juridiction impose la conservation de certaines informations aux fins de vérification des prix de transfert, ces obligations devraient correspondre à un juste équilibre entre le besoin d'informations de l'administration fiscale et la charge que représente le respect de ces règles pour les contribuables.

5.15. Il peut souvent arriver que les documents et autres informations requis pour une vérification des prix de transfert soient en possession de membres du groupe multinational autres que la filiale locale examinée. Les documents nécessaires se trouvent souvent en dehors de la juridiction dont l'administration fiscale réalise la vérification. Il est donc important que cette administration fiscale puisse obtenir directement ou par le biais d'un partage d'information, fondé par exemple sur des mécanismes d'échange de renseignements, des informations situées hors du territoire national considéré.

C. Une approche à trois niveaux de la documentation des prix de transfert

5.16. Afin de réaliser les objectifs décrits dans la section B, les juridictions devraient adopter une approche normalisée de la documentation des prix de transfert. Nous décrivons dans cette section une structure à trois niveaux qui consiste en (i) un fichier principal contenant des informations normalisées relatives à l'ensemble des membres du groupe multinational considéré; (ii) un fichier local faisant spécifiquement référence aux transactions importantes du contribuable local; (iii) une déclaration pays par pays contenant certaines informations relatives à la répartition mondiale des bénéfices du groupe multinational et des impôts qu'il acquitte, accompagnées de certains indicateurs concernant la localisation des activités du groupe multinational considéré.

5.17. Grâce à cette approche de la documentation des prix de transfert, les administrations fiscales obtiendront des informations pertinentes et fiables leur permettant de réaliser une évaluation efficace et solide des risques liés aux prix de transfert. Elle offrira également un cadre dans lequel les informations nécessaires à une vérification puissent être élaborées, et constituera pour les contribuables un moyen d'examiner et de décrire véritablement la conformité de leurs transactions importantes avec le principe de pleine concurrence et une incitation à le faire.

C.1. Fichier principal

5.18. Le fichier principal doit donner une vue d'ensemble des activités du groupe multinational considéré, notamment de la nature de ses activités mondiales, de sa politique globale en matière de prix de transfert, et de la répartition de ses bénéfices et de ses activités à l'échelle mondiale, afin d'aider les administrations fiscales à évaluer la présence de risques importants

liés aux prix de transfert. De manière générale, le fichier principal est destiné à fournir une vue d'ensemble afin de placer les pratiques du groupe multinational considéré en matière de prix de transfert dans leur contexte économique, juridique, financier et fiscal à l'échelle mondiale. Il n'a pas pour but l'établissement de listes exhaustives portant sur des points de détail (comme un recensement de chacun des brevets détenus par tous les membres du groupe multinational), dans la mesure où cela serait à la fois excessivement lourd et incohérent avec les objectifs du fichier principal. Lors de l'élaboration du fichier principal, notamment des listes des accords, des actifs incorporels et des transactions importantes, les contribuables doivent se fonder sur une appréciation commerciale raisonnable pour déterminer le niveau adéquat de précision des informations fournies, en gardant à l'esprit l'objectif du fichier principal, qui est d'offrir une vue d'ensemble des activités et de la politique de prix de transfert à l'échelle mondiale du groupe multinational considéré. Lorsque les obligations déclaratives correspondant au fichier principal peuvent être pleinement satisfaites au moyen de renvois spécifiques à d'autres documents existants, ces renvois, ainsi que des copies des documents concernés, doivent être considérés comme suffisants pour satisfaire à ces obligations. Aux fins de la production du fichier principal, des informations sont considérées comme importantes si leur omission affectait la fiabilité des prix de transfert calculés.

5.19. Les informations requises dans le fichier principal offrent une « esquisse » du groupe multinational considéré et peuvent être ventilées en cinq catégories : a) la structure organisationnelle du groupe multinational ; b) une description du domaine ou des domaines d'activité du groupe multinational ; c) les actifs incorporels du groupe multinational ; d) les activités financières interentreprises du groupe multinational ; et (e) les situations financière et fiscale du groupe multinational.

5.20. Les contribuables doivent présenter les informations figurant dans le fichier principal pour le groupe multinational dans son ensemble. Néanmoins, il est permis de structurer les informations présentées par secteur d'activité lorsque les circonstances le justifient clairement, par exemple lorsque la structure du groupe multinational est telle que certains secteurs d'activité importants fonctionnent de manière largement indépendante ou ont été acquis récemment. En cas de présentation des informations par secteur d'activité, il convient de veiller à ce que les fonctions centralisées au niveau du groupe et les transactions entre secteurs d'activité soient correctement décrites dans le fichier principal. Même lorsqu'une présentation par secteur d'activité a été retenue, le fichier principal intégral correspondant à l'ensemble des secteurs d'activité doit être mis à la disposition de chaque juridiction, afin qu'elle ait une vue d'ensemble adéquate des activités du groupe multinational considéré à l'échelle mondiale.

5.21. L'annexe I au chapitre V de ces Principes indique quelles sont les informations devant figurer dans le fichier principal.

C.2. Fichier local

5.22. À la différence du fichier principal, qui offre une vue d'ensemble, comme indiqué au paragraphe 5.18, le fichier local offre des informations plus précises sur des transactions interentreprises spécifiques. Les informations requises dans le fichier local complètent celles du fichier principal et contribuent à la réalisation de l'objectif consistant à veiller à ce que les positions importantes du contribuable en matière de prix de transfert affectant une juridiction spécifique soient conformes au principe de pleine concurrence. Le fichier local est axé sur les informations utiles pour l'analyse des prix de transfert se rapportant aux transactions entre une filiale locale et les entreprises associées localisées dans différentes juridictions et qui sont importantes dans le contexte du système d'imposition local. Il s'agira notamment des informations financières utiles concernant ces transactions spécifiques, d'une analyse de comparabilité, ainsi que d'informations relatives à la sélection et à l'application de la méthode de détermination des prix de transfert la plus appropriée. Lorsqu'une des obligations déclaratives correspondant au fichier local peut être pleinement satisfaite au moyen d'un renvoi spécifique à des informations figurant dans le fichier principal, ce renvoi doit suffire.

5.23. L'annexe II au chapitre V de ces Principes indique quels sont les éléments d'information devant figurer dans le fichier local.

C.3. Déclaration pays par pays

5.24. La déclaration pays par pays doit contenir des informations agrégées pour chacune des juridictions fiscales concernées relatives à la répartition mondiale des bénéfices du groupe multinational considéré et des impôts qu'il acquitte, accompagnées de certains indicateurs concernant la localisation des activités de ce groupe multinational dans les différentes juridictions fiscales où il opère. Cette déclaration doit également contenir une liste de toutes les entités constitutives pour lesquelles des informations financières sont communiquées, précisant notamment la juridiction fiscale de constitution, si elle diffère de la juridiction fiscale de résidence, ainsi que la nature des principales activités réalisées par cette entité constitutive.

5.25. La déclaration pays par pays sera utile pour la réalisation d'une évaluation générale des risques liés aux prix de transfert. Elle peut également être utilisée par les administrations fiscales pour évaluer d'autres risques liés à l'érosion de la base d'imposition et au transfert de bénéfices et, le cas échéant, aux fins d'analyses économiques et statistiques. Néanmoins, les informations figurant dans la déclaration pays par pays ne sauraient se substituer à une analyse approfondie des prix de transfert réalisée pour chaque transaction et

prix, fondée sur une analyse fonctionnelle et une analyse de comparabilité complètes. Les informations figurant dans la déclaration pays par pays ne permettent pas en soi de déterminer de manière concluante si les prix de transfert sont corrects ou non. Elles ne doivent pas être utilisées par les administrations fiscales pour proposer des ajustements de prix de transfert fondés sur une méthode de répartition globale des bénéfices selon une formule préétablie.

5.26. L'annexe III au chapitre V de ces Principes contient un modèle de formulaire de déclaration pays par pays, ainsi que les instructions qui l'accompagnent.

D. Respect des règles par les contribuables

D.1. Documentation contemporaine

5.27. Tout contribuable doit s'efforcer de déterminer ses prix de transfert à des fins fiscales conformément au principe de pleine concurrence, sur la base des renseignements dont il peut raisonnablement disposer au moment de la transaction considérée. Par conséquent, le contribuable doit normalement se demander si ses prix de transfert sont calculés correctement à des fins fiscales avant de fixer ces prix, et doit confirmer la conformité de ses résultats financiers avec le principe de pleine concurrence au moment du dépôt de sa déclaration fiscale.

5.28. Le contribuable ne devrait pas avoir à supporter des coûts et charges disproportionnés pour produire la documentation requise. Par conséquent, l'administration fiscale devrait maintenir un juste équilibre entre ses besoins en documentation et le coût et la charge administrative résultant de la création de ces documents qui sont anticipés pour le contribuable. Si un contribuable démontre de manière suffisante, compte tenu des principes exposés dans les présents Principes, qu'il n'existe pas de données comparables ou que le coût de leur obtention serait excessif par rapport aux sommes en jeu, le contribuable ne devrait pas avoir à supporter des coûts liés à la recherche de ces données.

D.2. Calendrier

5.29. Les pratiques relatives au calendrier de la préparation de la documentation diffèrent suivant les juridictions. Certaines exigent que les informations soient finalisées au plus tard lors du dépôt de la déclaration fiscale, tandis que d'autres juridictions imposent que la documentation soit prête au plus tard lorsque la vérification commence. On observe également des pratiques très diverses concernant le délai accordé aux contribuables pour répondre aux demandes spécifiques de documentation de l'administration fiscale et autres demandes d'informations liées à des procédures de vérification.

Ces différences de délai à respecter pour la fourniture des informations peuvent accentuer les difficultés qu'ont les contribuables à définir des priorités et à fournir les bonnes informations aux administrations fiscales au moment voulu.

5.30. La meilleure pratique consiste à demander que le fichier local soit finalisé au plus tard à la date limite de dépôt de la déclaration fiscale pour l'exercice considéré. Le fichier principal doit être examiné et, si nécessaire, mis à jour au plus tard à la date limite de dépôt de la déclaration fiscale applicable à la société mère ultime du groupe multinational. Dans les juridictions dont la politique consiste à examiner les transactions au moment où elles ont lieu dans le cadre de programmes de discipline fiscale coopérative, il peut être nécessaire que certaines informations soient fournies préalablement au dépôt de la déclaration fiscale.

5.31. S'agissant de la déclaration pays par pays, il est admis que dans certains cas, les états financiers définitifs prévus par la loi et d'autres informations financières pouvant être utiles pour compléter le formulaire de déclaration pays par pays décrit à l'annexe III peuvent n'être finalisés qu'après la date limite de dépôt des déclarations fiscales dans certaines juridictions pour un exercice donné. Dans ces circonstances, la date de remise de la déclaration pays par pays décrite à l'annexe III au chapitre V de ces Principes peut être repoussée à un an après le dernier jour de l'exercice fiscal de la société mère ultime du groupe multinational considéré.

D.3. Matérialité

5.32. Les transactions ayant lieu entre des entreprises associées ne sont pas toutes suffisamment importantes pour justifier l'inclusion d'une documentation complète dans le fichier local. Il est de l'intérêt des administrations fiscales d'avoir accès aux informations essentielles, mais aussi de veiller à ce que les groupes multinationaux ne soient pas submergés par leurs obligations déclaratives au point d'omettre les points les plus importants et de ne pas fournir de documents les concernant. Par conséquent, les obligations prévues par chaque juridiction en termes de documentation des prix de transfert fondées sur l'annexe II au chapitre V de ces Principes devraient intégrer des seuils de matérialité tenant compte de la taille et de la nature de l'économie locale, de l'importance du groupe multinational dans cette économie, ainsi que de la taille et de la nature des entités opérationnelles locales, en sus de la taille globale et de la nature du groupe multinational. Cette matérialité peut être mesurée en termes relatifs (le seuil appliqué aux transactions étant défini, par exemple, par un pourcentage du chiffre d'affaires ou un pourcentage des coûts) ou en termes absolus (ce même seuil étant défini, par exemple, par un certain montant). Chaque juridiction devrait établir ses propres critères de matérialité aux fins de la constitution du fichier local, en fonction des spécificités locales. Ces critères de matérialité devraient être des normes objectives qui soient

communément comprises et admises dans la pratique commerciale. Voir le paragraphe 5.18 pour une description des critères de matérialité applicables pour la constitution du fichier principal.

5.33. Un certain nombre de juridictions ont intégré dans leurs règles relatives à la documentation des prix des transferts des mesures de simplification qui exemptent les petites et moyennes entreprises des obligations de documentation des prix de transfert, ou limitent à certaines informations les obligations imposées à ces entreprises en la matière. Afin de ne pas faire assumer aux contribuables des coûts et des charges disproportionnés au regard des circonstances, il est recommandé de ne pas imposer aux petites et moyennes entreprises de produire le volume de documentation que l'on pourrait attendre d'entreprises de plus grande taille. Néanmoins, les petites et moyennes entreprises devraient être tenues de fournir des informations et des documents sur leurs transactions internationales importantes si l'administration fiscale en fait spécifiquement la demande au cours d'un contrôle fiscal ou aux fins d'une évaluation des risques liés aux prix de transfert.

5.34. Aux fins de l'annexe III au chapitre V de ces Principes, la déclaration pays par pays doit inclure toutes les juridictions fiscales dans lesquelles le groupe multinational considéré a une entité résidente d'un point de vue fiscal, indépendamment de l'ampleur des activités exercées dans chacune des juridictions considérées.

D.4. Conservation des documents

5.35. Les contribuables ne devraient pas être tenus de conserver des documents au-delà d'un délai raisonnable conforme aux dispositions du droit interne applicable au niveau de la société mère ou de l'entité locale considérée. Néanmoins, les pièces et informations requises dans le cadre de la documentation à fournir (fichier principal, fichier local et déclaration pays par pays) peuvent parfois être utiles pour une vérification des prix de transfert portant sur une année ultérieure non prescrite – par exemple lorsque le contribuable conserve de sa propre initiative de tels documents se rapportant à des contrats à long terme – ou pour déterminer si les normes de comparabilité relatives à l'application d'une méthode de fixation des prix de transfert pour cette année ultérieure sont respectées. Les administrations fiscales devraient garder à l'esprit les difficultés soulevées par la recherche de documents portant sur des années antérieures, et elles devraient limiter ces demandes aux cas où elles ont de bonnes raisons de vouloir examiner les documents en question en liaison avec la transaction faisant l'objet d'une vérification.

5.36. 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 – sur support papier, électronique ou autre – devrait être laissée

à la discrétion du contribuable, à condition que les informations considérées puissent être rapidement mises à la disposition de l'administration fiscale sous la forme prévue par les règles et pratiques de la juridiction considérée.

D.5. Fréquence des mises à jour de la documentation

5.37. Il est recommandé de réexaminer périodiquement la documentation des prix de transfert afin de déterminer si les analyses fonctionnelles et économiques qui la sous-tendent sont encore exactes et pertinentes, et de confirmer la validité de la méthode de fixation des prix de transfert appliquée. En règle générale, le fichier principal, le fichier local et la déclaration pays par pays devraient être réexaminés et mis à jour chaque année. Il est cependant admis que, dans de nombreuses situations, les descriptions des activités, les analyses fonctionnelles et les descriptions des comparables peuvent ne pas changer sensiblement d'une année à l'autre.

5.38. Afin d'alléger les contraintes liées au respect de la réglementation qui sont imposées aux contribuables, les administrations fiscales peuvent déterminer, pour autant que les conditions d'exercice des activités demeurent inchangées, que la recherche dans les bases de données de comparables étayant en partie le contenu du fichier local soit actualisée tous les 3 ans et non chaque année. Les données financières relatives aux comparables doivent cependant être actualisées tous les ans, afin d'assurer une application fiable du principe de pleine concurrence.

D.6. Langue

5.39. La nécessité de fournir une documentation dans la langue locale peut constituer un facteur de complication en termes de respect des règles relatives aux prix de transfert, dans la mesure où la traduction des documents peut prendre beaucoup de temps et se révéler très coûteuse. La langue dans laquelle la documentation des prix de transfert doit être soumise doit être déterminée en vertu de la législation locale. Les juridictions sont encouragées à permettre la soumission de la documentation des prix de transfert dans les langues couramment utilisées dès lors que cela ne nuit pas à l'utilité des documents. Si les administrations fiscales estiment que la traduction de documents est nécessaire, elles doivent en faire spécifiquement la demande et accorder un délai suffisant pour alléger dans toute la mesure du possible la charge que représente cette obligation de traduction.

D.7. Sanctions

5.40. De nombreuses juridictions ont adopté des régimes de sanctions liées à la documentation, afin d'assurer une application efficace des règles relatives à la documentation des prix de transfert. Ces sanctions ont été conçues de manière

que le non-respect des règles en vigueur soit plus coûteux pour les contribuables que leur respect. Ces régimes de sanctions sont régis par les lois de chaque juridiction. Les pratiques nationales concernant les sanctions relatives à la documentation des prix de transfert varient considérablement. L'existence de différents régimes de sanctions nationaux peut avoir une incidence sur la qualité de l'application des règles en vigueur par les contribuables, de sorte que ceux-ci peuvent être incités à favoriser telle juridiction par rapport à telle autre en termes de conformité avec la réglementation.

5.41. Les sanctions liées à la documentation imposées en cas de non-respect des obligations de documentation des prix de transfert, ou de non-soumission des informations requises en temps voulu, sont généralement des sanctions pécuniaires civiles (ou administratives). Ces sanctions liées à la documentation reposent sur un montant fixe, qui peut être évalué pour chaque document manquant ou pour chacun des exercices fiscaux considérés, ou sont calculées en pourcentage du montant définitif de la minoration d'impôt connexe mise en évidence, en pourcentage de l'ajustement connexe du bénéfice, ou en pourcentage du montant des transactions internationales pour lesquelles la documentation fait défaut.

5.42. Il convient de veiller à ne pas imposer de sanctions liées à la documentation à un contribuable parce qu'il n'a pas fourni des données auxquelles le groupe multinational n'avait pas accès. Néanmoins, la décision de ne pas imposer de sanctions liées à la documentation ne signifie pas que des ajustements des bénéfices ne peuvent être effectués lorsque les prix ne sont pas conformes au principe de pleine concurrence. Le fait que les positions des contribuables fassent l'objet d'une documentation complète ne signifie pas nécessairement que ces positions sont correctes. En outre, l'affirmation par une entité locale que l'application des règles relatives aux prix de transfert incombe à d'autres membres du groupe multinational concerné n'est pas une raison suffisante pour que cette entité ne fournisse pas la documentation requise, et une telle affirmation ne doit pas non plus empêcher l'imposition de sanctions liées à la documentation en cas de non-respect des règles en la matière lorsque les informations nécessaires ne sont pas communiquées.

5.43. Une autre façon pour les juridictions d'encourager les contribuables à s'acquitter de leurs obligations de documentation des prix de transfert consiste à mettre en place des mécanismes d'incitation en ce sens, tels qu'une exonération de sanctions ou un renversement de la charge de la preuve. Lorsque la documentation est conforme aux exigences réglementaires et soumise en temps voulu, le contribuable pourrait être exonéré de sanctions fiscales ou assujéti à une sanction minorée si un ajustement des prix de transfert est effectué et maintenu, nonobstant la fourniture d'une documentation. Dans certaines juridictions où la charge de la preuve incombe au contribuable en matière de prix de transfert, un déplacement de la charge de la preuve vers l'administration

fiscale en cas de fourniture en temps voulu d'une documentation adéquate constitue une autre mesure pouvant être utilisée pour inciter les contribuables à respecter les règles relatives à la documentation des prix de transfert.

D.8. Confidentialité

5.44. Les administrations fiscales devraient prendre toutes les mesures raisonnables pour qu'il n'y ait aucune divulgation au public d'informations confidentielles (secrets industriels ou commerciaux, secrets scientifiques, etc.) ou d'autres informations commercialement sensibles figurant dans la documentation (fichier principal, fichier local et déclaration pays par pays). Les administrations fiscales doivent également garantir aux contribuables que les informations présentées dans le cadre de la documentation des prix de transfert demeureront confidentielles. Si ces informations doivent être divulguées lors d'instances judiciaires en audience publique ou dans des décisions judiciaires, il faudra mettre tout en œuvre pour que leur confidentialité soit préservée et que ces informations soient uniquement divulguées dans la mesure nécessaire.

5.45. L'ouvrage intitulé *Boîte à outils sur la confidentialité et la gestion de la sécurité de l'information* (2021) produite par le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales fournit des orientations aux juridictions pour garantir que leur cadre juridique sur la confidentialité des informations des contribuables est adéquat et protège la confidentialité et l'utilisation appropriée des informations échangées dans le cadre d'un accord d'échange international.

D.9. Autres sujets

5.46. L'obligation d'utiliser les informations les plus fiables imposera généralement, mais pas toujours, de recourir à des comparables locaux, plutôt qu'à des comparables régionaux, dès lors que ces comparables locaux sont raisonnablement accessibles. L'utilisation de comparables régionaux dans le cadre d'une documentation des prix de transfert préparée pour des juridictions se trouvant dans la même région géographique, lorsque des comparables locaux appropriés sont disponibles, ne sera, dans certains cas, pas conforme avec l'obligation de s'appuyer sur les informations les plus fiables. Les avantages que présente en termes de simplification une limitation du nombre de recherches de comparables qu'une entité est tenue d'effectuer sont évidents, et la notion de matérialité ainsi que les coûts induits par le respect de la réglementation sont des facteurs à prendre à compte ; néanmoins, les efforts déployés pour simplifier les processus d'application de la réglementation ne doivent pas aller jusqu'à remettre en cause l'obligation d'utiliser les informations les plus fiables. Voir les paragraphes 1.132-1.133 consacrés aux différences entre les marchés et aux analyses couvrant plusieurs juridictions

pour obtenir de plus amples informations sur les circonstances dans lesquelles il convient de privilégier les comparables locaux.

5.47. Il n'est pas recommandé, en particulier au stade de l'évaluation des risques liés aux prix de transfert, d'exiger que la documentation des prix de transfert soit certifiée par un auditeur externe ou une autre tierce partie. De même, il n'est pas recommandé de rendre obligatoire le recours à des cabinets de consultants pour la préparation de la documentation des prix de transfert.

E. Mise en œuvre

5.48. Cette section contient des orientations pour assurer une mise en œuvre efficace et cohérente des exigences en matière de la documentation des prix de transfert, et en particulier la déclaration pays par pays.

E.1. Fichier principal et fichier local

5.49. Il est recommandé que les éléments relatifs au fichier principal et au fichier local de la nouvelle norme sur la documentation des prix de transfert soient mis en œuvre via la législation ou les procédures administratives nationales, et que le fichier principal et le fichier local soient remis directement aux administrations fiscales de chacune des juridictions concernées, dès lors que celles-ci l'exigent. En ce qui concerne le fichier local et le fichier principal, la confidentialité et l'utilisation cohérente des normes énoncées à l'annexe I et à l'annexe II au Chapitre V de ces Principes doivent être prises en compte lorsque sont introduits ces éléments dans la législation ou les procédures administratives de la juridiction concernée.

E.2. Déclaration pays par pays

E.2.1. Calendrier : quand l'obligation de déclarations pays par pays devrait-elle prendre effet ?

5.50. Il est recommandé que les entreprises multinationales soient tenues de déposer leurs premières déclarations pays par pays pour les exercices fiscaux débutant à partir du 1^{er} janvier 2016. Toutefois, il est entendu que certaines juridictions puissent avoir besoin de temps pour suivre leur processus législatif interne notamment pour faire les ajustements nécessaires à la loi. Afin d'aider les juridictions à élaborer la législation en temps opportun, un modèle de législation imposant aux sociétés mères ultimes des groupes d'entreprises multinationales de déposer la déclaration pays par pays dans leur juridiction de résidence a été élaboré (cf. annexe IV au Chapitre V de ces Principes). Les juridictions auront la possibilité d'adapter ce modèle de législation à leur propre système juridique. Eu égard à la recommandation figurant au

paragraphe 5.31 selon laquelle les entreprises multinationales disposent d'un an à compter de la clôture de l'exercice fiscal auquel la déclaration pays par pays se rapporte pour établir et déposer cette déclaration, les premières déclarations pays par pays seraient donc déposées d'ici le 31 décembre 2017. Pour les entreprises multinationales dont l'exercice fiscal se termine à une date autre que le 31 décembre, les premières déclarations pays par pays devraient être déposées en 2018 au plus tard, soit douze mois après la clôture de l'exercice fiscal concerné, et porteraient sur le premier exercice fiscal de l'entreprise entamé après le 1^{er} janvier 2016. Il s'ensuit que les juridictions participant au Projet BEPS conviennent de ne pas exiger la production d'une déclaration pays par pays basée sur le nouveau modèle pour les exercices fiscaux débutant avant le 1^{er} janvier 2016. L'exercice fiscal d'une entreprise multinationale désigne la période comptable retenue pour la préparation des états financiers consolidés, et non les années d'imposition ou les exercices fiscaux de ses différentes filiales.

E.2.2. Entreprises multinationales tenues de remettre une déclaration pays par pays

5.51. Il est recommandé que tous les groupes d'entreprises multinationales soient soumis à l'obligation de déposer une déclaration pays par pays chaque année, sauf dans les circonstances suivantes.

5.52. Seraient exemptés de l'obligation déclarative générale les groupes d'entreprises multinationales dont le chiffre d'affaires annuel consolidé au cours de l'exercice fiscal précédent est inférieur à 750 millions EUR ou à un montant équivalent en monnaie nationale en janvier 2015. Si par exemple un groupe d'entreprises multinationales dont la comptabilité est basée sur l'année civile réalise un chiffre d'affaires consolidé de 625 millions Eur durant l'année civile 2015, il ne serait pas tenu de déposer une déclaration pays par pays dans aucune juridiction au titre de son exercice fiscal se terminant le 31 décembre 2016.

5.53. On estime que l'exemption décrite au paragraphe 52, qui fixe un seuil de 750 millions EUR, exclura 85 à 90 % des groupes d'entreprises multinationales de l'obligation déclarative, mais que des groupes d'entreprises multinationales réalisant environ 90 % du chiffre d'affaires total des sociétés seront bien soumis à cette obligation. Le seuil d'exemption prescrit représente donc un point d'équilibre adéquat entre la charge déclarative et les avantages pour l'administration fiscale.

5.54. Les juridictions participant au Projet BEPS ont l'intention de déterminer si le seuil de chiffre d'affaires applicable indiqué au paragraphe précédent reste approprié lorsqu'ils feront le point en 2020 sur la mise en

œuvre de la nouvelle norme, lequel inclut le fait de déterminer si des données supplémentaires ou différentes devraient être communiquées.

5.55. Il est estimé qu'en dehors des cas décrits dans la présente section, aucune autre exemption à l'obligation de déposer une déclaration pays par pays ne devrait être adoptée. En particulier, il n'y a pas lieu d'admettre des exemptions pour un secteur d'activité spécifique, pour des fonds d'investissement ou pour des entités non constituées en société ou des entreprises non publiques. Nonobstant cette conclusion, les groupes multinationaux qui tirent des revenus d'activités de transport international ou de transport par voies navigables intérieures, qui sont couvertes par des dispositions conventionnelles spécifiques et en vertu desquelles les droits d'imposition correspondants sont attribués exclusivement à une juridiction, doivent mentionner les renseignements requis par le modèle de déclaration pays par pays concernant ces revenus uniquement à l'intention de la juridiction à laquelle les dispositions conventionnelles concernées attribuent ces droits d'imposition.

E.2.3. Les conditions nécessaires qui sous-tendent l'obtention et l'utilisation de la déclaration pays par pays

5.56. Les conditions suivantes sous-tendent l'obtention et l'utilisation de la déclaration pays par pays.

Confidentialité

5.57. Les juridictions devraient mettre en place et appliquer des mécanismes juridiques de protection de la confidentialité des renseignements transmis. Ces mécanismes préserveront la confidentialité de la déclaration pays par pays dans une mesure au moins équivalente à ceux qui s'appliqueraient si ces renseignements étaient communiqués à la juridiction en vertu des dispositions de la Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, d'un accord d'échange de renseignements fiscaux ou d'une convention fiscale satisfaisant à la norme internationalement convenue d'échange de renseignements sur demande, telle que révisée par le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales. Ces protections comprennent les limitations concernant l'utilisation de l'information, les règles relatives aux personnes auxquelles les informations peuvent être communiquées, l'ordre public, etc.

Cohérence

5.58. Les juridictions devraient faire tout leur possible pour inscrire dans leur législation l'obligation pour la société mère ultime d'un groupe d'entreprises multinationales résidente sur leur territoire de préparer et déposer

la déclaration pays par pays, à moins d'être couverte par l'exemption visée au paragraphe 5.52. Les juridictions devraient également utiliser le modèle de formulaire normalisé figurant à l'annexe III au Chapitre V de ces Principes. Autrement dit, aucune juridiction ne pourra exiger que la déclaration pays par pays contienne des informations supplémentaires qui ne figurent pas à l'annexe III, et ne devra omettre d'exiger la communication des informations indiquées à l'annexe III.

Usage approprié

5.59. Les juridictions devraient faire un usage approprié des renseignements communiqués dans le modèle de formulaire de déclaration pays par pays, conformément au paragraphe 5.25. Elles s'engageront notamment à utiliser la déclaration pays par pays aux fins de l'évaluation générale des risques liés aux prix de transfert. Elles pourront également utiliser la déclaration pays par pays pour évaluer d'autres risques relatifs au BEPS. Elles ne devraient pas proposer des ajustements sur les revenus d'un contribuable, au moyen d'une formule de répartition basée sur des données provenant de la déclaration pays par pays. Si par ailleurs l'administration fiscale locale de la juridiction procède à de tels ajustements à partir de données issues de la déclaration pays par pays, l'autorité compétente de cette juridiction devra y renoncer promptement en cas de procédure devant l'autorité compétente. Toutefois, cela ne signifie pas que les juridictions ne peuvent pas utiliser les données contenues dans la déclaration pays par pays comme base pour mener des investigations supplémentaires sur les accords de prix de transfert conclus par le groupe multinational ou sur d'autres questions fiscales au cours d'un contrôle.¹

1. L'accès à une procédure amiable sera possible lorsque l'échange entre États des déclarations pays par pays est basé sur les conventions fiscales bilatérales. Dans les cas où les accords internationaux sur lesquels les échanges entre États des déclarations pays par pays sont fondés ne contiennent pas de dispositions permettant l'accès à la procédure amiable, les juridictions s'engagent à introduire dans l'accord entre autorités compétentes qui sera élaboré, un mécanisme pour les procédures entre autorités compétentes aux fins de discussions dans le but de résoudre les cas de résultats économiques indésirables, y compris si ces cas se présentent pour les entreprises individuelles.

E.2.4. Cadre des mécanismes d'échange entre États des déclarations pays par pays et dispositif de mise en œuvre

E.2.4.1. Le cadre

5.60. Les juridictions doivent exiger, en temps opportun, le dépôt de la déclaration pays par pays par les sociétés mères ultimes des groupes d'entreprises multinationales résidentes dans leur juridiction et mentionnées à la Section E.2.2 et échanger cette information, sur une base automatique, avec les juridictions dans lesquelles le groupe d'entreprises multinationales opère et qui remplissent par ailleurs les conditions énumérées à la Section E.2.3. Uniquement dans les cas où une juridiction ne fournit pas les informations à une juridiction qui remplit les conditions énumérées à la Section E.2.3, aux motifs (a) qu'elle n'exige pas des sociétés mères ultimes de tels groupes d'entreprises multinationales le dépôt de la déclaration pays par pays, (b) qu'elle n'est convenu, en temps opportun, d'aucun accord entre autorités compétentes, fondé sur les accords internationaux existants, pour l'échange des déclarations pays par pays ou (c) que l'absence d'échange effectif de l'information avec une juridiction a été établie, alors qu'elle était convenue avec cette juridiction de le faire, un mécanisme secondaire pourrait être accepté, le cas échéant, prévoyant le dépôt local de la déclaration pays par pays ou le dépôt de la déclaration pays par pays par un membre désigné du groupe d'entreprises multinationales agissant au nom de la société mère ultime, et l'échange de ces déclarations par la juridiction de la résidence fiscale dudit membre désigné, sur une base automatique.

E.2.4.2. Le dispositif de mise en œuvre

5.61. L'annexe IV au chapitre V de ces Principes contient un dispositif de mise en œuvre pour l'échange entre États des déclarations pays par pays, qui comprend :

- Un modèle de législation imposant aux sociétés mères ultimes des groupes d'entreprises multinationales de déposer la déclaration pays par pays dans leur juridiction de résidence. Les juridictions auront la possibilité d'adapter ce modèle de législation à leur propre système juridique, lorsque des modifications de la législation en vigueur s'avèreront nécessaires. Les principaux éléments des mécanismes secondaires ont également été élaborés.
- Des dispositifs de mise en œuvre de l'échange automatique des déclarations pays par pays dans le cadre des accords internationaux, incorporant les conditions énoncées à la Section E.2.3. Ces dispositifs comprennent des accords entre autorités compétentes basés sur les accords internationaux existants (la Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale,

les conventions fiscales bilatérales et les accords d'échange de renseignements fiscaux) et qui s'inspirent des modèles existants établis par l'OCDE, en coopération avec les pays du G20, pour l'échange automatique de renseignements sur les comptes financiers.

5.62. Les juridictions s'efforceront d'introduire, en tant que de besoin, une législation nationale en temps opportun. Elles sont également encouragées à étendre la couverture de leurs accords internationaux d'échange d'information. Le dispositif de mise en œuvre fera l'objet d'un suivi sur une base continue. Les résultats de ce suivi seront pris en considération lors du réexamen prévu en 2020.

Chapitre VI

Considérations particulières applicables aux actifs incorporels

6.1. Aux termes de l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, lorsque les conditions convenues ou imposées pour l'utilisation ou le transfert d'actifs incorporels entre deux entreprises associées ne sont pas les mêmes que celles qui auraient été 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 du fait de ces conditions, peuvent être inclus dans les bénéfices de cette entreprise et imposés en conséquence.

6.2. L'objet du présent chapitre VI est de fournir des principes spécifiques en vue de la détermination des conditions de pleine concurrence pour les transactions qui portent sur l'utilisation ou le transfert d'actifs incorporels. L'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE a trait aux conditions applicables aux transactions entre entreprises associées, et ne vise pas à classer ces opérations dans telle ou telle catégorie. Par conséquent, la considération essentielle est de déterminer si une transaction se traduit par un transfert de valeur économique d'une entreprise associée à une autre, si cet avantage découle de biens corporels, d'actifs incorporels, de services ou d'autres éléments ou activités. Un élément ou une activité peut avoir une valeur économique même s'il n'est pas expressément mentionné au chapitre VI. Dès lors qu'un élément ou une activité a une valeur économique, il doit être pris en compte pour déterminer les prix de pleine concurrence, qu'il constitue ou non un actif incorporel au sens du paragraphe 6.6.

6.3. Les prescriptions énoncées aux chapitres I à III de ces Principes s'appliquent aussi bien aux transactions portant sur des actifs incorporels qu'aux autres transactions. Selon ces prescriptions, comme pour d'autres questions relatives aux prix de transfert, l'analyse des cas d'utilisation ou de transfert d'actifs incorporels doit débiter par une identification approfondie des relations commerciales ou financières entre les entreprises associées et les conditions et les circonstances économiques pertinentes rattachés

à ces relations, afin que la transaction réelle impliquant l'utilisation ou le transfert d'actifs incorporels puisse être déterminée avec précision. L'analyse fonctionnelle doit permettre de cerner les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques assumés¹ par chaque membre du groupe d'entreprises multinationales concerné. Dans les cas d'utilisation ou de transfert d'actifs incorporels, il est particulièrement important de fonder l'analyse fonctionnelle sur une compréhension des activités du groupe d'entreprises multinationales considéré à l'échelle mondiale, et de la façon dont les actifs incorporels sont utilisés par ce groupe d'entreprises multinationales pour ajouter ou créer de la valeur tout au long de la chaîne d'approvisionnement. Si nécessaire, il faut se demander lors de l'analyse effectuée, dans le cadre de la section D.2 du chapitre I, si des parties indépendantes auraient conclu l'accord considéré et, si oui, quelles en auraient été les modalités.

6.4. Afin de déterminer les conditions de pleine concurrence pour l'utilisation ou le transfert des actifs incorporels, il est important d'effectuer une analyse fonctionnelle et une analyse de la comparabilité, conformément à la section D.1 du chapitre I, sur la base de l'identification des actifs incorporels et des risques associés à des arrangements contractuels, puis en complétant l'analyse par un examen du comportement réel des parties, sur la base des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés, notamment le contrôle des fonctions importantes et des risques économiquement significatifs. En conséquence la section A suivante fournit des indications sur l'identification des actifs incorporels. La section B examine la propriété légale et d'autres conditions contractuelles, et apporte des recommandations sur l'évaluation du comportement des parties selon les fonctions, les actifs et les risques. La section C décrit des scénarios typiques impliquant des actifs incorporels, et la section D fournit des principes sur la détermination des conditions de pleine concurrence, notamment l'application de méthodes d'établissement des prix de transfert et de techniques d'évaluation, et fournit une approche pour déterminer les conditions de pleine concurrence pour une catégorie spécifique d'actifs incorporels difficiles à valoriser. L'annexe à ce chapitre contient des exemples illustrant l'application de ces recommandations.

1. La prise en charge des risques se réfère à la détermination de l'entreprise associée qui assume un risque spécifique conformément aux indications fournies dans la section D.1.2.1 du chapitre I, en prenant en compte le contrôle du risque et la capacité financière d'assumer ce risque. La prise en charge contractuelle du risque se réfère à la répartition des risques entre les parties dans les contrats.

A. Identifier les actifs incorporels

A.1. Généralités

6.5. Une définition du terme « incorporel » trop étroite ou trop large peut poser problème dans le cadre d'une analyse de prix de transfert. Si l'on applique une définition trop étroite du terme « incorporel », les contribuables ou les pouvoirs publics peuvent faire valoir que certains éléments n'entrent pas dans le champ de cette définition et peuvent donc être transférés ou utilisés sans donner lieu à une rémunération distincte, même si cette utilisation ou ce transfert ferait l'objet d'une rémunération en cas de transaction entre des entreprises indépendantes. À l'inverse, si l'on retient une définition trop large, les contribuables ou les pouvoirs publics peuvent faire valoir que l'utilisation ou le transfert d'un élément dans le cadre de transactions entre entreprises associés doit donner lieu à une rémunération dans des circonstances où cette rémunération n'existerait pas dans le cadre de transactions entre des entreprises indépendantes.

6.6. Dans ces Principes, par conséquent, le terme « incorporel » désigne une chose qui n'est pas un actif corporel ni un actif financier², qui peut être possédée ou contrôlée aux fins d'utilisation dans le cadre d'activités commerciales, et dont l'utilisation ou le transfert serait rémunéré s'il avait lieu dans le cadre d'une transaction entre parties indépendantes dans des circonstances comparables. Dans un cas d'espèce ayant trait à des actifs incorporels, toute analyse des prix de transfert doit être axée non pas sur des définitions comptables ou juridiques, mais sur la détermination des conditions dont seraient convenues des parties indépendantes pour une transaction comparable.

6.7. Les actifs incorporels qu'il importe de prendre en compte aux fins de la détermination des prix de transfert ne sont pas toujours considérés comme des actifs incorporels dans une optique comptable. Ainsi, les coûts associés à la mise au point d'actifs incorporels en interne, prenant par exemple la forme de dépenses de recherche-développement et de publicité, sont parfois passés en charge et non comptabilisés en immobilisations, de sorte que les actifs incorporels résultant de ces dépenses n'apparaissent pas toujours au bilan. Ces actifs incorporels peuvent néanmoins être utilisés pour créer une valeur économique importante, et leur prise en considération peut être nécessaire

-
2. Tel qu'il est utilisé dans ce paragraphe, le terme « actif financier » désigne tout actif qui est de la trésorerie, un instrument de fonds propres, un droit contractuel ou une obligation contractuelle de recevoir de la trésorerie ou un autre actif financier, ou d'échanger des actifs ou passifs financiers, ou un instrument dérivé. On peut citer à titre d'exemples les obligations, les dépôts bancaires, les actions et autres titres de participation, les contrats à terme standardisés ou de gré à gré, ainsi que les contrats d'échange.

aux fins de la détermination de prix de transfert. En outre, le surcroît de valeur pouvant découler de la nature complémentaire d'un ensemble d'actifs incorporels exploités ensemble ne transparaît pas toujours dans le bilan. En conséquence, pour déterminer si un élément doit ou non être considéré comme un actif incorporel aux fins de l'établissement de prix de transfert en vertu de l'article 9 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE, on peut s'appuyer sur sa qualification comptable, mais celle-ci ne doit pas être le seul fondement de cette détermination. En outre, la conclusion selon laquelle un élément doit être considéré comme un actif incorporel aux fins de l'établissement de prix de transfert ne détermine pas, ni ne découle de, sa qualification générale d'un point de vue fiscal – en tant que charge ou actif amortissable, par exemple.

6.8. L'existence et la portée d'une protection légale, contractuelle ou autre peut influencer sur la valeur d'un élément et sur les revenus qui doivent lui être attribués. L'existence d'une telle protection ne constitue cependant pas une condition nécessaire pour qu'un élément soit qualifié d'actif incorporel aux fins de l'établissement de prix de transfert. De même, si certains actifs incorporels peuvent être identifiés séparément et transférés individuellement, d'autres peuvent n'être transférés qu'avec d'autres actifs industriels ou commerciaux. Par conséquent, il n'est pas nécessaire qu'un élément soit transférable isolément pour qu'il puisse être considéré comme un actif incorporel aux fins de l'établissement de prix de transfert.

6.9. Il est important de distinguer les actifs incorporels des conditions de marché ou de la situation du marché local. Les caractéristiques d'un marché local, telles que le niveau de revenu disponible des ménages sur ce marché ou la taille ou la compétitivité relative de ce marché, ne peuvent être possédées ni contrôlées. Dans certaines circonstances, elles peuvent influencer sur la détermination du prix de pleine concurrence pour une transaction donnée et doivent être prises en compte dans le cadre d'une analyse de comparabilité, mais il ne s'agit pas d'actifs incorporels aux fins du chapitre VI. Voir la section D.6 du chapitre I.

6.10. L'identification d'un élément en tant qu'actif incorporel est un processus distinct du processus de détermination du prix correspondant à l'utilisation ou au transfert de cet élément compte tenu des faits et circonstances du cas d'espèce. Suivant le secteur d'activité et les autres faits spécifiques au cas d'espèce, l'exploitation d'actifs incorporels peut représenter une part importante ou modeste de la création de valeur du groupe d'entreprises multinationales considéré. Il convient de souligner qu'une rémunération distincte des paiements requis pour les biens ou services n'est pas justifiée en toutes circonstances pour tous les actifs incorporels, et que ces actifs ne débouchent pas tous sur un surcroît de revenus en toutes circonstances. Supposons par exemple qu'une entreprise fournit un service en utilisant un savoir-faire qui n'est pas unique, ce qui implique que d'autres

fournisseurs de services comparables disposent d'un savoir-faire comparable. Dans ce cas, même si ce savoir-faire constitue un actif incorporel, il peut être estimé que, compte tenu des faits et circonstances, ce savoir-faire ne justifie pas l'attribution d'un surcroît de revenus à l'entreprise, en sus des revenus normaux obtenus par des prestataires indépendants comparables fournissant des services similaires et utilisant un savoir-faire comparable qui n'est pas unique. Voir la section D.1.3 du chapitre I. Voir également le paragraphe 6.17 pour une définition des actifs incorporels « uniques ».

6.11. Une grande prudence s'impose pour déterminer si un actif incorporel existe, et s'il a été utilisé ou transféré. Ainsi, les dépenses de recherche-développement n'aboutissent pas toutes à la production ou à l'amélioration d'un actif incorporel, et toutes les activités de commercialisation n'entraînent pas nécessairement la création ou l'amélioration d'un actif incorporel.

6.12. Dans le cadre d'une analyse de prix de transfert ayant trait à des actifs incorporels, il importe d'identifier précisément les actifs incorporels pertinents. L'analyse fonctionnelle doit permettre d'identifier les actifs incorporels pertinents, la façon dont ils contribuent à la création de valeur dans le cadre des transactions examinées, les fonctions importantes qu'ils jouent et les risques spécifiques assumés en rapport avec la mise au point, l'amélioration, l'entretien, la protection et l'exploitation d'actifs incorporels, ainsi que la façon dont ils interagissent avec d'autres actifs incorporels, actifs corporels et activités industrielles ou commerciales pour créer de la valeur. Il peut être justifié d'agréger des actifs incorporels afin de déterminer des conditions de pleine concurrence pour l'utilisation ou le transfert d'actifs incorporels dans certains cas, mais il ne suffit pas d'indiquer que des actifs incorporels vaguement désignés ou indifférenciés ont un effet sur des prix de pleine concurrence ou d'autres conditions. Une analyse fonctionnelle approfondie, y compris une analyse de l'importance que revêtent les actifs incorporels pertinents identifiés dans les activités du groupe d'entreprises multinationales à l'échelle mondiale, doit étayer la détermination des conditions de pleine concurrence.

A.2. Application de ce chapitre à d'autres fins fiscales

6.13. Les principes figurant dans le présent chapitre sont exclusivement destinés au traitement des questions de prix de transfert. Elles ne sont pas destinées à être appliquées à d'autres fins fiscales. Ainsi, le commentaire de l'article 12 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE contient une analyse précise de la définition du terme « redevances » contenue dans ledit article (paragraphe 8 à 19). La définition des « redevances » qui figure à l'article 12 n'est pas destinée à fournir quelque instruction que ce soit en vue de déterminer si, et si oui à quel prix, l'utilisation ou le transfert d'actifs incorporels doit donner lieu à une rémunération entre parties indépendantes. Elle n'est donc d'aucune utilité pour l'établissement de prix de transfert. En outre, la façon

dont une transaction est qualifiée aux fins de la détermination de prix de transfert est sans rapport avec la question de savoir si un paiement particulier constitue une redevance ou s'il peut faire l'objet d'une retenue à la source en vertu de l'article 12. Le concept d'actifs incorporels aux fins de l'établissement des prix de transfert et la définition des redevances aux fins de l'article 12 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE sont deux notions différentes, qui ne doivent pas nécessairement concorder. Il se peut qu'un paiement entre des entreprises associées soit considéré comme ne constituant pas une redevance aux fins de l'article 12, tout en étant considéré aux fins de l'établissement de prix de transfert comme un paiement auquel peuvent s'appliquer les principes du présent chapitre. On pourrait citer à titre d'exemples certains paiements liés à une survaleur ou à une valeur d'exploitation. Il peut également arriver qu'un paiement légitimement considéré comme une redevance en vertu de l'article 12 d'une convention applicable ne constitue pas une rémunération correspondant à des actifs incorporels aux fins de ce chapitre. On pourrait citer à titre d'exemple des paiements effectués au titre de services techniques. De même, les principes figurant dans le présent chapitre ne sont pas destinés à être appliquées dans une optique douanière.

6.14. Les principes figurant dans ce chapitre ne s'appliquent pas non plus à la prise en compte de revenus, la comptabilisation en immobilisation des coûts de mise au point d'actifs incorporels, l'amortissement, ou d'autres questions similaires. Ainsi, une juridiction peut choisir de ne pas prélever d'impôt sur le transfert de catégories particulières d'actifs incorporels dans certaines circonstances. De même, une juridiction peut ne pas autoriser l'amortissement du coût de certains éléments acquis qui seraient considérés comme des actifs incorporels suivant les définitions qui figurent dans ce chapitre et dont le transfert peut être assujéti à l'impôt au moment où il a lieu dans la juridiction du cédant. Il est entendu que des incohérences entre les législations des différentes juridictions concernant ces questions peuvent parfois entraîner une double imposition ou une double exonération.

A.3. Catégories d'actifs incorporels

6.15. Lors de l'examen des aspects des actifs incorporels touchant aux prix de transfert, il arrive parfois que différentes catégories d'actifs incorporels soient décrites et diverses qualifications appliquées. Des distinctions sont parfois établies entre les actifs incorporels manufacturiers et les actifs incorporels de commercialisation, entre les actifs incorporels « plus faciles à définir » et les actifs incorporels « plus difficiles à définir », entre les actifs incorporels courants et spécifiques, ainsi qu'entre d'autres classes et catégories d'actifs incorporels. L'approche présentée dans ce chapitre pour déterminer les prix de pleine concurrence dans les cas se rapportant à des actifs incorporels n'est pas articulée autour de ces catégories. En conséquence,

il n'est aucunement tenté dans le cadre de ces Principes de délimiter avec précision différentes classes ou catégories d'actifs incorporels, ni de prescrire des résultats axés sur ces catégories.

6.16. Il est cependant couramment fait référence à certaines catégories d'actifs incorporels lors de l'examen des questions de prix de transfert. Pour faciliter ces examens, les définitions de deux termes couramment utilisés, à savoir « actifs incorporels de commercialisation » et « actifs incorporels manufacturiers », ont été incluses dans le Glossaire et sont mentionnées de temps à autre dans le cadre de ces Principes. Il convient de souligner que les références générales aux actifs incorporels de commercialisation ou manufacturiers ne dispensent pas les contribuables ni les administrations fiscales de leur obligation, dans le cadre d'une analyse des prix de transfert, d'identifier précisément les actifs incorporels pertinents, et que l'utilisation de ces termes n'indique aucunement qu'une approche différente doit être appliquée pour déterminer les conditions du principe de pleine concurrence quant aux transactions portant sur des actifs incorporels de commercialisation ou des actifs incorporels manufacturiers.

6.17. Dans certains cas, ces Principes font référence à des actifs incorporels « uniques et de valeur ». Les actifs incorporels « uniques et de valeur » sont ceux (i) qui ne sont pas comparables aux actifs incorporels utilisés par ou dont disposent les parties à des transactions potentiellement comparables, et (ii) dont l'utilisation par une entreprise dans le cadre de ses activités (telles que la production d'articles manufacturiers, la fourniture de services, des activités de commercialisation, de vente ou de gestion) est censée déboucher sur des avantages économiques futurs supérieurs à ceux qui auraient été escomptés en l'absence de ces actifs incorporels.

A.4. Illustrations

6.18. Cette section offre des exemples d'éléments qui sont souvent examinés lors des analyses de prix de transfert ayant trait à des actifs incorporels. Ces exemples sont destinés à clarifier les dispositions de la section A.1, mais cette liste ne saurait se substituer à une analyse approfondie. Ces exemples n'ont pas vocation à être exhaustifs ni à fournir une liste complète des éléments pouvant constituer ou non des actifs incorporels. De nombreux éléments ne figurant pas dans cette liste d'exemples peuvent être des actifs incorporels aux fins de la détermination de prix de transfert. Les exemples figurant dans cette section doivent être adaptés à l'environnement législatif et réglementaire spécifique de chaque juridiction. En outre, il faut examiner et évaluer les exemples qui figurent dans cette section dans le contexte de l'analyse de comparabilité (notamment fonctionnelle) de la transaction contrôlée en vue de mieux comprendre comment des actifs incorporels spécifiques et des éléments non considérés comme des actifs incorporels contribuent à la création de

valeur dans le contexte des activités du groupe d'entreprises multinationales à l'échelle mondiale. Il convient de souligner qu'une référence générale à un élément figurant dans cette liste d'exemples ne dispense pas les contribuables ni les administrations fiscales de leur obligation, dans le cadre d'une analyse des prix de transfert, d'identifier précisément les actifs incorporels pertinents sur la base des principes figurant dans la section A.1.

A.4.1. Brevets

6.19. Un brevet est un instrument juridique qui confère à son détenteur le droit exclusif d'utiliser une invention donnée pendant une durée limitée dans une zone géographique spécifique. Un brevet peut porter sur un objet physique ou un procédé. Les inventions brevetables sont souvent le résultat d'activités risquées et coûteuses de recherche-développement. Dans certaines circonstances, toutefois, des dépenses limitées de recherche-développement peuvent déboucher sur des inventions brevetables de grande valeur. L'auteur d'un brevet peut tenter de récupérer ses coûts de mise au point (et de dégager un revenu) en vendant les produits couverts par le brevet, en concluant avec des tiers des accords de licence leur permettant d'utiliser l'invention brevetée, ou en vendant purement et simplement le brevet considéré. L'exclusivité accordée par un brevet peut, dans certaines circonstances, permettre à son détenteur de tirer un surcroît de revenus de l'utilisation de son invention. Dans d'autres cas, une invention brevetée peut conférer à son détenteur des avantages en termes de coûts dont ne disposent pas ses concurrents. Dans d'autres situations encore, il arrive que les brevets ne confèrent aucun avantage commercial important. Les brevets sont des actifs incorporels au sens de la section A.1.

A.4.2. Savoir-faire et secrets industriels ou commerciaux

6.20. Le savoir-faire et les secrets industriels ou commerciaux sont des informations ou des connaissances exclusives qui facilitent ou améliorent une activité commerciale, mais qui ne sont pas enregistrées en vue de leur protection comme c'est le cas pour un brevet ou une marque de fabrique. Le savoir-faire et les secrets industriels ou commerciaux consistent généralement en des informations non divulguées de nature industrielle, commerciale ou scientifique ayant trait à une expérience acquise, qui trouvent une application pratique dans l'exploitation d'une entreprise. Le savoir-faire et les secrets industriels ou commerciaux peuvent avoir trait à des activités manufacturières, de commercialisation, de recherche-développement, ou à toute autre activité commerciale. La valeur du savoir-faire et des secrets industriels ou commerciaux dépend souvent de la capacité de l'entreprise considérée de préserver leur confidentialité. Dans certains secteurs, la divulgation des informations nécessaires à l'obtention d'une protection par brevet pourraient aider les concurrents à mettre au point d'autres solutions. En conséquence, une entreprise

peut, pour des raisons commerciales, choisir de ne pas faire enregistrer un savoir-faire brevetable, qui peut néanmoins contribuer de manière importante à la réussite de l'entreprise. La nature confidentielle du savoir-faire et des secrets industriels ou commerciaux peut être protégée dans une certaine mesure par (i) les dispositions législatives sur la concurrence déloyale ou similaires, (ii) les contrats de travail et (iii) les obstacles économique et technologiques à la concurrence. Le savoir-faire et les secrets industriels ou commerciaux sont des actifs incorporels au sens de la section A.1.

A.4.3. Marques de fabrique, noms commerciaux et marques commerciales

6.21. Une marque de fabrique est un nom, un symbole, un logo ou une illustration spécifique que son propriétaire peut utiliser pour distinguer ses biens et services de ceux d'autres entités. Les droits exclusifs attachés aux marques de fabrique sont souvent confirmés par le biais d'un système d'enregistrement. Le titulaire d'une marque de fabrique peut empêcher des tiers de l'utiliser d'une façon qui sèmerait la confusion sur le marché. L'enregistrement d'une marque de fabrique peut demeurer valable indéfiniment si cette marque est constamment utilisée et si cet enregistrement est dûment renouvelé. Une marque de fabrique peut être créée pour des biens ou des services, et peut s'appliquer à un bien ou service spécifique ou à une ligne de biens ou services. C'est peut-être sur le marché de la consommation finale que les marques de fabrique sont les plus familières, mais elles peuvent exister à tous les stades de commercialisation. Les marques de fabrique sont des actifs incorporels au sens de la section A.1.

6.22. Un nom commercial (qui est souvent, mais pas toujours, le nom d'une entreprise) peut avoir la même force de pénétration du marché qu'une marque de fabrique et peut, de fait, être enregistré sous une forme spécifique comme une marque de fabrique. Les noms commerciaux de certaines entreprises multinationales peuvent être aisément reconnus, et peuvent être utilisés pour la commercialisation de différents biens et services. Les noms commerciaux sont des actifs incorporels au sens de la section A.1.

6.23. Les termes « marque commerciale », « marque de fabrique » et « nom commercial » sont parfois utilisés indifféremment l'un pour l'autre. Dans d'autres contextes, une marque commerciale désigne une marque de fabrique ou un nom commercial investi d'une importance sociale et commerciale. Une marque commerciale peut, en fait, représenter une combinaison d'actifs incorporels et/ou d'autres éléments, qui peuvent être, entre autres, des marques de fabriques, des noms commerciaux, des relations avec la clientèle, des éléments de notoriété et une survaleur. Il peut être parfois difficile, voire impossible de dissocier ou transférer séparément les différents éléments constitutifs de la valeur d'une marque commerciale. Une marque commerciale peut consister en un seul actif incorporel, ou un ensemble d'actifs incorporels, au sens de la section A.1.

A.4.4. Droits conférés par les contrats et concessions

6.24. Les permis et concessions publiques peuvent être importants pour une activité donnée et correspondre à un large éventail de relations commerciales. Ils peuvent recouvrir, entre autres, l'octroi par une administration de droits d'exploitation de ressources naturelles ou de biens publics spécifiques (tel que l'attribution d'une bande de fréquences du spectre radioélectrique), ou du droit d'exercer des activités industrielles ou commerciales spécifiques. Les permis et concessions publiques sont des actifs incorporels au sens de la section A.1. Néanmoins, les permis et concessions publiques doivent être distingués des obligations d'immatriculation des sociétés qui constituent un préalable à l'exercice d'activités dans une juridiction particulière. Ces obligations ne sont pas des actifs incorporels au sens de la section A.1.

6.25. Les droits conférés par les contrats peuvent également être importants pour une activité donnée et correspondre à un large éventail de relations commerciales. Ils peuvent recouvrir, entre autres, les contrats conclus avec des fournisseurs et des clients essentiels, ainsi que les accords conclus concernant la fourniture de services par un ou plusieurs employés. Les droits conférés par les contrats sont des actifs incorporels au sens de la section A.1.

A.4.5. Licences et droits limités similaires sur des actifs incorporels

6.26. Des droits limités sur des actifs incorporels sont couramment transférés au moyen d'une licence ou d'autres dispositions contractuelles similaires, qu'elles soient écrites, orales ou implicites. Ces droits concédés sous licence peuvent être limités en termes de domaine d'utilisation, de conditions d'utilisation, de zone géographique ou sur d'autres plans. Ces droits limités sur des actifs incorporels constituent eux-mêmes des actifs incorporels au sens de la section A.1.

A.4.6. Survaleur et valeur d'exploitation

6.27. Suivant le contexte, le terme survaleur peut être utilisé pour faire référence à différents concepts. Dans certains contextes d'évaluation des entreprises et d'évaluation comptable, la survaleur correspond à la différence entre la valeur globale d'une entreprise en exploitation et la somme des valeurs de tous ses actifs corporels et incorporels identifiables séparément. Par ailleurs, la survaleur est parfois décrite comme une représentation des avantages économiques futurs associés à des actifs industriels ou commerciaux qui ne sont pas identifiés individuellement ni comptabilisés séparément. Dans d'autres contextes encore, la survaleur fait référence aux futures transactions escomptées avec les clients existants. Le terme « valeur d'exploitation » est parfois défini comme la valeur de l'ensemble des actifs d'une entreprise en exploitation, qui excède la somme des valeurs de ces différents actifs

considérés séparément. Il est généralement admis que la survaleur et la valeur d'exploitation ne peuvent être dissociés ou transférés séparément des autres actifs industriels ou commerciaux. Voir les paragraphes 9.68 à 9.70 pour un examen de la question connexe du transfert de l'ensemble des éléments d'une activité dans le contexte d'une réorganisation d'entreprise.

6.28. Aux fins de ce chapitre, il n'est pas nécessaire d'élaborer une définition précise de la survaleur ni de la valeur d'exploitation dans l'optique de la détermination des prix de transfert, ni d'établir dans quelles circonstances une survaleur ou une valeur d'exploitation peut constituer ou non un actif incorporel. Il importe cependant de reconnaître qu'une part importante et monétairement significative de la rémunération versée entre des entreprises indépendantes lorsque certains ou tous les actifs d'une entreprise en exploitation sont transférés peut représenter une rémunération correspondant à un élément évoqué dans l'une ou l'autre des différentes descriptions de la survaleur ou de la valeur d'exploitation. Lorsque des transactions similaires se déroulent entre des entreprises associées, cette valeur doit être prise en compte dans le cadre de la détermination d'un prix de pleine concurrence pour la transaction considérée. Lorsque la valeur de notoriété parfois désignée par le terme survaleur est transférée à une entreprise associée, ou partagée avec elle, dans le contexte du transfert ou de la concession sous licence d'une marque de fabrique ou d'autres actifs incorporels, il faut prendre en compte cette valeur de notoriété pour déterminer le niveau adéquat de la rémunération correspondante. Si les caractéristiques d'une entreprise, telles que la réputation de produire des biens ou de fournir des services de haute qualité, lui permettent de facturer des prix plus élevés qu'une entité n'ayant pas une telle réputation, et si ces caractéristiques peuvent être considérées comme constitutives d'une survaleur ou d'une valeur d'exploitation suivant l'une ou l'autre des définitions de ces termes, il faut prendre en compte ces caractéristiques pour déterminer les prix de pleine concurrence correspondant à la vente de biens ou à la fourniture de services entre des entreprises associées, qu'elles soient ou non considérées comme des éléments de survaleur. En d'autres termes, il ne suffit pas qu'une contribution de valeur d'une partie à une autre soit qualifiée d'élément constitutif d'une survaleur ou d'une valeur d'exploitation pour qu'il n'y ait pas lieu de rémunérer cette contribution. Voir le paragraphe 6.2.

6.29. Le fait que la survaleur et la valeur d'acquisition doivent être prises en compte pour la détermination du prix des transactions ne signifie aucunement que les mesures résiduelles de la survaleur calculées à des fins spécifiques d'évaluation comptable ou d'évaluation d'entreprise sont nécessairement des mesures appropriées du prix qui serait payé pour les activités ou droits concédés sous licence, ainsi que la survaleur ou valeur d'exploitation qui leur est associée, par des parties indépendantes. Les mesures de la survaleur et de la valeur d'exploitation établies dans le cadre d'une évaluation comptable ou d'une évaluation d'entreprise ne correspondent pas, en règle générale, au

prix de pleine concurrence d'une survaleur ou d'une valeur d'exploitation transférée dans le cadre d'une analyse de prix de transfert. Suivant les faits et les circonstances, néanmoins, les évaluations comptables et les informations sur lesquelles elles reposent peuvent fournir un point de départ utile pour réaliser une analyse de prix de transfert. Compte tenu de l'absence d'une définition unique et précise de la survaleur, il est essentiel que les contribuables et les administrations fiscales décrivent les actifs incorporels spécifiquement concernés par une analyse des prix de transfert, et déterminent si ces actifs incorporels donneraient lieu à une rémunération entre des entreprises indépendantes dans des circonstances comparables.

A.4.7. Synergies de groupe

6.30. Dans certaines circonstances, les synergies de groupe contribuent au niveau des revenus engrangés par un groupe d'entreprises multinationales. Ces synergies de groupe peuvent prendre de nombreuses formes différentes, telles qu'une gestion optimisée, une élimination des doubles emplois coûteux, des systèmes intégrés, une puissance d'achat, une capacité d'emprunt, etc. Ces caractéristiques peuvent influencer sur la détermination des conditions de pleine concurrence pour des transactions contrôlées, et doivent être prises en compte en tant que facteurs de comparabilité aux fins de l'établissement de prix de transfert. Dans la mesure où ils ne sont ni possédés ni contrôlés par une entreprise, il ne s'agit pas d'actifs incorporels au sens de la section A.1. Voir la section D.8 du chapitre I pour un examen du traitement réservé aux synergies de groupe dans l'optique de la détermination de prix de transfert.

A.4.8. Caractéristiques spécifiques des marchés

6.31. Les caractéristiques spécifiques d'un marché donné peuvent influencer sur les conditions du principe de pleine concurrence des transactions sur ce marché. Ainsi, le fort pouvoir d'achat des ménages sur un marché donné peut avoir une incidence sur les prix facturés pour certains biens de consommation de luxe. De même, des coûts de main-d'œuvre faibles, la proximité de certains marchés, des conditions météorologiques favorables et d'autres facteurs du même ordre peuvent influencer sur les prix pratiqués pour des biens et services spécifiques sur un marché donné. Ces caractéristiques spécifiques d'un marché ne peuvent cependant être possédées ni contrôlées, et ne constituent donc pas des actifs incorporels au sens de la section A.1, et elles doivent être prises en compte dans le cadre d'une analyse de prix de transfert par le biais de l'analyse de comparabilité requise. Voir la section D.6 du chapitre I sur les principes concernant le traitement des caractéristiques spécifiques des marchés dans l'optique de la détermination de prix de transfert.

B. Propriété des actifs incorporels et transactions portant sur la mise au point, l'amélioration, l'entretien, la protection et l'exploitation d'actifs incorporels

6.32. Dans les dossiers de prix de transfert portant sur des actifs incorporels, la détermination de l'entité (ou des entités) d'un groupe d'entreprises multinationales qui est *in fine* en droit de bénéficier des revenus tirés par le groupe de l'exploitation des actifs incorporels considérés est cruciale³. Une question connexe est de savoir quelle entité (ou quelles entités) du groupe doit *in fine* assumer les coûts, les investissements et autres charges associés à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation des actifs incorporels considérés. Bien que le propriétaire légal d'un actif incorporel puisse recevoir les revenus provenant de l'exploitation de cet actif, d'autres membres du groupe d'entreprises multinationales dont fait partie ce propriétaire légal peuvent avoir exercé des fonctions, utilisé des actifs⁴ ou assumé des risques qui devraient contribuer à la valeur de l'actif incorporel en question. Les membres du groupe d'entreprises multinationales qui exercent ces fonctions, utilisent ces actifs et assument ces risques doivent voir leur contribution rémunérée en vertu du principe de pleine concurrence. La présente section B confirme qu'*in fine*, la répartition des revenus tirés par le groupe d'entreprises multinationales considéré de l'exploitation d'actifs incorporels, de même que la répartition des coûts et autres charges liés à ces actifs incorporels entre les membres de ce groupe d'entreprises multinationales, repose sur la rémunération des membres dudit groupe qui exercent des fonctions, utilisent des actifs ou assument des risques dans le cadre de la mise au point, de l'amélioration, de l'entretien, de la protection et de l'exploitation de ces actifs incorporels suivant les principes décrits aux chapitres I à III.

6.33. Il peut être extrêmement difficile d'appliquer les dispositions des chapitres I à III pour traiter ces questions, pour différentes raisons. Suivant les faits du cas d'espèce portant sur des actifs incorporels, les facteurs suivants, entre autres, peuvent soulever des problèmes :

- i) un manque de comparabilité entre les transactions portant sur des actifs incorporels effectuées entre des entreprises associées et les

3. Tel qu'elle est utilisée ici, la notion d'« exploitation d'un actif incorporel » recouvre à la fois le transfert de l'actif incorporel considéré ou des droits sur cet actif incorporel et son utilisation dans le cadre d'opérations commerciales.

4. Tel qu'elle est utilisée dans la présente section B, la notion d'« utilisation d'actifs » recouvre la contribution apportée sous forme de financement et/ou d'autres formes de capital à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection ou à l'exploitation d'actifs incorporels. Voir le paragraphe 6.59.

transactions de ce type pouvant être identifiées entre des entreprises indépendantes ;

- ii) un manque de comparabilité entre les actifs incorporels en question ;
- iii) la possession et/ou l'utilisation de différents actifs incorporels par différentes entreprises associées appartenant au groupe d'entreprises multinationales considéré ;
- iv) la difficulté d'isoler l'effet induit par tel ou tel actif incorporel sur les revenus du groupe d'entreprises multinationales considéré ;
- v) le fait que différents membres d'un groupe d'entreprises multinationales puissent exercer des activités liées à la mise au point, l'amélioration, l'entretien, la protection et l'exploitation d'un actif incorporel, souvent d'une façon et avec un niveau d'intégration que l'on n'observe pas entre des entreprises indépendantes ;
- vi) le fait que les contributions de différents membres du groupe d'entreprises multinationales considéré à la création de valeur incorporelle puissent avoir lieu au cours d'années différentes de celles pendant lesquelles sont réalisés les éventuels gains associés ; et
- vii) le fait que les structures du contribuable puissent être fondées sur des dispositions contractuelles conclues entre des entreprises associées qui dissocient la propriété, la prise en charge du risque et/ou le financement des investissements en actifs incorporels de l'exercice de fonctions importantes, du contrôle des risques et des décisions liées aux investissements d'une façon que l'on n'observe pas dans le cadre de transactions entre des entreprises indépendantes, et qui peut contribuer à des phénomènes d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices.

Nonobstant ces problèmes potentiels, l'application du principe de pleine concurrence et des dispositions des chapitres I à III dans un cadre établi peut, dans la plupart des cas, permettre une attribution appropriée des revenus tirés par le groupe d'entreprises multinationales considéré de l'exploitation d'actifs incorporels.

6.34. Le cadre d'analyse des transactions portant sur des actifs incorporels entre des sociétés associées repose sur les étapes suivantes, conformément aux principes pour l'identification des relations commerciales ou financières fournis dans la section D.1 du chapitre I.

- i) identifier spécifiquement les actifs incorporels utilisés ou transférés dans la transaction et les risques spécifiques, économiquement significatifs liés à la mise au point, l'amélioration, l'entretien, la protection et l'exploitation d'actifs incorporels ;

- ii) identifier l'ensemble des accords contractuels en mettant particulièrement l'accent sur la détermination du propriétaire légal des actifs incorporels considérés sur la base des conditions des accords juridiques pertinents, notamment des immatriculations, des accords de licence et autres contrats pertinents, ainsi que d'autres indices de propriété légale, et les droits et obligations contractuels, notamment les risques contractuellement assumés dans les relations entre les entreprises associées ;
- iii) identifier les parties qui exercent des fonctions (en particulier les fonctions importantes décrites au paragraphe 6.56), utilisent des actifs et gèrent des risques liés à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation des actifs incorporels considérés, au moyen d'une analyse fonctionnelle, et identifier en particulier quelles parties contrôlent d'éventuelles fonctions externalisées et contrôlent les risques spécifiques et économiquement significatifs ;
- iv) confirmer l'existence d'une cohérence entre les conditions des accords contractuels pertinents et le comportement des parties, et déterminer si la partie assumant les risques économiquement significatifs de l'étape 4 (i) du paragraphe 1.60, contrôle les risques et possède la capacité financière d'assumer les risques liés à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation des actifs incorporels ;
- v) identifier les transactions contrôlées liées à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation des actifs incorporels considérés compte tenu de la propriété légale de ces actifs, les autres relations contractuelles pertinentes établies par les immatriculations et contrats pertinents, ainsi que du comportement des parties, notamment de leurs contributions respectives en termes de fonctions exercées, d'actifs utilisés et de risques assumés, tout en tenant compte du cadre d'analyse et d'allocation des risques exposé dans la section D.1.2.1 du chapitre I ;
- vi) si possible, déterminer les prix de pleine concurrence de ces transactions sur la base des contributions de chaque partie en termes de fonctions exercées, d'actifs utilisés et de risques assumés, à moins que les principes de la section D.2 du chapitre I s'appliquent.

B.1. Propriété des actifs incorporels et dispositions contractuelles relatives aux actifs incorporels

6.35. Les droits reconnus par la loi et les dispositions contractuelles constituent le point de départ de toute analyse de prix de transfert relative à des transactions portant sur des actifs incorporels. Les conditions d'une transaction peuvent être déduites de contrats écrits, de documents publics tels que les enregistrements de brevets ou de marques de fabrique, ou de la correspondance et/ou d'autres communications entre les parties considérées. Les contrats peuvent décrire les rôles, responsabilités et droits des entreprises associés en matière d'actifs incorporels. Ils peuvent indiquer quelle entité (ou quelles entités) apporte des fonds, réalise des activités de recherche-développement, entretient et protège les actifs incorporels, et exerce les fonctions nécessaires à l'exploitation des actifs incorporels, telles que la fabrication, la commercialisation et la distribution. Ils peuvent indiquer comment les recettes et les dépenses du groupe d'entreprises multinationales associées aux actifs incorporels doivent être réparties, et peuvent spécifier la forme et le montant des paiements devant être reçus par tous les membres du groupe pour leurs contributions. Les prix et autres conditions précisés dans ces contrats peuvent être conformes ou non au principe de pleine concurrence.

6.36. Lorsqu'il n'existe pas de dispositions écrites, ou lorsque les faits, notamment le comportement des parties diffèrent des dispositions contractuelles écrites ou de tout accord, ou complément à ces dispositions, entre les parties, il convient de déduire la transaction des faits tels qu'ils sont établis, et notamment du comportement des parties (voir la section D.1.1 du chapitre I). Il est donc souhaitable que les entreprises associées documentent leurs décisions et intentions concernant l'attribution des droits importants sur des actifs incorporels. Les documents relatifs à ces décisions et intentions, notamment les accords écrits, doivent généralement être en place lorsque ou avant que des entreprises associées procèdent à des transactions débouchant sur la mise au point, l'amélioration, l'entretien, la protection ou l'exploitation d'actifs incorporels.

6.37. Le droit d'utiliser certains types d'actifs incorporels peut être protégé par des systèmes d'enregistrement et des lois spécifiques concernant la propriété intellectuelle. Les brevets, les marques de fabrique et les droits d'auteur sont des exemples d'actifs incorporels de ce type. En règle générale, le titulaire légal de ces actifs incorporels dispose du droit exclusif sur le plan juridique et commercial d'utiliser ces actifs, ainsi que du droit d'empêcher des tiers de les utiliser ou de porter quelque atteinte que ce soit aux droits sur ces actifs. Ces droits du titulaire légal peuvent être conférés pour une zone géographique spécifique et/ou pour une période spécifique.

6.38. Il existe également des actifs incorporels qui ne peuvent être protégés dans le cadre de systèmes particulier d'enregistrement de la propriété intellectuelle, mais qui sont protégés contre toute imitation ou appropriation

non autorisée par les règles de droit sur la concurrence déloyale ou d'autres dispositions juridiques applicables, ou par contrat. La présentation commerciale, les secrets industriels ou commerciaux et le savoir-faire peuvent entrer dans cette catégorie d'actifs incorporels.

6.39. La portée et la nature de la protection offerte par le droit applicable peut varier d'une juridiction à l'autre, de même que les conditions suivant lesquelles cette protection est assurée. Ces divergences peuvent être dues soit à des différences de fond entre juridictions concernant le droit relatif à la propriété intellectuelle, soit à des différences pratiques concernant la mise en application locale de ces lois. Ainsi, le bénéfice d'une protection juridique peut être subordonné pour certains actifs incorporels à certaines conditions, telles qu'une utilisation commerciale persistante de l'actif incorporel considéré ou le renouvellement en temps voulu de son enregistrement. Cela signifie que dans certaines circonstances ou juridictions, la protection dont fait l'objet un actif incorporel peut être extrêmement limitée en droit ou en pratique.

6.40. Le propriétaire légal, sera considéré comme le propriétaire de l'actif incorporel considéré aux fins de l'établissement des prix de transfert. Si aucun propriétaire légal n'est identifié en vertu du droit ou des contrats applicables, le membre du groupe d'entreprises multinationales qui, compte tenu des faits et circonstances, contrôle les décisions concernant l'exploitation de l'actif incorporel considéré et peut en pratique restreindre son utilisation par des tiers sera considéré comme le propriétaire légal de cet actif aux fins de la détermination des prix de transfert.

6.41. Dans l'optique de l'identification du propriétaire légal d'actifs incorporels, un actif incorporel et toute licence relative à celui-ci sont considérés comme différents aux fins de la détermination des prix de transfert, chacun ayant un propriétaire différent. Voir le paragraphe 6.26. Ainsi, la société A, qui le propriétaire légal d'une marque de fabrique, peut octroyer une licence exclusive à la société B pour la fabrication, la commercialisation et la vente de biens faisant appel à cette marque de fabrique. Un actif incorporel, la marque de fabrique, est la propriété légale de la société A. Un autre actif incorporel, la licence d'utilisation de la marque de fabrique en relation avec la fabrication, la commercialisation et la distribution de produits de marque, est la propriété légale de la société B. Suivant les faits et circonstances, les activités de commercialisation entreprises par la société B en vertu de sa licence peuvent avoir une incidence sur la valeur de l'actif incorporel sous-jacent dont la société A est légalement propriétaire, la valeur de la licence de la société B, ou les deux.

6.42. La détermination de la propriété légale et des arrangements contractuels des actifs considérés, constitue une première étape importante de l'analyse, mais ces déterminations sont un processus distinct de la question de la rémunération suivant le principe de pleine concurrence. Aux fins de la

détermination des prix de transfert, la propriété légale d'un actif incorporel ne confère, en soi, aucun droit de conserver *in fine* les revenus tirés par le groupe d'entreprises multinationales considéré de l'exploitation de cet actif, même si ces revenus peuvent initialement être perçus par son propriétaire légal en raison de son droit légal ou contractuel d'exploiter l'actif incorporel en question. Les revenus qui sont *in fine* conservés par le propriétaire légal ou qui lui sont attribués dépendent des fonctions qu'il exerce, des actifs qu'il utilise et des risques qu'il assume, ainsi que des contributions apportées par les autres membres du groupe d'entreprises multinationales considéré compte tenu des fonctions qu'ils exercent, des actifs qu'ils utilisent et des risques qu'ils assument. Ainsi, dans le cas d'un actif incorporel mis au point en interne, si le propriétaire légal n'exerce aucune fonction, n'utilise aucun actif et n'assume aucun risque pertinents, et s'il intervient uniquement en tant qu'entité détentrice de titre, le propriétaire légal n'aura droit *in fine* à aucune part des revenus tirés par le groupe d'entreprises multinationales de l'exploitation de l'actif incorporel considéré, en dehors de l'éventuelle rémunération de pleine concurrence correspondant à la détention du titre.

6.43. La propriété légale et les relations contractuelles servent simplement de points de référence pour identifier et analyser les transactions contrôlées portant sur l'actif incorporel considéré, et pour déterminer la rémunération appropriée des membres du groupe contrôlé concernant ces transactions. La détermination de la propriété légale, conjuguée à l'identification et à la rémunération des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés par l'ensemble des membres contributeurs qui sont pertinents, offre le cadre d'analyse qui permet de déterminer les prix de pleine concurrence et les autres conditions des transactions portant sur des actifs incorporels. Comme pour tout autre type de transaction, l'analyse doit prendre en compte l'ensemble des faits et circonstances pertinents dans le cas d'espèce, et la détermination des prix doit refléter les autres solutions réalistes envisageables par les membres concernés du groupe. Les principes énoncés dans ce paragraphe sont illustrés par les exemples 1 à 6 qui figurent dans l'annexe I au chapitre VI.

6.44. Dans la mesure où les membres d'un groupe d'entreprises multinationales n'ont aucune certitude au moment où ils prennent des décisions concernant des actifs incorporels, sur leurs résultats effectifs ni sur les conséquences éventuelles qu'auront au fil du temps les risques associés à la mise au point ou à l'acquisition de ces actifs incorporels, il importe de distinguer (a) la rémunération anticipée (ou *ex ante*), qui désigne les revenus futurs sur lesquels table un membre du groupe d'entreprises multinationales au moment d'une transaction; et (b) la rémunération effective (ou *ex post*), qui désigne les revenus effectivement perçus par un membre du groupe d'entreprises multinationales grâce à l'exploitation de l'actif incorporel considéré.

6.45. Les termes de la rémunération devant être versée aux membres du groupe d'entreprises multinationales considéré qui contribuent à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation des actifs incorporels est généralement déterminée sur une base *ex ante*. Autrement dit, elle est établie au moment où la transaction est conclue et avant que les conséquences éventuelles des risques associés à l'actif incorporel considéré ne se matérialisent. Cette rémunération peut être fixe ou conditionnelle. L'attribution des bénéfices (ou pertes) effectifs *ex post* de la société, après rémunération des autres membres du groupe d'entreprises multinationales, peut différer de la rémunération anticipée en fonction de la façon dont les risques associés à l'actif incorporel ou les autres risques pertinents liés à la transaction ou à l'accord interviennent effectivement. La transaction délimitée avec précision, comme le souligne la section D.1 du chapitre I, déterminera quelle entité associée assumera ces risques et en supportera donc les conséquences (coûts ou rendements supplémentaires) lorsque ceux-ci se matérialisent de manière différente à celle qui était prévue (voir la section B.2.4).

6.46. Une question importante est de savoir comment déterminer la rémunération de pleine concurrence qui revient aux membres d'un groupe en contrepartie des fonctions qu'ils exercent, des actifs qu'ils utilisent et des risques qu'ils assument dans le cadre constitué par les arrangements contractuels du contribuable, la propriété légale des actifs incorporels et le comportement des parties. La section B.2 porte sur l'application du principe de pleine concurrence aux situations relatives à des actifs incorporels. Sauf indication contraire, lorsqu'il est fait mention de revenus de pleine concurrence ou d'une rémunération de pleine concurrence dans la section B.2, il s'agit de revenus anticipés (*ex ante*) dans le premier cas et d'une rémunération anticipée (*ex ante*) dans le second cas.

B.2. Fonctions, actifs et risques liés à des actifs incorporels

6.47. Comme indiqué plus haut, déterminer qu'un membre particulier d'un groupe d'entreprises multinationales est le propriétaire légal d'actifs incorporels n'implique pas, en soi, que ce propriétaire légal peut nécessairement prétendre à un revenu après avoir rémunéré les autres membres du groupe d'entreprises multinationales considéré pour les contributions qu'ils ont apportées en exerçant des fonctions, en utilisant des actifs et en assumant des risques.

6.48. Lors de la détermination des prix de pleine concurrence concernant des transactions entre entreprises associées, les contributions des membres du groupe d'entreprises multinationales liées à la création de valeur incorporelle doivent être prises en considération et faire l'objet d'une rémunération appropriée. En vertu du principe de pleine concurrence et des prescriptions énoncées aux chapitres I à III, tous les membres du groupe d'entreprises multinationales considéré doivent recevoir une rémunération appropriée s'ils

exercent des fonctions, utilisent des actifs ou assument des risques en relation avec la mise au point, l'amélioration, l'entretien, la protection ou l'exploitation d'actifs incorporels. Il est donc nécessaire de déterminer, au moyen d'une analyse fonctionnelle, quel membre (ou membres) exerce des fonctions de mise au point, d'amélioration, d'entretien, de protection et d'exploitation des actifs incorporels ou exerce un contrôle sur ces fonctions, quel membre (ou membres) apporte les financements et autres actifs, et quel membre (ou membres) assume les différents risques associés à l'actif incorporel considéré. Naturellement, dans chacun de ces domaines, il peut s'agir ou non du propriétaire légal de l'actif incorporel considéré. Comme indiqué au paragraphe 6.133, il importe également lors de la détermination de la rémunération de pleine concurrence des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés de prendre en considération les facteurs de comparabilité pouvant contribuer à la création de valeur ou à la production de revenus tirés par le groupe d'entreprises multinationales de l'exploitation des actifs incorporels considérés, pour déterminer les prix des transactions concernées.

6.49. L'importance relative de ces contributions à la création de valeur incorporelle par les membres du groupe sous la forme de fonctions exercées, d'actifs utilisés ou de risques assumés variera en fonction des circonstances. Supposons, par exemple, qu'un actif incorporel dont la mise au point est achevée et qui est actuellement exploitable soit acheté à une tierce partie par un membre du groupe d'entreprises multinationales, et exploité dans le cadre de fonctions de fabrication et de distribution exercées par d'autres membres de ce groupe, tout en étant activement géré et contrôlé par l'entité acquéreuse de cet actif incorporel. On suppose que cet actif incorporel ne nécessite aucune activité de mise au point, exige peu ou pas d'activités d'entretien ou de protection, et a une utilité sans doute limitée en dehors du domaine d'exploitation ciblé au moment de l'acquisition. Il n'y pas de risque de mise au point associé à cet actif incorporel, même si son acquisition et son exploitation comportent d'autres risques. Les fonctions essentielles exercées par l'acquéreur sont celles nécessaires pour sélectionner l'actif incorporel le plus approprié sur le marché, pour analyser ses avantages potentiels en cas d'utilisation par le groupe d'entreprises multinationales considéré, et pour prendre le risque de l'acheter ou non. L'actif essentiel utilisé réside dans les fonds nécessaires à l'achat de cet actif incorporel. Si l'acquéreur est capable d'exercer et exerce effectivement toutes les fonctions essentielles décrites, y compris celle de contrôler les risques associés à l'acquisition et à l'exploitation de l'actif incorporel, on peut raisonnablement en conclure que, après avoir procédé à une rémunération de pleine concurrence des fonctions de fabrication et de distribution exercées par d'autres entreprises associées, le propriétaire serait en droit de conserver ou de se voir attribuer le bénéfice ou la perte éventuelle résultant de l'exploitation de l'actif incorporel à la suite de son acquisition. L'application des chapitres I à III peut être relativement évidente

dans un scénario aussi simple, mais l'analyse peut être plus difficile dans des situations où :

- i) des actifs incorporels sont mis au point en interne par un groupe d'entreprises multinationales, en particulier lorsque ces actifs incorporels sont transférés entre des entreprises associées alors qu'ils sont encore en cours de développement ;
- ii) des actifs incorporels achetés ou mis au point en interne servent de plateforme pour d'autres activités de développement ; ou
- iii) d'autres aspects, tels que la commercialisation ou la fabrication, sont particulièrement importants pour la création de valeur.

Les principes d'application générale qui figurent ci-après sont particulièrement utiles pour, et essentiellement axés sur, ces cas d'espèce plus délicats.

B.2.1. Exercice et contrôle des fonctions

6.50. Suivant les principes énoncés aux chapitres I à III, chaque membre d'un groupe d'entreprises multinationales doit recevoir une rémunération de pleine concurrence pour les fonctions qu'il exerce. Dans les cas d'espèce portant sur des actifs incorporels, cela recouvre les fonctions liées à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation d'actifs incorporels. L'identité du membre (ou des membres) du groupe d'entreprises multinationales considéré exerçant des fonctions liées à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation d'actifs incorporels est donc un élément essentiel à prendre en compte pour déterminer les conditions de pleine concurrence pour des transactions contrôlées.

6.51. La nécessité de veiller à ce que tous les membres du groupe d'entreprises multinationales considéré soient rémunérés de manière appropriée pour les fonctions qu'ils exercent, les actifs qu'ils apportent et les risques qu'ils assument, implique que pour être en droit de conserver *in fine* tous les revenus tirés de l'exploitation d'actifs incorporels, le propriétaire légal de ces actifs doit exercer toutes les fonctions, apporter tous les actifs utilisés et assumer tous les risques liés à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation des actifs incorporels en question. Cela ne signifie pas cependant que les entreprises associées constituant un groupe d'entreprises multinationales doivent structurer leurs activités concernant la mise au point, l'amélioration, l'entretien, la protection ou l'exploitation d'actifs incorporels d'une façon particulière. Il n'est pas essentiel que le propriétaire légal exerce physiquement toutes les fonctions liées à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation d'un actif incorporel par le biais de son propre personnel pour être en droit

in fine de conserver ou de se voir attribuer une part des revenus tirés par le groupe d'entreprises multinationales considéré de l'exploitation de cet actif incorporel. Dans le cadre de transactions entre des entreprises indépendantes, certaines fonctions sont parfois externalisées à d'autres entités. Un membre d'un groupe d'entreprises multinationales qui est le propriétaire légal d'actifs incorporels peut externaliser de manière similaire des fonctions liées à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation d'actifs incorporels à des entreprises indépendantes ou associées.

6.52. Lorsque des entreprises associées autres que le propriétaire légal d'un actif incorporel exercent des fonctions pertinentes dont on anticipe qu'elles contribueront à la valeur de cet actif, elles doivent obtenir une rémunération de pleine concurrence pour les fonctions qu'elles exercent suivant les principes énoncés dans les chapitres I à III. Pour établir la rémunération de pleine concurrence correspondant à ces contributions fonctionnelles, il faut déterminer s'il existe des transactions comparables sur le marché libre, quelle est l'importance des fonctions exercées pour la création de valeur incorporelle, et quelles sont les options réalistes à la disposition des parties. Les considérations spécifiques décrites aux paragraphes 6.53 à 6.58 doivent également être prises en compte.

6.53. En cas de transaction d'externalisation entre des entreprises indépendantes, on constate généralement qu'une entité exerçant des fonctions au nom du propriétaire légal d'un actif incorporel qui ont trait au développement, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection ou à l'exploitation de cet actif opère sous le contrôle de ce propriétaire légal (comme l'explique le paragraphe 1.65). Compte tenu de la nature des relations existant entre des entreprises associées qui sont membres d'un groupe d'entreprises multinationales, il peut néanmoins arriver que des fonctions externalisées exercées par des entreprises associées soient contrôlées par une entité autre que le propriétaire légal de l'actif incorporel considéré. Dans ce cas, le propriétaire légal de cet actif incorporel doit également verser une rémunération de pleine concurrence à l'entité qui exerce les fonctions de contrôle liées à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation de l'actif en question. Pour déterminer quel est le membre du groupe d'entreprises multinationales qui contrôle effectivement l'exercice des fonctions considérées, il convient d'appliquer des principes analogues à ceux énoncés dans la section D.1.2.1 du chapitre I concernant la détermination du contrôle des risques. L'évaluation de la capacité d'une entité donnée d'exercer un contrôle et la performance d'un tel contrôle constituera un élément important de l'analyse.

6.54. Si le propriétaire légal ne contrôle pas et n'exerce pas les fonctions liées à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation de l'actif incorporel considéré, il n'aura droit à aucun avantage courant attribuable aux fonctions externalisées. En fonction du cas d'espèce,

la rémunération de pleine concurrence devant être versée par le propriétaire légal aux autres entreprises associées qui exécutent ou contrôlent des fonctions liées à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection ou à l'exploitation des actifs incorporels considérés peut correspondre à n'importe quelle proportion des revenus totaux tirés de l'exploitation de ces actifs incorporels. Un propriétaire légal n'exerçant aucune fonction pertinente liée à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation de l'actif incorporel considéré n'aura droit à aucune part des revenus liés à l'exercice ou au contrôle desdites fonctions. Il aura droit à une rémunération de pleine concurrence pour toute fonction qu'il exerce, tout actif qu'il utilise et tout risque qu'il assume. Voir les sections B.2.2 à B.2.3. La section D.1.2 du chapitre I est particulièrement pertinente pour déterminer les fonctions qu'il exerce, les actifs qu'il utilise et les risques qu'il assume.

6.55. La valeur relative des contributions à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation d'actifs incorporels varie en fonction des faits du cas d'espèce. Le membre (ou les membres) du groupe d'entreprises multinationales considéré dont la contribution est la plus importante dans un cas donné doit recevoir une rémunération d'un niveau plus élevé. Ainsi, si une entreprise se contente de financer des activités de recherche-développement, ses revenus anticipés doivent être plus faibles que si elle finançait ces activités tout en les contrôlant. Toutes choses égales par ailleurs, ces revenus anticipés doivent être encore plus élevés si l'entité concernée finance, contrôle et exerce physiquement les activités de recherche-développement en question. Voir également la section B.2.2 sur les financements.

6.56. Lors de la détermination de la rémunération de pleine concurrence des contributions fonctionnelles des divers membres du groupe d'entreprises multinationales considéré, certaines fonctions importantes auront un statut particulier. La nature de ces fonctions importantes dépendra des faits et circonstances de chaque cas d'espèce. Pour les actifs incorporels mis au point en interne, ou pour les actifs incorporels mis au point en interne ou achetés qui servent de plateforme pour d'autres activités de mise au point, ces fonctions particulièrement importantes peuvent être, entre autres, la conception et le contrôle des programmes de recherche et de commercialisation, la fixation des orientations et des priorités en matière de projets créatifs, notamment de l'axe des activités de recherche fondamentale, le contrôle des décisions stratégiques concernant les programmes de mise au point d'actifs incorporels, ainsi que la gestion et le contrôle des budgets. Pour tout actif incorporel (qu'il soit mis au point en interne ou acheté), les autres fonctions importantes peuvent également correspondre à la prise de décisions clés concernant la défense et la protection des actifs incorporels, ainsi que le contrôle de qualité courant relatif aux fonctions exercées par des entreprises indépendantes ou associées pouvant avoir un effet sensible sur la valeur de l'actif incorporel considéré. Ces fonctions importantes contribuent généralement de manière significative

à la création de valeur incorporelle et, si ces fonctions importantes sont externalisées par le propriétaire légal dans le cadre de transactions entre entreprises associées, l'exercice de ces fonctions doit être rémunéré au moyen d'une part appropriée des revenus tirés par le groupe d'entreprises multinationales considéré de l'exploitation des actifs incorporels.

6.57. Dans la mesure où il peut être difficile de trouver des transactions comparables portant sur l'externalisation de ces fonctions importantes, il peut être nécessaire d'utiliser des méthodes de détermination des prix de transfert qui ne sont pas directement fondées sur des comparables, notamment des méthodes transactionnelles de partage des bénéfices et des techniques d'évaluation *ex ante*, afin de rémunérer de manière appropriée l'exercice de ces fonctions importantes. Lorsque le propriétaire légal externalise l'essentiel ou la totalité de ces fonctions importantes à d'autres membres du groupe d'entreprises multinationales considéré, l'attribution d'une quelconque part des revenus tirés de l'exploitation des actifs incorporels concernés, après avoir rémunéré les autres membres du groupe pour leurs fonctions doit être soigneusement réfléchi en tenant compte des fonctions effectives qu'elles exercent, des actifs qu'elles utilisent et des risques qu'elles assument selon les principes de la section D.1.2 du chapitre I. Les exemples 16 et 17 de l'annexe I au chapitre VI illustrent les principes énoncés dans ce paragraphe.

6.58. Dans la mesure où les fonctions importantes décrites au paragraphe 6.56 contribuent souvent à la gestion des fonctions exercées, actifs utilisés et risques assumés qui sont essentiels pour la réussite de la mise au point, de l'amélioration, de l'entretien, de la protection ou de l'exploitation d'actifs incorporels, et sont par conséquent cruciales pour la création de valeur incorporelle, il est nécessaire d'évaluer avec soin les transactions entre les parties qui exercent ces fonctions importantes et les autres entreprises associées. Une méthode unilatérale de détermination des prix de transfert sera nettement moins fiable si la partie (ou les parties) exerçant une part significative de ces fonctions importantes est la partie testée. Voir l'exemple 6.

B.2.2. Utilisation d'actifs

6.59. Les membres du groupe d'entreprises multinationales qui utilisent des actifs dans le cadre du développement, de l'amélioration, de l'entretien, de la protection ou de l'exploitation d'un actif incorporel doivent recevoir en conséquence une rémunération appropriée. Il peut s'agir, sans que cette liste soit limitative, d'actifs incorporels utilisés dans le cadre d'activités de recherche, de mise au point ou de commercialisation (tels que du savoir-faire, des relations avec la clientèle, etc.), d'actifs corporels ou de financements. Un membre d'un groupe d'entreprises multinationales peut financer tout ou partie des fonctions de mise au point, d'amélioration, d'entretien et de protection d'un actif incorporel, tandis qu'un ou plusieurs autres membres exercent toutes les

fonctions considérées. Lors de l'évaluation du rendement anticipé approprié de ce financement dans de telles circonstances, il convient de prendre en compte le fait que, dans le cadre de transactions de pleine concurrence, une partie qui apporte des fonds mais ne contrôle pas les risques, ni n'exerce aucune autre fonction liée à l'activité financée ou à l'actif en question, ne bénéficie généralement pas d'un rendement anticipé équivalent à celui d'un investisseur dont la situation est similaire mais qui exerce et contrôle également des fonctions importantes et contrôle des risques importants associés à l'activité financée. La nature et le montant de la rémunération attribuable à une entité qui assume uniquement des coûts liés à des actifs incorporels doit être déterminée sur la base de tous les faits pertinents, et doit correspondre à la rémunération qui serait versée dans le cadre de montages financiers similaires entre des entités indépendantes sous réserve que de tels montages puissent être identifiés. Voir les principes de la section D.1.2.1.6 du chapitre I, et particulièrement l'exemple 3 des paragraphes 1.85 et 1.103, qui illustrent une situation où des parties fournissant le financement ne contrôlent pas le risque financier associé au financement.

6.60. Le financement et la prise de risques sont intrinsèquement liés au sens où le financement coïncide souvent avec la prise de certains risques (par exemple, une partie qui apporte des fonds et qui assume contractuellement le risque de les perdre). La nature et la part du risque assumé variera cependant selon les caractéristiques économiquement pertinentes de la transaction. Le risque sera, par exemple, inférieur lorsque la partie à laquelle le financement est accordé a une solvabilité élevée, lorsque des actifs sont engagés, ou lorsque l'investissement financé est à faible risque, par rapport à un risque plus élevé lorsque la solvabilité est inférieure, que le financement n'est pas garanti, ou que l'investissement financé est à haut risque. En outre, plus le montant des fonds fournis est important, plus l'impact potentiel du risque sur le fournisseur du financement est important.

6.61. Selon les principes de la section D.1.2 du chapitre I, la première étape d'une analyse des prix de transfert relative aux risques consiste à identifier les risques économiquement significatifs et leur spécificité. Lors de l'identification des risques spécifiques liés à un investissement, il est important de distinguer les risques financiers liés au financement fournis pour les investissements des risques opérationnels liés aux activités opérationnelles pour lesquelles le financement est utilisé, notamment le risque de développement lorsque le financement sert au développement d'un actif incorporel. Lorsqu'une partie qui fournit un financement exerce un contrôle du risque financier associé à l'octroi de ce financement, sans prise en charge ni contrôle d'un autre risque spécifique, elle ne pourra s'attendre généralement qu'à un rendement corrigé des risques de son financement.

6.62. Les accords contractuels déterminent généralement les conditions de la transaction de financement, clarifiées ou précisées par les caractéristiques économiques de la transaction dont témoigne le comportement des parties⁵. Le rendement qui serait généralement attendu par le bailleur de fonds devrait être égal à un rendement approprié, corrigé des risques. Ce rendement peut être déterminé, par exemple, en fonction du coût du capital ou du rendement de solutions de remplacement réalistes présentant des caractéristiques économiques comparables. Lors de la détermination du rendement approprié des activités de financement, il est important de tenir compte des options de financement réalistes qui s'offrent à la partie qui reçoit les fonds. Il peut y avoir une différence entre le rendement escompté par le bailleur de fonds sur une base *ex ante* et le rendement effectif reçu sur une base *ex post*. Par exemple, lorsque le bailleur de fonds accorde un prêt à un taux d'intérêt fixe, la différence entre le rendement effectif et le rendement escompté tiendra compte du risque relatif au fait que l'emprunteur ne puisse pas s'acquitter d'une partie ou de la totalité des paiements dus.

6.63. L'étendue et le type d'activités qui seront nécessaires pour exercer un contrôle du risque financier lié à l'octroi du financement dépendront du niveau de risque lié à l'investissement pour le bailleur de fonds, en tenant compte de la somme d'argent en jeu et de l'investissement pour lequel ce financement est utilisé. Conformément à la définition du contrôle mentionnée aux paragraphes 1.65 et 1.66 de ces Principes, l'exercice du contrôle d'un risque financier spécifique implique la capacité à prendre les décisions pertinentes relatives à l'opportunité porteuse de risque, en l'occurrence l'octroi du financement, ainsi que l'exercice effectif de ces fonctions de prise de décisions. En outre, la partie qui assure le contrôle du risque financier doit exercer les activités indiquées aux paragraphes 1.65 et 1.66 en rapport avec les activités quotidiennes d'atténuation des risques liés à ces risques lorsque ces dernières sont externalisées et en rapport avec tout travail préparatoire nécessaire pour faciliter la prise de décisions si elle n'exerce pas ces activités elle-même.

6.64. Lorsque le financement fourni à une partie est consacré au développement d'un actif incorporel, les décisions pertinentes de saisir, d'éviter ou de rejeter une opportunité porteuse de risque et les décisions de répondre aux risques associés à cette opportunité, et selon quelles modalités, sont des décisions liées à l'octroi du financement et aux conditions de la transaction. Selon les faits et circonstances, de telles décisions peuvent dépendre de l'évaluation de la solvabilité de la partie qui reçoit les fonds et de l'évaluation

5. Des principes complémentaires seront fournis concernant les caractéristiques économiquement significatives pour la détermination des conditions de pleine concurrence des transactions financières, y compris lorsque le financement est utilisé pour le financement de projet, notamment pour investir dans le développement d'actifs incorporels. Ces travaux seront réalisés en 2016 et 2017.

de l'impact possible des risques liés au projet de développement sur les attentes en matière de rendement du financement octroyé ou du financement supplémentaire exigé. Les conditions sous-jacentes à l'octroi du financement peuvent comprendre la possibilité d'associer les décisions de financement aux principales décisions de développement qui ont un impact sur le rendement du financement. Par exemple, il peut être nécessaire de prendre des décisions sur la nécessité de passer à l'étape suivante du projet ou d'autoriser des investissements dans des actifs coûteux. Plus le risque de développement est élevé et plus le risque financier est étroitement lié au risque de développement, plus le bailleur de fonds devra avoir la capacité d'évaluer la progression du développement de l'actif incorporel et les conséquences de cette progression sur l'obtention du rendement escompté du financement et plus le bailleur de fonds pourra lier étroitement la poursuite de l'octroi du financement aux principaux développements opérationnels pouvant avoir un impact sur son risque financier. Le bailleur de fonds devra avoir la capacité d'effectuer des évaluations relatives à la poursuite de l'octroi du financement et devra procéder effectivement à ces évaluations, dont il devra tenir compte par la suite pour prendre effectivement des décisions pertinentes sur l'octroi du financement.

B.2.3. Prise en charge de risques

6.65. Les types de risques particuliers pouvant avoir une importance dans le cadre d'une analyse fonctionnelle relative à des transactions portant sur des actifs incorporels sont (i) les risques liés à la mise au point d'actifs incorporels, notamment le risque que des activités coûteuses de recherche-développement ou de commercialisation ne débouchent sur un échec ou selon le moment où cet investissement a lieu (que celui-ci intervienne à un stade précoce, à mi-parcours du processus d'élaboration, ou à un stade tardif aura un impact sur le niveau du risque d'investissement sous-jacent); (ii) le risque d'obsolescence des produits, notamment la possibilité que les progrès technologiques réalisés par des concurrents aient un effet préjudiciable sur la valeur des actifs incorporels considérés; (iii) le risque d'atteinte aux droits sur des actifs incorporels, notamment le risque que la défense des droits sur les actifs incorporels considérés ou la défense contre des allégations d'atteintes émanant de tierces parties ne s'avère chronophage, coûteuse et/ou infructueuse; (iv) les risques découlant de la responsabilité du fait des produits et risques similaires liés aux biens et services fondés sur les actifs incorporels considérés; et (v) les risques d'exploitation et incertitudes liés aux revenus générés par les actifs incorporels considérés. L'existence et le niveau de ces risques dépend des faits et circonstances de chaque cas d'espèce, ainsi que de la nature de l'actif incorporel concerné.

6.66. L'identité du membre (ou des membres) du groupe d'entreprises multinationales considéré qui assume les risques liés à la mise au point,

à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation d'actifs incorporels constitue un élément important à prendre en compte pour déterminer les prix de transactions contrôlées. La prise en charge des risques détermine quelle entité (ou entités) supportera les conséquences si le risque se matérialise. La délimitation précise de la transaction contrôlée, sur la base des principes de la section D.1 du chapitre I, peut permettre de déterminer si les risques sont assumés par le propriétaire légal ou par d'autres membres du groupe. Ces derniers doivent alors recevoir une compensation au titre de leurs contributions à cet égard.

6.67. Les principes de la section D.1.2 du chapitre I s'appliquent au moment de déterminer quel membre (ou membres) du groupe assume les risques liés aux actifs incorporels. Les étapes 1 à 5 du processus d'analyse des risques dans une transaction contrôlée exposé au paragraphe 1.60 devraient particulièrement être suivis pour déterminer quelle partie doit assumer les risques liés à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation d'actifs incorporels.

6.68. Il est particulièrement important de s'assurer que le membre (ou les membres) du groupe d'entreprises multinationales considéré qui prétend à des revenus au titre de la prise en charge de risques assume effectivement la responsabilité des actions à entreprendre et des coûts à supporter en cas de matérialisation des risques considérés. Si, tel que le détermine le cadre d'analyse du risque au paragraphe 1.60 de ces lignes directrices, les coûts sont à la charge d'une entreprise associée autre que celle assumant le risque, ou que des actions sont menées par celle-ci, le prix de transfert doit alors être ajusté afin que les coûts soient affectés à la partie assumant le risque et que l'autre entreprise associée soit convenablement rémunérée pour toutes les activités entreprises dans le cadre de la matérialisation du risque. L'exemple 7 qui figure à l'annexe I au chapitre VI illustre ce principe.

B.2.4. Revenus ex post effectifs

6.69. Il est assez courant que la rentabilité effective (*ex post*) diffère de la rentabilité anticipée (*ex ante*). Cela peut être la conséquence d'une matérialisation du risque différente de celle anticipée, et ce par l'émergence de faits imprévisibles. Ainsi, il peut arriver qu'un produit compétitif soit retiré du marché, qu'une catastrophe naturelle ait lieu sur un marché essentiel, qu'un actif essentiel dysfonctionne pour des raisons imprévues, ou qu'une percée technologique de la part d'un concurrent ait pour effet de rendre obsolètes ou moins désirables les produits fondés sur l'actif incorporel considéré. Il peut également arriver que les prévisions financières, sur lesquelles reposent les calculs des revenus *ex ante* et les dispositions de rémunération, aient correctement pris en compte les risques et la probabilité que des événements prévisibles surviennent, et que les différences entre les chiffres réels et

anticipés de la rentabilité reflètent le jeu de ces risques. Enfin, il peut arriver que ces projections financières ne prennent pas suffisamment en compte les risques des différents résultats qui se produisent et qu'elles donnent alors lieu à une surestimation ou une sous-estimation des bénéfices attendus. Dans ces circonstances, la question se pose de savoir si, et si oui comment, les bénéfices ou pertes doivent être répartis entre les membres d'un groupe d'entreprises multinationales ayant contribué à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation de l'actif incorporel considéré.

6.70. Pour répondre à cette question, il faut procéder à une analyse minutieuse visant à déterminer quelle entité (ou entités) du groupe d'entreprises multinationales assume en fait les risques économiquement significatifs tels qu'ils ont été identifiés au moment de déterminer la transaction (voir la section D.1 du chapitre I). Comme l'indique ce cadre d'analyse, la partie assumant effectivement les risques économiquement significatifs peut être ou non l'entreprise associée qui assume contractuellement ces risques, tel que le propriétaire légal de l'actif incorporel considéré, ou peut être ou non le bailleur de fonds de l'investissement. Une partie qui ne se voit pas affectée les risques qui donnent lieu à l'écart entre les résultats prévus et les résultats réels, dans le cadre des principes des sections D.1.2.1.4 à D.1.2.1.6 du chapitre I, n'aura pas droit à la différence entre les bénéfices réels et prévus, ou à supporter les pertes causées par ces différences, si ce risque se matérialise, à moins que ces parties n'accomplissent les fonctions importantes indiquées au paragraphe 6.56 ou qu'elles contribuent au contrôle des risques économiquement significatifs fixés au paragraphe 1.105. Il est par ailleurs déterminé que la rémunération de pleine concurrence au titre de ces fonctions inclue un élément de partage des profits. En outre, il faut se demander si la rémunération *ex ante* versée aux membres du groupe d'entreprises multinationales pour les fonctions qu'ils exercent, les actifs qu'ils utilisent et les risques qu'ils assument est effectivement conforme au principe de pleine concurrence. Il convient également de vérifier, par exemple, si le groupe a en fait sous-estimé ou surestimé les bénéfices anticipés, entraînant le versement de paiements insuffisants ou de trop-perçus (déterminés sur une base *ex ante*) à certains membres du groupe au titre de leur contribution. Les transactions dont la valorisation est hautement incertaine au moment de la transaction sont particulièrement sensibles à une telle sous-estimation ou surestimation. Ce point est exposé plus en détail dans la section D.4.

B.2.5. Quelques conséquences de l'application des sections B.1 et B.2

6.71. En substance, si le propriétaire légal d'un actif incorporel :

- exerce et contrôle toutes les fonctions (y compris les fonctions importantes décrites au paragraphe 6.56) liées à la mise au point, à

l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation de cet actif incorporel ;

- fournit tous les actifs, y compris les fonds, nécessaires à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation de l'actif incorporel considéré ; et
- assume tous les risques liés à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation de l'actif incorporel en question,

il est alors en droit de recevoir la totalité des revenus anticipés, *ex ante*, qui devraient être tirés par le groupe d'entreprises multinationales concerné de l'exploitation de cet actif incorporel. Pour autant qu'un ou plusieurs membres de ce groupe d'entreprises multinationales autres que le propriétaire légal exercent des fonctions, utilisent des actifs ou assument des risques liés à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection ou à l'exploitation de l'actif incorporel considéré, ces entreprises associées doivent obtenir une compensation sur la base d'une rémunération de pleine concurrence au titre de leurs contributions. Cette rémunération peut, suivant les faits et circonstances, constituer la totalité ou une part importante des revenus escomptés de l'exploitation de l'actif incorporel considéré.

6.72. Le droit d'un membre du groupe d'entreprises multinationales concerné aux bénéfices ou pertes liés à des différences entre la rentabilité effective (*ex post*) et une bonne estimation de la rentabilité anticipée (*ex ante*), dépendra de l'entité ou des entités du groupe d'entreprises multinationales assumant les risques tels qu'ils ont été identifiés au moment de l'identification de la transaction (voir la section D.1 du chapitre I). Cela dépendra également de l'entité ou des entités qui exercent les fonctions les plus importantes, tel que le souligne le paragraphe 6.56, ou qui contribuent au contrôle des risques économiques les plus significatifs, tel que le souligne le paragraphe 1.105, et pour lesquelles il est établi qu'une rémunération de pleine concurrence pour ces fonctions peut inclure un élément de partage des bénéfices.

B.3. Identifier et déterminer les prix et autres conditions des transactions contrôlées

6.73. La réalisation de l'analyse décrite dans la section D.1 du chapitre I, complétée par le présent chapitre, devrait faciliter une évaluation claire de la propriété légale des actifs incorporels ainsi que des fonctions, actifs et risques associés à ces actifs, et une identification précise des transactions dont les prix et autres conditions doivent être déterminés. En règle générale, les transactions identifiées par le groupe d'entreprises multinationales considéré dans les documents d'immatriculation et contrats pertinents sont celles dont les prix et autres conditions doivent être déterminés suivant le principe de

pleine concurrence. Néanmoins, l'analyse peut révéler que des transactions s'ajoutant aux transactions décrites dans les documents d'immatriculation et contrats, ou différentes de ces transactions, ont en fait eu lieu. Conformément à la section D.I du chapitre I, les transactions (et leurs véritables conditions) devant être analysées sont celles dont il est établi qu'elles ont eu lieu sur la base du comportement effectif des parties et des autres faits pertinents.

6.74. Il convient de déterminer les prix de pleine concurrence et les autres conditions des transactions suivant les principes qui figurent aux chapitres I à III, en tenant compte des contributions à la valeur incorporelle anticipée des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés au moment où ces fonctions sont exercées, ces actifs utilisés et ces risques assumés, comme indiqué dans la section B de ce chapitre. La section D fournit des principes supplémentaires sur les méthodes d'établissement des prix de transfert et autres dispositions applicables pour déterminer les prix de pleine concurrence et autres conditions des transactions portant sur des actifs incorporels.

B.4. Application des principes précédents à des scénarios spécifiques

6.75. Les principes énoncés dans cette section B doivent être appliqués dans diverses situations liées au développement, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation d'actifs incorporels. Une considération essentielle dans chaque cas est que les entreprises associées contribuant à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection ou à l'exploitation d'actifs incorporels dont un autre membre du groupe d'entreprises multinationales considéré est le propriétaire légal doivent recevoir une rémunération de pleine concurrence au titre des fonctions qu'ils exercent, des risques qu'ils assument et des actifs qu'ils utilisent. Pour déterminer si les entreprises associées qui exercent des fonctions ou assument des risques liés à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation d'actifs incorporels ont reçu en conséquence une rémunération de pleine concurrence, il est nécessaire d'examiner (i) l'ampleur et la nature des activités entreprises et (ii) le montant et la forme de la rémunération payée. Pour déterminer si la rémunération fournie dans le cadre de la transaction contrôlée est conforme au principe de pleine concurrence, il faut se référer à l'ampleur et à la nature des activités d'entités indépendantes comparables exerçant des fonctions similaires, à la rémunération reçue par des entités indépendantes comparables exerçant des fonctions similaires, et à la création anticipée de valeur incorporelle par des entités indépendantes comparables exerçant des fonctions similaires. Cette section décrit l'application de ces principes dans des scénarios courants.

B.4.1. Développement et amélioration d'actifs incorporels de commercialisation

6.76. Une situation courante dans laquelle ces principes doivent être appliqués se présente lorsqu'une entreprise associée avec le propriétaire légal d'une marque de fabrique exerce des fonctions de commercialisation ou de vente dont bénéficie le propriétaire légal de la marque en question, par exemple dans le cadre d'un accord de commercialisation ou d'un accord de distribution/commercialisation. Dans ce cas de figure, il est nécessaire de déterminer comment l'entité chargée de la commercialisation ou de la distribution doit être rémunérée pour ses activités. Une question importante est de savoir si l'entité chargée de la commercialisation/distribution doit être rémunérée uniquement pour avoir fourni des services de promotion et de distribution, ou si elle doit également être rémunérée pour avoir accru la valeur de la marque de fabrique considérée et d'autres actifs incorporels de commercialisation grâce aux fonctions qu'elle a exercées, aux actifs qu'elle a utilisés et aux risques qu'elle a assumés.

6.77. L'analyse de ce point passe par une évaluation (i) des obligations et droits découlant des enregistrements légaux et des accords conclus entre les parties; (ii) des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés par les parties; (iii) de la création de valeur incorporelle anticipée qui devrait résulter des activités de l'entité chargée de la commercialisation/distribution; et (iv) de la rémunération fournie pour les fonctions exercées par l'entité chargée de la commercialisation/distribution (compte tenu des actifs utilisés et des risques assumés). La situation est relativement claire lorsqu'un distributeur intervient uniquement en tant qu'agent, le propriétaire de la marque de fabrique et des autres actifs incorporels de commercialisation considérés lui remboursant ses dépenses promotionnelles tout en dirigeant et contrôlant ses activités. Dans ce cas, le distributeur a généralement droit uniquement à une rémunération correspondant à ses activités d'agent. Il n'assume pas les risques associés à la poursuite de la valorisation de la marque de fabrique et des autres actifs incorporels de commercialisation considérés, et il n'aura donc droit à aucune rémunération complémentaire à cet égard.

6.78. Lorsque le distributeur supporte effectivement le coût de ses activités de commercialisation (par exemple en l'absence de toute disposition prévoyant le remboursement des dépenses en cause par le propriétaire légal), l'analyse doit viser à déterminer dans quelle mesure le distributeur peut bénéficier d'une fraction des avantages potentiels découlant des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés actuellement ou dans l'avenir par ce distributeur. En règle générale, dans le cadre de transactions de pleine concurrence, la capacité d'une partie qui n'est pas le propriétaire légal d'une marque de fabrique et d'autres actifs incorporels de commercialisation de bénéficier des avantages découlant d'activités de commercialisation qui

accroissent la valeur de ces actifs incorporels sera principalement fonction de la nature des droits de cette partie. Par exemple, un distributeur pourra bénéficier des avantages découlant des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés par lui pour renforcer la valeur d'une marque de fabrique et d'autres actifs incorporels de commercialisation, en termes de chiffre d'affaires et de part de marché, s'il a conclu un contrat à long terme de distribution exclusive du produit de marque considéré. Dans une telle situation, il est possible que les efforts déployés par le distributeur aient accru la valeur de ses propres actifs incorporels, à savoir ses droits de distribution. Il convient alors de déterminer la part des avantages considérés revenant au distributeur sur la base de ce qu'un distributeur indépendant obtiendrait dans des circonstances comparables. Dans certains cas, un distributeur peut exercer des fonctions, utiliser des actifs ou assumer des risques allant au-delà de ce qu'un distributeur indépendant ayant des droits similaires pourrait supporter ou réaliser pour ses propres activités de distribution, et qui créent une valeur supérieure à celle créée par d'autres entités de commercialisation / distribution en situation similaire. En pareil cas, un distributeur indépendant demandera généralement une rémunération supplémentaire au propriétaire de la marque de fabrique ou des autres actifs incorporels considérés. Une telle rémunération peut prendre la forme d'une hausse des bénéfices tirés des activités de distribution (résultant d'une diminution du prix d'achat du produit considéré), d'une réduction du taux de la redevance, ou d'une part des bénéfices liés à l'augmentation de la valeur de la marque de fabrique et des autres actifs incorporels considérés, l'objectif étant de rémunérer le distributeur au titre de ses fonctions, actifs et risques, et de la création de valeur anticipée. Les exemples 8 à 13 figurant à l'annexe I au chapitre VI illustrent de façon plus détaillée l'application de la présente section B dans le contexte des accords de commercialisation et de distribution.

B.4.2. Dispositions relatives à la recherche-développement et à l'amélioration des procédés

6.79. Les principes énoncés dans les paragraphes précédents s'appliquent également aux situations dans lesquelles des fonctions de recherche-développement sont exercées par un membre d'un groupe d'entreprises multinationales en vertu de dispositions contractuelles conclues avec une entreprise associée qui est le propriétaire légal des actifs incorporels pouvant résulter de ces activités. La rémunération appropriée des services de recherche dépendra de tous les faits et circonstances du cas d'espèce, notamment du fait de savoir si l'équipe de recherche possède une expérience et des qualifications sans équivalent au regard des activités de recherche considérées, si elle assume des risques (compte tenu, par exemple, du lieu où est réalisée la recherche fondamentale), si elle utilise ses propres actifs incorporels, ou si elle est contrôlée et gérée par une autre partie. Une rémunération égale au

remboursement des dépenses augmenté d'une marge modeste ne correspondra pas à la valeur anticipée ni au prix de pleine concurrence des contributions de cette équipe de recherche dans tous les cas de figure.

6.80. Les principes énoncés dans la présente section s'appliquent également aux situations dans lesquelles un membre d'un groupe d'entreprises multinationales fournit des services de fabrication susceptibles de déboucher sur des améliorations de procédé ou de produit au nom d'une entreprise associée qui assumera la propriété légale de ces améliorations de procédé ou de produit. Les exemples 14 à 17 qui figurent à l'annexe I au chapitre VI illustrent de manière plus détaillée l'application de la présente section B dans le contexte des dispositions relatives à la recherche-développement.

B.4.3. Paiements pour l'utilisation du nom d'une société

6.81. Des questions se posent souvent concernant la rémunération de pleine concurrence à verser au titre de l'utilisation des noms de groupe, noms commerciaux et autres actifs incorporels similaires. Il convient de trancher ces questions sur la base des principes énoncés dans la présente section B et des facteurs commerciaux et juridiques en jeu. De manière générale, aucun paiement ne sera reconnu aux fins de la détermination de prix de transfert au titre de la simple prise en compte de l'appartenance à un groupe d'entreprises multinationales, ou d'une utilisation du nom du groupe considéré uniquement destinée à refléter l'appartenance à ce groupe. Voir le paragraphe 7.12.

6.82. Dès lors qu'un membre du groupe d'entreprises multinationales considéré est le propriétaire d'une marque de fabrique ou d'un autre actif incorporel au nom du groupe, et que l'utilisation de ce nom confère un avantage financier à des membres du groupe autres que celui qui est légalement propriétaire de l'actif incorporel considéré, il est raisonnable d'en conclure que cette utilisation aurait donné lieu à un paiement dans le cadre d'une transaction de pleine concurrence. De même, un tel paiement peut être approprié dès lors qu'un membre du groupe possède des éléments de survaleur concernant une activité représentée par une marque de fabrique non déposée, que l'utilisation de cette marque de fabrique par une autre partie constituerait une représentation trompeuse, et que l'utilisation de cette marque de fabrique procure un avantage financier évident à un membre du groupe autre que celui qui possède les éléments de survaleur et la marque de fabrique non déposés en question.

6.83. Pour déterminer le montant du paiement relatif à un nom de groupe, il importe de prendre en considération le montant de l'avantage financier que représente l'utilisation de ce nom pour son utilisateur, les coûts et avantages associés à d'autres options, et les contributions relatives à la valeur de ce nom du propriétaire légal, d'une part, et de l'entité utilisant ce nom, d'autre part, sous la forme de fonctions exercées, d'actifs utilisés et de risques assumés. Il

convient d'examiner avec soin les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques assumés par l'utilisateur du nom considéré qui concourent à créer ou accroître la valeur de ce nom dans sa juridiction. Les facteurs qui joueraient un rôle important dans le cadre d'une concession sous licence de ce nom à une entreprise indépendante dans des circonstances comparables, en application des principes énoncées dans les chapitres I à III, doivent être pris en compte.

6.84. Dès lors qu'une entreprise existante et florissante est acquise par une autre entreprise, et que la première commence à utiliser un nom, une marque de fabrique ou un autre élément de marque faisant référence à la seconde, il ne faut pas partir du principe que cette utilisation doit donner lieu à un paiement. Si l'on peut raisonnablement s'attendre à ce que l'entreprise achetée tire un avantage financier de l'utilisation de la marque de l'entreprise acquéreuse, le montant d'un éventuel paiement doit être déterminé en fonction du niveau de cet avantage anticipé.

6.85. Il peut également arriver que l'entreprise acquéreuse mette à profit la position occupée par l'entreprise achetée pour développer ses propres activités sur le territoire où opère cette dernière, en l'amenant à utiliser sa marque. Dans ce cas, il convient de se demander si l'acquéreur doit effectuer un paiement à l'entreprise achetée, ou la rémunérer de quelque autre manière que ce soit, pour les fonctions exercées, les risques assumés et les actifs utilisés (y compris sa position sur le marché) en rapport avec l'utilisation accrue du nom de l'acquéreur.

C. Transactions portant sur l'utilisation ou le transfert d'actifs incorporels

6.86. Aux fins de la détermination des prix de transfert, il est non seulement nécessaire d'identifier avec précision les actifs incorporels concernés dans chaque cas d'espèce, et d'identifier le propriétaire de ces actifs, mais il faut aussi identifier et qualifier correctement, au début de toute analyse de prix de transfert portant sur des actifs incorporels, les transactions contrôlées qui ont spécifiquement trait à ces actifs. Il convient d'appliquer les principes du chapitre I pour identifier et qualifier les transactions se rapportant à l'utilisation ou au transfert d'actifs incorporels. Outre les principes relatifs à l'identification de la transaction (section D.1 du chapitre I) et aux réorganisations d'entreprises (chapitre IX, en particulier la partie I), la section C du présent chapitre décrit des scénarios typiques qui peuvent être utiles pour déterminer si une transaction fait intervenir des actifs incorporels ou des droits sur des actifs incorporels. Voir l'exemple 19. La qualification d'une transaction aux fins de la détermination de prix de transfert est sans conséquence pour les éléments devant être déterminés en vertu de l'article 12 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE. Voir par exemple les paragraphes 8 à 19 du Commentaire de l'article 12 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE.

6.87. Il existe deux grandes catégories de transactions pour lesquelles l'identification et l'examen des actifs incorporels seront utiles aux fins de la détermination de prix de transfert. Il s'agit (i) des transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels et (ii) des transactions portant sur l'utilisation d'actifs incorporels en relation avec la vente de biens ou la fourniture de services.

C.1. Transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels

C.1.1. Transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels

6.88. Les droits sur des actifs incorporels eux-mêmes peuvent être transférés dans le cadre de transactions contrôlées. Ces transactions peuvent porter sur le transfert de tous les droits sur l'actif incorporel considéré (par exemple, une vente de cet actif incorporel ou la concession d'une licence exclusive d'utilisation perpétuelle de l'actif en question) ou de certains droits uniquement (par exemple, une concession de licence ou un transfert similaire de droits limités d'utilisation d'un actif incorporel, pouvant faire l'objet de restrictions géographiques, d'une limitation de durée ou de restrictions relatives au droit d'utiliser cet actif, de l'exploiter, de le reproduire, de le transférer à nouveau ou de poursuivre sa mise au point). Il convient d'appliquer les principes énoncés aux chapitres I à III aux transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels. Des principes complémentaires concernant la détermination des conditions de pleine concurrence pour ce type de transactions figurent également dans les sections D.1, D.2 et D.3 du présent chapitre.

6.89. Dans le cadre des transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels, il est essentiel d'identifier avec précision la nature des actifs incorporels ou des droits sur des actifs incorporels qui sont transférés entre des entreprises associées. Lorsque les droits transférés font l'objet de limitations, il est également essentiel de déterminer la nature de ces limitations et toute l'étendue des droits transférés. Il convient de noter à cet égard que les qualifications retenues pour les transactions ne sont aucunement déterminantes pour l'analyse des prix de transfert. Ainsi, dans le cas d'un transfert du droit exclusif d'exploitation d'un brevet dans le pays X, la décision du contribuable de qualifier cette transaction soit de vente de la totalité des droits de brevet dans le pays X, soit de concession de licence exclusive d'utilisation perpétuelle d'une partie des droits de licence mondiaux, n'a pas d'incidence sur la détermination du prix de pleine concurrence si, dans l'un ou l'autre cas, la transaction dont le prix est établi est un transfert de droits exclusifs d'exploitation du brevet dans

le pays X au cours de sa durée d'utilité résiduelle. Par conséquent, l'analyse fonctionnelle doit permettre de déterminer avec précision la nature des droits transférés sur des actifs incorporels.

6.90. Les restrictions imposées dans le cadre d'accords de licence ou d'accords similaires concernant l'utilisation d'un actif incorporel pour la mise au point de nouveaux actifs incorporels ou de nouveaux produits faisant appel à cet actif incorporel revêtent souvent une importance considérable dans une analyse de prix de transfert. Il importe donc, pour déterminer la nature d'un transfert de droits sur des actifs incorporels, de se demander si le cessionnaire reçoit le droit d'utiliser l'actif incorporel transféré aux fins de nouvelles activités de recherche-développement. Dans le cadre de transactions entre des entreprises indépendantes, il arrive qu'en vertu des dispositions adoptées, le cédant/donneur de licence conserve l'intégralité des droits sur les éventuelles améliorations de l'actif incorporel concédé sous licence qui pourraient avoir lieu au cours de la durée de la licence. On observe également des transactions entre entreprises indépendantes dans le cadre desquelles le cessionnaire/preneur de licence conserve les droits sur les éventuelles améliorations qu'il est susceptible de réaliser, soit pour la durée de la licence, soit de manière perpétuelle. La nature des éventuelles limitations concernant la poursuite de la mise au point des actifs incorporels transférés, ou la capacité du cessionnaire et du cédant de tirer un avantage économique de telles améliorations, peut avoir une incidence sur la valeur des droits transférés et la comparabilité de deux transactions portant par ailleurs sur des actifs incorporels identiques ou étroitement comparables. Ces limitations doivent être évaluées à la fois à la lumière des dispositions écrites des accords conclus et du comportement effectif des parties concernées.

6.91. Il convient d'appliquer les dispositions de la section D.1.1 du chapitre I pour déterminer la nature exacte d'une transaction portant sur un transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels, pour déterminer la nature des actifs incorporels éventuellement transférés, et pour identifier les éventuelles limitations imposées par les conditions du transfert concernant l'utilisation des actifs incorporels en question. Ainsi, même s'il est spécifié par écrit qu'une licence est non exclusive ou d'une durée limitée, l'administration fiscale ne devra pas nécessairement respecter cette spécification si celle-ci ne concorde pas avec le comportement des parties. L'exemple 18 qui figure à l'annexe I au chapitre VI illustre les dispositions de ce paragraphe.

C.1.2. Transferts de combinaisons d'actifs incorporels

6.92. Des actifs incorporels (y compris des droits limités portant sur des actifs incorporels) peuvent être transférés séparément ou en combinaison avec d'autres actifs incorporels. L'examen des transactions portant sur le transfert d'une combinaison d'actifs incorporels soulève souvent deux questions liées.

6.93. La première porte sur la nature et les conséquences économiques des interactions entre différents actifs incorporels. Il peut arriver que certains actifs incorporels aient davantage de valeur en combinaison avec d'autres actifs incorporels que séparément. Il importe donc de déterminer la nature des interactions juridiques et économiques entre les actifs incorporels qui sont transférés conjointement.

6.94. Ainsi, un produit pharmaceutique est souvent associé à trois types d'actifs incorporels, voire davantage. Le principe actif peut être protégé par un ou plusieurs brevets. Ce produit a également fait l'objet de procédures d'essai, et un organisme public de réglementation a pu délivrer une autorisation de mise sur le marché du produit en question sur un marché géographique donné et pour des indications approuvées spécifiques, sur la base des essais réalisés. Le produit peut être commercialisé sous une marque de fabrique particulière. Combinés, ces actifs incorporels peuvent avoir une valeur extrêmement élevée. Isolément, un de ces actifs ou plusieurs peuvent avoir une valeur nettement plus faible. Ainsi, la marque de fabrique sans le brevet et l'autorisation réglementaire de mise sur le marché peut avoir une valeur limitée, étant donné que le produit considéré ne pourrait être vendu sans l'autorisation de mise sur le marché, et que des produits génériques concurrents ne pourraient être exclus du marché en l'absence du brevet. De même, la valeur du brevet peut être nettement plus élevée après l'obtention d'une autorisation réglementaire de mise sur le marché qu'en l'absence de cette autorisation. Les interactions entre ces actifs de catégories différentes, ainsi que la répartition des rôles entre les parties s'agissant de l'exécution des fonctions, de la prise en charge des risques et du financement des coûts associés à la protection des actifs incorporels considérés, constituent donc des éléments très importants à prendre en compte dans une analyse de prix de transfert concernant un transfert de ces actifs incorporels. Lorsque différentes entreprises associées détiennent des droits sur les actifs incorporels utilisés, il importe d'examiner leurs contributions relatives en termes de création de valeur.

6.95. La seconde question, liée à la première, tient à l'importance de veiller à ce que tous les actifs incorporels transférés dans le cadre d'une transaction particulière aient été identifiés. Il peut arriver, par exemple, que des actifs incorporels soient tellement interdépendants qu'il est fondamentalement impossible de transférer l'un sans transférer l'autre. De fait, il est fréquent que le transfert d'un actif incorporel passe nécessairement par celui d'autres actifs incorporels. Dans ce cas, il importe d'identifier tous les actifs incorporels mis à la disposition du cessionnaire en conséquence d'un transfert d'actifs incorporels, en appliquant les principes énoncés dans la section D.1 du chapitre I. Ainsi, le transfert de droits d'utilisation d'une marque de fabrique dans le cadre d'un accord de licence s'accompagne généralement de la concession sous licence de la valeur de notoriété, parfois qualifiée de survaleur, associée à cette marque de fabrique, sachant que cette survaleur a

été créée par le cédant. Tout droit de licence exigé devra être déterminé à la fois sur la base de la marque de fabrique et de la valeur de notoriété qui lui est associée. L'exemple 20 qui figure à l'annexe I au chapitre VI illustre les principes énoncés dans ce paragraphe.

6.96. Il importe d'identifier les situations dans lesquelles des contribuables ou des administrations fiscales peuvent tenter de dissocier artificiellement des actifs incorporels qui, pour des raisons de fond, ne seraient pas dissociés par des parties indépendantes dans des circonstances comparables. Ainsi, il convient d'identifier les tentatives de dissocier artificiellement une marque de fabrique ou un nom commercial de la survalueur ou de la valeur de notoriété qui est de fait associée à cette marque de fabrique ou à ce nom commercial, et de procéder à une analyse critique de ces tentatives. L'exemple 21 qui figure à l'annexe I au chapitre VI illustre les principes énoncés dans ce paragraphe.

6.97. Il convient de reconnaître que le processus d'identification de tous les actifs incorporels transférés dans le cadre d'une transaction particulière consiste à identifier, en se fondant sur les accords écrits pertinents et le comportement effectif des parties, les transactions effectives ayant eu lieu, en appliquant les principes énoncés dans la section D.1 du chapitre I.

C.1.3. Transferts d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels combinés à d'autres transactions commerciales

6.98. Dans certaines situations, des actifs incorporels ou des droits sur des actifs incorporels peuvent être transférés avec des actifs industriels ou commerciaux, ou avec des services. Il importe alors de déterminer si des actifs incorporels ont effectivement été transférés en relation avec la transaction considérée. Il importe également que tous les actifs incorporels transférés en relation avec une transaction particulière soient identifiés et pris en compte lors de l'analyse des prix de transfert. Les exemples 23 à 25 qui figurent à l'annexe I au chapitre VI illustrent les principes énoncés dans ce paragraphe.

6.99. Dans certaines situations, il peut s'avérer à la fois possible et approprié de dissocier les transactions relatives à des biens corporels ou des services des transferts d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels aux fins de la réalisation d'une analyse des prix de transfert. Dans ces situations, il convient de décomposer le prix d'un contrat global pour confirmer que chaque élément de la transaction est conforme au principe de pleine concurrence. Dans d'autres situations, des transactions peuvent être si étroitement liées qu'il sera difficile de dissocier les transactions relatives à des biens corporels ou des services des transferts d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels. La fiabilité des comparables disponibles constituera un facteur important à prendre en compte pour déterminer si des transactions doivent être combinées ou dissociées. Il importe en particulier de déterminer si les

comparables disponibles permettent une évaluation précise des interactions entre les transactions considérées.

6.100. L'existence d'un accord de franchise constitue une situation dans laquelle des transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels peuvent être combinées avec d'autres transactions. En vertu d'un accord de franchise, un membre d'un groupe d'entreprises multinationales peut accepter de fournir une combinaison de services et d'actifs incorporels à une entreprise associée en contrepartie d'une redevance unique. Si les services et les actifs incorporels fournis dans le cadre d'un tel accord sont suffisamment spécifiques pour qu'il soit impossible d'identifier des comparables fiables pour l'ensemble constitué par les services et les actifs incorporels en question, il peut s'avérer nécessaire de dissocier les différents éléments de cet ensemble de services et d'actifs incorporels, pour les examiner séparément aux fins de la détermination des prix de transfert. Il convient cependant de garder à l'esprit que les interactions entre divers actifs incorporels et services peuvent accroître leurs valeurs respectives.

6.101. Dans d'autres situations, la fourniture d'un service et le transfert d'un ou plusieurs actifs incorporels peuvent être si étroitement interdépendants qu'il est difficile de dissocier les transactions aux fins d'analyse des prix de transfert. Ainsi, certains transferts de droits sur des logiciels peuvent être combinés avec l'engagement du cédant de fournir des services de maintenance permanente des logiciels, qui peuvent inclure des mises à jour périodiques. Dans les situations où des services et des transferts d'actifs incorporels sont interdépendants, il peut être nécessaire de déterminer les prix de pleine concurrence sur une base globale.

6.102. Il convient de souligner que l'identification retenue pour la transaction considérée, à savoir la fourniture de biens ou services, le transfert d'actifs incorporels ou la combinaison des deux, n'impose pas nécessairement l'utilisation d'une méthode particulière de détermination des prix de transfert. Ainsi, l'application de la méthode du coût majoré ne conviendra pas à toutes les transactions relatives à des services, et les transactions relatives à des actifs incorporels ne nécessitent pas toutes des évaluations complexes ou l'application de la méthode du partage des bénéfices. Les faits de chaque cas d'espèce, et les résultats de l'analyse fonctionnelle requise, détermineront la façon dont les transactions sont combinées, identifiées et analysées aux fins de la détermination des prix de transfert, ainsi que la sélection de la méthode d'établissement des prix de transfert la plus appropriée au cas d'espèce. L'objectif visé *in fine* est de déterminer les prix et autres conditions pertinentes qui seraient fixés entre des entreprises indépendantes dans le cadre de transactions comparables.

6.103. En outre, il convient également de souligner que pour déterminer si des transactions doivent être combinées ou dissociées aux fins d'analyse,

il faut généralement identifier la transaction effectivement intervenue, sur la base des accords écrits ayant été conclus et du comportement effectif des parties concernées. L'identification de la transaction effectivement intervenue constitue une condition nécessaire pour déterminer la méthode d'établissement des prix de transfert la plus appropriée au cas d'espèce.

C.2. Transactions portant sur l'utilisation d'actifs incorporels en relation avec la vente de biens ou la fourniture de services

6.104. Des actifs incorporels peuvent être utilisés en relation avec des transactions contrôlées dans des situations où il n'y a pas de transfert de l'actif incorporel considéré ni des droits sur cet actif incorporel. Ainsi, des actifs incorporels peuvent être utilisés par une des parties à une transaction contrôlée, ou les deux, en relation avec la fabrication de biens vendus à une entreprise associée, en relation avec la commercialisation de biens achetés à une entreprise associée, ou en relation avec la prestation de services au nom d'une entreprise associée. La nature d'une telle transaction doit être clairement spécifiée, et tout actif incorporel pertinent utilisé par l'une ou l'autre des parties en relation avec cette transaction contrôlée doit être identifié et pris en compte dans le cadre de l'analyse de comparabilité, de la sélection et de l'application de la méthode de détermination des prix de transfert la plus appropriée à la transaction considérée, et du choix de la partie testée. Des principes supplémentaires concernant la détermination des conditions de pleine concurrence pour les transactions portant sur l'utilisation d'actifs incorporels en relation avec la vente de biens ou la prestation de services figurent dans les sections D.1 et D.4 du présent chapitre.

6.105. L'exemple suivant illustre la nécessité d'examiner l'utilisation d'actifs incorporels par une partie à une transaction contrôlée portant sur une vente de biens. Supposons qu'un constructeur automobile utilise des brevets exclusifs de valeur pour fabriquer des voitures, qu'il vend ensuite à des distributeurs associés. Supposons que ces brevets contribuent de manière importante à la valeur des véhicules automobiles en question. Ces brevets et leur contribution en termes de valeur doivent être identifiés et pris en compte dans le cadre de l'analyse de comparabilité de la transaction consistant en la vente des voitures par le constructeur automobile à ses distributeurs associés, de la sélection de la méthode de détermination des prix de transfert la plus appropriée à cette transaction, et de la sélection de la partie testée. Les distributeurs associés qui achètent les voitures n'acquièrent cependant aucun droit sur les brevets du constructeur. Dans ce cas, les brevets sont utilisés dans le cadre de l'activité de fabrication et peuvent influencer sur la valeur des véhicules automobiles, mais les brevets eux-mêmes ne sont pas transférés.

6.106. Un autre exemple permet d'illustrer l'utilisation d'actifs incorporels en relation avec une transaction contrôlée. Supposons qu'une société d'exploration

ait acquis ou élaboré des données et analyses géologiques de valeur, ainsi qu'un savoir-faire et un logiciel d'exploration complexe. Supposons en outre qu'elle utilise ces actifs incorporels pour fournir des services d'exploration à une entreprise associée. Ces actifs incorporels doivent être identifiés et pris en compte dans le cadre de l'analyse de comparabilité des transactions relatives à ces services entre la société d'exploration et l'entreprise associée, de la sélection de la méthode de détermination des prix de transfert la plus appropriée à la transaction considérée, et de la sélection de la partie testée. Si l'on suppose que l'entreprise associée à la société d'exploration n'acquiert aucun droit sur les actifs incorporels de ladite société, ces actifs incorporels sont utilisés pour la fourniture de services et peuvent influencer sur la valeur de ces services, mais ils ne sont pas transférés.

D. Principes supplémentaires pour déterminer les conditions de pleine concurrence dans le cas de transactions portant sur des actifs incorporels

6.107. Après avoir identifié les transactions portant sur des actifs incorporels, en identifiant expressément les actifs concernés, et avoir déterminé la ou les entités légalement propriétaires de ces actifs, ainsi que les entités apportant une contribution à la valeur de ceux-ci, il devrait être possible de déterminer les conditions de pleine concurrence pour les transactions considérées. Les prescriptions énoncées aux chapitres I à III des présents Principes devraient être appliquées pour déterminer les conditions de pleine concurrence dans le cas de transactions portant sur des actifs incorporels. En particulier, le processus en neuf étapes décrit au paragraphe 3.4 peut s'avérer utile pour déterminer les conditions de pleine concurrence dans le cas de telles transactions. Afin de conduire une analyse de comparabilité conformément aux principes du chapitre III et au processus décrit au paragraphe 3.4, il est essentiel de prendre en compte les principes exposés dans les sections A, B et C du présent chapitre VI.

6.108. Les principes exposés dans les chapitres I à III peuvent toutefois se révéler difficiles à appliquer lorsque les transactions contrôlées portent sur des actifs incorporels. Ces actifs peuvent présenter un caractère spécifique compliquant la recherche de comparables et, parfois, la détermination de la valeur au moment de la transaction. En outre, dans certains cas, des entreprises associées, pour des raisons commerciales tout à fait légitimes tenant aux liens existant entre elles, peuvent réaliser des transactions portant sur des actifs incorporels selon des modalités que des entreprises indépendantes n'envisageraient pas (voir paragraphe 1.11). L'utilisation ou le transfert d'actifs incorporels peut soulever des problèmes complexes concernant la comparabilité, le choix des méthodes de prix de transfert et la détermination des conditions de pleine concurrence pour les transactions.

La présente section D fournit des principes supplémentaires concernant l'application des principes exposés dans les chapitres I – III pour déterminer les conditions de pleine concurrence dans le cas de transactions portant sur des actifs incorporels.

6.109. La section D.1 présente des principes supplémentaires généraux concernant toutes les transactions portant sur des actifs incorporels. La section D.2 expose des principes supplémentaires particuliers destinés aux transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels. La section D.3 rassemble des principes supplémentaires concernant le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels dont la valeur est très incertaine au moment de la transaction. Enfin, la section D.4 fournit une approche pour la fixation du prix des actifs incorporels difficiles à valoriser et la section D.5 présente des principes supplémentaires relatifs aux transactions portant sur l'utilisation d'actifs incorporels en lien avec la vente de biens ou services sans transfert de droits sur ces actifs.

D.1. Principes généraux applicables aux transactions portant sur des actifs incorporels

6.110. La section D du chapitre I et le chapitre III présentent des principes à prendre en compte ainsi que le processus recommandé pour réaliser une analyse de comparabilité. Les prescriptions énoncées dans ces sections des Principes s'appliquent à toutes les transactions contrôlées portant sur des actifs incorporels.

6.111. La mise en application des prescriptions énoncées dans les Principes concernant le contenu d'une analyse de comparabilité et le processus correspondant dans le cas d'une transaction portant sur des actifs incorporels suppose la prise en compte, lors de l'analyse des prix de transfert, des options réalistes qui s'offrent à chacune des parties à la transaction.

6.112. La prise en compte des options réalistes qui s'offrent aux parties à la transaction conduit à examiner le point de vue de chaque partie à la transaction. Une analyse de comparabilité centrée uniquement sur l'une des parties à la transaction ne fournit pas, en règle générale, les éléments requis aux fins de l'évaluation d'une transaction portant sur des actifs incorporels (y compris lorsqu'une méthode unilatérale de fixation de prix de transfert est finalement retenue).

6.113. S'il importe de tenir compte, lors de l'analyse de comparabilité, du point de vue des deux parties à la transaction, les circonstances économiques propres à l'une des parties ne devraient pas être utilisées pour imposer une conclusion contraire aux options réalistes offertes à l'autre partie. Par exemple, on ne devrait pas attendre d'un cédant qu'il accepte de vendre tout ou partie de ses droits sur un actif incorporel à un prix moins avantageux pour lui que ses

autres options réalistes (y compris la non-cession de ces droits), simplement parce que l'entreprise associée cessionnaire manque des ressources requises pour l'exploitation efficace des droits ainsi cédés. De même, on ne devrait pas attendre d'un cessionnaire qu'il accepte d'acquérir des droits sur un ou plusieurs actifs incorporels à un prix auquel il serait impossible pour lui d'envisager une exploitation rentable par son entreprise des droits ainsi acquis. Cette situation serait en effet moins favorable pour le cessionnaire que l'option réaliste qui s'offre à lui de renoncer à acquérir les droits.

6.114. Il sera souvent possible d'identifier, pour une transaction portant sur des actifs incorporels, un prix conforme aux options réalistes offertes à chacune des parties. L'existence d'un tel prix répond au principe selon lequel les groupes d'entreprises multinationales cherchent à optimiser l'allocation de leurs ressources. Lorsque le prix minimum acceptable par le cédant, compte tenu des options réalistes qui lui sont offertes, est supérieur au prix maximum acceptable par le cessionnaire, compte tenu des options réalistes dont ce dernier dispose, il peut être nécessaire d'examiner s'il convient soit de renoncer à la transaction au titre du principe de non-reconnaissance de la section D.2 du chapitre I, soit de modifier autrement les modalités de la transaction. De même, lorsqu'il est avancé que l'utilisation actuelle d'un actif incorporel ou qu'une option réaliste envisagée (telle qu'une autre utilisation de l'actif concerné) ne permet pas d'optimiser l'allocation des ressources, il pourrait être nécessaire d'examiner si ces affirmations sont compatibles avec les circonstances réelles du cas d'espèce. Ces discussions soulignent l'importance de prendre en compte l'ensemble des faits et circonstances entourant l'identification d'une transaction portant sur des actifs incorporels.

D.2. Principes supplémentaires relatifs aux transferts d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels

6.115. Cette section fournit des principes supplémentaires en réponse aux difficultés propres aux transferts d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels entre entreprises associées. Ces transactions recouvrent notamment les ventes d'actifs incorporels ainsi que les transactions économiquement équivalentes à une vente. Ces transactions peuvent aussi porter sur la concession de droits sur un ou plusieurs actifs incorporels ou sur une opération similaire. La finalité de cette section n'est pas de fournir des instructions exhaustives en matière de fixation des prix de transfert pour les actifs incorporels. Cette section complète les dispositions applicables par ailleurs énoncées aux chapitres I à III et les principes figurant dans les sections A, B, C et D.1 du présent chapitre, dans le cas de transferts d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels, en fournissant des principes adaptés aux difficultés particulières fréquemment soulevées par ces transferts.

D.2.1. Comparabilité des actifs incorporels ou des droits sur les actifs incorporels

6.116. Lors de la mise en application des dispositions des chapitres I à III dans le cas d'une transaction portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels, il convient de reconnaître que de nombreux actifs incorporels présentent des caractéristiques spécifiques en vertu desquelles les revenus et bénéfices futurs pourront différer grandement. Il est donc essentiel de tenir compte des caractéristiques spécifiques des actifs incorporels lors de la réalisation d'une analyse de comparabilité portant sur un transfert de tels actifs. Cela est particulièrement important si la méthode de prix de transfert retenue comme étant la plus appropriée est la méthode du prix comparable ou une autre méthode utilisant des comparables. Dans le cas du transfert d'un actif incorporel ou de droits sur un actif incorporel fournissant à l'entreprise un avantage compétitif unique sur le marché, les transactions ou actifs incorporels réputés comparables doivent être analysés attentivement. Il est essentiel de s'assurer que les comparables identifiés offrent dans les faits un potentiel de bénéfices similaire.

6.117. Les paragraphes suivants exposent certaines des caractéristiques propres aux actifs incorporels qui peuvent être pertinentes en vue d'une analyse de comparabilité portant sur des transferts d'actifs incorporels ou de droits sur de tels actifs. La liste proposée ci-après n'est pas exhaustive et, selon le cas d'espèce, la prise en compte de facteurs supplémentaires ou différents pourra s'avérer essentielle pour réaliser une analyse de comparabilité.

D.2.1.1. Exclusivité

6.118. La nature exclusive ou non exclusive des droits sur les actifs incorporels qui font l'objet d'une transaction portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels peut être un élément de comparabilité important. Dans certains cas, le propriétaire légal d'un actif incorporel est en droit d'exclure des tiers de l'utilisation de cet actif. Par exemple, un brevet est assorti d'un droit exclusif, valable plusieurs années, d'utiliser l'invention brevetée. Si une partie qui contrôle des droits sur des actifs incorporels peut exclure d'autres entreprises du marché, ou leur interdire l'utilisation d'actifs incorporels qui procurent un avantage commercial, elle peut disposer d'un niveau élevé de pouvoir ou d'influence sur le marché. Une partie qui détient des droits non exclusifs sur des actifs incorporels n'est pas en mesure d'exclure tous les concurrents et ne dispose pas, en règle générale, d'un tel niveau de pouvoir ou d'influence sur le marché. Il importe donc de tenir compte, aux fins d'une analyse de comparabilité, de la nature exclusive ou non exclusive des droits sur les actifs incorporels.

D.2.1.2. Portée et durée de la protection juridique

6.119. La portée et durée de la protection juridique des actifs incorporels concernés par un transfert peuvent être des éléments de comparabilité importants. Les protections juridiques associées à certains actifs incorporels peuvent empêcher les concurrents d'une entreprise d'entrer sur un marché donné. Dans le cas d'autres catégories d'actifs incorporels, comme le savoir-faire ou les secrets industriels ou commerciaux, les protections juridiques peuvent être d'une nature différente et se révéler moins efficaces ou moins durables. Si les actifs incorporels ont une durée d'utilité réduite, la durée des protections juridiques peut être un élément pertinent, la durée des droits sur les actifs incorporels ayant une incidence sur les attentes des parties à la transaction en matière de bénéfices générés par l'exploitation des actifs concernés. Par exemple, deux brevets par ailleurs comparables n'ont pas la même valeur si l'un expire après douze mois tandis que l'autre demeure valable dix ans.

D.2.1.3. Couverture géographique

6.120. La couverture géographique des actifs incorporels ou des droits sur des actifs incorporels est un élément de comparabilité important. Selon la nature des produits, des actifs incorporels et des marchés concernés, la concession de droits mondiaux sur des actifs incorporels peut avoir une valeur supérieure à une concession de droits limités à une ou plusieurs juridictions.

D.2.1.4. Durée d'utilité

6.121. De nombreux actifs incorporels ont une durée d'utilité réduite. Comme indiqué plus haut, la durée d'utilité d'un actif incorporel peut dépendre de la nature et de la durée des protections juridiques qui lui sont associées. Parmi les autres facteurs qui influencent la durée d'utilité de certains actifs incorporels figurent le rythme des évolutions technologiques dans le secteur concerné et l'apparition de produits nouveaux et potentiellement améliorés. Dans certains cas, la durée d'utilité d'un actif incorporel peut être prolongée.

6.122. Lors de la réalisation d'une analyse de comparabilité, il conviendra donc de tenir compte de la durée d'utilité prévisionnelle des actifs incorporels concernés. En règle générale, et toutes choses étant égales par ailleurs, les actifs incorporels devant procurer des avantages commerciaux sur une période plus longue se verront attribuer une valeur plus élevée que d'autres actifs incorporels similaires mais procurant ces avantages sur une période plus courte. En outre, l'évaluation de la durée d'utilité d'un actif incorporel doit également tenir compte de l'utilisation qui est faite de cet actif. La durée d'utilité d'un actif incorporel qui sous-tend des activités continues de recherche-développement peut ainsi s'étendre au-delà de la vie commerciale de la première génération de produits liés à cet actif incorporel.

D.2.1.5. Avancement du développement

6.123. L'avancement du développement de certains actifs incorporels peut être un critère pertinent aux fins d'une analyse de comparabilité. Il est fréquent qu'un actif incorporel soit transféré dans le cadre d'une transaction contrôlée avant même que la viabilité commerciale des produits qui lui sont liés ait été démontrée. L'industrie pharmaceutique est un exemple souvent cité, puisqu'un composé chimique peut être breveté et les brevets correspondants (ou les droits d'utilisation de ces brevets) peuvent être transférés dans le cadre d'une transaction contrôlée bien avant que les activités de recherche-développement et les essais aient démontré que ce composé chimique permet un traitement sûr et efficace d'une pathologie donnée.

6.124. En règle générale, les actifs incorporels liés à des produits dont la viabilité commerciale est établie se verront attribuer une valeur plus élevée que d'autres actifs incorporels par ailleurs comparables mais liés à des produits dont la viabilité commerciale reste à démontrer. Lors d'une analyse de comparabilité portant sur des actifs incorporels en cours de mise au point, il convient d'évaluer la probabilité que les phases ultérieures de leur mise au point permettent de générer des retombées commerciales importantes dans le futur. Dans certains cas, il est utile de consulter les données sectorielles concernant les risques associés aux phases ultérieures de mise au point des actifs. En tout état de cause, les circonstances propres au cas d'espèce doivent être prises en compte.

D.2.1.6. Droits relatifs aux améliorations, révisions et mises à jour

6.125. Les droits des parties sur les améliorations, révisions et mises à jour relatives aux actifs incorporels constituent souvent un élément important aux fins d'une analyse de comparabilité portant sur ces actifs. Les produits protégés par des actifs incorporels peuvent, dans certains secteurs, devenir relativement vite obsolètes ou non compétitifs en l'absence d'efforts continus de mise au point et d'amélioration des actifs incorporels concernés. Par conséquent, un accès aux mises à jour et aux améliorations peut permettre de transformer des avantages de court terme tirés des actifs incorporels en avantages sur un plus long terme. En vue d'une analyse de comparabilité, il importe donc de préciser si une concession de droits sur des actifs incorporels inclut ou non un accès aux améliorations, révisions et mises à jour relatives aux actifs concernés.

6.126. Une question très similaire, souvent importante en vue d'une analyse de comparabilité, consiste à savoir si le cessionnaire d'actifs incorporels obtient le droit d'utiliser ces actifs dans le cadre d'activités de recherche destinées à mettre au point des actifs nouveaux et améliorés. Par exemple, le droit d'utiliser une plate-forme logicielle existante comme point de départ

pour développer de nouveaux produits logiciels peut raccourcir les délais de mise au point et permettre à une entreprise d'être la première à commercialiser un nouveau produit ou une nouvelle application, plutôt que de rejoindre un marché déjà occupé par des produits concurrents. Il importe donc, en vue d'une analyse de comparabilité portant sur des actifs incorporels, de tenir compte des droits des parties à utiliser ces actifs pour mettre au point des versions nouvelles et améliorées de leurs produits.

D.2.1.7. Avantages escomptés

6.127. Les différentes questions de comparabilité examinées ci-après influent sur les anticipations des parties à la transaction quant aux avantages que procurera l'utilisation des actifs incorporels considérés. Lorsque les avantages escomptés de l'utilisation de deux actifs incorporels diffèrent largement, il est difficile de considérer ces deux actifs comme suffisamment comparables aux fins d'une analyse de prix de transfert à défaut d'ajustements de comparabilité fiables. En particulier, la rentabilité réelle et potentielle des produits, existants ou à venir, qui sont liés à un actif incorporel doit entrer en ligne de compte. Il est peu probable que des actifs incorporels liés à des produits ou services offrant une rentabilité élevée puissent être comparés à d'autres actifs incorporels liés à des produits ou services dont la rentabilité est simplement égale à la moyenne du secteur. Tous les facteurs ayant une influence sensible sur les avantages que les parties à une transaction contrôlée pensent retirer d'un actif incorporel doivent être pris en compte lors de la réalisation d'une analyse de comparabilité.

D.2.2. *Comparaison des risques dans les cas de transferts d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels*

6.128. En vue d'une analyse de comparabilité portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels, il convient de tenir compte des risques liés à la probabilité d'obtenir des avantages économiques issus des actifs incorporels, et d'analyser la répartition des risques entre les parties selon le cadre défini à la section D.1.2 du chapitre I. Les catégories de risques décrites ci-après devraient, notamment, entrer en ligne de compte pour décider si des transferts d'actifs incorporels ou de combinaisons d'actifs incorporels sont des transactions comparables, et si des actifs incorporels eux-mêmes sont comparables.

- Risques liés à l'évolution future des actifs incorporels. Les questions soulevées ici sont les suivantes : les actifs incorporels sont-ils à ce jour liés à des produits commercialement viables et pourraient-ils l'être à l'avenir ? quel est le coût prévisionnel des futures activités de mise au point et de tests ? quelle est la probabilité que ces activités soient

couronnées de succès? et d'autres questions similaires. Il importe particulièrement de tenir compte des risques propres à la phase de mise au point lorsque les transactions portent sur le transfert d'actifs incorporels en cours de mise au point.

- Risques liés à l'obsolescence des produits et à la perte de valeur des actifs incorporels. Cette catégorie de risques renvoie à la probabilité que des concurrents lancent à l'avenir des produits et des services pouvant réduire de manière significative le marché des produits liés aux actifs incorporels soumis à l'analyse.
- Risques liés aux violations de droits sur des actifs incorporels. Cette catégorie de risques suppose d'évaluer plusieurs éléments : la probabilité que des tiers obtiennent gain de cause après avoir fait valoir que des produits liés à des actifs incorporels portent atteinte à leurs propres droits sur des actifs incorporels ; le montant des frais probablement supportés pour se défendre en cas de poursuites de cette nature ; la probabilité que le titulaire de droits sur des actifs incorporels parvienne effectivement à empêcher des tiers de porter atteinte à ses droits ; le risque que des produits de contrefaçon n'abaissent la rentabilité des marchés visés ; et la probabilité que des dommages-intérêts importants soient accordés en cas de violation des droits.
- Responsabilité au titre des produits et risques similaires liés à l'utilisation future des actifs incorporels.

D.2.3. Ajustements de comparabilité concernant des transferts d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels

6.129. Les prescriptions énoncées aux paragraphes 3.47 à 3.54 relatives aux ajustements de comparabilité s'appliquent aux transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels. Il importe de noter que les différences entre actifs incorporels peuvent avoir des conséquences économiques significatives et qu'il peut être difficile de réaliser de manière fiable l'ajustement requis. En particulier, lorsque les montants associés aux ajustements de comparabilité représentent un pourcentage élevé du prix de l'actif incorporel transféré, il peut être fondé de penser, selon les circonstances particulières du cas d'espèce, que le calcul de l'ajustement n'est pas fiable et que les actifs incorporels retenus ne sont en fait pas suffisamment comparables pour être pris en compte aux fins d'une analyse de prix de transfert valable. Si aucun ajustement de comparabilité fiable n'est possible, il peut être nécessaire de choisir une méthode de prix de transfert moins dépendante de l'identification d'actifs incorporels comparables ou de transactions comparables.

D.2.4. Utilisation de comparables issus de bases de données

6.130. La comparabilité et la possibilité de réaliser des ajustements de comparabilité revêtent une importance particulière dans l'examen des actifs incorporels potentiellement comparables et des taux de redevance tirés de bases de données commerciales ou de recueils spécifiques de contrats de licence ou d'accords similaires accessibles au public. Les principes énoncés à la section A.4.3.1 du chapitre III s'appliquent pleinement pour évaluer l'intérêt des transactions répertoriées dans ces sources. Il importe notamment d'évaluer si les informations publiques issues de bases de données du commerce et de recueils spécifiques sont suffisamment détaillées pour permettre d'évaluer les caractéristiques particulières des actifs incorporels qui peuvent s'avérer importantes dans la réalisation d'une analyse de comparabilité. Lors de l'examen de contrats de licence comparables issus de bases de données, les circonstances propres au cas d'espèce, y compris la méthodologie appliquée, doivent entrer en ligne de compte à la lumière des dispositions du paragraphe 3.38.

D.2.5. Sélection de la méthode de prix de transfert la plus appropriée aux transactions portant sur un transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels

6.131. Les prescriptions prévues par les présents Principes concernant le choix de la méthode de prix de transfert la plus appropriée aux circonstances du cas d'espèce sont énoncées aux paragraphes 2.1 à 2.12. Ces principes s'appliquent pleinement aux cas portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels. Lors de la sélection de la méthode de prix de transfert la plus appropriée aux transactions portant sur un transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels, il convient d'accorder une attention particulière aux éléments suivants : (i) la nature des actifs incorporels concernés ; (ii) les difficultés rencontrées fréquemment, voire le plus souvent, pour identifier des transactions sur le marché libre et des actifs incorporels potentiellement comparables ; et (iii) la difficulté à appliquer certaines méthodes de prix de transfert décrites au chapitre II à des transactions portant sur un transfert d'actifs incorporels. Les questions examinées ci-après revêtent une importance particulière dans la sélection des méthodes de prix de transfert conformément aux Principes.

6.132. Lors de l'application des principes énoncés aux paragraphes 2.1 à 2.12 à des transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels, il importe de souligner que des transactions structurées de manière différente peuvent avoir des conséquences économiques similaires. Par exemple, la fourniture d'un service utilisant des actifs incorporels peut avoir des conséquences économiques très similaires à celles d'une transaction portant sur un transfert d'actif incorporel (ou de droits sur un actif incorporel) puisque, dans les deux cas, la valeur de l'actif incorporel peut être transmise

au cessionnaire. En conséquence, lors de la sélection de la méthode de prix de transfert la plus appropriée à une transaction portant sur un transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels, il importe de prendre en compte les conséquences économiques de la transaction, plutôt que de suivre une classification arbitraire.

6.133. Ce chapitre établit clairement que, dans le cas de transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels, il est important de ne pas considérer simplement que la totalité du bénéfice résiduel, obtenu après déduction de revenus limités correspondant à la rémunération des fonctions exercées, devrait nécessairement être attribuée au propriétaire des actifs incorporels. La sélection de la méthode de prix de transfert la plus appropriée devrait s'appuyer sur une analyse fonctionnelle permettant une compréhension claire des processus opérationnels à l'échelle mondiale de l'entreprise multinationale concernée et de la manière dont les actifs incorporels transférés interagissent avec d'autres fonctions, actifs et risques constitutifs du fonctionnement à l'échelle mondiale de l'entreprise. L'analyse fonctionnelle devrait identifier les facteurs de création de valeur, qui peuvent notamment inclure les risques encourus, les caractéristiques du marché, le lieu considéré, les stratégies d'entreprise ou les synergies obtenues au sein d'un groupe d'entreprises multinationales. Tous les facteurs pertinents ayant une contribution significative à la création de valeur devraient entrer en ligne de compte lors de la sélection de la méthode de prix de transfert et lors de tout ajustement apporté à cette méthode sur le fondement de l'analyse de comparabilité.

6.134. Les principes énoncés aux paragraphes 2.12, 3.58 et 3.59 concernant l'utilisation de plusieurs méthodes de prix de transfert sont applicables aux transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels.

6.135. Les paragraphes 3.9 à 3.12 et le paragraphe 3.37 fournissent des principes relatifs à l'agrégation de transactions aux fins d'une analyse de prix de transfert. Ces principes s'appliquent pleinement aux transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels et sont complétés par les principes énoncés à la section C du présent chapitre. De fait, les transferts d'actifs incorporels concernent souvent un ensemble d'actifs incorporels, ou sont souvent associés à des transactions portant sur une vente de biens ou sur une prestation de services. Dans ce cas, l'analyse de prix de transfert la plus pertinente est probablement celle qui tient compte des relations étroites entre les différentes transactions agrégées de manière à améliorer la fiabilité de l'analyse.

D.2.6. Principes supplémentaires sur les méthodes de prix de transfert dans le cas de transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels

6.136. Selon les circonstances spécifiques du cas d'espèce, chacune des cinq méthodes de prix de transfert de l'OCDE décrites au chapitre II peut s'avérer être la plus appropriée lorsque la transaction porte sur le transfert contrôlé d'un ou de plusieurs actifs incorporels. Le recours à des méthodes alternatives peut également être approprié.

6.137. Lorsque l'analyse de comparabilité identifie des informations fiables concernant des transactions comparables sur le marché libre, la fixation de prix de pleine concurrence pour le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels peut s'appuyer sur ces comparables, après avoir apporté les ajustements appropriés et fiables.

6.138. Toutefois, l'analyse de comparabilité (notamment l'analyse fonctionnelle) relative à des transferts d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels révélera souvent l'absence de transactions comparables sur le marché libre permettant d'établir le prix de pleine concurrence et les autres conditions d'une transaction. C'est le cas en particulier lorsque les actifs incorporels concernés présentent des caractéristiques uniques, ou s'ils revêtent une importance telle qu'ils ne sont transférés qu'entre entreprises associées. D'autres facteurs peuvent conduire à la même conclusion, en particulier l'absence de données disponibles concernant des transactions potentiellement comparables. Malgré les difficultés liées au manque de comparables fiables, il est généralement possible de fixer le prix de pleine concurrence et les autres conditions d'une transaction contrôlée.

6.139. Lorsqu'il est impossible d'identifier des informations fiables concernant des transactions comparables sur le marché libre, le principe de pleine concurrence conduit à appliquer une autre méthode de calcul du prix dont des tiers indépendants auraient convenu dans des circonstances comparables. En vue de ce calcul, les éléments suivants doivent entrer en ligne de compte :

- les fonctions exercées, les actifs détenus et les risques assumés par les parties à la transaction ;
- les motivations opérationnelles qui ont motivé la réalisation de la transaction ;
- les perspectives de chaque partie à la transaction et les options réalistes qui s'offrent à elle ;
- les avantages concurrentiels conférés par les actifs incorporels, notamment la rentabilité relative des produits et services, existants ou potentiels, liés aux actifs incorporels ;

- les avantages économiques escomptés de la réalisation de la transaction ;
- d'autres facteurs de comparabilité, tels que les caractéristiques des marchés locaux, les économies de localisation, le collectif de travail et les synergies obtenues au sein d'un groupe d'entreprises multinationales.

6.140. Lors de l'identification des prix et des autres conditions dont auraient convenu des tiers indépendants dans des circonstances comparables, il importe souvent d'identifier avec soin les aspects caractéristiques d'une transaction contrôlée qui découlent de la relation entre les parties. Les entreprises associées ne sont pas tenues de structurer leurs transactions précisément selon les modalités que des tiers indépendants auraient retenues. Toutefois, lorsque les modalités adoptées par des entreprises associées pour structurer leurs transactions diffèrent de celles habituellement retenues par des tiers indépendants, il convient de tenir compte des effets de ces structures sur les prix et les autres conditions des transactions dont des tiers indépendants auraient convenu dans des circonstances comparables, afin d'évaluer les avantages potentiellement retirés par chacune des parties dans des conditions de pleine concurrence.

6.141. Une attention particulière est de mise dans l'application de certaines méthodes de prix de transfert de l'OCDE à des transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels. Les méthodes unilatérales, y compris la méthode du prix de revente et la méthode transactionnelle de la marge nette, ne sont pas, en règle générale, des méthodes fiables aux fins de la valorisation directe d'actifs incorporels. Ces approches peuvent quelquefois être utilisées pour valoriser indirectement des actifs incorporels, en les utilisant pour attribuer à certaines fonctions des valeurs à partir desquelles est déduite la valeur résiduelle des actifs incorporels. Cependant, il est alors important de garder à l'esprit les principes exposés au paragraphe 6.133 et de veiller à ce que la totalité des fonctions, risques, actifs et autres facteurs contribuant à la génération de revenus soit correctement identifiée et évaluée.

6.142. L'utilisation de méthodes de prix de transfert cherchant à estimer la valeur d'un actif incorporel à partir du coût de mise au point de cet actif est généralement déconseillée. En effet, le coût de mise au point d'un actif incorporel est rarement corrélé avec sa valeur et son prix de transfert ultérieurs. En conséquence, il convient habituellement de renoncer aux méthodes de fixation des prix de transfert qui reposent sur le coût de mise au point d'un actif incorporel.

6.143. Toutefois, dans certains cas limités, les méthodes de prix de transfert fondées sur le coût estimatif de reproduction ou de remplacement de l'actif incorporel peuvent être employées. Ces approches peuvent s'avérer valables

dans le cas de la mise au point d'actifs incorporels utilisés au titre d'activités internes (par exemple, des logiciels internes), en particulier lorsque les actifs incorporels concernés ne sont pas des actifs incorporels uniques et de valeur. Lorsque les actifs incorporels concernés sont liés à des produits déjà commercialisés, cependant, les méthodes fondées sur le coût de remplacement soulèvent d'importants problèmes de comparabilité. Il importe alors, entre autres questions à trancher, d'évaluer les effets sur la valeur des actifs incorporels de tout report du processus de mise au point. En effet, le premier entrant sur un marché retire souvent des avantages significatifs du lancement précoce d'un produit. En conséquence, la valeur d'un produit identique (et des actifs incorporels liés) développé ultérieurement sera inférieure à celle d'un produit de référence (et des actifs incorporels liés) déjà présent sur un marché. Dans ce cas, le coût de remplacement estimé ne fournira pas d'évaluation satisfaisante de la valeur d'un actif incorporel objet d'un transfert. De même, lorsqu'un actif incorporel fait l'objet de protections juridiques ou présente des caractéristiques d'exclusivité, la valeur découlant du droit d'exclure des concurrents de l'utilisation de l'actif incorporel ne sera pas reflétée par une analyse fondée sur le coût de remplacement. Les évaluations reposant sur les coûts ne sont généralement pas fiables lorsqu'elles sont utilisées pour déterminer le prix de pleine concurrence d'actifs incorporels en cours de développement.

6.144. Les dispositions du paragraphe 2.10 relatives à l'utilisation d'approches empiriques s'appliquent à la détermination d'un prix de transfert approprié pour toute transaction contrôlée, y compris en cas d'utilisation ou de transfert d'actifs incorporels. En conséquence, une méthode empirique ne peut pas être utilisée pour établir si un prix ou une répartition des revenus respecte bien les conditions de pleine concurrence, notamment dans le cas d'une répartition des revenus entre un cédant d'actifs incorporels et son cessionnaire.

6.145. Les méthodes de prix de transfert présentant la plus forte probabilité d'être utiles dans les situations de transferts d'un ou de plusieurs actifs incorporels sont la méthode du prix comparable sur le marché libre et la méthode transactionnelle du partage des bénéfices. Des techniques d'évaluation peuvent également s'avérer utiles. Des principes supplémentaires concernant les méthodes de prix de transfert ayant les plus fortes probabilités d'être utiles dans le cas de transferts d'actifs incorporels sont présentés ci-après.

D.2.6.1. Application de la méthode du prix comparable sur le marché libre

6.146. Lorsque des transactions comparables sur le marché libre ont été identifiées de manière fiable, la méthode du prix comparable sur le marché libre peut être appliquée pour déterminer les conditions de pleine concurrence d'un transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels. Les

principes généraux figurant dans les paragraphes 2.13 à 2.20 s'appliquent lorsque la méthode du prix comparable sur le marché libre est utilisée en lien avec des transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels. Lors de l'utilisation de la méthode du prix comparable sur le marché libre en lien avec le transfert d'actifs incorporels, il importe notamment de veiller à la comparabilité entre les actifs incorporels ou droits sur des actifs incorporels qui font l'objet de la transaction contrôlée et ceux faisant l'objet de transactions sur le marché libre potentiellement comparables. Les caractéristiques économiquement pertinentes ou les facteurs de comparabilité présentés dans la section D.1 du chapitre I doivent entrer en ligne de compte. Les éléments exposés dans les sections D.2.1 à D.2.4 du présent chapitre revêtent une importance particulière pour l'évaluation de la comparabilité d'actifs incorporels particuliers faisant l'objet d'un transfert et pour la réalisation des ajustements de comparabilité, lorsque c'est possible. Il convient de garder à l'esprit que, bien souvent, lorsque des actifs incorporels sont concernés, l'identification de comparables fiables peut s'avérer difficile, voire impossible.

6.147. Dans certains cas, des actifs incorporels achetés par un groupe d'entreprises multinationales auprès d'entreprises indépendantes sont transférés, immédiatement après l'achat, à un membre du groupe en question au moyen d'une transaction contrôlée. Le prix payé pour les actifs incorporels fournira souvent (après les ajustements appropriés, notamment au titre des actifs acquis ne faisant pas l'objet d'un nouveau transfert) un comparable utile pour déterminer le prix de pleine concurrence de la transaction contrôlée selon la méthode du prix comparable sur le marché libre. Selon les faits et circonstances du cas d'espèce, le prix d'achat auprès du tiers pourra alors être utile pour déterminer le prix de pleine concurrence et les autres conditions de la transaction contrôlée, même si les actifs incorporels sont acquis indirectement au travers d'un achat de titres de participation, ou si le prix versé au tiers concerné pour acquérir des titres de participation ou des actifs dépasse la valeur comptable des actifs ainsi achetés. Les exemples 23 et 26 de l'annexe I au chapitre VI illustrent le contenu du présent paragraphe.

D.2.6.2. Application des méthodes transactionnelles de partage des bénéfices

6.148. Dans certains cas, une méthode transactionnelle du partage des bénéfices peut être utilisée pour déterminer les conditions de pleine concurrence d'un transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels lorsqu'il est impossible d'identifier des transactions comparables sur le marché libre. La section C du chapitre II contient des principes devant être pris en compte lors de l'utilisation de méthodes de partage des bénéfices. Ces principes sont pleinement applicables aux situations portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels. Lors

de l'évaluation de la fiabilité des méthodes transactionnelles de partage des bénéfices, il convient de tenir compte de la disponibilité de données fiables et appropriées relatives aux bénéfices à considérer et à la répartition correcte des dépenses, d'une part, et de la fiabilité des paramètres utilisés pour répartir les bénéfices à considérer, d'autre part.

6.149. Les méthodes transactionnelles de partage des bénéfices peuvent être appliquées en lien avec la vente de la totalité des droits sur des actifs incorporels. Comme dans les autres cas d'application de méthodes transactionnelles de partage des bénéfices, une analyse fonctionnelle complète, tenant compte des fonctions exercées, des actifs détenus et des risques assumés par chacune des parties est un élément essentiel de l'analyse. Lorsqu'une analyse transactionnelle du partage des bénéfices est fondée sur les dépenses et revenus prévisionnels, il importe de tenir compte des préoccupations relatives à l'exactitude de ces prévisions mentionnées à la section D.2.6.4.1.

6.150. Il est également parfois suggéré qu'une analyse de partage des bénéfices peut être appliquée aux transferts d'actifs incorporels en cours de mise au point. Aux fins d'une telle analyse, la valeur relative des contributions à la mise au point des actifs incorporels avant et après leur transfert peut être étudiée. Cela peut supposer que l'on cherche à amortir la contribution du cédant au titre de l'actif incorporel en cours de mise au point sur la durée d'utilité présumée de cette contribution, en faisant l'hypothèse d'une absence d'activités de mise au point ultérieures. Ces approches s'appuient en règle générale sur des estimations de flux de trésorerie et de bénéfices attendus après le transfert, et une fois menées à bien la phase de développement de l'actif incorporel.

6.151. Dans le cas d'actifs incorporels en cours de mise au point, la prudence est de mise lorsque des approches de partage des bénéfices sont utilisées soit pour évaluer les contributions des parties à la création des revenus au cours des années suivant le transfert, soit pour procéder à l'allocation des revenus futurs selon le principe de pleine concurrence. La contribution ou la valeur de travaux menés avant le transfert ne sont pas nécessairement corrélées au coût de ces travaux. Par exemple, un composé chimique pouvant déboucher sur une forme pharmaceutique à très fort potentiel commercial peut être mis au point dans un laboratoire pour un coût relativement modeste. De plus, une telle analyse de partage des bénéfices devrait prendre en compte toute une série de facteurs difficiles à évaluer. Il s'agit notamment des niveaux de risque relatifs et de la valeur des contributions des activités de recherche avant et après le transfert; du risque relatif et de ses effets sur la valeur pour les autres activités de mise au point menées avant et après le transfert; du taux d'amortissement approprié pour différentes contributions à la valeur de l'actif incorporel; d'hypothèses concernant le calendrier de lancement de nouveaux produits potentiels; ou de la valeur des contributions autres que celles provenant d'actifs incorporels

à la génération effective des bénéfices. Dans ce contexte, les estimations des bénéfices et des flux de trésorerie peuvent s'avérer particulièrement incertaines. L'ensemble de ces facteurs peut conduire à s'interroger quant à la fiabilité d'une telle analyse de partage des bénéfices. Voir la section D.4 sur les actifs incorporels difficiles à valoriser.

6.152. Lorsque des droits partiels sur des actifs incorporels dont la phase de mise au point est achevée sont transférés sous la forme d'une licence ou d'une transaction similaire et qu'il est impossible d'identifier des transactions comparables sur le marché libre, une approche de partage des bénéfices peut souvent être utilisée pour évaluer les contributions respectives des parties à l'obtention des bénéfices à considérer. La contribution aux bénéfices émanant des droits sur les actifs incorporels mis à disposition par le donneur de licence ou le cédant des droits serait, dans ce cas, l'un des facteurs contribuant à l'obtention des bénéfices après le transfert. Toutefois, d'autres facteurs devraient également être pris en compte, tout particulièrement les fonctions exercées et les risques assumés par le preneur de licence/cessionnaire. Parmi les autres facteurs pertinents entrant en ligne de compte, citons les autres actifs incorporels utilisés par le donneur de licence/cédant et par le preneur de licence/cessionnaire dans leurs activités respectives. Lors d'une telle analyse, il importe d'examiner avec soin les limites définies dans les conditions générales du transfert quant à l'utilisation des actifs incorporels par le preneur de licence/cessionnaire et quant aux droits du donneur de licence/cédant à utiliser ces actifs dans la poursuite de ses activités de recherche-développement. En outre, il peut être opportun d'évaluer les contributions du preneur de licence à l'augmentation de la valeur des actifs incorporels qui font l'objet de la licence. Dans cette approche, l'allocation des bénéfices dépendra des conclusions de l'analyse fonctionnelle, laquelle inclura une analyse des principaux risques encourus. Il ne faut pas présumer qu'une analyse de partage des bénéfices relative à un accord de licence doit conduire à allouer tous les bénéfices résiduels, après déduction des revenus correspondant à la rémunération des fonctions exercées, au donneur de licence/cédant.

D.2.6.3. Utilisation des techniques d'évaluation

6.153. Lorsque des transactions sur le marché libre comparables et fiables ne peuvent être identifiées pour le transfert d'un ou de plusieurs actifs incorporels, il est possible d'employer des techniques d'évaluation pour estimer le prix de pleine concurrence d'actifs incorporels transférés entre entreprises associées. En particulier, les techniques fondées sur l'évaluation des revenus, et plus précisément sur la valeur actualisée des flux de revenus ou de trésorerie futurs susceptibles d'être tirés de l'exploitation de l'actif incorporel objet de l'évaluation, peuvent s'avérer très utiles lorsqu'elles sont correctement utilisées. En fonction des faits et circonstances du cas d'espèce, les techniques d'évaluation peuvent être employées par les contribuables et les

administrations fiscales soit dans le cadre de l'une des cinq méthodes de prix de transfert de l'OCDE exposées au chapitre II, soit comme une approche de travail utile pour déterminer un prix de pleine concurrence.

6.154. L'utilisation de techniques d'évaluation aux fins d'une analyse de prix de transfert portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels doit se conformer au principe de pleine concurrence et aux prescriptions exposées dans les présents Principes. Il importe notamment de tenir compte des prescriptions énoncées aux chapitres I à III. Les principes relatifs aux options réalistes, aux caractéristiques économiquement pertinentes, notamment les risques assumés (voir section D.1 du chapitre I), et à l'agrégation des transactions (voir paragraphes 3.9 à 3.12) s'appliquent pleinement à l'utilisation des techniques d'évaluation en vue d'une analyse de prix de transfert. Par ailleurs, les règles exposées dans les présents Principes concernant la sélection de la méthode de détermination des prix de transfert s'appliquent pour décider de l'opportunité de recourir à ces techniques d'évaluation (voir paragraphes 2.1 à 2.12). Les principes exposés dans les sections A, B, C et D.1 du présent chapitre s'appliquent également lorsqu'il est envisagé d'employer des techniques d'évaluation.

6.155. Il est essentiel d'examiner les hypothèses et autres arguments qui sous-tendent toute application des techniques d'évaluation. L'application des principes comptables reconnus peut conduire à des hypothèses prudentes en matière d'évaluation et d'estimation de la valeur des actifs figurant au bilan d'une entreprise. Cette prudence propre à l'approche comptable peut se traduire par des définitions trop restrictives en vue de la fixation des prix de transfert ou par des approches d'évaluation qui ne sont pas toujours conformes au principe de pleine concurrence. Lors de la fixation des prix de transfert, il ne convient donc pas de considérer que des évaluations réalisées à des fins comptables reflètent nécessairement des valorisations ou des prix de pleine concurrence à moins d'avoir examiné en détail les hypothèses sous-jacentes. En particulier, les évaluations d'actifs incorporels issues d'affectations de prix d'acquisition effectuées à des fins comptables ne sont pas concluantes aux fins de la fixation des prix de transfert et devraient être utilisées avec prudence, après examen attentif des hypothèses sous-jacentes.

6.156. Les présents Principes n'ont pas pour finalité de fournir une présentation exhaustive des techniques d'évaluation utilisées par les spécialistes. Ils ne visent pas non plus à valider ou rejeter tel ou tel recueil de normes d'évaluation utilisé par ces spécialistes ou par les comptables, ni à décrire en détail ou à valider une ou plusieurs techniques ou méthodes d'évaluation comme étant particulièrement adaptées en vue d'une analyse des prix de transfert. Cependant, lorsque les techniques d'évaluation sont appliquées en tenant dûment compte des présents Principes, des circonstances spécifiques du cas d'espèce, des pratiques et principes d'évaluation reconnus, et en veillant à la validité des

hypothèses qui sous-tendent l'évaluation et à leur conformité avec le principe de pleine concurrence, ces techniques peuvent s'avérer utiles pour conduire une analyse des prix de transfert en l'absence de transactions comparables sur le marché libre. Il convient toutefois de se référer aux paragraphes 6.142 et 6.143 pour ce qui concerne la fiabilité des techniques d'évaluation fondées sur les coûts de mise au point des actifs incorporels et leur application.

6.157. Les techniques d'évaluation consistant à estimer la valeur actualisée des flux de trésorerie futurs susceptibles d'être tirés de l'exploitation des actifs incorporels transférés peuvent être particulièrement utiles lorsqu'elles sont correctement appliquées. Ces techniques présentent de nombreuses variantes. D'une manière générale, la valeur de l'actif incorporel est évaluée à partir de la valeur estimée des flux de trésorerie futurs que l'actif est susceptible de générer durant le reste de sa durée d'utilité prévisionnelle. Sa valeur est estimée en calculant la valeur actualisée des flux de trésorerie attendus⁶. Cette approche suppose, entre autres conditions, de disposer de données fiables et réalistes en matière de prévisions financières, de taux de croissance, de taux d'actualisation, de durée d'utilité des actifs incorporels et d'effets fiscaux de la transaction. Elle exige en outre, lorsque nécessaire, la prise en compte des valeurs finales. En fonction des faits et circonstances du cas d'espèce, la valeur actualisée des flux de trésorerie susceptibles d'être tirés de l'exploitation d'un actif incorporel devrait être calculée du point de vue de chacune des parties pour parvenir à un prix de pleine concurrence. Le prix de pleine concurrence s'établira à l'intérieur de la plage de valeurs actualisées estimées selon le point de vue du cédant et du cessionnaire. Les exemples 27 à 29 qui figurent à l'annexe I au chapitre VI illustrent le contenu du présent paragraphe.

6. Les évaluations financières fondées sur des prévisions s'appuient souvent sur des flux de trésorerie prévisionnels. Les estimations fondées sur les droits constatés, comme celles réalisées à des fins comptables ou fiscales, reflètent parfois mal l'échéancier des flux de trésorerie, ce qui peut conduire à des résultats différents selon que l'approche est fondée sur les revenus ou sur les flux de trésorerie. Toutefois, plusieurs arguments conduisent à considérer que, dans certains cas, les prévisions fondées sur les revenus donnent en pratique des résultats plus fiables que celles fondées sur les flux de trésorerie aux fins de la fixation des prix de transfert. Dans tous les cas, cependant, on veillera à ce que les estimations fondées sur les revenus ou sur les flux de trésorerie soient utilisées de manière cohérente et lorsque les circonstances le justifient. Par conséquent, les références à une approche fondée sur les flux de trésorerie renvoient plus largement aux estimations fondées sur les revenus et sur les flux de trésorerie, appliquées à bon escient.

D.2.6.4. Préoccupations propres à l'application de méthodes fondées sur la valeur actualisée des flux de trésorerie prévisionnels

6.158. Lors de l'application des techniques d'évaluation, y compris celles fondées sur les flux de trésorerie prévisionnels, il convient de tenir compte de la volatilité potentielle des estimations de valeur obtenues. De légères modifications apportées à l'une des hypothèses qui sous-tendent le modèle d'évaluation ou à un ou plusieurs paramètres de l'évaluation peuvent conduire à de grandes variations de la valeur estimée de l'actif incorporel fournie par le modèle. Un faible changement dans le pourcentage du taux d'actualisation ou dans celui des taux de croissance retenus pour établir les prévisions financières, ou une petite modification apportée aux hypothèses relatives à la durée d'utilité de l'actif incorporel peuvent profondément altérer l'évaluation définitive. En outre, cette volatilité est souvent amplifiée lorsque des changements concernent simultanément deux hypothèses ou paramètres, voire davantage.

6.159. La fiabilité de l'estimation de la valeur d'un actif incorporel obtenue à partir d'un modèle d'évaluation dépend tout particulièrement de la fiabilité des hypothèses sous-jacentes et du fait que l'évaluateur ait fait preuve d'une diligence raisonnable et d'un jugement sûr dans la validation des hypothèses retenues et dans l'estimation des paramètres employés.

6.160. Le rôle déterminant des hypothèses sous-jacentes et des paramètres d'évaluation justifie que les contribuables et les administrations fiscales qui utilisent des techniques d'évaluation pour déterminer les prix de pleine concurrence d'actifs incorporels transférés doivent : décrire expressément chaque hypothèse utilisée dans la construction du modèle d'évaluation ; énoncer les principes suivis lors du choix des paramètres d'évaluation ; et se tenir prêts à soutenir le caractère raisonnable des hypothèses et paramètres d'évaluation considérés. De plus, à titre de bonne pratique, les contribuables qui utilisent des techniques d'évaluation devraient inclure dans leur documentation relative aux prix de transfert une analyse de sensibilité montrant les effets que des changements dans les hypothèses et les paramètres retenus auraient sur la valeur estimée des actifs incorporels concernés.

6.161. En vue d'estimer la fiabilité d'un modèle d'évaluation, il peut être approprié de connaître la finalité première de l'évaluation et d'examiner les hypothèses et paramètres d'évaluation retenus dans le cadre de différentes évaluations conduites par le contribuable à des fins autres que fiscales. Il serait souhaitable que l'administration fiscale concernée demande des explications concernant toute incohérence entre les hypothèses utilisées pour évaluer un actif incorporel en vue de déterminer des prix de transfert et celles utilisées à d'autres fins. Par exemple, une telle demande est appropriée lorsqu'une entreprise a utilisé des taux d'actualisation élevés lors d'une analyse de prix de transfert tandis qu'elle utilise habituellement des taux plus faibles pour évaluer des projets potentiels de fusions et d'acquisitions. Il en va de même lorsqu'il

est affirmé que certains actifs incorporels ont une durée d'utilité réduite alors que, dans les prévisions réalisées dans d'autres contextes opérationnels, des actifs incorporels liés produisent des flux de trésorerie après la fin de la « durée d'utilité » annoncée en vue de la fixation des prix de transfert. Les évaluations utilisées par un groupe d'entreprises multinationales lorsque celui-ci prend ses décisions opérationnelles peuvent être plus fiables que celles menées aux seules fins d'une analyse des prix de transfert.

6.162. Les sections ci-après identifient plusieurs caractéristiques devant entrer en ligne de compte dans l'évaluation de certaines hypothèses importantes qui sous-tendent les calculs d'un modèle d'évaluation fondé sur l'actualisation des flux de trésorerie. Elles permettent de déterminer si une technique d'évaluation donnée a été appliquée de manière fiable. Indépendamment des diverses préoccupations décrites ci-dessus et présentées en détail dans les paragraphes suivants, selon les circonstances, l'application d'une telle technique d'évaluation, que ce soit dans le cadre de l'une des cinq méthodes des prix de transfert de l'OCDE ou comme une approche de travail utile, peut s'avérer plus fiable que n'importe quelle méthode de prix de transfert, en particulier en l'absence de transactions comparables sur le marché libre.

D.2.6.4.1. Degré d'exactitude des prévisions financières

6.163. La fiabilité de l'évaluation d'un actif incorporel transféré obtenue par des techniques d'évaluation fondées sur l'actualisation des flux de trésorerie dépend de l'exactitude des prévisions de flux de trésorerie et de revenus futurs sur lesquelles repose cette évaluation. Toutefois, l'exactitude des prévisions financières étant subordonnée à des évolutions du marché à la fois inconnues et imprévisibles à la date de l'évaluation, ce qui explique la nature incertaine des prévisions, il est essentiel que les contribuables et les administrations fiscales examinent avec soin les hypothèses qui sous-tendent les prévisions relatives aux revenus et aux dépenses à venir.

6.164. Il peut être particulièrement important de connaître l'origine et la finalité des prévisions financières pour procéder à leur évaluation. Certains contribuables réalisent des prévisions financières de manière régulière au titre de la planification de leurs activités, notamment parce que la direction de l'entreprise concernée s'appuie sur ces prévisions pour prendre des décisions de nature commerciale ou en matière d'investissement. Il est fréquent que les prévisions établies par une entreprise dans une finalité de planification non fiscale soient plus fiables que celles réalisées aux seules fins fiscales ou aux seules fins d'une analyse de prix de transfert.

6.165. La durée couverte par les prévisions entre également en ligne de compte pour évaluer la fiabilité de celles-ci. Plus la période durant laquelle un

actif incorporel est censé générer des flux de trésorerie positifs est étendue, moins est probable que les prévisions de revenus et de dépenses soient fiables.

6.166. Un autre élément de l'évaluation de la fiabilité des prévisions consiste à déterminer si le rendement des actifs incorporels et des produits et services qui leur sont liés a été clairement établi sur le plan financier. La prudence est toujours de mise avant de considérer que les résultats obtenus par le passé sont un indicateur fiable pour l'avenir, puisque de nombreux facteurs sont susceptibles de changer. Cependant, les résultats d'exploitation obtenus par le passé peuvent fournir des indications utiles sur le rendement à venir des produits et services liés aux actifs incorporels. Les prévisions relatives à des produits et services qui n'ont pas encore été commercialisés ou sont en cours de mise au point sont par nature moins fiables que celles qui s'appuient sur un historique de données.

6.167. La décision d'inclure ou non les coûts de mise au point dans les prévisions de flux de trésorerie doit tenir compte de la nature de l'actif incorporel transféré. Certains actifs incorporels peuvent avoir une durée d'utilité indéterminée et faire l'objet d'activités de mise au point continues. Dans ce cas, il est opportun d'inclure les coûts futurs de mise au point dans les prévisions de flux de trésorerie. Dans d'autres cas, comme dans celui des brevets, les prévisions portent sur un actif incorporel dont la phase de mise au point est terminée et qui ne constitue pas un socle pour la mise au point de nouveaux actifs incorporels. Dans cette situation, les coûts de mise au point ne devraient pas être inclus dans les prévisions de flux de trésorerie relatives à l'actif incorporel transféré.

6.168. Lorsque, pour les raisons mentionnées ci-dessus ou pour quelque autre motif, il est fondé de penser que les prévisions qui sous-tendent l'évaluation manquent de fiabilité ou sont incertaines, il importe de consulter les indications figurant à la section D.3.

D.2.6.4.2. Hypothèses relatives aux taux de croissance

6.169. Le taux de croissance prévisionnel est un paramètre clé pour certaines prévisions de flux de trésorerie et doit à ce titre être examiné avec soin. Les prévisions de flux de trésorerie sont souvent fondées sur les flux de trésorerie existants (ou sur les premiers flux de trésorerie suivant le lancement du produit pour les actifs incorporels en cours de développement) multipliés par un pourcentage de taux de croissance. Dans ce cas, le mode de calcul du taux de croissance doit être étudié. En particulier, il est rare que les revenus tirés d'un produit donné augmentent selon un taux de croissance fixe sur une longue période. Il importe de faire preuve de prudence et de ne pas accepter trop rapidement des modèles simples utilisant des taux de croissance fixes alors que ce choix n'est justifié ni par une expérience acquise avec des

produits et sur des marchés similaires, ni par des prévisions raisonnables sur la conjoncture commerciale à venir. En règle générale, une technique d'évaluation fondée sur des prévisions de flux de trésorerie futurs est mise en œuvre de manière fiable lorsqu'elle s'appuie sur une étude des tendances d'évolution des revenus et des dépenses réalisée à partir de l'expérience acquise dans le secteur et dans l'entreprise pour des produits similaires.

D.2.6.4.3. Taux d'actualisation

6.170. Le ou les taux d'actualisation employés pour calculer la valeur actualisée des flux de trésorerie prévisionnels sont un élément central d'un modèle d'évaluation. Le taux d'actualisation prend en compte la valeur temps de l'argent et les risques ou incertitudes relatifs aux flux de trésorerie prévisionnels. De légers changements apportés à certains taux d'actualisation pouvant déboucher sur de fortes variations de la valeur des actifs incorporels calculée grâce à ces techniques, il est essentiel que les contribuables et les administrations fiscales prêtent une grande attention aux analyses conduites et aux hypothèses retenues lors du choix du ou des taux d'actualisation employés dans le modèle d'évaluation.

6.171. Il n'existe pas d'approche unique pour établir un taux d'actualisation approprié dans tous les cas aux fins de la fixation des prix de transfert. Les contribuables et les administrations fiscales ne devraient pas considérer qu'un taux d'actualisation fondé sur l'approche du coût moyen pondéré du capital ou sur toute autre approche peut être utilisé dans toutes les analyses relatives aux prix de transfert pour lesquelles le calcul des taux d'actualisation appropriés est important. En effet, la détermination du taux d'actualisation approprié passe par un examen des circonstances, des risques et des flux de trésorerie propres à chaque cas d'espèce.

6.172. Lors de la fixation et de l'évaluation des taux d'actualisation, il importe de reconnaître que, dans certains cas, notamment si l'évaluation porte sur des actifs incorporels en cours de mise au point, les actifs incorporels figurent parmi les composantes les plus risquées de l'activité du contribuable. Il convient également d'avoir à l'esprit que certaines activités sont par nature plus risquées que d'autres et que certains flux de trésorerie présentent naturellement une volatilité plus forte que d'autres. Par exemple, la probabilité que les dépenses prévues pour la recherche-développement soient effectivement engagées peut être supérieure à celle de voir les prévisions de revenus effectivement atteintes. Les taux d'actualisation devraient donc refléter les niveaux de risque de l'ensemble des activités ainsi que la volatilité des différents flux de trésorerie prévus en tenant compte des circonstances propres à chaque cas d'espèce.

6.173. Certains risques pouvant être pris en compte tant lors de l'établissement des prévisions financières que lors de la fixation du taux d'actualisation, on veillera à ne pas comptabiliser ces risques à double titre lors des calculs d'actualisation.

D.2.6.4.4. Durée d'utilité des actifs incorporels et valeurs finales

6.174. Les techniques d'évaluation sont souvent fondées sur des prévisions des flux de trésorerie générés par l'exploitation de l'actif incorporel pendant sa durée d'utilité. Dans ce cas, la définition de la durée d'utilité réelle de l'actif incorporel est l'une des hypothèses clés qui sous-tendent le modèle d'évaluation.

6.175. La durée d'utilité prévisionnelle d'un actif incorporel doit être établie en examinant l'ensemble des faits et circonstances du cas d'espèce. La durée d'utilité d'un actif incorporel peut dépendre notamment de la nature et de la durée des protections juridiques dont il bénéficie. Elle peut également dépendre du rythme des évolutions technologiques et d'autres facteurs qui ont une incidence sur les conditions de concurrence dans l'environnement économique considéré. Voir à ce propos la section D.2.1.4.

6.176. Dans certains cas, des actifs incorporels peuvent continuer à alimenter les flux de trésorerie pendant plusieurs années après l'expiration des protections juridiques ou après le retrait du marché des produits qui leur étaient spécifiquement liés. Cela peut être notamment le cas lorsqu'une génération d'actifs incorporels constitue le socle de la mise au point des générations suivantes d'actifs incorporels et de nouveaux produits. Dans ce cas, il peut être justifié d'attribuer une fraction des flux de trésorerie générés par de nouveaux produits encore à l'état de projet à des actifs incorporels parvenus, quant à eux, au terme de leur durée d'utilité. Il convient par ailleurs de reconnaître que, si certains actifs incorporels ont une durée d'utilité indéterminée au moment de l'évaluation, cela ne signifie pas pour autant que des revenus exceptionnels leur seront indéfiniment attribuables.

6.177. À cet égard, lorsqu'un actif incorporel alimente des flux de trésorerie au-delà de la période couverte par les prévisions financières raisonnables, on pourra être amené à calculer la valeur finale des flux de trésorerie générés par cet actif. Si une évaluation utilise des valeurs finales, les hypothèses formulées pour leur calcul doivent être clairement énoncées et les hypothèses sous-jacentes examinées en détail, notamment pour ce qui concerne les taux de croissance.

D.2.6.4.5. Hypothèses relatives à l'imposition

6.178. Lorsque la technique d'évaluation vise à isoler les flux de trésorerie prévisionnels générés par un actif incorporel, il peut être nécessaire d'évaluer et de quantifier les effets sur les prévisions de flux de trésorerie des futurs impôts sur les bénéfices prévisionnels. Les éléments fiscaux à prendre en compte couvrent notamment : (i) les impôts prévisionnels qui devraient grever les futurs flux de trésorerie ; (ii) les réductions d'impôt liées à l'amortissement fiscal dont le cessionnaire pourrait, le cas échéant, bénéficier ; (iii) les impôts que le cédant devrait, le cas échéant, acquitter au titre du transfert.

D.2.7. Conditions de paiement

6.179. Les contribuables disposent d'une grande latitude concernant les conditions de paiement des actifs incorporels transférés. Lors d'une transaction entre parties indépendantes, ces paiements prennent souvent la forme d'un versement unique pour un montant forfaitaire. Il est également fréquent d'observer des versements périodiques pendant une durée déterminée. Les accords portant sur des versements périodiques peuvent donner lieu soit à une série de paiements partiels d'un montant égal, soit à des paiements conditionnels dont le montant varie en fonction du volume de vente des produits liés aux actifs incorporels, de la rentabilité, ou d'un autre paramètre. Les principes énoncés dans la section D.1.1 du chapitre I devraient être suivis lors de l'analyse des accords conclus par un contribuable en matière de conditions de paiement.

6.180. Lors de l'examen des dispositions relatives aux conditions de paiement prévues par les accords conclus par un contribuable, il convient de souligner que certaines modalités de paiement supposent des risques plus ou moins importants pour l'une des parties. Par exemple, un paiement conditionné aux ventes ou bénéfices à venir suppose généralement un risque plus élevé pour le cédant que le versement unique d'un montant forfaitaire ou qu'une série de paiements partiels d'un montant égal, du fait de l'existence d'une condition. Les conditions de paiement retenues doivent être appropriées au regard des faits et circonstances du cas d'espèce, y compris les accords conclus par écrit, le comportement effectif des parties et la capacité des parties à gérer et assumer les risques de paiement correspondants. En particulier, le montant des paiements prévus devrait tenir compte de la valeur temps de l'argent et des éléments de risque propres aux conditions de paiement choisies. Par exemple, si une technique d'évaluation est appliquée pour calculer la valeur forfaitaire actualisée d'un actif incorporel transféré et qu'un contribuable choisit un paiement conditionné aux ventes à venir, le taux d'actualisation employé pour convertir l'évaluation forfaitaire en un flux de paiements conditionnés par les ventes pendant la durée d'utilité de l'actif transféré devrait tenir compte, d'une part, du risque accru pour le cédant si les ventes ne se réalisent pas et donc si

les paiements n'interviennent pas et, d'autre part, des conséquences, en termes de valeur temps de l'argent, du report des paiements sur les années suivantes.

D.3. Détermination du prix de pleine concurrence de transactions impliquant des actifs incorporels pour lesquels l'évaluation est très incertaine au moment de la transaction

6.181. Les actifs incorporels ou les droits sur des actifs incorporels possèdent parfois des caractéristiques très spécifiques, de sorte qu'il est difficile de trouver des éléments de comparaison et, dans certains cas, d'évaluer la valeur d'un actif incorporel au moment où il fait l'objet d'une transaction. Lorsque l'évaluation d'un actif incorporel ou des droits sur un actif incorporel pouvant être effectuée au moment de la transaction est très incertaine, le problème qui se pose est de savoir comment déterminer le prix de pleine concurrence. La solution consiste, tant pour le contribuable que pour l'administration fiscale, à se référer à la manière dont des entreprises indépendantes auraient procédé dans des circonstances comparables pour tenir compte, dans la fixation du prix de la transaction, de l'incertitude entourant l'évaluation. C'est pour cette raison que les principes et le processus recommandés dans la section D du chapitre I, ainsi que les principes énoncés au chapitre III, tel que complété par les directives du présent chapitre pour mener une analyse de comparabilité, sont pertinents.

6.182. En fonction des faits et des circonstances, des entreprises indépendantes peuvent adopter différents mécanismes pour faire face à ce problème de grande incertitude de l'évaluation d'un actif incorporel pouvant être effectuée au moment de la transaction. Ainsi, l'une des possibilités consiste à fixer le prix dès le départ sur la base des avantages escomptés (compte tenu des divers facteurs économiques). Pour déterminer les avantages escomptés, des entreprises indépendantes rechercheraient dans quelle mesure l'évolution future est envisageable et prévisible. Dans certains cas, des entreprises indépendantes jugeront que les mises au point sont suffisamment prévisibles et que, par conséquent, les prévisions d'avantages sont suffisamment fiables pour que le prix de la transaction soit fixé dès le départ en fonction de ces prévisions, sans se réserver le droit de procéder à des ajustements à l'avenir.

6.183. Dans d'autres cas, des entreprises indépendantes jugeront que la fixation du prix uniquement sur la base des avantages escomptés ne permet pas de se prémunir suffisamment contre les risques liés à la forte incertitude qui entoure l'évaluation de l'actif incorporel. Des entreprises indépendantes pourront alors opter par exemple pour des contrats de plus courte durée ou de faire figurer dans leurs contrats des clauses de révision des prix, ou d'adopter une structure de paiement impliquant des paiements conditionnels, de façon à se prémunir contre des événements insuffisamment prévisibles. À ces fins, un accord impliquant des paiements conditionnels est tout

accord sur le prix dans lequel le montant ou le calendrier des paiements est tributaire d'événements éventuels, notamment la réalisation des seuils financiers prédéterminés comme les ventes ou les bénéfices, ou d'étapes de développement prédéterminées (par exemple une redevance ou des versements d'étape périodiques). Ainsi, le taux de la redevance pourra être relevé à mesure qu'augmentent les ventes du licencié, ou des paiements supplémentaires pourraient intervenir au moment où certains objectifs de développement sont atteints avec succès. Pour un transfert des actifs incorporels ou des droits sur des actifs incorporels à un stade où ils ne sont pas prêts à être commercialisés, mais exigent la poursuite de leur mise au point, les modalités de paiement adoptées par des parties indépendantes sur le transfert initial, pourraient inclure la détermination de montants conditionnels supplémentaires qui ne seraient exigibles qu'au moment où les étapes spécifiées auront été réalisées au cours de leur mise au point ultérieure.

6.184. On peut également imaginer que des entreprises indépendantes décident d'assumer le risque d'événements imprévisibles. Cependant, l'éventualité d'événements majeurs ou de développements imprévus pour les parties au moment de la transaction ou d'événements ou développements prévus et considérés comme ayant une faible probabilité d'occurrence modifiant les hypothèses fondamentales retenues pour la fixation du prix, peut donner lieu à une renégociation du prix d'un commun accord et à leur avantage mutuel. Par exemple, une telle renégociation pourrait être conforme à des conditions de pleine concurrence si un taux de redevance calculé en fonction des ventes d'un médicament breveté se révélait tout à fait excessif en raison de la mise au point inattendue d'un nouveau traitement très bon marché. Du fait du niveau excessif de la redevance, le licencié pourra n'avoir plus aucun intérêt à fabriquer ou à vendre le médicament, ce qui pourra justifier une renégociation du contrat par le licencié. Il peut arriver que le donneur de licence ait un intérêt à maintenir le médicament sur le marché et de conserver le même licencié pour la fabrication ou la vente de ce médicament, et ce en raison des compétences et de l'expertise du licencié ou d'une relation de coopération de longue date entre eux. Dans ces circonstances, les parties pourraient prospectivement renégocier à leur avantage mutuel tout ou partie de l'accord et fixer un taux de redevance plus faible. En tout état de cause, si la renégociation avait lieu, elle dépendrait de tous les faits et circonstances de chaque cas.

6.185. Dans le cas où, dans des circonstances comparables, des entreprises indépendantes auraient opté pour la mise en place d'un mécanisme pour faire face à la forte incertitude qui entoure l'évaluation de l'actif incorporel (par exemple une clause de révision des prix), l'administration fiscale doit avoir la possibilité de déterminer le prix d'une transaction impliquant un actif incorporel ou des droits sur un actif incorporel sur la base d'un tel mécanisme. De même, dans le cas où des entreprises indépendantes, dans des circonstances comparables, auraient jugé imprévisibles des événements ultérieurs si

fondamentaux que leur survenance aurait abouti à une renégociation pour l'avenir du prix fixé pour une transaction, ces événements devraient également conduire à modifier le prix d'une transaction comparable entre entreprises associées.

D.4. Actifs incorporels difficiles à valoriser

6.186. Une administration fiscale peut éprouver des difficultés à établir ou à vérifier quels sont les développements ou événements qui peuvent être considérés comme pertinents pour déterminer le prix d'une transaction impliquant le transfert d'actifs incorporels ou des droits sur des actifs incorporels et à déterminer dans quelle mesure la concrétisation de ces développements ou événements ou leur orientation pourrait avoir été prévue ou être raisonnablement prévisible au moment où la transaction a été conclue. Les développements ou événements qui peuvent être pertinents pour l'évaluation d'un actif incorporel sont, le plus souvent, étroitement liés à l'environnement commercial dans lequel l'actif incorporel est développé ou exploité. Par conséquent, l'évaluation permettant de déterminer quels sont les développements ou événements pertinents et de déterminer si l'orientation de ces développements ou événements aurait pu être prévue ou était raisonnablement prévisible nécessite des connaissances spécifiques, une expertise et une approche de l'environnement commercial dans lequel l'actif incorporel est développé ou exploité. En outre, les évaluations qu'il est prudent d'effectuer lors de l'évaluation du transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels dans le cadre d'une transaction sur le marché libre, ne peuvent pas être considérées comme nécessaires ni utiles à des fins autres que les prix de transfert par un groupe d'entreprises multinationales lorsque le transfert a lieu au sein du groupe, ce qui aboutit à des évaluations qui peuvent être incomplètes. Par exemple, une entreprise peut transférer un actif incorporel, à un stade précoce du développement, à une entreprise associée, fixer une redevance qui ne reflète pas la valeur de l'actif incorporel au moment du transfert et faire valoir plus tard qu'il n'était pas possible, au moment du transfert, de prévoir avec certitude le succès qu'a eu le produit. La différence entre la valeur *ex ante* et la valeur *ex post* d'un actif incorporel serait par conséquent attribuée par le contribuable à des développements plus favorables que prévu. L'expérience générale des administrations fiscales dans ces situations montre qu'elles n'ont pas les connaissances commerciales spécifiques ni l'accès aux informations pour leur permettre d'examiner la demande du contribuable et de démontrer que la différence entre la valeur *ex ante* et la valeur *ex post* de l'actif incorporel résulte d'hypothèses de fixation des prix non conformes au principe de pleine concurrence avancées par le contribuable. Au contraire, les administrations fiscales qui cherchent à examiner les demandes du contribuable sont largement tributaires des documents et informations fournis par le contribuable. Ces situations associées à l'asymétrie des

informations entre les contribuables et les administrations fiscales peuvent être risquées dans le cadre des prix de transfert. Voir le paragraphe 6.191.

6.187. Dans ces situations impliquant le transfert d'un actif incorporel ou des droits sur un actif incorporel, les résultats *ex post* peuvent servir de point de départ aux administrations fiscales pour constater que le prix de la transaction *ex ante* est conforme au principe de pleine concurrence convenu entre des entreprises associées et qu'il existait des incertitudes au moment de la transaction. En l'absence de différences entre les projections *ex ante* et les résultats *ex post*, qui ne résultent pas de développements ou d'événements imprévisibles, les différences peuvent indiquer que le prix de la transaction convenu par des entreprises associées au moment où la transaction a été conclue peut ne pas avoir tenu compte de manière appropriée des développements ou événements pertinents qui pourraient avoir affecté la valeur de l'actif incorporel et les prix fixés dans les transactions.

6.188. En réponse aux problèmes soulevés ci-dessus, cette section propose une approche conforme au principe de pleine concurrence que les administrations fiscales peuvent adopter pour pouvoir déterminer les situations dans lesquelles les prix fixés pour les transactions, déterminés par les contribuables, sont conformes au principe de pleine concurrence et reposent sur une pondération adéquate des développements ou événements prévisibles, qui sont pertinents pour l'évaluation de certains actifs incorporels difficiles à valoriser et les situations dans lesquelles ce n'est pas le cas. Dans le cadre de cette approche, les éléments probants *ex post* fournissent une présomption de preuve quant à l'existence d'incertitudes au moment de la transaction, permettant de déterminer si le contribuable a tenu compte de manière appropriée des développements ou événements raisonnablement prévisibles au moment de la transaction et de la fiabilité des informations utilisées *ex ante* pour déterminer le prix de transfert applicable au transfert de ces actifs incorporels ou de ces droits sur les actifs incorporels. Cette présomption de preuve peut être réfutée, comme indiqué aux paragraphes 6.193 et 6.194, s'il est possible de démontrer qu'elle n'affecte pas la détermination précise du principe de pleine concurrence. Cette situation doit être distinguée de la situation dans laquelle on utilise l'appréciation *a posteriori* en prenant les résultats *ex post* à des fins d'évaluation fiscale sans se demander si les informations sur lesquelles sont fondés les résultats *ex post* auraient pu ou dû être raisonnablement connues par les entreprises associées au moment de conclure la transaction.

6.189. L'expression « actifs incorporels difficiles à valoriser » désigne des actifs incorporels ou des droits sur des actifs incorporels pour lesquels, au moment du transfert entre des entreprises associées, (i) il n'existe pas de comparables fiables et (ii) au moment de la conclusion de la transaction, les prévisions des flux de trésorerie ou de revenus futurs susceptibles d'être tirés de l'actif incorporel transféré ou les hypothèses utilisées pour évaluer l'actif

incorporel sont très incertaines, et rendent difficile la prévision du niveau de réussite finale de l'actif incorporel au moment du transfert.

6.190. Les transactions impliquant le transfert ou l'utilisation des actifs incorporels difficiles à valoriser décrits au paragraphe 6.189 peuvent présenter une ou plusieurs des caractéristiques suivantes :

- L'actif incorporel n'est développé que partiellement au moment du transfert ;
- Il n'est pas prévu d'exploiter commercialement l'actif incorporel avant plusieurs années après la transaction ;
- L'actif incorporel ne rentre pas lui-même dans le cadre de la définition de l'actif incorporel du paragraphe 6.189 mais il fait partie intégrante de la mise au point ou de l'amélioration d'autres actifs incorporels qui rentrent dans le champ d'application de la définition des actifs incorporels difficiles à valoriser ;
- Il est prévu d'exploiter l'actif incorporel d'une manière qui est nouvelle au moment du transfert et l'absence d'expérience du développement ou de l'exploitation d'actifs incorporels similaires rend les prévisions très incertaines ;
- L'actif incorporel, selon la définition des actifs incorporels difficiles à valoriser du paragraphe 6.189, a été transféré à une entreprise associée en échange du paiement d'une somme forfaitaire ;
- L'actif incorporel est utilisé ou développé dans le cadre d'un ARC ou d'accord similaires.

6.191. En ce qui concerne ces actifs incorporels, l'asymétrie des informations entre le contribuable et les administrations fiscales, notamment les informations prises en compte par le contribuable pour déterminer le prix de la transaction, peut revêtir une importance particulière et peut aggraver les difficultés des administrations fiscales à vérifier le principe de pleine concurrence à partir duquel le prix a été déterminé, pour les raisons évoquées au paragraphe 6.186. Par conséquent, l'administration fiscale éprouvera des difficultés à effectuer une évaluation du risque à des fins de prix de transfert, à évaluer la fiabilité des informations sur lesquelles se fondent le prix déterminé par le contribuable ou à examiner si l'actif incorporel ou les droits sur les actifs incorporels ont été transférés à un prix sous-évalué ou surévalué par rapport au prix de pleine concurrence jusqu'à ce que les résultats *ex post* soient connus au cours des années suivant le transfert.

6.192. Dans ces circonstances, l'administration fiscale peut considérer les résultats *ex post* comme une présomption d'éléments probants relatifs au bien-fondé des accords de prix *ex ante*. Néanmoins, la prise en compte des éléments probants *ex post* doit reposer sur la détermination que ces éléments

probants doivent être pris en compte pour évaluer la fiabilité des informations qui ont servi de base au calcul du prix *ex ante*. Lorsque l'administration fiscale est en mesure de confirmer la fiabilité des informations sur lesquelles se fonde le prix *ex ante*, nonobstant l'approche décrite dans cette section, des ajustements reposant sur les niveaux de bénéfices *ex post* doivent alors être effectués. Lors de l'évaluation des accords de prix *ex ante*, l'administration fiscale est autorisée à utiliser les éléments probants *ex post* relatifs aux résultats financiers pour déterminer les accords de prix de pleine concurrence, notamment les accords de prix éventuels, qui auraient été conclus entre des entreprises indépendantes au moment de la transaction, en tenant compte des orientations du paragraphe 6.185. En fonction des faits et circonstances du cas d'espèce et en tenant compte des orientations de la section B.5 du chapitre III, une analyse des informations sur plusieurs années peut convenir à l'application de cette approche.

6.193. Cette approche ne s'appliquera pas aux transactions impliquant le transfert ou l'utilisation d'actifs incorporels difficiles à valoriser rentrant dans le champ d'application du paragraphe 6.189, si au moins l'une des exceptions suivantes s'applique :

- i) Le contribuable fournit :
 1. Les informations détaillées des prévisions *ex ante* utilisées au moment du transfert pour déterminer les accords de prix, notamment les modalités de prise en compte des risques dans les calculs pour déterminer le prix (par exemple, pondération selon les probabilités) et le bien-fondé de sa prise en compte des événements raisonnablement prévisibles et des autres risques ainsi que la probabilité de réalisation, et
 2. Des preuves fiables que la différence significative entre les prévisions financières et les résultats réels est due à : a) des développements ou événements imprévisibles survenant après la détermination du prix, que les entreprises associées ne pouvaient pas prévoir au moment de la transaction ou b) la réalisation de la probabilité d'occurrence des résultats prévisibles et au fait que ces probabilités n'étaient pas sous-estimées ou surestimées de manière significative au moment de la transaction.
- ii) Le transfert des actifs incorporels difficiles à valoriser est couvert par un accord préalable en matière de prix bilatéral ou multilatéral, en vigueur pour la période concernée entre les juridictions du cessionnaire et du cédant ;
- iii) Toute différence significative entre les projections financières et les résultats réels mentionnés au (i).2 ci-dessus n'a pas pour effet de réduire ou d'augmenter la rémunération des actifs incorporels

difficiles à valoriser de plus de 20 % par rapport à la rémunération définie au moment de la transaction ;

- iv) Une durée de commercialisation de 5 ans s'est écoulée après l'année au cours de laquelle l'actif incorporel difficile à valoriser a généré pour la première fois des revenus d'une partie non liée pour le cessionnaire et pendant cette période de commercialisation, une différence significative entre les prévisions financières et les résultats réels mentionnés au (i).2 ci-dessus n'a pas excédé de plus de 20 % les prévisions pour cette période⁷.

6.194. La première exception signifie que, même si des éléments probants *ex post* sur les résultats financiers fournissent des informations pertinentes aux administrations fiscales pour examiner le bien-fondé des accords de prix *ex ante*, dans les circonstances où le contribuable peut démontrer de manière satisfaisante ce qui était prévisible au moment de la transaction et pris en compte dans les hypothèses de prix, et démontrer que les développements se traduisant par une différence entre les prévisions et les résultats sont dus à des événements imprévisibles, les administrations fiscales ne seront pas en droit de procéder à des ajustements des accords de prix *ex ante* reposant sur les résultats *ex post*. Par exemple, si les éléments probants des résultats financiers démontrent que les ventes des produits utilisant l'actif incorporel transféré se sont élevées à 1 000 par an tandis que les accords de prix *ex ante* étaient fondés sur des prévisions de ventes ne dépassant pas 100 par an, l'administration fiscale examinera alors les raisons pour lesquelles les ventes atteignent des volumes aussi élevés. Si ces volumes plus élevés sont dus, par exemple, à une croissance exponentielle de la demande de produits utilisant l'actif incorporel à la suite d'une catastrophe naturelle ou de tout autre événement imprévu, qui était clairement imprévisible au moment de la transaction ou dont la probabilité de réalisation était très faible, le prix *ex ante* sera alors considéré comme conforme au principe de pleine concurrence sauf s'il existe d'autres éléments probants que les résultats financiers, indiquant que le prix fixé n'était pas conforme au prix de pleine concurrence.

6.195. Il conviendrait de faciliter le règlement des situations de double imposition résultant de l'application de l'approche des actifs incorporels difficiles à valoriser dans le cadre d'une procédure amiable aux termes de la convention applicable.

7. Dans certains secteurs d'activités, il n'est pas rare qu'un actif incorporel soit transféré avec une clause conditionnelle relative à un second usage ou à un usage supplémentaire. En ce qui concerne le types d'actifs incorporels concernés, la période prise en compte recommence avec la nouvelle commercialisation.

D.5. Principes supplémentaires pour les transactions portant sur l'utilisation d'actifs incorporels en lien avec la vente de biens ou la fourniture de services

6.196. Cette section fournit des principes supplémentaires pour l'application des principes exposés dans les chapitres I à III lorsqu'une partie à la transaction contrôlée, ou les deux, utilisent des actifs incorporels en lien avec la vente de biens ou la fourniture de services sans procéder à un transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels. Lorsqu'elle porte sur des actifs incorporels, l'analyse de prix de transfert doit étudier avec soin les effets de l'existence de ces actifs sur les prix et les autres conditions des transactions contrôlées.

D.5.1. Les actifs incorporels comme facteur de comparabilité des transactions portant sur l'utilisation d'actifs incorporels

6.197. Les principes généraux énoncés dans la section D.1 des chapitres I et III s'appliquent également aux analyses de comparabilité qui visent des transactions portant sur des actifs incorporels en lien avec une transaction contrôlée relative à la vente de biens ou à la fourniture de services. Cependant, le fait que les actifs concernés soient des actifs incorporels peut soulever des défis en matière de comparabilité.

6.198. Aux fins d'une analyse des prix de transfert, lorsque la méthode de fixation des prix de transfert la plus appropriée est celle du prix de revente, du coût majoré ou la méthode transactionnelle de la marge nette, la partie à la transaction qui présente le degré de complexité moindre est souvent retenue comme partie testée. Dans de nombreux cas, les prix de pleine concurrence ou la part des bénéfices attribuée à la partie testée peuvent être déterminés sans qu'il soit nécessaire d'évaluer les actifs incorporels utilisés en lien avec la transaction. Cette situation se présente généralement lorsque seule la partie non testée utilise des actifs incorporels. Dans certains cas toutefois, la partie testée, malgré le degré de complexité moindre de ses activités, peut utiliser de fait des actifs incorporels. De même, les parties à des transactions sur le marché libre potentiellement comparables peuvent utiliser des actifs incorporels. Dès lors qu'une telle situation se présente, il devient nécessaire d'examiner les actifs incorporels utilisés par la partie testée ou par les parties aux transactions sur le marché libre potentiellement comparables, les actifs incorporels constituant un facteur de comparabilité aux fins de l'analyse.

6.199. Par exemple, une partie testée qui assure la commercialisation et la distribution de biens achetés dans le cadre de transactions contrôlées peut avoir mis au point des actifs incorporels relevant du domaine de la commercialisation dans les zones géographiques où elle conduit ses activités, comme des listes de clients, des relations avec la clientèle ou des données

relatives aux clients. Elle peut aussi avoir développé des savoir-faire en matière de logistique, développé des logiciels ou d'autres outils qui lui procurent des avantages dans l'exercice de ses activités de distribution. Les effets de ces actifs incorporels sur la rentabilité de la partie testée devraient être pris en compte lors de l'analyse de comparabilité.

6.200. Il convient cependant de souligner que bien souvent, lorsque la partie testée utilise de tels actifs incorporels, les parties aux transactions comparables sur le marché libre disposent elles aussi d'actifs de même type. Ainsi, dans le cas d'une entreprise de distribution, il est probable qu'une entité indépendante exerçant des activités de distribution dans le même secteur et sur le même marché que la partie testée connaisse des clients potentiels et soit entrée en relation avec eux, qu'elle ait recueilli des données concernant ces clients, qu'elle dispose de ses propres systèmes logistiques efficaces ou détienne dans d'autres domaines encore des actifs incorporels similaires à ceux de la partie testée. Dans ce cas, le degré de comparabilité peut être suffisamment élevé pour que les prix acquittés ou les marges engrangées par les entreprises potentiellement comparables constituent un indicateur approprié pour déterminer une rémunération de pleine concurrence des fonctions que la partie testée exerce et des actifs incorporels qu'elle possède.

6.201. Lorsque la partie testée et l'entreprise potentiellement comparable détiennent des actifs incorporels comparables, ceux-ci ne sont pas des actifs incorporels uniques et de valeur au sens du paragraphe 6.17 et aucun ajustement de comparabilité n'est par conséquent nécessaire au titre des actifs incorporels. Dans ce cas, le comparable potentiel représente le mieux la contribution des actifs incorporels de la partie testée aux bénéfices de celle-ci. Toutefois, si des actifs incorporels uniques et de valeur sont détenus et utilisés soit par la partie testée, soit par l'entreprise potentiellement comparable, il peut être nécessaire de réaliser des ajustements de comparabilité, voire de sélectionner une autre méthode de prix de transfert. Dans ce cas de figure, les principes exposés aux sections D.2.1 à D.2.4 s'appliquent à l'évaluation de la comparabilité des actifs incorporels.

6.202. Il convient que les contribuables et les administrations fiscales fassent preuve de retenue lorsqu'ils rejettent des comparables potentiels du fait de l'utilisation d'actifs incorporels par les parties à des transactions potentiellement comparables ou par la partie testée. En règle générale, des comparables potentiels ne devraient pas être rejetés parce que l'existence d'actifs incorporels non spécifiés ou d'une survaleur importante a été avancée. Si des transactions ou des entreprises identifiées sont par ailleurs comparables, elles peuvent fournir le meilleur indicateur disponible pour fixer le prix de pleine concurrence, indépendamment de l'existence d'actifs incorporels relativement peu importants utilisés soit par la partie testée, soit par les parties aux transactions potentiellement comparables. Le rejet de transactions

potentiellement comparables devrait être fondé sur l'existence et l'utilisation d'actifs incorporels non comparables seulement lorsque ces derniers peuvent être identifiés de façon claire et distincte et qu'il s'agit manifestement d'actifs uniques et de valeur.

D.5.2. Détermination de prix de pleine concurrence pour des transactions portant sur l'utilisation d'actifs incorporels en lien avec la vente de biens ou la fourniture de services

6.203. Les principes énoncés dans les chapitres I à III s'appliquent à la fixation des prix de pleine concurrence pour les transactions portant sur l'utilisation d'actifs incorporels en lien avec la vente de biens ou la fourniture de services. On distingue généralement deux types de situations. Dans le premier cas, l'analyse de comparabilité, notamment l'analyse fonctionnelle, conclut à l'existence de comparables suffisamment fiables pour déterminer les conditions de pleine concurrence pour la transaction en utilisant une méthode de prix de transfert fondée sur des comparables. Dans le second cas, l'analyse de comparabilité, notamment l'analyse fonctionnelle, ne permet pas d'identifier de manière fiable des transactions comparables sur le marché libre, ce qui découle souvent directement de l'utilisation par une partie à la transaction, ou par les deux parties, d'actifs incorporels uniques et de valeur. Les approches applicables dans les deux cas afin de déterminer les prix de transfert sont décrites dans les paragraphes suivants.

D.5.2.1. Situations où des comparables fiables existent

6.204. Il est fréquent que des comparables fiables puissent être identifiés malgré l'utilisation d'actifs incorporels par l'une au moins des parties à une transaction contrôlée de vente de biens ou de fourniture de services. Selon les circonstances du cas d'espèce, l'une ou l'autre des cinq méthodes de prix de transfert de l'OCDE décrites au chapitre II pourra être la plus appropriée si la transaction s'accompagne de l'utilisation d'actifs incorporels en lien avec une transaction contrôlée de vente de biens ou de fourniture de services et si des comparables fiables existent.

6.205. Lorsque la partie testée n'utilise pas d'actifs incorporels uniques et de valeur, et lorsque des comparables fiables peuvent être identifiés, les prix de pleine concurrence peuvent souvent être établis en employant une méthode unilatérale, notamment les méthodes du prix comparable sur le marché libre, du prix de revente, du coût majoré ou la méthode transactionnelle de la marge nette. Dans ce cas, les indications présentées dans les chapitres I à III sont généralement suffisantes aux fins de la détermination des prix de pleine concurrence, sans qu'il y ait lieu d'examiner en détail la nature des actifs incorporels utilisés par l'autre partie à la transaction.

6.206. Il convient de se référer aux principes décrits aux sections D.2.1 à D.2.4 du présent chapitre pour déterminer si l'utilisation des actifs incorporels par la partie testée retire toute leur fiabilité aux transactions comparables sur le marché libre qui ont été identifiées ou rend nécessaire la réalisation d'ajustements de comparabilité. Le recours à des ajustements de comparabilité ou le choix d'une méthode de prix de transfert moins dépendante des transactions comparables sur le marché libre ne s'imposent que si les actifs incorporels utilisés par la partie testée sont des actifs uniques et de valeur. Lorsque les actifs incorporels utilisés par la partie testée sont d'une autre nature, les prix versés ou perçus, les marges et revenus obtenus par les parties lors de transactions comparables sur le marché libre peuvent fournir un indicateur fiable pour déterminer les conditions de pleine concurrence.

6.207. Lorsque des ajustements de comparabilité s'imposent du fait des différences entre les actifs incorporels utilisés par la partie testée dans le cadre d'une transaction contrôlée et les actifs incorporels utilisés par une partie dans le cadre d'une transaction sur le marché libre potentiellement comparable, le calcul d'ajustements de comparabilité fiables peut soulever des questions factuelles auxquelles il est difficile de répondre. Il convient alors de procéder à un examen approfondi des faits et circonstances du cas d'espèce et des données disponibles concernant les effets des actifs incorporels sur les prix et les bénéfices. Lorsqu'une différence de nature entre différents actifs incorporels a manifestement un effet sur les prix mais ne peut faire l'objet d'une estimation fiable, il peut s'avérer nécessaire de choisir une méthode de prix de transfert moins dépendante de l'identification de comparables fiables.

6.208. Il convient également de souligner que, dans le cas d'une utilisation d'actifs incorporels en lien avec une transaction contrôlée de vente de biens ou de services, les différences de nature entre les actifs incorporels utilisés ne sont pas les seules raisons justifiant des ajustements de comparabilité. En particulier, des ajustements de comparabilité peuvent s'imposer du fait de différences existant entre les marchés, les avantages de localisation, les stratégies opérationnelles, le collectif de travail, les synergies d'entreprise et d'autres facteurs similaires. Si ces facteurs ne peuvent être qualifiés d'actifs incorporels au sens donné à ce terme dans la section A.1 du présent chapitre, ils peuvent cependant avoir des effets importants sur les prix de pleine concurrence dans des situations caractérisées par l'utilisation d'actifs incorporels.

D.5.2.2. Situations où il n'existe pas de comparables fiables

6.209. Lorsqu'aucune transaction sur le marché libre comparable de manière fiable n'a pu être identifiée, la méthode transactionnelle du partage des bénéfices peut être utilisée pour définir une répartition conforme au principe de pleine concurrence des bénéfices générés par les ventes de produits ou

les fournitures de services assorties de l'utilisation d'actifs incorporels. La méthode transactionnelle du partage des bénéfices peut notamment être utilisée lorsque les deux parties à la transaction apportent des contributions uniques et de grande valeur à la transaction.

6.210. La section C dans la partie III du chapitre II contient des indications à prendre en compte pour mettre en œuvre la méthode transactionnelle du partage des bénéfices. Ces indications s'appliquent pleinement aux situations caractérisées par l'utilisation d'actifs incorporels en lien avec la vente de produits ou la fourniture de services dans le cadre de transactions contrôlées.

6.211. Lors de l'application d'une méthode de partage des bénéfices à un cas d'espèce caractérisé par l'utilisation d'actifs incorporels, il faut veiller à identifier les actifs incorporels concernés et à étudier de quelle manière ils contribuent à la création de valeur et évaluer avec soin les autres fonctions exercées qui génèrent des revenus, les actifs utilisés et les risques assumés. Pour pouvoir être mise en œuvre de manière fiable, une méthode de partage des bénéfices ne pourra reposer uniquement sur des affirmations imprécises concernant l'existence et l'utilisation d'actifs incorporels.

6.212. Lorsque les circonstances le justifient, des méthodes de fixation des prix de transfert ou des méthodes d'évaluation qui ne dépendent pas de l'identification de transactions sur le marché libre qui soient comparables et fiables peuvent également être utilisées pour définir les conditions de pleine concurrence pour une vente de produits ou fourniture de services lors de laquelle des actifs incorporels sont utilisés en lien avec la transaction. La solution alternative retenue devrait tenir compte de la nature des biens ou services fournis et de la contribution à la création de valeur apportée par les actifs incorporels et par les autres facteurs pertinents.

Chapitre VII

Considérations particulières applicables aux services intra-groupe

A. Introduction

7.1. Le présent chapitre examine les problèmes qui se posent en matière de prix de transfert pour déterminer si des services ont été rendus par un membre d'un groupe d'entreprises multinationales à d'autres membres de ce groupe et, dans l'affirmative, pour déterminer le prix de pleine concurrence applicable à ces services intra-groupe. Ce chapitre n'examinera pas, ou seulement incidemment, si des services ont été rendus en application d'un accord de répartition des coûts selon lequel les membres d'une entreprise multinationale achètent, produisent ou fournissent conjointement des biens, des services et/ou des biens incorporels en partageant les frais occasionnés par ces activités entre les différentes parties à l'accord, ni le cas échéant, le prix de pleine concurrence approprié. Les accords de répartition des coûts font l'objet du chapitre VIII.

7.2. Presque tous les groupes d'entreprises multinationales doivent prendre des dispositions pour fournir à leurs membres un large éventail de services, notamment d'ordre administratif, technique, financier ou commercial tels les services de gestion, de coordination et de contrôle pour l'ensemble du groupe. Les dépenses relatives à la fourniture de ces services peuvent être supportées au départ par la société mère, par un membre ou plus du groupe spécialement désigné (« un centre de service du groupe ») ou par d'autres membres du groupe. Une entreprise indépendante ayant besoin d'un service peut l'obtenir auprès d'un prestataire spécialisé dans ce type de services ou l'effectuer elle-même en interne. De même, une entreprise membre d'un groupe d'entreprises multinationales qui a besoin d'un service peut l'obtenir auprès d'entreprises indépendantes ou auprès d'une ou plusieurs entreprises associées du même groupe d'entreprises multinationales (service intra-groupe) ou encore assurer elle-même l'exécution de ce service. Parmi les services intra-groupe, on trouve souvent des services qui peuvent en général être fournis par des entreprises indépendantes (tels les services juridiques et comptables) ainsi que des services qui sont généralement exécutés en interne (par exemple, les

services assurés par l'entreprise elle-même tels le contrôle financier central, les conseils financiers ou la formation du personnel). Il n'est pas dans l'intérêt d'un groupe d'entreprises multinationales d'engager des frais inutilement, mais il est dans son intérêt de fournir efficacement des services intra-groupe. Les principes contenus dans ce chapitre devraient garantir que les services soient bien identifiés et que les coûts associés soient alloués de manière appropriée au sein d'un groupe d'entreprises multinationales, conformément au principe de pleine concurrence.

7.3. Les modalités mises en œuvre pour les prestations de service intra-groupe sont parfois liées à celles qui ont trait au transfert de biens corporels ou incorporels (ou à la cession de licences concernant ces biens). Dans certains cas, notamment pour les contrats de savoir-faire comportant un élément de service, il peut être très difficile de déterminer où se trouve exactement la ligne de partage entre le transfert d'actifs incorporels (ou la cession de licences relatives à ces actifs incorporels) et la fourniture de services. Les transferts de technologie se doublent souvent de la fourniture de services auxiliaires. Il peut donc être nécessaire de prendre en compte les principes d'agrégation et de désagrégation des transactions examinés au chapitre III lorsqu'on est en présence d'un transfert mixte de services et de biens.

7.4. Les services intra-groupe peuvent présenter des différences considérables selon les entreprises multinationales, et il en est de même de l'importance des avantages réels ou escomptés qui en résultent pour un ou plusieurs membres du groupe. Tout dépend des faits et circonstances propres à chaque cas et des modalités en vigueur au sein du groupe. Par exemple, dans un groupe décentralisé, la société mère pourra limiter ses activités intra-groupe au suivi de ses investissements dans ses filiales en sa qualité d'actionnaire. Au contraire, dans un groupe centralisé ou intégré, le conseil d'administration et la direction générale de la société mère pourront prendre toutes les décisions importantes concernant les activités des filiales et la société mère pourra accompagner la mise en œuvre de ces décisions en exerçant pour ses filiales des activités de nature générale et administrative ainsi que des activités opérationnelles telles que la gestion de la trésorerie, la commercialisation ou la gestion de la chaîne logistique.

B. Principales questions

7.5. Deux problèmes se posent dans l'analyse de la fixation des prix de transfert des services intra-groupe. Le premier est de savoir s'il y a eu effectivement prestation de service intra-groupe. Le deuxième a trait à la conformité du prix des services au principe de pleine concurrence. Chacun de ces problèmes sera examiné ci-dessous.

B.1. Identification des services intra-groupe rendus

B.1.1. Critère de l'avantage obtenu

7.6. En vertu du principe de pleine concurrence, pour répondre à la question de savoir si un service intra-groupe a été rendu lorsqu'une activité est exercée au profit d'un ou plusieurs membres du groupe par un autre membre de ce groupe, on recherchera si l'activité présente pour un membre du groupe un intérêt économique ou commercial permettant de renforcer ou de conserver sa position commerciale. On peut répondre à cette question en se demandant si, dans des circonstances comparables, une entreprise indépendante aurait été disposée à payer une autre entreprise indépendante pour exécuter cette activité ou si elle l'aurait exécutée elle-même en interne. Si l'activité n'est pas de celles pour lesquelles l'entreprise indépendante aurait été disposée à payer ou qu'elle aurait exécutées elle-même, elle ne devra pas en général être considérée comme un service intra-groupe conforme au principe de pleine concurrence.

7.7. Il est clair que l'analyse exposée ci-dessus dépend des faits et circonstances effectivement observés et il n'est pas possible de définir dans l'abstrait et de manière catégorique les activités qui constituent ou non des prestations de service intra-groupe. Toutefois, il est possible de donner des indications permettant de déterminer comment l'analyse doit s'appliquer à certaines catégories courantes de services réalisés dans le cadre de groupes d'entreprises multinationales.

7.8. Certains services intra-groupe sont rendus par un membre d'un groupe d'entreprises multinationales pour répondre à un besoin identifié d'une ou plusieurs entreprises membres du groupe. Dans ce cas, on peut répondre assez directement à la question de savoir si un service a été fourni. En général, dans des circonstances comparables une entreprise indépendante aurait répondu au besoin identifié soit en exerçant l'activité elle-même, soit en ayant recours à un tiers. Par conséquent, dans ce cas, on en déduira généralement qu'on est en présence d'un service intra-groupe. Par exemple, le fait pour une entreprise associée de réparer des biens d'équipement utilisés par une autre entreprise membre d'un groupe d'entreprises multinationales dans le cadre de ses activités de fabrication constitue normalement un service intra-groupe. Il est essentiel, cependant, qu'une documentation fiable soit fournie aux administrations fiscales, afin qu'elles vérifient que les coûts aient bien été encourus par le prestataire de service.

B.1.2. Activités exercées en qualité d'actionnaire

7.9. Il faut procéder à une analyse plus complexe lorsqu'une entreprise associée exerce des activités qui concernent plusieurs membres du groupe ou le groupe dans son ensemble. Dans un petit nombre de cas, une activité intra-groupe peut être exercée *vis-à-vis* de membres d'un groupe même lorsque

ceux-ci n'en ont pas besoin (et lorsqu'ils ne seraient pas disposés à les payer s'il s'agissait d'entreprises indépendantes). C'est donc uniquement en raison de ses participations au capital d'un ou plusieurs membres du groupe, c'est-à-dire en qualité d'actionnaire, qu'un membre du groupe (en général la société mère ou une société holding régionale) exerce ces activités. Ce type d'activités n'est pas considéré comme un service intra-groupe et il n'y a donc pas de raison pour que les autres membres du groupe soient tenus d'acquitter des sommes au titre de celles-ci. À l'inverse, les coûts associés à ce type d'activité devraient être supportés et répartis au niveau de l'actionnaire. Ce type d'activités peut être qualifié d'« activités d'actionnaire », à distinguer du terme plus général d'« activités de tutelle » utilisé dans les Principes directeurs de 1979. Les activités de tutelle couvraient tout un ensemble d'activités exercées par un actionnaire, qui peuvent comprendre la fourniture de services à d'autres membres du groupe, par exemple de services qui seraient fournis par un centre de coordination. Ces derniers types d'activités, qui ne sont pas ceux d'un actionnaire, pourraient comprendre des services détaillés de planification en vue d'opérations spécifiques, des conseils spéciaux ou à caractère technique en situation d'urgence (« dépannage ») ou, dans certains cas, l'assistance à la gestion au jour le jour.

7.10. Les exemples suivants correspondent à des coûts liés à des activités d'actionnaire, selon le critère énoncé au paragraphe 7.6 :

- a) coûts se rattachant à la structure juridique de la société mère elle-même, notamment au titre de l'organisation des assemblées d'actionnaires de la société mère, de l'émission d'actions de cette société, de la cotation de celle-ci sur une bourse de valeurs et des frais de fonctionnement du conseil de surveillance ;
- b) coûts relatifs aux obligations de la société mère en matière de présentation des comptes et des rapports d'activité (incluant l'établissement des rapports financiers et les missions d'audit), y compris en ce qui concerne la consolidation au niveau du groupe ; coûts de l'audit des comptes de la filiale par la société mère si cette vérification est effectuée exclusivement dans l'intérêt de la société mère ; coûts relatifs à la préparation des états financiers consolidés du groupe d'entreprises multinationales (dans la pratique cependant, les coûts supportés localement par les filiales ne sont pas nécessairement répercutés à la société mère ou à la société holding si le recensement et l'identification de ces coûts suppose des frais démesurés) ;
- c) frais relatifs à la mobilisation des ressources nécessaires à la société mère pour l'acquisition de ses participations et coûts relatifs à ses relations avec les investisseurs, par exemple à la stratégie de communication de la société mère auprès de ses

actionnaires, d'analystes financiers, de fonds et d'autres parties prenantes dans la société mère ;

- d) coûts relatifs à la mise en conformité de la société mère avec les législations fiscales en vigueur ;
- e) coûts annexes liés à la gouvernance d'entreprise du groupe d'entreprises multinationales dans son ensemble.

Au contraire, si par exemple une société mère lève des fonds pour le compte d'un membre du groupe qui utilise ces fonds pour acquérir une nouvelle société, on considère en général que la société mère rend un service au membre du groupe. Le rapport de 1984 mentionnait aussi « les coûts des activités de gestion et de contrôle (« monitoring ») liés à la gestion et à la protection de l'investissement représenté par les participations en tant que tel ». Pour déterminer si ces activités relèvent ou non de la définition des activités d'actionnaire au sens des présents Principes, il faudra rechercher si, dans des circonstances comparables, il s'agit d'une activité pour laquelle une entreprise indépendante aurait été disposée à payer ou qu'elle aurait exercée elle-même. Lorsqu'une société du groupe exerce des activités telles que celles décrites ci-dessus pour d'autres raisons que ses participations au capital d'un ou plusieurs membres du groupe, elle n'intervient pas en qualité d'actionnaire et doit être considérée comme rendant un service à la société mère ou à la société holding à laquelle s'appliquent les principes énoncés dans ce chapitre.

B.1.3. Double emploi

7.11. En général, les activités exercées par un membre d'un groupe, lorsqu'elles font simplement double emploi avec une activité de service qu'un autre membre du groupe exerce pour son propre compte ou qui est exercée pour le compte de cet autre membre du groupe par un tiers, ne sont pas des services intra groupe. Le cas où les services ne font double emploi que temporairement, par exemple lorsqu'un groupe d'entreprises multinationales se réorganise pour centraliser ses fonctions de direction, peut faire une exception. Une autre exception serait le cas où le double emploi est destiné à réduire le risque de mauvaise décision (par exemple, en obtenant un deuxième avis juridique sur la question). Il y a lieu d'examiner en détail les services fournis afin de déterminer s'ils font double emploi et pour en déterminer la raison. À titre d'exemple, le fait qu'une entreprise exerce en interne des services de commercialisation alors qu'une société du groupe lui en facture également ne permet pas en soi de conclure à l'existence d'un double emploi, car le terme de commercialisation renvoie à une notion large qui recouvre différentes fonctions. L'examen des renseignements fournis par le contribuable peut conduire à conclure que les services intra-groupe sont différents, additionnels ou complémentaires par rapport aux activités exercées en interne. Le critère de l'avantage obtenu serait alors appliqué aux éléments

de ces services intra-groupe ne faisant pas double emploi. Certains secteurs réglementés nécessitent que les fonctions de contrôle soient effectuées par la société mère sur place et sur une base consolidée ; ces exigences ne devraient pas conduire à des refus pour des raisons de duplication.

B.1.4. Avantages accessoires

7.12. Dans certains cas, un service intra-groupe rendu par un membre d'un groupe tel qu'un actionnaire ou un centre de coordination ne concerne que certains membres mais procure accessoirement des avantages à d'autres membres. On peut citer comme exemple l'analyse de la question de savoir s'il faut ou non réorganiser le groupe, acquérir de nouveaux membres ou supprimer une division. Ces activités pourraient constituer des services intra groupe au profit des membres concernés, par exemple ceux qui peuvent procéder à l'acquisition ou à la suppression d'une division, mais elles peuvent aussi procurer des avantages économiques à d'autres membres du groupe qui n'étaient pas directement concernés par la décision potentielle, du fait que l'analyse peut fournir des renseignements utiles sur leurs propres opérations commerciales. En général, ces autres membres du groupe ne sont pas considérés du fait de ces avantages accessoires comme bénéficiant d'un service intra-groupe, dans la mesure où les activités qui procurent ces avantages ne sont pas de celles pour lesquelles une entreprise indépendante serait normalement disposée à payer.

7.13. De même, il ne faut pas considérer qu'une entreprise associée bénéficie d'un service intra-groupe lorsqu'elle obtient des avantages accessoires qui sont uniquement imputables au fait qu'elle fait partie d'une entité plus vaste et non à l'exercice d'une activité spécifique. Par exemple, il n'y a pas de prestation de services lorsqu'une entreprise associée dispose, du seul fait de son affiliation, d'une meilleure cote de crédit, mais en général on considère qu'il y a une prestation de services lorsque cette meilleure notation est due à une garantie d'un autre membre du groupe ou lorsque l'entreprise bénéficie d'une action concertée délibérée impliquant des campagnes générales de commercialisation et de relations publiques. À cet égard, il faut distinguer l'association passive de la promotion active des caractéristiques d'un groupe d'entreprises multinationales qui a une incidence positive sur les perspectives de profit des différents membres du groupe. Il faut tenir compte des faits et circonstances de chaque cas d'espèce. Voir la section D.8 du chapitre I sur les synergies de groupe d'entreprises multinationales.

B.1.5. Services centralisés

7.14. Les autres activités qui peuvent concerner le groupe dans son ensemble sont celles qui sont centralisées par la société mère ou par un ou plusieurs centres de service du groupe (par exemple le siège régional d'une société) et qui sont mises à la disposition du groupe (ou de plusieurs de ses

membres). Les activités qui sont centralisées dépendent du domaine dans lequel opère le groupe et de sa structure organisationnelle, mais en général il pourra s'agir de services administratifs comme la planification, la coordination, le contrôle budgétaire, les conseils financiers, la comptabilité, la vérification des comptes, les services juridiques, l'affacturage, les services informatiques, les services financiers tels que la gestion de trésorerie et le contrôle de la solvabilité, les augmentations de capital, les contrats de prêt, la gestion du risque de taux d'intérêt et de change, le refinancement, l'assistance pour la production, les achats, la distribution et la commercialisation, et enfin les services de gestion du personnel, notamment en ce qui concerne le recrutement et la formation. Il est fréquent en outre que les centres de service de groupe exécutent des activités de gestion des commandes, de service aux clients, et de centre d'appels, ainsi que des travaux de recherche-développement ou qu'ils gèrent et protègent la propriété intellectuelle pour une partie ou l'ensemble du groupe d'entreprises multinationales. En général, les activités de ce type seront considérées comme des services intra-groupe parce qu'elles comptent parmi celles pour lesquelles des entreprises indépendantes auraient été disposées à payer ou qu'elles auraient exercées pour leur propre compte.

B.1.6. Mode de rémunération

7.15. Pour déterminer si un paiement aurait eu lieu entre des entreprises indépendantes pour la prestation de services, il y aurait lieu également de rechercher la forme qu'aurait prise un paiement de pleine concurrence si la transaction avait eu lieu entre des entreprises indépendantes opérant dans des conditions de pleine concurrence. Par exemple, en ce qui concerne des services financiers tels que des prêts, des opérations de change et des opérations de couverture, la rémunération sera généralement incorporée dans la marge et il n'y a pas lieu de s'attendre dans ce cas à ce qu'une commission supplémentaire soit appliquée au titre du service en question. De même, pour certains services d'achat ou d'approvisionnement, un élément de rémunération peut être incorporé dans le prix du produit ou du service fourni, et une commission distincte peut ne pas être appropriée.

7.16. Un autre problème se pose en ce qui concerne les services rendus sur demande. La question est de savoir si la disponibilité de ces services est elle-même un service distinct auquel doit s'appliquer un tarif de pleine concurrence (en plus de la facturation des services effectivement rendus). La société mère ou un ou plusieurs centres de service de groupe peut être à même de fournir par exemple des conseils d'ordre financier, administratif, technique, juridique ou fiscal et d'assister les membres du groupe à tout moment. Le service rendu consiste alors à mettre à la disposition des entreprises associées du personnel, des équipements, etc. On peut se trouver en présence de services intra-groupe dans la mesure où l'on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'une entreprise indépendante, dans des circonstances comparables, supporte des

frais « d'assistance » pour s'assurer la disponibilité des services en question lorsqu'elle en a besoin. Il n'est pas rare par exemple qu'une entreprise indépendante paie une « provision » annuelle à un cabinet d'avocats pour pouvoir bénéficier de conseils juridiques et être représentée en cas de procès. On peut également citer comme exemple les contrats de services permettant de bénéficier en priorité de réparations d'un réseau informatique en cas de panne.

7.17. Ces services pourront être obtenus à la demande et ils pourront être plus ou moins nombreux et revêtir une importance variable d'une année sur l'autre. Il est peu probable qu'une entreprise indépendante supporte des frais d'assistance lorsque le besoin potentiel du service est incertain, lorsque l'avantage que représente le fait de pouvoir bénéficier de ces services à la demande est négligeable, ou lorsque ces mêmes services peuvent être obtenus rapidement d'une autre manière sans qu'il soit nécessaire d'avoir conclu des contrats d'assistance. Par conséquent, l'avantage précis qui est conféré à une société du groupe par l'existence d'accords de prestation de services sur demande devra être examiné, éventuellement par la prise en compte d'une période de plusieurs années et non pas seulement de l'année au cours de laquelle un paiement est effectué avant de conclure à l'existence d'un service intra-groupe.

7.18. Le fait qu'un paiement ait été effectué à une entreprise associée au titre de services supposés peut être utile pour déterminer si ces services ont été effectivement rendus, mais la simple désignation d'un paiement comme « commission pour frais de gestion » ne doit pas être considérée à première vue comme la preuve que la prestation a eu lieu. De même, l'absence de paiement ou de contrat ne doit pas amener automatiquement à la conclusion qu'aucun service intra-groupe n'a été rendu.

B.2. Détermination de la rémunération de pleine concurrence

B.2.1. Généralités

7.19. Dès lors qu'on s'est assuré qu'un service intra-groupe a été rendu, il faut, comme pour les autres types de transferts intra-groupe, déterminer si le montant du paiement éventuel est conforme au principe de pleine concurrence. Cela signifie que le prix applicable devrait être celui qu'auraient pratiqué et accepté des entreprises indépendantes dans des circonstances comparables. Par conséquent, ces transactions ne devraient pas être soumises à un traitement fiscal différent de celui de transactions comparables entre entreprises indépendantes simplement parce qu'il se trouve que les entreprises en cause sont associées.

B.2.2. Détermination des dispositions effectivement applicables en matière de facturation des services intra-groupe

7.20. Pour identifier le montant qui a pu être facturé au titre de services, l'administration fiscale devra déterminer les accords qui ont pu être conclus entre les entreprises associées pour faciliter la facturation des prestations de services entre elles.

B.2.2.1. Méthodes de facturation directe

7.21. Dans certains cas, il est facile de déterminer les modalités de facturation des services intra-groupe. Il en est ainsi lorsque le groupe d'entreprises multinationales pratique la facturation directe, c'est-à-dire que les entreprises associées se voient directement facturer des services spécifiques. En général, la méthode de la facturation directe offre un grand intérêt pratique pour les administrations fiscales parce qu'elle permet d'identifier précisément la prestation fournie et la base de calcul du paiement. Par conséquent, la méthode de la facturation directe permet de déterminer plus facilement si le montant exigé est conforme au principe de pleine concurrence.

7.22. Un groupe d'entreprises multinationales pourrait être en mesure d'adopter un système de facturation directe, notamment lorsque des services similaires à ceux rendus à des entreprises associées sont également rendus à des entreprises indépendantes. Si certains services ne sont pas fournis uniquement à des entreprises associées mais aussi à des entreprises indépendantes dans des conditions comparables et sur une large échelle, on pourra présumer que le groupe d'entreprises multinationales est à même de justifier le calcul du paiement facturé (par exemple en comptabilisant les travaux effectués et les frais supportés pour l'exécution des contrats qu'il a conclus avec des tiers). En conséquence, il est préconisé dans ce cas que les groupes d'entreprises multinationales adoptent la méthode de la facturation directe pour leurs transactions avec des entreprises associées. On admettra néanmoins que cette méthode peut n'être pas toujours appropriée si, par exemple, les services fournis à des parties indépendantes ne sont qu'occasionnels ou marginaux.

B.2.2.2. Méthodes de facturation indirecte

7.23. La méthode de la facturation directe des services intra-groupe peut être difficile à appliquer en pratique pour les groupes d'entreprises multinationales. Ils ont par conséquent mis au point d'autres méthodes de facturation des services rendus par les sociétés mères ou par les centres de services d'un groupe. Dans de tels cas, les groupes d'entreprises multinationales peuvent estimer que pour calculer un prix de pleine concurrence conformément aux principes exprimés dans la section B.2.3 ci-dessous, ils n'ont guère d'autre choix que d'utiliser des méthodes de répartition des coûts qui les amènent

souvent à procéder, dans une certaine mesure, à des estimations ou à des évaluations approximatives. Ces méthodes sont généralement qualifiées de méthodes d'imputation indirecte et devraient être autorisées à condition que l'on prête suffisamment attention à la valeur des services rendus à leurs bénéficiaires et que l'on recherche dans quelle mesure des prestations de services comparables ont lieu entre des entreprises indépendantes. Ces méthodes de calcul ne seraient généralement pas acceptables lorsque des services spécifiques qui constituent une activité principale de l'entreprise sont fournis non seulement à des entreprises associées mais aussi à des parties indépendantes. Il faudra s'efforcer dans toute la mesure du possible de procéder à une tarification équitable du service rendu et toute facturation devra être justifiée par un avantage identifiable et suffisamment prévisible. Toute méthode d'imputation indirecte doit être sensible aux caractéristiques commerciales de chaque cas (par exemple, la clé de répartition devra être rationnelle compte tenu des circonstances), comporter des clauses de sauvegarde contre toute manipulation, être conforme à de sains principes comptables et permettre d'aboutir à des tarifications ou à des répartitions des coûts correspondant aux avantages obtenus ou susceptibles d'être obtenus par le bénéficiaire du service.

7.24. Dans certains cas, la nature du service rendu peut exiger une méthode d'imputation indirecte. Il en est ainsi lorsqu'on ne peut quantifier autrement que de manière approximative ou sur la base d'une estimation la quote-part de la valeur des services rendus aux sociétés concernées. Ce problème peut se poser, par exemple, lorsque des activités de promotion des ventes exercées à un niveau central (notamment à l'occasion de foires-expositions internationales, par voie d'insertions dans la presse internationale ou au moyen d'autres campagnes publicitaires centralisées) peuvent influencer sur la quantité de produits fabriqués ou vendus par un certain nombre de sociétés affiliées, ou lorsqu'un recensement exhaustif distinct et une analyse complète des services en cause se traduiraient par une charge administrative disproportionnée au regard des activités mêmes. Dans de tels cas, la facturation pourrait être déterminée en répartissant entre tous les bénéficiaires potentiels les coûts qui ne peuvent être imputés directement, c'est-à-dire ceux qui ne peuvent être affectés spécialement aux bénéficiaires effectifs des différents services. Pour être conforme au principe de pleine concurrence, la méthode de répartition choisie doit aboutir à un résultat conforme à celui que des entreprises indépendantes comparables auraient été prêtes à accepter.

7.25. La répartition doit être fondée sur une mesure appropriée de l'utilisation du service, et qui est également simple à vérifier, comme par exemple le chiffre d'affaires ou les effectifs employés, ou une activité telle que les commandes passées. La question de savoir si la méthode de répartition est appropriée peut dépendre de la nature et de l'utilisation du service. Par exemple, le recours à des services de rémunération des salariés peut dépendre davantage des effectifs que du chiffre d'affaires, alors que la répartition des

frais d'assistance pour dépannage d'urgence d'ordinateurs pourra se faire en proportion des dépenses d'équipement informatique des divers membres du groupe.

7.26. Lorsqu'une méthode d'imputation indirecte est appliquée, le lien entre les coûts et les services fournis peut ne plus être très net et des difficultés peuvent surgir lorsqu'il s'agit d'évaluer l'avantage procuré. De fait, il se peut fort bien que l'entreprise à laquelle un service est facturé n'ait pas fait de rapprochement entre la facturation et le service rendu. Dès lors, le risque de double imposition est plus grand, parce qu'il peut être plus difficile de déterminer une déduction au titre des dépenses encourues pour le compte de membres du groupe si la rémunération ne peut être directement identifiée, ou parce que le bénéficiaire du service pourra éprouver des difficultés à prouver que les sommes versées sont déductibles s'il n'est pas en mesure de démontrer que des services ont été rendus.

B.2.2.3. Modalités de rémunération

7.27. Le paiement des services rendus à une entreprise associée peut être inclus dans le prix d'autres transferts. Par exemple, le prix de la cession d'une licence portant sur un brevet ou sur du savoir-faire peut inclure un paiement au titre de services d'assistance technique, de services centralisés rendus au licencié ou de conseils en gestion pour la commercialisation des biens produits en application de la licence. Dans de tels cas, l'administration fiscale et le contribuable devront vérifier qu'aucune commission additionnelle n'est facturée au titre des services rendus et qu'il n'y a pas de double déduction.

7.28. En ce qui concerne les systèmes de provisions pour les services rendus sur demande (évoqués aux paragraphes 7.16 et 7.17), il peut être nécessaire d'examiner les conditions d'utilisation effective de ces services puisque les modalités peuvent prévoir qu'aucune facturation n'a lieu au titre de l'utilisation effective de ces services tant que leur niveau d'utilisation ne dépasse pas un seuil déterminé d'avance.

B.2.3. Calcul du prix de pleine concurrence

7.29. Pour déterminer le prix de pleine concurrence des services intra-groupe, il faut se placer à la fois du point de vue du prestataire du service et du point de vue de son bénéficiaire. À cet égard, les facteurs à prendre en compte sont notamment la valeur du service pour le bénéficiaire et le montant qu'une entreprise indépendante comparable aurait été disposée à payer en rémunération de ce service dans des circonstances comparables, ainsi que les coûts pour le prestataire du service.

7.30. Par exemple, si l'on se place du point de vue d'une entreprise indépendante qui a besoin d'un service, les prestataires de services sur ce marché ne sont pas forcément disposés à fournir ce service au prix qu'une entreprise indépendante est disposée à payer. S'ils sont en mesure d'assurer ce service à un prix qui se situe à l'intérieur d'une fourchette susceptible d'être jugée acceptable par des entreprises indépendantes, l'affaire sera conclue. Du point de vue du prestataire de services, les éléments à prendre en compte sont le prix au-dessous duquel il n'accepterait pas de fournir le service ainsi que le coût de celui-ci, mais ces facteurs ne sont pas nécessairement déterminants dans tous les cas.

B.2.3.1. Méthodes

7.31. La méthode à utiliser pour déterminer le prix de transfert de pleine concurrence applicable à des services intra-groupe doit être déterminée conformément aux principes énoncés aux chapitres I, II et III. Souvent, l'application de ces principes aboutira à l'utilisation de la méthode du prix comparable sur le marché libre ou d'une méthode basée sur le coût (méthode du coût majoré ou méthode transactionnelle de la marge nette basée sur le coût) pour la fixation du prix des services intra-groupe. En général, la méthode du prix comparable sur le marché libre sera la méthode de détermination des prix de transfert la plus appropriée lorsqu'il existe un service comparable fourni entre entreprises indépendantes sur le marché du bénéficiaire ou pour l'entreprise associée fournissant les services à une entreprise indépendante dans des circonstances comparables. Par exemple, ce peut être le cas en matière de comptabilité, de contrôle financier, de conseils juridiques ou de services informatiques, à condition que les transactions entre entreprises associées et entre parties indépendantes soient comparables. Une méthode basée sur le coût sera généralement la méthode la plus appropriée en l'absence de prix comparables sur le marché libre lorsque les activités concernées, les actifs utilisés et les risques assumés sont comparables par leur nature à ceux d'entreprises indépendantes. Ainsi qu'il est indiqué au chapitre II, partie II, lorsqu'on applique la méthode du coût majoré, il doit y avoir une cohérence entre les transactions entre entreprises associées et entre entreprises indépendantes dans les catégories de coûts qui sont prises en compte. Dans certains cas exceptionnels, par exemple lorsqu'il est difficile d'appliquer la méthode du prix comparable sur le marché libre ou des méthodes basées sur le coût, il pourra être utile de prendre en compte plusieurs méthodes (voir paragraphe 2.12) pour déterminer correctement le prix de pleine concurrence.

7.32. Il peut s'avérer nécessaire de procéder à une analyse fonctionnelle des différents membres du groupe pour établir la relation entre les services en question et les activités et résultats des différents membres. En outre, il peut être nécessaire d'envisager non seulement l'incidence immédiate d'un service

mais aussi ses effets à long terme, en gardant à l'esprit que certaines dépenses ne procureront en fait jamais les avantages qu'on pouvait raisonnablement attendre au moment où elles ont été exposées. Par exemple, les dépenses occasionnées par la préparation d'une opération de promotion commerciale peuvent à première vue paraître trop élevées pour être supportées par un membre du groupe compte tenu des ressources dont il dispose au moment considéré; pour déterminer si la somme facturée est en l'occurrence d'un niveau de pleine concurrence, il faut prendre en compte les avantages escomptés de l'opération et la possibilité que dans le cadre de modalités répondant aux conditions de pleine concurrence le montant et le moment de la facturation soient fonction des résultats de l'opération. Le contribuable doit être prêt à prouver le bien-fondé du niveau de facturation qu'il a appliqué à ses entreprises associées dans de tels cas.

7.33. Lorsque la méthode du coût majoré est la méthode de détermination des prix de transfert la plus appropriée aux circonstances du cas d'espèce, il faut rechercher si les dépenses encourues par le prestataire de services du groupe ont besoin d'être ajustées pour que la comparaison de la transaction contrôlée et de la transaction sur le marché libre soit fiable.

7.34. Lorsqu'une entreprise associée intervient seulement comme agent ou comme intermédiaire dans une prestation de services, il est nécessaire, lorsqu'on applique une méthode basée sur le coût, que le rendement ou la marge soit d'un niveau qui convient à l'exercice de fonctions d'agent et non pas à la fourniture des services eux-mêmes. Dans un tel cas, il n'y a pas toujours lieu de déterminer le prix de pleine concurrence en appliquant une marge au prix de revient des services, mais il faut plutôt appliquer la marge aux coûts inhérents à la fonction d'agent elle-même. Par exemple, une entreprise associée peut supporter les dépenses concernant la location d'espaces publicitaires pour le compte de membres du groupe, dépenses que les membres du groupe auraient directement supportées s'ils avaient été indépendants. En pareil cas, il pourra être approprié de répercuter ces dépenses sur les bénéficiaires du groupe sans application d'une marge et de n'appliquer une marge qu'aux dépenses exposées par l'intermédiaire pour l'exercice de ses fonctions d'agent.

B.2.3.2. Question de l'incorporation d'un élément de bénéfice

7.35. Selon la méthode utilisée pour déterminer une tarification de pleine concurrence des services intra-groupe, le problème peut se poser de savoir s'il est nécessaire que le prix appliqué soit tel qu'il aboutisse à un bénéfice pour le prestataire de services. Dans le cas d'une transaction de pleine concurrence, une entreprise indépendante s'efforcera normalement de facturer ses services de manière à réaliser un bénéfice et ne fournira pas simplement ses services à prix coûtant. Pour déterminer la tarification de pleine concurrence, il faut également envisager les autres options économiques qui s'offrent au

bénéficiaire du service. Toutefois, il y a des cas (comme ceux qui ont été présentés dans l'étude des stratégies d'entreprises du chapitre I) où une entreprise indépendante peut ne pas réaliser un bénéfice uniquement sur des prestations de services, par exemple lorsque le coût (anticipé ou effectif) de ce service pour le fournisseur excède le prix du marché, mais qu'il accepte de fournir ce service pour accroître sa rentabilité, éventuellement en complétant sa gamme d'activités. Par conséquent, un prix de pleine concurrence ne se traduit pas toujours par un bénéfice pour une entreprise associée qui fournit un service intra-groupe.

7.36. Par exemple, il est possible que la valeur de marché des services intra-groupe ne soit pas supérieure aux dépenses encourues par le prestataire de service. Ce cas peut se présenter lorsque, par exemple, le service ne correspond pas à une activité normale ou récurrente du prestataire, mais est fourni occasionnellement aux membres du groupe d'entreprises multinationales à titre de commodité. Pour déterminer si les services intra-groupe ont la même valeur monétaire que ceux que pourrait fournir une entreprise indépendante, une comparaison des fonctions et des avantages escomptés sera utile pour juger de la comparabilité des transactions. Un groupe d'entreprises multinationales pourra décider que le service sera fourni en interne, au lieu de recourir à un tiers, pour toute une série de motifs, et notamment en raison d'autres avantages intra-groupe (pour lesquels une rémunération de pleine concurrence pourra être adéquate). En pareil cas, il ne faudrait pas augmenter le prix du service au-delà du niveau qui serait obtenu par l'application de la méthode du prix comparable sur le marché libre simplement pour permettre à l'entreprise associée de réaliser un bénéfice. Il faut néanmoins s'assurer que tous les avantages procurés au bénéficiaire soient correctement pris en compte.

7.37. En principe, l'administration fiscale et le contribuable doivent s'efforcer d'établir le prix correct de pleine concurrence, mais il ne faut pas oublier qu'il peut y avoir des raisons pratiques pour lesquelles une administration fiscale pourrait être exceptionnellement disposée, dans le cadre de ses pouvoirs discrétionnaires, à renoncer à évaluer et à imposer un prix de pleine concurrence pour la prestation de services, au lieu d'autoriser un contribuable dans les situations appropriées à simplement répartir les coûts de prestation de ces services. Par exemple, une analyse coûts-avantages pourrait montrer que les recettes fiscales additionnelles susceptibles d'être obtenues ne justifient pas les dépenses et les charges administratives qu'occasionnerait la détermination de ce que pourrait être dans certains cas un prix de pleine concurrence approprié. Dans de tels cas, la facturation de tous les coûts pertinents et non d'un prix de pleine concurrence pourrait donner un résultat satisfaisant pour les entreprises multinationales et les administrations fiscales. Cette concession n'est cependant guère probable de la part des administrations fiscales lorsque la fourniture d'un service constitue la principale activité de l'entreprise associée, lorsque l'élément de bénéfice est relativement important

ou lorsqu'il est possible d'appliquer une méthode de facturation directe pour déterminer le prix de pleine concurrence.

C. Exemples de services intra-groupe

7.38. On trouvera ci-après plusieurs exemples de problèmes qui se posent pour la fixation des prix de transfert de prestations de services intra-groupe. Les cas mentionnés sont seulement indiqués à titre d'exemple. Dans chaque cas particulier, il est nécessaire de tenir compte des circonstances pour juger de l'opportunité d'appliquer l'une ou l'autre méthode de fixation des prix de transfert.

7.39. Un premier exemple est celui du recouvrement des créances, un groupe d'entreprises multinationales décidant de centraliser cette activité pour des raisons d'ordre économique. Il pourra être prudent, par exemple, de centraliser les activités de recouvrement des créances pour assurer une meilleure gestion des liquidités, des risques monétaires et des risques de crédit et pour réaliser des gains d'efficacité au plan administratif. Un organisme central chargé de ces fonctions fournit des services intra-groupe qu'il doit facturer à un prix de pleine concurrence. L'application de la méthode du prix comparable sur le marché libre peut être appropriée dans un tel cas.

7.40. Les opérations de fabrication ou d'assemblage offrent également l'exemple d'une activité pouvant comporter des services intra-groupe. Ces activités peuvent être exercées sous différentes formes, y compris celle fréquemment désignée sous le terme de fabrication sous contrat. Dans certains cas, le producteur pourra intervenir dans le cadre d'instructions très précises du client sur ce qu'il doit fabriquer, en quelle quantité et selon quelles normes de qualité. Il pourra en outre utiliser des matières premières ou des composants mis à sa disposition par le client. La société productrice pourra être assurée de vendre la totalité de sa production dès lors qu'elle se conformera aux normes de qualité. On pourra alors considérer que la société productrice fournit au client un service à faible risque et la méthode du coût majoré pourra être la méthode de prix de transfert la plus appropriée, sous réserve des principes énoncés au chapitre II.

7.41. La recherche fournit elle aussi l'exemple d'une activité pouvant comporter des services intra-groupe. Les modalités d'une activité de recherche peuvent faire l'objet d'un accord détaillé, appelé d'ordinaire un « contrat de recherche », conclu avec le client. Cette activité peut faire intervenir du personnel très qualifié et sa nature et son importance dans la réussite du groupe peuvent varier considérablement. Les dispositions effectivement mises en œuvre peuvent prendre des formes diverses, qui vont de l'établissement de programmes détaillés par la principale entreprise concernée à des accords dans lesquels la société chargée des recherches organise librement ses travaux

selon des lignes directrices définies en termes généraux. Dans ce dernier cas, les fonctions complémentaires qui consistent à identifier les domaines offrant des perspectives commerciales intéressantes et à évaluer les risques de recherches infructueuses peuvent jouer un rôle déterminant dans les résultats du groupe dans son ensemble. Il est donc essentiel de mener une analyse fonctionnelle détaillée et de comprendre précisément la nature de l'activité de recherche et la manière dont l'entreprise exerce cette activité, avant d'examiner la question de la méthode appropriée de calcul des prix de transfert. Pour sélectionner la méthode de prix de transfert la plus appropriée, il peut également être utile de tenir compte des options réalistes qui s'offrent au client. Voir la section B.2 du chapitre VI.

7.42. La gestion des licences constitue un autre exemple de services intra-groupe. On distinguera à cet égard l'administration et la protection des droits concernant des actifs incorporels de l'exploitation de ces droits. La protection d'une licence pourra être confiée à un centre de services du groupe chargé de veiller au respect de la licence.

D. Services intra-groupe à faible valeur ajoutée

7.43. Cette section fournit des indications spécifiques relatives à une catégorie particulière de services intra-groupe dénommée services intra-groupe à faible valeur ajoutée, dont la définition est présentée dans la section D.1. La section D.2, quant à elle, présente une approche simplifiée et optionnelle pour la détermination du prix de pleine concurrence, à appliquer aux services intra-groupe à faible valeur ajoutée, et propose notamment un critère simplifié. La section D.3 contient des orientations relatives aux documents et rapports devant être fournis par un groupe d'entreprises multinationales ayant choisi d'appliquer cette approche simplifiée. Enfin, la section D.4 traite certaines des questions liées à la perception des taxes retenues à la source au titre de services intra-groupe à faible valeur ajoutée. En résumé, selon l'approche simplifiée, il est admis que le prix de pleine concurrence des services intra-groupe à faible valeur ajoutée est étroitement lié aux coûts; que les coûts supportés pour fournir les services intra-groupe à faible valeur ajoutée sont imputés aux entreprises du groupe qui bénéficient de leur utilisation; et enfin que la même marge est appliquée à toutes les catégories de services. Les groupes d'entreprises multinationales qui choisissent de ne pas appliquer la méthode simplifiée décrite dans cette section devraient établir les prix de transfert des services intra-groupe à faible valeur ajoutée conformément aux principes exposés dans les sections A et B ci-dessus.

D.1. Définition des services intra-groupe à faible valeur ajoutée

7.44. Cette section aborde les problèmes de définition liés aux services intra-groupe à faible valeur ajoutée pour appliquer l'approche simplifiée présentée dans la section D.2. Elle commence tout d'abord par déterminer les caractéristiques des services intra-groupe à faible valeur ajoutée pour l'application de l'approche simplifiée. Puis, elle identifie une série d'activités qui ne relèvent pas des services intra-groupe à faible valeur ajoutée dans le cadre de l'approche simplifiée. Enfin, elle dresse une liste d'exemples de services qui seraient susceptibles d'avoir les caractéristiques de services intra-groupe à faible valeur ajoutée pour l'application de l'approche simplifiée.

7.45. Dans le cadre de l'approche simplifiée, les services intra-groupe à faible valeur ajoutée sont des services assurés par un ou plusieurs membres d'un groupe d'entreprises multinationales pour le compte d'un ou plusieurs autres membres du groupe, qui :

- relèvent d'une fonction de soutien ;
- ne font pas partie du cœur de métier du groupe d'entreprises multinationales (qui, par exemple, ne créent pas d'activités lucratives ou qui ne contribuent pas à des activités économiquement significatives du groupe d'entreprises multinationales) ;
- ne requièrent pas une utilisation d'actifs incorporels uniques et de valeur et ne conduisent pas à la création de tels actifs ;
- ne conduisent pas à assumer ni à maîtriser des risques substantiels ou importants par le fournisseur de services et ne conduisent pas à l'apparition d'un risque important pour ce même fournisseur.

7.46. Les indications figurant dans cette section ne s'appliquent pas à des services qui seraient habituellement classés parmi les services intra-groupe à faible valeur ajoutée lorsque ceux-ci sont fournis à des clients indépendants des membres du groupe d'entreprises multinationales. En effet, on peut dans ce cas escompter qu'il existe des comparables internes fiables pouvant être utilisés pour déterminer le prix de pleine concurrence des services intra-groupe concernés.

7.47. L'approche simplifiée décrite dans cette section ne peut être appliquée aux activités suivantes :

- services qui constituent le cœur de métier du groupe d'entreprises multinationales ;
- services de recherche-développement (notamment le développement de logiciels à moins de tomber dans le champ d'application des services du domaine des technologies de l'information cités au paragraphe 7.49) ;

- services de fabrication et de production ;
- activités commerciales liées aux matières premières ou autres matériaux utilisés dans des processus de fabrication ou de production ;
- activités de vente, de commercialisation et de distribution ;
- transactions financières ;
- activités d'extraction, d'exploration ou de transformation de ressources naturelles ;
- services d'assurance et de réassurance ;
- fonctions de direction générale d'une entreprise (autres que la supervision de la gestion de services entrant dans le cadre de services intra-groupe à faible valeur ajoutée tels que définis au paragraphe 7.45).

7.48. Le fait que l'approche simplifiée ne puisse pas s'appliquer à une activité, telle que définie dans le paragraphe 7.45, ne doit pas être interprété comme signifiant que cette activité génère des rendements élevés. L'activité pourrait encore avoir une faible valeur ajoutée, et la détermination du prix de pleine concurrence pour une telle activité, le cas échéant, devrait être déterminé conformément aux principes énoncés aux paragraphes 7.1 à 7.42.

7.49. La liste ci-dessous contient des exemples de services pouvant répondre à la définition des services intra-groupe à faible valeur ajoutée fournie au paragraphe 7.45 :

- comptabilité et vérification, notamment : collecte et examen des informations destinées à être utilisées dans les états financiers ; tenue des livres comptables, établissement des états financiers ; préparation aux contrôles opérationnels et financiers ou assistance lors de tels contrôles ; vérification de l'authenticité et de la fiabilité des documents comptables ; aide à la préparation du budget par la compilation de données et la collecte d'informations ;
- traitement et gestion des comptes clients et des comptes fournisseurs, notamment : compilation des coordonnées de facturation des clients, vérification et gestion des crédits clients ;
- activités relatives aux ressources humaines, telles que :
 - gestion des affectations et recrutement, notamment : procédures d'embauche, aide à l'évaluation des candidats, sélection et nomination du personnel, accueil des nouveaux salariés, évaluation des résultats et assistance en matière d'orientation professionnelle, assistance dans les procédures de licenciement et de reclassement ;

- formation des salariés et évolution professionnelle, notamment : évaluation des besoins de formation, mise en place de programmes internes de formation des salariés et d'évolution professionnelle, création de programmes de développement des compétences d'encadrement et de gestion des carrières ;
 - services de paie, notamment, conseils et définition des politiques applicables en matière de rémunération des salariés et de prestations pouvant inclure la couverture de santé et l'assurance-vie, plan d'options d'achat d'actions et régime de retraite, suivi des absences et comptabilisation du temps travaillé, services de rémunération des salariés incluant l'établissement de la fiche de paie et le respect des obligations fiscales qui s'y rattachent ;
 - définition et suivi des procédures relatives à la santé du personnel, application des normes relatives à l'hygiène et à la sécurité sur le lieu de travail ;
- suivi et compilation des données relatives à la santé, à la sécurité, à l'environnement et aux autres normes applicables à l'entreprise ;
 - services dans le domaine des technologies de l'information qui ne font pas partie de l'activité principale du groupe d'entreprises multinationales, notamment l'installation, la maintenance et la mise à jour de systèmes informatiques utilisés par l'entreprise, le support informatique (y compris pour les systèmes d'information utilisés par les services de comptabilité, production, relations clientèle, ressources humaines et paie, et les systèmes de messagerie électronique), la formation à l'utilisation ou l'application de systèmes informatiques et des équipements associés utilisés pour la collecte, le traitement et la présentation des données, la définition d'orientations relatives aux technologies de l'information, la fourniture de services de télécommunication, la mise en place d'un centre d'assistance informatique, la mise en place et la maintenance des systèmes de sécurité informatique, la maintenance et la supervision des réseaux informatiques et l'assistance correspondante (réseaux locaux et étendus, internet) ;
 - assistance en matière de communication interne, externe et de relations publiques (à l'exception d'activités de publicité ou de commercialisation spécifiques et de la définition des stratégies associées) ;
 - services juridiques, notamment services juridiques généraux assurés par un conseiller juridique interne, tels que la préparation et la relecture de contrats, accords et autres documents juridiques, les conseils et avis juridiques, la représentation de l'entreprise (contentieux judiciaire, instances arbitrales, procédures administratives), les recherches et démarches de nature juridique et administrative visant à l'enregistrement et à la protection des biens incorporels ;

- activités liées au respect des obligations fiscales, notamment la collecte des informations et la préparation des déclarations fiscales (imposition sur le revenu, taxes sur les ventes, TVA, impôts fonciers, droits de douanes et d'accise), le versement des impôts et taxes, la réponse aux autorités fiscales en cas de contrôle, les conseils en matière fiscale ;
- services généraux de nature administrative ou relevant de la gestion courante.

7.50. Les exemples suivants illustrent une caractéristique importante de la définition des services intra-groupe à faible valeur ajoutée selon laquelle ces services ne font pas partie du cœur de métier du groupe d'entreprises multinationales. Des services pouvant paraître similaires au premier abord (dans l'exemple choisi, l'analyse du risque de crédit) peuvent ainsi être ou non classés parmi les services intra-groupe à faible valeur ajoutée, selon les circonstances propres à chaque cas d'espèce. Les exemples illustrent également comment certains services peuvent ne pas entrer dans le cadre de services intra-groupe à faible valeur ajoutée parce que, dans leur contexte spécifique, ils créent un risque significatif ou des actifs incorporels uniques et de valeur.

- a) La société A, située dans le pays A, est un fabricant de chaussures et distributeur en gros de ces produits dans la région Nord-Ouest. Sa filiale à 100 pour cent, la société B, située dans le pays B, est un distributeur en gros dans la région Sud-Est des chaussures fabriquées par A. Dans le cadre de ses activités, la société A analyse régulièrement le risque de crédit de ses clients en se basant sur les rapports achetés auprès d'une agence d'évaluation du crédit. La société A mène, pour le compte de la société B, les mêmes analyses de risque de crédit à l'égard des clients de la société B, selon les mêmes méthodes et approches. L'examen des faits et des circonstances conduit raisonnablement à conclure que le service effectué par la société A pour le compte de la société B est un service intra-groupe à faible valeur ajoutée.
- b) La société X est une filiale d'un groupe international de banques d'investissement. La société X réalise des analyses du risque de crédit relatives aux contreparties potentielles des transactions portant sur des contrats de dérivés financiers et établit des rapports de crédit pour le groupe international de banques d'investissement dont elle fait partie. Les analyses de crédit effectuées par la société X sont utilisées par le groupe lorsqu'il fixe les prix des instruments financiers dérivés destinés aux clients du groupe. Le personnel de la société X a acquis une expertise spécifique et utilise des modèles, algorithmes et logiciels d'analyse du risque de crédit mis au point en interne et de nature confidentielle. L'examen

des faits et des circonstances du cas d'espèce ne permettent pas de conclure que le service effectué par la société X pour le groupe international de banques d'investissement est un service intra-groupe à faible valeur ajoutée.

7.51. La définition des services intra-groupe à faible valeur ajoutée précise que ces services entrent dans la catégorie des services de soutien, qui ne font pas partie du cœur de métier du groupe d'entreprises multinationales. La fourniture de services intra-groupe à faible valeur ajoutée peut représenter, de fait, l'activité principale de l'entité juridique fournissant le service, par exemple s'il s'agit d'un centre de services partagés, à condition que ces services ne soient pas liés au cœur de métier du groupe. À titre d'exemple, supposons qu'un groupe d'entreprises multinationales soit engagé dans la conception, la production, la vente et la commercialisation de produits laitiers dans le monde entier. Ce groupe a créé une société de services partagés, dont la seule activité est d'intervenir comme centre mondial de services d'assistance informatique. Du point de vue du fournisseur de services d'assistance informatique, la prestation de services informatiques constitue sa principale activité. Toutefois, du point de vue des bénéficiaires du service, et de celui du groupe d'entreprises multinationales dans son ensemble, ce service n'est pas une activité du cœur de métier et peut donc être considéré comme un service intra-groupe à faible valeur ajoutée.

D.2. Approche simplifiée pour établir la tarification de pleine concurrence des services intra-groupe à faible valeur ajoutée

7.52. Les paragraphes suivants présentent l'approche simplifiée de tarification applicable aux services intra-groupe à faible valeur ajoutée. Cette méthode simplifiée repose sur l'idée que tous les coûts supportés au titre de services à faible valeur ajoutée réalisés en soutien aux activités des membres du groupe d'entreprises multinationales devraient être répartis entre ces membres. Parmi les principaux avantages de l'utilisation de l'approche simplifiée : (1) la réduction de l'effort de mise en conformité pour répondre au critère de l'avantage et pour démontrer les prix de pleine concurrence, (2) une plus grande sécurité pour les groupes d'entreprises multinationales que le prix facturé pour les activités concernées seront acceptés par les administrations fiscales qui ont adopté l'approche simplifiée, une fois que les conditions de l'approche simplifiée mentionnée au paragraphe 7.45 ont été respectées, et (3) fournir à l'administrations fiscale une documentation ciblée permettant un examen efficace des risques de conformité. Un groupe d'entreprises multinationales qui choisit d'adopter cette méthode simplifiée devrait, autant que possible, l'appliquer de manière cohérente dans l'ensemble des juridictions dans lesquelles il opère.

7.53. Bien qu'une administration fiscale n'ait pas adopté l'approche simplifiée, et que par conséquent le groupe multinational doive se conformer aux exigences de cette juridiction, cela ne l'empêche pas d'appliquer l'approche simplifiée dans d'autres juridictions. En outre, tous les groupes d'entreprises multinationales ne sont pas intégrés verticalement et peuvent posséder des divisions ou sous-groupes régionaux avec leurs propres structures de gestion et de soutien. Par conséquent, les groupes d'entreprises multinationales peuvent choisir d'adopter la méthode simplifiée au niveau d'une entreprise holding et de l'appliquer uniformément dans toutes les filiales de cette société holding. Lorsque le groupe d'entreprises multinationales choisit d'appliquer l'approche simplifiée, les coûts supportés au titre de services intra-groupe à faible valeur ajoutée qui ont été déterminés conformément aux indications de ce paragraphe sont reconnus être en conformité avec le principe de pleine concurrence. Une autre approche possible pour répondre aux questions abordées dans cette section consisterait à utiliser des accords de répartition des coûts, lesquels font l'objet du chapitre VIII.

D.2.1. Application du critère de l'avantage obtenu aux services intra-groupe à faible valeur ajoutée

7.54. Comme indiqué au paragraphe 7.6, et en vertu du principe de pleine concurrence, il n'y a obligation de payer pour un service intra-groupe que lorsque le critère de l'avantage obtenu est satisfait, à savoir que l'activité puisse fournir au membre du groupe qui devrait payer pour le service une valeur économique ou commerciale lui permettant d'améliorer ou de maintenir sa position commerciale. Cette position est à son tour déterminée en cherchant à savoir si une entreprise indépendante, dans des circonstances comparables, aurait été prête à payer pour cette activité si celle-ci avait été réalisée par une entreprise indépendante ou si elle aurait effectué l'activité elle-même en interne. Toutefois, en raison de la nature des services intra-groupe à faible valeur ajoutée abordés dans cette section, répondre à ces questions peut s'avérer compliqué ou peut exiger plus d'efforts que le montant des frais. Les administrations fiscales devraient donc s'abstenir d'examiner ou de contester le critère de l'avantage obtenu lorsqu'une approche simplifiée a été appliquée dans les conditions et les circonstances exposées dans cette section et particulièrement si celle-ci est en conformité avec la documentation et les rapports présentés dans la section D.3 suivante.

7.55. Alors que les services intra-groupe à faible valeur ajoutée peuvent fournir des avantages à tous les destinataires de ces services, des questions peuvent se poser quant à l'ampleur de ces avantages et si des parties indépendantes auraient été prêtes à payer pour le service en question ou si elles l'auraient effectué elles-mêmes. Étant donné la nature des services intra-groupe à faible valeur ajoutée, si le groupe d'entreprises multinationales a suivi les recommandations de l'approche simplifiée et qu'il a présenté la

documentation et les rapports énumérés dans la section D.3 ci-dessous, cela devrait être suffisant pour apporter les preuves que le critère de l'avantage a été respecté. Pour évaluer ce critère, les administrations fiscales ne devraient tenir compte de l'avantage que par catégories de services et non sur une base de frais spécifique. Ainsi, le contribuable doit uniquement démontrer que l'aide a été fournie avec, par exemple, le traitement des paies, plutôt que d'être contraint de spécifier des actions individuelles ayant donné lieu à des frais facturés. À condition que cette information décrite au paragraphe 7.64 ait été mise à la disposition de l'administration fiscale, une seule facture annuelle décrivant une catégorie de services devrait suffire à justifier les frais, et la correspondance ou autres preuves d'actions individuelles ne devrait pas être nécessaire. En ce qui concerne les services intra-groupe à faible valeur ajoutée qui ne profitent qu'à une seule entité bénéficiaire du groupe d'entreprises multinationales, il est attendu que les avantages pour le bénéficiaire du service seront capables de changer la donne.

D.2.2. Constitution de groupes de coûts

7.56. Lors de la première étape de l'approche simplifiée applicable à des services intra-groupe à faible valeur ajoutée, le groupe d'entreprises multinationales doit déterminer, pour chaque exercice, l'ensemble des coûts supportés par les membres du groupe qui ont fourni chaque catégorie de services intra-groupe à faible valeur ajoutée. Les coûts devant être regroupés représentent les coûts directs et indirects de chaque fourniture de services, ainsi que, le cas échéant, la part attribuée aux frais d'opérations (par exemple, la supervision générale ou administrative). Les coûts sont regroupés par catégories de services, et doivent indiquer les centres de coûts aux fins comptables qui ont été utilisés dans la création du groupe de coûts. Les coûts répercutés au sein d'un groupe de coûts, doivent être identifiés afin de pouvoir appliquer les principes du paragraphe 7.61. Le groupe de coûts doit exclure les coûts attribuables à une activité interne dont bénéficie uniquement l'entreprise exerçant l'activité (y compris les activités d'actionnaire effectuées par la société holding).

7.57. La deuxième étape consiste pour le groupe d'entreprises multinationales à isoler et à retirer du groupe de coûts les coûts attribuables aux services fournis par un membre du groupe exclusivement pour le compte d'un autre membre du groupe. À titre d'exemple, lors de la constitution d'un groupe de coûts salariaux, si la société A du groupe fournit des services de paie exclusivement à la société B du groupe, les coûts correspondants doivent être isolés séparément et soustraits du groupe de coûts. Toutefois, si la société A du groupe assure des services de paie pour elle-même ainsi que pour le compte de la société B, les coûts correspondants sont maintenus dans le groupe de coûts.

7.58. À ce stade du calcul, le groupe d'entreprises multinationales a obtenu un groupe de coûts associés à des catégories de services à faible valeur ajoutée fournis à plusieurs membres du groupe d'entreprises multinationales.

D.2.3. Répartition des coûts relatifs aux services intra-groupe à faible valeur ajoutée

7.59. La troisième étape de cette méthode de tarification simplifiée applicable aux coûts de services intra-groupe à faible valeur ajoutée consiste à répartir entre les membres du groupe les coûts contenus dans le groupe de coûts relatifs à des services dont plusieurs membres du groupe ont bénéficié. Le contribuable définit et applique alors une (ou plusieurs) clé de répartition dans le respect des principes suivants. La nature des services entre en ligne de compte dans le choix d'une (ou plusieurs) clé de répartition appropriée. La (ou les) même clé de répartition est utilisée de manière uniforme pour toutes les répartitions de coûts relatifs à une catégorie donnée de services. Conformément aux indications figurant au paragraphe 7.24, la (ou les) clé de répartition choisie pour les coûts relatifs à une catégorie de services devrait refléter raisonnablement les avantages escomptés par chaque bénéficiaire des services considérés. En règle générale, la clé de répartition devrait être fonction du besoin sous-jacent *vis-à-vis* des services en question. À titre d'exemple, la clé de répartition peut utiliser la part relative de chaque membre dans l'effectif total du groupe, pour des services liés au personnel; la part du nombre total d'utilisateurs, pour des services informatiques; la part du parc total de véhicules, pour des services de gestion de flotte; et enfin la part du total des transactions concernées ou de l'actif total pour des services d'assistance comptable. Dans plusieurs cas, la part dans le chiffre d'affaires total pourra être une clé pertinente.

7.60. Les exemples de clés de répartition proposés au paragraphe précédent ne constituent pas une liste exhaustive. En fonction des faits et circonstances du cas d'espèce, des clés de répartition plus complexes peuvent être utilisées. Cependant, un équilibre doit être trouvé entre la complexité théorique et l'utilisation pratique, en gardant à l'esprit que les coûts considérés ne génèrent pas de valeur élevée pour le groupe. Dans ce contexte, l'utilisation de clés de répartition multiples peut être évitée si le contribuable est en mesure de justifier qu'une clé unique permet de refléter raisonnablement les avantages respectifs. Aux fins de cohérence, la ou les mêmes clés de répartition sont appliquées pour répartir entre les bénéficiaires les coûts relatifs à une catégorie donnée de services intra-groupe à faible valeur ajoutée. De plus, la même clé de répartition raisonnable sera réutilisée d'une année sur l'autre, sauf s'il existe une raison valable d'en changer. Les administrations fiscales et les contribuables ne doivent pas oublier que la modification d'une clé de répartition raisonnable peut conduire à des complications considérables. Le contribuable est invité à décrire dans sa documentation (voir paragraphe 7.64 ci-dessous) le raisonnement qui

lui a permis de conclure que la clé de répartition retenue produisait des résultats reflétant raisonnablement les avantages susceptibles d'être tirés par chaque bénéficiaire du service considéré.

D.2.4. Marges bénéficiaires

7.61. Pour déterminer la tarification de pleine concurrence de services intra-groupe à faible valeur ajoutée, le membre du groupe d'entreprises multinationales qui fournit ces services doit appliquer une marge bénéficiaire à tous les coûts reportés dans le groupe de coûts, exception faite de tout coût répercuté, tel que le définissent les dispositions des paragraphes 2.99 et 7.34. La même marge doit être utilisée pour tous les services à faible valeur ajoutée, quelles que soient les catégories concernées. La marge bénéficiaire doit équivaloir à 5 % du coût concerné comme souligné dans la section D.2.2. La marge bénéficiaire dans l'approche simplifiée n'a pas besoin d'être justifiée par une étude comparative et peut être appliquée aux services intra-groupe à faible valeur ajoutée effectués par un membre du groupe uniquement pour le compte d'un autre membre du groupe, dont les coûts sont identifiés séparément selon les dispositions du paragraphe 7.57. Il est à noter que les marges appliquées aux services intra-groupe à faible valeur ajoutée ne doivent pas, sans justification et analyse complémentaires, être utilisées comme référence pour déterminer le prix de pleine concurrence de services qui n'entreraient pas dans la catégorie des services à faible valeur ajoutée, ou de services similaires qui seraient exclus du régime optionnel simplifié.

D.2.5. Facturation des services à faible valeur ajoutée

7.62. Sous réserve des dispositions du paragraphe 7.55, le montant facturé au titre des services à un membre d'un groupe d'entreprises multinationales ayant choisi le régime optionnel est la somme des éléments suivants : i) les coûts supportés par un autre membre du groupe pour fournir les services exclusivement au membre, calculés conformément à la deuxième étape décrite dans le paragraphe 7.57, augmentés de la marge applicable, et ii) la part du total du groupe de coûts attribuée au membre en utilisant la clé de répartition choisie conformément à la troisième étape décrite dans le paragraphe 7.59, augmentée de la marge applicable. Le montant facturé est payable au membre du groupe qui a assumé les coûts reportés dans le groupe de coûts, et, si plus d'un membre du groupe a assumé ces coûts, le paiement est reparti en proportion de la part de chaque membre dans le groupe de coûts.

D.2.6. Seuil d'application de l'approche simplifiée

7.63. Les administrations fiscales adoptant l'approche simplifiée aux services intra-groupe à faible valeur ajoutée énoncés dans la présente section peuvent établir un seuil approprié pour leur permettre de revoir cette approche

simplifiée dans les cas où ce seuil est dépassé. Un tel seuil pourrait, par exemple, être fondé sur des ratios financiers fixes de la partie destinataire (par exemple une proportion des coûts des services intra-groupe par rapport aux coûts totaux ou au chiffre d'affaires ou au bénéfice avant déduction des services intra-groupe) ou être déterminé en référence à un ratio à l'échelle du groupe du coût total des services au chiffre d'affaires du groupe d'entreprises multinationales ou toute autre mesure appropriée. Lorsqu'un tel seuil est adopté, l'administration fiscale n'est toutefois pas contrainte d'accepter l'approche simplifiée si le niveau des frais des services à faible valeur ajoutée dépasse le seuil et peut nécessiter une analyse fonctionnelle et de comparabilité complètes comprenant l'application du critère de l'avantage obtenu pour des frais de service spécifiques.

D.3. Documentation et rapports

7.64. Un groupe d'entreprises multinationales qui choisit d'appliquer cette méthode simplifiée doit disposer des renseignements et documents énumérés infra et être en mesure de les transmettre, sur demande, à l'administration fiscale compétente pour toute entité du groupe ayant versé ou perçu un paiement au titre de services intra-groupe à faible valeur ajoutée.

- description des catégories de services intra-groupes à faible valeur fournis; identité des bénéficiaires; éléments établissant que chaque catégorie de services répond bien à la définition des services intra-groupe à faible valeur ajoutée énoncée à la section D.1; justification de la prestation de services dans le contexte de l'activité du groupe d'entreprises multinationales; description des avantages réels ou escomptés de chacune des catégories de services; description des clés de répartition appliquées et éléments établissant que ces clés de répartition produisent des résultats qui reflètent raisonnablement les avantages reçus; confirmation de la marge appliquée;
- contrats ou accords écrits pour la fourniture de services et les modifications à ces contrats et accords reflétant l'accord des différents membres du groupe liés par les règles d'attribution de cette section. Ces contrats ou accords écrits peuvent prendre la forme d'un document identifiant les entités concernées, la nature des services, et les modalités et conditions dans lesquelles les services sont fournis;
- documents et calculs relatifs à la détermination du groupe de coûts tel que décrit dans la section D.2.2, et à la marge appliquée, en particulier une liste détaillant toutes les catégories de services et les montants des coûts pertinents, y compris les coûts des services fournis exclusivement à un membre du groupe;
- calculs relatifs à l'application des clés de répartition utilisées.

D.4. Perception des taxes retenues à la source pour la prestation de services intra-groupe à faible valeur ajoutée

7.65. La perception des taxes retenues à la source sur la fourniture de services intra-groupe à faible valeur ajoutée peut empêcher le prestataire de services de pouvoir récupérer la totalité des frais engagés pour la prestation de ces services. Quand un élément de bénéfice ou une marge sont inclus dans ces services, les administrations fiscales chargées de la retenue fiscale sont encouragées à l'appliquer uniquement à cet élément de bénéfice ou à cette marge.

Chapitre VIII

Accords de répartition des coûts

A. Introduction

8.1. Ce chapitre traite des accords de répartition des coûts (ARC) entre deux entreprises associées ou plus. Il vise à fournir des orientations générales permettant de déterminer si les conditions fixées par des entreprises associées pour des transactions couvertes par un ARC sont conformes au principe de pleine concurrence. L'analyse de la structure de ces dispositions doit être déterminée par les dispositions de ce chapitre et par les autres dispositions de ces principes et elle doit être documentée de manière adéquate par l'accord.

8.2. La section B donne une définition générale de l'ARC et présente la notion d'ARC et la section C contient des orientations relatives à l'application du principe de pleine concurrence aux ARC. La section C contient des orientations sur les modalités d'évaluation des contributions à un ARC, la question de savoir s'il est nécessaire de procéder à des paiements compensatoires (c'est-à-dire à des paiements entre des participants permettant d'ajuster leurs parts respectives des contributions) et le régime fiscal applicable à ces contributions et paiements compensatoires. La section C aborde également la détermination des participants à un ARC et les questions liées à l'adhésion ou au retrait des participants et à la résiliation des ARC. Enfin, la section D aborde des suggestions de structure et de documentation des ARC.

B. La notion d'ARC

B.1. Généralités

8.3. Un ARC est un engagement contractuel qui permet à des entreprises industrielles ou commerciales de partager les contributions et les risques impliqués dans le développement, la production ou l'obtention en commun d'actifs incorporels, d'actifs corporels ou de services, étant entendu que l'on attend de ces actifs incorporels, ces actifs corporels ou ces services qu'ils

génèrent des bénéfices pour les entreprises individuelles de chacun des participants. Un ARC est un accord contractuel plutôt que nécessairement une entité juridique distincte ou un lieu fixe d'activité de tous les participants. Un ARC n'exige pas des participants qu'ils combinent leurs opérations, par exemple pour exploiter conjointement des actifs incorporels en résultant ou pour partager des revenus ou bénéfices. Au contraire, les participants à un ARC peuvent exploiter leurs intérêts dans les résultats d'un ARC par le biais de leurs entreprises individuelles. Les problèmes de prix de transfert sont axés sur les relations commerciales ou financières entre les participants et sur les contributions apportées par les participants, qui offrent l'opportunité de parvenir à ces résultats.

8.4. Comme l'indique la section D.1 du chapitre I, la délimitation de la transaction effectivement conclue constitue la première étape d'une analyse de prix de transfert. L'accord contractuel sert de point de départ à la délimitation de la transaction effective. A cet égard, il n'existe aucune différence, aux fins de l'analyse des prix de transfert, entre un ARC et un autre type d'accord contractuel dans lequel la répartition des responsabilités, risques et résultats escomptés, telle que définie par l'analyse fonctionnelle de la transaction, est identique. Les orientations relatives à l'identification des autres caractéristiques économiquement pertinentes s'appliquent aux ARC de la même manière qu'à un autre type d'accord contractuel, notamment l'évaluation permettant de déterminer si les parties qui assument les risques contractuels prennent en charge réellement ces risques conformément au cadre d'analyse des risques présenté au paragraphe 1.60 de ces Principes. En conséquence, les parties exerçant des activités en vertu d'accords présentant des caractéristiques économiques similaires doivent recevoir des revenus escomptés similaires, indépendamment du fait que l'accord contractuel soit, dans ce cas précis, un ARC. Cependant, il existe des caractéristiques spécifiques des ARC qui méritent une attention particulière.

8.5. La répartition des contributions constitue une caractéristique essentielle de l'ARC. Conformément au principe de pleine concurrence, au moment de conclure un ARC, la part respective de chaque participant dans les contributions globales de l'ARC doit être conforme à la part respective de chaque participant dans les avantages globaux escomptés à recevoir aux termes de l'accord. En outre, en cas d'ARC impliquant le développement, la production ou l'obtention d'actifs incorporels ou corporels, une participation dans des actifs incorporels ou dans des actifs corporels résultant de l'activité d'un ARC ou bien des droits d'utilisation ou d'exploitation de ces actifs incorporels ou corporels, est prévue contractuellement pour chaque participant. En ce qui concerne les ARC de services, chaque participant est en droit contractuellement de bénéficier des services résultant de l'activité de l'ARC. Dans tous les cas, les participants peuvent exploiter leur intérêt, leurs droits ou leur prérogatives, sans payer une contrepartie supplémentaire (autre

que les contributions et les paiements compensatoires décrits respectivement aux sections C.4 et C.5) à une autre partie en échange de cet intérêt, de ces droits ou de ces prérogatives.

8.6. Certains avantages de l'activité d'un ARC peuvent être déterminés à l'avance tandis que d'autres sont incertains. Certains types d'activités des ARC procurent des avantages actuels tandis que d'autres en procurent sur une période plus longue ou bien peuvent n'en procurer aucun. Néanmoins, un ARC comporte toujours un avantage escompté, recherché par chaque participant dans sa contribution, notamment les droits du participant à faire administrer l'ARC de manière appropriée. L'intérêt de chaque participant dans les résultats de l'activité de l'ARC doit être établi dès le départ, même si cet intérêt est lié à celui des autres participants, notamment parce que la propriété légale des actifs incorporels ou des actifs corporels développés peut être attribuée à un seul d'entre eux alors que la totalité d'entre eux ont certains droits d'utilisation ou d'exploitation des actifs incorporels ou des actifs corporels, comme indiqué dans les dispositions contractuelles (par exemple, des licences perpétuelles, libres de redevances pour le territoire sur lequel opère le participant concerné).

8.7. Dans certains cas, les ARC sont utiles pour simplifier plusieurs transactions (en gardant à l'esprit que les conséquences fiscales des transactions sont déterminées conformément aux lois locales en vigueur). Dans une situation où des entreprises associées exercent des activités pour d'autres membres du groupe et profitent simultanément des activités exercées par les autres membres du groupe, un ARC peut fournir un mécanisme se substituant à plusieurs paiements intra-groupe distincts de pleine concurrence, avec un système de paiements nets plus rationalisés, fondé sur le regroupement des contributions et avantages liés aux activités couvertes (voir également les paragraphes 3.9 à 3.17 de ces Principes). Un ARC pour le partage du développement d'actifs incorporels peut éviter de recourir à des accords de licences croisées et à l'attribution correspondante du risque et les remplacer par un partage plus rationalisé des contributions et des risques, les intérêts de participation aux actifs incorporels en résultant étant partagés conformément aux dispositions de l'ARC. Cependant, la rationalisation des flux pouvant résulter de l'adoption d'un ARC n'affecte pas l'évaluation appropriée de la répartition des contributions des parties.

8.8. Pour illustrer l'ARC, prenons l'exemple d'un groupe d'entreprises multinationales qui fabrique des produits par l'intermédiaire de trois entreprises qui exploitent chacune un site de production et disposent chacune de leurs propres équipes de R&D engagées dans divers projets visant à améliorer les processus de production. Ces trois entreprises concluent un ARC afin d'améliorer le processus de production et, par conséquent, regroupent leur expertise et partagent leurs risques. Attendu que l'ARC confère à chaque participant des droits sur les résultats des projets, il remplace les accords de licences croisées qui auraient pu être conclus en l'absence d'ARC, si les

entreprises avaient développé individuellement certains actifs incorporels et si elles s'étaient cédés des droits mutuellement.

B.2. Liens avec d'autres chapitres

8.9. Comme indiqué au paragraphe 8.4, le cadre analytique des prix de transfert applicable aux ARC n'est pas différent de celui utilisé pour l'analyse des autres formes de relations contractuelles. Les indications de la section D du chapitre I sont pertinentes pour l'analyse de toutes les transactions entre des entreprises associées et s'appliquent à la définition des caractéristiques économiquement pertinentes des relations commerciales et financières entre les parties telles qu'elles figurent dans un ARC. Les dispositions contractuelles de l'ARC constituent le point de départ pour délimiter la transaction entre les parties et décider comment il a été prévu d'attribuer les responsabilités, les risques et les résultats escomptés au moment où les dispositions ont été prises. Toutefois, comme l'indiquent ces principes, les éléments probants du comportement des parties peuvent clarifier ou compléter les aspects de l'accord. Le cadre d'analyse du risque de la section D.1.2.1 du chapitre I s'applique pour déterminer si les parties assument les risques aux termes d'un ARC, comme indiqué à la section C.2 de ce chapitre ainsi que les conséquences liées au financement sans assumer le risque ni exercer d'autres fonctions. Le chapitre VI fournit des orientations en vue de déterminer les conditions de pleine concurrence des transactions qui portent sur l'utilisation ou le transfert d'actifs incorporels. Les paragraphes 6.60 à 6.64 fournissent des orientations utiles sur l'exercice du contrôle du risque financier si le financement sert à investir dans des projets de R&D. Les orientations des sections D.3 et D.4 du chapitre VI relatives aux actifs incorporels difficiles à valoriser s'appliquent également aux ARC. Le chapitre VII examine les problèmes qui se posent en matière de prix de transfert pour déterminer si des services ont été rendus par un membre d'un groupe d'entreprises multinationales à d'autres membres de ce groupe et, dans l'affirmative, pour déterminer le prix de pleine concurrence applicable à ces services intra-groupe. L'objectif de ce chapitre consiste à fournir des orientations supplémentaires pour les situations dans lesquelles les ressources et les compétences sont mises en commun et la contrepartie reçue est, en tout ou en partie, l'attente raisonnable d'avantages mutuels. En conséquence, les dispositions des chapitres VI et VII ainsi que tous les autres chapitres de ces Principes restent applicables dans la mesure où elles sont pertinentes, par exemple pour mesurer la valeur d'une contribution à un ARC dans le cadre du processus de détermination de la répartition des contributions. Les entreprises multinationales sont encouragées à suivre les orientations données dans le présent chapitre afin de faire en sorte que leurs ARC soient conformes au principe de pleine concurrence.

B.3. Catégories d'ARC

8.10. Il existe deux types courants d'ARC : les ARC établis pour le développement, la production ou l'obtention, en commun, de biens incorporels ou corporels (« les ARC de développement ») et les ARC établis pour l'obtention de services (« les ARC de services »). Bien que chaque ARC spécifique doive être examiné en fonction de ses propres faits et circonstances, ces deux types d'ARC se distingueront généralement par le fait qu'on attend des ARC de développement qu'ils procurent des avantages continus et futurs tandis que les ARC de services ne procurent que des avantages actuels. Les ARC de développement, en particulier lorsqu'ils portent sur des actifs incorporels, impliquent souvent des risques significatifs associés à ce qui peut être des avantages incertains et lointains tandis que les ARC de services offrent des avantages plus certains et moins risqués. Ces distinctions sont utiles car, du fait de leur plus grande complexité, les ARC de développement peuvent nécessiter des orientations plus précises, notamment pour l'évaluation des contributions, que celles requises pour les ARC de service, comme indiqué ci-dessous. L'analyse d'un ARC ne doit cependant pas être fondée sur des distinctions superficielles : dans certains cas, un ARC pour l'obtention de services actuels peut également créer ou renforcer un actif incorporel qui procure des avantages continus et incertains et des actifs incorporels développés dans le cadre d'un ARC peuvent procurer des avantages à court terme et relativement certains.

8.11. Dans le cadre d'un ARC de développement, chaque participant peut prétendre à des droits sur le ou les actifs incorporels ou corporels développés. En ce qui concerne les actifs incorporels, ces droits prennent souvent la forme de droits distincts d'exploitation du bien corporel sur un territoire géographique précis ou pour une application particulière. Les droits distincts obtenus peuvent constituer la propriété légale effective. Il est également possible que l'un des participants soit le propriétaire légal du bien mais que les autres participants aient certains droits d'utilisation ou d'exploitation du bien. Dans les cas où un participant détient de tels droits sur un bien développé par l'ARC, il n'est pas nécessaire de payer une redevance ou toute autre contrepartie en échange de l'utilisation du bien développé, conformément à l'intérêt auquel le participant a droit aux termes de l'ARC (les contributions d'un participant peuvent cependant nécessiter un ajustement si elles ne sont pas proportionnelles aux avantages escomptés, voir section C.5).

C. Application du principe de pleine concurrence

C.1. Généralités

8.12. Pour que les conditions d'un ARC soient conformes au principe de pleine concurrence, il faut que la valeur des contributions des participants soit conforme à celle que des entreprises indépendantes accepteraient de verser dans des circonstances comparables, compte tenu de leur part respective

dans la totalité des avantages escomptés qu'elles peuvent raisonnablement attendre de l'accord. Ce qui distingue la contribution à un ARC d'un transfert ordinaire intra-groupe de biens ou de services, c'est que la totalité ou une partie de la contrepartie recherchée par les participants est l'avantage mutuel et proportionnel escompté par chacun de la mise en commun des ressources et compétences. En outre, en particulier pour les ARC de développement, les participants conviennent de partager les conséquences positives et négatives des risques associés à l'obtention des résultats escomptés de l'ARC. En conséquence, il existe une distinction entre une cession de licence intra-groupe d'un actif incorporel dans laquelle le concédant supporte le risque de développement à lui seul et attend une contrepartie par l'intermédiaire de la redevance de licence qu'il reçoit lorsque l'actif corporel a été entièrement développé et un ARC de développement dans lequel toutes les parties apportent des contributions et partagent les conséquences des risques se réalisant dans le cadre du développement de l'actif incorporel, et décident que chacune d'elles acquiert un droit sur l'actif incorporel, par le biais de ces contributions.

8.13. L'attente d'avantages mutuels et proportionnels est fondamentale pour l'acceptation, par des entreprises indépendantes, d'un accord pour le partage des conséquences de la réalisation des risques et la mise en commun des ressources et compétences. Des entreprises indépendantes exigeraient que la valeur de la part respective de chaque participant dans les contributions globales réelles à l'accord soit proportionnelle à sa part respective dans les avantages globaux escomptés à recevoir aux termes de l'accord. Pour appliquer le principe de pleine concurrence à un ARC, il est nécessaire, à titre de condition préalable, que toutes les parties à l'accord attendent un avantage raisonnable. L'étape suivante consiste à calculer la valeur de la contribution de chaque participant à l'activité conjointe et à déterminer pour finir si la répartition des contributions à l'ARC (éventuellement ajustée pour tenir compte de tout paiement compensatoire effectué entre les participants) correspond à leur part respective des avantages escomptés. Il faut reconnaître que ces évaluations peuvent comporter un certain degré d'incertitude, notamment dans le cadre des ARC de développement. Il est possible de répartir les contributions entre les participants à un ARC de manière à aboutir à une surestimation des bénéfices imposables dans certaines juridictions et à leur sous-estimation dans d'autres, si l'on applique le principe de pleine concurrence. Pour cette raison, les contribuables devraient être prêts à démontrer sur quoi ils fondent leur réclamation relative à un l'ARC (voir section E).

C.2. Détermination des participants

8.14. La notion d'avantage mutuel étant fondamentale dans un ARC, une partie ne peut être considérée comme un participant si elle ne peut raisonnablement attendre un avantage des objectifs de l'activité de l'ARC

elle-même (et non pas seulement de l'exercice de tout ou partie de cette activité), par exemple de l'exploitation de son intérêt ou de ses droits sur les actifs incorporels ou corporels ou de l'utilisation des services produits par le biais de l'ARC. Un participant doit donc se voir attribuer un intérêt ou des droits dans les actifs incorporels, les actifs corporels ou les services faisant l'objet de l'ARC et pouvoir raisonnablement s'attendre à être en mesure de bénéficier de cet intérêt ou de ces droits. Une entreprise qui exerce exclusivement l'activité concernée, par exemple des fonctions de recherche, mais qui ne reçoit pas d'intérêt dans le résultat de l'ARC, ne sera pas considérée comme un participant à l'ARC mais plutôt comme un fournisseur de services à l'ARC. En tant que telle, elle sera rémunérée en échange des services fournis sur une base de pleine concurrence indépendante de l'ARC. Voir le paragraphe 8.18. De même, une partie ne sera pas un participant à l'ARC si elle n'est pas capable d'exploiter le résultat de l'ARC dans sa propre entreprise, de quelque manière que ce soit.

8.15. Une partie ne sera pas un participant à un ARC si elle n'exerce pas de contrôle des risques spécifiques qu'elle assume aux termes de l'ARC et si elle n'a pas la capacité financière d'assumer ces risques, dans la mesure où cette partie n'aurait pas droit à une part du résultat, qui est un objectif de l'ARC, fondée sur les fonctions effectivement exercées. Les orientations générales décrites au chapitre I de ces Principes, relatives à la prise en charge des risques, s'appliquent aux situations impliquant des ARC. Chaque participant apporte des contributions spécifiques aux objectifs de l'ARC et assume contractuellement certains risques. Les orientations de la section D.1 du chapitre 1 sur la délimitation de la transaction effective s'appliqueront à l'analyse des prix de transfert liée à ces risques. Cela signifie également qu'une partie assumant des risques aux termes d'un ARC selon une analyse relevant de l'étape 4(i) du cadre d'analyse des risques du paragraphe 1.60 (« assume le risque dans le cadre d'un ARC ») doit contrôler les risques spécifiques qu'elle assume en vertu de l'ARC et doit avoir la capacité financière d'assumer ces risques. Cela implique en particulier qu'un participant à un ARC ait (i) la capacité de prendre la décision de saisir, d'éviter ou de rejeter une opportunité porteuse de risque présentée par la participation à un ARC et doive exercer effectivement cette fonction de prise de décision et (ii) la capacité de prendre la décision de répondre aux risques associés à cette opportunité, et selon quelles modalités, ainsi que l'exercice effectif de cette fonction de prise de décision. S'il n'est pas nécessaire que la partie exerce des activités quotidiennes d'atténuation du risque liées aux activités de l'ARC, elle doit avoir la capacité de déterminer les objectifs de ces activités d'atténuation du risque exercées par une autre partie, de décider de confier à l'autre partie la prise en charge des fonctions d'atténuation du risque, d'évaluer si les objectifs sont correctement respectés et, si nécessaire, de décider d'adapter ou de résilier le contrat, et elle doit effectivement assurer cette évaluation et cette prise de décision. Conformément aux principes de gestion prudente de l'entreprise, l'étendue des risques impliqués par l'accord

déterminera l'étendue de la capacité et du contrôle requis. Les orientations des paragraphes 6.60 à 6.64 s'appliquent à l'évaluation permettant de déterminer si la partie qui fournit les fonds a la capacité fonctionnelle d'exercer le contrôle du risque financier lié aux contributions à l'ARC et si elle exerce effectivement ces fonctions. Voir les exemples 4 et 5 de l'annexe à ce chapitre pour une illustration de ce principe.

8.16. Dans la mesure où les contributions spécifiques apportées par les participants à un ARC sont de nature différente, les participants exerçant, par exemple, des types très différents d'activités de R&D ou l'une des parties contribuant aux biens et l'autre aux activités de R&D, les orientations du paragraphe 6.64 s'appliquent également. Cela signifie que plus le risque de développement lié aux activités de développement exercées par l'autre partie est élevé et plus le risque assumé par l'autre partie est étroitement lié à ce risque de développement, plus la première partie devra avoir la capacité d'évaluer la progression du développement de l'actif incorporel et les conséquences de cette progression pour l'obtention des avantages escomptés et plus cette partie aura besoin de lier étroitement sa prise de décision effective nécessaire dans le cadre de ses contributions continues à l'ARC aux principaux développements opérationnels pouvant avoir un impact sur les risques spécifiques qu'elle assume en vertu de l'ARC. Un ARC de développement dans lequel les avantages sont incertains et lointains est susceptible de donner lieu à des risques plus importants qu'un ARC de services dans lequel les avantages sont actuels.

8.17. Comme indiqué dans les paragraphes précédents, il n'est pas nécessaire que les participants à un ARC exercent toutes les activités de l'ARC par le biais de leur propre personnel. Dans certains cas, les participants à un ARC peuvent décider d'externaliser certaines fonctions relatives à l'activité concernée à une entité distincte qui n'est pas un participant en vertu de la norme du paragraphe 8.14 ci-dessus. Dans ces cas, les participants à un ARC doivent satisfaire individuellement aux exigences d'exercice de contrôle des risques spécifiques qu'ils assument aux termes de l'ARC. Ces exigences incluent l'exercice du contrôle des fonctions externalisées par au moins un des participants à l'ARC. Dans les cas où l'objectif de l'ARC consiste à développer un actif incorporel, au moins un des participants à l'ARC exercera un contrôle des fonctions importantes de développement, renforcement, conservation, protection ou d'exploitation, qui sont externalisées. Lorsque la contribution d'un participant à l'ARC est constituée d'activités autres que le contrôle des fonctions externalisées, les orientations du paragraphe 8.15 s'appliquent à l'évaluation permettant de déterminer si ce participant a la capacité fonctionnelle d'exercer un contrôle des risques spécifiques qu'il assume en vertu de l'ARC et, en particulier, si ces risques sont étroitement liés aux fonctions externalisées.

8.18. Dans les cas d'externalisation des activités de l'ARC, un prix de pleine concurrence est approprié pour rémunérer l'entité en échange des services ou des autres contributions fournis aux participants à l'ARC. Lorsque cette entité est une entreprise associée d'un ou plusieurs participants à l'ARC, le prix de pleine concurrence doit être déterminé selon les principes généraux des chapitres I à III, en tenant compte, entre autres, des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés, et selon les considérations spéciales affectant le prix de pleine concurrence pour les services et/ou les actifs incorporels, comme indiqué aux chapitres VII et VI (notamment les orientations sur les actifs incorporels difficiles à valoriser).

C.3. Avantages escomptés d'un ARC

8.19. Les parts respectives des avantages escomptés doivent être estimées en se fondant sur les prévisions du revenu supplémentaire généré, les économies de coûts ou les autres avantages reçus par chacun des participants à la suite de l'accord. Une approche fréquemment utilisée dans la pratique, le plus souvent pour des ARC de service, consisterait à déterminer la part proportionnelle des avantages escomptés des participants à l'aide d'une clé de répartition. Les clés de répartition possibles incluent les ventes (chiffre d'affaires), les profits, les unités utilisées, produites ou vendues, le nombre de collaborateurs, etc.

8.20. Dans la mesure où une part importante ou la totalité des avantages de l'activité d'un ARC doit se concrétiser à l'avenir et pas uniquement pendant l'année au cours de laquelle les coûts ont été engagés, en particulier pour les ARC de développement, la répartition des contributions doit tenir compte des prévisions relatives aux parts respectives des participants dans ces avantages. L'utilisation de prévisions peut poser problème à l'administration fiscale lors de la vérification des hypothèses sur lesquelles reposent ces projections et du traitement des cas dans lesquels les projections diffèrent notablement des résultats effectifs. Ces problèmes peuvent être encore plus complexes lorsque l'activité de l'ARC cesse plusieurs années avant que les avantages escomptés ne se concrétisent réellement. Il peut être opportun, notamment lorsqu'on s'attend à ce que ces avantages se matérialisent à l'avenir, qu'un ARC prévoie, pendant toute sa durée, des ajustements possibles des parts respectives des contributions, sur une base prospective, afin de faire apparaître les changements de circonstances se traduisant par des modifications de la répartition des avantages. Dans les cas où la part effective des avantages diffère notablement des prévisions, l'administration fiscale peut être amenée à se demander si les prévisions effectuées auraient été considérées comme acceptables par des entreprises indépendantes, dans des circonstances similaires, en prenant en compte l'ensemble des développements qui étaient raisonnablement prévisibles par les participants, sans procéder de façon rétroactive. Lorsque les avantages escomptés d'un ARC sont constitués

d'un droit sur un actif incorporel difficile à évaluer au début du projet de développement ou lorsque les actifs incorporels préexistants qui sont difficiles à évaluer font partie des contributions au projet d'ARC, les orientations des sections D.3 et D.4 du chapitre VI relatives aux actifs difficiles à valoriser s'appliquent à l'évaluation des contributions de chaque participant à l'ARC.

8.21. Si un accord couvre plusieurs activités, il est important d'en tenir compte dans le choix de la méthode de répartition, de telle sorte que la valeur des contributions apportées par chaque participant soit conforme aux avantages escomptés par les participants. L'une des approches possibles (qui n'est cependant pas la seule) consiste à utiliser plusieurs clés de répartition. Par exemple, si un ARC compte cinq participants dont l'un ne peut bénéficier de certaines activités de recherche entreprises dans le cadre de l'ARC, dans ce cas, en l'absence de réduction ou de compensation de la contribution, les contributions liées à ces activités pourraient être réparties uniquement entre les quatre autres participants. Dans ce cas, on pourrait utiliser deux clés de répartition pour les contributions. La nature exacte de l'activité de l'ARC et le lien entre la ou les clés de répartition et les avantages escomptés permettent de déterminer s'il est opportun d'utiliser une ou plusieurs clés de répartition. Les orientations du chapitre VII relatives à l'utilisation des méthodes indirectes de fixation du prix de pleine concurrence pour les services (paragraphe 7.23 à 7.26) peuvent être utiles à cet égard. En revanche, les trois entreprises de l'exemple d'ARC du paragraphe 8.8, qui exploitent des sites de production, profitent de plusieurs projets pour améliorer leurs processus de production et peuvent adopter une clé de répartition fondée, par exemple, sur la dimension relative des capacités de production. Si l'une des entreprises décide de ne pas mettre en œuvre le résultat d'un projet donné, cela n'affectera pas sa part respective des avantages ni la clé de répartition utilisée. Dans de telles circonstances, il convient d'examiner attentivement la raison pour laquelle l'entreprise a choisi de ne pas mettre en œuvre le résultat, si elle avait déjà raisonnablement l'intention de procéder ainsi, si les avantages escomptés auraient dû être adaptés à l'évolution de l'ARC et si elle a changé d'intention.

8.22. Quelle que soit la méthode utilisée pour évaluer les parts respectives des participants, des ajustements du système de mesure utilisé peuvent être nécessaires pour tenir compte des parts respectives dans les avantages escomptés et réels reçus par les participants. L'ARC nécessitera une réévaluation périodique des contributions par rapport à la révision de la répartition des avantages afin de déterminer si les futures contributions des participants doivent être ajustées en conséquence. La ou les clés de répartition les mieux adaptées à un ARC donné peuvent donc évoluer dans le temps et donner lieu à des ajustements prévisionnels. Ces ajustements peuvent tenir compte du fait que les parties disposent, avec le temps, d'informations plus fiables sur des événements prévisibles (mais incertains) ou de la survenue d'événements imprévisibles.

C.4. Valeur de la contribution de chaque participant

8.23. Pour déterminer si un ARC respecte le principe de pleine concurrence, c'est-à-dire si la part respective de chaque participant dans les contributions globales à l'ARC est conforme à la part respective de chaque participant dans les avantages globaux escomptés, il est nécessaire de mesurer la valeur des contributions de chaque participant à l'accord.

8.24. Les contributions à un ARC peuvent revêtir différentes formes. Pour les ARC de services, les contributions consistent principalement à fournir des services. Pour les ARC de développement, les contributions comprennent principalement la réalisation d'activités de développement (par exemple, R&D, marketing) et incluent souvent des contributions supplémentaires relatives à des ARC de développement tels que des actifs corporels ou incorporels préexistants. Quel que soit le type d'ARC, toutes les contributions d'une valeur actuelle ou préexistante doivent être identifiées et prises en compte de manière appropriée conformément au principe de pleine concurrence. La valeur de la part respective de chaque participant dans les contributions devant être conforme à sa part des avantages escomptés, des paiements compensatoires peuvent être requis pour garantir cette cohérence. Dans ce chapitre, le terme « contributions » comprend les contributions d'une valeur actuelle ou d'une valeur préexistante apportées par les participants à un ARC.

8.25. Selon le principe de pleine concurrence, il faut que la valeur de la contribution de chaque participant soit conforme à celle que des entreprises indépendantes attribueraient à cette contribution, dans des circonstances comparables. Autrement dit, les contributions doivent être généralement évaluées en fonction de leur valeur au moment où elles sont apportées, en gardant à l'esprit le partage mutuel des risques, ainsi que la nature et l'étendue des avantages escomptés correspondants pour les participants à l'ARC, afin de respecter le principe de pleine concurrence. Pour déterminer la valeur des contributions à un ARC, il convient de respecter les orientations mentionnées ailleurs dans ces Principes.

8.26. Pour évaluer les contributions, il convient de distinguer les contributions d'une valeur préexistante des contributions actuelles. Par exemple, dans un ARC de développement d'un actif incorporel, une technologie brevetée apportée par l'un des participants constitue une contribution de valeur préexistante utile au développement d'un actif incorporel, qui constitue l'objectif de l'ARC. La valeur de cette technologie doit être déterminée selon le principe de pleine concurrence en utilisant les orientations des chapitres I à III et du chapitre VI et notamment les techniques d'évaluation mentionnées dans ce chapitre. L'activité actuelle de R&D exercée dans le cadre de l'ARC de développement par une ou plusieurs entreprises associées doit constituer une contribution actuelle. La valeur des contributions fonctionnelles actuelles n'est pas fondée sur la valeur potentielle

de l'application technologique ultérieure en résultant mais sur la valeur des fonctions exercées. Il est tenu compte de la valeur potentielle de l'application technologique ultérieure en résultant dans la valeur des contributions préexistantes et dans la répartition du risque de développement proportionnelle à la part des avantages escomptés par les participants à l'ARC. La valeur des contributions actuelles doit être déterminée en utilisant les orientations des chapitres I à III, VI et VII. Comme l'indique le paragraphe 6.79, dans tous les cas de figure, une rémunération égale au remboursement du coût augmenté d'une marge modeste ne correspondra pas à la valeur escomptée ni au prix de pleine concurrence de la contribution de cette équipe de recherche.

8.27. Si toutes les contributions doivent être mesurées selon leur valeur (voir toutefois le paragraphe 8.28 ci-après), il peut être plus facile à gérer pour les contribuables de payer les contributions actuelles d'après le coût. Cela peut être particulièrement utile pour les ARC de développement. En cas d'adoption de cette approche, les contributions préexistantes doivent récupérer le coût d'opportunité de l'engagement *ex ante* à apporter des ressources à l'ARC. Par exemple, un accord contractuel (c'est-à-dire l'ARC), qui mobilise une équipe existante de R&D pour effectuer un travail au profit de l'ARC, doit tenir compte du coût d'opportunité des autres efforts de R&D (c'est-à-dire de la valeur actuelle de la marge de pleine concurrence par rapport aux coûts de R&D) dans les contributions préexistantes, tout en contribuant aux activités actuelles d'après le coût (voir l'exemple 1.A à l'annexe à ce chapitre).

8.28. Attendu qu'il n'est pas possible de partir du principe que la valeur des contributions préexistantes correspond aux coûts, il arrive parfois que le coût soit utilisé, à des fins de commodité, pour mesurer la valeur respective des contributions actuelles. Lorsque la différence entre la valeur et les coûts est relativement insignifiante, il est possible, pour des raisons pratiques, d'évaluer les contributions actuelles de nature similaire d'après le coût, dans de tels cas d'ARC de services. Toutefois, dans d'autres cas (par exemple, lorsque les contributions apportées par les participants sont de nature différente et comprennent un mélange de divers types de services et/ou d'actifs incorporels ou d'autres actifs), l'évaluation des contributions actuelles d'après le coût n'est pas susceptible de fournir une base fiable de détermination de la valeur des contributions respectives des participants et peut aboutir à des résultats non conformes au principe de pleine concurrence. Pour les ARC de développement, l'évaluation des contributions actuelles d'après le coût (à l'exception du principe administratif du paragraphe 8.27) ne constituera pas, en règle générale, une base fiable pour l'application du principe de pleine concurrence. Pour une illustration de ce principe, voir les exemples 1 à 3 de l'annexe à ce chapitre. Lorsque des transactions sur le marché libre sont réputées comparables à des transactions entre des entreprises associées à un ARC, et lorsque ces transactions sur le marché libre prévoient que les contributions soient effectuées d'après le coût, il est important de prendre

en compte la comparabilité de toutes les caractéristiques économiquement pertinentes des transactions dans un contexte de transactions élargi, notamment l'impact d'un dispositif élargi de transactions économiquement liées pouvant exister entre des parties à une transaction sur le marché libre et le partage des risques. Il faudra en particulier se demander si d'autres paiements sont effectués dans le cadre de transactions sur le marché libre, notamment si des paiements échelonnés ou des contributions compensatoires peuvent être effectués en plus du remboursement des coûts.

8.29. Les contributions étant fondées sur les avantages escomptés, cela implique généralement que si l'évaluation des contributions actuelles peut servir de base de remboursement du coût, l'analyse doit être fondée initialement sur les coûts budgétés. Cela n'implique pas nécessairement la fixation des coûts puisque le cadre budgétaire peut s'adapter à la variabilité résultant de facteurs tels que des niveaux de demande variables (par exemple, les coûts budgétés peuvent être exprimés en pourcentage fixe des ventes réelles). En outre, des différences sont susceptibles d'exister entre les coûts budgétés et les coûts réels pendant la durée d'un ARC. Dans une situation de pleine concurrence, les dispositions convenues entre les parties sont susceptibles de définir comment ces différences doivent être traitées puisque, comme indiqué au paragraphe 2.96, des parties indépendantes ne sont pas susceptibles d'utiliser les coûts budgétés sans convenir des facteurs à prendre en compte pour fixer le budget et définir comment les circonstances imprévues doivent être traitées. Il convient d'être attentif à la raison des différences significatives entre les coûts budgétés et les coûts réels puisque la différence peut souligner des modifications dans l'étendue des activités qui peuvent ne pas profiter à l'ensemble des participants de la même manière que les activités délimitées initialement. Toutefois, d'une manière générale, lorsqu'il est établi que le coût est une base appropriée pour évaluer les contributions actuelles, les coûts réels sont susceptibles de constituer une base suffisante à cet effet.

8.30. Il est important que le processus d'évaluation reconnaisse la totalité des contributions apportées par les participants à l'accord. Cela inclut les contributions apportées par une ou plusieurs parties au début de l'ARC (telles que les contributions d'actifs incorporels préexistants) ainsi que les contributions apportées sur une base régulière pendant la durée de l'ARC. Les contributions à prendre en compte comprennent les biens ou les services qui sont utilisés exclusivement pour l'activité de l'ARC mais aussi les biens ou les services (c'est-à-dire les biens ou services partagés) qui sont utilisés en partie pour l'activité de l'ARC et en partie pour les activités de l'entreprise distincte du participant. Il peut être difficile d'évaluer les contributions qui impliquent un partage de biens ou de services, par exemple lorsqu'un participant contribue à l'utilisation partielle d'actifs tels que des immeubles de bureaux et des systèmes informatiques ou exerce des fonctions de supervision, de secrétariat ou d'administration pour l'ARC et pour sa propre entreprise. Il sera

nécessaire de déterminer la proportion des actifs ou services utilisés dans le cadre de l'activité de l'ARC, d'une manière justifiable sur le plan commercial par rapport aux principes comptables généralement admis et aux faits réels et, en cas d'écart important, des ajustements peuvent être nécessaires pour garantir la cohérence lorsque différentes juridictions sont impliquées. Une fois la proportion déterminée, la contribution peut être évaluée conformément aux principes du reste de ce chapitre.

8.31. Pour les ARC de développement, les contributions prenant la forme du contrôle ou de la gestion de l'ARC, de ses activités et de ses risques sont susceptibles d'être des fonctions importantes, comme indiqué au paragraphe 6.56, dans le cadre du développement, de la production ou de l'obtention d'actifs incorporels ou corporels et elles doivent être évaluées conformément aux principes exposés dans le chapitre VI.

8.32. Le scénario suivant illustre les orientations relatives à la détermination des participants, au partage des avantages et à la valeur des contributions.

8.33. La société A domiciliée dans le pays A et la société B domiciliée dans le pays B font partie d'un groupe d'entreprises multinationales et ont conclu un ARC pour le développement d'actifs incorporels. La société B peut prétendre, en vertu de l'ARC, à l'exploitation des actifs incorporels dans le pays B et la société A peut prétendre, en vertu de l'ARC, à l'exploitation des actifs incorporels dans le reste du monde. Les parties prévoient que la société A aura 75 % du chiffre d'affaires total, que la société B en aura 25 % et que la répartition des avantages escomptés de l'ARC sera de 75/25. La société A et la société B ont toutes deux l'expérience du développement d'actifs incorporels et disposent de leur propre personnel de recherche et de développement. Elles contrôlent leur risque de développement en vertu de l'ARC, selon les dispositions énoncées aux paragraphes 8.14 à 8.16. La société A apporte à l'ARC des actifs incorporels préexistants qu'elle a acquis récemment auprès d'un tiers. La société B apporte des techniques d'analyse exclusives qu'elle a développées pour améliorer l'efficacité et la rapidité de mise sur le marché. Ces deux contributions préexistantes doivent être évaluées selon les indications formulées aux chapitres I à III et au chapitre VI. Les contributions actuelles sous la forme de recherches quotidiennes seront assurées à 80 % par la société B et à 20 % par la société A, sous la supervision d'une équipe de direction constituée du personnel des deux sociétés selon une clé de répartition de 90/10 en faveur de la société A. Ces deux types de contributions actuelles seront analysés séparément et évalués selon les indications des chapitres I à III et du chapitre VI. Lorsque les avantages escomptés d'un ARC sont constitués d'un droit sur un actif incorporel difficile à évaluer au début du projet de développement ou lorsque les actifs incorporels préexistants qui sont difficiles à évaluer font partie des contributions au projet d'ARC, les orientations des

sections D.3 et D.4 du chapitre VI relatives aux actifs difficiles à valoriser s'appliquent à l'évaluation des contributions de chaque participant à l'ARC.

C.5. Paiements compensatoires

8.34. Un ARC sera considéré comme conforme au principe de pleine concurrence si la valeur de la part respective de chaque participant dans les contributions globales à l'accord (en tenant compte des paiements compensatoires déjà effectués) est conforme à sa part respective dans le total des avantages escomptés à recevoir aux termes de l'accord. Si la valeur de la part respective d'un participant dans les contributions globales à l'ARC au moment où ces contributions sont apportées n'est pas conforme à sa part dans le total des avantages escomptés aux termes de l'accord, les contributions apportées par au moins l'un des participants seront inappropriées et celles d'au moins un participant seront excessives. Dans un tel cas, le principe de pleine concurrence nécessitera généralement de procéder à un ajustement. Cela prendra généralement la forme d'un ajustement de la contribution par le versement ou l'imputation d'un paiement compensatoire (supplémentaire). Ces paiements compensatoires augmentent la valeur des contributions du payeur et diminuent celle du bénéficiaire.

8.35. Les participants peuvent effectuer des paiements compensatoires pour compléter la valeur des contributions lorsque leurs contributions respectives sont inférieures à leurs avantages escomptés respectifs. De tels ajustements peuvent être anticipés par les participants lors de la conclusion d'un ARC ou peuvent résulter d'une réévaluation régulière de leur part des avantages escomptés et/ou de la valeur de leurs contributions (voir paragraphe 8.22).

8.36. Des paiements compensatoires peuvent être également requis par l'administration fiscale lorsque la valeur des contributions respectives d'un participant dans les biens ou services au moment où ces contributions sont apportées, n'a pas été déterminée correctement, par exemple lorsque la clé de répartition fixée ou adaptée à des changements de circonstances, ne reflète pas correctement la répartition des avantages escomptés. Normalement, l'ajustement se fera sous la forme d'un paiement compensatoire versé ou imputé d'un participant à un autre pour la période concernée.

8.37. En cas d'ARC de développement, des écarts entre la part respective d'un participant dans les contributions globales à l'ARC et la part respective de ce participant dans les avantages globaux escomptés peuvent se produire au cours d'une année donnée. Si cet ARC est par ailleurs acceptable et mis en œuvre de manière loyale, eu égard aux recommandations de la section E, l'administration fiscale devrait généralement s'abstenir d'effectuer un ajustement fondé sur les résultats d'un seul exercice. Il faudra se demander si la part respective de chaque participant dans les contributions globales à l'accord

est conforme à sa part respective dans les avantages globaux escomptés de la transaction sur une période de plusieurs années (voir paragraphes 3.75 à 3.79). Des paiements compensatoires distincts doivent être effectués respectivement pour les contributions préexistantes et pour les contributions actuelles. Par ailleurs, il peut se révéler plus fiable ou facile à gérer d'effectuer un paiement compensatoire global concernant à la fois les contributions préexistantes et les contributions actuelles. Voir l'exemple 4 à l'annexe de ce chapitre.

8.38. Dans l'exemple du paragraphe 8.33, les participants, à savoir les sociétés A et B, s'attendent à profiter des avantages de l'ARC selon une clé de répartition de 75/25. La première année, la valeur de leurs contributions préexistantes s'élève à 10 millions pour la société A et à 6 millions pour la société B. En conséquence, un paiement compensatoire net de 2 millions doit être effectué par la société B au profit de la société A (c'est-à-dire 4,5 millions de la société A à la société B moins 2,5 millions de la société à la société A) afin d'augmenter la contribution de la société A à 12 millions (75 % des contributions totales) et de diminuer la contribution de la société B à 4 millions (25 % du total).

C.6. Délimitation précise de la transaction

8.39. Comme indiqué au paragraphe 8.9, les caractéristiques économiquement pertinentes de la transaction définies à la section D du chapitre I peuvent indiquer que la transaction effective diffère des dispositions de l'ARC prétendument convenues par les participants. Par exemple, un ou plusieurs participants déclarés peuvent ne pas s'attendre raisonnablement à tirer des avantages de l'activité de l'ARC. Même si, en principe, le fait que la part modeste des avantages escomptés d'un participant ne soit pas un obstacle à son admissibilité, s'il est prévu qu'un participant qui exerce la totalité de l'activité concernée n'ait qu'une petite fraction de la totalité des avantages escomptés, on peut se demander si les dispositions réelles concernant cette partie consistent à regrouper les ressources et à partager les risques ou si le partage apparent des avantages mutuels a été conçu pour bénéficier de résultats fiscaux plus avantageux. L'existence de paiements compensatoires significatifs résultant d'une différence importante entre la répartition des contributions et des avantages respectifs des parties peut également inciter à se demander s'il existe des avantages mutuels ou si les dispositions doivent être délimitées précisément, en tenant compte de l'ensemble des caractéristiques économiquement pertinentes, comme une transaction de financement.

8.40. Comme l'indique le paragraphe 8.33, les orientations du chapitre VI relatives aux actifs incorporels difficiles à valoriser peuvent également s'appliquer à des situations impliquant des ARC. C'est le cas si l'objectif de l'ARC consiste à développer un nouvel actif incorporel difficile à évaluer, au début du projet de développement mais aussi lors de l'évaluation de

contributions impliquant des actifs incorporels préexistants. Lorsque la totalité des dispositions commerciales examinées est dépourvue de rationalité commerciale selon les critères du chapitre I de la section D.2, l'ARC peut ne pas être pris en compte.

C.7. Régime fiscal des contributions et des paiements compensatoires

8.41. Les contributions d'un participant à un ARC, y compris les paiements compensatoires, doivent être traitées selon le même régime fiscal que celui qui s'appliquerait dans le cadre des règles générales du ou des systèmes fiscaux applicables au participant concerné si les contributions étaient effectuées en-dehors d'un ARC pour l'exercice de l'activité concernée par l'ARC. Le caractère de la contribution dépendra de la nature de l'activité entreprise par l'ARC et déterminera son régime fiscal.

8.42. Dans les ARC de services, la contribution d'un participant à l'ARC donnera souvent lieu à des avantages prenant la forme d'économies de coûts (auquel cas il ne peut pas y avoir de revenu généré directement par l'activité de l'ARC). Dans les ARC de développement, les avantages escomptés pour les participants ne peuvent pas se concrétiser avant un certain délai postérieur aux contributions et, en conséquence, il n'y a pas de reconnaissance immédiate du revenu des participants par rapport à leurs contributions, au moment où ils les apportent.

8.43. Tout paiement compensatoire doit être traité comme un supplément à la contribution du payeur et comme une diminution de la contribution du bénéficiaire. Comme pour les contributions en général, le caractère et le régime fiscal des paiements compensatoires seront déterminés conformément aux lois nationales, notamment aux conventions fiscales en vigueur.

D. Adhésion, retrait ou résiliation

8.44. Les modifications des participants à un ARC entraînent généralement une réévaluation de la répartition des contributions des participants et des avantages escomptés. Une entité qui adhère à un ARC déjà en vigueur peut obtenir un intérêt qui résulte de l'activité antérieure de l'ARC, comme les actifs incorporels ou corporels constitués ou en cours. Dans un tel cas, les anciens participants transfèrent effectivement une partie de leurs intérêts respectifs dans les résultats de l'activité antérieure de l'ARC au nouveau participant. Selon le principe de pleine concurrence, tout transfert d'actifs incorporels ou corporels doit donner lieu à un versement compensatoire sur la base de ce principe. Ce versement compensatoire est qualifié de « paiement d'entrée ».

8.45. Le montant d'un paiement d'entrée devrait être déterminé sur la base de la valeur (c'est-à-dire, le prix de pleine concurrence) de l'intérêt dans les actifs incorporels et/ou corporels obtenu par le nouveau participant, en tenant compte de la part du nouvel adhérent dans les avantages globaux escomptés qu'il compte recevoir en vertu de l'ARC. Dans certains cas, il est possible que le nouveau participant apporte des actifs corporels ou incorporels déjà existants à l'ARC et qu'il y ait lieu pour les autres d'effectuer des paiements compensatoires au titre de cette contribution. Les paiements compensatoires au nouveau participant pourraient être exprimés en valeur nette par rapport aux paiements d'entrée requis mais il faudra tenir des comptes indiquant le montant total des paiements distincts effectués à l'intention de l'administration fiscale.

8.46. Des problèmes similaires peuvent survenir lorsqu'un participant quitte un ARC. En particulier, un participant qui quitte un ARC peut céder ses intérêts dans les résultats éventuels de l'activité antérieure de l'ARC (y compris les travaux en cours) aux autres participants. Ce transfert doit donner lieu à un versement compensatoire conformément au principe de pleine concurrence. Ce versement compensatoire est qualifié dans ce chapitre de « paiement de sortie ».

8.47. Les orientations des chapitres I à III et du chapitre VI s'appliquent pleinement à la détermination du montant de pleine concurrence d'un paiement compensatoire, d'entrée ou de sortie exigé. Dans certains cas, ces paiements ne sont pas exigés dans le cadre du principe de pleine concurrence. Par exemple, un ARC de partage de services administratifs ne produira généralement des avantages pour les participants que sur une base actuelle plutôt que des résultats tangibles en continu.

8.48. Les paiements d'entrée et de sortie doivent être traités sur le plan fiscal de la même manière que celle qui s'appliquerait dans le cadre des règles générales du ou des systèmes fiscaux (notamment les conventions tendant à éviter la double imposition) applicables aux participants respectifs si les paiements avaient lieu en dehors d'un ARC, en contrepartie de l'acquisition ou de la cession de l'intérêt dans les résultats de l'activité antérieure de l'ARC.

8.49. Lorsqu'il est mis fin à un ARC, le principe de pleine concurrence veut que chaque participant reçoive un intérêt dans les résultats éventuels de l'activité de l'ARC proportionnel à sa part des contributions à l'ARC pendant toute la durée de l'accord (ajustée en fonction des paiements compensatoires effectivement effectués, y compris en lien avec l'interruption de l'ARC) ou bien soit indemnisé de manière appropriée en échange du transfert de cet intérêt aux autres participants.

E. Recommandations pour la structuration et la documentation des ARC

8.50. De manière générale, un ARC entre des parties à une transaction contrôlée doit respecter les conditions suivantes :

- a) Les participants doivent se composer exclusivement d'entreprises pouvant retirer des avantages mutuels de l'activité de l'ARC (et non uniquement de l'exercice de tout ou partie de cette activité). Voir paragraphe 8.14.
- b) L'accord doit préciser la nature et l'importance de l'intérêt de chaque participant dans les résultats de l'activité de l'ARC ainsi que sa part respective des avantages.
- c) Aucun paiement autre que les contributions à l'ARC, les paiements compensatoires appropriés et les paiements d'entrée ne doit être effectué au titre d'un intérêt ou de droits dans les actifs incorporels, les actifs corporels ou les intérêts obtenus par le biais de l'ARC.
- d) La valeur des contributions des participants doit être déterminée de manière conforme à ces Principes et des paiements compensatoires doivent être effectués, si nécessaire, afin de faire en sorte que la répartition des contributions soit conforme à la répartition des avantages escomptés de la transaction.
- e) L'accord peut mentionner une disposition spécifique relative aux paiements compensatoires et/ou aux modifications dans l'attribution des contributions de manière prospective après un délai raisonnable pour tenir compte des changements importants dans la répartition des bénéfices escomptés entre les participants.
- f) Des ajustements devront être effectués si nécessaire (notamment d'éventuels paiements d'entrée et de sortie) lors de l'adhésion ou du retrait d'un participant et à l'interruption de l'ARC.

8.51. La norme relative à la documentation sur les prix de transfert, indiquée au chapitre V, exige qu'il soit rendu compte dans le fichier principal des accords de services importants et des accords importants relatifs à des actifs incorporels, notamment des ARC. Le fichier local exige des informations transactionnelles, notamment la description des transactions, le montant des paiements et encaissements, l'identification des entreprises associées impliquées, les copies des accords interentreprises importants et les informations sur les prix, y compris la description des raisons permettant de conclure que les prix des transactions ont été fixés sur une base de pleine concurrence. Pour respecter ces exigences de documentation, il doit être prévu que les participants à un ARC préparent et se procurent des documents sur la nature de l'activité concernée, les dispositions de l'accord et sa conformité au

principe de pleine concurrence. Cela suppose que chaque participant puisse avoir pleinement accès aux détails sur les activités à exercer dans le cadre de l'ARC, à l'identité et à l'adresse des autres parties concernées par l'ARC, aux prévisions sur la base desquelles les contributions doivent être apportées et les avantages escomptés déterminés ainsi qu'aux dépenses budgétées et réelles de l'activité de l'ARC, avec un niveau de précision correspondant à la complexité et à l'importance de l'ARC pour le contribuable. Toutes ces informations peuvent être utiles et pertinentes pour les administrations fiscales dans le contexte d'un ARC et, si elles ne sont pas incluses dans le fichier principal ou le fichier local, les contribuables doivent être en mesure de les fournir sur demande. Les informations utiles dans le cadre d'un ARC spécifique dépendront des faits et circonstances. Il convient de souligner que les informations proposées dans cette liste ne constituent ni une norme de conformité minimum ni une liste exhaustive des informations qu'une administration fiscale est en droit d'exiger.

8.52. Il serait intéressant et utile de fournir les renseignements suivants concernant les conditions initiales d'un ARC :

- a) Une liste des participants ;
- b) Une liste de toute autre entreprise associée qui participera à l'activité de l'ARC ou qui devrait exploiter ou utiliser les résultats de cette activité ;
- c) La portée des activités et projets spécifiques couverts par l'ARC et la manière dont ces activités de l'ARC sont gérées et contrôlées ;
- d) La durée de l'accord ;
- e) Les modalités selon lesquelles les parts respectives des bénéfices attendus des participants sont mesurées et les prévisions utilisées pour déterminer leur montant ;
- f) Les modalités selon lesquelles il est prévu d'exploiter les futurs bénéfices (tels que les actifs incorporels) ;
- g) La forme et la valeur des contributions initiales de chaque participant ainsi qu'une description détaillée de la manière dont la valeur des contributions initiales et en cours (notamment les ajustements budgétés par rapport aux ajustements réels) a été déterminée et dont les principes comptables s'appliquent de manière cohérente à tous les participants dans l'évaluation des dépenses et de la valeur des contributions ;
- h) La répartition prévue des responsabilités et des tâches et les mécanismes de gestion et de contrôles de ces responsabilités et de ces tâches, en particulier, ceux qui concernent la mise au point, l'amélioration, l'entretien, la protection et à l'exploitation des actifs incorporels ou corporels utilisés pour l'activité de l'ARC ;

- i) Les procédures et conséquences d'une adhésion ou d'un retrait d'un participant à l'ARC et de l'interruption de l'ARC ;
- j) Toute disposition prévoyant des paiements compensatoires ou un ajustement des termes de l'accord afin de refléter une modification des circonstances économiques.

8.53. Pendant la durée de l'accord, les renseignements suivants pourraient être utilement fournis :

- a) Toute modification de l'accord (conditions, participants, activité concernée, etc.) avec les conséquences d'une telle modification ;
- b) Une comparaison entre les prévisions utilisées pour déterminer la répartition des avantages escomptés de l'activité de l'ARC et la répartition effective de ces avantages (en tenant compte toutefois du paragraphe 3.74) ;
- c) Les dépenses annuelles encourues dans le cadre de l'activité de l'ARC, la forme et la valeur des contributions en cours de chaque participant pendant la durée de l'ARC et une description détaillée de la manière dont la valeur des contributions est déterminée.

Chapitre IX

Aspects prix de transfert des réorganisations d'entreprises

Introduction

A. Champ du chapitre

A.1. Réorganisations d'entreprises entrant dans le champ de ce chapitre

9.1. Il n'existe pas de définition juridique ou universellement admise de la notion de réorganisation d'entreprise. Dans le contexte du présent chapitre, une réorganisation d'entreprise désigne la réorganisation transnationale des relations commerciales ou financières entre entreprises associées, y compris la rupture ou la renégociation substantielle d'accords existants. Les relations avec des parties tierces (par exemple, fournisseurs, sous-traitants, clients) peuvent motiver une réorganisation, ou être affectées par celle-ci.

9.2. Les réorganisations consistent fréquemment en une centralisation d'actifs incorporels, de risques ou de fonctions, ainsi que du potentiel de profits qui s'y rattache. En règle générale, les réorganisations impliquent :

- la transformation de distributeurs de plein exercice (à savoir, des entreprises caractérisées par un niveau relativement plus élevé de fonctions exercées et de risques assumés) en distributeurs limités, revendeurs, agents commerciaux, ou commissionnaires (à savoir, des entreprises caractérisées par un niveau relativement plus faible de fonctions exercées et de risques assumés) agissant pour une entreprise associée étrangère qui peut jouer le rôle de donneur d'ordre ;
- la transformation de fabricants de plein exercice (à savoir, des entreprises caractérisées par un niveau relativement plus élevé de fonctions exercées et de risques assumés) en sous-traitants ou

façonniers (à savoir, des entreprises caractérisées par un niveau relativement plus faible de fonctions exercées et de risques assumés) pour une entreprise associée étrangère qui peut jouer le rôle de donneur d'ordre;

- le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels au sein d'une entité du groupe (par exemple d'une société dite « holding de droits incorporels »);
- le regroupement de fonctions au sein d'une entité régionale ou centrale, assorti d'une réduction du champ ou de l'échelle des fonctions exercées localement; les fonctions d'achat, de support aux ventes ou de logistique offrent des exemples de fonctions pouvant être concernées.

9.3. Il existe également des réorganisations d'entreprises qui impliquent le transfert d'actifs incorporels ou de risques plus importants à des entités opérationnelles (par exemple à des fabricants ou des distributeurs). Les réorganisations d'entreprises peuvent également consister en la rationalisation, la spécialisation ou la déspecialisation d'activités (sites industriels et/ou procédés de fabrication, activités de recherche et développement, ventes, services), y compris une réduction de la taille ou une cessation d'activités. Le principe de pleine concurrence et les orientations données dans le cadre de ce chapitre s'appliquent de la même façon à tous les types de transactions effectuées au titre d'une réorganisation d'entreprise, qu'elles conduisent à un modèle opérationnel plus ou moins centralisé.

9.4. Parmi les motivations opérationnelles des réorganisations invoquées par les milieux d'affaires figure notamment la volonté de maximiser les synergies et les économies d'échelle, de rationaliser la gestion des lignes d'activités et d'améliorer l'efficacité de la chaîne d'approvisionnement, en tirant parti de l'avènement des technologies web, qui a facilité l'émergence d'organisations globales. De plus, les réorganisations d'entreprises peuvent être nécessaires pour préserver la rentabilité ou limiter les pertes, par exemple en situation d'excédent de capacités ou en période de récession.

A.2. Problématiques entrant dans le champ de ce chapitre

9.5. Ce chapitre examine les aspects prix de transfert des réorganisations d'entreprises, c'est-à-dire l'application de l'article 9 (Entreprises associées) du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE et des présents Principes aux réorganisations d'entreprises.

9.6. En général, les réorganisations d'entreprises sont accompagnées d'une réallocation du potentiel de bénéfices entre les membres du groupe multinational, soit immédiatement après la réorganisation, soit de manière échelonnée sur quelques années. L'un des principaux objectifs de ce

chapitre eu égard à l'article 9 est d'examiner dans quelle mesure une telle réallocation du potentiel de bénéfices est conforme avec le principe de pleine concurrence, et, plus généralement, d'étudier la façon dont le principe de pleine concurrence s'applique aux réorganisations d'entreprises. La mise en œuvre de modèles opérationnels intégrés et la création d'organisations globales peuvent compliquer l'application du principe de pleine concurrence, qui détermine les bénéfices des membres d'un groupe multinational en se référant aux conditions dont seraient convenues des parties indépendantes pour des transactions et dans des circonstances comparables. Cette complexité dans l'application du principe de pleine concurrence en pratique est reconnue par les présents Principes (voir paragraphes 1.10 et 1.11). En dépit de cette difficulté, ces Principes reflètent la forte adhésion des pays membres de l'OCDE au principe de pleine concurrence et aux efforts visant à décrire son application et à affiner son fonctionnement dans la pratique (voir paragraphes 1.14-1.15). L'OCDE a abordé l'examen des problèmes soulevés par les réorganisations d'entreprises en tenant compte de cette complexité, afin d'essayer de définir des approches réalistes et suffisamment pragmatiques.

9.7. Le présent chapitre ne porte que sur les transactions entre entreprises associées dans des situations relevant de l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE et ne vise pas l'attribution des bénéfices au sein d'une seule entreprise sur la base de l'article 7 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, cet aspect faisant l'objet du rapport du Groupe de Travail n° 6 sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables¹.

9.8. Les dispositifs anti-abus de droit interne et les législations relatives aux sociétés étrangères contrôlées n'entrent pas dans le champ du présent chapitre. Il en va de même pour le traitement fiscal de droit interne d'un paiement effectué selon le principe de pleine concurrence, y compris les règles de déductibilité et les règles d'imposition des plus-values éventuelles. En outre, bien qu'ils posent des problèmes non négligeables dans le contexte des réorganisations d'entreprises, la TVA et les impôts indirects ne seront pas traités non plus.

B. Application de l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE et des présents Principes aux réorganisations d'entreprises : cadre théorique

9.9. Ce chapitre part de l'hypothèse que le principe de pleine concurrence et les Principes n'ont pas lieu de s'appliquer différemment aux réorganisations ou aux transactions post-réorganisation et à celles structurées comme ces dernières dès le départ. La question pertinente au regard de l'article 9

1. Voir OECD (2010), *Rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables*.

du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE et du principe de pleine concurrence est de savoir si les conditions convenues ou imposées dans une réorganisation d'entreprise diffèrent de celles qui auraient été fixées par des entreprises indépendantes. Toutes les orientations données dans le présent chapitre doivent être comprises à l'aune de ce cadre théorique. Ces orientations ont été présentées en deux sous-parties : la première rassemble les orientations relatives au calcul de la rémunération de pleine concurrence de la réorganisation proprement dite ; la seconde contient celles qui portent sur la rémunération des transactions contrôlées post-réorganisation. Ces deux sous-parties doivent être lues ensemble, et mises en application conformément aux orientations figurant dans les autres chapitres des présents Principes, tout particulièrement dans le chapitre I.

Partie I : Rémunération de pleine concurrence de la réorganisation proprement dite

A. Introduction

9.10. Une réorganisation d'entreprise peut impliquer le transfert à l'étranger d'éléments de valeur, par exemple des actifs incorporels de valeur, bien que cela ne soit pas systématique. Elle peut par ailleurs impliquer, en complément ou à la place du point précédent, la rupture ou renégociation substantielle d'accords existants, par exemple d'accords de fabrication, de distribution, de licence ou de prestations de services, etc. Dans le cadre d'une réorganisation d'entreprise, la première étape d'une analyse des prix de transfert consiste à délimiter avec précision les transactions couvertes par la réorganisation, et à recenser les relations commerciales ou financières, ainsi que les conditions afférentes, qui conduisent à un transfert de valeur entre des entités du groupe multinational. Cette question fait l'objet de la section B. La section C est consacrée à l'identification des transactions délimitées avec précision qui sont concernées par la réorganisation de l'entreprise. La section D examine les relations qui existent entre une réorganisation d'entreprise et la réallocation du potentiel de profits. La section E traite des conséquences, en matière de prix de transfert, du transfert d'un élément de valeur, tandis que la section F aborde les conséquences, toujours en matière de prix de transfert, de la rupture ou de la renégociation substantielle d'accords existants.

9.11. En matière de prix de transfert, l'analyse consiste à déterminer si, au regard de l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, des conditions convenues ou imposées dans des transactions impliquant une réorganisation d'entreprise diffèrent de celles qui auraient été convenues ou imposées entre entreprises indépendantes; et, dans l'affirmative, à déterminer si 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, afin de les inclure dans les bénéfices de cette entreprise et de les imposer en conséquence.

9.12. L'application du principe de pleine concurrence exige une évaluation des conditions convenues ou imposées entre entreprises associées, au niveau de chacune d'elles. Le fait qu'une réorganisation d'entreprise puisse être motivée par des raisons commerciales rationnelles au niveau d'un groupe

multinational, par exemple par la volonté d'accroître les synergies à l'échelle du groupe, ne permet pas de déterminer si elle est conforme au principe de pleine concurrence du point de vue de chacune des entités réorganisées.

B. Comprendre la réorganisation proprement dite

9.13. L'application du principe de pleine concurrence à une réorganisation d'entreprise doit commencer, comme pour toute transaction contrôlée, par le recensement des relations commerciales ou financières entre entreprises associées concernées par cette réorganisation, et par l'identification des conditions et circonstances afférentes qui sont pertinentes sur le plan économique, de manière à délimiter précisément les transactions contrôlées couvertes par la réorganisation d'entreprise. Sur ce point, les instructions générales fournies par la section D.1 du chapitre I sont applicables. Ces instructions supposent un examen des caractéristiques économiquement pertinentes des relations commerciales ou financières entre les entreprises associées, et notamment les conditions contractuelles de la réorganisation d'entreprise (voir section D.1.1); les fonctions assurées, avant et après la réorganisation, par chaque partie concernée par celle-ci, en tenant compte des actifs utilisés et des risques assumés (voir section D.1.2); les circonstances économiques des parties (voir section D.1.4) et les stratégies industrielles et commerciales qu'elles poursuivent (voir section D.1.5). Cette analyse devrait en outre tenir compte de l'examen des motivations commerciales de la réorganisation et des avantages qui en sont attendus, y compris le rôle des synergies, ainsi que des options réalistes dont disposent les parties. Comme indiqué au paragraphe 1.33, ces conditions et circonstances pertinentes sur le plan économique qui caractérisent les transactions délimitées avec précision couvertes par la réorganisation d'entreprise sont ensuite comparées aux conditions et circonstances économiquement pertinentes de transactions comparables entre entreprises indépendantes.

9.14. La question de l'identification des relations commerciales ou financières entre les parties qui sont particulièrement pertinentes pour définir les conditions de pleine concurrence en cas de réorganisations d'entreprises est examinée dans les sections suivantes :

- délimitation précise des transactions couvertes par la réorganisation et des fonctions, actifs et risques avant et après la réorganisation (voir section B.1);
- motivations commerciales de la réorganisation et bénéfices qui en sont attendus, y compris le rôle des synergies (voir section B.2);
- autres options réalistes dont disposent les parties (voir section B.3).

B.1. Délimitation précise des transactions couvertes par la réorganisation : fonctions, actifs et risques avant et après la réorganisation

9.15. Les réorganisations peuvent prendre diverses formes et impliquer deux membres d'un groupe multinational ou davantage. Ainsi, une situation simple avant la réorganisation peut impliquer un fabricant de plein exercice qui produit des biens et les vend à un distributeur de plein exercice associé pour qu'il les revende sur le marché. La réorganisation peut consister en une modification de cet accord bilatéral, par laquelle le distributeur est transformé en distributeur limité ou en commissionnaire, les risques jusqu'alors assumés par le distributeur de plein exercice étant transférés au fabricant (compte tenu des orientations de la section D.1 du chapitre I). Les réorganisations sont souvent plus complexes, les fonctions, les actifs et les risques incombant à l'une des parties ou aux deux avant la réorganisation étant transférés à un ou plusieurs autres membres du groupe.

9.16. Pour déterminer si une rémunération de pleine concurrence devrait revenir à une quelconque entité restructurée au moment de la réorganisation, et, le cas échéant, déterminer le montant de cette rémunération et identifier le membre du groupe qui devrait l'assumer, il est important de délimiter précisément la ou les transaction(s) réalisée(s) entre l'entité restructurée et un ou plusieurs autres membres du groupe. À cet égard, les instructions détaillées fournies par la section D du chapitre I des présents Principes sont applicables.

9.17. Lorsqu'un groupe multinational a formalisé les conditions de la réorganisation d'entreprise dans des documents écrits (par exemple, des accords contractuels, des échanges et/ou d'autres communications par écrit), ces accords représentent le point de départ pour délimiter les transactions couvertes par la réorganisation entre les entreprises multinationales concernées. Des dispositions contractuelles peuvent décrire les rôles, les responsabilités et les droits de l'entité réorganisée conformément à un accord préalable à la réorganisation (notamment, dans les circonstances appropriées, ceux prévus par un contrat ou par le droit commercial), ainsi que la nature et l'ampleur de l'incidence de la réorganisation sur lesdits droits et obligations. Cependant, en l'absence de dispositions écrites, ou lorsque les éléments factuels du cas examiné, notamment le comportement des parties, diffèrent significativement des dispositions d'un accord écrit conclu entre elles ou vont au-delà de ces dispositions, il convient de déduire les transactions réelles couvertes par la réorganisation d'entreprise à partir des éléments factuels observés, notamment le comportement des parties (voir la section D.1.1 du chapitre I).

9.18. La délimitation précise des transactions couvertes par la réorganisation suppose de conduire une analyse fonctionnelle qui permet d'identifier et de comparer les activités et responsabilités significatives sur le plan économique, les actifs utilisés ou apportés et les risques assumés avant et après la

réorganisation par les parties concernées. Cette analyse met donc l'accent sur ce que les activités réellement assurées par les parties et sur les moyens dont elles disposent, ainsi que sur la catégorie et la nature des actifs utilisés ou apportés par chacune d'elles dans la configuration qui précède la réorganisation, et dans celle qui en résulte (voir la section D.1.2 du chapitre I). Compte tenu de l'importance du risque aux fins de l'analyse des réorganisations d'entreprises, la section ci-après fournit des instructions spécifiques concernant l'analyse du risque dans les transactions couvertes par une réorganisation.

B.1.1. L'analyse des risques dans le cadre des réorganisations d'entreprises

9.19. La question des risques revêt une importance capitale dans le contexte des réorganisations d'entreprises. En règle générale, sur un marché libre, la prise en charge d'un risque associé à une opportunité commerciale a une incidence sur le potentiel de profits de cette opportunité et l'allocation du risque assumé entre les parties à l'accord modifie la répartition des profits ou des pertes résultant de la transaction au regard du prix de pleine concurrence. Les réorganisations d'entreprises se traduisent souvent par la transformation d'activités locales en activités à risques réduits (par exemple au travers de « distributeurs limités » ou de « sous-traitants assumant des risques réduits »), dès lors rémunérées selon un rendement relativement faible (mais généralement stable) au motif que les risques significatifs sur le plan économique sont assumés par une autre partie, à laquelle sont attribués les profits ou pertes qui correspondent à ces risques. De ce fait, l'examen de l'allocation des risques entre entreprises associées avant et après la réorganisation constitue un volet essentiel de l'analyse fonctionnelle. Cette analyse doit permettre aux administrations fiscales d'évaluer la réallocation des risques significatifs de l'entreprise qui est restructurée, ainsi que les conséquences de cette réallocation pour l'application du principe de pleine concurrence à la réorganisation proprement dite et aux transactions réalisées par la suite.

9.20. Le cadre d'analyse et les instructions détaillées concernant l'analyse des risques qui sont présentés à la section D.1.2.1 du chapitre I s'appliquent aux analyses conduites en cas de réorganisation d'entreprise, et en particulier pour déterminer quelle partie assume un risque spécifique, en relevant quelle partie exerce le contrôle de ce risque et dispose de la capacité financière requise pour l'assumer. Il est essentiel d'appliquer ce cadre pour déterminer quelle partie assume des risques spécifiques avant la réorganisation et après celle-ci. Par exemple, lorsqu'une réorganisation vise à réallouer les risques de stocks, il faut non seulement examiner les dispositions contractuelles, mais aussi le comportement des parties au regard de l'étape 3 du cadre d'analyse (par exemple, en cas de dévalorisation des stocks, avant et après la réorganisation, relever si une indemnisation est prévue, et quelle(s) partie(s)

exerce(nt) les fonctions de contrôle des risques et dispose(nt) de la capacité financière requise pour assumer ces risques). Cette analyse peut conclure que la partie qui assumait les risques de stocks avant la réorganisation continue de le faire après celle-ci, indépendamment d'une modification des conditions contractuelles. Dans ce cas de figure, le risque continuerait d'être alloué à cette partie. Dans le présent chapitre, lorsque les verbes « transférer », « réallouer », « réattribuer » ou « renoncer » et leurs formes dérivées désignent une action qui s'applique à des risques, ils s'entendent au sens des instructions figurant à la section D.1 du chapitre I. En particulier, le cessionnaire d'un risque est considéré comme assumant ce risque lorsque les conditions visées dans le cadre d'analyse des risques appliqué à des transactions contrôlées (section D.1.2.1 du chapitre I) sont réunies.

9.21. Un deuxième exemple concerne la possible réallocation du risque d'impayés lors d'une réorganisation d'entreprise. Une analyse menée conformément à la section D.1.2.1 du chapitre I tiendrait non seulement compte des dispositions contractuelles applicables avant et après la réorganisation, mais examinerait aussi la manière dont les parties interviennent, au regard des risques, avant la réorganisation et suite à celle-ci. L'analyse examinerait ensuite si la partie qui assume contractuellement le risque en exerce bien le contrôle dans la pratique, c'est-à-dire qu'elle dispose des moyens appropriés, notamment en termes de prise de décision, tels que définis au paragraphe 1.65, et présente la capacité financière requise pour d'assumer ce risque, comme défini au paragraphe 1.64. Il convient de relever qu'une partie qui n'assumait pas un risque donné avant la réorganisation, au sens de l'analyse prévue à la section D.1.2.1 du chapitre I, ne saurait transférer ce risque à une autre partie, de même qu'une partie qui n'assume pas un risque donné après la réorganisation, toujours au sens de l'analyse décrite à la section D.1.2.1 du chapitre I, ne saurait se voir attribuer le potentiel de profits associé à ce risque.

- À titre d'exemple, supposons qu'un distributeur de plein exercice assume contractuellement, avant une réorganisation d'entreprise, les risques liés aux créances impayées, qui sont inscrits à son bilan à la date de clôture de l'exercice. L'analyse mentionnée ci-dessus montre qu'avant la réorganisation les décisions relatives aux conditions de paiement accordées aux clients et au recouvrement des créances étaient prises par une entreprise associée, et non par ce distributeur, et que cette entreprise associée remboursait les coûts liés aux créances impayées. L'analyse permet également de relever que l'entreprise associée était la seule entité à contrôler le risque pour créances impayées et à disposer de la capacité financière permettant d'assumer ce risque. L'analyse permet ainsi de conclure que le distributeur n'assumait pas le risque considéré avant la réorganisation. En conséquence, ce distributeur ne saurait transférer le risque pour créances impayées au titre de la réorganisation d'entreprise.

- Dans d'autres cas, on peut observer que le distributeur qui assumait contractuellement le risque pour créances impayées avant la réorganisation d'entreprise, contrôlait effectivement ce risque et disposait de la capacité financière requise, mais qu'il réduisait ce risque au moyen d'accords d'indemnisation ou d'affacturage de créances conclus avec une entreprise associée en contrepartie d'une rémunération appropriée. Suite à la réorganisation d'entreprise, le risque pour créances impayées est assumé contractuellement par cette entreprise associée qui, comme l'a conclu l'analyse mentionnée ci-dessus, exerce désormais le contrôle de ce risque et dispose de la capacité financière requise à cet effet. Ce risque fait donc l'objet d'un transfert, or les incidences de cette réallocation sur les profits du distributeur seront vraisemblablement limitées, puisque celui-ci avait déjà pris des dispositions et supporté des coûts avant la réorganisation de manière à réduire les effets de ce risque.

9.22. Lors de toute analyse des risques afférents à des transactions contrôlées, une question importante est celle de savoir si un risque est significatif sur le plan économique, c'est-à-dire s'il est assorti d'un potentiel de profits important et, par conséquent, si ce risque peut justifier une réallocation importante du potentiel de profits. Un risque est considéré comme significatif en fonction de la probabilité qu'il se réalise, et de l'importance des profits ou pertes éventuels qu'il peut entraîner. Les registres comptables peuvent fournir des renseignements utiles sur la probabilité et l'ampleur de certains risques (par exemple, les risques d'impayés ou de stock) dans la mesure où les données historiques constituent un indicateur des risques actuels, mais il existe également des risques significatifs sur le plan économique qui ne peuvent être inscrits séparément dans les états financiers (par exemple les risques de marché). Dès lors qu'un risque est considéré comme non significatif sur le plan économique pour une entité, ce risque ne peut pas être invoqué pour expliquer une fraction importante du potentiel de profits de l'entité considérée. Dans des conditions de pleine concurrence, une partie ne renoncerait pas à un risque perçu comme non significatif sur le plan économique en contrepartie d'une diminution substantielle de son potentiel de profits.

9.23. À titre d'exemple, lorsqu'une réorganisation transforme un distributeur de plein exercice en distributeur limité ou commissionnaire, ce qui suppose que les risques de stocks qu'il assume ont été réduits ou supprimés à compter de la réorganisation, l'administration fiscale peut examiner les caractéristiques suivantes afin de déterminer si ce risque doit être considéré comme significatif sur le plan économique :

- rôle des stocks dans le modèle d'affaires (par exemple, nécessité de répondre rapidement à la demande, de proposer une gamme complète d'articles) ;
- nature des stocks (par exemple, pièces de rechange, fleurs coupées) ;

- niveau d'investissement dans les stocks ;
- facteurs éventuels de dépréciation des stocks ou d'obsolescence (par exemple, caractère périssable des biens, pressions sur les prix, innovations techniques fréquentes, conditions du marché) ;
- données historiques relatives aux dépréciations des stocks et à l'obsolescence, en tenant compte, le cas échéant, de mutations commerciales pouvant réduire la validité de ces données historiques comme indicateur des risques actuels ;
- coût de l'assurance couvrant les stocks contre les risques de dommages ou de perte ; et
- données historiques sur les dommages ou pertes (en l'absence d'assurance couvrant ces risques).

B.2. Comprendre les motivations commerciales de la réorganisation et apprécier les avantages qui en sont attendus, y compris le rôle des synergies

9.24. Certaines entreprises ont expliqué que les entreprises multinationales, quels que soient les produits qu'elles commercialisent ou le secteur dans lequel elles opèrent, se sont restructurées pour centraliser davantage le contrôle et la gestion des fonctions de fabrication, de recherche et de distribution. La concurrence accrue qui s'exerce dans le contexte de la mondialisation, la réduction des coûts du fait d'économies d'échelle, la nécessité de se spécialiser, de réaliser des gains d'efficacité et de réduire les coûts, ont toutes été citées comme des motivations importantes des réorganisations d'entreprises. Lorsqu'un contribuable indique que la perspective de réaliser des synergies est une motivation commerciale importante d'une réorganisation, la bonne pratique voudrait qu'il établisse, au moment où il prend ou met en œuvre la décision de restructurer, une documentation présentant les synergies escomptées et les hypothèses sur lesquelles ces prévisions s'appuient. Ce type de documentation sera probablement produit au niveau du groupe à des fins autres que fiscales, par exemple pour étayer le processus décisionnel conduisant à la réorganisation. Aux fins de l'article 9, la bonne pratique voudrait que le contribuable décrive la manière dont ces synergies seraient obtenues, et comment elles influeraient au niveau de l'entité sur l'application du principe de pleine concurrence (voir section D.8 du chapitre I). Lorsque des actions délibérées et concertées de la part du groupe sont mises en œuvre au travers d'une réorganisation d'entreprise, il convient de veiller à ce que les entreprises associées qui contribuent à l'avantage obtenu par synergie après la réorganisation soient rémunérées de manière appropriée (voir l'exemple du paragraphe suivant). En outre, même si les perspectives de synergies peuvent

être pertinentes pour comprendre une réorganisation d'entreprise, il faut éviter les appréciations a posteriori (voir paragraphe 3.74).

9.25. Par exemple, une restructuration d'entreprise peut impliquer la mise en place par un groupe multinational d'une structure d'achats centralisée qui se substitue aux activités d'achat de différentes entreprises associées. Sur le modèle des indications du paragraphe 1.180, le groupe multinational a pris des mesures concrètes pour centraliser ses achats au sein d'une entreprise unique afin d'obtenir des remises sur les volumes et de possibles économies sur ses frais de gestion. Conformément aux orientations du chapitre I, les avantages résultant d'une action concertée délibérée du groupe devraient être attribués aux entreprises associées dont la contribution génère des synergies. Toutefois, lors d'une restructuration d'entreprise, l'entreprise qui assure les achats centralisés du groupe peut également assumer contractuellement des risques associés à l'achat, au maintien en stock et à la revente de biens. Comme indiqué dans la section précédente, une analyse des risques menée selon le cadre décrit à la section D.1.2.1 du chapitre I permettra d'établir si le risque est significatif sur le plan économique, et d'identifier la ou les parties qui assument ce risque. Si l'entreprise qui assure les achats centralisés du groupe a le droit de se voir allouer le potentiel de profits correspondant aux risques liés à l'achat, au maintien en stock et à la revente de biens, elle n'est pas pour autant en droit de conserver des avantages découlant du pouvoir d'achat du groupe puisqu'elle ne contribue pas à la création de synergies (voir paragraphe 1.188).

9.26. Le fait qu'une réorganisation d'entreprise puisse être motivée par des perspectives de synergies ne signifie pas nécessairement qu'elle va entraîner une hausse des bénéfices du groupe multinational. Il peut arriver, par exemple, lorsque la réorganisation est nécessaire pour préserver la compétitivité plutôt que pour l'accroître, que l'amélioration des synergies permette au groupe multinational de dégager des bénéfices supplémentaires par rapport à ceux qu'il aurait réalisés à l'avenir en l'absence de réorganisation, mais pas par rapport à ceux qu'il dégagait avant la réorganisation. En outre, les synergies escomptées ne se concrétisent pas toujours – il peut arriver que la mise en œuvre d'un modèle opérationnel global conçu pour accroître les synergies du groupe entraîne en réalité des coûts supplémentaires et des pertes d'efficacité.

B.3. Autres options réalistes à la disposition des parties

9.27. L'application du principe de pleine concurrence repose sur l'idée que, pour évaluer les conditions d'une transaction potentielle, des sociétés indépendantes vont comparer cette transaction aux autres options réalistes dont elles disposent et ne vont conclure la transaction que si elles ne voient pas d'autre solution nettement plus avantageuse pour atteindre leur objectif commercial. En d'autres termes, des entreprises indépendantes ne concluraient pas une transaction s'il existe une autre option qui leur est plus favorable. L'examen

des autres options réalistes envisageables peut être pertinent pour l'analyse de comparabilité afin de comprendre les positions respectives des parties.

9.28. En conséquence, lorsqu'elle applique le principe de pleine concurrence, l'administration fiscale devrait évaluer chaque transaction telle que délimitée avec précision conformément à la section D du chapitre I, et examiner les caractéristiques économiquement pertinentes prises en compte par les parties pour conclure à l'absence d'une solution nettement plus avantageuse pour atteindre leur objectif commercial en dehors de la réorganisation retenue (voir le paragraphe 1.38). Aux fins de cette évaluation, il peut être nécessaire ou opportun d'évaluer les transactions couvertes par la réorganisation de l'entreprise en se référant à un ensemble plus large de transactions liées sur le plan économique.

9.29. En conditions de pleine concurrence, il existe des situations dans lesquelles l'entité restructurée n'aurait pas d'autre solution réaliste nettement plus avantageuse que celle d'accepter les modalités de la réorganisation, par exemple, d'accepter la rupture d'un contrat – avec ou sans indemnisation, comme expliqué dans la section F ci-après. Dans les contrats de plus longue durée, une telle situation peut résulter de l'invocation d'une clause de sortie, qui autorise l'une ou l'autre des parties à se désengager d'un contrat avant son terme si elle a une raison légitime. Dans les contrats qui permettent aux parties de se désengager, la partie qui utilise cette possibilité peut choisir de le faire parce qu'elle estime, compte tenu des termes de la clause relative à la rupture du contrat, qu'il est plus intéressant pour elle d'arrêter de recourir à une fonction, ou de l'exercer en interne, ou d'engager un prestataire moins cher ou plus efficient, ou encore de rechercher des solutions plus lucratives. Si l'entité restructurée transfère des droits ou d'autres actifs ou encore une activité à une autre partie, il est possible qu'elle puisse prétendre à rémunération en contrepartie du transfert, comme exposé dans la section E ci-après.

9.30. En conditions de pleine concurrence, il existe des situations dans lesquelles une entité aurait eu à sa disposition une ou plusieurs solutions réalistes nettement plus prometteuses en vue d'atteindre leurs objectifs que celle d'accepter les modalités de la réorganisation (en tenant compte de toutes les conditions pertinentes, y compris l'évolution à venir des conditions commerciales et du marché, le potentiel de profit des diverses solutions et la rémunération ou indemnisation éventuelles au titre de la réorganisation), y compris celle de ne pas conclure la transaction de réorganisation. En pareils cas, une partie indépendante n'aurait peut-être pas accepté les conditions de la réorganisation et il convient peut-être d'appliquer des ajustements aux conditions retenues ou imposées.

9.31. La référence à la notion d'options réalistes dont disposent les parties n'a pas pour but de contraindre les contribuables à dresser la liste de toutes les options réalistes hypothétiques. L'objectif est plutôt de souligner que s'il existe

une option réaliste nettement plus avantageuse, elle doit être prise en compte dans l'analyse des conditions de la réorganisation.

B.4. Documentation des prix de transfert en cas de réorganisation d'entreprises

9.32. Dans le fichier principal (voir l'annexe I au chapitre V), les contribuables décrivent toute réorganisation d'entreprise importante survenue au cours de l'année. De plus, dans le fichier local, les contribuables indiquent si l'entité locale a été concernée directement ou affectée par des réorganisations d'entreprises survenues durant l'année écoulée ou l'année précédente et décrivent les caractéristiques des transactions qui ont affecté l'entité locale (voir l'annexe II au chapitre V).

9.33. Lorsqu'ils établissent la documentation de leurs prix de transfert, les groupes d'entreprises multinationales sont invités à répertorier les décisions prises ou envisagées en matière de réorganisation d'entreprise, en particulier si elles concernent le choix d'assumer ou de transférer des risques importants, avant que les transactions correspondantes ne soient réalisées. Ils sont aussi invités à présenter leur évaluation des effets que pourrait avoir sur le potentiel de profits toute nouvelle allocation de risques significatifs découlant d'une réorganisation. Pour décrire l'évaluation des risques dans le contexte d'une réorganisation d'entreprise, les contribuables sont invités à utiliser le cadre d'analyse décrit à la section D.1.2.1 du chapitre I.

C. Reconnaissance de la délimitation précise des transactions de réorganisation

9.34. Les entreprises multinationales sont libres d'organiser leurs activités comme bon leur semble. Les autorités fiscales n'ont pas le pouvoir de leur dicter la manière dont elles doivent se structurer ni le lieu d'implantation de leurs activités. Lors de la prise de décisions commerciales, la fiscalité est l'un des facteurs qui peuvent entrer en ligne de compte. Toutefois, les autorités fiscales ont le droit d'apprécier les conséquences fiscales de la structure mise en place par une entreprise multinationale, à condition de respecter les conventions fiscales, en particulier l'article 9 du Modèle de convention fiscale. Elles peuvent donc procéder, lorsque cela se justifie, à des ajustements des bénéfices en application de l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE et à d'autres types d'ajustements prévus par leur droit interne (par exemple en vertu de dispositifs anti-abus généraux ou spéciaux), dans la mesure où ces ajustements sont compatibles avec leurs obligations conventionnelles.

9.35. Les réorganisations conduisent souvent les groupes multinationaux à mettre en œuvre des modèles opérationnels mondiaux qui ne se rencontrent

pas souvent, voire jamais, entre entreprises indépendantes, ces groupes exploitant précisément leur dimension multinationale et le fait qu'ils peuvent fonctionner de façon intégrée. Ils peuvent par exemple mettre en place des chaînes d'approvisionnement mondiales ou des fonctions centralisées qui ne pourraient pas l'être entre entreprises indépendantes. Ce manque de comparables ne signifie pas que la mise en œuvre de tels modèles opérationnels mondiaux n'est pas conforme au principe de pleine concurrence. Tous les efforts devraient être engagés pour établir le prix des transactions couvertes par la réorganisation, telles que délimitées avec précision selon le principe de pleine concurrence. Une administration fiscale ne devrait pas écarter de son analyse tout ou partie des transactions couvertes par la réorganisation ni leur substituer d'autres transactions, sauf dans les circonstances exceptionnelles énoncées au paragraphe 1.142. Si tel est le cas, les indications de la section D.2 du chapitre I peuvent être applicables. La structure retenue pour remplacer, aux fins du calcul des prix de transfert, celle effectivement adoptée par les contribuables, devrait ressembler autant que possible, dans ses éléments factuels, à la transaction réelle entre les parties, et permettre d'envisager l'obtention d'un résultat commercialement rationnel qui aurait permis aux parties de parvenir à un prix acceptable pour chacune d'entre elles lorsqu'elles ont conclu l'accord. Lorsque, par exemple, un élément d'un accord de réorganisation implique la fermeture d'une usine, la structure retenue aux fins du calcul des prix de transfert ne pourra pas ignorer le fait que cette usine n'est plus en exploitation. De même, lorsqu'un élément d'une réorganisation implique la relocalisation effective de fonctions essentielles d'une entreprise, la structure retenue aux fins du calcul des prix de transfert ne pourra pas ignorer le fait que ces fonctions ont été réellement relocalisées.

9.36. Pour évaluer la rationalité commerciale d'une réorganisation au regard du principe de non-reconnaissance exposé dans la section D.2 du chapitre I, on peut s'interroger sur l'opportunité d'examiner une transaction isolément ou au contraire dans un contexte plus large, en tenant compte d'autres transactions qui lui sont économiquement liées. Il sera généralement opportun d'examiner la rationalité commerciale d'une réorganisation de manière globale. Par exemple, pour examiner la vente d'un actif incorporel qui s'inscrit dans le contexte d'une réorganisation plus large, entraînant une modification des accords liés à la création et à l'utilisation de l'actif incorporel, la rationalité commerciale de la vente ne doit pas être examinée de manière isolée de ces modifications. En revanche, lorsqu'une réorganisation modifie plusieurs éléments ou aspects d'une entreprise qui ne sont pas économiquement liés entre eux, il peut être nécessaire d'étudier la rationalité commerciale de chacune de ces modifications séparément. Par exemple, une réorganisation peut entraîner la centralisation de la fonction d'achat d'un groupe et la centralisation de la propriété d'actifs incorporels de valeur sans lien avec la fonction d'achat. En pareil cas, la rationalité commerciale de la centralisation

de la fonction d'achat et celle de la centralisation de la propriété des actifs incorporels de valeur peuvent devoir être évaluées séparément.

9.37. Une réorganisation peut être motivée par des raisons commerciales à l'échelon du groupe multinational. Toutefois, il importe de rappeler que le principe de pleine concurrence traite les membres d'un groupe multinational comme des entités distinctes et non comme des sous-ensembles indissociables d'une seule entreprise unifiée (voir le paragraphe 1.6). Par conséquent, du point de vue des prix de transfert, il ne suffit pas qu'un accord de réorganisation obéisse à une logique commerciale pour le groupe dans son ensemble : l'accord doit être conforme au principe de pleine concurrence au niveau de chaque contribuable, compte tenu de ses droits et autres actifs, des avantages qu'il escompte retirer de la réorganisation (c'est-à-dire toute rémunération de transactions post-réorganisation et, le cas échéant, toute éventuelle rémunération ou indemnisation pour la réorganisation proprement dite) et des options réalistes disponibles. Lorsqu'une réorganisation présente une logique commerciale rationnelle pour le groupe dans son ensemble avant prise en compte de l'impôt, un prix de transfert approprié (c'est-à-dire toute rémunération des transactions post-réorganisation et, le cas échéant, toute rémunération ou indemnisation pour la réorganisation proprement dite) peut généralement être fixé de sorte que chaque membre du groupe qui participe à la réorganisation perçoit une rémunération de pleine concurrence pour chaque transaction délimitée avec précision qui est couverte par cette réorganisation.

9.38. Selon l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, le fait qu'une réorganisation d'entreprise soit motivée par la recherche d'avantages fiscaux n'est pas suffisant pour conclure qu'elle n'est pas conforme au principe de pleine concurrence². La présence d'une motivation ou d'un objectif de nature fiscale ne justifie pas en soi la non-reconnaissance de la qualification ou de la structure de l'accord effectuée par les parties. Toutefois, l'examen des avantages fiscaux obtenus au niveau du groupe ne permet pas de déterminer si le principe de pleine concurrence est respecté au niveau de l'entité pour un contribuable concerné par la réorganisation (voir le paragraphe précédent). En outre, comme indiqué au paragraphe 1.142, le fait que la situation d'un groupe multinational dans son ensemble soit moins favorable avant prise en compte de l'imposition peut constituer un indice pertinent pour déterminer la rationalité commerciale de la réorganisation.

2. Comme indiqué dans le paragraphe 9.8, les règles nationales anti-abus n'entrent pas dans le champ du présent chapitre.

D. Modification de l'allocation du potentiel de profits suite à une réorganisation d'entreprise

D.1. Potentiel de profits

9.39. Une entreprise indépendante ne perçoit pas forcément une rémunération lorsqu'un changement dans ses transactions réduit son potentiel de profits ou ses bénéfices futurs escomptés. Le principe de pleine concurrence ne requiert pas de rémunération du simple fait de la dégradation des bénéfices futurs escomptés d'une entité. Lorsque le principe de pleine concurrence est appliqué aux réorganisations d'entreprises, la question est de savoir s'il y a transfert d'un élément de valeur (un actif ou une activité), rupture ou renégociation substantielle d'accords existants, et si ce transfert, cette rupture ou cette renégociation donnerait lieu à rémunération ou indemnisation entre parties indépendantes dans des conditions comparables. Ces deux situations sont examinées dans les sections E et F ci-dessous.

9.40. Dans ces Principes, « potentiel de profits » signifie « bénéfices futurs escomptés ». Cette expression peut, dans certains cas, englober les pertes. La notion de « potentiel de profits » est souvent utilisée à des fins d'évaluation, pour déterminer une rémunération de pleine concurrence au titre d'un transfert d'actifs incorporels ou d'une activité, ou pour calculer l'indemnisation de pleine concurrence d'une rupture ou d'une renégociation substantielle d'accords existants, dès lors qu'il s'avère que cette rémunération ou indemnisation aurait eu lieu entre parties indépendantes dans des circonstances comparables.

9.41. Dans le contexte des réorganisations d'entreprises, le potentiel de profits ne doit pas simplement être interprété comme les bénéfices ou pertes qui seraient réalisés ou subies si l'organisation prévalant avant la réorganisation devait perdurer indéfiniment. D'un côté, si une entité n'a pas de droits ni d'actifs clairement identifiables au moment de la réorganisation, elle n'a pas de potentiel de profits susceptible de justifier une rémunération. D'un autre côté, une entité qui possède des droits ou autres actifs significatifs au moment de la réorganisation est susceptible d'avoir un potentiel de profits significatif, qui doit, *in fine*, faire l'objet d'une rémunération suffisante pour que l'entité accepte de le perdre.

9.42. Pour déterminer si, dans des conditions de pleine concurrence, la réorganisation proprement dite donnerait lieu à une quelconque forme de rémunération, il est essentiel de comprendre la réorganisation, notamment les changements intervenus, leur incidence sur l'analyse fonctionnelle des parties, les raisons commerciales qui la motivent et les avantages qui en sont attendus, ainsi que les options réalistes à la disposition des parties, comme l'analyse la section B.

D.2. Réallocation des risques et du potentiel de profits

9.43. La section D.1.2.1 du chapitre I contient des instructions générales sur la prise en compte des risques lors du calcul des prix de transfert, et le cadre décrit dans cette section doit être utilisé pour analyser la réallocation des risques consécutive à une réorganisation d'entreprise, pour déterminer si la partie à laquelle un risque est attribué suite à la réorganisation exerce le contrôle de ce risque et dispose de la capacité financière requise pour assumer ce risque.

9.44. Prenons l'exemple de la transformation d'un fabricant de plein exercice en sous-traitant. Dans un tel cas, si une rémunération calculée à l'aide de la méthode du coût majoré peut être une rémunération de pleine concurrence pour les opérations de sous-traitance post-réorganisation, il reste à déterminer si le fabricant devrait également bénéficier d'une rémunération de pleine concurrence au titre de la modification des accords existants qui aboutit au renoncement au potentiel de profits qui était associé à un niveau de risque supérieur, compte tenu de ses droits, autres actifs et caractéristiques pertinentes en termes économiques. La question d'une rémunération à titre d'indemnisation est examinée dans la section F.

9.45. Imaginons un autre exemple, dans lequel un distributeur de plein exercice conduit une activité au titre d'un contrat de longue durée portant sur un type de transaction donné. Supposons que, compte tenu des droits qui lui sont conférés par le contrat de longue durée eu égard à ces transactions, une possibilité réaliste s'offre à lui d'accepter ou de refuser d'être transformé en distributeur limité exerçant une activité pour une entreprise associée étrangère, on estime la rémunération de pleine concurrence d'une activité de distributeur limité comme égale à un bénéfice stable de +2% par an et que la réorganisation entraîne un transfert à l'entreprise associée étrangère du potentiel de profits supplémentaire associé aux risques. Supposons, aux fins de cet exemple, que cette réorganisation conduit à une renégociation des accords contractuels existants, sans transfert d'actifs autres que les droits conférés au distributeur par le contrat de longue durée. Du point de vue du distributeur, la question se pose de savoir si ces nouvelles modalités (compte tenu à la fois de la rémunération des transactions post-réorganisation et d'une éventuelle rémunération ou indemnisation pour la réorganisation proprement dite) sont susceptibles de le placer dans une situation aussi avantageuse que les autres options réalistes – mais plus risquées – dont il dispose. Si tel n'est pas le cas, il faut en conclure que la rémunération après réorganisation n'a pas été établie conformément au principe de pleine concurrence et qu'une rémunération supplémentaire serait nécessaire pour rémunérer correctement le distributeur en contrepartie de la réorganisation, ou qu'il peut être nécessaire de procéder à l'évaluation de la rationalité commerciale de la transaction en appliquant les indications fournies dans la section D.2. De plus, aux fins du calcul des prix de transfert, il importe d'établir, au regard des instructions figurant à la

section D.1 du chapitre I, si les risques transférés contractuellement au titre de la réorganisation d'entreprise sont assumés par l'entreprise étrangère associée.

9.46. En conditions de pleine concurrence, la réponse dépendra probablement des droits et autres actifs des parties, du potentiel de profits du distributeur et de son entreprise associée concernant les deux modèles opérationnels (distributeur de plein exercice et distributeur limité) ainsi que de la durée escomptée du nouvel accord. En particulier, lors de l'évaluation du potentiel de profits, il convient d'évaluer si les données historiques sur les profits (déterminés selon le principe de pleine concurrence) constituent un indicateur valide des potentiels de profits à venir, ou si certains changements intervenus dans l'environnement commercial aux alentours de la période de la réorganisation ont remis en cause la validité des données historiques comme indicateur du potentiel de profits. À titre d'exemple, l'apparition de produits concurrents peut diminuer la rentabilité d'une activité, l'évolution des technologies ou des préférences des consommateurs sont susceptibles de rendre les produits d'une entreprise moins attrayants. La prise en compte de ces facteurs du point de vue du distributeur est illustrée dans l'exemple suivant.

Note : Cet exemple a seulement valeur d'illustration. Il ne doit pas amener à tirer de conclusions en termes de détermination de la méthode de prix de transfert, d'agrégation des transactions ou de montant de la rémunération de pleine concurrence des activités de distribution. Cet exemple suppose que la modification de l'allocation du risque au distributeur provient de la renégociation de l'accord de distribution existant qui réaffecte les risques entre les parties. Cet exemple illustre le point de vue du distributeur. Il ne tient pas compte du point de vue de l'entreprise associée étrangère (donneur d'ordre), bien que l'analyse des prix de transfert doive intégrer ces deux points de vue.

	Scénario 1	Scénario 2	Scénario 3
Distributeur de plein exercice	Année 1 : - 2 % Année 2 : 4 %	Année 1 : 5 % Année 2 : 10 %	Année 1 : 5 % Année 2 : 7 %
Bénéfices des exercices précédents (cinq dernières années)	Année 3 : 2 % Année 4 : 0 % Année 5 : 6 %	Année 3 : 5 % Année 4 : 5 % Année 5 : 10 %	Année 3 : 10 % Année 4 : 8 % Année 5 : 6 %
Distributeur de plein exercice	(-2) % à 6 %	5 % à 10 %	0 % à 4 %
Bénéfices prévisionnels (durée résiduelle de l'Accord)	Avec des incertitudes significatives au sein de cet intervalle	Avec des incertitudes significatives au sein de cet intervalle	Avec des incertitudes significatives au sein de cet intervalle (dues à de nouvelles pressions concurrentielles)
Distributeur limité	2 % par an	2 % par an	2 % par an
Bénéfices prévisionnels (trois années à venir)			

9.47. Dans le scénario n° 1, le distributeur renonce à un potentiel de profits qui comporte des incertitudes significatives, pour un taux de rentabilité relativement faible, mais stable. La question de savoir si une partie indépendante serait prête à faire ce choix dépend de son rendement escompté dans les deux scénarios, de sa tolérance au risque, des options réalistes envisageables et de la rémunération potentielle des opérations de réorganisation proprement dites. Dans le scénario n° 2, il est peu probable que, dans la situation du distributeur, des parties indépendantes accepteraient de transférer, sans rémunération supplémentaire, les risques et le potentiel de profits qui y est associé si elles avaient un autre choix. Le scénario n° 3 montre que l'analyse doit tenir compte du potentiel de profits futurs et que si des changements importants se produisent dans l'environnement commercial ou économique, les données historiques ne constituent pas une base d'analyse suffisante.

E. Transfert d'un élément de valeur (par exemple d'un actif ou d'une activité)

9.48. Les sections E.1 à E.3 ci-dessous concernent certains transferts fréquemment rencontrés lors de réorganisations d'entreprises : transferts d'actifs corporels, d'actifs incorporels et de droits sur ces actifs incorporels, et d'activités.

E.1. Actifs corporels

9.49. Les réorganisations d'entreprises entraînent parfois le transfert d'actifs corporels (équipements, par exemple) à une entreprise associée étrangère. L'un des problèmes fréquemment rencontrés concerne l'évaluation des stocks transférés au moment de la réorganisation, par le fabricant ou distributeur restructuré à une entreprise associée étrangère (donneur d'ordre, par exemple), lorsque cette dernière reprend les stocks dès la mise en œuvre du nouveau modèle opérationnel et de la nouvelle organisation de la chaîne d'approvisionnement.

Illustration

Note : L'exemple qui suit a exclusivement vocation à illustrer la question de l'évaluation des transferts de stocks. Il n'a pas pour objectif de présenter une approche d'analyse des transactions couvertes par la réorganisation d'entreprise telles qu'elles ont été délimitées avec précision en application de la section D.1 du chapitre I; il n'a pas davantage vocation à montrer que telle ou telle méthode de prix de transfert est systématiquement acceptable dans le cadre d'opérations de réorganisation.

9.50. Supposons qu'un contribuable, membre d'un groupe multinational, ait exercé une activité de fabricant et distributeur « de plein exercice ». Dans le cadre du modèle opérationnel antérieur à la réorganisation, il achetait des matières premières, fabriquait des produits finis en utilisant des actifs corporels et incorporels qu'il possédait, louait ou prenait en licence, se chargeait des fonctions de commercialisation et de distribution, et vendait les produits finis à des clients tiers. Il assumait ainsi un ensemble de risques, tels que les risques de stock, d'impayés et de marché.

9.51. Supposons que cette organisation ait été restructurée, et que le contribuable fonctionne désormais en tant que « façonnier » et « distributeur limité ». Au titre de la réorganisation, une entreprise associée étrangère est mise en place et acquiert divers actifs incorporels auprès d'entités associées, y compris du contribuable. Suite à la réorganisation, les matières premières sont achetées par l'entreprise associée étrangère, mises en dépôt dans les locaux du contribuable en vue de la fabrication des produits, en contrepartie de la rémunération de services de façonnage. Le stock de produits finis appartient ensuite à l'entreprise associée étrangère et est acheté par le contribuable pour revente immédiate à des clients tiers (c'est-à-dire que le contribuable n'achète les produits finis que lorsqu'il a conclu une vente avec un client). Dans le cadre de ce nouveau modèle opérationnel, l'entreprise associée étrangère assume contractuellement les risques de stock auparavant supportés par le contribuable, et satisfait aux exigences en matière de contrôle des risques et de capacités financières requises pour assumer les risques considérés.

9.52. Supposons que, dans le contexte de la transition de l'ancien au nouveau modèle opérationnel, les matières premières et les produits finis inscrits au bilan du contribuable au moment de la réorganisation soient transférés à l'entreprise associée étrangère. La question se pose de savoir comment déterminer le prix de transfert de pleine concurrence des stocks au moment de la réorganisation. Il s'agit là d'un problème que l'on peut rencontrer en cas de transition d'un modèle opérationnel à un autre. Le principe de pleine concurrence s'applique aux transferts de stock entre entreprises associées situées dans des juridictions fiscales différentes. Le choix de la méthode de prix de transfert dépend de l'analyse de comparabilité (notamment fonctionnelle) des parties. Il est possible que l'analyse fonctionnelle doive couvrir une période de transition, durant laquelle le transfert s'opère. Ainsi, dans l'exemple cité ci-dessus :

- On pourrait déterminer le prix de pleine concurrence des matières premières et des produits finis en se fondant sur des prix comparables sur le marché libre, dans la mesure où lesdits prix satisfont aux facteurs de comparabilité, c'est-à-dire que les conditions de la transaction sur le marché libre sont comparables à celles du transfert effectué dans le cadre de la réorganisation.

- Une autre possibilité consisterait à définir le prix de transfert des produits finis comme le prix de revente aux clients, minoré de la rémunération de pleine concurrence des fonctions de commercialisation et de distribution qui restent à mettre en œuvre.
- Une troisième option serait de partir des coûts de fabrication et d'ajouter une marge de pleine concurrence pour rémunérer le fabricant pour les fonctions qu'il a exécutées, les actifs qu'il a mis en œuvre et les risques qu'il a assumés eu égard aux stocks considérés. Toutefois, dans certains cas, la valeur de marché des stocks est trop faible pour ajouter une marge aux coûts de revient dans des conditions de pleine concurrence.

9.53. Le choix de la méthode appropriée repose en partie sur la détermination de la partie de la transaction qui est la moins complexe et peut être évaluée avec le plus de certitude (les fonctions exécutées, les actifs utilisés et les risques assumés par le fabricant, ou les fonctions de commercialisation et de distribution restant à mettre en œuvre, compte tenu des actifs à utiliser et des risques à assumer à cette fin). Voir les paragraphes 3.18-3.19 consacrés au choix de la partie testée.

9.54. Dans la pratique, la solution retenue pour gérer les stocks durant la réorganisation serait probablement prise en compte par des parties indépendantes pour convenir des dispositions de l'accord d'ensemble et la question des stocks devrait être analysée au titre de la délimitation des transactions réelles couvertes par la réorganisation. Un élément central de cette analyse consiste à savoir comment traiter les risques liés aux stocks et comment éviter une double comptabilisation, c'est-à-dire que la partie qui réduit ses risques ne devrait pas percevoir un prix qui inclut des risques auxquels elle a renoncé et qui n'entrent plus dans son périmètre d'activités. Si les matières premières dont le prix était égal à 100 ont désormais un prix de marché de 80 ou 120, un transfert conduirait à matérialiser une perte ou un gain pouvant constituer un obstacle significatif pour l'une des parties à la réorganisation. Il est probable que les modalités générales retenues pour la réorganisation prévoient comment cette difficulté est levée, et cette question devrait être analysée en conséquence. Dans la pratique, les parties peuvent convenir d'une période de transition durant laquelle le niveau des stocks est réduit avant la mise en application du nouvel accord, de manière à éviter un transfert des stocks, en particulier lorsque la réorganisation suppose un transfert transnational de la propriété légale des stocks qui soulève d'autres difficultés au-delà de celles liées aux prix de transfert.

E.2. Actifs incorporels

9.55. Le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels soulève des questions complexes, qui concernent tant l'identification des actifs incorporels transférés que leur évaluation. L'identification peut se révéler difficile du fait que les actifs incorporels de valeur ne bénéficient pas tous d'une protection juridique et d'un enregistrement et ne sont pas tous pris en compte aux fins comptables. Ces actifs incorporels peuvent notamment être des droits d'utilisation d'actifs industriels tels que brevets, marques de fabrique, noms commerciaux, dessins ou modèles, les droits d'auteur sur les œuvres littéraires, artistiques ou scientifiques (y compris les logiciels), ainsi que des droits de propriété intellectuelle tels que savoir-faire et secrets industriels ou commerciaux. Il peut également s'agir de listes de clients, de réseaux de distribution, de désignations, symboles ou images. Un volet essentiel de l'analyse d'une réorganisation d'entreprise consiste à identifier précisément les actifs incorporels et droits sur de tels actifs qui revêtent une importance significative et qui ont été transférés (le cas échéant), à établir si des parties indépendantes auraient rémunéré un tel transfert, et à déterminer leur valeur de pleine concurrence.

9.56. Le prix de pleine concurrence d'un transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels doit être calculé en appliquant les instructions figurant à la section D.1 du chapitre VI. Ce calcul prend en compte divers facteurs, en particulier le montant des bénéfices attendus de l'exploitation de l'actif incorporel, la période pendant laquelle ils seraient réalisés et le risque qui y est associé; la nature de l'actif incorporel et les restrictions susceptibles d'y être attachées (restrictions concernant le mode d'utilisation ou d'exploitation, restrictions géographiques, limitations de durée); l'étendue et la durée résiduelle de la protection juridique dont bénéficie éventuellement le bien; et l'existence éventuelle d'une clause d'exclusivité. Voir la section D.2.1 du chapitre VI. L'évaluation des actifs incorporels peut être complexe et entourée d'incertitudes. Les indications générales relatives aux actifs incorporels et aux accords de répartition des coûts qui figurent aux chapitres VI et VIII s'appliquent dans le contexte des réorganisations d'entreprises.

E.2.1. Transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels par une entité locale vers une entité centrale (entreprise associée étrangère)

9.57. Les réorganisations d'entreprises entraînent parfois le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur de tels actifs auparavant détenus ou gérés par une ou plusieurs entité(s) locale(s) vers une entité centrale implantée dans une autre juridiction fiscale (par exemple à une entreprise associée étrangère qui agit en qualité de donneur d'ordre ou de société dite « holding de droits incorporels »). Dans certains cas, le cédant continue d'utiliser l'actif transféré, mais sous un

autre statut juridique (par exemple en tant que titulaire d'une licence concédée par le cessionnaire, ou dans le cadre d'un contrat prévoyant des droits limités sur l'actif incorporel, tel qu'un accord de sous-traitance permettant d'utiliser des brevets qui ont été transférés, ou un accord de distribution « limité » permettant d'utiliser une marque de fabrique qui a été transférée). Conformément aux instructions fournies par le chapitre VI, il convient de rappeler que la propriété légale d'un actif incorporel ne confère en soi aucun droit de conserver *in fine* les revenus que le groupe multinational peut retirer de l'exploitation de cet actif immatériel (voir paragraphe 6.42). En effet, la rémunération devant être versée aux entreprises associées qui exécutent ou contrôlent des fonctions liées à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection ou à l'exploitation des actifs incorporels peut représenter n'importe quelle fractions des revenus totaux attendus de l'exploitation de ces actifs incorporels (voir paragraphe 6.54). En conséquence, un transfert de la propriété légale d'un actif incorporel lors d'une réorganisation d'entreprise peut n'avoir aucune incidence sur l'identité de la partie qui est en droit de percevoir les revenus générés par l'actif incorporel considéré.

9.58. Les groupes multinationaux peuvent avoir de bonnes raisons commerciales de centraliser la propriété d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels. Dans le contexte des réorganisations d'entreprises, le transfert de la propriété légale d'actifs incorporels qui accompagne la spécialisation des sites de production d'un groupe multinational en est une illustration. Avant la réorganisation, il est possible que chaque entité de production détienne et gère une série de brevets – par exemple lorsque les sites ont, par le passé, été acquis auprès de parties tierces avec les actifs incorporels qui y étaient attachés. En revanche, dans le cadre d'un modèle opérationnel global, il est possible que chaque site soit spécialisé par type de processus de fabrication ou par zone géographique, plutôt que par brevet. On peut imaginer que, suite à la réorganisation, le groupe multinational transfère tous les brevets détenus et gérés par les entités locales à une entité centrale qui, elle-même, accorde des droits contractuels (licences ou accords de fabrication) à tous les sites de production du groupe pour les autoriser à fabriquer les produits relevant de leur nouvelle sphère de compétence en utilisant les brevets qui, à l'origine, leur appartenaient ou appartenaient à une autre entité du groupe. Dans un tel scénario, il conviendra de délimiter la transaction réelle et de comprendre si le transfert de la propriété légale vise à obtenir une simplification administrative (comme dans l'exemple 1 de l'annexe I au chapitre VI) ou si la réorganisation modifie l'identité des parties qui exécutent ou contrôlent des fonctions liées à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection ou à l'exploitation des actifs incorporels.

9.59. L'application du principe de pleine concurrence exige une évaluation des conditions convenues ou imposées entre entreprises associées, au niveau de chacune d'elles. Le fait que la centralisation de la propriété légale d'actifs

incorporels soit motivée par de bonnes raisons commerciales pour le groupe multinational ne permet pas de se prononcer sur le point de savoir si son transfert est conforme au principe de pleine concurrence, tant du point de vue du cédant que de celui du cessionnaire.

9.60. Par ailleurs, lorsqu'une entité locale transfère la propriété légale de ses actifs incorporels à une entreprise associée étrangère et continue d'utiliser par la suite ces actifs sous un autre statut juridique (par exemple en qualité de licencié), il convient d'évaluer les conditions du transfert tant du point de vue du cédant que de celui du cessionnaire. Pour déterminer une rémunération de pleine concurrence au titre de la détention, du contrôle et de l'exploitation d'un actif incorporel après son transfert, il convient de tenir compte de l'importance des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés par les parties à l'égard dudit actif, en prêtant une attention particulière aux fonctions de contrôle des risques et des fonctions exercées en lien avec la mise au point, l'amélioration, l'entretien, la protection ou l'exploitation des actifs incorporels.

9.61. Lorsque la réorganisation prévoit le transfert d'un actif incorporel puis la conclusion d'un nouvel accord aux termes duquel le cédant continue d'utiliser l'actif incorporel transféré, il convient d'examiner l'intégralité de l'accord commercial entre les parties afin de délimiter précisément la transaction. Si une partie indépendante devait transférer un actif avec l'intention de continuer à l'exploiter, il serait prudent qu'elle négocie les conditions de cette future utilisation (par exemple dans le cadre d'un accord de licence) en même temps que les conditions du transfert. En effet, il existe généralement un lien entre la détermination d'une rémunération de pleine concurrence pour le transfert d'actifs, la détermination d'une rémunération de pleine concurrence pour les futures transactions post-réorganisation portant sur les actifs incorporels transférés (par exemple, de futures redevances de licence dues par le cédant pour continuer à utiliser l'actif, le cas échéant), et les bénéfices que le cédant peut, à l'avenir, espérer retirer de l'exploitation de l'actif. Par exemple, dans le cas d'un accord aux termes duquel un brevet est transféré au cours de l'année N au prix de 100, qui est assorti d'un accord de licence conclu simultanément et prévoyant que le cédant peut continuer d'utiliser le brevet transféré en contrepartie d'une redevance de 100 par an pendant 10 ans, il est fondé de considérer que l'un de ces deux prix n'est vraisemblablement pas conforme au principe de pleine concurrence, ou qu'il conviendrait de qualifier cet accord autrement que comme une vente doublée d'une rétrocession de licence. Dans certaines circonstances, la délimitation exacte de la transaction peut conduire à la conclusion que les accords conclus correspondent à la fourniture d'un financement, comme illustré dans l'exemple 16 de l'annexe I au chapitre VI.

E.2.2. Transfert d'actifs incorporels dont l'évaluation présente un haut degré d'incertitude au moment de la transaction

9.62. Dans le cadre des réorganisations d'entreprises, des difficultés peuvent se poser si un actif incorporel ou des droits relatifs à un tel actif sont transférés alors que leur évaluation présente un haut degré d'incertitude au moment de la transaction. Dans ces circonstances, le problème qui se pose est de savoir comment déterminer le prix de pleine concurrence. La solution consiste, tant pour le contribuable que pour l'administration fiscale, à se référer à la manière dont des entreprises indépendantes auraient procédé dans des circonstances comparables pour tenir compte, dans la fixation du prix de la transaction, de l'incertitude entourant l'évaluation. À cet égard, les indications figurant à la section D.3 du Chapitre VI sont applicables.

9.63. De plus, si l'actif incorporel transféré au titre de la réorganisation répond aux critères identifiant un actif incorporel difficile à valoriser, comme indiqué au paragraphe 6.189, les instructions figurant à la section D.4 du chapitre VI s'appliquent.

E.2.3. Actifs incorporels locaux

9.64. Lorsqu'une entité locale de plein exercice est transformée en une entité à risques limités, utilisant des actifs incorporels limités et recevant une faible rémunération, la question se pose de savoir si cette transformation entraîne le transfert, par l'entité locale restructurée vers une entreprise associée étrangère, d'actifs incorporels de valeur, ou de droits sur de tels actifs, et si l'entité locale conserve des actifs incorporels locaux, ou des droits sur de tels actifs.

9.65. En particulier, dans le cas où un distributeur de plein exercice est transformé, par exemple, en distributeur limité ou en commissionnaire, il peut être important d'examiner si le distributeur a créé des actifs incorporels de commercialisation locaux au cours des années précédant la réorganisation et, dans l'affirmative, de déterminer la nature et la valeur de ces actifs et s'ils ont été transférés à une entreprise associée. Lorsque de tels actifs existent et ont été transférés à l'entreprise associée étrangère, le principe de pleine concurrence doit s'appliquer pour déterminer s'il faut rémunérer ce transfert et selon quelles modalités, en se basant sur ce qu'auraient convenu des parties indépendantes dans des circonstances comparables. À cet égard, il convient de noter que le cédant doit recevoir une rémunération de pleine concurrence (en sus de la rémunération de pleine concurrence au titre des actifs incorporels transférés) lorsque, après la réorganisation, il continue d'exercer des fonctions liées à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection ou à l'exploitation des actifs incorporels locaux transférés (voir la section B.2.1 du chapitre VI). En revanche, lorsque ces actifs incorporels locaux existent et sont conservés par l'entité restructurée, ils devraient être pris en compte dans

l'analyse fonctionnelle des activités post-réorganisation. En conséquence, ils peuvent influencer sur la sélection et l'application de la méthode de détermination des prix de transfert la plus appropriée des transactions contrôlées après la réorganisation, de manière à déterminer la rémunération appropriée³.

E.2.4. Droits contractuels

9.66. Les droits contractuels peuvent représenter des actifs incorporels de valeur. Lorsque des droits contractuels de valeur sont transférés entre des entreprises associées (ou en case de renonciation à ces droits), ils devraient donner lieu à une rémunération de pleine concurrence qui tienne compte de la valeur des droits transférés, tant du point de vue du cédant que de celui du cessionnaire.

9.67. Les autorités fiscales ont fait part de leurs préoccupations concernant des situations, rencontrées dans la pratique, dans lesquelles une entité met volontairement un terme à un contrat qui lui conférait des avantages, pour permettre à une entreprise associée étrangère de conclure un contrat similaire et de tirer parti du potentiel de profits qui y est attaché. Supposons par exemple qu'une société A ait conclu avec des clients indépendants des contrats de longue durée porteurs d'un potentiel de profits élevé pour elle. Supposons qu'à un moment quelconque, A mette volontairement un terme au contrat selon des modalités telles que lesdits clients indépendants sont, pour des raisons juridiques ou commerciales, contraints de conclure des accords similaires avec la société B, entité étrangère qui appartient au même groupe multinational que la société A. Il s'ensuit que les droits contractuels et le potentiel de profits qui y est attaché et qui revenaient à A reviennent maintenant à B. Si, dans les faits, B ne pouvait conclure des contrats avec les clients qu'à condition que A renonce à ses propres droits contractuels à son profit, et si A a mis fin aux contrats qui la liaient à ses clients en sachant que ces derniers seraient, pour des raisons juridiques ou commerciales, contraints de conclure des accords avec B, on est en réalité en présence d'une transaction tripartite qui pourrait constituer un transfert de droits contractuels de valeur de A à B et devoir donner lieu à une rémunération de pleine concurrence, en fonction de la valeur des droits auxquels A a renoncé, à la fois du point de vue de A et de celui de B.

3. Concernant la rémunération des transactions réalisées après la réorganisation, voir la partie II de ce chapitre.

E.3. Transfert d'une activité

E.3.1. Évaluation d'un transfert d'activité

9.68. Il arrive qu'une réorganisation d'entreprise entraîne le transfert d'une activité, c'est-à-dire d'une unité opérationnelle économiquement intégrée. Dans ce contexte, on entend par transfert d'activité le transfert des éléments d'actif associés à la capacité d'exécuter certaines fonctions et d'assumer certains risques. Ces fonctions, actifs et risques peuvent inclure notamment : des actifs corporels et incorporels ; des éléments de passif associés à la détention de certains actifs et à l'exécution de certaines fonctions, comme les activités de recherche et développement (R-D) et de fabrication ; la capacité d'accomplir les activités assumées par le cédant avant le transfert ; ainsi que les ressources, capacités et droits éventuels ; L'évaluation d'un transfert d'activité doit refléter tous les éléments de valeur qui donneraient lieu à rémunération entre parties indépendantes dans des circonstances comparables. Voir la section A.4.6 du chapitre VI. Par exemple, dans le cas d'une réorganisation d'entreprise qui implique le transfert d'une unité opérationnelle comprenant des infrastructures de recherche où travaillent des chercheurs expérimentés, l'évaluation de cette activité doit refléter, entre autres, la valeur de ces infrastructures et les incidences (par exemple, les gains de temps et de dépenses) de ce regroupement des effectifs selon le prix de pleine concurrence. Voir la section D.7 du chapitre I concernant une analyse de la prise en compte d'un regroupement des effectifs aux fins du calcul des prix de transfert.

9.69. La détermination de la rémunération de pleine concurrence d'un transfert d'activité n'équivaut pas nécessairement à la somme des évaluations distinctes de chacun des éléments qui composent le transfert. En particulier, si le transfert d'une activité implique plusieurs transferts simultanés d'actifs, de risques ou de fonctions liés entre eux, l'évaluation de ces transferts sur une base agrégée peut être nécessaire pour obtenir l'approximation la plus fiable du prix de pleine concurrence de l'activité. Les techniques d'évaluation employées dans les opérations d'acquisition entre parties indépendantes peuvent s'avérer utiles pour évaluer le transfert d'une activité entre entreprises associées. Il ici convient de se référer aux instructions relatives à l'utilisation des techniques d'évaluation de transactions supposant un transfert d'actifs incorporels ou de droits sur de tels actifs énoncées à la section D.2.6.3 du chapitre VI.

9.70. On peut citer comme exemple un cas dans lequel une activité de fabrication auparavant exécutée par M1, entité d'un groupe multinational, est transférée à une autre entité, M2 (par exemple pour réaliser des économies de localisation). Supposons que M1 transfère à M2 ses machines et équipements, ses stocks, ses brevets, ses processus de fabrication et son savoir-faire, ainsi que les principaux contrats qu'elle a conclus avec ses fournisseurs et ses clients. Supposons en outre que plusieurs salariés de M1 soient affectés à M2

pour l'aider à démarrer l'activité de fabrication transférée. Supposons par ailleurs que s'il avait lieu entre des parties indépendantes, ce transfert serait considéré comme le transfert d'une activité. Pour déterminer la rémunération de pleine concurrence éventuelle d'un tel transfert entre entreprises associées, il conviendrait de le comparer à un transfert d'activité entre parties indépendantes, et non avec le transfert d'éléments d'actifs isolés.

E.3.2. Activités déficitaires

9.71. Les réorganisations qui impliquent une perte de fonctions, d'actifs et de risques pour l'entité restructurée n'entraînent pas forcément une diminution effective des bénéfices futurs escomptés. Dans certains cas, les circonstances sont telles qu'au lieu de faire perdre à l'entité restructurée un potentiel de profits, l'opération la protège en réalité d'un potentiel de pertes. Une entité peut accepter une réorganisation au motif que cette option lui semble plus favorable que de cesser purement et simplement ses activités. Si l'entité restructurée prévoit qu'à défaut de réorganisation, elle subira des pertes (par exemple parce qu'elle exploite une usine qui n'est plus rentable du fait de l'accroissement de la concurrence des importations bon marché), il se peut qu'en fait la réorganisation ne lui fasse pas perdre de potentiel de profits, en comparaison avec la poursuite de son activité existante. Dans une telle situation, l'opération peut avoir des effets bénéfiques sur l'entité restructurée, dans la mesure où elle réduit ou élimine les pertes futures, si ces pertes sont supérieures aux coûts induits par la réorganisation.

9.72. La question a été posée de savoir s'il y a lieu en fait pour le cédant de rémunérer le cessionnaire en contrepartie de la reprise d'une activité déficitaire. La réponse dépend du point de savoir si, dans des circonstances comparables, une partie indépendante aurait été disposée à payer pour se défaire de l'activité déficitaire, ou si elle aurait envisagé d'autres options, comme celle de cesser l'activité; et du point de savoir si une partie tierce aurait été prête à acquérir l'activité déficitaire (par exemple, du fait de synergies éventuelles avec ses propres activités) et, dans ce cas, à quelles conditions, par exemple, moyennant rémunération. Dans certains cas, les circonstances peuvent être telles qu'une partie indépendante serait disposée à payer, par exemple si les coûts financiers et les risques sociaux d'une cessation d'activité sont tels que le cédant juge plus avantageux de payer un cessionnaire qui va tenter de reconvertir l'activité et assumera la responsabilité d'un éventuel plan de licenciement.

9.73. Il peut toutefois en aller autrement si l'exercice de l'activité déficitaire procurait d'autres avantages, par exemple si elle permettait des synergies avec d'autres activités du même contribuable. Il peut également arriver qu'une activité déficitaire soit conservée parce qu'elle présente un intérêt pour le groupe dans son ensemble. En pareil cas, il convient de déterminer si, dans des conditions de pleine concurrence, il y aurait lieu que l'entité qui poursuit

l'activité déficitaire soit rémunérée par ceux qui en tirent profit. Voir la section D.3 du chapitre I.

E.4. Externalisation

9.74. En cas d'externalisation, il arrive qu'une partie décide volontairement de subir une réorganisation et d'en supporter les coûts parce qu'elle espère réaliser des économies. Ainsi, supposons qu'un contribuable qui fabrique et vend des produits dans une juridiction où les coûts sont élevés décide d'externaliser son activité de fabrication en la confiant à une entreprise associée située dans une juridiction où les coûts sont faibles. Après la réorganisation, le contribuable achètera les produits finis à l'entreprise associée et continuera de les vendre à des clients tiers. La réorganisation aura peut-être un coût pour le contribuable, mais, parallèlement, elle lui permettra de satisfaire ses commandes moyennant des coûts inférieurs à ses propres coûts de fabrication. Dans la pratique, il arrive que des parties indépendantes qui mettent en œuvre ce type d'accord d'externalisation n'exigent pas pour autant du cessionnaire une rémunération explicite, par exemple lorsque les avantages que le cédant peut espérer obtenir compensent entièrement les coûts induits par la réorganisation⁴.

F. Indemnisation de l'entité restructurée au titre de la rupture ou de la renégociation substantielle d'accords existants

9.75. La Section F examine le point de savoir si l'entité restructurée, dans des conditions de pleine concurrence, devrait recevoir une rémunération, à titre d'indemnisation, suite à la rupture ou renégociation substantielle d'accords existants, pouvant, ou non, supposer le transfert d'un élément de valeur (cas de figure examiné dans la section précédente). Dans le présent chapitre, la notion d'indemnisation recouvre tout type de contrepartie susceptible d'être payée au titre des préjudices subis par l'entité restructurée, que ce soit sous forme d'un paiement forfaitaire, d'un partage des coûts induits par la réorganisation, d'une baisse (ou majoration) de prix d'achat (de vente) pour les transactions post-réorganisation, ou sous toute autre forme.

9.76. Dans les réorganisations d'entreprises, des accords existants sont souvent renégociés de telle manière que les profils de risque des parties et les fonctions exercées par chacune se trouvent modifiés, ce qui a des conséquences sur l'allocation du potentiel de profits entre elles. De plus, en cas de rupture ou de renégociation d'accords contractuels existants au titre d'une réorganisation,

4. Une autre question, examinée à la section D.6 du chapitre I et à la section E de la partie II du présent chapitre, concerne la décision de répartir les économies de localisation entre les parties dans des conditions de pleine concurrence et, le cas échéant, les modalités de cette répartition.

l'entité restructurée est susceptible de subir des préjudices, tels que des coûts de réorganisation (par exemple, sortie de certains actifs du bilan, licenciements), des coûts de reconversion (par exemple pour adapter ses activités afin de répondre à d'autres besoins de clients) et/ou une diminution de son potentiel de profits. Dans de telles situations, il convient d'examiner si des parties indépendantes auraient convenu d'une indemnisation en faveur de l'entité restructurée et, dans l'affirmative, d'examiner selon quelles modalités une telle indemnisation aurait été définie.

9.77. Lorsque la rupture ou renégociation d'accords existants suppose le transfert d'un élément de valeur (par exemple, la rupture d'un contrat de distribution est parfois assortie d'un transfert d'actifs incorporels), les indications figurant à la section E sont applicables au transfert de l'élément de valeur, et la présente section examine dans quelle mesure une rémunération supplémentaire peut être justifiée au titre d'autres préjudices éventuellement subis.

9.78. Il ne faudrait pas présumer que toutes les ruptures ou renégociations substantielles de contrats doivent donner lieu à indemnisation dans des conditions de pleine concurrence, dans la mesure où l'examen des faits et circonstances propres à chaque cas est nécessaire pour établir si une telle indemnisation est justifiée. Pour déterminer s'il y a une indemnisation serait accordée en situation de pleine concurrence, il convient de délimiter avec précision les accords appliqués avant et après la réorganisation (conformément aux indications de la section D.1 du chapitre I et de la section B.1 de cette partie) et d'examiner les options réalistes dont disposent les parties.

9.79. Après avoir précisément délimité les accords de réorganisation et évalué les options réalistes dont disposent les parties, il convient d'examiner les questions suivantes :

- le droit commercial prévoit-il pour l'entité restructurée un droit à indemnisation au regard des éléments factuels délimités avec précision du cas examiné (voir section F.1 ci-dessous) ;
- les termes de l'accord, tel que délimité avec précision, et l'existence ou l'absence d'une clause d'indemnisation ou autre disposition similaire (et, le cas échéant, les termes de ladite clause) sont-ils conformes au principe de pleine concurrence (voir section F.2 ci-après) ;
- quelle partie devrait en définitive supporter les coûts correspondant à l'indemnisation de la partie affectée par la rupture ou renégociation de l'accord (voir section F.3 ci-après).

F.1. Déterminer si le droit commercial prévoit pour l'entité restructurée un droit à indemnisation au regard des éléments factuels délimités avec précision du cas examiné

9.80. Lors de l'examen de la conformité au principe de pleine concurrence des conditions de la rupture ou de la non-reconduction d'un accord existant, les recours éventuels offerts par le droit commercial applicable peuvent apporter un éclairage utile. La législation et la jurisprudence commerciales peuvent fournir des données utiles sur les droits à indemnisation et les conditions contractuelles que l'on pourrait s'attendre à trouver en cas de rupture de certains types d'accords, comme par exemple d'un accord de distribution. Il est par exemple possible qu'en vertu de ces règles, la partie qui subit la rupture puisse saisir les tribunaux pour obtenir une indemnisation, qu'une telle indemnisation ait, ou non, été prévue dans le contrat. Toutefois, lorsque les parties appartiennent au même groupe multinational, il est dans la pratique peu vraisemblable que la partie qui subit la rupture engage une action contre une entreprise associée pour obtenir une indemnisation; par conséquent, les conditions de la rupture peuvent différer de celles qui prévaudraient entre entreprises indépendantes dans des circonstances similaires.

F.2. Examiner si les termes de l'accord, tel que délimité avec précision, et l'existence ou l'absence d'une clause d'indemnisation ou autre disposition similaire (et, le cas échéant, les termes de ladite clause) sont conformes au principe de pleine concurrence.

9.81. La délimitation précise de la transaction permet de déterminer s'il existe une clause ou un accord d'indemnisation applicable en cas de résiliation, de non-reconduction ou de renégociation des accords existants. La première étape consiste à vérifier la présence d'une clause d'indemnisation ou autre disposition similaire applicable en cas de résiliation, de non-reconduction ou de renégociation, et à déterminer si les conditions contractuelles ont été respectées lors de la résiliation, non-reconduction ou renégociation de l'accord (par exemple, respect des délais de notification et de préavis). Toutefois, l'examen des termes du contrat entre les entreprises associées peut ne pas être suffisant du point de vue des prix de transfert car, comme expliqué ci-après, le simple fait qu'un contrat rompu, non reconduit ou renégocié ne prévoyait pas de clause d'indemnisation ou de disposition similaire ne signifie pas systématiquement que le principe de pleine concurrence soit respecté.

9.82. Comme indiqué au paragraphe 1.46, dans le cadre de transactions entre entreprises indépendantes, les intérêts divergents entre les parties ont pour conséquence que : (i) les conditions contractuelles conclues reflètent les intérêts des deux parties; (ii) les parties s'efforcent habituellement de respecter chacune les dispositions contractuelles; et (iii) les clauses contractuelles ne sont ignorées ou modifiées après coup que si les deux parties

y ont intérêt. Toutefois, cette divergence d'intérêts peut ne pas exister entre deux entreprises associées, ou elle peut être gérée de manière privilégiée au travers des relations entre ces entreprises associées, et non uniquement ou principalement au moyen d'accords contractuels. Pour cette raison, lorsque les éléments factuels du cas examiné ne correspondent pas aux dispositions de l'accord écrit entre les parties, ou lorsqu'aucun accord écrit n'a été conclu, l'analyse du comportement des parties permettra de conclure à l'absence ou à l'existence d'une clause d'indemnisation (et d'en préciser les modalités). Par exemple, l'examen des éléments factuels du cas examiné et du comportement effectif des entreprises associées peut amener à la conclusion que la durée du contrat est supérieure à celle mentionnée dans l'accord écrit, ce qui conférerait à la partie subissant la rupture un droit à indemnisation en cas de résiliation anticipée.

9.83. Une fois établie l'existence ou l'absence d'une clause d'indemnisation en faveur de l'entité restructurée en cas de la rupture, de non-reconduction ou de renégociation substantielle des accords contractuels, l'analyse se poursuit pour déterminer si la clause d'indemnisation (ou l'absence de celle-ci) et ses modalités sont conformes au principe de pleine concurrence. Lorsque des données comparables révèlent l'existence (ou l'absence) d'une clause d'indemnisation similaire dans des circonstances comparables, la clause d'indemnisation (ou son absence) dans une transaction contrôlée sera considérée comme conforme au principe de pleine concurrence.

9.84. Toutefois, dans les cas où ces données comparables ne peuvent être trouvées, pour déterminer si une telle clause (ou son absence) est conforme au principe de pleine concurrence, il convient de prendre en compte les droits et autres actifs des parties, au moment de la conclusion de l'accord et de sa rupture ou renégociation. Cette analyse peut également s'appuyer sur l'examen des options réalistes dont disposent les parties, sachant que, dans certains cas, une partie indépendante se trouvant dans des conditions comparables n'aurait peut-être pas eu d'autre option réaliste et nettement plus avantageuse que d'accepter les conditions de la rupture ou de la renégociation substantielle du contrat. Les indications de la section D du chapitre I, ainsi que celle de la section B de cette partie, sont applicables.

9.85. Lorsqu'on examine si les conditions d'un accord respectent le principe de pleine concurrence, il peut être nécessaire d'analyser à la fois la rémunération des transactions qui font l'objet de l'accord et les conditions financières de la rupture de cet accord, car ces deux aspects peuvent être liés entre eux. En effet, les termes d'une clause de rupture (ou leur absence) peuvent constituer un élément important de l'analyse fonctionnelle des transactions, et plus particulièrement des risques des parties, et peuvent par conséquent devoir être prises en compte dans le calcul d'une rémunération de pleine concurrence des transactions. De même, la rémunération des

transactions aura une incidence sur le fait de savoir si les conditions de la rupture de l'accord sont de pleine concurrence.

9.86. Les réorganisations d'entreprises peuvent entraîner la rupture des contrats de travail d'une partie du personnel de l'effectif regroupé. Dans ce cas, pour déterminer si la réorganisation est conforme au principe de pleine concurrence, l'analyse doit porter aussi sur les éléments factuels et les circonstances qui se rapportent aux effectifs, avant et après la réorganisation, en particulier pour établir s'il un élément de valeur a été transféré suite à la rupture des accords conclus entre des entreprises associées et, par exemple, si les contrats de travail du personnel contiennent des clauses restrictives, explicites ou non (telles qu'une clause de non-concurrence), ce dont devrait tenir compte le montant de toute indemnisation versée à la partie qui employait précédemment ce personnel afin d'exercer ses activités.

9.87. Une situation qui mérite une attention particulière est celle dans laquelle le contrat rompu faisait obligation à l'une des parties de réaliser un investissement important dont elle ne pouvait raisonnablement espérer un rendement de pleine concurrence que si le contrat restait en vigueur pendant une certaine durée. Une telle obligation expose la partie tenue de réaliser l'investissement à un risque financier important en cas de rupture du contrat avant l'expiration de cette période. L'ampleur de ce risque n'est pas la même selon que l'investissement est très spécialisé ou qu'il peut être réutilisé pour d'autres clients (éventuellement moyennant quelques adaptations). Si le risque est substantiel, il aurait été raisonnable pour des parties indépendantes se trouvant dans des circonstances comparables, d'en tenir compte lors de la négociation du contrat.

9.88. Cette situation peut être illustrée par l'exemple d'un contrat de fabrication entre entreprises associées qui ferait obligation au fabricant d'investir dans une nouvelle unité de fabrication. Supposons qu'au moment de la conclusion du contrat, le fabricant puisse raisonnablement escompter un rendement de pleine concurrence de l'investissement, à condition que le contrat dure au moins cinq ans, qu'au minimum $\times$ unités par an puissent être produites et que la rémunération de l'activité de fabrication soit calculée sur une base (par exemple, y USD/unité) permettant d'espérer un rendement de pleine concurrence de l'investissement total dans la nouvelle unité de fabrication. Supposons qu'au bout de trois ans, l'entreprise associée mette fin au contrat, conformément aux dispositions contractuelles, dans le cadre d'une réorganisation des activités de fabrication conduite à l'échelle du groupe. Supposons que l'unité de fabrication soit très spécialisée et qu'après la rupture du contrat, le fabricant n'ait pas d'autre choix que de totalement déprécier les actifs.

9.89. Dans des conditions de pleine concurrence, plusieurs solutions permettent au fabricant de réduire les risques liés à l'investissement :

- ajouter au contrat une clause prévoyant une indemnisation ou des pénalités en cas de rupture anticipée ; ou en y insérer des dispositions qui laissent l'option, pour la partie qui réalise l'investissement, de céder ce dernier à l'autre partie à un prix prédéterminé, s'il s'avère qu'elle ne peut plus exploiter ledit investissement du fait de la rupture anticipée du contrat par l'autre partie.
- tenir compte du risque de rupture du contrat dans la détermination de la rémunération des activités qu'il vise (par exemple, en tenant compte de ce risque dans la détermination de la rémunération des activités de fabrication, lorsque des données comparables de tiers assumant des risques comparables peuvent être identifiées, peut-être en prévoyant des paiements concentrés dans la période qui suit immédiatement la prise d'effet du contrat) Dans ce cas, la partie qui réalise l'investissement accepte consciemment le risque et est rémunérée en contrepartie ; il ne semble pas nécessaire de verser une indemnisation spécifique au titre de la rupture du contrat.

9.90. En règle générale, la réduction du risque lié à un investissement par un fabricant ne doit être prise en compte que si le fabricant assume effectivement ce risque. Dans la pratique, en matière d'identification des risques et des modalités de contrôle de ces risques, il convient d'examiner avec un soin tout particulier les investissements réalisés dans une usine de fabrication par une entreprise associée qui dépend totalement d'une autre entreprise associée pour la génération d'un rendement. Comme indiqué dans l'exemple 2 aux paragraphes 1.84 et 1.102, lorsque les risques significatifs liés à la génération d'un rendement à partir des activités de fabrication sont contrôlés exclusivement par une autre partie (qui dispose également de la capacité financière requise pour assumer ce risque), cette dernière se voit attribuer les retombées positives et négatives de ces risques, notamment les coûts liés à une sous-utilisation, à une dépréciation de l'investissement, voire les coûts de fermeture. Dans ce cas de figure, le fabricant ne devrait pas supporter les conséquences financières d'une résiliation anticipée, dans la mesure où il ne contrôlait pas les risques significatifs qui ont contribué à la fermeture, en outre, il n'est pas justifié qu'il exerce des fonctions d'atténuation des risques dès lors qu'il n'a pas assumé ces risques dans les faits.

9.91. Un problème similaire peut se poser lorsqu'une partie a engagé des dépenses de développement qui entraînent des pertes ou des rendements faibles durant la phase initiale, mais qui permettent d'escompter des rendements supérieurs à la moyenne après la cessation du contrat. Dans ce cas, il convient d'analyser avec le plus grand soin les modalités réelles de l'accord afin de déterminer si la partie en substance se réserve une part des résultats générés par ses efforts de développement ou si elle a simplement accepté des modalités prévoyant un paiement différé. Lors de cette analyse,

les instructions relatives au contrôle des risques figurant à la section D.1.2.1 du chapitre I sont applicables. Si la partie contrôle effectivement ces risques, elle cherchera vraisemblablement à se prémunir contre le risque de non-règlement en introduisant un barème de pénalités ou une clause d'indemnisation. Dès lors que la partie n'a pas introduit de telles dispositions de contrôle des risques de non-règlement, il est peu probable que les conditions de l'accord soient conformes au principe de pleine concurrence.

9.92. Dans le cas où les conditions convenues ou imposées entre des entreprises associées eu égard à la rupture, à la non-reconduction ou à la renégociation substantielle des dispositions existantes ne sont pas les mêmes que celles qui seraient convenues entre entreprises indépendantes, les bénéfices qui, sans ces conditions, auraient été réalisés par l'une des entreprises, mais n'ont pu l'être dans la pratique à cause de ces conditions, peuvent être inclus dans les bénéfices de cette entreprise et imposés en conséquence.

F.3. Déterminer quelle partie devrait en définitive supporter les coûts correspondant à l'indemnisation de la partie affectée par la rupture ou renégociation de l'accord

9.93. L'analyse des prix de transfert visant à établir si les conditions de la rupture ou de la renégociation substantielle d'un accord respectent le principe de pleine concurrence doit tenir compte à la fois du point de vue du cédant et de celui du cessionnaire. Le point de vue du cessionnaire est important, d'une part pour évaluer le montant de l'indemnisation de pleine concurrence, le cas échéant, d'autre part pour identifier la partie qui doit le prendre en charge. Comme il n'est pas possible d'apporter une réponse unique, susceptible de convenir pour toutes les situations, l'approche retenue doit reposer sur un examen des faits et circonstances du cas d'espèce, en particulier sur les droits et autres actifs des parties, les risques assumés par les parties, l'analyse de la logique économique de la rupture, l'identification de la ou des partie(s) censée(s) tirer profit de l'accord et des options réalistes envisageables par les parties. Les exemples qui suivent illustrent cette approche.

9.94. Supposons qu'un contrat de fabrication ait été conclu entre deux entreprises associées, l'entité A et l'entité B, et que l'entité A y mette fin (B étant le fabricant). Supposons que A décide d'utiliser un autre fabricant associé, l'entité C, pour la poursuite des opérations de fabrication qui étaient auparavant réalisées par B. Comme l'indique le paragraphe 9.78, il ne faudrait pas présumer que toutes les ruptures ou renégociations substantielles de contrats doivent donner lieu à indemnisation dans des conditions de pleine concurrence. Supposons que l'on constate, conformément aux instructions données dans cette section, qu'en l'espèce, si la transaction avait lieu dans des conditions de pleine concurrence, B serait en position de demander une indemnisation au titre des préjudices causés par la rupture du contrat. Il s'agit

de déterminer laquelle des parties devrait en définitive verser l'indemnisation due à B : soit A (à savoir, la partie ayant résilié le contrat), soit C (à savoir, la partie reprenant l'activité de fabrication auparavant exercée par B), soit une autre partie du groupe multinational qui perçoit un avantage résultant de la réorganisation. L'analyse doit commencer par une délimitation précise des transactions réelles couvertes par la réorganisation d'entreprise, en tenant compte de transactions liées sur le plan économique à d'autres entreprises du groupe multinational susceptibles d'aider à délimiter la transaction contrôlée (voir paragraphes 1.36-1.38).

9.95. Il se peut que, dans certaines situations, A soit disposée à assumer le coût de l'indemnisation dans des conditions de pleine concurrence, par exemple parce qu'elle espère que la rupture du contrat qui la lie à B va lui permettre de réaliser des économies via son nouvel accord de fabrication avec C, et que la valeur actualisée de ces économies attendues est supérieure au montant de l'indemnisation.

9.96. Dans d'autres cas, C peut être disposée à payer une indemnisation de départ pour obtenir les droits liés au contrat de fabrication avec A, par exemple si la valeur actualisée des bénéfices que C espère retirer de ce nouveau contrat de fabrication est suffisante pour justifier un tel investissement. En pareil cas, le paiement effectué par C peut se faire selon diverses modalités, par exemple sous forme d'un paiement de C à A, ou d'un mécanisme au travers duquel C paierait indirectement A en honorant l'obligation d'indemnisation de cette dernière *vis-à-vis* de B. Il est également possible que C paie B, par exemple si où B détenait certains droits dont le transfert en faveur de C justifie un paiement.

9.97. Il se peut également que, dans des conditions de pleine concurrence, A et C soient disposées à partager le coût de l'indemnisation. Enfin, lorsque les avantages générés par la réorganisation sont obtenus par une autre partie au sein du groupe multinational, celle-ci peut supporter, directement ou indirectement, les coûts de l'indemnisation.

Partie II : Rémunération des transactions contrôlées post-réorganisation

A. Réorganisation et « structuration »

A.1. Principe général : une même application du principe de pleine concurrence

9.98. Le principe de pleine concurrence et les présents Principes ne s'appliquent pas différemment et ne doivent pas s'appliquer différemment aux transactions qui résultent d'une réorganisation et à celles qui ont été structurées comme ces dernières depuis le départ. S'il en était autrement, la concurrence entre les acteurs du marché existants qui restructurent leurs activités et les nouveaux entrants qui utilisent le même modèle opérationnel sans avoir à restructurer leurs activités serait faussée.

9.99. Il convient de traiter les situations comparables de la même manière, qu'un accord résulte ou non d'une réorganisation. Le choix et l'application pratique d'une méthode de prix de transfert doivent être fondés sur les caractéristiques économiquement pertinentes de la transaction, qui conduit à la délimitation précise de la transaction réelle.

9.100. Toutefois, les réorganisations entraînent des changements, et le principe de pleine concurrence doit être appliqué, non seulement aux transactions post-réorganisation, mais aussi aux transactions supplémentaires couvertes par la réorganisation d'entreprise. La partie I de ce chapitre examine l'application du principe de pleine concurrence à ces transactions supplémentaires.

9.101. De surcroît, comme expliqué ci-après, il est possible que l'analyse de comparabilité d'un accord résultant d'une réorganisation présente certaines différences factuelles par rapport à l'analyse d'un accord similaire structuré comme tel dès le départ. Ces différences factuelles sont sans incidence sur le principe de pleine concurrence et sur la manière dont il convient d'interpréter et d'appliquer ces Principes, mais elles peuvent influencer sur l'analyse de comparabilité et, partant, sur le résultat de l'application des Principes. Voir la section D pour une comparaison des situations avant et après la réorganisation.

A.2. Différences factuelles éventuelles entre les situations résultant d'une réorganisation et celles qui ont été structurées comme telles depuis le départ

9.102. Lorsqu'un accord entre entreprises associées remplace un accord existant (réorganisation), il peut y avoir des différences factuelles entre la situation de départ de l'entité restructurée et celle d'une entité qui vient d'être créée. Dans certains cas, l'accord conclu après la réorganisation est négocié entre des parties qui entretenaient déjà des relations contractuelles et commerciales. Selon les circonstances du cas d'espèce, en particulier selon les droits et obligations acquis par les parties au titre des accords antérieurs, cela peut influencer sur les options réalistes dont elles disposent pour la négociation des termes du nouvel accord et, de ce fait, sur les conditions de la réorganisation et/ou des accords conclus par la suite (voir aux paragraphes 9.27-9.31 l'examen des options réalistes dont disposent les parties aux fins de la détermination d'une rémunération ou indemnisation de pleine concurrence au titre de la réorganisation elle-même). Ainsi, supposons qu'une partie ait, par le passé, apporté la preuve de sa capacité à obtenir de bons résultats en tant que « distributeur de plein exercice » exerçant diverses fonctions de commercialisation et de vente, utilisant et créant des actifs incorporels de commercialisation de valeur et assumant, dans le cadre de son activité, une série de risques comme le risque de stock, le risque d'impayés et le risque de marché. Supposons que son accord de distribution soit renégocié et transformé en accord de « distribution limitée », dans le cadre duquel elle n'exécute que des fonctions de commercialisation limitées sous la supervision d'une entreprise associée étrangère, utilise des actifs incorporels de commercialisation limités et n'assume que des risques restreints dans le cadre de sa relation avec l'entreprise associée étrangère et les clients. Dans ce cas, le distributeur restructuré se trouve dans une situation qui diffère de celle d'un distributeur nouvellement établi.

9.103. Si une relation commerciale qui liait les parties avant la réorganisation se poursuit après celle-ci, il peut y avoir une interaction entre, d'une part, les conditions des activités exercées avant la réorganisation et/ou de la réorganisation elle-même, et d'autre part celles des accords post-réorganisation ; cet aspect est développé dans la section C ci-après.

9.104. Certaines des différences entre la situation de l'entité restructurée et celle d'une entité qui viendrait d'être créée peuvent être liées au fait que l'entité restructurée a une présence bien établie. Par exemple, si l'on compare une situation dans laquelle un « distributeur de plein exercice » solidement établi est transformé en « distributeur limité », à une situation dans laquelle un « distributeur limité » est implanté sur un marché sur lequel le groupe n'était auparavant pas présent sur le plan commercial, le nouvel entrant devra peut-être prendre des mesures destinées à faciliter sa pénétration du marché, ce dont l'entité restructurée n'aura pas besoin. L'analyse de comparabilité et

la détermination de la rémunération de pleine concurrence peuvent en être affectées, dans un cas comme dans l'autre.

9.105. Même si l'on compare une situation dans laquelle un « distributeur de plein exercice » établi de longue date est transformé en « distributeur limité » à une situation dans laquelle un « distributeur limité » a la même durée de présence sur le marché, des différences peuvent exister, parce que le « distributeur de plein exercice » a pu, avant sa transformation, avoir exercé certaines fonctions, supporté certaines dépenses (par exemple de commercialisation), assumé certains risques et contribué à la création de certains actifs incorporels, ce que n'aura peut-être pas fait le « distributeur limité », bien qu'il soit établi de longue date. Il convient alors de se demander si, en situation de pleine concurrence, ces fonctions, actifs et risques supplémentaires ne doivent être pris en compte que pour le calcul de la rémunération du distributeur avant la réorganisation, s'ils doivent être pris en compte pour calculer la rémunération des transferts au moment de la réorganisation (et, dans ce cas, selon quelles modalités), s'ils doivent avoir une incidence sur la rémunération du « distributeur limité » post-réorganisation (et, dans ce cas, selon quelles modalités), ou encore s'il faut retenir une solution qui associe ces trois possibilités. Par exemple, si l'on constate que les activités menées par le « distributeur de plein exercice » l'ont conduit à détenir des actifs incorporels, et que ce n'est pas le cas du « distributeur limité » établi de longue date sur le marché, il peut être nécessaire, en vertu du principe de pleine concurrence, soit de rémunérer ces actifs incorporels au moment de la réorganisation s'ils sont transférés par le « distributeur de plein exercice » à une entreprise associée étrangère, soit, s'ils ne sont pas transférés, de les prendre en compte pour calculer la rémunération de pleine concurrence des activités post-réorganisation (voir la section E.2 de la partie I ci-avant et le chapitre IV des présents Principes).

9.106. Lorsqu'une réorganisation implique qu'un contribuable transfère le risque qu'il assumait auparavant à une entreprise associée étrangère, il peut être important d'examiner si ce transfert ne porte que sur les risques futurs qui découleront des activités menées après la réorganisation ou concerne également ceux qui existaient au moment de la réorganisation du fait des activités antérieures; en d'autres termes, le problème qui se pose est celui de savoir où situer le point de transition. Prenons comme exemple celui d'un distributeur qui assumait, avant la réorganisation, des risques d'impayés qu'il ne va plus supporter une fois transformé en « distributeur limité », et dont la situation est comparée à celle d'un « distributeur limité » établi de longue date qui n'a jamais eu à assumer ce type de risque. Il peut être important, pour comparer ces deux situations, d'examiner, à la lumière des indications figurant à la section D.1.2.1 du chapitre I, si le « distributeur limité » qui résulte de la réorganisation assume encore les risques d'impayés nés avant la réorganisation, lorsqu'il était distributeur de plein exercice, ou si tous

les risques d'impayés, y compris ceux qui existaient déjà au moment de la réorganisation, ont été transférés.

9.107. Ces observations et interrogations valent pour d'autres types de réorganisations, qu'il s'agisse d'autres formes de réorganisation d'activités de vente ou de la réorganisation d'activités de fabrication, de recherche et développement, ou d'autres activités de service.

B. Application aux réorganisations d'entreprises : choix et application d'une méthode de prix de transfert pour les transactions contrôlées post-réorganisation

9.108. La sélection et l'application d'une méthode de prix de transfert à des transactions contrôlées post-réorganisation doivent résulter de l'analyse des caractéristiques économiquement pertinentes des transactions contrôlées telles qu'elles ont été délimitées avec précision. Il est essentiel de comprendre la nature des fonctions, actifs et risques impliqués dans ces transactions et d'identifier la partie qui les exerce, les utilise ou les assume. Cela suppose de disposer d'informations sur les fonctions, actifs et risques exercés, utilisés ou assumés par les deux parties à la transaction, par exemple l'entité restructurée et l'entreprise associée étrangère avec laquelle elle traite. L'analyse ne devrait pas s'arrêter au label assigné à l'entité restructurée, car il se peut qu'une entité qualifiée de « commissionnaire » ou de « distributeur limité » possède des actifs incorporels locaux de valeur et continue d'assumer des risques de marché significatifs, et qu'un « sous-traitant » conduise des activités de recherche et développement significatives ou possède et utilise des actifs incorporels uniques. En ce qui concerne les transactions post-réorganisation, il convient d'accorder une attention particulière à l'identification des actifs incorporels de valeur et des risques significatifs sur le plan économique que l'entité restructurée continue d'assumer dans les faits (y compris, le cas échéant, des actifs incorporels locaux non protégés) et de vérifier si cette allocation des risques et actifs incorporels est conforme au principe de pleine concurrence. Les modalités de rémunération ne permettent pas de conclure à des allocations de risque inappropriées. Afin de déterminer quels sont les risques assumés par les différentes parties, et donc de choisir la méthode de fixation des prix de transfert la plus appropriée, il convient d'analyser quels sont les risques dont le contrôle est effectivement exercé par une partie, d'établir si celle-ci dispose de la capacité financière requise pour assumer les risques concernés, en appliquant le processus d'analyse des risques décrit au chapitre I. La partie I du présent chapitre aborde les questions relatives aux risques touchant aux actifs incorporels.

9.109. Les accords post-réorganisation peuvent soulever quelques difficultés quant à l'identification de comparables potentiels si la réorganisation met en œuvre un modèle opérationnel rarement rencontré entre entreprises

indépendantes. Il convient de souligner que le simple fait qu'un accord ne soit pas observé entre des parties indépendantes n'est pas suffisant pour conclure que cet accord n'est pas conforme au principe de pleine concurrence, ou qu'il n'est pas rationnel dans une optique commerciale. De plus, il convient de s'attacher tout particulièrement à déterminer le prix des transactions de réorganisation telles que délimitées avec précision conformément du principe de pleine concurrence.

9.110. Il est possible que des comparables (y compris des comparables internes), existent, éventuellement sous réserve que des ajustements de comparabilité soient effectués. Un exemple d'application possible de la méthode du prix comparable sur le marché libre serait le cas où une entreprise, qui réalisait auparavant des transactions avec le groupe multinational, fait l'objet d'une acquisition, et que cette acquisition est suivie d'une réorganisation des transactions qui sont désormais des transactions contrôlées. Sous réserve d'un examen des cinq caractéristiques économiquement pertinentes ou facteurs de comparabilité et de l'effet possible de la réalisation des transactions contrôlées et sur le marché libre à des moments différents, il est possible que les conditions dans lesquelles se déroulaient les transactions non contrôlées avant l'acquisition puissent fournir un prix comparable pour les transactions contrôlées postérieures à l'acquisition. Même après la réorganisation des transactions, il peut être possible, selon les circonstances du cas d'espèce, de faire des ajustements de comparabilité pour tenir compte des transferts de fonctions, d'actifs et de risques qui ont eu lieu lors de la réorganisation. Par exemple, il pourrait être procédé à un ajustement de comparabilité pour tenir compte du fait que la partie qui assume le risque d'impayé n'est plus la même.

9.111. Un autre exemple d'application possible de la méthode du prix comparable sur le marché libre serait le cas où des parties indépendantes fournissent des activités de fabrication, de vente ou de service comparables à celles fournies par l'entité associée restructurée. Compte tenu de la récente montée en puissance des activités d'externalisation, il est dans certains cas possible de trouver des accords d'externalisation entre parties indépendantes sur la base desquels appliquer la méthode du prix comparable afin de déterminer la rémunération de pleine concurrence de transactions post-réorganisation entre des parties associées. Cela suppose évidemment que les accords d'externalisation remplissent les critères requis pour être considérés comme des transactions de pleine concurrence, et que l'examen des cinq caractéristiques économiquement pertinentes ou facteurs de comparabilité indique de façon suffisamment probante qu'il n'existe pas de différence importante entre les conditions des accords d'externalisation conclus entre indépendants et celles des transactions contrôlées post-réorganisation, ou alors que des ajustements de comparabilité suffisamment fiables peuvent être effectués (et le sont effectivement) pour éliminer ces différences.

9.112. Lorsqu'un comparable est proposé, il est important de réaliser une analyse de comparabilité des transactions contrôlées et non contrôlées pour identifier d'éventuelles différences significatives entre elles et, si nécessaire et si possible, procéder à des ajustements pour éliminer les effets de ces différences. En particulier, il est possible que l'analyse de comparabilité révèle que l'entité restructurée continue d'exercer des fonctions de valeur significatives, et/ou la présence d'actifs incorporels locaux et/ou de risques significatifs qui demeurent dans l'entité « limitée » après la réorganisation, mais ne se trouvent pas dans les comparables proposés. Voir la section A sur les différences possibles entre activités restructurées et activités nouvellement créées.

9.113. L'identification de comparables potentiels vise à trouver les comparables les plus fiables dans les circonstances spécifiques, en gardant à l'esprit que les informations disponibles peuvent être limitées et leur obtention coûteuse (voir paragraphes 3.2 et 3.80). Il est admis que les données ne seront pas toujours parfaites. Dans certains cas de figure, il n'est pas possible de trouver des données comparables, par exemple si la réorganisation a conduit à la fragmentation de fonctions intégrées entre plusieurs entreprises du groupe selon des modalités qui n'ont pas été observées entre des parties non liées. Cela ne signifie pas forcément que la transaction contrôlée, telles que délimitée avec précision, n'est pas conforme au principe de pleine concurrence. Malgré les difficultés auxquelles se heurte parfois la recherche de comparables, il est nécessaire de trouver une solution raisonnable pour tous les cas de prix de transfert. Conformément aux orientations du paragraphe 2.2, même lorsque les données comparables sont peu nombreuses et imparfaites, la sélection de la méthode de prix de transfert la plus appropriée aux circonstances du cas d'espèce doit être cohérente avec la nature de la transaction contrôlée, déterminée en particulier en réalisant une analyse fonctionnelle.

C. Lien entre la rémunération de la réorganisation et celle des transactions conclues ultérieurement

9.114. Dans certaines circonstances, il peut exister un lien étroit entre la rémunération des opérations de réorganisation et la rémunération de pleine concurrence des activités post-réorganisation. Cela peut être le cas lorsqu'un contribuable cède des activités à une entreprise associée avec laquelle il doit ensuite avoir des relations commerciales dans le cadre desdites activités. Le paragraphe 9.74 consacré à l'externalisation donne un exemple de ce lien.

9.115. Un autre exemple serait le cas où un contribuable exerçant des activités de fabrication et de distribution se restructure en cédant son activité de distribution à une entreprise associée étrangère à laquelle il vendra par la suite les produits qu'il fabrique. L'entreprise associée étrangère escomptera pouvoir obtenir une rémunération de pleine concurrence en contrepartie de

l'investissement que représentent l'acquisition et l'exploitation de l'activité. Dans une telle situation, le contribuable conviendra peut-être avec l'entreprise associée étrangère de renoncer à tout ou partie de la rémunération initiale qui pourrait, dans des conditions de pleine concurrence, lui être due en contrepartie de l'activité, au profit d'avantages financiers similaires découlant, sur le long terme, de la vente de ses produits à l'entreprise associée étrangère à des prix supérieurs à ceux que cette dernière accepterait de payer si elle effectuait un paiement initial. L'autre possibilité consisterait, pour les parties, à convenir de fixer un paiement initial qui soit en partie compensé par la fixation, pour les produits fabriqués, de prix de transfert plus faibles que ceux qui auraient été pratiqués dans d'autres circonstances. La partie I de ce chapitre examine les situations dans lesquelles la rémunération serait due dans des conditions de pleine concurrence pour la réorganisation proprement dite.

9.116. En d'autres termes, dans cette situation où le contribuable continue d'avoir, en qualité de fournisseur, une relation commerciale avec l'entreprise associée étrangère qui reprend l'activité qu'il exerçait auparavant, le contribuable et l'entreprise associée étrangère ont la possibilité de retirer des avantages économiques et commerciaux de cette relation (par exemple, eu égard au prix de vente des produits) qui peuvent expliquer par exemple l'absence de rémunération initiale pour l'activité, ou des prix de transfert ultérieurs pour les produits qui soient différents de ceux qui auraient été négociés en l'absence de réorganisation. Dans la pratique, toutefois, il peut être difficile de structurer et de suivre un tel accord. Bien que les contribuables soient libres de choisir d'être rémunérés sous forme d'un paiement initial ou d'un paiement étalé dans le temps, les autorités fiscales, lorsqu'elles examinent de tels accords, voudront savoir quelle incidence le fait d'avoir par exemple renoncé à une rémunération pour la réorganisation a eue sur la rémunération de l'activité post-réorganisation. Plus précisément, en pareil cas, les autorités fiscales voudront examiner l'intégralité des accords et une évaluation séparée de la rémunération de la réorganisation et de celle des transactions post-réorganisation.

D. Comparaison des situations avant et après la réorganisation

9.117. Il y a lieu de s'interroger sur le rôle éventuel des comparaisons qui peuvent être faites entre les bénéfices effectivement réalisés par une partie à une transaction contrôlée avant et après la réorganisation. On peut notamment se demander s'il serait pertinent de déterminer les bénéfices réalisés par une entité après sa réorganisation sur la base de ceux qu'elle réalisait avant d'être restructurée, en procédant à des ajustements pour tenir compte du transfert ou de l'abandon de certaines fonctions ou de certains actifs et risques⁵.

5. Cette question est différente de celle du potentiel de profits abordée dans la partie I de ce chapitre.

9.118. Un problème important soulevé par de telles comparaisons « avant/après » est qu'une comparaison des bénéfices dégagés par les transactions contrôlées après la réorganisation avec ceux réalisés avant la réorganisation ne suffirait pas à satisfaire l'obligation d'une comparaison avec des transactions indépendantes, énoncée à l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE. Les comparaisons des transactions contrôlées d'un contribuable avec d'autres transactions contrôlées ne sont pas pertinentes pour l'application du principe de pleine concurrence et ne devraient donc pas servir de base à un ajustement des prix de transfert par une administration fiscale ou pour étayer la fixation de prix de transfert par un contribuable.

9.119. L'autre problème posé par les comparaisons « avant/après » concerne la difficulté à laquelle est susceptible de se heurter l'évaluation des fonctions, actifs et risques auxquels a renoncé l'entité restructurée, compte tenu que ces fonctions, actifs et risques ne sont pas toujours transférés à une autre partie.

9.120. Reste que dans le cadre des réorganisations d'entreprises, les comparaisons « avant/après » pourraient permettre de mieux comprendre la réorganisation et pourraient contribuer à une analyse de comparabilité « avant/après » (notamment une analyse fonctionnelle), permettant de comprendre quels sont les changements à l'origine de la modification de l'allocation des profits/pertes entre les parties. En effet, les informations sur les accords qui existaient avant la réorganisation et sur les conditions de celle-ci peuvent se révéler essentielles pour comprendre le contexte dans lequel les accords post-réorganisation ont été mis en place et pour évaluer s'ils sont conformes au principe de pleine concurrence. Elles peuvent également éclairer les options réalistes dont dispose l'entité restructurée⁶.

9.121. L'analyse de l'activité avant et après la réorganisation peut démontrer que si certaines fonctions, certains actifs et certains risques ont été transférés, d'autres relèvent peut-être toujours de l'entité « limitée ». Un exemple caractéristique est celui d'une entité qui a été, lors de la réorganisation, prétendument dépourvue d'actifs incorporels ou de risques, mais qui exerce toujours, après la réorganisation, tout ou partie des fonctions qui étaient les siennes auparavant. Depuis la réorganisation, cependant, l'entité « limitée » exerce ces fonctions comme prestataire ou sous-traitant pour le compte d'une entreprise étrangère associée. La délimitation précise de la transaction réelle

6. Voir aux paragraphes 9.27-9.9.31 une analyse des options réalistes envisageables ; voir également aux paragraphes 9.102-9.106 une analyse concernant les différences factuelles qui peuvent exister entre les situations qui résultent d'une réorganisation et celles qui ont été structurées de la même manière depuis le départ, et l'incidence de ces différences sur les options réalistes dont disposent les parties lorsqu'elles négocient les conditions du nouvel accord et par conséquent sur les conditions de la réorganisation et/ou des transactions post-réorganisation.

entre l'entreprise étrangère associée et l'entité « limitée » permet de décrire les relations commerciales ou financières réelles entre ces parties, et en particulier d'établir si les dispositions contractuelles sont confirmées par le comportement des parties et d'autres éléments factuels relevés en l'espèce. La rémunération de pleine concurrence de chaque partie devrait être le reflet des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés dans la réalité après la réorganisation.

9.122. Supposons à titre d'exemple qu'un groupe multinational fabrique et distribue des produits dont la valeur est déterminée, non tant par des caractéristiques techniques, mais davantage par la notoriété de la marque auprès des consommateurs⁷. Le groupe veut se différencier de ses concurrents en développant des marques de grande valeur et en appliquant une stratégie de commercialisation coûteuse, conçue avec soin. Les marques de commerce, noms commerciaux et autres actifs incorporels représentés par la marque appartiennent à la société A, située dans le pays A, qui assume les risques liés à la propriété, à la conception et à l'exploitation de ces actifs incorporels. La conception, la gestion et la mise en œuvre d'une stratégie marketing mondiale constituent les principaux déterminants de valeur du groupe et sont assurées par 125 salariés depuis le siège de la société A. La valeur des actifs incorporels se traduit par un prix élevé de ces produits pour les consommateurs. Le siège de la société A assure également des services centraux pour les filiales du groupe (gestion des ressources humaines, services juridiques, affaires fiscales, par exemple). Les produits sont fabriqués par des sociétés liées en vertu d'accords de sous-traitance avec la société A. Ils sont distribués par des sociétés liées, qui les achètent à la société A. Les bénéfices dégagés par la société A après rémunération de pleine concurrence de ses sous-traitants et distributeurs sont considérés comme représentant la rémunération des incorporels, des activités de marketing et des services centraux de la société A.

9.123. Supposons qu'une réorganisation ait lieu. En contrepartie d'une somme forfaitaire, la société A transfère la propriété légale des marques de commerce, des noms commerciaux et des autres actifs incorporels à la société Z, filiale qui vient d'être créée dans le pays Z. Après la réorganisation, la société A est rémunérée selon la méthode du coût majoré pour les services qu'elle fournit à la société Z et au reste du groupe. La rémunération des sous-traitants et distributeurs associés ne change pas. Les bénéfices résiduels, après rémunération des sous-traitants, distributeurs, et de la société A pour les services fournis par son siège, sont versés à la société Z. La délimitation précise des transactions avant et après la réorganisation permet d'établir ce qui suit :

- La société Z est gérée par une fiducie locale. Elle ne dispose de personne (qu'il s'agisse de salariés ou d'administrateurs) qui soit en mesure d'exercer ou qui exerce effectivement des fonctions de contrôle

7. Voir le paragraphe 6.23 pour l'explication du terme « marque ».

en lien avec les risques associés à la propriété ou au développement stratégique des marques de commerce, noms commerciaux ou autres actifs incorporels représentés par la marque. Elle n'a pas non plus la capacité financière d'assumer ces risques.

- Les dirigeants du siège de la société A se rendent une fois par an dans le pays Z pour valider officiellement les décisions stratégiques indispensables au fonctionnement de la société. Ces décisions sont préparées par le siège de la société A dans le pays A avant la tenue de la réunion dans le pays Z. Le groupe multinational estime que ces activités sont des activités de service exercées par le siège de la société A pour Z. Ces activités de décision stratégique sont rémunérées selon la méthode du coût majoré de la même manière que les services centraux (par exemple, gestion des ressources humaines, services juridiques, affaires fiscales).
- La conception, la gestion et l'exécution de la stratégie marketing mondiale sont encore assurées par les mêmes salariés du siège de la société A et sont rémunérées selon la méthode du coût majoré.

9.124. Ces données factuelles permettent de conclure que la société A exerce toujours les mêmes fonctions et assume toujours les mêmes risques qu'avant la réorganisation. En particulier, la société A continue de disposer du personnel en mesure d'exercer et exerçant effectivement des fonctions de contrôle en lien avec les risques liés à l'exploitation des actifs incorporels. Elle exerce également les fonctions relatives à la conception, à la gestion et à la mise en œuvre d'une stratégie de marketing mondiale. La société Z n'est pas en mesure d'exercer, et n'exerce effectivement pas, les fonctions de contrôle nécessaires pour assumer les risques liés aux actifs incorporels. La délimitation précise de la transaction après la réorganisation permet donc de conclure qu'il s'agit, en substance, d'un accord de financement entre la société A et la société Z, et non d'une réorganisation visant à centraliser la gestion des actifs incorporels. Il peut être approprié d'examiner la rationalité commerciale de la transaction, en se référant aux instructions fournies par la section D.2 du chapitre I, et en tenant compte des faits et des circonstances propres à cette la transaction⁸.

9.125. Il y a aussi des situations où il est possible d'effectuer des comparaisons « avant/après » parce que les transactions pré-réorganisation n'étaient pas des transactions contrôlées, par exemple lorsque la réorganisation fait suite à une acquisition et que des ajustements de comparabilité fiables peuvent être effectués pour éliminer les effets des différences entre les transactions non contrôlées réalisées avant la réorganisation et les transactions

8. Cette observation s'entend nonobstant l'application éventuelle de dispositifs anti-abus généraux et la question de savoir où se situe le siège de direction effective de la société Z.

contrôlées survenues après celle-ci. Voir l'exemple donné au paragraphe 9.110. Il convient de se référer aux instructions du paragraphe 3.2 pour déterminer si les transactions non contrôlées fournissent des comparables fiables.

E. Économies de localisation

9.126. Les économies de localisation sont les économies qui peuvent être réalisées par un groupe multinational qui transfère certaines de ses activités vers un lieu où les coûts (coûts de main-d'œuvre, coûts immobiliers, etc.) sont moins élevés que dans le lieu où il exerçait initialement ses activités, compte tenu des éventuels coûts de délocalisation (tels que les éventuels coûts de fermeture de l'activité existante, les coûts d'infrastructure éventuellement plus élevés dans la juridiction où l'activité est délocalisée, des coûts de transport plus élevés si la nouvelle entité est plus éloignée du marché, les coûts de formation du personnel local, etc.). Lorsqu'une stratégie d'entreprise visant à réaliser des économies de localisation est citée comme motivation commerciale d'une réorganisation, les indications figurant à la section D.1.5 du chapitre I s'appliquent.

9.127. Lorsqu'une réorganisation entraîne des économies de localisation significatives, il convient de se demander si et, le cas échéant, comment, ces économies doivent être partagées entre les parties. À cet égard, les indications données à la section D.6 du chapitre I sont pertinentes.

9.128. Prenons l'exemple d'une entreprise qui dessine, fabrique et vend des vêtements de marque. Supposons que le processus de fabrication soit simple, et que la marque soit célèbre et constitue un actif incorporel de grande valeur. Supposons en outre que l'entreprise soit établie dans le pays A, dans lequel les coûts de main-d'œuvre sont élevés, et décide de cesser ses activités de fabrication dans ce pays pour les transférer à une entreprise associée, implantée dans le pays B, où les coûts de main-d'œuvre sont nettement plus faibles. L'entreprise implantée dans le pays A conserve les droits sur la marque et continue de dessiner les vêtements. Après cette réorganisation, les vêtements seront fabriqués par la société associée dans le pays B, dans le cadre d'un accord de sous-traitance. Cet accord n'implique ni l'utilisation d'actifs incorporels de valeur détenus par ou concédés à l'entreprise associée, ni que l'entreprise associée dans le pays B assume des risques significatifs. Les vêtements fabriqués par l'entreprise associée dans le pays B seront ensuite vendus à l'entreprise du pays A, qui les revendra à des clients tiers. Supposons que cette réorganisation permette au groupe formé par l'entreprise du pays A et l'entreprise associée implantée dans le pays B de réaliser des économies de localisation significatives. Il convient de se demander si ces économies de localisation doivent être attribuées à l'entreprise du pays A, à l'entreprise associée du pays B, ou aux deux (et, dans ce cas, dans quelle proportion).

9.129. Dans cet exemple, étant donné que l'activité délocalisée est soumise à une forte concurrence, l'entreprise du pays A aurait vraisemblablement, comme option réaliste envisageable, la possibilité de faire appel soit à l'entreprise associée implantée dans le pays B, soit à un fabricant tiers. Par conséquent, il doit être possible de trouver des données sur des comparables pour déterminer les conditions dans lesquelles une partie tierce agissant dans des conditions de pleine concurrence serait prête à fabriquer les vêtements pour l'entreprise du pays A. Dans une situation de ce type, un sous-traitant agissant dans des conditions de pleine concurrence se verrait en général attribuer une fraction très faible, voire nulle des économies de localisation. S'il en était autrement, sa situation ne serait pas la même que celle d'un fabricant indépendant, ce qui serait contraire au principe de pleine concurrence.

9.130. Prenons maintenant l'exemple d'une entreprise située dans le pays X et fournissant des services d'ingénierie très spécialisés et de qualité à des clients indépendants. Le prix qu'elle facture à ses clients indépendants est basé sur un tarif horaire fixe du même ordre que celui appliqué par ses concurrents pour des services similaires sur le même marché. Supposons que les salaires versés aux ingénieurs qualifiés dans le pays X soient très élevés. Quelque temps plus tard, l'entreprise sous-traite une forte proportion de son activité d'ingénierie à une nouvelle filiale créée dans le pays Y. La filiale située dans le pays Y recrute des ingénieurs qui possèdent la même qualification que ceux employés dans le pays X, mais qui perçoivent un salaire nettement plus faible, ce qui lui permet de réaliser des économies de localisation substantielles pour le groupe constitué par l'entreprise et sa filiale. Les clients continuent de traiter directement avec l'entreprise implantée dans le pays X et n'ont pas nécessairement connaissance du fait qu'elle sous-traite ses activités. Pendant quelque temps, cette entreprise réputée continue de pratiquer les mêmes tarifs horaires, malgré la baisse substantielle de ses coûts. Toutefois, après un certain temps, la concurrence l'oblige à baisser les tarifs horaires qu'elle facture (jusqu'à un niveau qui ne permettrait pas à l'entreprise située dans le pays X de couvrir les salaires d'ingénieurs qualifiés du pays X, mais suffisant pour exercer une activité rentable dès lors que les services sont fournis par des ingénieurs qualifiés employés dans le pays Y). Une partie des économies de localisation est ainsi répercutée auprès de ses clients. Ici encore, il y a lieu de se demander à quelle(s) entité(s) du groupe multinational il convient d'attribuer, dans des conditions de pleine concurrence, la fraction des économies de localisation qui n'a pas été répercutée auprès de la clientèle : à la filiale située dans le pays Y ; à l'entreprise dans le pays X ; ou aux deux (et, dans ce cas, selon quelle proportion).

9.131. Pour déterminer à quelle(s) partie(s) il convient d'attribuer, dans des conditions de pleine concurrence, les économies de localisation, il importe d'examiner les fonctions exercées, les risques assumés et les actifs détenus par chacune des parties, ainsi que les options réalistes dont chacune dispose.

Dans cet exemple, supposons qu'il existe une forte demande pour le type de services d'ingénierie vendus par l'entreprise dans le pays X. Supposons en outre que la filiale dans le pays Y est la seule société à exercer ses activités depuis un territoire offrant des coûts réduits et à être en mesure de le faire en respectant les normes de qualité requises, en ajoutant qu'elle peut aussi résister aux pressions concurrentielles sur les prix dans la mesure où elle dispose d'un savoir-faire technique qui limite la concurrence. De plus, l'entreprise dans le pays X n'a pas la possibilité d'engager des ingénieurs qualifiés dans le pays X pour assurer ces services, puisque le niveau de leur salaire serait trop élevé au regard du taux horaire facturé à ses clients. Dans ce cas de figure, il apparaît que l'entreprise implantée dans le pays X n'a guère d'autres options que de faire appel à ce fournisseur de services. La rémunération payable par la société X à la société Y doit tenir compte des économies de localisation réalisées par la société Y, en complément de la valeur des services fournis, qui recouvre la valeur des actifs incorporels employés pour fournir ces services. Dans certains cas, la nature des contributions apportées par l'entreprise située dans le pays X et sa filiale située dans le pays Y peuvent conduire à envisager l'emploi de la méthode transactionnelle du partage des bénéfices.

Chapitre X

Instructions sur les prix de transfert relatives aux transactions financières

A. Introduction

10.1. Ce chapitre a pour objet de fournir des orientations permettant de déterminer si les conditions de certaines transactions financières entre entreprises associées sont conformes au principe de pleine concurrence.

10.2. La section B décrit l'application des principes exposés à la section D.1. du chapitre I aux transactions financières. La section C donne des orientations pour déterminer les conditions de pleine concurrence d'activités de trésorerie, y compris les prêts intragroupe, la gestion centralisée de trésorerie et les opérations de couverture. La section D examine les garanties financières, tandis que la section E analyse les sociétés d'assurance captives.

10.3. Les conditions de transactions financières entre entreprises indépendantes sont la résultante de différentes considérations commerciales. À l'inverse, un groupe d'EMN a toute latitude pour fixer ces conditions en son sein. Aussi, dans un contexte intragroupe, d'autres facteurs tels que les conséquences fiscales peuvent entrer en ligne de compte.

B. Interaction avec les orientations contenues à la section D.1. du chapitre I

B.1. Déterminer si un prêt allégué doit être considéré comme un prêt¹

10.4. Il se peut que la décision d'une entité emprunteuse qui fait partie d'un groupe d'entreprises multinationales de se financer par recours à l'emprunt ou en utilisant ses fonds propres diffère de celle d'une entité indépendante

1. Les orientations contenues dans cette sous-section sont cohérentes avec les Commentaires sur l'article 9 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE (mise

opérant dans des circonstances identiques ou similaires. Cette situation peut influencer sur le montant des intérêts dus par l'entité emprunteuse, ainsi que sur les bénéfices générés dans une juridiction donnée.

10.5. Les Commentaires sur l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE indiquent au paragraphe 3(b) que l'article 9 permet de « déterminer non seulement si le taux d'intérêt prévu dans un contrat de prêt est un taux de pleine concurrence mais encore si ce qui est présenté comme un prêt peut être considéré comme tel ou doit être considéré comme une mise à disposition de fonds d'une autre nature et plus particulièrement comme une participation au capital social². »

10.6. Dans le contexte des paragraphes qui précèdent, cette sous-section examine dans quelle mesure les concepts présentés au chapitre I, et notamment la délimitation précise de la transaction effective visée par la section D.1., peuvent s'appliquer à la décision d'une entité membre d'un groupe d'entreprises multinationales de se financer par recours à l'emprunt ou en utilisant ses fonds propres.

10.7. Lorsqu'on juge que les conditions de la transaction, considérées dans leur ensemble, diffèrent de celles qui auraient été adoptées par des entreprises indépendantes se comportant de manière commercialement rationnelle dans des circonstances comparables, les orientations présentées à la section D.2. du chapitre I peuvent aussi s'appliquer.

10.8. Bien que ces orientations reflètent une approche de la délimitation précise de la transaction effective conforme au chapitre I en vue de déterminer le montant de la dette à valoriser, il est admis que d'autres approches peuvent être suivies pour traiter la question de la décision d'une entité de se financer par recours à l'emprunt ou en utilisant ses fonds propres en vertu de la législation nationale avant de fixer le prix des intérêts sur la dette ainsi déterminée. Ces approches peuvent inclure une analyse multifactorielle des caractéristiques de l'instrument et de l'émetteur.

10.9. Par conséquent, ces orientations n'ont pas pour but d'empêcher les juridictions de suivre des approches prévues par leur législation nationale pour traiter la question de la décision d'une entité de se financer par recours à l'emprunt ou en utilisant ses fonds propres, pas plus qu'elles ne cherchent à

à jour de 2017), de même qu'avec les Commentaires tels qu'ils se liraient compte tenu des propositions de modifications approuvées par le Groupe de travail n° 1. Ces orientations pourraient être révisées à tout moment si ces propositions devaient être modifiées de façon importante.

2. Comme indiqué dans le Rapport du Comité des affaires sur « la sous-capitalisation » adopté par le Conseil de l'OCDE le 26 novembre 1986 et reproduit dans le volume II de la version intégrale du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, page R (4)-1.

imposer la délimitation précise visée par le chapitre I comme unique approche à suivre pour déterminer si une dette alléguée doit être considérée comme telle.

10.10. Bien que les juridictions puissent avoir des avis divergents sur l'application de l'article 9 pour déterminer la décision d'une entité membre d'un groupe d'entreprises multinationales de se financer par recours à l'emprunt ou en utilisant ses fonds propres, cette section a pour objectif de fournir des orientations aux juridictions qui procèdent à une délimitation précise de la transaction, telle qu'indiquée au chapitre I, pour déterminer si un prêt allégué doit être considéré comme un prêt aux fins fiscales (ou doit au contraire être considéré comme un paiement d'une autre nature, notamment une participation au capital social).

10.11. L'analyse des prix de transfert ne doit pas être restreinte par une désignation ou une description particulière attribuée à une transaction financière. Chaque situation doit être examinée en fonction de ses caractéristiques propres, et conformément aux termes préliminaires du paragraphe précédent, une délimitation précise de la transaction effective telle que prévue au chapitre I devra précéder toute tentative de fixation de prix.

10.12. Pour délimiter avec précision une avance de fonds, les caractéristiques économiques pertinentes suivantes peuvent être des indicateurs utiles, en fonction des faits et des circonstances : la présence ou l'absence de date fixe de remboursement ; l'obligation de payer des intérêts ; le droit de faire exécuter le paiement du principal et des intérêts ; le statut du bailleur de fonds par comparaison avec les prêteurs habituels de l'entreprise ; l'existence de clauses financières restrictives et de sûretés financières ; la source des paiements d'intérêt ; la capacité du bénéficiaire des fonds à obtenir un prêt auprès d'établissements de crédit non liés ; la mesure dans laquelle l'avance est utilisée pour acquérir des actifs immobilisés ; et l'incapacité du débiteur présumé de rembourser à la date d'échéance ou d'obtenir un report.

10.13. Prenons l'exemple où l'Entreprise B, membre d'un groupe d'entreprises multinationales, a besoin de capitaux supplémentaires pour financer ses activités commerciales. Dans ce scénario, l'Entreprise B reçoit une avance de fonds de l'Entreprise associée C qui est libellée en tant que prêt sur 10 ans. Supposons que les prévisions financières de l'Entreprise B établies de bonne foi sur les 10 prochaines années montrent clairement que l'Entreprise B sera incapable de rembourser un prêt d'un tel montant. Sur la base de ces faits et circonstances, on peut conclure qu'une partie non liée n'accepterait pas d'accorder un tel prêt à l'Entreprise B compte tenu de l'incapacité de cette dernière à rembourser les fonds avancés. Par conséquent, le montant délimité avec précision du prêt de l'Entreprise C à l'Entreprise B aux fins du calcul des prix de transfert serait fonction du montant maximum qu'un prêteur indépendant accepterait d'avancer à l'Entreprise B et du montant maximum qu'un emprunteur indépendant opérant dans des circonstances comparables

accepterait d'emprunter à l'Entreprise C, y compris la possibilité de ne prêter ou de n'emprunter aucun montant (voir les Commentaires sur les « Points du vue du prêteur et de l'emprunteur » à la section C.1.1.1 de ce chapitre). Par conséquent, le montant résiduel de l'avance de l'Entreprise C à l'Entreprise B ne serait pas reconnu en tant que prêt aux fins de déterminer le montant des intérêts que l'Entreprise B aurait payé en situation de pleine concurrence.

B.2. Identification des relations commerciales ou financières

10.14. Pour déterminer les conditions de pleine concurrence de transactions financières, les mêmes principes que ceux décrits aux chapitres I à III de ces Principes s'appliquent pour n'importe quelle autre transaction contrôlée.

10.15. Comme pour toute transaction contrôlée, la délimitation précise des transactions financières nécessite d'analyser les facteurs qui influent sur les performances des entreprises du secteur dans lequel le groupe d'entreprises multinationales exerce des activités. Parce qu'il existe des différences entre secteurs, des facteurs tels que le stade du cycle économique, du cycle commercial ou du cycle de vie d'un produit, l'effet de réglementations publiques ou la disponibilité de ressources financières dans un secteur donné sont des caractéristiques pertinentes à prendre en compte pour délimiter précisément la transaction contrôlée. Cet examen tiendra compte du fait que les groupes d'entreprises multinationales opérant dans divers secteurs peuvent, à titre d'exemple, nécessiter différents montants et types de financement en raison des niveaux différents d'intensité capitalistique entre secteurs, ou requérir un niveau différent de trésorerie à court terme du fait de besoins commerciaux différents entre secteurs. Lorsque les entreprises multinationales concernées sont réglementées, comme les sociétés de services financiers soumises à des réglementations conformes à des normes sectorielles reconnues (accords de Bâle, par exemple), il convient de tenir dûment compte des contraintes que ces réglementations leur imposent³.

10.16. Comme le chapitre I l'explique, le processus de délimitation précise de la transaction effective implique aussi de comprendre comment le groupe d'entreprises multinationales en question réagit aux facteurs ainsi identifiés. À cet égard, les politiques menées par le groupe peuvent renseigner sur la délimitation précise de la transaction effective en examinant, par exemple, comment le groupe hiérarchise ses besoins de financement entre différents projets; l'importance stratégique d'une entreprise en particulier au sein du groupe; si le groupe cible une notation de crédit ou un ratio dette/fonds propres spécifique; ou si le groupe adopte une stratégie de financement différente de celle observée dans son secteur d'activité (voir la section B.3.5).

3. Voir la note de bas de page à la section D.1.2.1 du chapitre I de ces Principes.

10.17. Conformément aux orientations énoncées au chapitre I, la délimitation précise de la transaction effective doit débiter par l'identification détaillée des caractéristiques économiquement pertinentes de la transaction – qui englobent les relations économiques et commerciales entre les parties et les conditions et circonstances économiquement pertinentes qui se rattachent à ces relations –, notamment : l'examen des dispositions contractuelles de la transaction, les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques supportés, les caractéristiques des instruments financiers, les circonstances économiques des parties et du marché, et les stratégies économiques poursuivies par les parties.

10.18. Conformément à l'analyse de toute autre transaction entre entreprises associées, pour appliquer le principe de pleine concurrence à une transaction financière, il convient de prendre en compte les conditions que des parties indépendantes auraient convenues dans des circonstances comparables.

10.19. Pour évaluer l'opportunité de s'engager dans une transaction financière en particulier, des entreprises indépendantes examineront toutes les options réalistes qui s'offrent à elles, et elles ne concluront la transaction que si elles ne voient pas d'autres solutions plus avantageuses pour atteindre leurs objectifs commerciaux (voir le paragraphe 1.38 du chapitre I). Pour envisager les options réalistes qui se présentent, il convient de prendre en compte le point de vue de chacune des parties à la transaction. Par exemple, dans le cas d'une entité qui avance des fonds, d'autres possibilités d'investissement peuvent être envisagées, compte tenu des objectifs commerciaux spécifiques du prêteur et du contexte dans lequel la transaction s'inscrit. Du point de vue de l'emprunteur, les options réalistes qui se présentent incluent des considérations de plus large portée que la capacité de l'entité à rembourser sa dette, par exemple les fonds dont elle a effectivement besoin pour répondre à ses exigences opérationnelles; dans certains cas, bien qu'une entreprise puisse avoir la capacité d'emprunter et de rembourser une dette supplémentaire, elle peut choisir de ne pas le faire afin d'éviter de dégrader sa notation de crédit et d'alourdir son coût du capital, et de mettre en péril son accès aux marchés financiers et sa réputation commerciale (voir les Commentaires sur les « Points de vue du prêteur et de l'emprunteur » à la section C.1.1.1 de ce chapitre).

10.20. Dans l'idéal, une analyse de comparabilité permettrait d'identifier les transactions financières entre parties indépendantes qui cadreraient parfaitement avec la transaction testée. Compte tenu des nombreuses variables en jeu, il est plus probable que les comparables potentiels diffèrent de la transaction testée. Lorsqu'il existe des différences entre la transaction testée et un comparable proposé, il faudra déterminer si ces différences auront un impact significatif sur le prix. En pareil cas, il peut être possible, le cas échéant, de procéder à des ajustements de comparabilité afin d'améliorer la fiabilité d'un comparable. Il est probablement plus facile d'y parvenir si l'ajustement est basé sur un facteur quantitatif et s'il existe des données

de bonne qualité et aisément disponibles (sur les écarts entre devises, par exemple), plutôt que d'essayer de comparer, par exemple, les prêts à des emprunteurs présentant des différences qualitatives ou lorsque les données sont difficiles à obtenir (emprunteurs poursuivant des stratégies économiques différentes, par exemple).

B.3. Caractéristiques économiquement significatives des transactions financières effectives

10.21. Pour éclairer l'analyse des conditions et modalités d'une transaction financière dans le cadre de l'exercice de délimitation précise de la transaction effective ou de la recherche du prix de la transaction délimitée avec précision, il convient d'examiner les caractéristiques économiquement pertinentes suivantes.

B.3.1. Dispositions contractuelles

10.22. Les conditions et modalités d'une transaction financière entre entreprises indépendantes sont généralement formalisées par un accord écrit. Toutefois, les accords contractuels entre entreprises associées ne fournissent pas toujours des informations suffisamment détaillées ou ne sont pas toujours cohérents avec la conduite effective des parties ou avec d'autres faits et circonstances. Il est donc nécessaire d'examiner d'autres documents, le comportement effectif des parties – nonobstant le fait que cet examen puisse aboutir à la conclusion que le cadre contractuel correspond au comportement effectif – ainsi que les principes économiques qui régissent habituellement les relations entre entreprises indépendantes agissant dans des circonstances comparables afin de délimiter avec précision la transaction effective, conformément à la section D.1.1 du chapitre I.

B.3.2. Analyse fonctionnelle

10.23. Pour délimiter avec précision la transaction financière effective, il faut réaliser une analyse fonctionnelle. Cette analyse fonctionnelle a pour but d'identifier les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques supportés par les parties à cette transaction contrôlée.

10.24. Par exemple, dans le cas particulier d'un prêt intragroupe, les principales fonctions exercées par un prêteur pour décider d'avancer les fonds et selon quelles conditions incluent généralement l'analyse et l'évaluation des risques inhérents au prêt, la capacité d'engager des fonds de l'entreprise pour l'investissement, la détermination des conditions du prêt et l'organisation ainsi que la documentation du prêt. Ces fonctions peuvent aussi inclure le suivi permanent et le réexamen périodique du prêt. Cette analyse fonctionnelle peut

impliquer d'examiner des informations similaires à celles qui seraient étudiées par un prêteur commercial ou par une agence de notation pour mesurer la solvabilité de l'emprunteur. Un prêteur associé n'exercera pas nécessairement les mêmes fonctions avec le même degré d'intensité qu'un prêteur indépendant. Toutefois, pour déterminer si un prêt a été octroyé à des conditions qui auraient été négociées par des entreprises indépendantes, les mêmes considérations commerciales et circonstances économiques s'appliquent (voir les Commentaires sur les « Points de vue du prêteur et de l'emprunteur » et sur l'« Utilisation des notations de crédit » aux sections C.1.1.1 et C.1.1.2 de ce chapitre).

10.25. Lorsque, à l'issue de la délimitation précise de la transaction, il s'avère que le prêteur n'exerce pas de contrôle sur les risques associés à une avance de fonds, ou ne dispose pas de la capacité financière pour les assumer, il conviendrait d'attribuer les risques à l'entreprise qui exerce le contrôle et qui dispose de la capacité financière pour assumer les risques (voir le paragraphe 1.98 du chapitre I). Prenons par exemple le cas où l'Entreprise A avance des fonds à l'Entreprise B. Admettons en outre que la délimitation précise de la transaction effective indique que l'Entreprise A n'exerce pas de fonctions de contrôle en lien avec l'avance de fonds, mais que l'Entreprise P, la société mère du groupe d'entreprises multinationales, exerce le contrôle sur ces risques et dispose de la capacité financière pour assumer ces risques. L'analyse réalisée conformément au chapitre I montre que l'Entreprise P supportera les conséquences de la matérialisation de ces risques et que l'Entreprise A ne pourra prétendre au mieux qu'à un rendement sans risque (voir la section D.1.2.1 au chapitre I).

10.26. Du point de vue de l'emprunteur, les fonctions pertinentes consistent généralement à s'assurer de la disponibilité des fonds pour rembourser le principal et les intérêts du prêt en temps voulu; offrir des garanties le cas échéant; et suivre et accomplir toute autre obligation découlant du contrat de prêt (voir les Commentaires sur les « Points de vue du prêteur et de l'emprunteur » à la section C.1.1.1 de ce chapitre).

10.27. Dans certains cas, les fonctions de prêteur et d'emprunteur peuvent être assumées par la même entité pour des transactions différentes. Cela peut par exemple être le cas d'activités centralisées de gestion de trésorerie au sein d'un groupe d'entreprises multinationales où l'entité qui gère la trésorerie mobilise des fonds et les octroie à d'autres membres du groupe. Dans ces circonstances, l'analyse fonctionnelle devrait examiner l'applicabilité des orientations figurant à la section C et notamment aux paragraphes 10.44 et 10.45.

B.3.3. Caractéristiques des biens ou services financiers

10.28. On trouve une grande variété d'instruments financiers sur le marché libre, qui présentent des caractéristiques très différentes, susceptibles d'agir sur

leur prix. Par conséquent, lors de la fixation du prix de transactions contrôlées, il est important de documenter les caractéristiques des transactions.

10.29. Dans le cas d'un prêt par exemple, ces caractéristiques peuvent notamment inclure : le montant du prêt; son échéance; l'échéancier de remboursement; la nature ou l'objet du prêt (crédit commercial, opération de fusion/d'acquisition, hypothèque, etc.); le rang et le degré de subordination, l'emplacement géographique de l'emprunteur; la devise; la sûreté octroyée; la présence d'une garantie et sa qualité; le taux d'intérêt fixe ou variable.

B.3.4. Circonstances économiques

10.30. Pour pouvoir faire des comparaisons, il faut que les marchés sur lesquels opèrent les entreprises associées et les entreprises indépendantes ne présentent pas de différences ayant un effet significatif sur les prix ou que des correctifs appropriés puissent être apportés.

10.31. Les prix d'instruments financiers peuvent varier considérablement en fonction des circonstances économiques sous-jacentes, par exemple selon la devise concernée, l'emplacement géographique, la réglementation locale, le secteur d'activité de l'emprunteur et la date de la transaction.

10.32. Des tendances macroéconomiques telles que les taux débiteurs des banques centrales ou les taux interbancaires de référence, et des événements sur les marchés financiers tels qu'une crise du crédit, peuvent influencer sur les prix. À cet égard, la date précise d'émission d'un instrument financier sur le marché primaire ou de sélection de données comparables sur le marché secondaire peut avoir un impact significatif sur la comparabilité. Par exemple, il est peu probable que des données relatives à des émissions de prêts sur plusieurs années constituent des comparables utiles. L'inverse sera plus probablement vrai : plus la date d'émission d'un prêt comparable est proche de celle de la transaction testée, moins il y a de risques que des facteurs économiques différents prévalent, même si des événements particuliers peuvent entraîner des changements rapides sur les marchés du crédit.

10.33. Les écarts entre devises représentent un autre facteur potentiellement important. Des facteurs économiques tels que le taux de croissance, le taux d'inflation et la volatilité des taux de change ont pour effet que des instruments financiers similaires mais émis dans des devises différentes peuvent avoir des prix différents. En outre, les prix d'instruments financiers libellés dans une même devise peuvent varier entre marchés financiers ou entre juridictions sous l'effet de réglementations telles que le contrôle des taux d'intérêt, le contrôle des changes, les restrictions sur les changes et d'autres restrictions d'ordre juridique et pratique à l'accès au marché financier.

B.3.5. Stratégies des entreprises

10.34. Il faut également prendre en compte les stratégies des entreprises pour délimiter avec précision la transaction financière effective et déterminer la comparabilité en vue de la fixation des prix de transfert, car des stratégies différentes peuvent avoir un effet significatif sur les conditions et modalités qui seraient convenues entre entreprises indépendantes.

10.35. Par exemple, des prêteurs indépendants peuvent être disposés à prêter à une entreprise qui se lance dans une fusion ou une acquisition à des conditions et modalités que le prêteur n'accepterait pas si l'entreprise était dans une situation stable. Dans ce type de scénario, le prêteur peut étendre son analyse à toute la durée du prêt et examiner les plans d'activité et prévisions de l'emprunteur, en reconnaissant que les indicateurs financiers de l'entreprise subiront des variations temporaires au cours de la période concernée par les changements. La section D.1.5. du chapitre I donne d'autres exemples de stratégies des entreprises qu'il faut prendre en compte pour délimiter avec précision la transaction effective et déterminer la comparabilité.

10.36. L'analyse des stratégies des entreprises comprendra aussi l'examen de la politique globale de financement du groupe d'entreprises multinationales et l'identification des relations existantes entre les entreprises associées, comme les prêts préexistants et les participations des actionnaires (voir l'Annexe I au chapitre V de ces Principes à propos des informations qui doivent figurer dans le fichier principal).

10.37. Par exemple, admettons que l'Entreprise A, membre du groupe AB, avance des fonds à échéance de 10 ans à une entreprise associée, l'Entreprise B, qui utilisera la somme pour le financement de son fonds de roulement à court terme. Cette avance de fonds constitue le seul prêt figurant au bilan de l'Entreprise B. Les politiques et pratiques du groupe AB montrent que le groupe d'entreprises multinationales a recours à un prêt renouvelable d'un an pour la gestion de son fonds de roulement. Selon ce scénario, compte tenu des faits et circonstances propres au cas d'espèce, la délimitation précise de la transaction effective peut permettre de conclure qu'un emprunteur indépendant opérant dans des circonstances comparables à celles de l'entreprise B n'accepterait pas de conclure un accord de prêt sur 10 ans pour gérer ses besoins en fonds de roulement à court terme et que la transaction serait délimitée avec précision en tant que prêt renouvelable sur un an et non comme un prêt sur 10 ans. Les conséquences de cette délimitation seraient, si l'on suppose que les besoins en fonds de roulement demeurent, de recourir pour la méthode de fixation des prix à déterminer le prix d'une série de prêts renouvelables reconduits.

10.38. En tout état de cause, la fiabilité des résultats est généralement accrue si des emprunteurs comparables poursuivent des stratégies économiques similaires à l'emprunteur testé qui participe à une transaction intragroupe.

C. La fonction trésorerie

10.39. La gestion financière d'un groupe d'entreprises multinationales est une activité importante et potentiellement complexe dans la mesure où chaque entreprise du groupe applique une approche adaptée à son propre cas de figure en termes de structure, stratégie commerciale, positionnement dans le cycle économique, secteur d'activité, monnaies utilisées, etc.

10.40. Chaque groupe d'entreprises multinationales organise ses opérations de trésorerie en fonction de sa structure et de la complexité des activités exercées. Les différentes modalités de gestion de la trésorerie correspondent à différents degrés de centralisation. Suivant l'approche la plus décentralisée, chaque entreprise multinationale d'un groupe dispose d'une totale autonomie pour réaliser ses transactions financières. Il peut exister des modalités décentralisées de gestion de la trésorerie, par exemple dans les groupes d'entreprises multinationales comptant de multiples divisions opérationnelles exerçant leur activité dans des secteurs distincts ou via des plateformes régionales, ou dans les groupes qui sont tenus de se conformer à des réglementations locales spécifiques. À l'inverse, un groupe d'entreprises multinationales peut mettre en place une fonction de trésorerie centralisée contrôlant toutes les transactions financières au sein du groupe, auquel cas les entités membres du groupe sont responsables des aspects opérationnels, non des aspects financiers.

10.41. Une mission essentielle de la fonction trésorerie d'une entreprise peut, par exemple, être d'optimiser les liquidités à l'échelle du groupe d'entreprises multinationales afin que l'entreprise dispose de liquidités d'un montant suffisant, mobilisées là où elles sont nécessaires et libellées dans la monnaie appropriée. En règle générale, la gestion efficiente des liquidités au niveau du groupe s'appuie sur des paramètres qui dépassent l'échelon des entités individuelles et permet d'atténuer les risques supportés par un certain nombre d'entités.

10.42. La fonction de gestion de la trésorerie et des liquidités couvre les opérations quotidiennes, tandis que la gestion financière de l'entreprise englobe l'élaboration de stratégies et la planification de décisions d'investissement sur le plus long terme. La gestion des risques financiers suppose une identification et une analyse des risques financiers auxquels l'entreprise est exposée, ainsi que la mise en place des outils permettant de couvrir ces risques. Dès lors qu'elle recense les risques financiers et prend des mesures permettant d'y faire face, la fonction trésorerie d'un groupe contribue à optimiser le coût du capital pour les utilisateurs de ses services.

10.43. La fonction trésorerie peut mener à bien d'autres activités, en particulier des opérations de financement par l'endettement (émissions d'obligations, souscription de prêts bancaires, etc.) et de levée de fonds propres, ainsi que la gestion des relations avec les établissements bancaires extérieurs au groupe et les agences de notation de crédit indépendantes.

10.44. Lors d'une analyse des prix de transfert liés à des activités de trésorerie, il sera important, comme toujours, de délimiter avec précision les transactions réelles et de recenser exactement les fonctions exercées par une entité, en évitant de s'en remettre à ce qui serait une description générale des « activités de trésorerie ».

10.45. Le plus souvent, la fonction trésorerie joue un rôle dans le processus visant à maximiser l'efficacité du financement des activités commerciales du groupe. Elle intervient généralement en appui aux activités principales de création de valeur, comme dans le cas de services fournis par l'entité responsable de la gestion centralisée de la trésorerie (voir la section C.2.3). En fonction des faits et circonstances propres au cas d'espèce, ces activités peuvent prendre la forme de services, ce qui justifie l'application des directives concernant les prix de transfert de services intragroupe énoncées au chapitre VII.

10.46. De même, la fonction trésorerie peut faire office d'organe de centralisation des emprunts externes du groupe. Les financements externes sont alors proposés au sein du groupe sous la forme de prêts intra-groupe accordés par la fonction trésorerie. En fonction des faits et circonstances propres au cas d'espèce, les directives énoncées au paragraphe 1.188 du chapitre I seraient applicables à ces situations et la fonction trésorerie serait censée recevoir une commission de pleine concurrence au titre de ses activités de coordination.

10.47. Dans d'autres situations, on s'aperçoit quelquefois que la fonction trésorerie recouvre des fonctions plus complexes et qu'elle doit donc être rémunérée en conséquence.

10.48. Une autre question importante qui concerne les activités de trésorerie porte sur l'identification des risques économiquement significatifs et l'analyse de leur répartition, conformément au chapitre I.

10.49. Les activités de trésorerie prennent en compte les problématiques à l'œuvre à l'échelle d'un groupe et sont menées à bien dans le respect de la vision, de la stratégie et des politiques définies par la direction de celui-ci. De ce fait, la fonction trésorerie assure une gestion des risques conforme à la politique du groupe, laquelle spécifie parfois des objectifs, comme des niveaux de retour sur investissement à atteindre (par exemple, un rendement supérieur au coût du capital), une faible volatilité des flux de trésorerie ou des niveaux cibles pour les ratios de bilan (par exemple, ratio actifs/passifs). Il est donc important de garder à l'esprit que les décisions stratégiques majeures

découlent davantage, en règle générale, d'une politique définie au niveau du groupe que d'objectifs fixés par la fonction trésorerie elle-même.

10.50. Les sections ci-après sont consacrées aux questions relatives aux prix de transfert soulevées par des activités de trésorerie souvent exercées au sein des groupes d'entreprises multinationales, à savoir : l'octroi de prêts intragroupe ; la gestion centralisée de la trésorerie ; et les opérations de couverture.

Remarque importante

Les sections suivantes examinent des questions spécifiques rencontrées lors des analyses destinées à déterminer si le taux d'intérêt utilisé dans un contrat de prêt est, ou non, conforme au principe de pleine concurrence. Dans tous les cas, il est supposé qu'à l'issue de la délimitation précise de la transaction, celle-ci est considérée comme une opération de prêt, conformément au chapitre I ou à la législation nationale, selon le cas.

C.1. Prêts intra-groupe

C.1.1. Considérations d'ordre général

C.1.1.1. Points de vue du prêteur et de l'emprunteur

10.51. Lors de l'examen des relations commerciales et financières entre les entreprises associées qui sont respectivement l'emprunteur et le prêteur, et lors de l'analyse des caractéristiques économiquement pertinentes de la transaction, il convient de prendre en compte le point de vue du prêteur et celui de l'emprunteur, même si ces deux visions peuvent ne pas coïncider dans tous les cas.

10.52. Comme pour tout autre examen de prix de transfert, les directives figurant dans la section D.1 du chapitre I s'appliquent pour déterminer si le prêteur et l'emprunteur assument les risques liés aux prêts intra-groupe. Il convient en particulier de tenir compte des risques liés aux accords de financement pour la partie qui apporte les fonds, et de ceux liés à l'acceptation et à l'utilisation de la somme prêtée pour la partie bénéficiaire. Ces risques portent sur le remboursement de la somme prêtée, la rémunération prévue dans le temps au titre de l'utilisation de cette somme et la rémunération en contrepartie d'autres facteurs de risque connexes.

10.53. Le prêteur établit son point de vue, qui le mène à décider d'accorder ou non un prêt, et à fixer le montant et les conditions générales de celui-ci, en évaluant différentes caractéristiques de l'emprunteur, des facteurs économiques plus larges qui touchent à la fois l'emprunteur et le prêteur et d'autres options réalistes envisageables pour utiliser ces fonds.

10.54. Lorsque le prêteur et l'emprunteur sont des entreprises indépendantes, le prêteur conduit une évaluation approfondie de la solvabilité de l'emprunteur potentiel pour identifier et évaluer les risques encourus et il envisage quelles mesures de suivi et de gestion de ces risques seraient appropriées. Aux fins de cette évaluation de solvabilité, le prêteur doit connaître l'entreprise elle-même ainsi que l'objectif du prêt, sa structuration et la source des remboursements, ce qui peut le conduire à examiner les prévisions de flux de trésorerie de l'emprunteur et la solidité du bilan de celui-ci.

10.55. Lorsque le prêteur et l'emprunteur sont des entreprises associées, le prêteur ne suit pas nécessairement la démarche qui serait celle d'un prêteur indépendant. À titre d'exemple, les tâches de collecte d'informations sur l'emprunteur peuvent se trouver allégées dans la mesure où les informations nécessaires peuvent être directement disponibles au sein du groupe. Néanmoins, pour déterminer si les conditions d'octroi du prêt auraient pu être retenues entre des entreprises indépendantes, plusieurs paramètres tels que la solvabilité, le risque de crédit et l'environnement économique doivent être pris en compte.

10.56. Lorsque le prêteur est l'entité mère d'un groupe d'entreprises multinationales et l'emprunteur est l'une de ses filiales, l'entité mère détient les actifs de la filiale et exerce le contrôle sur ces actifs, et l'apport de garanties revêt dès lors moins d'importance aux fins de l'analyse des risques du point de vue du prêteur. De ce fait, lors de l'examen de la fixation du prix d'un prêt entre des parties liées, il convient de garder à l'esprit qu'une absence de droit contractuel du prêteur sur les actifs de l'emprunteur ne permet pas nécessairement de cerner la réalité économique des risques inhérents à ce prêt. Si l'emprunteur n'a pas déjà apporté ses actifs en garantie par ailleurs, il conviendra de vérifier, lors de l'analyse conduite conformément au chapitre I, si ces actifs peuvent constituer une garantie au titre du prêt examiné, a priori dénué de garanties, et, dans l'affirmative, d'en évaluer les conséquences sur la tarification de ce prêt.

10.57. Le risque de crédit assumé par le prêteur correspond à la probabilité que l'emprunteur ne s'acquitte pas de ses obligations de remboursement dans le respect des dispositions contractuelles. Pour déterminer si une demande de prêt représente une bonne opportunité commerciale, le prêteur évalue également comment le risque de crédit pourrait être modifié en cas de changements dans l'environnement économique, non seulement au niveau de la situation de l'emprunteur, mais aussi à une échelle plus large, en tenant compte d'une hausse des taux d'intérêt ou de l'exposition de l'emprunteur à des variations des taux de change.

10.58. Les emprunteurs cherchent à optimiser le coût moyen pondéré du capital et à disposer de financements appropriés pour couvrir leurs besoins à court terme et atteindre leurs objectifs à plus long terme. Lorsqu'elle examine

les options réalistes envisageables, une entreprise indépendante qui poursuit ses propres intérêts commerciaux recherche ainsi la solution de financement la plus rentable au regard de sa stratégie d'entreprise. À titre d'exemple, pour ce qui concerne les garanties, dans certains cas, dès lors qu'une entreprise est en mesure d'apporter une garantie suffisante, il est probable qu'elle choisira un prêt garanti plutôt qu'un prêt non garanti, sachant que les actifs donnés en garantie par une entreprise et ses besoins de financement peuvent différer dans le temps du fait notamment qu'une garantie est limitée et qu'un actif apporté en garantie au titre d'un prêt ne peut constituer par la suite une garantie pour un autre prêt. C'est pour cette raison qu'une entreprise multinationale apportant un actif en garantie prendra en considération les options réalistes envisageables qui s'offrent à elles compte tenu de sa politique globale de financement (notamment d'éventuelles opérations de prêt ultérieures).

10.59. L'emprunteur évalue lui aussi les effets potentiels des changements de conjoncture économique, notamment ceux des variations des taux d'intérêt et des taux de change ; le risque de se trouver dans l'incapacité de rembourser les intérêts et le principal selon l'échéancier convenu si son entreprise rencontre des difficultés imprévues ; ainsi que le risque de ne pas être en mesure de mobiliser de nouveaux fonds (sous la forme de dette ou de capitaux propres) à hauteur de ses besoins.

10.60. Les conditions macroéconomiques peuvent entraîner des variations des coûts de financement sur le marché. Dans ce contexte, l'analyse de prix de transfert au regard des possibilités qui s'offrent à l'emprunteur ou au prêteur de renégocier les conditions du prêt pour bénéficier de meilleures conditions prendra en considération les options réalistes envisageables tant par l'emprunteur que par le prêteur.

10.61. Enfin, lors de l'analyse des conditions économiques rattachées aux prêts consentis, il convient de tenir compte de la réglementation, qui peut influencer sur la position des parties. À titre d'exemple, le droit en vigueur dans la juridiction de l'emprunteur en matière de procédures collectives notamment au regard du rang de classement des créanciers peut prévoir que les dettes à l'égard de parties liées sont subordonnées à celles à l'égard de parties non liées.

C.1.1.2. Utilisation des notations de crédit

10.62. La solvabilité de l'emprunteur est l'un des principaux facteurs que les investisseurs indépendants prennent en considération pour déterminer le taux d'intérêt à appliquer. Les notations de crédit peuvent constituer un indicateur de solvabilité utile pour identifier des données comparables ou pour appliquer des modèles économiques dans le contexte de transactions entre parties liées. De plus, dans le cas de prêts intra-groupe et autres instruments financiers donnant lieu à des transactions contrôlées, l'effet de l'appartenance au groupe peut être un facteur économiquement pertinent influant sur la tarification

de ces instruments. En conséquence, cette sous-section est consacrée à l'utilisation des notations de crédit et à l'effet de l'appartenance au groupe dans le contexte de la tarification des prêts intra-groupe. Le cas échéant, il sera fait référence dans cette sous-section à d'autres parties des présentes directives.

10.63. Les notations de crédit peuvent être attribuées en fonction de la solvabilité globale d'une entreprise⁴ ou en référence à une émission particulière de titres de dette. Comme expliqué de façon détaillée dans les paragraphes qui suivent, la détermination des notations de crédit exige la prise en compte de facteurs quantitatifs – information financière notamment – et qualitatifs – secteur d'activité et juridiction dans laquelle l'entreprise multinationale ou le groupe d'entreprises multinationales exerce ses activités.

C.1.1.2.1. Notation de crédit d'une entreprise multinationale ou d'un groupe d'entreprises multinationales

10.64. La notation de crédit d'une entreprise multinationale ou d'un groupe d'entreprises multinationales (généralement désignée par l'expression « notation de crédit de l'émetteur ») est un avis sur sa solvabilité globale. Cet avis dépend généralement de la capacité et de la volonté de l'entreprise multinationale ou du groupe d'entreprises multinationales d'honorer ses ou leurs obligations financières conformément aux termes de ces obligations. La notation de crédit d'une entreprise multinationale ou d'un groupe d'entreprises multinationales est effectivement une valeur relative permettant de comparer son degré de solvabilité à ceux d'autres emprunteurs. En général, une notation de crédit moindre dénote un risque de défaut de paiement plus élevé, auquel cas l'opération génère un taux de rendement plus élevé pour les prêteurs.

10.65. En consultant les différents marchés du crédit, il est aisé d'obtenir des données sur les différents taux d'intérêt concédés aux entreprises en fonction de leur notation, ce qui peut fournir une référence utile aux fins de la conduite d'analyses de comparabilité. Les opérations de financement conclues entre l'entreprise multinationale qui emprunte ou une autre entreprise multinationale du groupe et des prêteurs extérieurs peuvent également être des comparables fiables s'agissant des taux d'intérêt appliqués par des entreprises associées (voir paragraphes 10.93 et 10.94). Les opérations de financement conclues par l'entreprise multinationale qui emprunte ou une autre entité du groupe, par exemple l'entité mère du groupe, seront des comparables fiables uniquement si les différences entre les conditions des transactions contrôlées et celles des transactions sur le marché libre n'ont pas d'incidence significative sur le taux d'intérêt ou si des ajustements raisonnablement précis peuvent être effectués.

4. Aux fins des présentes orientations, la notation de crédit d'un groupe d'entreprises multinationales (MNE) est censée faire référence à la notation de crédit de l'entité mère ultime du groupe MNE, calculé sur la base des états financiers consolidés.

10.66. Dans la mesure où la notation de crédit dépend d'un ensemble de facteurs quantitatifs et qualitatifs, le fait que deux emprunteurs aient reçu une même notation de crédit ne signifie pas que leurs capacités de remboursement respectives soient identiques. En outre, si l'on envisage d'établir des comparaisons entre les emprunteurs à partir des indicateurs financiers généralement considérés comme importants du côté des prêteurs, comme les ratios endettement/résultats ou endettement/fonds propres, on gardera à l'esprit que deux entreprises dont les indicateurs financiers sont identiques ne reçoivent pas nécessairement la même notation de crédit si elles présentent d'autres différences. À titre d'exemple, il faudra peut-être qu'un emprunteur affiche des indicateurs financiers plus robustes dans certains secteurs d'activité que dans d'autres pour obtenir une notation de crédit donnée. Dans les secteurs d'activité exposés par nature à des risques plus élevés et ceux qui génèrent des flux de recettes moins stables, les indicateurs financiers exigés doivent être plus solides pour obtenir la même notation que dans d'autres secteurs.

10.67. Il peut exister des circonstances particulières, comme dans le cas de start-ups ou d'entités récemment concernées par une fusion, qui peuvent avoir une incidence sur la notation de crédit d'une entité d'un groupe. Ces circonstances particulières doivent être prises en considération.

10.68. Il est important que le groupe d'entreprises multinationales justifie de manière appropriée le choix de la notation de crédit retenue pour une entreprise multinationale donnée lors de la détermination du prix des prêts intra-groupe et autres transactions de financement contrôlées.

C.1.1.2.2. La notation de crédit d'une émission particulière de titres de dette

10.69. La notation de crédit d'une émission particulière de titres de dette (« notation d'une émission ») est un avis sur la solvabilité de l'émetteur d'un instrument financier spécifique. La notation de l'émission repose sur les caractéristiques spécifiques de l'instrument financier, par exemple les garanties, les sûretés et le rang.

10.70. La notation de crédit d'une entreprise multinationale ou d'un groupe d'entreprises multinationales peut être différente de celle attribuée à une émission de titres dans la mesure où le risque de crédit associé à un instrument financier est lié à ses caractéristiques propres, et non seulement au profil de risque de l'entreprise multinationale qui emprunte. En fonction des faits et circonstances propres au cas d'espèce et sous réserve de pouvoir établir une comparaison entre l'émission de titres de dette par une tierce partie et la transaction contrôlée, lorsqu'on dispose de notations pour l'émetteur et pour l'émission, c'est la notation de l'émission particulière de titres de

dette qui sera la plus appropriée pour déterminer le prix de la transaction de financement contrôlée.

C.1.1.2.3. Déterminations des notations de crédit

10.71. Il y a lieu de ne pas perdre de vue certaines considérations particulières lorsqu'on détermine la notation de crédit d'une entreprise multinationale donnée faisant partie d'un groupe d'entreprises multinationales à des fins d'évaluation des transactions contrôlées. Lorsqu'une entreprise multinationale se voit attribuer une notation de crédit officielle par une agence de notation indépendante, cette notation peut servir d'information dans le cadre d'une analyse de la conformité aux prix de pleine concurrence des transactions de financement contrôlées réalisées en son sein par l'entreprise multinationale. Cependant, dans la plupart des cas, les notations de crédit officielles ne sont publiées que pour les groupes d'entreprises multinationales. Une approche souvent utilisée à l'échelle d'une entreprise multinationale donnée du groupe consiste à s'appuyer sur des analyses quantitatives et qualitatives des caractéristiques propres à l'entreprise multinationale, à l'aide des outils financiers ou des méthodologies rendus publics par les agences de notation indépendantes, afin de tenter de reproduire le processus suivi pour déterminer la notation de crédit du groupe. Cette démarche suppose aussi que l'on tienne compte des améliorations de la qualité de crédit dont l'entreprise multinationale considérée est censée bénéficier du fait de son appartenance au groupe.

C.1.1.2.4. L'utilisation de méthodologies et d'outils financiers publiquement accessibles pour estimer les notations de crédit

10.72. Les outils financiers publiquement accessibles sont conçus pour calculer des notations de crédit. De façon générale, ils reposent sur des approches consistant notamment à calculer le risque de défaut de paiement et le montant des pertes potentielles en cas de défaut de paiement- afin d'attribuer au prêt l'équivalent d'une notation. Une recherche de comparables peut alors être réalisée à l'aide d'une base de données du marché de manière à déterminer un prix ou une fourchette de prix pour ce prêt. Lorsqu'on cherche à savoir si l'utilisation de ces outils produit une estimation fiable de la notation de crédit des transactions contrôlées, les points qu'il convient de ne pas perdre de vue sont notamment le fait que les résultats ne reposent pas sur une comparaison directe avec des transactions conclues entre des parties indépendantes, mais qu'ils sont tributaires de l'exactitude des données de départ, que l'approche privilégie les données quantitatives au détriment des facteurs qualitatifs et que le processus manque de lisibilité (puisque'il est difficile d'appréhender dans le détail le fonctionnement des algorithmes et autres processus sous-jacents qui ont conduit au résultat).

10.73. Les outils financiers publiquement accessibles utilisés pour calculer les notations de crédit s'appuient parfois sur des méthodologies sensiblement différentes, à certains égards, de celles employées par les agences de notation de crédit pour établir les notations de crédit officielles, et il convient de prêter attention à l'impact de ces différences éventuelles. En particulier, ces outils ne disposent le plus souvent que d'un échantillon limité de données quantitatives pour établir les notations. À l'inverse, les notations officielles publiées par des agences de notation indépendantes sont l'aboutissement d'une analyse bien plus rigoureuse, qui inclut non seulement une analyse quantitative des rendements passés et prévisionnels de l'entreprise, mais aussi une analyse qualitative approfondie couvrant, par exemple, les compétences de gestion des cadres dirigeants, les caractéristiques du secteur d'activité concerné, ainsi que les parts de marché détenues par l'entreprise dans ce secteur.

10.74. Pour toutes ces raisons, la fiabilité des résultats, en termes de notations de crédit, obtenus à l'aide des outils financiers publiquement accessibles peut être améliorée dans la mesure où l'analyse peut démontrer, de façon reproductible, la cohérence entre les notations obtenues à l'aide de ces outils et celles communiquées par les agences de notation de crédit indépendantes.

10.75. Lors d'une analyse des notations de crédit, il convient de noter que les indicateurs financiers peuvent être influencés par certaines transactions contrôlées présentes et passées (telles que des ventes ou des paiements d'intérêt). S'il apparaît que le prix de ces transactions contrôlées n'est pas conforme au prix de pleine concurrence, la notation de crédit calculée à partir des données sur ces transactions intra-groupe peut ne pas être fiable. (Voir également les directives énoncées à la section B). Ces considérations s'appliquent tant aux transactions contrôlées susceptibles d'avoir une incidence sur les bénéfices courants de l'entreprise multinationale qu'à l'ensemble des financements et autres transactions intra-groupe antérieures ayant pu avoir un impact sur les mesures des revenus et du capital de l'entreprise multinationale faisant l'objet d'une analyse quantitative.

C.1.1.3. Effet de l'appartenance à un groupe

10.76. L'effet de l'appartenance à un groupe doit être pris en compte aux fins d'évaluer les conditions auxquelles une entreprise multinationale aurait obtenu un emprunt auprès d'un prêteur indépendant, et ce, à double titre. Premièrement, les politiques et pratiques de la direction du groupe en matière de financement externe aideront à déterminer les conditions qui auraient été conclues entre l'entreprise et un prêteur indépendant, notamment le prix (à savoir le taux d'intérêt servi) et toutes les caractéristiques économiquement pertinentes, comme la nature du prêt, sa durée, la devise utilisée, les garanties mises en place, les clauses financières restrictives, les stratégies commerciales, etc. Deuxièmement, l'entreprise multinationale peut recevoir un

soutien de la part du groupe pour pouvoir honorer ses obligations financières dans l'hypothèse où, en tant qu'emprunteur, elle rencontrerait des difficultés financières. Le paragraphe 1.178 du chapitre I des présentes directives est utile pour analyser l'effet de l'appartenance à un groupe sur les conditions et modalités de prêt consenties lorsque l'entreprise multinationale qui emprunte obtient des avantages accessoires uniquement du fait de son appartenance à un groupe, autrement dit au titre d'une association passive.

10.77. Dans le contexte de prêts intra-groupe, ces avantages accessoires dont une entreprise multinationale est censée bénéficier uniquement du fait de son appartenance à un groupe sont considérés comme un soutien implicite. L'effet d'un éventuel soutien du groupe sur la notation de crédit d'une entité et tout effet de ce soutien sur la capacité de l'entité à emprunter, ou sur le taux d'intérêt servi sur les emprunts qu'elle contracte, ne nécessitera aucun paiement ou ajustement de comparabilité. Voir exemple 1 aux paragraphes 1.184-1.186 du chapitre I et section D.3.

10.78. L'existence d'un soutien implicite du groupe peut avoir un effet sur la notation de crédit de l'emprunteur ou sur la notation de tout titre de dette émis par lui. Le statut d'une entité au sein du groupe peut aider à déterminer l'impact que le soutien éventuel du groupe peut avoir sur la notation de crédit de l'émetteur de titres de dette. Les entités d'un groupe d'entreprises multinationales auront plus ou moins de chances de recevoir un soutien de la part du groupe auquel elles appartiennent selon leur importance relative pour le groupe dans son ensemble et selon les liens qu'elles entretiennent avec le reste du groupe, soit dans le fonctionnement actuel de celui-ci, soit dans le cadre d'une stratégie future. Un membre d'un groupe d'entreprises multinationales qui entretient des liens plus étroits avec le reste du groupe, qui fait partie intégrante de l'identité du groupe ou qui joue un rôle important pour sa stratégie future, en exerçant des activités rattachées au cœur de métier du groupe, aura en règle générale plus de chances d'obtenir un soutien de la part d'autres membres du groupe, et se verra en conséquence attribuer une notation de crédit plus étroitement corrélée à celle du groupe. À l'inverse, il est peut-être fondé de considérer qu'une entité qui ne présente pas les mêmes caractéristiques ou qui entretient des liens moins étroits avec le reste du groupe pourra certes recevoir un soutien de la part du groupe, mais dans des circonstances plus limitées. Dans le cas d'une entité pour laquelle on dispose de données attestant qu'elle ne recevra aucun soutien de la part du groupe, il pourra être approprié, au regard des faits et circonstances propres à son cas, de se borner à considérer la notation de crédit individuelle de l'entité.

10.79. Une autre question décisive à cet égard réside dans les conséquences probables qu'aurait, pour les autres entités du groupe, la décision d'apporter ou non leur soutien à l'emprunteur. Les paramètres utilisés pour déterminer le statut d'une entité au sein d'un groupe incluent notamment : les obligations

juridiques existantes (telles que des exigences réglementaires); l'importance stratégique de l'entité; l'importance de ses activités et leur degré d'intégration; l'existence d'une dénomination commune; les retombées potentielles en termes d'image et les répercussions négatives sur l'ensemble du groupe; les déclarations concernant les politiques d'entreprise ou la stratégie; tout exemple passé d'intervention de soutien; et le comportement général du groupe d'entreprises multinationales vis-à-vis des tierces parties. L'importance relative de chacun de ces facteurs pourra varier d'un secteur à l'autre.

10.80. Le plus souvent, l'administration fiscale n'a pas connaissance des éléments d'information qui conduisent un groupe à décider d'apporter, ou non, son soutien à un emprunteur dans des circonstances particulières, comme c'est fréquemment le cas dans le cadre d'examens des prix de transfert, et l'existence d'asymétries d'information pourra nuire à la capacité de l'administration fiscale d'évaluer la probabilité du soutien implicite (voir section B.2 au chapitre IV). De plus, les faits et circonstances qui influent sur cette décision et sur la capacité du groupe à fournir ce soutien étant variables, un groupe ne prend pas nécessairement de décision tant que la question d'apporter un tel soutien ne se pose pas, contrairement à ce qui se passe, par exemple, lorsque l'entreprise multinationale bénéficie d'une garantie en bonne et due forme de la part d'un autre membre du groupe. Le comportement passé d'un groupe d'entreprises multinationales en matière de soutien peut être un indicateur utile de son comportement probable à l'avenir, mais il y a lieu d'entreprendre une analyse appropriée dans la mesure où les conditions peuvent varier.

C.1.1.4. Utilisation de la notation de crédit du groupe d'entreprises multinationales

10.81. Il importe également de noter que, bien qu'il existe des approches établies pour estimer la notation de crédit d'un membre particulier d'un groupe ou d'une émission de titres de dette, il ressort des considérations détaillées dans les paragraphes précédents qu'une approche fondée sur des notations de crédit individuelles établies à l'aide d'outils financiers publiquement accessibles (voir paragraphe 10.72), que l'analyse du soutien implicite, que les problèmes que pose une prise en compte fiable des transactions contrôlées et que la présence d'asymétries d'information peuvent être sources de difficultés qui, si elles ne sont pas surmontées, peuvent aboutir à des résultats qui ne sont pas fiables.

10.82. Lorsque c'est le cas, la notation de crédit du groupe d'entreprises multinationales peut aussi être utilisée pour calculer le prix d'un prêt délimité avec précision lorsque les faits y invitent, en particulier dans des situations telles que celle où l'entreprise multinationale est importante pour le groupe, selon la description figurant aux paragraphes 10.78 et 10.79, et où les indicateurs de la solvabilité de l'entreprise multinationale ne diffèrent pas

sensiblement de ceux du groupe. La notation de crédit d'un groupe d'entreprise multinationales n'est pas altérée par les transactions contrôlées et correspond à la base réelle en fonction de laquelle le groupe cherche à se procurer des financements externes auprès de prêteurs indépendants. Dans des situations où un groupe d'entreprises multinationales ne dispose pas d'une notation de crédit externe, il peut y avoir lieu d'envisager de conduire une analyse de la notation de crédit au niveau du groupe afin d'évaluer la transaction contrôlée. Dans tous les cas, la notation de crédit du groupe d'entreprises multinationales sera l'indicateur approprié, au même titre que toute autre notation de crédit, uniquement s'il est établi qu'elle est l'indicateur le plus fiable de la notation de crédit de l'entreprise multinationale eu égard à l'ensemble des faits et circonstances à prendre en compte.

C.1.1.5. Clauses financières restrictives

10.83. Les clauses financières restrictives incluses dans un accord de prêt visent le plus souvent à offrir une certaine protection au prêteur et à limiter les risques qu'il assume. Ces clauses restrictives relèvent de deux catégories, selon qu'elles prévoient que l'emprunteur est tenu respecter certains ratios financiers en cas de survenance d'un événement particulier (*incurrence covenant*) ou pendant toute la durée du prêt (*maintenance covenants*).

10.84. Lorsqu'un contrat de prêt contient des clauses restrictives liées à un événement, l'emprunteur est tenu de réaliser certaines actions et ne peut en réaliser certaines autres sans avoir obtenu l'accord préalable du prêteur. Ces clauses peuvent, par exemple, interdire à l'emprunteur de contracter de nouvelles dettes, de consentir une sûreté portant sur les actifs de l'entité ou de céder des actifs particuliers, ce qui contribue à assurer une certaine stabilité du bilan de l'emprunteur.

10.85. Les clauses restrictives couvrant toute la durée du prêt prévoient habituellement le respect de certains indicateurs financiers à des échéances régulières et définies par avance. Ces dispositions reviennent à instituer un système d'alerte précoce de telle sorte que, si la situation financière de l'emprunteur se dégrade, celui-ci et/ou le prêteur soient à même d'adopter rapidement des mesures correctives. Ces dispositions offrent également aux prêteurs qui sont des tiers indépendants une protection contre les asymétries d'information.

10.86. Les asymétries d'information entre les entités peuvent être moindres (en d'autres termes, la visibilité est meilleure) dans le cas d'un prêt intra-groupe, par comparaison avec les prêts conclus entre deux entités indépendantes. Lorsque le prêteur et l'emprunteur font partie d'un même groupe, le prêteur peut renoncer à insérer des clauses financières restrictives, d'une part, parce que les risques d'asymétries d'information sont plus faibles,

et, d'autre part, parce qu'il est peu probable qu'une entité du groupe agisse comme le ferait un prêteur indépendant en cas de non-respect d'une clause restrictive ou qu'elle cherche à imposer des limitations de même nature. En l'absence de clauses financières restrictives dans un accord écrit entre les parties, il convient de déterminer, conformément aux directives énoncées au chapitre I, si l'on observe, dans la pratique, un équivalent à une clause restrictive couvrant toute la durée du prêt, et, dans l'affirmative, d'en évaluer les effets sur les conditions financières du prêt.

C.1.1.6. Garanties

10.87. Une garantie apportée par un tiers peut être mise en place pour étayer la solvabilité de l'emprunteur. Un prêteur qui accepte une ou plusieurs garanties devrait soumettre le(s) garant(s) à un processus d'examen similaire à celui employé pour évaluer la solvabilité de l'emprunteur. Pour que le prêteur accepte une garantie lorsqu'il définit ou modifie les caractéristiques d'un prêt, il doit être raisonnablement convaincu que le(s) garant(s) sera(ont) en mesure de se substituer à l'emprunteur pour honorer tout engagement dont celui-ci ne pourrait s'acquitter en cas de défaut de paiement. Les garanties sont décrites plus en détail à la section D.

C.1.2. Déterminer le taux d'intérêt de pleine concurrence pour des prêts intra-groupe

10.88. Les paragraphes suivant décrivent différentes approches applicables pour calculer le prix de prêts intra-groupe. Comme dans toute analyse de prix de transfert, le choix de la méthode la plus appropriée doit être cohérent au regard de la transaction réelle telle que délimitée avec précision, notamment au moyen d'une analyse fonctionnelle (voir chapitre II).

C.1.2.1. Méthode des prix comparables sur le marché libre

10.89. Une fois la transaction réelle délimitée avec précision, les taux d'intérêt conformes au principe de pleine concurrence peuvent être calculés à partir de la notation de crédit de l'emprunteur ou de celle d'une émission de titres de dette spécifique, en tenant compte de l'ensemble des caractéristiques du prêt et des facteurs de comparabilité.

10.90. L'ampleur des marchés du crédit existants et la fréquence des transactions entre des emprunteurs et des prêteurs indépendants, ainsi que l'accès direct aux informations et analyses concernant les marchés du crédit expliquent que la méthode du prix comparable sur le marché libre puisse être plus facilement appliquée dans le cas de transactions financières, par comparaison avec d'autres catégories de transactions. Des données détaillées

incluant les caractéristiques du prêt et la notation de crédit de l'emprunteur ou de l'émission de titres de dette spécifique sont ainsi fréquemment disponibles. Les caractéristiques qui tendent à accroître les risques assumés par le prêteur, comme la longueur de la durée du prêt, l'absence de garanties, le degré de subordination ou l'utilisation des fonds dans le cadre d'un projet risqué, tendent à augmenter le taux d'intérêt. À l'inverse, toutes les caractéristiques qui tendent à limiter les risques pour le prêteur, comme la qualité des actifs apportés en garantie, la présence d'un garant solvable ou l'ajout de conditions restrictives relatives au comportement à venir de l'emprunteur, tendent à abaisser le taux d'intérêt consenti.

10.91. Le taux d'intérêt sur le marché libre peut être établi en s'appuyant sur des données publiques concernant d'autres emprunteurs présentant la même notation de crédit et des prêts suffisamment similaires selon l'analyse de leurs conditions générales et d'autres facteurs de comparabilité. Dans la mesure où les marchés du crédit présentent fréquemment un degré de concurrence élevé, on pourrait tabler sur l'existence d'un taux unique pour un prêt d'un type donné (montant, échéances, devise, etc.), souscrit par un emprunteur disposant d'une notation de crédit donnée ou pour une émission de titres de dette spécifique disposant d'une notation donnée (voir section C.1.1.2.), auquel un prêteur accepterait d'avancer des fonds afin d'obtenir une rentabilité appropriée. Dans la pratique, néanmoins, il est rare d'observer un « taux du marché » unique, il s'agit plutôt de fourchettes de taux, généralement assez resserrées sous l'effet de l'intensité de la concurrence entre prêteurs et de la disponibilité des informations sur les prix.

10.92. Aux fins de la recherche de données comparables, il convient de rappeler que ces données ne sont pas nécessairement limitées à des entités individuelles. Le fait qu'un emprunteur potentiellement comparable appartienne à un groupe d'entreprises multinationales n'est pas un obstacle dès lors qu'il a obtenu son financement auprès d'un prêteur indépendant et que toutes les autres conditions économiquement pertinentes sont suffisamment similaires : un prêt accordé à une entité d'un groupe d'entreprises multinationales différent ou conclu entre des entités appartenant à des groupes différents peut constituer une donnée comparable valable.

10.93. Un taux d'intérêt qui satisfait au principe de pleine concurrence peut également être fondé sur le rendement d'une transaction alternative réaliste présentant des caractéristiques économiques comparables. En fonction des faits et circonstances propres au cas d'espèce, les solutions réalistes pouvant se substituer à un prêt intra-groupe peuvent prendre la forme d'une émission obligataire, d'un prêt constituant une transaction sur le marché libre, d'un dépôt de fonds, d'une émission d'obligations convertibles, de créances à court terme, etc. Lorsqu'on évalue ces diverses solutions en tant que comparables potentiels, il importe de ne pas perdre de vue que, selon les faits et circonstances propres

au cas d'espèce, il peut se révéler nécessaire de procéder à des ajustements de comparabilité pour éliminer les incidences significatives liées à des différences, en termes de liquidité, d'échéance, de garanties ou de devise, entre les prêts intra-groupe contrôlés et les solutions alternatives retenues.

10.94. Lors de la recherche de données comparables, l'existence potentielle en interne des prix comparables de pleine concurrence pratiqués à l'intérieur même du groupe ne devra être négligée.

10.95. S'il est peu probable que le taux d'intérêt moyen versé par un groupe d'entreprises multinationales au titre de ses dettes externes réponde aux exigences de comparabilité permettant de le retenir comme un prix comparable de pleine concurrence appliqué à l'intérieur du groupe, il est parfois possible d'identifier des prêts constituant des comparables potentiels parmi ceux souscrits par l'emprunteur ou son groupe d'entreprises multinationales auprès d'un prêteur indépendant. Comme dans le cas de prix comparables sur le marché libre externes, il peut se révéler nécessaire d'apporter des ajustements appropriés en vue d'améliorer la comparabilité. Voir l'exemple 1 aux paragraphes 1.164-1.166.

C.1.2.2. Frais perçus au titre du prêt

10.96. Les analyses visant à établir si les conditions financières d'un prêt sont conformes au principe de pleine concurrence peuvent conduire à examiner les frais perçus au titre de ce prêt. Dans certains cas, un prêteur indépendant prévoit la facturation de frais dans les conditions générales d'un prêt, comme des frais de dossier ou des commissions d'engagement pour des lignes de crédit non utilisées. Si de tels frais sont facturés au titre d'un prêt entre entreprises associées, ils doivent faire l'objet d'une évaluation de la même manière que toute autre opération intra-groupe. Il convient alors de garder à l'esprit que les frais facturés par un prêteur indépendant incluent également des frais qui ne s'appliquent pas nécessairement entre entreprises associées, comme ceux liés à la mobilisation des capitaux ou au respect d'exigences réglementaires.

C.1.2.3. Coûts de financement

10.97. En l'absence de transactions comparables sur le marché libre, l'approche des coûts de financement pourrait être utilisée en tant que solution de substitution pour calculer le prix des prêts intra-groupe dans certaines circonstances. Les coûts de financement seraient fonction des coûts d'emprunt supportés par le prêteur pour lever les fonds avancés. À ces coûts s'ajouteraient les frais d'organisation du prêt, les coûts correspondant au service du prêt, une prime de risque reflétant les différentes caractéristiques économiques du prêt envisagé ainsi qu'une marge bénéficiaire qui recouvre généralement le coût marginal pour le prêteur des fonds propres nécessaires pour couvrir le prêt.

10.98. Cette approche doit être appliquée en mettant en parallèle les coûts de financement du prêteur et ceux d'autres prêteurs présents sur le marché. En effet, les différents prêteurs du marché ne supportent pas les mêmes coûts de financement et chacun d'entre eux ne peut se contenter de proposer un prix calculé suivant ses propres coûts de financement, surtout en présence de concurrents potentiels pouvant mobiliser et avancer des fonds à moindre coût. Sur un marché concurrentiel, un prêteur cherche à proposer les taux les plus bas possibles afin d'étendre ses activités. En d'autres termes, les prêteurs réduisent autant que possible leurs coûts d'exploitation et cherchent à minimiser les coûts encourus pour mobiliser les fonds avancés.

10.99. L'application de l'approche des coûts de financement suppose que l'on considère les options réalistes envisageables par l'emprunteur. Selon les faits et circonstances propres au cas d'espèce, une entreprise multinationale qui cherche à emprunter ne conclura pas de transaction à un prix déterminé selon l'approche des coûts de financement si elle pourrait obtenir le financement à de meilleures conditions en optant pour une autre transaction.

10.100. L'approche des coûts de financement peut être appliquée à certaines transactions intra-groupe pour calculer le prix d'un prêt souscrit auprès d'une partie non liée par un premier emprunteur, puis transféré, par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs entreprises associées, au travers d'une série de prêts, à l'emprunteur final. Dans ce cas, lorsque les seules fonctions exercées sont des fonctions d'agent ou d'intermédiaire, comme indiqué au paragraphe 7.34, « il n'y a pas toujours lieu de déterminer le prix de pleine concurrence en appliquant une marge au prix de revient des services, mais il faut plutôt appliquer la marge aux coûts inhérents à la fonction d'agent elle-même ».

C.1.2.4. Contrats d'échange sur risque de défaillance

10.101. Les contrats d'échange sur risque de défaillance reflètent le risque de crédit lié à un actif sous-jacent. En l'absence d'informations concernant l'actif sous-jacent susceptible d'être considéré comme une transaction comparable, les contribuables et les administrations fiscales peuvent se servir des écarts sur contrats d'échange sur risque de défaillance pour calculer la prime de risque associée aux prêts intra-groupe.

10.102. A l'instar des instruments financiers négociés sur le marché, les contrats d'échange sur risque de défaillance peuvent être soumis à une forte volatilité. Celle-ci peut avoir une incidence sur la fiabilité des contrats d'échange de risque de défaillance en tant qu'indicateurs du risque de crédit individuel associé à un investissement en particulier sachant que les écarts sur contrats d'échange sur risque de défaillance peuvent refléter non seulement le risque de défaut, mais aussi d'autres facteurs indépendants tels que la liquidité des contrats d'échange sur risque de défaillance ou le volume sur

lequel portent les contrats négociés. Ces circonstances pourraient par exemple aboutir à des situations dans lesquelles différents écarts sur contrats d'échange de risque de défaillance peuvent être associés au même instrument.

10.103. C'est pourquoi l'utilisation des contrats d'échange sur risque de défaillance pour estimer la prime de risque associée aux prêts intra-groupe exigera que la plus grande attention soit accordée aux circonstances susmentionnées afin que l'on puisse aboutir à un taux d'intérêt de pleine concurrence.

C.1.2.5. Modélisation économique

10.104. Dans certains secteurs d'activité, on a recours, pour déterminer le prix des prêts intra-groupe, à des modèles économiques permettant de calculer un taux d'intérêt utilisé comme indicateur du taux d'intérêt de pleine concurrence.

10.105. Sous la forme la plus fréquemment rencontrée, les modèles économiques consistent à calculer un taux d'intérêt obtenu à partir d'un taux d'intérêt sans risque et en tenant compte d'un certain nombre de primes associées aux différentes caractéristiques du prêt comme le risque de défaut, le risque de liquidité, l'inflation anticipée ou l'échéance, notamment. Dans certains cas, les modèles économiques prennent également en compte des éléments destinés à couvrir les dépenses de fonctionnement du prêteur.

10.106. La fiabilité des résultats obtenus grâce aux modèles économiques dépend des paramètres intégrés dans le modèle appliqué et des hypothèses de départ retenues. Pour évaluer la fiabilité de l'application de modèles économiques aux fins de la détermination du prix des prêts intra-groupe, il importe de noter que les résultats produits ne représentent pas des transactions réelles entre des parties indépendantes et que, de ce fait, il y aura vraisemblablement lieu de procéder à des ajustements de comparabilité. Néanmoins, dans des situations où il n'est pas possible d'identifier, par des moyens fiables, des transactions comparables sur le marché libre, les modèles économiques peuvent constituer des outils utiles pour déterminer un prix de pleine concurrence pour les prêts intra-groupe, sous réserve des mêmes contraintes en ce qui concerne les conditions de marché que celles dont il est question au paragraphe 10.98.

C.1.2.6. Avis de la banque

10.107. Dans certains cas, pour étayer le fait que le taux d'intérêt d'un prêt intra-groupe est conforme au principe de pleine concurrence, les contribuables fournissent des avis écrits émanant de banques indépendantes, parfois appelés avis de « faisabilité bancaire » ou de « bancabilité », qui précisent le taux d'intérêt que chaque banque appliquerait si elle accordait un prêt comparable à l'entreprise concernée.

10.108. Cette approche ne peut cependant pas être qualifiée d'analyse de comparabilité dans la mesure où elle ne repose pas sur une comparaison avec

des transactions réelles. De plus, de tels avis formulés par des banques ne constituent pas de véritables offres de prêt. En effet, les prêteurs indépendants suivent les processus de diligence raisonnable et d'approbation qu'ils jugent appropriés avant de formuler une offre de prêt officielle. En règle générale, les avis écrits émanant de banques ne doivent donc pas être considérés comme apportant la preuve que le principe de pleine concurrence a bien été respecté.

C.2. Gestion centralisée de trésorerie

C.2.1. Modalités de gestion centralisée de trésorerie

10.109. De nombreuses entreprises multinationales ont adopté la gestion centralisée de la trésorerie pour réaliser des gains d'efficacité en regroupant, de manière théorique ou effective, les soldes de différents comptes bancaires. Selon les modalités retenues, la gestion centralisée de la trésorerie peut améliorer la gestion des liquidités, réduire la dépendance à l'égard de financements externes ou, en présence d'excédents de trésorerie, permettre d'obtenir de meilleurs rendements sur les soldes de trésorerie agrégés. Les coûts de financement peuvent également être abaissés grâce à la suppression de la composante de marge bancaire intégrée dans les intérêts à payer ou à recevoir sur différents soldes débiteurs ou créditeurs et grâce à la diminution des frais liés aux opérations bancaires.

10.110. Dans la présente section, la gestion centralisée de la trésorerie désigne la mise en commun de soldes de trésorerie dans le cadre d'un accord de gestion de liquidités à court terme. Ces accords sont complexes et peuvent impliquer des transactions entre des parties associées et des transactions entre des parties indépendantes. À titre d'exemple, il est fréquent que des entités d'un groupe d'entreprises multinationales concluent un contrat avec une banque à laquelle elles ne sont pas liées qui leur fournit des services de gestion centralisée de la trésorerie, chaque entité participante ouvrant alors un compte auprès de cet établissement bancaire.

10.111. S'il existe deux grandes modalités concernant la gestion centralisée de la trésorerie – selon que la mise en commun des trésoreries est effective ou simplement théorique – plusieurs variantes et modalités peuvent être mises en place pour répondre aux besoins spécifiques des entreprises participantes. Dans certains cas, on associe plusieurs groupements physiques de la trésorerie, qui correspondent aux diverses devises utilisées par les participants, à un regroupement d'ensemble, théorique cette fois, qui les englobe tous.

C.2.1.1. Mise en commun physique

10.112. Habituellement, la mise en commun physique de la trésorerie consiste à transférer chaque jour les soldes des comptes bancaires de tous les participants vers un compte bancaire unique, détenu par l'entité responsable de la gestion centralisée de la trésorerie. Tout compte présentant un solde négatif est ramené à un niveau cible (généralement, un solde nul) par un transfert du compte central vers le compte concerné. Après avoir ramené au niveau cible les comptes des participants, l'entité responsable constate un excédent net, ou un besoin net, de trésorerie et intervient en conséquence auprès de la banque pour, suivant le cas, placer cet excédent ou couvrir le besoin de financement par un emprunt.

C.2.1.2. Mise en commun théorique

10.113. Une mise en commun théorique permet d'obtenir certains avantages du regroupement des soldes créditeurs et débiteurs des comptes détenus par les entreprises participantes sans transférer réellement ces soldes, même si la banque impose généralement la mise en place de garanties réciproques de la part des entités participantes pour permettre les compensations entre comptes qui se révéleraient nécessaires. La banque procède au regroupement théorique des différents soldes des comptes détenus par les participants et, suivant le solde net constaté, verse ou facture des intérêts soit sur un compte principal désigné, soit sur chacun des comptes des participants en appliquant une formule définie dans l'accord de gestion centralisée de la trésorerie.

10.114. Compte tenu de l'absence de transferts physiques, une mise en commun théorique de la trésorerie permet généralement de supporter des coûts de transaction inférieurs à ceux supportés en cas de mise en commun effective des soldes de trésorerie. Les services assurés par une banque sont facturés sous la forme de frais ou inclus dans les taux d'intérêt appliqués. L'entité responsable de la gestion centralisée de la trésorerie n'exerce que des fonctions réduites au minimum (les fonctions étant, pour l'essentiel, exercées par la banque), et n'apporte donc qu'une valeur ajoutée faible, voire nulle, ce dont il faut tenir compte lors du calcul du prix des fonctions intra-groupe. Pour répartir de manière appropriée les avantages obtenus en supprimant la composante de marge bancaire et/ou en optimisant les positions débitrices ou créditrices des différentes entités, la contribution positive ou négative de chaque participant doit être prise en compte.

C.2.2. *Délimitation précise des transactions liées à la gestion centralisée de la trésorerie*

10.115. La délimitation précise des transactions liées à la gestion centralisée de la trésorerie dépend des faits et des circonstances propres au cas d'espèce. La mise en commun des soldes de trésorerie étant une pratique rare, voire

inexistante, entre des entreprises indépendantes, la mise en œuvre des principes applicables en matière de prix de transfert suppose une vigilance particulière. En effet, comme indiqué au paragraphe 1.11, « [L]orsque des entreprises indépendantes s'engagent rarement dans des transactions du type de celles auxquelles se livrent des entreprises associées, le principe de pleine concurrence est difficile à appliquer, car on n'a que peu ou pas d'élément pour déterminer directement les conditions qui auraient été fixées par des entreprises indépendantes. »

10.116. La délimitation précise des accords de gestion centralisée de la trésorerie doit prendre en compte non seulement les faits et circonstances propres aux soldes transférés, mais également le contexte plus général dessiné par les modalités de ces accords. À titre d'exemple, les dépôts effectués au titre d'une telle gestion centralisée diffèrent habituellement de simples dépôts à vue auprès de banques ou d'institutions financières similaires puisque les dépôts réalisés par l'entité responsable de la gestion centralisée ne sont pas des transactions individuelles visant simplement à obtenir une rémunération pour le déposant.

10.117. Chaque entreprise qui participe à un tel accord intra-groupe peut mettre à disposition des liquidités au titre d'une stratégie de groupe plus vaste, en application d'un accord qui lui permet d'avoir une position débitrice ou créditrice. Elle peut ainsi obtenir différents avantages auxquels elle n'aurait pas accès sans cette stratégie commune adoptée par toutes les entreprises participantes et appliquée au bénéfice de l'ensemble d'entre elles, en excluant toute entreprise n'appartenant pas au groupe d'entreprises multinationales. Les entreprises participantes procèdent à des dépôts de trésorerie (ou couvrent leurs besoins de trésorerie) auprès d'un compte centralisé, et non auprès d'un membre participant donné.

10.118. Aucune entreprise participante à un accord de gestion centralisée de la trésorerie ne procéderait à ces opérations s'il existait une autre option plus favorable. L'analyse d'une décision d'une entreprise multinationale de participer à un accord de gestion centralisée de la trésorerie doit être conduite en référence aux options réalistes qui s'offrent à elle en tenant compte du fait qu'une entreprise multinationale peut, en tant que partie à l'accord, obtenir des avantages autres qu'un meilleur taux d'intérêt (voir paragraphe 10.146).

10.119. Lors de la délimitation des transactions liées à la gestion centralisée de la trésorerie, il est possible de constater que les économies et gains d'efficacité sont obtenus grâce à des synergies de groupe qui résultent d'une action délibérée et concertée (comme indiqué à la section D.8 du chapitre I).

10.120. Comme mentionné au paragraphe 1.179, afin d'évaluer les effets qui découlent d'une action délibérée et concertée de la part d'un groupe, il convient de procéder à une analyse fonctionnelle approfondie. De la sorte, en présence d'un accord de gestion centralisée de la trésorerie, il est nécessaire de déterminer

(i) la nature de l'avantage ou de l'inconvénient considéré, (ii) le montant que représente cet avantage ou inconvénient et (iii) la façon dont cet avantage ou inconvénient doit être réparti entre les membres du groupe multinational.

10.121. Les accords de gestion centralisée de la trésorerie peuvent générer des avantages comme une baisse des charges d'intérêts débiteurs ou une hausse des produits d'intérêts créditeurs, sous l'effet de la compensation des soldes des différentes entreprises participantes. Le montant de tels avantages issus d'une synergie de groupe, évalué par comparaison avec les résultats que chaque participant aurait obtenus s'il avait eu pour unique contrepartie des entreprises indépendantes, est le plus souvent réparti entre les participants à l'accord après déduction d'une rémunération appropriée pour l'entité responsable de la gestion centralisée au titre des fonctions qu'elle exerce, calculée conformément à la section C.2.3 de ce chapitre.

10.122. Aux fins de l'analyse des accords de financement intra-groupe fondés sur une gestion centralisée de la trésorerie, un autre aspect appelle un examen attentif dès lors que les membres d'un groupe d'entreprises multinationales présentent des excédents ou des besoins de trésorerie qui dépassent le cadre d'accords de financement à court terme et relèvent d'un terme plus long. Il convient alors de se demander, sur le fondement de la délimitation précise des transactions, s'il est approprié de considérer qu'il s'agit, non plus de transactions relevant d'une trésorerie centralisée à court terme, mais plutôt de prêts ou d'emprunts à plus long terme.

10.123. L'une des difficultés pratiques consiste alors à fixer la durée pendant laquelle un solde doit être considéré comme relevant de la gestion centralisée de la trésorerie, avant de le rattacher à une autre catégorie, comme celle des prêts à terme. Les accords de gestion centralisée de la trésorerie ayant vocation à être des accords de court terme centrés sur la gestion des liquidités, il peut être approprié de se demander si une même tendance est observée au fil des ans et d'examiner les pratiques de gestion financière du groupe d'entreprises multinationales considérée, sachant que le rendement obtenu au titre des soldes de trésorerie est une composante fondamentale de la gestion financière.

10.124. Les administrations fiscales qui analysent un accord de gestion centralisée de la trésorerie peuvent se heurter à des difficultés lorsque les différentes entités participantes ont leurs résidences respectives dans différentes juridictions, ce qui complique d'autant l'accès aux informations nécessaires pour contrôler la position déclarée par le contribuable. Il serait utile à cet égard que les groupes d'entreprises multinationales fournissent, dans le cadre de leur documentation sur les prix de transfert, des informations concernant la structure des accords de gestion centralisée de la trésorerie, la rémunération perçue par l'entité responsable et les avantages obtenus par les entreprises participantes. (Voir l'annexe I au chapitre V consacrée aux informations devant figurer dans le fichier principal au titre de la documentation des prix de transfert).

10.125. Avant de tenter de déterminer d'une quelconque manière la rémunération de l'entité responsable de la gestion centralisée et des participants, il est primordial, aux fins de l'analyse de prix de transfert, d'identifier et d'examiner, conformément aux directives figurant au chapitre I, les risques économiquement significatifs associés à l'accord de gestion centralisée de la trésorerie, lesquels peuvent recouvrir le risque de liquidité et le risque de crédit. Il conviendrait d'analyser ces risques en prenant en compte la courte durée intrinsèque des positions créditrices et débitrices des participants à l'accord de gestion centralisée de la trésorerie (voir paragraphe 10.123).

10.126. Dans un accord de gestion centralisée de la trésorerie, le risque de liquidité résulte du décalage entre l'échéance du crédit et les soldes débiteurs des participants. En supposant que le risque de liquidité associé à un accord de gestion centralisée de la trésorerie exige l'exercice de fonctions de contrôle allant au-delà de la simple compensation des positions débitrices et créditrices des participants, il faudra procéder à une analyse du processus de prise de décisions portant sur les montants des positions débitrices et créditrices qui entrent dans le cadre de l'accord de gestion centralisée de la trésorerie pour répartir le risque de liquidité conformément à ce que prévoit le chapitre I.

10.127. Le risque de crédit fait référence au risque de perte résultant de l'incapacité des participants dont les positions sont débitrices de rembourser leurs retraits d'espèces. Du point de vue de l'entité responsable de la gestion centralisée de la trésorerie, il faut qu'il existe une probabilité, pour elle, de subir des pertes découlant d'une défaillance des participants en position débitrice pour qu'elle supporte le risque de crédit. C'est pourquoi il faudra conduire un examen, conformément aux directives figurant dans le chapitre I, pour déterminer, en fonction des faits et circonstances propres au cas d'espèce, quelle est l'entité, au sein du groupe, qui exerce les fonctions de contrôle et qui a la capacité financière d'assumer le risque de crédit associé à l'accord de gestion centralisée de trésorerie.

C.2.3. Détermination du prix de pleine concurrence des transactions liées à la gestion centralisée de la trésorerie

10.128. Comme souvent en matière d'opérations de financement, une dénomination ou description utilisée pour décrire une opération donnée peut renvoyer à différents objectifs et donner lieu à plusieurs interprétations. Chaque cas doit être examiné sur le fondement des faits et circonstances qui lui sont propres, et il convient de procéder, sans exception, à une délimitation précise des transactions réelles, conformément aux principes énoncés au chapitre I, avant toute décision concernant la méthode appropriée pour calculer le prix d'une transaction.

C.2.3.1. Rémunération de l'entité responsable de la gestion centralisée

10.129. La rémunération appropriée de l'entité responsable de la gestion centralisée est calculée au regard des faits et circonstances propres à chaque cas, ainsi que des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés pour mettre en œuvre l'accord de gestion centralisée de la trésorerie.

10.130. En règle générale, l'entité responsable de la gestion centralisée de la trésorerie exerce seulement des fonctions de coordinateur ou d'agent et centralise sur un compte bancaire principal différentes écritures comptables permettant d'amener au niveau cible prédéfini le solde des comptes détenus par les entreprises participantes. Lorsque les fonctions qu'elle exerce sont limitées de la sorte, l'entité responsable de la gestion centralisée reçoit le plus souvent une rémunération limitée à proportion.

10.131. Si la délimitation précise des transactions réelles montre que l'entité responsable de la gestion centralisée exerce des fonctions qui dépassent celles d'un coordinateur ou d'un agent, il convient d'utiliser, pour établir le prix de ces transactions, la plus appropriée des approches décrites dans d'autres sections des présentes directives.

10.132. Les exemples ci-dessous illustrent les principes décrits précédemment.

Exemple 1

10.133. X est la société mère d'un groupe d'entreprises multinationales dont les filiales H, J, K et L participent à un accord de mise en commun physique de la trésorerie aux côtés d'une autre filiale, M, qui intervient en tant qu'entité responsable de la gestion centralisée de la trésorerie. Tous les participants utilisent la même monnaie fonctionnelle dans leurs transactions, la seule utilisée dans le cadre de l'accord de gestion centralisée de la trésorerie.

10.134. M souscrit un contrat de services de gestion centralisée de la trésorerie intra-groupe auprès d'une banque à laquelle elle n'est pas liée. Un dispositif juridique est mis en place pour tous les participants afin d'autoriser les transferts vers le compte central de trésorerie de M, ou depuis celui-ci, qui sont nécessaires pour amener le solde du compte des différents participants à un niveau cible prédéfini pour chacun d'entre eux.

10.135. En application du contrat de services de gestion centralisée, la banque effectue les transferts nécessaires afin d'atteindre le solde cible prédéfini pour chaque participant et considère le solde global des trésoreries mises en commun, suivant le cas, comme un dépôt net effectué par M ou comme un besoin net de financement de M devant être couvert par un prêt. La facilité de crédit accordée par M est garantie par X. La banque indépendante calcule les intérêts versés ou facturés à M en fonction du solde global des trésoreries mises en commun. En l'occurrence, M reçoit des excédents de H

et J, tandis qu'elle doit apporter des fonds à K et L. Les intérêts sur les soldes des participants sont facturés ou versés en application de l'accord de gestion centralisée de la trésorerie.

10.136. Ce dispositif permet à M de verser moins de charges d'intérêts à la banque, ou de percevoir plus de produits d'intérêt, que cela ne serait le cas en l'absence d'une gestion centralisée.

10.137. L'analyse fonctionnelle montre que M ne supporte pas de risque de crédit, celui-ci restant assumé par les entreprises participantes, et exerce une simple fonction de coordination. De plus, les fonctions exercées et les risques assumés par M ne sont pas ceux qu'une banque exercerait et assumerait. Par conséquent, la rémunération de M ne devrait pas être aussi élevée que celle perçue par une banque au titre des différentiels entre ses taux de dépôt et de prêt. M devrait percevoir une rémunération conforme à l'importance limitée des fonctions qu'elle exerce pour les participants à l'accord de gestion centralisée de la trésorerie.

Exemple 2

10.138. La société T, membre du groupe d'entreprises multinationales Y, est l'entité qui gère la trésorerie de ce groupe d'entreprises multinationales et réalise à ce titre différentes opérations financières, tant au sein du groupe qu'à l'extérieur. Sa mission principale consiste à fournir des services de trésorerie aux autres entités du groupe, ce qui inclut la définition de la stratégie en ce domaine et la gestion des liquidités au niveau du groupe. La société T est chargée de lever des fonds pour l'ensemble du groupe en procédant à des émissions obligataires ou en empruntant auprès de banques indépendantes. Elle met également en place des prêts intra-groupe pour répondre, le cas échéant, aux besoins de financement des différentes entités du groupe.

10.139. En application des accords de gestion des liquidités au niveau du groupe, la société T exerce les fonctions prévues par un accord de gestion centralisée de la trésorerie intra-groupe et prend les décisions relatives au placement des excédents et au financement des besoins de trésorerie. Elle fixe les taux d'intérêt appliqués au sein du groupe et supporte les risques liés aux différentiels entre les taux qu'elle pratique avec les autres membres du groupe et ceux qu'elle négocie auprès de prêteurs indépendants. La société T assume par ailleurs les risques de crédit, de liquidité et de change au titre des financements intra-groupe, elle décide de couvrir, ou non, ces risques, et, dans l'affirmative, choisit les instruments de couverture.

10.140. Une analyse menée conformément aux directives figurant à la section D.1 du chapitre I conclut que les transactions réelles peuvent être délimitées avec précision comme étant des prêts intra-groupe mis en place dans le cadre des activités de trésorerie exercées par la société T puisque

celle-ci exerce des fonctions et assume des risques qui dépassent les fonctions de coordination d'une entité responsable de la gestion centralisée de la trésorerie. En particulier, l'analyse fonctionnelle montre que la société T contrôle les risques financiers qui lui sont contractuellement attribués et qu'elle a la capacité financière d'assumer ces risques.

10.141. Par conséquent, la société T devrait être rémunérée à hauteur des fonctions exercées et des risques assumés, conformément aux directives présentées précédemment à la section C.1. Cette rémunération peut représenter tout ou partie du différentiel entre les taux appliqués aux dépôts et aux prêts.

10.142. Il convient de garder à l'esprit que les autres membres du groupe qui font appel aux services de la société T ne le font que parce qu'il n'existe aucune autre option plus favorable.

C.2.3.2. Rémunération des entreprises participant à un accord de gestion centralisée de la trésorerie

10.143. La rémunération des entreprises participant à un accord de gestion centralisée de la trésorerie sera calculée en déterminant les taux d'intérêt de pleine concurrence applicables aux positions débitrices et créditrices des participants à l'accord, en fonction desquels les avantages d'une synergie de groupe découlant de l'accord de gestion centralisée de la trésorerie seront répartis entre les participants, ce qui sera généralement fait une fois que la rémunération de l'entité responsable de la gestion centralisée de la trésorerie aura été calculée.

10.144. Finalement, la rémunération des entreprises participant à un accord de gestion centralisée de la trésorerie dépendra des faits et circonstances propres au cas d'espèce et des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés par chacun des participants. C'est pourquoi les présentes directives n'ont pas vocation à définir une approche prescriptive de la répartition des avantages découlant de la gestion centralisée de la trésorerie entre les participants dans une situation donnée, mais visent plutôt à énoncer les principes qui devraient guider cette répartition.

10.145. Déterminer les taux d'intérêt de pleine concurrence pour les transactions intra-groupes réalisées dans le cadre d'une gestion centralisée de la trésorerie peut se révéler un exercice difficile à cause du manque d'accords comparables entre parties indépendantes. Dans ce contexte, les accords conclus avec des banques faisant intervenir une entité responsable de la gestion centralisée de la trésorerie, compte tenu des différences fonctionnelles entre la banque et l'entité responsable de la gestion centralisée de la trésorerie et les options réalistes envisageables par les participants peuvent faciliter l'identification de taux d'intérêts comparables dans le cadre d'analyses de prix de transfert.

10.146. On peut s'attendre à ce que tous les participants à un accord de gestion centralisée de la trésorerie soient avantagés par rapport à une situation où un tel accord n'existerait pas. Selon les faits et circonstances propres au cas d'espèce, l'existence d'un tel accord pourrait, par exemple, signifier que tous les participants bénéficieraient, au titre de cet accord, de taux d'intérêt plus élevés applicables aux positions débitrices et créditrices par comparaison avec les taux qu'ils auraient pu escompter s'ils avaient emprunté ou déposé des fonds en dehors de tout accord. Néanmoins, il est important de noter que les participants à un accord de gestion centralisée de la trésorerie peuvent souhaiter être partie à un tel accord pour avoir accès à des avantages autres qu'une majoration des taux d'intérêt comme, par exemple, pour avoir accès à une source permanente de financement ; pour réduire leur exposition vis-à-vis de banques extérieures ; ou pour avoir accès à des liquidités auxquelles ils ne pourraient accéder autrement.

C.2.3.3. Garanties aux fins de la gestion centralisée de la trésorerie

10.147. Lors de la conclusion d'un accord de gestion centralisée de la trésorerie, il peut être approprié de prévoir des garanties réciproques ainsi que des droits de compensation entre les entreprises participantes. Il convient dès lors de déterminer si des commissions de garantie doivent être versées. Tout en soulignant l'importance de tenir compte des faits et circonstances propres à chaque cas, il convient de mentionner plusieurs caractéristiques fréquentes des dispositifs de gestion centralisée de la trésorerie : les entreprises participantes sont généralement nombreuses ; il peut y avoir des entités en position débitrice et des entités en position créditrice ; chaque participant peut présenter une notation de crédit différente et l'accord de services de gestion centralisée de la trésorerie conclu avec une banque peut imposer la mise en place de garanties réciproques et de droits de compensation entre les différents participants.

10.148. Ces garanties réciproques et droits de compensation sont des caractéristiques que l'on n'observerait pas entre des parties indépendantes. Chaque garant apporte une garantie en faveur de tous les participants, mais n'exerce pas de contrôle sur les parties pouvant rejoindre l'accord de mise en commun des trésoreries, ni sur le montant des dettes qu'il accepte de garantir, et il n'est pas nécessairement en mesure d'accéder aux informations relatives aux parties dont il se porte garant. Dans la mesure où d'autres parties fournissent également des garanties au titre des mêmes prêts, un garant n'est pas toujours à même d'évaluer le risque supporté en cas de défaut de paiement. Dans la pratique, la garantie formelle apportée dans le cadre d'une telle garantie réciproque correspond, pour l'essentiel, à reconnaître qu'il serait préjudiciable aux intérêts du groupe de ne pas apporter un soutien à l'entité responsable de la gestion centralisée de la trésorerie, donc, par extension, à l'emprunteur. En conséquence, l'amélioration de la capacité de crédit de

l'emprunteur ne peut aller au-delà de celle qui correspond au soutien implicite des autres membres du groupe. Dès lors que les faits et circonstances étayent cette conclusion, aucune commission de garantie n'est applicable, et tout soutien apporté en cas de défaut de paiement d'un autre membre du groupe devra être considéré comme un apport de capital.

C.3. Couverture

10.149. Les transactions financières intra-groupe peuvent inclure des instruments de transfert des risques entre différentes entités d'un groupe d'entreprises multinationales. À titre d'exemple, les opérations de couverture sont fréquemment utilisées, dans le cadre ordinaire des activités, afin d'atténuer l'exposition à des risques comme les variations des taux de change ou des prix des produits de base. En application de ses propres pratiques d'entreprise, une entité indépendante peut choisir d'assumer ces risques ou de mettre en place une couverture. Néanmoins, au sein d'un groupe d'entreprises multinationales, ces risques peuvent être traités différemment en fonction de l'approche retenue par le groupe en matière de gestion et de couverture des risques.

10.150. Il est fréquent que les groupes d'entreprises multinationales centralisent les fonctions de trésorerie et appliquent des stratégies d'atténuation des risques liés aux taux d'intérêt et de change en vue d'améliorer l'efficacité et l'efficacité de leurs opérations, si bien que des entités appartenant à ces groupes peuvent voir leurs risques couverts sans avoir conduit d'opérations de couverture du point de vue de l'entreprise multinationale dans son ensemble.

10.151. Un groupe d'entreprises multinationales peut utiliser plusieurs dispositifs pour centraliser la couverture des risques, notamment :

- déléguer la responsabilité de la couverture des risques à une entité chargée de gérer la trésorerie du groupe, les contrats de couverture des risques étant conclus pour les entreprises concernées et au nom de celles-ci ;
- déléguer la responsabilité de la couverture des risques à une entité chargée de gérer la trésorerie du groupe, les contrats de couverture des risques étant conclus par une autre entité du groupe en son nom propre ;
- recenser les mécanismes de couverture naturelle au sein du groupe, de telle sorte qu'aucun contrat de couverture n'est conclu.

10.152. Lorsqu'une entité exerçant la gestion centralisée de la trésorerie met en place un contrat de couverture ensuite conclu par une autre entité du groupe, elle fournit un service à cette entreprise et devrait recevoir en contrepartie une rémunération définie conformément au principe de pleine concurrence.

10.153. Toutefois, des questions plus difficiles liées aux prix de transfert peuvent être soulevées lorsque le contrat est conclu par l'entité exerçant la gestion centralisée ou par une autre entité du groupe, car, dans ce cas, les positions ne semblent pas compensées à l'échelle de l'entité, alors même que la position du groupe est protégée. Si des instruments de couverture par compensation sont en place au sein du groupe, mais pas au sein d'une entité donnée, ou si la position du groupe est protégée sans que des instruments contractuels aient été mis en place (comme dans le cas d'une couverture naturelle), il serait inapproprié de mettre en correspondance les couvertures au sein d'une même entité ou de reconnaître des opérations de couverture en l'absence de contrats écrits sans avoir conduit, au préalable, une analyse complète passant par la délimitation précise des transactions réelles conformément à la section D.1 du chapitre I (action délibérée et concertée consistant à mettre en place une couverture pour un risque spécifique, par exemple), et un examen de la rationalité commerciale des transactions conformément à la section D.2 du chapitre I.

D. Garanties financières

10.154. La présente section examine les garanties financières sur certaines transactions intragroupe. Avant de prendre en compte les conséquences éventuelles d'une garantie financière sur les prix de transfert, il convient de bien appréhender la nature et la portée des obligations garanties et leurs conséquences pour l'ensemble des parties, en délimitant précisément la transaction effective conformément aux dispositions de la section D.1 du chapitre I.

10.155. D'une manière générale, une garantie financière prévoit l'obligation pour le garant d'exécuter des obligations financières déterminées en cas de défaillance du bénéficiaire de la garantie. Différents termes sont utilisés pour désigner différents types de soutien au crédit d'un membre d'un groupe d'EMN en faveur d'un autre membre de ce groupe. Ceux-ci vont de la garantie écrite formelle au soutien implicite découlant uniquement de l'appartenance au groupe d'EMN. Dans le contexte de la présente section, une garantie s'entend comme un engagement juridiquement contraignant de la part du garant à assumer une obligation spécifique en cas de manquement à cette obligation par le débiteur bénéficiant de la garantie. Dans les cas de figure les plus fréquemment rencontrés dans le contexte des prix de transfert, une entreprise associée agissant comme garant accorde une garantie sur un prêt contracté par une autre entreprise associée auprès d'un prêteur indépendant.

D.1. Délimitation précise des garanties financières

D.1.1. Avantage économique découlant d'une garantie financière

10.156. La délimitation précise d'une garantie financière nécessite dans un premier temps d'examiner l'avantage économique pour l'emprunteur, au-delà de celui qui découle de l'association passive, comme l'explique la section C.1.1.3.

10.157. Du point de vue de l'emprunteur, une garantie financière peut influencer sur les conditions de l'emprunt – par exemple, l'existence d'une garantie peut permettre à son bénéficiaire d'obtenir un taux d'intérêt plus favorable puisque le prêteur a accès à un ensemble d'actifs plus large –, ou sur le montant de l'emprunt – par exemple, en permettant à l'emprunteur de contracter un prêt plus important.

D.1.1.1. Amélioration des conditions d'emprunt

10.158. La présence d'une ou de plusieurs garanties explicites offre au prêteur l'assurance que le(s) garant(s) s'est/se sont engagé(s) juridiquement, et réduit son exposition aux risques dans la mesure où il a accès aux actifs du garant en cas de défaut de paiement de l'emprunteur. Concrètement, l'emprunteur peut, du fait de la garantie, espérer emprunter aux conditions qui seraient applicables si sa notation de crédit était identique à celle du garant, plutôt qu'aux conditions auxquelles sa propre notation de crédit lui permettrait de prétendre en l'absence de garanties. Les principes et méthodes de fixation du prix de la garantie dans ces circonstances sont semblables à ceux applicables aux prêts décrits à la section C.1.2.

10.159. Lorsqu'une garantie intragroupe ainsi délimitée avec précision a pour effet de diminuer le coût du financement par emprunt pour l'emprunteur, ce dernier doit être disposé à verser une contrepartie financière, à condition que sa situation financière globale ne s'en trouve pas détériorée. Dans le cadre de l'examen de la situation financière globale de l'emprunteur après octroi de la garantie, le coût d'un emprunt assorti d'une garantie (y compris le coût de la garantie et les éventuels frais associés à sa négociation) sera comparé au coût de l'emprunt en l'absence de garantie, ajusté de tout soutien implicite. Un emprunt garanti pourra également influencer sur les conditions générales du prêt autres que le prix, en fonction des faits et circonstances propres à chaque cas d'espèce.

10.160. Alternativement, l'analyse effectuée au chapitre I pourra révéler que la prétendue garantie financière ne procure aucun avantage à l'emprunteur mais ne fait que refléter l'avantage que le bénéficiaire aurait de toute façon obtenu du fait de son appartenance au groupe d'EMN. En pareille situation, sur la base d'une analyse des faits et des circonstances, une entreprise indépendante

agissant dans des circonstances comparables n'accepterait pas de payer pour l'octroi d'une garantie financière, et le garant n'offrirait rien de plus qu'un service administratif à l'emprunteur (voir le paragraphe 10.164 et les instructions figurant dans le chapitre VII).

D.1.1.2. Accès à un prêt plus important

10.161. Lorsque la garantie donne à l'emprunteur la possibilité de contracter un prêt plus important que celui qu'il pourrait obtenir en l'absence d'une telle garantie, celle-ci permet non seulement de consolider la notation de crédit de l'emprunteur, mais également d'augmenter potentiellement sa capacité d'emprunt tout en faisant baisser les taux d'intérêt qui lui sont applicables au regard de sa capacité d'emprunt existante. Dans ce cas de figure, deux questions peuvent se poser – dans quelle mesure une fraction du prêt consenti par le prêteur à l'emprunteur peut être délimitée précisément comme un prêt du prêteur au garant (susceptible de donner lieu à un apport de capital du garant à l'emprunteur), et dans quelle mesure la commission de garantie versée en contrepartie de cette fraction du prêt considérée comme un prêt du prêteur à l'emprunteur est de pleine concurrence. On pourrait conclure de l'analyse de telles transactions, en prenant en compte tous les faits et circonstances du cas d'espèce, que la détermination du prix de la commission de garantie doit porter uniquement sur une commission relative à une fraction délimitée précisément comme un prêt, le solde du prêt octroyé devant être considéré comme un prêt au garant susceptible de donner lieu à un apport en capital du garant à l'emprunteur.

D.1.2. Effet de l'appartenance à un groupe

10.162. Cette section examine l'effet de l'appartenance à un groupe sur la détermination du prix de pleine concurrence de garantie financières, en s'inspirant des principes énoncés à la section C.1.1.

10.163. Le garant qui fournit une garantie explicite s'expose à un risque supplémentaire, dans la mesure où il s'engage juridiquement à se substituer à l'emprunteur en cas de défaut de paiement de celui-ci. Tout engagement autre qu'un engagement juridiquement contraignant comme une « lettre de confort », ou tout autre type moins formel de soutien au crédit, n'implique aucune acceptation explicite du risque. Chaque situation devra être évaluée au cas par cas, mais en règle générale, en l'absence de garantie explicite, seule l'appartenance de l'emprunteur au groupe d'EMN permet de fonder les attentes de l'une quelconque des parties quant au soutien émanant des autres membres du groupe dont pourrait bénéficier une entreprise associée qui contracte un emprunt. À cette fin, c'est l'ensemble des faits et des circonstances qui déterminent si un engagement d'un membre du groupe à se substituer à un autre membre en cas de défaut de paiement constitue une lettre de confort ou

une garantie, y compris le point de savoir si le créancier a le pouvoir juridique de faire exécuter cet engagement. L'avantage d'un tel soutien imputable à l'appartenance de l'emprunteur au groupe d'EMN découlera d'une association passive et non de la fourniture d'un service justifiant le versement d'une commission. Voir le paragraphe 7.13 portant sur l'association passive.

10.164. Un emprunteur ne sera généralement pas disposé à payer pour obtenir une garantie à moins de pouvoir s'attendre à obtenir un avantage approprié en retour. Même une garantie explicite ne conférera pas nécessairement un avantage à l'emprunteur. À titre d'exemple, les clauses restrictives applicables aux lignes de crédit accordées par une banque à la société mère ou à un autre membre d'un groupe d'EMN peuvent prévoir que le défaut de paiement d'un membre du groupe constitue un motif de résiliation du crédit accordé ou peut avoir d'autres conséquences préjudiciables. D'autres liens juridiques, financiers ou opérationnels peuvent contraindre le groupe d'EMN à rester solidaire de l'emprunteur en cas de difficultés financières pour éviter une dégradation de sa notation de crédit. Toutes ces situations peuvent se concrétiser par des liens d'interdépendance financière entre les membres du groupe tout à fait distincts d'un quelconque contrat de garantie formel, de sorte que la fourniture d'une garantie explicite ne change pas fondamentalement le risque économique assumé par le garant. En d'autres termes, la garantie formelle peut n'être rien de plus que la simple reconnaissance qu'il serait contraire aux intérêts du groupe d'EMN de ne pas soutenir financièrement l'emprunteur. Dans de telles circonstances, il se peut que la garantie n'offre pas à l'emprunteur d'autre avantage que le rehaussement de crédit dont il bénéficie déjà grâce au soutien implicite des autres membres du groupe sans qu'aucune commission de garantie ne soit due.

10.165. Une question analogue se pose en ce qui concerne les garanties réciproques, lorsque deux entités ou plus d'un groupe d'EMN se portent mutuellement garantes de leurs obligations. En cas de défaut de paiement d'un emprunteur bénéficiant de la garantie, le prêteur a ainsi accès aux actifs de chacune des entités qui se garantissent mutuellement, ce qui lui offre potentiellement plus de souplesse qu'une simple garantie, en lui permettant, le cas échéant, de se tourner vers l'entité de son choix pour recouvrer ses créances. Pour sa part, l'emprunteur bénéficie de multiples garanties sur ses emprunts et peut lui-même se porter garant pour de multiples emprunts. Ce qui soulève la question de l'évaluation de chacune de ces garanties. Un tel exercice est complexe non seulement en raison du nombre potentiellement élevé de garanties à évaluer, mais également parce que chacune des parties qui apportent des garanties peut à son tour bénéficier d'une garantie de la part d'une des parties dont elle se porte garante. Évaluer les effets d'un accord de garantie réciproque est donc difficile, voire pratiquement impossible à mesure que le nombre de parties en présence augmente. Et il n'est pas toujours possible de déterminer les effets d'une garantie entre deux parties, quelles qu'elles soient, lorsqu'un même

risque est couvert par de multiples garanties. L'analyse des faits peut aboutir à la conclusion qu'un tel accord n'améliore pas davantage la solvabilité d'un membre d'un groupe d'EMN que l'association passive dont il bénéficie, auquel cas tout soutien financier apporté par un autre membre du groupe en cas de défaut de paiement doit être considéré comme un apport en capital.

D.1.3. Capacité financière du garant

10.166. L'examen des garanties financières sous l'angle d'une délimitation précise doit également prendre en compte la capacité financière du garant à assumer ses obligations en cas de défaut de l'emprunteur. Cela nécessite d'évaluer la notation de crédit du garant et de l'emprunteur ainsi que la corrélation entre leurs situations sur le marché.

10.167. Un prêteur tirerait parti d'une notation de crédit plus élevée du garant (par rapport à celle de l'emprunteur) et/ou de son portefeuille d'actifs (en plus de celui de l'emprunteur), et l'emprunteur peut par conséquent s'attendre à un avantage sous la forme d'un taux d'intérêt plus bas. Aussi, sur la base des faits et des circonstances, une garantie peut procurer un avantage à un emprunteur dont la notation de crédit est identique ou supérieure à celle du garant si cette garantie permet effectivement au prêteur d'accéder à des recours plus nombreux et, partant, réduit le taux d'intérêt bien que le garant ne bénéficie pas d'une notation de crédit plus élevée. Pour déterminer la notation de crédit du garant et de l'emprunteur, il convient de prendre en compte l'effet d'un soutien implicite, comme l'explique la section C.1.1.

10.168. De même, la capacité financière du garant d'honorer ses obligations nécessite d'analyser la corrélation entre les activités commerciales du garant et celles de l'emprunteur. Dans les cas où le garant et l'emprunteur opèrent dans des conditions de marché similaires, un événement négatif sur le marché qui affecte les résultats de l'emprunteur et augmente son risque de défaut peut aussi affecter le garant et sa capacité à honorer ses obligations.

D.2. Déterminer le prix de pleine concurrence des garanties

10.169. La présente section décrit plusieurs méthodes de fixation des prix applicables dans les cas où une garantie s'avère appropriée. D'autres approches devront néanmoins être envisagées, et en particulier les orientations fournies au chapitre VII, dès lors que la délimitation précise de la transaction effective révèle que la prétendue garantie n'en est pas une. Comme dans toute analyse de prix de transfert, le choix de la méthode la plus appropriée doit être cohérent au regard de la transaction réelle telle que délimitée avec précision notamment au moyen d'une analyse fonctionnelle (voir chapitre II).

D.2.1. Méthode CUP

10.170. La méthode du prix comparable sur le marché libre (CUP) peut être employée lorsqu'il existe des comparables externes ou internes, à savoir lorsque des garants indépendants offrent des garanties sur des prêts comparables à d'autres emprunteurs, ou lorsque le même emprunteur a contracté des prêts comparables garantis par des parties indépendantes.

10.171. Aux fins de déterminer si des transactions contrôlées et non contrôlées sont comparables, il convient de tenir compte de tous les facteurs susceptibles d'avoir une incidence sur la commission de garantie, comme le profil de risque de l'emprunteur, les termes et conditions de la garantie, les termes et conditions du prêt sous-jacent (montant, devise, échéance, degré de priorité, etc.), le différentiel de notation de crédit entre le garant et le bénéficiaire, les conditions du marché, etc. Lorsqu'elles existent, les garanties sur le marché libre constituent le comparable le plus fiable pour déterminer les commissions de garantie de pleine concurrence.

10.172. La méthode CUP se heurte néanmoins à la faible probabilité de trouver des informations publiquement disponibles sur une garantie de crédit suffisamment similaire entre parties non liées, car il est rare que des parties non liées garantissent des prêts bancaires.

10.173. Une entité indépendante qui apporte une garantie financière s'attendra à percevoir une commission en contrepartie du risque qu'elle assume en acceptant les passifs éventuels de l'emprunteur et de la valeur associée à la garantie. Néanmoins, il convient de garder à l'esprit que le prix facturé par le garant indépendant reflétera en partie les frais encourus aux fins de lever les capitaux et de satisfaire aux obligations réglementaires. Or, les entreprises associées peuvent ne pas avoir à supporter de tels frais.

D.2.2. Méthode du rendement (yield approach)

10.174. Cette approche quantifie l'avantage, en termes de réduction de taux d'intérêt, conféré par la garantie au bénéficiaire. Elle consiste à calculer le différentiel entre le taux d'intérêt qui aurait été appliqué à l'emprunteur en l'absence de garantie et le taux d'intérêt exigible avec la garantie. La première étape consiste à déterminer le taux d'intérêt qui aurait été applicable à l'emprunteur sur la base de ses caractéristiques intrinsèques, en tenant compte du soutien implicite résultant de son appartenance au groupe. Voir la section C.1.2.

10.175. L'étape suivante consiste à déterminer, en suivant un processus analogue (sauf s'il peut être observé directement dans le cas d'un prêt octroyé par un tiers), le taux d'intérêt exigible avec la garantie explicite. Le différentiel d'intérêts peut être utilisé pour quantifier l'avantage obtenu par l'emprunteur du fait de la garantie. Aux fins d'évaluer l'ampleur de cet avantage, il est

important de faire la distinction entre l'impact d'une garantie explicite et les effets d'un éventuel soutien implicite résultant de l'appartenance au groupe (voir l'exemple 2 au paragraphe 1.187). L'avantage à évaluer ne correspond pas à la différence entre le coût pour l'emprunteur considéré isolément en l'absence de garantie et le coût à payer du fait de la garantie explicite, mais bien à la différence entre le coût pour l'emprunteur après prise en compte de l'avantage procuré par un éventuel soutien implicite et le coût après prise en compte de l'avantage conféré par la garantie explicite.

10.176. L'avantage conféré par le soutien implicite correspondra à la différence entre les conditions d'emprunt que l'entité emprunteuse pourra obtenir du fait de sa notation de crédit en tant que membre du groupe d'EMN, et celles auxquelles sa propre notation de crédit lui permettrait de prétendre si elle avait un statut autonome, celui d'une entreprise totalement indépendante. Si l'emprunteur s'est déjà vu attribuer sa propre note par une agence de notation indépendante, cette note tiendra vraisemblablement compte de son appartenance au groupe d'EMN et il ne sera généralement pas nécessaire de procéder à un ajustement de cette note pour refléter le soutien implicite dont il bénéficie.

10.177. Cette analyse aboutit à fixer le prix plafond de la commission de garantie (autrement dit, le montant maximum que le bénéficiaire de la garantie sera disposé à payer). Ce montant correspond à la différence entre le taux d'intérêt applicable avec la garantie et le taux d'intérêt applicable sans la garantie mais en tenant compte du soutien implicite (et des frais éventuellement encourus). L'emprunteur n'aura aucun intérêt à conclure un contrat de garantie si la somme des intérêts versés à la banque et de la commission payée au garant correspond au total des intérêts dus à la banque en l'absence de garantie. Par conséquent, ce prix maximum de la commission ne reflète pas nécessairement le résultat de négociations qui seraient menées dans des conditions de pleine concurrence, mais le prix maximum que l'emprunteur sera disposé à payer.

D.2.3. Méthode du coût

10.178. Cette méthode vise à quantifier le risque supplémentaire supporté par le garant, en estimant la valeur de la perte à laquelle le garant peut s'attendre du fait de l'exercice de la garantie (perte en cas de défaut). Le coût escompté pourra aussi être déterminé en référence aux capitaux requis pour supporter le risque assumé par le garant.

10.179. Plusieurs modèles différents permettent d'estimer la perte escomptée et les besoins en capitaux. Les modèles les plus répandus de fixation des prix partent du postulat que les garanties financières équivalent à d'autres instruments financiers, et fixent un prix à ces autres instruments, par exemple en assimilant les garanties à des options de vente et en calculant leur prix à

partir de modèles applicables à de telles options (ou de modèles applicables à des contrats d'échange sur risque de défaillance, etc.). Par exemple, les données publiquement disponibles relatives aux primes des contrats d'échange sur risque de défaillance peuvent être utilisées pour estimer le risque de défaut associé à l'emprunt et, par conséquent, la commission de garantie. Lorsque ce type de données est utilisé, l'identification de l'événement de défaut (faillite par exemple) est déterminante pour l'analyse de comparabilité entre la transaction contrôlée et le contrat d'échange sur risque de défaillance potentiellement comparable (voir la section C.1.2 portant sur la fiabilité des données relatives aux contrats d'échange sur risque de défaillance).

10.180. Pour chacun de ces modèles, la détermination du prix dépendra des hypothèses retenues dans le cadre du processus de modélisation. Quel que soit le modèle utilisé, la méthode d'évaluation du coût aboutit à une commission de garantie minimum (à savoir le montant minimum que le garant sera prêt à accepter) et ne reflète pas nécessairement le résultat de négociations qui seraient menées dans des conditions de pleine concurrence. Le montant de pleine concurrence doit (dans la limite des options réalistes disponibles) être déterminé en tenant compte des circonstances propres à l'emprunteur et au garant.

D.2.4. Méthode de l'évaluation de la perte escomptée

10.181. La méthode de l'évaluation de la perte escomptée consiste à estimer la valeur d'une garantie en calculant la probabilité de défaut de paiement, ajustée du taux de recouvrement attendu en cas de défaillance. Ce résultat est ensuite appliqué au montant nominal garanti pour calculer le coût correspondant à l'offre de garantie. Il est ensuite possible de déterminer le coût de la garantie en se fondant sur le rendement attendu du stock de capital à partir des modèles commerciaux de fixation des prix comme le Modèle d'équilibre des actifs financiers multi-facteurs (MEDAF).

D.2.5. La méthode du soutien en capital

10.182. La méthode du soutien en capital peut se justifier lorsque l'écart entre le profil de risque du garant et celui de l'emprunteur pourrait être comblé en injectant des capitaux supplémentaires au bilan de l'emprunteur. Cela supposerait de calculer dans un premier temps la notation de crédit de ce dernier abstraction faite de la garantie (mais en tenant compte du soutien implicite) dont il bénéficie, puis de déterminer le montant du capital notionnel supplémentaire nécessaire pour amener la notation de crédit de l'emprunteur au niveau de celle du garant. Le prix de la garantie pourrait ensuite être déterminé, en fonction du rendement attendu dudit capital, sous réserve que le rendement attendu reflète uniquement la fourniture de cette garantie par l'entreprise garante et non ses activités globales.

D.3. Exemples

10.183. Les exemples ci-après s'appuient sur les principes énoncés à la section D.8. du chapitre I, notamment au paragraphe 1.187.

D.3.1. Exemple 1

10.184. L'entreprise M, entité mère d'un groupe d'EMN, se voit régulièrement attribuer la notation financière AAA grâce à la solidité du bilan consolidé du groupe. L'entreprise D est membre du même groupe d'EMN. Considérée isolément, elle obtient seulement la note BBB. Elle doit emprunter 10 millions EUR auprès d'un prêteur indépendant.

10.185. Supposons que la délimitation précise de la transaction effective montre que la note de l'entreprise D est, du fait de son association passive au groupe, rehaussée de BBB à A, et que la fourniture de la garantie explicite améliore encore cette note en la faisant passer à AAA. Supposons encore que les prêteurs indépendants appliquent un taux d'intérêt de 8 % aux entités notées A, et de 6 % aux entités notées AAA. Admettons également que l'entreprise M facture à l'entreprise D une commission de 3 % en contrepartie de la fourniture de la garantie, de sorte que la commission de garantie annule complètement l'avantage conféré par le relèvement de la notation découlant d'une telle garantie.

10.186. Dans un tel cas de figure, il peut ressortir de l'analyse effectuée conformément au chapitre I qu'une entreprise indépendante qui emprunterait aux mêmes conditions que l'entreprise D ne serait pas tenue de payer à l'entreprise M une commission de garantie de 3 % pour la fourniture de la garantie explicite, étant donné que l'entreprise D a financièrement avantage à ne pas souscrire une telle garantie.

D.3.2. Exemple 2

10.187. Le scénario est le même que celui de l'exemple 1, mais on suppose qu'en application des orientations figurant à la section D.2, il est possible d'identifier des transactions comparables sur le marché libre, qui montrent que le prix de pleine concurrence d'une garantie comparable se situerait dans une fourchette comprise entre 1 % et 1.5 %.

10.188. La délimitation précise de la transaction effective révèle que le relèvement de la notation de crédit de l'entreprise D de A à AAA est le résultat d'une action délibérée et concertée du groupe, à savoir l'octroi de la garantie par l'entreprise M. On peut alors penser que l'entreprise D sera encline à verser une commission de pleine concurrence à l'entreprise M en contrepartie de la garantie explicite, puisque la garantie lui confère un avantage financier.

E. Assurance captive

E.1. Définition et raison d'être de l'assurance et de la réassurance captives

10.189. Les groupes d'entreprises multinationales peuvent gérer leurs risques de plusieurs façons au sein du groupe. Ils peuvent par exemple choisir de constituer des réserves, de préfinancer des sinistres potentiels futurs de s'auto-assurer, de contracter une assurance auprès de tiers ou simplement d'assumer le risque spécifique. Dans d'autres cas, le groupe peut aussi choisir de consolider certains risques par l'intermédiaire d'une société d'assurance dite « captive ».

10.190. Dans les présentes instructions, l'expression « société d'assurance captive » désigne une entité ou une entreprise d'assurance dont l'activité d'assurance consiste pour l'essentiel à fournir des contrats d'assurance pour couvrir les risques encourus par des entités du groupe d'entreprises multinationales dont elle est membre.

10.191. En revanche, dans les présentes instructions, l'expression « société de réassurance » désigne une entité ou une entreprise de réassurance dont l'activité de réassurance consiste pour l'essentiel à fournir des contrats de réassurance pour couvrir les risques encourus par des parties non liées qui sont en premier lieu assurés par des entités du groupe d'entreprises multinationales dont elle est membre⁵. (Les cas de figure dans lesquels les risques encourus par des entités d'un groupe d'entreprises multinationales sont assurés en premier lieu par une partie indépendante mais réassurés ensuite par une entité au sein du groupe d'entreprises multinationales sont examinés à la section E.2.4).

10.192. Les sociétés d'assurance captive peuvent être soumises à la même réglementation que les autres compagnies d'assurance et de réassurance⁶. Les dispositions réglementaires spécifiques de l'activité d'assurance varient d'une juridiction à l'autre, mais elles comprennent généralement certaines exigences en matière actuarielle, comptable et de fonds propres. Quoique la réglementation applicable aux sociétés d'assurance ait pour but la protection des assurés, les autorités de réglementation locales peuvent imposer un régime réglementaire moins strict lorsque la société captive fournit des services d'assurance exclusivement aux membres du groupe d'entreprises multinationales.

5. Aux fins de la présente section, les entreprises d'assurance et de réassurance sont définies en référence aux activités d'assurance et de réassurance telles que décrites dans la Partie IV du *Rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables*. Cette description concerne le cadre général de l'activité d'assurance, mais les risques sur lesquels l'assuré peut exercer une certaine influence, comme le risque découlant de la responsabilité du fait du produit, ne sont pas pour autant exclus du champ de ces orientations.
6. Voir paragraphe 10.3.

10.193. De multiples raisons peuvent inciter un groupe d'entreprises multinationales à avoir recours aux services d'une société d'assurance captive, comme : stabiliser les primes versées par des entités au sein du groupe d'entreprises multinationales ; bénéficier d'un arbitrage fiscal et réglementaire ; avoir accès aux marchés de la réassurance ; ou atténuer la volatilité capacitaire du marché. Le groupe peut également considérer qu'il est financièrement plus avantageux de conserver le risque en interne.

10.194. Une des autres raisons possibles, outre celles susmentionnées, pour un groupe d'entreprises multinationales de recourir aux services d'une société d'assurance captive est la difficulté ou l'impossibilité d'obtenir une couverture d'assurance pour certains risques. Lorsque ces risques sont pris en charge par un assureur captif, cette situation peut soulever des questions concernant la possibilité de déterminer un prix de pleine concurrence ainsi que la rationalité commerciale d'un tel dispositif (voir section D.2 du chapitre I).

E.2. Délimitation précise de l'assurance et de la réassurance captives

10.195. Les principes relatifs à la délimitation précise de la transaction effective et à la répartition des risques tels qu'ils sont expliqués au chapitre I de ces Principes s'appliquent aux opérations des sociétés d'assurance et de réassurance captives de la même manière qu'à toute autre transaction intragroupe. Néanmoins, cette section aborde essentiellement la question de l'assurance captive (ainsi que de la réassurance captive-fronting). Il convient en particulier de garder à l'esprit :

- que l'exercice des fonctions d'atténuation des risques s'inscrit dans le concept plus large de la gestion des risques au sens large, et non dans celui du contrôle des risques (voir les paragraphes 1.61 et 1.65) ;
- qu'il faut faire la distinction entre le risque spécifique assuré (la décision revient en l'occurrence à la partie qui choisit ou non d'assurer, c'est-à-dire d'atténuer, le risque considéré ; cette partie est généralement l'assuré, mais il peut aussi s'agir d'une autre entité au sein du groupe d'entreprises multinationales) et le risque pris en charge par l'assureur dans le cadre de la prestation de services d'assurance à la partie assurée.

10.196. Bien que la fraction correspondant à la rémunération du risque pour la partie assurée et l'assureur puisse être fonction des mêmes événements dans les deux cas, le montant pourrait être sensiblement différent (par exemple, si le risque couvert se réalise et qu'une demande d'indemnisation est déposée, l'assuré pourrait percevoir une somme bien supérieure au montant de la prime qu'il aura versée, alors que le revenu de l'assureur se limitera aux primes

d'assurance et aux produits des placements reçus, indépendamment de la fraction de la rémunération du risque perçue par l'assuré).

10.197. L'assureur exerce une fonction d'atténuation des risques relativement au risque de la partie assurée, mais il n'assume pas directement ce risque. En fait, il prend en charge le risque lié à la couverture d'assurance (c'est-à-dire d'atténuation) du risque de l'assuré. Ce risque est contrôlé soit par l'assureur, soit (situation la plus probable dans le cas d'une société d'assurance captive) par une autre entité du groupe d'entreprises multinationales qui décide que le risque doit être assumé par l'assureur (voir paragraphe 10.223). L'assureur (ou une autre entité) peut décider de la manière de gérer ce risque, conformément au paragraphe 1.61 (ii), par exemple en diversifiant davantage son portefeuille de risques couverts ou en le réassurant.

10.198. Les sociétés d'assurance captives peuvent être autogérées en interne au sein du groupe d'entreprises multinationales, ou bien gérées par un prestataire de services indépendant (souvent la division d'un grand courtier d'assurance). En règle générale, ces activités de gestion consistent à veiller au respect de la législation locale, à émettre des polices d'assurance, à percevoir les primes, à verser les indemnisations, à préparer des rapports de sinistres et à fournir les gestionnaires locaux. Si la société d'assurance captive est gérée en interne au sein du groupe d'entreprises, il est nécessaire de déterminer quelle entité est chargée de sa gestion (si elle n'est pas assurée par les employés de la société d'assurance captive) et de rémunérer ces activités de gestion de manière appropriée.

10.199. Une des questions qui se posent fréquemment dans le contexte des prix de transfert de transactions réalisées par des sociétés d'assurance captives consiste à savoir si les transactions concernées sont des transactions d'assurance effectives. Il s'agit, en l'occurrence, de déterminer si un risque existe et, le cas échéant, s'il est pris en charge par la société d'assurance captive à la lumière des faits et des circonstances. On pourrait s'attendre à observer l'ensemble, ou une grande partie tout au moins, des indicateurs suivants chez un assureur captif qui entreprendrait une activité d'assurance effective :

- la société d'assurance captive suit une politique de diversification et de mutualisation des risques ;
- la situation du capital économique des entités du groupe d'entreprises multinationales s'est améliorée sous l'effet de la diversification et les retombées économiques sont donc réelles pour l'ensemble du groupe ;
- la société d'assurance captive comme le réassureur sont des entités réglementées, soumises à des cadres réglementaires et à des autorités de réglementation analogues, et doivent à ce titre prouver la réalité de la prise en charge du risque et conserver un niveau de capital approprié ;

- le risque assuré pourrait être assuré en dehors du groupe d'entreprises multinationales;
- la société d'assurance captive dispose des compétences et de l'expérience requises, y compris en matière d'investissement (voir paragraphe 10.213);
- la compagnie d'assurance captive est exposée à un risque réel d'enregistrer des pertes.

10.200. Afin d'examiner les implications en matière de prix de transfert d'une transaction avec une société d'assurance captive, il faut en premier lieu identifier les relations commerciales ou financières entre les entreprises associées, de même que les conditions et les circonstances économiquement significatives qui se rattachent à ces relations, de manière à délimiter précisément la transaction effective. La première question consiste donc à déterminer si la transaction examinée est une transaction d'assurance, telle que définie ci-dessus. Il conviendra aux fins de cette analyse de se demander si le risque a bien été pris en charge par l'assureur et si la diversification des risques est bien effective.

E.2.1. Prise en charge du risque et diversification des risques

10.201. Une opération d'assurance suppose la prise en charge du risque d'assurance par l'assureur. En cas de sinistre, l'assuré ne supporte pas les conséquences financières d'une perte économique potentielle, dans la mesure où le risque d'assurance est assumé par l'assureur et que la perte est indemnisée.

10.202. Du point de vue de l'assurance captive, le fait que la société soit exposée aux conséquences défavorables de la matérialisation du risque assuré et au risque d'enregistrer des pertes significatives pourrait constituer un indicateur de l'acceptation du risque d'assurance par celle-ci. De plus, la prise en charge du risque d'assurance ne peut avoir lieu que si la compagnie d'assurance captive peut raisonnablement envisager qu'elle sera en mesure de faire face aux demandes d'indemnisation en cas de matérialisation du risque; autrement dit, l'assureur captif doit avoir accès à des financements pour pouvoir assumer les conséquences d'une réalisation du risque assuré. Pour déterminer si l'assureur captif a la capacité financière d'assumer ces risques, il convient de prendre en considération les capitaux immédiatement disponibles et les options réalistes qui s'offrent à lui. En particulier, dès lors que l'assureur investit les primes dans les entités assurées au sein du groupe d'entreprises multinationales, la relation entre sa capacité à faire face aux demandes d'indemnisation et la situation financière de ces autres entités sera déterminante aux fins de l'analyse qui sera effectuée conformément au chapitre I.

10.203. Une opération d'assurance suppose également une diversification des risques, qui consiste en la mutualisation d'un portefeuille de risques en vue de permettre à l'assureur une allocation efficace du capital. Les grandes compagnies d'assurance privées s'appuient sur un nombre suffisamment important de polices présentant des risques de sinistres similaires, pour pouvoir appliquer des lois statistiques fondées sur des moyennes et procéder à une modélisation précise des probabilités de survenue des sinistres. Par ailleurs, les autorités de réglementation et les agences de notation imposent aux assureurs de disposer de réserves pour faire face à leurs obligations.

10.204. La diversification des risques est au cœur de l'activité d'assurance. La mutualisation de risques non corrélés et des expositions géographiques diverses se traduit par une utilisation efficace du capital, d'où la moindre nécessité pour l'assureur de maintenir un niveau de capital aussi important que celui que les parties assurées auraient dû conserver pour être en mesure de faire face à une réalisation des risques.

10.205. Pour atteindre cet objectif de diversification des risques, la société d'assurance captive peut, au lieu de se contenter d'assurer les seuls risques internes au groupe, incorporer dans son portefeuille une proportion significative de risques extérieurs au groupe (mais néanmoins inclus dans le champ de la définition de l'assurance captive présentée au paragraphe 10.190).

10.206. La diversification des risques peut également être obtenue en ne couvrant que les risques internes, dès lors que l'échelle et l'éventail des activités du groupe d'entreprises multinationales permet à la société d'assurance captive de couvrir des risques non corrélés ou pas entièrement corrélés et différentes expositions géographiques. Les cas de figure dans lesquels l'assureur captif ne couvre que des risques internes doivent faire l'objet d'une analyse approfondie conformément aux orientations fournies au chapitre I afin de déterminer si la diversification des risques est réellement effective, autrement dit si le niveau et la variété des risques couverts par l'assurance captive sont suffisants. Dans ce contexte, la question de la diversification effective des risques est une question de seuil et la conclusion de l'analyse dépendra des faits et des circonstances propres du cas d'espèce.

10.207. En particulier, la diversification des risques en interne peut se traduire par de moindres gains d'efficacité en capital que ceux obtenus moyennant une diversification externe des risques. Par conséquent, la rémunération de la société d'assurance captive pourrait être moins élevée lorsqu'elle couvre exclusivement les risques internes que lorsqu'elle procède à une diversification des risques en assurant des risques extérieurs au groupe, ou en réassurant une proportion significative des risques en dehors du groupe d'entreprises multinationales. De plus, dès lors que la délimitation précise de la transaction effective révèle que les gains d'efficacité obtenus grâce à la mutualisation des risques internes au sein de l'assurance captive découlent en fait de synergies

de groupe qui résultent eux-mêmes d'une action délibérée et concertée, les avantages issus de ces synergies devraient le plus souvent être répartis entre les entreprises qui en sont à l'origine (voir section D.8 du chapitre I et paragraphes 10.222 et 10.223).

10.208. Dans les cas où l'assureur captif n'a pas l'envergure nécessaire pour diversifier suffisamment ses risques ou ne possède pas les réserves suffisantes pour supporter les risques supplémentaires induits par le fait que le portefeuille du groupe d'entreprises multinationales est relativement moins diversifié, la délimitation précise de la transaction effective peut révéler que l'activité exercée par la société d'assurance captive n'est pas une activité d'assurance (voir les orientations figurant dans le chapitre VII).

E.2.2. Prise en charge des risques économiquement significatifs

10.209. Dans le cadre du processus de délimitation précise de la transaction effective faisant intervenir une société d'assurance captive, les risques économiquement significatifs associés à l'émission de polices d'assurance, c'est-à-dire à la fonction de souscription, doivent être identifiés avec leurs spécificités. La quatrième partie du *Rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables*⁷ fournit une description de ces risques, qui incluent, entre autres, le risque d'assurance, le risque commercial et le risque d'investissement. Ces descriptions conservent toute leur pertinence aux fins des présentes orientations.

10.210. La délimitation précise de la transaction effective dans les scénarios faisant intervenir une société d'assurance captive suppose de déterminer si l'assureur captif exerce des fonctions de contrôle concernant les risques économiquement significatifs associés à la fonction de souscription - et en particulier le risque d'assurance - afin de déterminer si ces risques doivent être attribués à la société d'assurance captive.

10.211. La quatrième partie du *Rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables* décrit les activités couvertes par la fonction de souscription comme la définition des polices d'assurance, la classification et la sélection des risques assurés, le calcul du montant des primes (tarification), l'analyse de la conservation du risque et l'acceptation du risque assuré. Il s'agit entre autres choses, de décider de l'acceptation ou non de la couverture d'un risque, et si oui à quelles conditions, et de la souscription ou non d'un contrat de réassurance. Selon les faits et des circonstances propres au cas d'espèce, ces activités peuvent être considérées comme des fonctions de contrôle telles que décrites au paragraphe 1.65 du chapitre I, et si ces fonctions sont exercées par une société d'assurance captive qui possède la capacité financière d'assumer

7. OCDE (2010), *Rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables*.

le risque, elles conduisent à attribuer ce risque à ladite société d'assurance captive en vertu de l'analyse effectuée conformément au chapitre I. En particulier, la simple définition des paramètres ou du cadre de prise en charge du risque ne peut être considérée comme une fonction de contrôle à cette fin (voir paragraphe 1.66 du chapitre I, et paragraphe 94 de la quatrième partie du *Rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables*).

10.212. Lorsque la société d'assurance captive n'a pas accès aux compétences, à l'expertise et aux ressources qui s'imposent et, par conséquent, n'est pas considérée comme exerçant des fonctions de contrôle liées aux risques associés à la fonction de souscription, une analyse effectuée conformément au chapitre I, fondée sur les faits et des circonstances propres du cas d'espèce, pourrait aboutir à la conclusion que le risque n'a pas été pris en charge par la société d'assurance captive ou qu'une autre entreprise multinationale exerce ces fonctions de contrôle. Dans ce dernier cas, les revenus tirés de l'investissement de ces primes seraient attribués au(x) membre(s) du groupe d'entreprises multinationales qui assume(nt) le risque associé à la fonction de souscription conformément aux orientations fournies dans le chapitre I.

E.2.3. Externalisation de la fonction de souscription

10.213. Dans de nombreux cas, l'externalisation de certains aspects de la fonction de souscription ne serait pas conforme aux exigences réglementaires minimales à respecter pour pouvoir exercer une activité d'assurance. Néanmoins, dans les situations où la société d'assurance captive est autorisée à externaliser une partie des activités qui composent la fonction de souscription (comme, par exemple, l'externalisation de l'acceptation du risque d'assurance à une entreprise associée agissant en qualité d'intermédiaire et recevant une rémunération de pleine concurrence), il conviendra d'accorder une attention particulière à la conservation, par la société d'assurance captive, des fonctions de contrôle afin de déterminer si le risque doit être attribué à cette société. Une société d'assurance captive qui externalise l'ensemble des aspects de la fonction de souscription sans exercer de fonctions de contrôle ne serait pas considérée comme assumant les risques en vertu de l'analyse effectuée conformément au chapitre I.

E.2.4. Sociétés de réassurance captives – Fronting

10.214. Une compagnie de réassurance captive correspond à un type particulier de société d'assurance captive qui n'émet pas de polices directement mais opère en tant que réassureur dans le cadre d'un mécanisme dit de « fronting ». Une société d'assurance captive peut ne pas être en mesure d'émettre de polices d'assurance de la même manière qu'une société d'assurance traditionnelle. Par exemple, conformément à la réglementation en vigueur, certains risques d'assurance doivent être confiés à des assureurs réglementés. Il est possible

dans ce cas de recourir à un accord de « fronting », aux termes duquel le premier contrat est conclu entre le membre assuré d'un groupe d'entreprises multinationales et un assureur indépendant (le « fronteur »); le « fronteur » réassure ensuite auprès de la société d'assurance captive la majeure partie, voire la totalité, du risque du premier contrat. Le « fronteur » peut assurer la gestion des demandes d'indemnisation et d'autres fonctions administratives, ou bien ces fonctions peuvent être gérées par un membre du même groupe d'entreprises multinationales que la captive. Il perçoit une commission pour couvrir ses frais et rémunérer la fraction du risque assuré qu'il conserve. La majeure partie de la prime perçue par le « fronteur » est reversée à la société d'assurance captive, conformément aux dispositions du contrat de réassurance.

10.215. Pour délimiter avec précision les accords de « fronting », les mêmes principes que ceux décrits pour l'assurance captive s'appliquent. Il est toutefois important de noter qu'il est particulièrement compliqué d'établir le prix d'un accord de « fronting », car ce type de transaction contrôlée fait intervenir un tiers indifférent aux niveaux de prix des transactions d'assurance et de réassurance. Les principales questions susceptibles de se poser dans les cas d'accords de « fronting » consistent à savoir si les transactions concernées sont de véritables transactions d'assurance ou de réassurance et, le cas échéant, si les primes dues (*in fine* au réassureur captif) sont de pleine concurrence.

E.3. Détermination du prix de pleine concurrence de l'assurance et de la réassurance captives

10.216. Les paragraphes qui suivent décrivent différentes approches possibles pour déterminer le prix de transactions intragroupe faisant intervenir une société d'assurance ou de réassurance captive. Chaque cas doit être examiné sur le fondement des faits et des circonstances qui lui sont propres, et il convient de procéder, sans exception, à une délimitation précise des transactions réelles, conformément aux principes énoncés au chapitre I, avant toute décision concernant la méthode appropriée pour calculer le prix d'une transaction. Comme dans toute autre situation en matière de prix de transfert, il convient de choisir la méthode la plus appropriée suivant les instructions énoncées au chapitre II.

E.3.1. Détermination du montant des primes

10.217. Il est possible de déterminer des prix comparables sur le marché libre à partir de transactions comparables entre des entreprises indépendantes. Il peut s'agir de comparables internes s'il existe des transactions suffisamment similaires avec des clients indépendants, ou bien de comparables externes.

10.218. L'application de la méthode du prix comparable sur le marché libre à une transaction faisant intervenir une société d'assurance captive peut se

heurter à des difficultés pratiques pour déterminer la nécessité de procéder à des ajustements de comparabilité et, le cas échéant, de fixer leur montant. Il convient en particulier de tenir compte des différences potentielles, entre les transactions contrôlées et non contrôlées, qui peuvent avoir une incidence sur la fiabilité des comparables. Ces différences peuvent refléter, par exemple, les situations dans lesquelles l'analyse fonctionnelle indique que la société d'assurance captive exerce moins de fonctions qu'une compagnie d'assurance privée (un assureur captif par exemple, qui ne prendrait en charge que les risques internes au sein du groupe d'entreprises multinationales pourrait ne pas avoir besoin d'exercer de fonctions de vente et de distribution). De même ; des ajustements de comparabilité pourraient être nécessaires pour tenir compte des différences de volume d'activité entre la société d'assurance captive et les comparables potentiels et des différences de niveau de capital entre cette même société et des parties non liées (voir paragraphe 10.221).

10.219. Une analyse actuarielle peut également constituer une méthode appropriée pour déterminer de manière indépendante le montant de la prime qui serait normalement dû dans des conditions de pleine concurrence pour assurer un risque particulier. Lorsqu'il fixe le prix d'une prime d'assurance, un assureur cherche à couvrir les sinistres attendus, les coûts associés à la souscription et à la gestion des polices et au traitement des sinistres, et ajoute une marge au titre de la rémunération du capital, en tenant compte de tout revenu de placement qu'il s'attend à percevoir sur l'excédent entre le montant des primes reçues et les sinistres et les frais payés. La mise en œuvre concrète de l'analyse actuarielle peut se révéler complexe. Pour évaluer la fiabilité de cette approche aux fins de déterminer le montant de pleine concurrence des primes, il est important de noter que les analyses actuarielles ne reflètent pas des transactions effectives entre parties indépendantes et qu'il est par conséquent probable que des ajustements de comparabilité se révèlent nécessaires.

E.3.2. Ratio combiné et rendement des capitaux investis

10.220. Il est possible d'estimer la rémunération de la société d'assurance captive en analysant sa rentabilité dans des conditions de pleine concurrence, selon une approche en deux étapes, tenant compte à la fois de la rentabilité des sinistres et du rendement des capitaux investis. La première étape consiste à calculer le ratio combiné de la société d'assurance captive. On peut pour ce faire exprimer le montant des sinistres et des charges à payer en pourcentage des primes à recevoir. Le ratio combiné de référence pour les sociétés d'assurance non liées indemnisant des risques similaires est identifiable. Ce ratio combiné de référence peut ensuite être appliqué à la partie testée afin d'obtenir une estimation de pleine concurrence des primes annuelles et donc du bénéfice technique (primes à recevoir moins sinistres et charges). La seconde étape consiste à comparer le rendement des capitaux investis obtenu

par la société d'assurance captive à un rendement de pleine concurrence. Cette étape nécessite de prendre en compte deux autres éléments : a) le montant du capital détenu par l'assureur captif; et b) le montant des investissements contrôlés de la société d'assurance captive (obligations et prêts intragroupe, par exemple) et le rendement dégagé par ces investissements. La somme du bénéfice technique (première étape) et du produit des placements (seconde étape) correspond au bénéfice d'exploitation total (voir section B.5 du chapitre III sur les données sur plusieurs années).

10.221. Il est important de noter qu'un assureur captif est généralement soumis à des exigences de solvabilité nettement moins strictes que celles applicables à un assureur qui émet des polices pour des parties indépendantes. Il convient de tenir compte de ce facteur et, si nécessaire, de l'ajuster pour déterminer le niveau approprié de capital à utiliser lors du calcul du rendement des capitaux investis. Les différences en matière de normes de solvabilité entre les assureurs captifs et les assureurs indépendants découlent généralement de facteurs réglementaires et commerciaux. Les autorités de tutelle des assurances fixent souvent des exigences de fonds propres réglementaires plus souples pour les captives. L'efficacité du capital constitue pour les assureurs indépendants l'un des principaux impératifs commerciaux. Pour attirer des investisseurs et des clients, les assureurs indépendants visent une notation financière solide et conservent pour ce faire un niveau de capital d'exploitation supérieur au seuil réglementaire. Ils cherchent en parallèle à maximiser leur taux de rendement des capitaux investis. Ils s'efforcent donc de détenir le niveau optimal de fonds propres pour satisfaire à ces objectifs antagonistes. Aucun impératif d'ordre commercial n'oblige les assureurs captifs à obtenir une notation de crédit ou à maximiser leur taux de rentabilité du capital afin d'attirer les investisseurs. Des ajustements raisonnables peuvent être nécessaires pour faire en sorte que le rendement comparable des capitaux investis soit limité au niveau de capital dont la société captive a besoin en vertu des dispositions réglementaires applicables (majoré d'un volant de sécurité permettant de minimiser la possibilité d'enfreindre par inadvertance les exigences réglementaires) pour assumer le risque d'assurance, plutôt qu'au niveau de capital dont un assureur indépendant pourrait avoir besoin. Des ajustements peuvent être nécessaires pour tenir compte de normes de solvabilité différentes entre autorités de tutelle et des différentes catégories d'activités d'assureur.

E.3.3. Synergies de groupe

10.222. Lorsque le groupe a recours aux services d'une société d'assurance captive pour accéder au marché de la réassurance et ainsi se dessaisir d'un risque tout en couvrant des risques indépendants en réalisant des économies par rapport au coût d'un assureur indépendant, le dispositif de la captive permet, grâce à la mutualisation des risques du groupe d'entreprises

multinationales, de tirer profit des avantages de la négociation collective pour ce qui concerne les risques réassurés ainsi que d'une allocation plus efficace du capital pour les risques conservés. Ces avantages découlent d'une démarche concertée de la part des titulaires de polices au sein du groupe d'entreprises multinationales et de la société captive. Les participants assurés cotisent conjointement avec la perspective que chacun d'entre eux bénéficiera d'une réduction de sa prime d'assurance. Ce type d'accord, conclu à l'échelle d'un groupe, peut aussi concerner d'autres fonctions, comme les achats de biens ou de services. Lorsque la captive prend en charge le risque et le réassure sur le marché libre, elle doit percevoir une rémunération appropriée au titre de cette prestation de services. Les autres avantages résultant de la synergie de groupe doivent être répartis entre les participants assurés moyennant des décotes sur leurs primes.

10.223. Prenons l'exemple d'un groupe manufacturier d'entreprises multinationales qui compte 50 filiales réparties dans le monde entier, toutes implantées sur des sites présentant un risque important de tremblement de terre. Chaque filiale assure sa propre unité de fabrication contre les tremblements de terre et chaque unité située sur un site différent est évaluée séparément en fonction de son niveau de risque spécifique. Le groupe décide de constituer une société d'assurance captive qui assure le risque de toutes les filiales et le réassure auprès de réassureurs indépendants. En regroupant au sein d'un portefeuille unique des risques d'assurance couvrant des zones géographiques différentes, le groupe représente déjà un profil de risques diversifié sur le marché. L'avantage lié à l'effet de synergie résulte de l'accord d'achat collectif, et non de la valeur ajoutée par la captive. Il doit donc être réparti entre les assurés en fonction du montant de la prime versée par chacun.

E.3.4. Agents commerciaux

10.224. Lorsqu'un contrat d'assurance n'est pas directement commercialisé par l'assureur auprès de l'assuré, la partie qui organise la vente initiale perçoit en règle générale une rémunération. Dans certaines circonstances, une vente à un tiers peut générer un taux de profit supérieur à celui qui serait réalisé lors de transactions similaires. Lorsque l'agent commercial et l'assureur ou le réassureur sont associés, toute analyse de comparabilité effectuée dans le cadre du processus de détermination du niveau de rémunération de pleine concurrence pour les parties doit tenir compte des circonstances ayant donné lieu au taux de profit élevé. Le jeu de la concurrence a habituellement pour effet de limiter le montant du bénéfice qui peut être dégagé d'une transaction, tant pour l'agent commercial que pour l'assureur ou le réassureur. La présence d'autres fournisseurs sur le marché peut également influencer sur la

capacité de chaque partie à négocier un taux de profit plus élevé dans le cadre de la transaction globale.

10.225. Par exemple, la Société A est un distributeur grand public de produits technologiques haut de gamme. En point de vente, elle propose à ses clients des polices d'assurance qui couvrent les dommages accidentels et le vol pour une période de 3 ans. Les polices sont émises par la Société B, un assureur qui fait partie du même groupe d'entreprises multinationales que la Société A. Celle-ci perçoit une commission, et la quasi-totalité du bénéfice réalisé sur le contrat d'assurance revient à la Société B. Une analyse factuelle et fonctionnelle complète montre que les contrats d'assurance sont très rentables et qu'il existe un marché actif pour l'assurance et la réassurance correspondant au type de risques couvert par les polices. Des études comparatives indiquent que la commission versée à la Société A est conforme à celle que percevraient des agents indépendants commercialisant une police similaire de manière autonome. Le bénéfice encaissé par la Société B est, lui, supérieur à celui réalisé par des assureurs proposant une couverture similaire.

10.226. Lorsque l'on examine en quoi les conditions de la transaction entre la Société A et la Société B diffèrent de celles qui s'appliqueraient à une transaction réalisée entre entreprises indépendantes, il importe d'étudier les facteurs qui expliquent le taux de rentabilité élevé des polices d'assurance ainsi que la contribution de chacune des parties à cette création de valeur. Le produit vendu au tiers est une police d'assurance sensiblement identique à celle que tout autre assureur sur le marché pourrait proposer. L'agent commercial profite d'un avantage lié au fait qu'il propose la police d'assurance à son client conjointement à la vente des produits à assurer. C'est cette concomitance qui permet de générer un taux de profit élevé. La Société A pourrait commercialiser des polices émises par un autre assureur et conserver la majeure partie des bénéfices. La Société B pourrait ne pas trouver d'autre agent bénéficiant d'un avantage lié à sa présence sur le point de vente. La capacité à réaliser un taux de profit très élevé sur la commercialisation des polices d'assurance découle de l'avantage que procure le contact avec le client sur le point de vente. La rémunération de pleine concurrence pour la Société B serait conforme au rendement de référence pour des assureurs couvrant des risques similaires, et l'excédent de bénéfice devrait être attribué à la Société A.

Liste des annexes

- Annexe aux Principes applicable en matière de prix de transfert : Lignes directrices pour le processus de suivi relatif aux principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert et implication des milieux d'affaires.
- Annexe I au chapitre II : Sensibilité des indicateurs de marge brute et de marge nette
- Annexe II au chapitre II : Exemples illustrant l'application de la méthode du partage des bénéfices résiduels.
- Annexe au chapitre III : Exemple d'ajustement du fonds de roulement
- Annexe I au chapitre IV : Modèles de protocole d'accord entre les autorités compétentes pour l'établissement de régimes de protection bilatéraux
- Annexe II au chapitre IV : Principes pour la conclusion d'accords préalables en matière de prix dans le cadre de la procédure amiable (« APP PA »).
- Annexe I au chapitre V : Documentation des prix de transfert – Fichier principal
- Annexe II au chapitre V : Documentation des prix de transfert – Fichier local
- Annexe III au chapitre V : Documentation des prix de transfert – Déclaration pays par pays
- Annexe IV au chapitre V : Dispositif de mise en oeuvre des déclarations pays par pays
- Annexe I au chapitre VI : Exemples illustrant les principes relatifs aux actifs incorporels
- Annexe II au chapitre VI: Instructions à l'intention des administrations fiscales sur l'application de l'approche des actifs incorporels difficiles à valoriser
- Annexe au chapitre VIII : Exemples illustrant les principes relatifs aux accords de répartition des coûts

Annexe aux Principes applicables en matière de prix de transfert

Lignes directrices pour le processus de suivi relatif aux principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert et implication des milieux d'affaires

A. Rappel des faits

1. En juillet 1995, le Conseil de l'OCDE a approuvé en vue de leur publication les Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales (ci-après « les Principes ») soumis par le Comité des affaires fiscales (ci-après « le Comité »). Parallèlement, le Conseil de l'OCDE a approuvé la recommandation du Comité selon laquelle les Principes devraient, si nécessaire, être périodiquement revus et remis à jour en fonction de l'expérience des pays membres et des milieux d'affaires, en appliquant les principes et méthodes définis dans les Principes. A cette fin et pour faciliter les clarifications et améliorations en cours, le Conseil de l'OCDE a donné pour instruction au Comité d'entreprendre un suivi de l'expérience internationale en matière de prix de transfert. Le rôle de suivi est considéré comme faisant partie intégrante de l'accord qui a été conclu en juillet dernier, et qu'il est indispensable que sa mise en œuvre soit réussie pour que les Principes puissent être appliqués d'une manière cohérente. La recommandation du Conseil « charge le Comité des affaires fiscales d'assurer le suivi de l'application du rapport de 1995, en liaison avec les autorités fiscales des pays membres et avec la participation des milieux d'affaires et, s'il y a lieu, de recommander au Conseil d'amender et de mettre à jour ce rapport, compte tenu de ce suivi ».

2. En résumé, le principal objectif du suivi est d'examiner dans quelle mesure la législation, la réglementation et les pratiques administratives des pays membres sont conformes aux Principes et de recenser les domaines dans lesquels ces Principes pourraient nécessiter des amendements ou des

adjonctions. Le suivi ne devrait pas seulement conduire à recenser les aspects posant problème, mais également à mettre en évidence les modes d'application des Principes adoptés par un ou plusieurs pays membres, qui gagneraient à être étendus à d'autres pays. Le suivi n'a pas pour objet de se prononcer sur des cas particuliers.

3. La procédure de suivi devrait être permanente et s'étendre à tous les aspects couverts par les Principes, avec toutefois une insistance particulière sur l'utilisation des méthodes transactionnelles de bénéfices. La présente note a pour objet de présenter quelques procédures de mise en œuvre du suivi, obéissant en cela aux directives du Conseil de l'OCDE. Ces procédures seront mises en œuvre progressivement. Des révisions ultérieures pourraient être nécessaires une fois que les procédures auront été mises en pratique.

4. Conformément à la recommandation du Conseil, les milieux d'affaires auront également à jouer un rôle dans le suivi, lequel est décrit à la section C.

B. Procédures

5. Les procédures de suivi seront mises en œuvre par le biais de quatre projets connexes : 1. examens d'évaluation mutuelle des pratiques des pays membres; 2. identification et analyse de problèmes-types; 3. revue des modifications apportées aux textes de loi, règlements et pratiques administratives; et 4. élaboration d'exemples. Chacun de ces points est examiné ci-après.

B.1. Examens d'évaluation mutuelle

6. Le Groupe de travail No. 6 sur l'imposition des entreprises multinationales a entrepris ces dernières années des examens d'évaluation mutuelle des pratiques en matière de prix de transfert. Ces examens ont pour but de fournir des informations détaillées sur la législation, les pratiques et l'expérience des pays membres en matière de prix de transfert. Les délégués du Groupe de travail No. 6 décident ensemble quel pays devra faire l'objet d'un examen et par quels pays ce dernier sera réalisé. Les examens suivent les principes approuvés par le Comité.

7. Les principes directeurs applicables aux examens d'évaluation mutuelle prévoient la remise au Groupe de travail No. 6 d'un rapport pour chaque pays ayant fait l'objet d'un examen. Ce rapport doit mentionner les fondements juridiques applicables en matière de prix de transfert, les éventuelles recommandations nationales relatives aux pratiques opérationnelles, les approches couramment utilisées pour aborder un problème complexe de prix de transfert, les modalités administratives prévues pour le traitement des affaires de prix de transfert, les principes de la jurisprudence et l'expérience en matière

de collecte de données et de documentation concernant les contribuables. Ce rapport doit également décrire les méthodes administratives utilisées pour éviter et résoudre les litiges portant sur les prix de transfert (exemples : procédure amiable, APP et marges de tolérance).

8. Les examens d'évaluation mutuelle continueront à être menés mais à trois niveaux différents :

1. Le premier niveau serait un « examen thématique » qui consisterait à étudier l'approche adoptée par tous les pays membres sur un point particulier présentant de l'importance. Théoriquement, l'examen devrait se rattacher aux autres aspects du processus de suivi. Par exemple, le meilleur moyen de résoudre les problèmes qui pourraient se poser à la suite d'un tel examen, pourrait être de développer des exemples pratiques en vue de leur insertion dans les Principes (voir section B.2 de cette annexe) ou d'analyser la question plus en détail en mettant au point des modèles applicables aux cas difficiles (voir section B.4 de cette annexe).
2. Le deuxième niveau serait un « examen limité » qui porterait seulement sur l'approche d'un pays en particulier ou de plusieurs pays concernant un point spécifique et relativement limité. L'examen serait effectué par deux examinateurs par pays et le montant des ressources nécessaires dépendrait de la nature de la question à étudier.
3. Le troisième niveau serait un « examen complet » d'un pays en particulier qui serait mené sur la base des principes d'évaluation mutuelle mentionnés au paragraphe 7 de cette annexe. Un « examen complet » porterait directement sur l'interprétation et l'application des Principes dans le pays membre.

Critères de sélection

9. Afin d'améliorer l'efficacité du processus des examens d'évaluation mutuelle, il importe que ces examens soient effectués d'une manière sélective et portent sur les domaines dans lesquels l'application des Principes présente le plus de difficultés. La décision finale d'entreprendre l'un de ces trois types d'examens sera effectué par le Groupe de travail en séance plénière ; en tenant compte à la fois de l'intérêt que présente en général chaque examen pour les activités de suivi de l'application des Principes menées par le Groupe de travail et de la question de savoir si les ressources disponibles sont suffisantes pour mener à bien l'examen proposé. Les critères indiqués ci-dessous pourraient aider le Groupe de travail à prendre sa décision. Il importe que tout examen soit d'un degré de qualité élevé, afin que des conclusions significatives puissent en être tirées.

B.2. Identification et analyse de problèmes-types

10. L'un des aspects essentiels de la procédure de suivi consistera à identifier, puis analyser, des schémas types de difficultés et des catégories de problèmes faisant obstacle à une application internationale cohérente des méthodes de fixation des prix de transfert exposées dans les Principes et pouvant être illustrées par des exemples concrets. Le suivi pourrait également porter sur des aspects sur lesquels les Principes s'avèrent ne pas fournir d'indications aux autorités fiscales ou aux contribuables. Tous les pays membres participeront activement à ce processus et être prêts à consacrer les ressources nécessaires pour assurer son succès. Les milieux d'affaires participeront également au suivi (voir section C de cette annexe).

11. Le premier point consiste à rechercher les procédures qu'il faudra utiliser et à déterminer à qui incombera la responsabilité d'identifier les problèmes-types en mettant l'accent sur les questions et les situations dans lesquelles les Principes risquent de ne pas fournir des indications suffisantes ou qui pourraient amener les pays membres à interpréter les Principes de façon différente, ce qui ferait obstacle à une application internationale cohérente des Principes. Les pays membres peuvent recenser les domaines dans lesquels, selon eux, les Principes pourraient ne pas aborder ou ne pas traiter correctement une question particulière.

12. Dans le cadre des réunions périodiques d'inspecteurs des impôts organisées par le Comité des affaires fiscales, le Groupe de travail pourrait prévoir des réunions bisannuelles de vérificateurs pour examiner les problèmes-types et réunir les éléments d'une éventuelle mise à jour appropriée des Principes. L'OCDE n'étudiera ces problèmes-types que dans la perspective du suivi de l'application des Principes.

13. Des pays en particulier prendraient la responsabilité aux réunions du Groupe de travail No. 6 pour conduire l'examen des difficultés-types et des catégories de problèmes susceptibles d'être illustrés par des exemples concrets.

14. Parmi les résultats que le Groupe de travail compte tirer de l'identification et de l'analyse des problèmes-types, pourraient figurer la mise au point d'exemples illustrant l'application des Principes dans des cas (retenus pour analyse) où les principes contenus dans ces Principes peuvent être appliqués. Elles pourraient également avoir comme résultat d'identifier les domaines pour lesquels il serait possible de modifier les Principes afin de donner des indications plus précises, ou il conviendrait d'y insérer de nouveaux éléments.

B.3. Mises à jour de la législation et de la pratique

15. Conformément à la mission qui lui a été confiée par le Conseil, le Secrétariat sollicitera des pays membres des rapports sur l'évolution de leur législation, règlements et pratiques administratives en matière de prix de transfert.

B.4. Élaboration d'exemples

16. Les procédures de suivi décrites précédemment se doubleront de la mise au point d'exemples théoriques supplémentaires qui seront ajoutés aux Principes. Ces exemples n'ont pas pour objet de mettre au point de nouveaux principes ou d'aborder de nouvelles questions, mais plutôt de faciliter l'interprétation desdits principes et de traiter des questions difficiles déjà abordées dans les Principes. Afin de s'assurer de leur intérêt pratique et d'éviter qu'ils ne présentent un caractère trop prescriptifs, ces exemples seront succincts, fondés sur des faits avérés et relativement simples, de sorte que leur portée soit suffisamment large pour que les indications qu'ils fournissent ne soient pas d'une application étroite et limitée. Ils se répartiront en deux grandes catégories. La première regroupera des illustrations de l'application des méthodes et approches décrites dans les Principes. La seconde visera à aider à la sélection d'une ou de plusieurs méthodes appropriées de détermination des prix de transfert. Quoique théoriques, ces exemples s'inspireront de l'expérience concrète des administrations fiscales et des contribuables en matière d'application du principe de pleine concurrence prévu dans les Principes, contribuant ainsi à l'établissement de pratiques satisfaisantes.

C. Participation des milieux d'affaires

17. Il n'est pas prévu que l'OCDE intervienne dans la résolution de litiges relatifs à des prix de transfert entre un contribuable et l'administration fiscale. Le processus de suivi ne vise pas à constituer une forme d'arbitrage et les contribuables ne pourront donc pas soumettre des cas particuliers au Groupe de travail en vue de leur résolution. Toutefois, comme le prévoient les Principes et la recommandation du Conseil, les milieux d'affaires seront encouragés à recenser les problèmes engendrant des difficultés au niveau de l'application des Principes (en fournissant, de préférence, des exemples concrets).

18. Le Comité consultatif économique et industriel auprès de l'OCDE (« BIAC » en anglais) sera invité à présenter au Groupe de travail les difficultés concrètes rencontrées dans l'application des Principes, afin que celui-ci examine la pertinence des indications fournies pour les domaines en cause, tout en respectant la confidentialité des informations.

19. En assistant l'OCDE dans son rôle de suivi de la mise en œuvre des Principes, les milieux d'affaires seront encouragés à tenir compte spécialement des orientations formulées au paragraphe 17 de cette annexe. Ainsi devra-t-il se concentrer sur les questions qui engendrent des difficultés théoriques ou concrètes et non sur des affaires particulières non résolues de détermination de prix de transfert. Toutefois, il pourrait être utile d'illustrer une question particulière en faisant référence à un exemple théorique. En élaborant ce

type d'exemples, qui pourrait s'inspirer de caractéristiques empruntées à un certain nombre de cas réels, il conviendra de s'efforcer de veiller à ce que ces exemples restent théoriques et ne ressemblent pas à des affaires réelles, et à ce que les caractéristiques décrites se limitent aux aspects en cause, afin d'éviter que l'on ait l'impression qu'il s'agit d'établir un quelconque précédent général pour la résolution d'une affaire spécifique.

C.1. Examens d'évaluation mutuelle

20. On considère que l'un des points forts des examens d'évaluation mutuelle tient à ce qu'ils sont effectués par les autres pays membres et selon un processus positif et constructif qui permet la transmission des pratiques les plus performantes et l'amélioration des moins satisfaisantes. Toutefois, les directives générales données aux milieux d'affaires l'encouragent à recenser les questions posant problème qu'il conviendrait d'analyser plus avant. Ainsi le Groupe de travail pourra-t-il tenir compte de cette contribution lors du choix définitif des questions à aborder dans le cadre de la procédure révisée d'examen d'évaluation mutuelle.

21. Il est également prévu qu'une fois que le Groupe de travail aura choisi la question ou le pays devant faire l'objet d'un examen d'évaluation mutuelle, le BIAC en sera averti, de façon à ce qu'il puisse faire part de ses remarques. S'il s'agit d'une question identifiée à l'origine par le BIAC – et en particulier pour ce qui est des examens thématiques –, ce dernier sera tenu informé des débats du Groupe de travail et, si nécessaire, convié à fournir des précisions supplémentaires. Par contre, il n'est pas envisagé à l'heure actuelle d'étendre le rôle du BIAC dans le processus d'examen d'évaluation mutuelle au-delà de ce qui a été déjà décrit.

C.2. Identification et analyse de problèmes-types et élaboration d'exemples concrets

22. Les problèmes-types ont pour objet d'offrir des exemples de questions ou de situations dans lesquelles les indications fournies par les Principes sont inexistantes ou inappropriées. Une fois définitivement mis au point, les exemples concrets seront intégrés aux Principes pour servir d'illustration à des principes spécifiques. Les milieux d'affaires ont clairement ici un rôle à jouer en facilitant la mise au point de problèmes-types ou d'exemples, grâce à l'expérience concrète de ses membres. Le Groupe de travail sollicitera des Commentaires tant sur les problèmes-types que sur les exemples concrets tout au long de leur élaboration. Le BIAC pourrait proposer lui-même des problèmes-types ou des exemples, pour autant que les mises en garde formulées au paragraphe 17 de cette annexe soient respectées et qu'en aucun cas, le processus puisse être utilisé pour résoudre un problème de prix de transfert particulier.

C.3. Mises à jour de la législation et de la pratique

23. Le but de cet élément du processus de suivi est de tenir informés les pays membres de l'évolution intervenue dans chacun des autres pays. Il existe habituellement au niveau national des mécanismes bien rodés permettant aux milieux d'affaires de contribuer à la mise à jour de la législation, des règlements et des pratiques administratives des pays membres en matière de prix de transfert. Au niveau de l'OCDE, le BIAC aura la possibilité d'attirer l'attention du Groupe de travail sur les modifications apportées à la législation ou aux pratiques des pays membres et non membres qu'il jugera en contradiction avec les Principes ou susceptibles d'engendrer des problèmes pratiques sur le plan de leur mise en œuvre, sans bien évidemment faire référence à des cas individuels.

24. La contribution du BIAC sera examinée lors de réunions mixtes régulières avec le Groupe de travail.

Annexe I au chapitre II

Sensibilité des indicateurs de marge brute et de marge nette

Le chapitre II, partie III, section B de ces Principes contient des instructions générales sur la méthode transactionnelle de la marge nette.

Les hypothèses relatives aux accords de pleine concurrence utilisées dans les exemples suivants sont formulées à titre d'illustration uniquement et ne doivent pas être considérées comme imposant tel ou tel ajustement ou accord de pleine concurrence dans des situations concrètes impliquant un secteur d'activité en particulier. Ces exemples cherchent à illustrer l'utilisation des Principes dans le domaine auquel ils se réfèrent, mais ce sont les faits et circonstances propres au cas d'espèce qui doivent déterminer leur application pratique.

En outre, les commentaires ci-dessous portent sur l'application d'une méthode transactionnelle de la marge nette dans les cas où, compte tenu des faits et circonstances spécifiques et en particulier de l'analyse de comparabilité (y compris fonctionnelle) de la transaction et de l'examen des informations disponibles sur des comparables sur le marché libre, cette méthode s'avère être la plus appropriée.

1. Il est reconnu que la marge nette peut être moins sensible à certaines différences dans les caractéristiques des produits que les méthodes du prix comparable sur le marché libre ou du prix de revente. Dans la pratique, lorsqu'on applique la méthode transactionnelle de la marge nette, on met davantage l'accent sur la comparabilité fonctionnelle que sur les caractéristiques des produits. Néanmoins, la méthode transactionnelle de la marge nette peut être moins sensible à certaines différences dans les fonctions qui se manifestent par des variations des dépenses d'exploitation, comme illustré ci-dessous.

Illustration 1 : Effet de différences dans l'étendue et la complexité de l'activité marketing exercée par un distributeur

L'exemple ci-dessous est donné à titre d'illustration uniquement. Il n'entend pas fournir d'indications sur la sélection de la méthode de fixation des prix de transfert, ou sur la sélection des comparables, sur l'efficacité des distributeurs ou sur le taux de rendement de pleine concurrence, mais vise uniquement à illustrer les effets de différences d'étendue et de complexité de la fonction marketing d'un distributeur et des comparables.

	Cas 1 Le distributeur exerce une activité marketing limitée	Cas 2 Le distributeur exerce une activité marketing plus importante
Ventes de produit (à des fins d'illustration, on suppose que les deux distributeurs vendent le même volume du même produit sur le même marché au même prix)	1 000	1 000
Prix d'achat au fabricant, compte tenu de l'importance de l'activité marketing du distributeur, selon l'analyse fonctionnelle	600	480 *
Marge brute	400 (40 %)	520 (52 %)
Dépenses marketing	50	150
Autres charges (frais généraux)	300	300
Marge nette	50 (5 %)	70 (7 %)

* On suppose que, dans ce cas, la différence de 120 dans le prix de la transaction correspond aux différences dans l'étendue et la complexité de l'activité marketing exercée par le distributeur (dépense supplémentaire de 100 plus rémunération de l'activité du distributeur).

2. Dans l'illustration 1, si un contribuable traite avec un fabricant associé dans les conditions du cas 2, tandis que les tiers « comparables » opèrent dans les conditions du cas 1, et à supposer que les différences dans l'étendue et la complexité de l'activité marketing ne sont pas identifiées faute d'informations suffisamment détaillées sur les tiers « comparables », le risque d'erreur lorsqu'on applique une méthode de la marge brute pourrait être de 120 ($12\% \times 1\,000$), tandis qu'il serait de 20 ($2\% \times 1\,000$) si une méthode de la marge nette est utilisée. Cela illustre le fait que, en fonction des circonstances spécifiques et notamment de l'effet des différences fonctionnelles sur la structure des coûts et sur le chiffre d'affaires des « comparables », les marges nettes peuvent être moins sensibles que les marges brutes aux différences dans l'étendue et la complexité de certaines fonctions.

Illustration 2 : Effet d'une différence de niveau de risque assumé par un distributeur

L'exemple ci-dessous est donné à titre d'illustration uniquement. Il n'entend pas fournir d'indications sur la sélection de la méthode de fixation des prix de transfert, ou des comparables, sur l'efficacité des distributeurs ou sur le taux de rendement de pleine concurrence, mais vise uniquement à illustrer les effets des différences de niveau de risque assumé par un distributeur et par des comparables.

	Cas 1 Le distributeur n'assume pas le risque d'obsolescence des produits parce qu'il bénéficie d'une « clause de reprise des stocks » aux termes de laquelle le fabricant s'engage à racheter tous les stocks invendus.	Cas 2 Le distributeur assume le risque d'obsolescence des produits parce qu'il ne bénéficie pas d'une « clause de reprise des stocks » dans sa relation contractuelle avec le fabricant.
Ventes de produit (à des fins d'illustration, on suppose que les deux distributeurs vendent le même volume du même produit sur le même marché au même prix)	1 000	1 000
Prix d'achat au fabricant compte tenu du risque d'obsolescence selon l'analyse fonctionnelle	700	640 *
Marge brute	300 (30 %)	360 (36 %)
Perte sur stocks obsolètes	0	50
Autres charges (frais généraux)	250	250
Marge nette	50 (5 %)	60 (6 %)

* On suppose que, dans ce cas, la différence de 60 dans le prix de la transaction correspond à la différence de répartition du risque d'obsolescence entre le fabricant et le distributeur (perte supplémentaire estimée à 50 plus rémunération du risque du distributeur), soit le prix de la clause contractuelle de « reprise des stocks ».

3. Dans l'illustration 2, si une transaction contrôlée est effectuée dans les conditions du cas 1 alors que les tiers « comparables » opèrent dans les conditions du cas 2, et à supposer que la différence de niveau de risque n'est pas identifiée faute d'informations suffisamment détaillées sur les tiers « comparables », le risque d'erreur lorsqu'on applique une méthode de marge brute pourrait être de 60 (6 % × 1 000) au lieu de 10 (1 % × 1 000) avec une méthode de marge nette. Cela illustre le fait que, en fonction des circonstances

spécifiques et notamment de l'effet des différences de niveau de risque sur la structure des coûts et sur le chiffre d'affaires des « comparables », les marges nettes peuvent être moins sensibles que les marges brutes aux différences de niveau de risques (sous réserve que la répartition contractuelle des risques soit conforme aux conditions de pleine concurrence).

4. En conséquence, des entreprises qui exercent des fonctions différentes peuvent avoir une fourchette de marges brutes très large tout en réalisant des bénéfices nets globalement similaires. Par exemple, les commentateurs des milieux d'affaires indiquent que la méthode transactionnelle de la marge nette serait moins sensible aux différences de volume, d'étendue et de complexité de certaines fonctions, et de niveaux de dépenses d'exploitation. En revanche, cette méthode peut être plus sensible que les méthodes du coût majoré ou du prix de revente aux différences d'utilisation des capacités, parce que les écarts de niveau d'absorption des coûts fixes indirects (par exemple, coûts de production fixes ou coûts de distribution fixes) auraient une incidence sur le bénéfice net, alors qu'ils n'auraient pas forcément d'impact sur la marge brute ou sur la marge brute sur coûts si elles ne se traduisent pas par des différences de prix, comme illustré ci-dessous.

Illustration 3 : Effet d'une différence d'utilisation des capacités du fabricant

L'exemple ci-dessous est donné à titre d'illustration uniquement. Il n'entend pas fournir d'indications sur la sélection de la méthode de fixation des prix de transfert, ou des comparables, sur l'efficacité des distributeurs ou sur le taux de rendement de pleine concurrence, mais vise uniquement à illustrer les effets de différences d'utilisation des capacités d'un fabricant et de comparables.

En unités monétaires (u.m.)	Cas 1 Le fabricant fonctionne à pleine capacité :	Cas 2 Le fabricant fonctionne en sous-activités. Il produit 80 % de ce qu'il pourrait produire à pleine capacité :
	1 000 unités par an	800 unités par an
Ventes de produits manufacturés (à des fins d'illustration, on suppose que les deux fabricants ont la même capacité totale et qu'ils fabriquent et vendent le même produit sur le même marché au même prix de 1 u.m. par produit fabriqué) *.	1 000	800

En unités monétaires (u.m.)	Cas 1 Le fabricant fonctionne à pleine capacité :	Cas 2 Le fabricant fonctionne en sous-activités. Il produit 80 % de ce qu'il pourrait produire à pleine capacité :
	1 000 unités par an	800 unités par an
Coût des marchandises vendues : coûts directs plus répartition standard des coûts de production indirects (à des fins d'illustration, on suppose que les deux fabricants ont le même coût variable de production des marchandises vendues par unité, soit 0.75 u.m. par produit, et des coûts fixes du personnel de 50).	Variables : 750 Fixes : 50 Totaux : 800	Variables : 600 Fixes : 50 Totaux : 650
Marge brute sur coût des marchandises vendues	200 (25 %)	150 (23 %)
Coûts indirects (à des fins d'illustration, on suppose que les deux fabricants ont les mêmes coûts indirects)	150	150
Marge nette	50 (5 %)	Point d'équilibre

* Cela suppose que le prix de pleine concurrence des produits manufacturés ne soit pas affecté par l'utilisation des capacités du fabricant.

5. Dans l'illustration 3, si une transaction contrôlée est effectuée dans les conditions du cas 1 alors que les tiers « comparables » opèrent comme dans les conditions du cas 2, et à supposer que la différence d'utilisation des capacités n'est pas identifiée faute d'informations suffisamment détaillées sur les tiers « comparables », le risque d'erreur lorsqu'on applique une méthode de marge brute pourrait être de 16 ($2\% \times 800$) au lieu de 50 ($5\% \times 1\,000$) avec une méthode de marge nette. Cela illustre le fait que les indicateurs du bénéfice net peuvent être plus sensibles que les marges brutes sur coûts ou les marges brutes aux différences d'utilisation des capacités, en fonction des faits et des circonstances spécifiques et notamment de la proportion des coûts fixes et des coûts variables et du fait de savoir si c'est le contribuable ou le « comparable » qui est en situation de surcapacité.

Annexe II au chapitre II

Exemples illustrant l'application de la méthode transactionnelle de partage des bénéfices

Voir, dans le chapitre II des Principes, la partie III, section C qui fournit une orientation générale sur l'application de la méthode du partage des bénéfices.

Les ajustements et hypothèses concernant les accords conformes au principe de pleine concurrence dans les exemples qui suivent sont indiqués uniquement à des fins d'illustration et ne doivent pas être considérés comme fixant des normes en matière d'ajustement et d'accords de pleine concurrence dans des situations réelles ou dans des secteurs particuliers. Ils font appel à des données nécessairement simplifiées. Il convient de noter que, une fois établie la présence de l'un des trois facteurs (décrits aux paragraphes 2.125 à 2.143) indiquant que la méthode transactionnelle de partage des bénéfices peut être la plus appropriée, l'un ou l'autre des facteurs restants, voire les deux, peuvent être également présents. À titre d'exemple, lorsqu'il est vérifié que chaque partie à la transaction apporte des contributions uniques et de valeur, il est en outre possible que ces parties conduisent des activités fortement intégrées, et qu'elles assument conjointement des risques économiquement significatifs ou qu'elles assument séparément des risques étroitement liés.

Ces exemples ont vocation à illustrer les dispositions énoncées dans les Sections des Principes auxquelles ils se réfèrent, néanmoins, ce sont les faits et circonstances propres à chaque cas d'espèce qui doivent guider l'application pratique des principes. En conséquence, les exemples présentés ci-dessous ne devraient pas être utilisés afin d'appliquer une interprétation schématique à des cas de figure similaires.

Exemple 1

1. La société A est la société mère d'un groupe d'entreprises multinationales du secteur pharmaceutique. Elle détient un brevet sur une formulation pharmaceutique nouvelle. Elle a conçu les essais cliniques et réalisé les fonctions de recherche-développement pendant les premières phases du développement du produit ayant conduit à la délivrance du brevet.

2. La société A conclut un contrat avec la société S, une de ses filiales, en vertu duquel elle concède à la société S les droits sur le brevet relatif au produit pharmaceutique à venir. Comme le prévoit le contrat, la société S poursuit le développement du produit en exerçant des fonctions d'amélioration importantes. Elle obtient de l'organisme de réglementation compétent l'autorisation de mise sur le marché. Le développement du produit est une réussite et celui-ci est vendu sur divers marchés dans le monde entier.
3. La délimitation précise de la transaction indique que la société A et la société S ont toutes deux apporté des contributions uniques et de valeur au regard du développement du produit pharmaceutique.
4. Dans ces conditions, il semble que la méthode transactionnelle de partage des bénéfices soit la plus appropriée pour déterminer la rémunération due par la société S en contrepartie des droits de licence que la société A lui a concédés.

Exemple 2

5. La société A Co, qui fait partie du groupe T, est une société constituée dans le pays A dont la principale activité est la culture et la transformation du thé. A Co sélectionne, acquiert et cultive des parcelles dont les sols sont extrêmement favorables à la culture du thé. Elle a acquis un vaste savoir-faire dans le domaine de la culture du thé qui se concrétise notamment par le déploiement de méthodes de culture lui permettant d'optimiser les qualités des thés qu'elle cultive. Les propriétés des sols cultivés, conjuguées aux méthodes de culture, donnent aux thés qu'elle produit une saveur très recherchée.
6. Pour transformer le thé, la société A Co réalise les activités suivantes : tri des feuilles, calibrage, fermentation totale ou partielle, étiquetage et emballage pour l'exportation et selon les spécifications des clients. Le mélange des thés suppose un solide savoir-faire exclusif recouvrant l'art de marier divers thés pour obtenir des mélanges aux goûts uniques appréciés des clients du groupe T. Les thés produits par la société A Co ont acquis une réputation internationale pour leur goût et leurs arômes sans équivalent.
7. La société A Co vend sa production à la société B Co, sa société mère située dans le pays B. Cette dernière reconditionne ensuite le thé et imprime sa marque sur les thés vendus sur des marchés ciblés.
8. La société B Co possède le nom commercial et la marque, qu'elle a développés par elle-même, et qui constituent deux actifs uniques et de valeur. Les éléments visuels de la marque mentionnent toutefois l'origine du thé et le mélange unique élaboré par la société A Co. La société B Co a engagé d'importantes campagnes de publicité sur les médias électroniques, sur Internet, lors de salons et sous la forme de publications dans des magazines

professionnels qui ont permis de hisser la gamme de produits au rang de leader du marché dans un certain nombre de zones géographiques. Le thé vendu par le groupe T justifie un prix élevé.

9. La délimitation précise de la transaction dans ce cas particulier permet de déterminer que les sociétés A Co et B Co apportent toutes deux une contribution unique et de valeur, et il semble que la méthode transactionnelle de partage des bénéfices soit la méthode de calcul des prix de transfert la plus appropriée.

Exemple 3

10. La société A et la société B font partie d'un groupe d'entreprises multinationales qui vend des appareils électroniques. À l'occasion du lancement d'une nouvelle ligne de produits, la société A est chargée de la conception, du développement et de la fabrication, tandis que la société B assume les fonctions de commercialisation et de distribution des produits à l'échelle mondiale.

11. La société A assume en particulier les fonctions de recherche-développement et définit les axes de recherche et les délais. Pour la fabrication de la nouvelle ligne de produits, la société A définit les niveaux de production et effectue les contrôles de la qualité. La société A emploie donc son savoir-faire et son expertise de valeur dans le domaine de la fabrication d'appareils électroniques.

12. Une fois les produits fabriqués, ils sont vendus à la société B, qui organise et déploie des activités novatrices de pointe pour la commercialisation à l'échelle mondiale de la nouvelle ligne de produits. La société B est responsable en particulier de la définition de la stratégie de commercialisation, de la détermination du niveau des dépenses de commercialisation réalisées dans chaque juridiction où les produits sont diffusés et de la validation, à un rythme mensuel, des résultats des campagnes de commercialisation. Les activités de commercialisation de la société B sont à l'origine de l'avènement d'une marque de valeur et d'une notoriété grâce à laquelle la nouvelle ligne de produits se distingue des gammes concurrentes présentes sur le marché.

13. La société B est également responsable de la distribution des produits à l'échelle mondiale. Les activités de distribution de la société B sont un paramètre essentiel de l'avantage économique dont jouit la ligne de produits par rapport aux produits concurrents. La société B a conduit les activités de recherche-développement et assumé les risques liés au développement d'un algorithme sophistiqué pour recueillir des informations auprès des clients sur les performances de ses produits. Ces informations ont une grande valeur lorsqu'il s'agit de prévoir précisément la demande et de gérer les stocks et la logistique de la distribution pour que les clients soient assurés de recevoir leurs commandes dans les 48 heures.

14. La délimitation précise de la transaction indique que la société A et la société B ont toutes deux apporté des contributions uniques et de valeur au regard du succès éventuel de la nouvelle ligne de produits.

15. Dans ces conditions, il semble que la méthode transactionnelle de partage des bénéfices soit la plus appropriée pour déterminer la rémunération des produits vendus par la société A à la société B, dans la mesure où les deux parties apportent une contribution unique et de valeur à la transaction.

Exemple 4

16. Dans cet exemple, les éléments factuels sont les mêmes que dans l'exemple 3, si ce n'est que les activités de commercialisation de la société B sont plus restreintes et ne rehaussent pas sensiblement la notoriété ou la réputation de la marque. La société B a mis en place un système grâce auquel les commentaires des clients concernant les produits qu'elle commercialise sont transmis à la société A, mais il s'agit d'un mécanisme relativement simple, qui ne constitue pas une contribution unique et de valeur. En d'autres termes, ses activités de distribution ne sont pas à l'origine d'un avantage compétitif particulier acquis dans son secteur d'activité. En particulier, le succès éventuel de la nouvelle ligne de produits dépend dans une large mesure des spécifications techniques, de la conception et du prix auquel les produits sont vendus aux consommateurs finaux.

17. Il ressort de l'analyse fonctionnelle que la société A assume les risques associés à la conception, au développement et à la fabrication du produit, et que la société B assume les risques liés à la commercialisation et la distribution.

18. Les risques associés à la commercialisation et à la distribution assumés par la société B peuvent avoir en dernier ressort des effets sur la rentabilité de la société A. Cependant, l'analyse fonctionnelle indique que les risques assumés par la société B ne sont pas économiquement significatifs pour ses activités commerciales et que la société B n'apporte pas de contribution unique et de valeur aux transactions contrôlées.

19. Dans ces conditions, il semble que la méthode transactionnelle de partage des bénéfices ne sera pas nécessairement la plus appropriée : il est en effet probable que la rémunération de pleine concurrence de la contribution de la société B puisse être établie de manière fiable en s'appuyant sur des transactions comparables sur le marché libre et en appliquant une ou plusieurs méthodes unilatérales de calcul des prix de transfert.

Exemple 5

20. WebCo fait partie d'un groupe d'entreprises multinationales qui développe des solutions informatiques pour des entreprises clientes. Récemment, WebCo a mis au point l'architecture d'un moteur de recherche permettant de recueillir des données tarifaires à partir de sites Internet. WebCo a mis au point un programme à même de scanner systématiquement les pages web plus rapidement et plus efficacement que tout autre moteur de recherche similaire disponible sur le marché.

21. À ce stade, WebCo concède une licence d'utilisation du programme à ScaleCo, société faisant partie du même groupe d'entreprises multinationales. ScaleCo a pour mission de mettre en œuvre le moteur de recherche à une plus grande échelle et de définir la stratégie de recherche. ScaleCo est spécialisée dans la conception de modules additionnels pour le moteur de recherche et dans la personnalisation du produit pour répondre aux demandes non satisfaites sur le marché. Sans ces contributions, le système ne sera pas en mesure de répondre aux besoins des clients potentiels.

22. Le contrat de licence prévoit que WebCo continue à développer la technologie sous-jacente et que ScaleCo utilise ces développements pour mettre en œuvre le moteur de recherche à une plus grande échelle.

23. Il ressort de l'analyse fonctionnelle que les risques économiquement significatifs liés à la transaction sont des risques de développement, c'est-à-dire les risques d'un échec du moteur de recherche tel qu'il a été développé. Conformément au cadre d'analyse des risques décrit à la section D.1.2.1 du chapitre I de ces Principes, il apparaît que WebCo et ScaleCo assument les risques liés au développement du logiciel.

24. La délimitation précise de la transaction indique que les contributions de WebCo et ScaleCo sont uniques et de valeur pour la création du moteur de recherche et son succès éventuel.

25. Dans ces conditions, il semble que la méthode transactionnelle de partage des bénéfices soit la plus appropriée pour déterminer la rémunération de pleine concurrence du en contrepartie des droits de licence concédés par WebCo à ScaleCo.

Exemple 6

26. ASSET Co est la société mère d'un groupe d'entreprises multinationales qui fournit des services de gestion d'actifs à des parties non liées. Elle a deux filiales, la société A, située dans le pays A, et la société B, située dans le pays B.

27. FUND Co est une société de gestion d'actifs indépendante qui propose des investissements dans organismes de placement collectif à des particuliers dans le pays A et dans le pays B. Les organismes de placement dans lesquels FUND Co propose des investissements sont des fonds « miroirs » dont le portefeuille comporte des participations dans des sociétés des pays A et B.

28. FUND Co fait appel à ASSET Co pour assurer des services de gestion de portefeuille pour le compte de ces fonds. FUND Co verse à ce titre à ASSET Co une commission calculée sur la base des actifs regroupés gérés par les fonds dont les clients sont des investisseurs particuliers des pays A et B.

29. ASSET Co conclut un contrat avec la société A et la société B aux termes duquel ses deux filiales assurent les services de gestion de portefeuille. La société A emploie des gestionnaires de portefeuille spécialisés dans l'acquisition de participations dans des sociétés du pays A, et la société B des gestionnaires de portefeuille spécialisés dans l'acquisition de participations dans des sociétés du pays B. ASSET Co agit en qualité de mandataire pour les sociétés A et B. Elle n'exerce aucune fonction dans le cadre avec le contrat conclu avec FUND Co et n'a apporté aucun actif ni assumé aucun risque.

30. Un comité de gestion des placements, composé à parité de gestionnaires de portefeuille des sociétés A et B, prend les décisions concernant les investissements réalisés par les fonds. Ce comité se réunit régulièrement et détermine la composition des fonds. La composition des portefeuilles entre participations dans des sociétés des pays A et B varie selon les décisions du comité.

31. Il ressort de l'analyse fonctionnelle que les risques économiquement significatifs liés à la transaction portent sur un éventuel retrait des dépôts que les investisseurs particuliers ont effectués dans les fonds miroirs de FUND Co, en particulier en raison de rendements médiocres. Conformément au cadre d'analyse des risques décrit à la section D.1.2.1 du chapitre I de ces Principes, il apparaît que la société A et la société B partagent la prise en charge des risques liés aux performances des fonds et assurent les services de gestion de portefeuille de manière très intégrée.

32. Si les services fournis par la société A et la société B sont bien des services de valeur, l'observation d'un marché libre actif de services de gestion de portefeuille montre qu'ils ne sont en revanche pas uniques. On dispose de données comparables pour ce type de services (à savoir les services fournis par la société A et la société B), mais celles-ci ne contiennent aucune information sur la manière de répartir la commission de pleine concurrence entre la société A et la société B.

33. Dans ces conditions, il semble que la méthode transactionnelle de partage des bénéfices soit la plus appropriée pour déterminer la rémunération revenant à la société A et à la société B étant donné que leurs activités sont

très intégrées et interdépendantes de sorte qu'il n'est pas possible d'utiliser une méthode unilatérale pour déterminer un résultat de pleine concurrence pour l'une ou l'autre de leurs contributions respectives. La commission de pleine concurrence versée à ASSET Co par FUND Co représente la fraction des bénéfices à considérer à répartir entre la société A et la société B. La rémunération de pleine concurrence versée à ASSET Co est égale à zéro.

Exemple 7

34. La société L, résidente du pays L, et la société M, résidente du pays M, font partie d'un groupe d'entreprises multinationales, LM Corporation. Ces deux sociétés offrent des services de facilitation des opérations de commerce international, de fret et de dédouanement à des clients auxquels elles ne sont pas liées. Conjointement, les sociétés L et M, fournissent aux clients des services incluant la réception des marchandises dans le pays d'origine, le dédouanement dans ce pays, l'empotage, l'acheminement des conteneurs, les opérations de chargement et déchargement à bord des navires, le dépotage, le dédouanement dans le pays importateur, et la livraison des marchandises à leur destination. Les clients peuvent être des importateurs ou des exportateurs, et les sociétés L et M assurent les services à l'importation comme à l'exportation dans les deux pays L et M. Les clients règlent généralement les services en fonction du volume et du poids des marchandises.

35. La délimitation précise de la transaction indique que les sociétés L et M assurent conjointement et de manière fortement intégrée des services identiques de facilitation des opérations de commerce international, de fret et de dédouanement. Les sociétés L et M sont fortement interdépendantes au regard de la bonne réalisation de chacun des services vendus à leurs clients. Par ailleurs, les sociétés L et M assurent toutes deux des fonctions similaires de commercialisation et de relations avec la clientèle, suivant la localisation des clients. Les sociétés L et M utilisent conjointement un système informatique intégré de suivi des marchandises. À l'origine, ce système a été acheté conjointement par les sociétés L et M auprès d'un fournisseur auquel elles ne sont pas liées. Elles apportent toutes deux des améliorations progressives à ce système chaque fois que possible. La valeur proposée par LM Corporation à ses clients réside dans des niveaux de prix compétitifs, rendus possibles par son efficacité et les économies d'échelle et de gamme, ainsi que par la totale intégration de ses activités à travers les pays.

36. Les sociétés L et M exécutent conjointement les mêmes fonctions clés qui apportent de la valeur, elles utilisent conjointement les principaux actifs du groupe d'entreprises multinationales, auxquels elles apportent, toujours de manière conjointe, leurs contributions. Même si le prix de pleine concurrence des activités conjointes des sociétés L et M peut être facilement obtenu, ces activités sont fortement intégrées et interdépendantes, de sorte qu'il n'est pas

possible d'utiliser une méthode unilatérale pour déterminer un résultat de pleine concurrence pour l'une ou l'autre des contributions respectives de ces sociétés. Dans ces conditions, il semble que la méthode transactionnelle de partage des bénéfices sera la méthode la plus appropriée pour déterminer la rémunération de pleine concurrence revenant aux sociétés L et M.

37. Si, de plus, les sociétés L et M assument conjointement des risques économiquement significatifs liés aux transactions, il est probable que la méthode transactionnelle de partage des bénéfices appliquée aux bénéfices effectifs sera appropriée.

Exemple 8

38. La société A est la société mère du groupe M, groupe d'entreprises multinationales fabriquant et distribuant des appareils électroniques. La société A détient les droits exclusifs sur la vente des appareils à travers le monde.

39. La société A décide de sous-traiter la fabrication des appareils électroniques à la société B, qui fait également partie du groupe M. Aux termes du contrat, la société B produit les appareils en appliquant les directives de la société A. La société B acquiert les matériaux nécessaires pour produire les différentes composantes des produits finaux. L'un des principaux composants utilisé dans le processus de fabrication lui est fourni par la société A. La société B vend les produits finis à la société A qui, à son tour, assure la commercialisation et la distribution des produits auprès de clients auxquels elle n'est pas liée.

40. Pour assurer la fabrication, la société B a investi dans des machines et des outillages spécialement adaptés à la production des appareils électroniques vendus par le groupe M. Elle n'a pas d'autre client que la société A, qui acquiert donc l'intégralité de sa production.

41. La délimitation précise de la transaction montre que la société B n'apporte pas de contribution unique et de valeur aux transactions contrôlées, ni aux activités du groupe M. De plus, les risques assumés par la société B ne sont pas économiquement significatifs pour les activités commerciales du groupe. Si les activités de la société B sont intégrées dans une certaine mesure avec celles de la société A et dépendent de celle-ci, la rémunération de pleine concurrence de la contribution de la société B peut être estimée de manière fiable en s'appuyant sur des transactions comparables sur le marché libre et en appliquant une ou plusieurs méthodes unilatérales de calcul des prix de transfert. Dans ces conditions, il est peu probable que la méthode transactionnelle de partage des bénéfices soit la plus appropriée.

Exemple 9

42. ACo, résidente du pays A, et BCo, résidente du pays B, font partie de AB Inc, un groupe d'entreprises multinationales. ACo détient des brevets mondiaux sur le composé A, et BCo détient des brevets mondiaux sur l'enzyme B. Le composé A et l'enzyme B sont uniques en leur genre. ACo et BCo ont chacune assuré par elles-mêmes le développement, respectivement, du composé A et de l'enzyme B, en poursuivant des objectifs différents, avant de constater que ces produits ne pourraient pas être utilisés comme prévu à l'origine. Par conséquent, ni le composé A ni l'enzyme B ne présentent une valeur significative à ce stade.

43. Cependant, des ingénieurs d'ACo et de BCo qui travaillent en coopération observent, au cours de ces travaux, que l'association du composé A et de l'enzyme B permet d'obtenir un médicament unique et de valeur, très efficace dans le traitement d'une maladie spécifique et d'une valeur potentiellement très élevée.

44. ACo et BCo concluent un contrat en vertu duquel ACo concède à BCo les droits d'utilisation relatifs au composé A. BCo associera les deux composants pour développer le nouveau médicament qu'elle commercialisera.

45. Dans ces conditions, le niveau élevé d'intégration et d'interdépendance entre les contributions de ACo et de BCo influe sur la valeur de ces contributions, si bien que chaque contribution est unique et de valeur lorsqu'elle est associée à l'autre. En conséquence, il semble que la méthode transactionnelle de partage des bénéfices est la plus appropriée pour déterminer soit la plus appropriée pour déterminer la rémunération revenant à ACo en contrepartie du transfert à BCo des droits d'utilisation relatifs au composé A.

Exemple 10

46. La société A assure la conception, le développement et la production d'une gamme de produits industriels de haute technologie. Une nouvelle génération de cette gamme de produits contient un composant-clé développé et créé par la société B, entreprise associée de la société A. Ce composant, hautement innovant, a été obtenu à partir d'actifs incorporels uniques et de valeur, et l'innovation qu'il apporte constitue l'élément déterminant de la différenciation de la nouvelle génération de produits. Le succès de la nouvelle génération de produits dépend fortement des performances du composant-clé fabriqué par la société B. Ce composant, qui est spécifiquement adapté à cette nouvelle génération de produits, ne peut être utilisé dans aucun autre produit.

47. Il a été entièrement développé par la société B. La délimitation précise de la transaction indique que la société B exerce toutes les fonctions

de contrôle des risques et qu'elle a assumé l'ensemble des risques liés au développement du composant, sans intervention de la société A.

48. Elle montre également que la société A exerce toutes les fonctions de contrôle et assume tous les risques liés à la production et à la vente de la nouvelle génération de produits dans le monde. La société A n'est pas en mesure de contrôler (ni, en conséquence, d'assumer) les risques liés à la performance du composant-clé.

49. Dans cet exemple, il est établi que les risques économiquement significatifs assumés respectivement par la société A et la société B sont des risques distincts mais fortement interdépendants. En conséquence, il apparaît que la méthode transactionnelle de partage des bénéfices est la méthode la plus appropriée.

50. S'il est de plus constaté que l'approche adaptée pour appliquer cette méthode est ici la répartition des recettes ou des bénéfices bruts découlant des ventes par la société A de produits de nouvelle génération, chaque partie supporterait les conséquences de la matérialisation des risques en lien avec ses propres coûts d'exploitation.

Exemple 11

51. Le succès d'un produit électronique est lié à la conception technique novatrice de ses procédés électroniques et de son principal composant. Ce composant est conçu et fabriqué par la société associée A, transféré à la société associée B qui assure la conception et la fabrication du reste du produit, et distribué par la société associée C. On dispose d'informations permettant de vérifier au moyen de la méthode du prix de revente que les fonctions de distribution exercées, les actifs détenus et les risques assumés par la société C sont rémunérés de manière appropriée par le prix de transfert du produit fini vendu par la société B à la société C.

52. La méthode la plus appropriée d'évaluation du prix du composant transféré de A à B pourrait être la méthode du prix comparable sur le marché libre, si l'on pouvait trouver un comparable suffisamment similaire. Voir le paragraphe 2.15 de ces Principes. Toutefois, comme le composant transféré de A à B reflète l'avance technologique dont bénéficie la société A sur ce marché, et représente une contribution unique et de valeur de la société A, dans cet exemple il s'avère impossible (après avoir procédé aux analyses fonctionnelles et aux analyses de comparabilité appropriées) de trouver un prix comparable sur le marché libre permettant d'estimer le prix exact que A pourrait exiger pour son produit selon le principe de pleine concurrence. Le calcul du rendement des coûts de fabrication de A pourrait cependant permettre d'estimer l'élément de bénéfice qui rémunérerait les fonctions de fabrication de A, en laissant de côté l'élément de bénéfice imputable à

l'actif incorporel unique et de valeur utilisé dans cette société. On pourrait effectuer des calculs similaires sur les coûts de fabrication de la société B afin de procéder à une estimation du bénéfice que B tire de ses fonctions de fabrication, sans tenir compte de l'élément de bénéfice imputable à son actif incorporel. Comme le prix de vente de B à C est connu et considéré comme conforme au principe de pleine concurrence, le montant du bénéfice résiduel conjoint obtenu par A et B du fait de l'exploitation de leurs actifs incorporels respectifs peut être déterminé. À ce stade, la part de ce bénéfice résiduel qui peut être imputée à chaque entreprise reste indéterminée.

53. Le bénéfice résiduel peut être fractionné sur la base d'une analyse des faits et circonstances susceptible d'indiquer les modalités selon lesquelles la rémunération additionnelle aurait été répartie dans des conditions de pleine concurrence. L'activité de recherche-développement de chaque société est orientée vers la conception technique des mêmes catégories de produits et il est établi dans le cadre de cet exemple que les montants respectifs des dépenses de recherche-développement constituent des indicateurs fiables de la valeur relative des contributions des sociétés. Voir le paragraphe 2.145 de ces Principes. Cela signifie que la contribution unique et de valeur de chaque société peut être indiquée de manière fiable par le montant relatif de ses dépenses de recherche-développement, de sorte que si les dépenses de recherche-développement de A sont de 15 et si celles de B sont de 10, soit des dépenses combinées de recherche-développement de 25, le bénéfice résiduel peut être fractionné comme suit : 15/25 pour A et 10/25 pour B.

54. Des données chiffrées peuvent aider à mieux comprendre l'exemple :

a) Profits et pertes de A et B

	A	B
Chiffre d'affaires	50	100
Moins :		
Achats	(10)	(50)
Coûts de fabrication	(15)	(20)
Marge brute	25	30
Moins :		
R&D	15	10
Charges d'exploitation	10 (25)	10 (20)
Bénéfice net	0	10

b) Détermination du bénéfice normalement réalisé par A et B sur leurs activités de fabrication et calcul du bénéfice résiduel total

55. Il est établi, pour les deux juridictions, que les entreprises tierces comparables ne disposant pas d'actifs incorporels unique et de valeur obtiennent un rendement sur leurs coûts de fabrication (à l'exclusion des achats) de 10 pour cent (rapport entre le bénéfice net et les coûts directs et indirects de fabrication)¹. Les coûts de fabrication de A sont de 15 et, par conséquent, en calculant le rendement par rapport aux coûts, on imputerait à A un bénéfice de 1.5 sur ses activités de fabrication. Les coûts équivalents de B sont de 20, et par conséquent, en calculant le rendement par rapport aux coûts, on imputerait à B un bénéfice de 2.0 sur ses activités de fabrication. Le bénéfice résiduel est donc de 6.5 et on l'obtient en déduisant du bénéfice net à considérer, égal à 10, le bénéfice combiné sur les activités de fabrication, qui est de 3.5.

c) Attribution du bénéfice résiduel

56. La répartition initiale du bénéfice (1.5 pour A et 2.0 pour B) rémunère les fonctions de fabrication de A et B, mais les contributions uniques et de valeur respectives de ces sociétés, qui ont permis la mise au point d'un produit faisant intervenir des techniques avancées, n'ont pas été quantifiées. Dans le cas présent, il est établi que la part relative des coûts totaux de recherche-développement engagés par A et B au titre du produit représente un indicateur fiable afin de quantifier les contributions uniques et de valeur respectives des deux sociétés. En conséquence, le bénéfice résiduel peut être réparti entre A et B sur ce fondement. Le bénéfice résiduel est de 6.5, dont 15/25 peuvent être imputés à A et 10/25 à B, ce qui aboutit à une répartition de 3.9 et 2.6, comme indiqué ci-dessous :

$$\text{Part de A : } 6.5 \times 15/25 = 3.9$$

$$\text{Part de B : } 6.5 \times 10/25 = 2.6$$

-
1. Ce rendement de 10 pour cent ne correspond pas techniquement à l'application d'une marge sur les coûts au sens le plus strict, car il s'agit d'un bénéfice net et non d'un bénéfice brut. Mais ce rendement de 10 pour cent ne correspond pas non plus à une marge nette d'impôt sur le coût de fabrication au sens le plus strict, dans la mesure où les coûts pris en compte ne comprennent pas les dépenses d'exploitation. Le rendement net sur les coûts de fabrication est utilisé comme une méthode du partage des bénéfices commode et pratique dans un premier temps du fait qu'il simplifie la détermination du bénéfice net résiduel imputable aux actifs incorporels uniques et de valeur qui représentent les contributions apportées par A et B.

d) Nouveau calcul des bénéfices

57. Les bénéfices nets de A deviendraient donc : $1.5 + 3.9 = 5.4$

Les bénéfices nets de B deviendraient donc : $2.0 + 2.6 = 4.6$

Les comptes de résultat aux fins fiscales se présenteraient comme suit :

	A	B
Chiffre d'affaires	55.4	100
Moins :		
Achats	(10)	(55.4)
Coûts de fabrication	(15)	(20)
Marge brute	30.4	24.6
Moins :		
R&D	15	10
Charges d'exploitation	10 (25)	10 (20)
Bénéfice net	5.4	4.6

Note : L'exemple a pour objet d'illustrer de façon simple les mécanismes d'un partage du bénéfice résiduel et ne doit pas être interprété comme donnant des indications générales sur la manière dont il faut appliquer le principe de pleine concurrence dans l'identification de transactions comparables et la détermination d'une répartition appropriée. Il importe que les principes illustrés dans cet exemple soient appliqués en tenant compte des faits et circonstances propres à chaque cas d'espèce. En particulier, il y a lieu de noter que l'attribution du bénéfice résiduel suppose en pratique d'attendre un niveau de précision très élevé en vue d'identifier et de quantifier la base de répartition appropriée. Lorsqu'on utilise les dépenses de recherche-développement, il peut être nécessaire de tenir compte des différences dans les types d'activités de recherche-développement qui sont menées, dans la mesure où ces différents types d'activités peuvent correspondre à différents niveaux de risque et par conséquent à des niveaux différents de rendement escompté dans des conditions de pleine concurrence. Par ailleurs, il est possible que les niveaux relatifs des dépenses courantes de recherche-développement ne reflètent pas de manière satisfaisante la contribution à l'obtention des bénéfices courants qui est imputable aux actifs incorporels mis au point ou acquis dans le passé. Voir la section C.5.3.2 du chapitre II de ces Principes.

Exemple 12

58. La société A, résidente du pays A, la société B, résidente du pays B, et la société C, résidente du pays C, font partie d'un groupe d'entreprises multinationales. Les sociétés A et B assurent la conception et la fabrication de produits, et leurs activités dans ce domaine sont fortement intégrées. De plus, les sociétés A et B sont responsables de la commercialisation et de la

distribution des produits auprès de clients auxquels elles ne sont pas liées et qui sont situés respectivement dans les pays A et B. La société C exerce quant à elle des activités de commercialisation et de distribution pour lesquelles il existe des éléments de comparaison, concernant des produits qu'elle achète aux sociétés A et B pour les revendre à des clients auxquels elle n'est pas liée dans le pays C.

59. La société A et la société B concluent un accord portant sur l'achat et la vente de pièces détachées, de moules et de composants entrant dans la fabrication de différents produits. Ces transactions peuvent également concerner des produits semi-finis afin de répondre efficacement et en temps voulu aux demandes des clients. Fortes de leur vaste expérience dans le secteur, la société A et la société B ont chacune développé un savoir-faire unique et de valeur et d'autres actifs incorporels en lien avec leurs procédés de conception et de fabrication respectifs. En revanche, la délimitation précise de la transaction révèle que la société C n'apporte aucune contribution unique et de valeur. Il existe en effet des éléments de comparaison concernant les activités de commercialisation et de distribution qu'elle exerce.

60. Les activités de conception et de fabrication sont identifiées comme les principales sources de la valeur générée par le groupe d'entreprises multinationales, et l'analyse fonctionnelle montre que les risques économiquement significatifs sont les risques stratégiques et opérationnels liés à ces deux activités. La société A et la société B prennent part à un réseau complexe de transactions intra-groupe au sein duquel les résultats de chaque société dépendent fortement de la capacité de l'autre à fournir les différents composants et intrants. Les activités de conception et de fabrication des sociétés A et B sont fortement interdépendantes, et les entités exercent toutes deux des fonctions de contrôle appropriées au regard des risques économiquement significatifs. Conformément au cadre d'analyse des risques décrit à la section D.1.2.1 du chapitre I de ces Principes, il apparaît que la société A et la société B partagent la prise en charge des risques liés aux activités de conception et de fabrication. La société A et la société B apportent toutes deux des contributions uniques et de valeur aux processus de conception et de fabrication.

61. Dans ces conditions, il semble que la méthode transactionnelle de partage des bénéfices soit la plus appropriée pour déterminer la rémunération due aux sociétés A et B au titre des transactions intra-groupe qu'elles assurent. Cependant, il est probable qu'une méthode unilatérale de calcul des prix de transfert, comme la méthode du prix de revente ou une méthode transactionnelle de la marge nette (MTMN) soit la plus appropriée pour déterminer la rémunération de pleine concurrence qui revient à la société C.

62. Lors de l'application de la méthode transactionnelle de partage des bénéfices, les ventes de produits dans les pays A, B et C doivent être prises en

compte dans la détermination des bénéfices à considérer devant être répartis. Dans le cas du pays C, ce montant est calculé à partir des recettes générées par les ventes de la société C, après déduction de la rémunération de pleine concurrence revenant à la société C (telle que calculée ci-dessus) au titre de ses contributions.

63. Si l'on procède à une analyse résiduelle dans le cadre de la méthode transactionnelle de partage des bénéfices, la première étape consiste à déterminer la rémunération de pleine concurrence au titre des contributions moins complexes apportées par chacune des parties (les sociétés A et B), pour lesquelles il existe des éléments de comparaison. Ces montants sont ensuite déduits du total regroupant tous les bénéfices à considérer, afin d'identifier les bénéfices résiduels à attribuer. Lors de la deuxième étape de l'analyse résiduelle, les bénéfices résiduels sont répartis entre la société A et la société B, en fonction de leur contribution respective à ces bénéfices résiduels.

Exemple 13

64. La société A, résidente du pays A, est la société mère d'un groupe de distribution qui est un groupe d'entreprises multinationales exerçant son activité dans le secteur de la mode. Au fil des années, la société A a acquis un savoir-faire et rehaussé la valeur de la marque et la notoriété de ses activités grâce à d'intenses efforts de commercialisation. Dans ce cas, les actifs incorporels développés et détenus par la société A ne sont pas considérés comme des actifs incorporels difficiles à valoriser.

65. Afin d'étendre ses activités sur le marché du pays B, la société A conclut un accord avec la société B, qui fait partie du groupe de vente au détail résident du pays B. Aux termes de cet accord, la société A concède à la société B le droit d'utiliser son savoir-faire et d'exploiter ses marques dans le pays B pour y réaliser des ventes de produits de confection. La société B possède une vaste expérience dans la vente au détail de produits mode ainsi qu'une longue expérience en matière de reconnaissance et de fidélisation autour de sa marque dans le pays B, grâce à une équipe interne qui conçoit et met en œuvre des stratégies et des opérations de commercialisation innovantes.

66. La délimitation précise de la transaction indique que les contributions des deux sociétés sont uniques et de valeur pour les activités du groupe de vente au détail dans le pays B.

67. Dans les scénarios présentés ci-après, il apparaît que la méthode transactionnelle de partage des bénéfices est la plus appropriée pour déterminer la rémunération due par la société B en contrepartie des droits que la société A lui a concédés, dans la mesure où l'une et l'autre parties à la transaction apportent une contribution unique et de valeur.

Scénario 1

68. La délimitation précise de la transaction montre que la société A ne partage la prise en charge d'aucun risque économiquement significatif associé aux activités de commercialisation et d'exploitation de la société B se rapportant à des actifs incorporels dont l'utilisation lui a été concédée.

69. Dans ces conditions, l'application de la méthode transactionnelle de partage des bénéfices doit être fondée sur les bénéfices anticipés de la société B que devrait générer la commercialisation des produits sur une période déterminée (calculés en appliquant une méthode d'actualisation des flux de trésorerie telle que décrite au chapitre VI, sections D.2.6.3 et D.2.6.4 de ces Principes).

70. La valeur relative des contributions de la société A et de la société B est utilisée pour déterminer un partage des bénéfices anticipés de la société B résultant des contributions combinées des deux entreprises. Le règlement de la transaction peut prendre des formes très diverses, y compris celles d'une somme forfaitaire versée à la société A ou de redevances calculées en fonction du chiffre d'affaires.

Scénario 2

71. Dans ce scénario, la délimitation précise de la transaction montre que :

- la société A et la société B s'entendent sur un partage des bénéfices réels retirés de la vente des produits par la société B
- la société A et la société B exécutent conjointement les activités de commercialisation et de distribution des produits portant la marque, et
- la société A et la société B prennent toutes deux en charge les risques inhérents à l'échec ou à la réussite de la mise sur le marché et de la commercialisation des produits par la société B.

72. Dans ces conditions, la méthode transactionnelle de partage des bénéfices s'applique aux bénéfices réels retirés de la vente des produits, et la valeur relative des contributions des sociétés A et B est utilisée pour déterminer le partage de ces bénéfices.

Exemple 14

73. Les paragraphes ci-dessous illustrent l'effet du choix d'une mesure de bénéfices pour calculer les bénéfices à considérer et à attribuer lorsqu'on applique une méthode transactionnelle de partage des bénéfices.

Scénario 1

74. Considérons que A et B sont deux entreprises associées situées dans deux juridictions différentes. Toutes deux fabriquent les mêmes articles et encourrent des dépenses qui ont occasionné la création d'un actif incorporel unique et de valeur qu'elles peuvent toutes deux utiliser. Aux fins de cet exemple, on considère que la nature de cet actif incorporel unique et de valeur est telle que la valeur des contributions uniques et de valeur apportées par A et B au cours d'une année est proportionnelle aux dépenses respectivement consacrées par A et B à cet actif incorporel pendant la même période. (Il faut noter que cette hypothèse ne sera pas toujours conforme à la réalité en pratique.) Considérons que A et B vendent exclusivement leurs produits à des tiers. Considérons qu'il est établi que la méthode la plus fiable est celle du partage résiduel des bénéfices, que les activités de production de A et de B sont des transactions moins complexes, et non uniques, auxquelles il faut affecter un rendement initial de 10 % du coût des marchandises vendues et que le bénéfice résiduel doit être réparti à proportion des dépenses respectivement consacrées par A et B à l'actif incorporel unique et de valeur. Les chiffres figurant dans le tableau ci-dessous sont présentés uniquement à titre d'illustration :

	A	B	A + B combinés
Chiffre d'affaires	100	300	400
Coût des marchandises vendues	60	170	230
Marge brute	40	130	170
Frais généraux	3	6	9
Autres charges d'exploitation	2	4	6
Dépenses consacrées à l'actif incorporel unique et de valeur	30	40	70
Bénéfice d'exploitation	5	80	85

Première étape : déterminer le rendement initial pour les transactions non uniques de fabrication (Coût des marchandises vendues + 10 % dans cet exemple)

A	$60 + (60 \times 10\%) = 66$	→ Rendement initial des transactions de fabrication de A =	6
B	$170 + (170 \times 10\%) = 187$	→ Rendement initial des transactions de fabrication de B =	17
Total (bénéfice affecté en fonction des rendements initiaux) $(6 + 17) =$			23

Deuxième étape : déterminer le bénéfice résiduel à répartir

a) S'il est déterminé comme le bénéfice d'exploitation :

Bénéfice d'exploitation combiné		85
Bénéfice déjà affecté (rendements initiaux des transactions de fabrication)		23
Bénéfice résiduel à répartir à proportion des dépenses consacrées par A et B à l'actif incorporel unique et de valeur		62
Bénéfice résiduel affecté à A :	$62 \times 30/70$	26.57
Bénéfice résiduel affecté à B :	$62 \times 40/70$	35.43
Bénéfice total affecté à A :	6 (rendement initial) + 26.57 (résiduel)	32.57
Bénéfice total affecté à B :	17 (rendement initial) + 35.43 (résiduel)	52.43
Total		85

b) S'il est déterminé comme le bénéfice d'exploitation avant frais généraux (en supposant établi que les frais généraux de A et B ne sont pas liés à la transaction examinée et doivent être exclus de la détermination des bénéfices à considérer à répartir) :

	A	B	A + B combinés
Chiffre d'affaires	100	300	400
Coût des marchandises vendues	60	170	230
Marge brute	40	130	170
Autres charges d'exploitation	2	4	6
Dépenses consacrées à l'actif incorporel unique et de valeur	30	40	70
Bénéfice d'exploitation avant frais généraux	8	86	94
Frais généraux	3	6	9
Bénéfice d'exploitation	5	80	85
Bénéfice d'exploitation à considérer avant frais généraux			94
Bénéfice déjà affecté (rendements initiaux des transactions de fabrication)			23
Bénéfice résiduel avant frais généraux à répartir à proportion des dépenses consacrées par A et B à l'actif incorporel unique et de valeur			71
Bénéfice résiduel affecté à A :	$71 \times 30/70$		30.43
Bénéfice résiduel affecté à B :	$71 \times 40/70$		40.57

Bénéfice total affecté à A :	6 (rendement initial) + 30.43 (résiduel) – 3 (frais généraux)	33.43
Bénéfice total affecté à B :	17 (rendement initial) + 40.57 (résiduel) – 6 (frais généraux)	51.57
Total		85

75. Comme le montre l'exemple ci-dessus, si l'on exclut certains éléments spécifiques de la détermination des bénéfices à considérer et à attribuer, cela signifie que chaque partie demeure responsable de ses propres dépenses correspondantes. En conséquence, la décision d'inclure ou non certains éléments spécifiques doit être cohérente avec la délimitation précise de la transaction.

Scénario 2

76. Cet autre exemple montre qu'il peut être souhaitable, dans certains cas, de faire abstraction d'une certaine catégorie de dépenses, dans la mesure où le ou les facteurs de partage des bénéfices utilisés lors de la répartition du bénéfice résiduel reposent sur ces dépenses. Par exemple, dans les cas où les dépenses relatives qui ont contribué au développement d'un actif incorporel unique et de valeur sont considérées comme le facteur le plus approprié de partage des bénéfices, les bénéfices résiduels peuvent être fondés sur les bénéfices d'exploitation avant cette dépense. Une fois déterminé le partage des bénéfices résiduels, chacune des entreprises associées soustrait alors les dépenses qu'elle a encourues. En voici une illustration. Supposons que les faits soient les mêmes que dans le scénario 1 du présent exemple, exposé au paragraphe 74 ci-dessus, et que les frais généraux ne soient pas exclus lors de la détermination du bénéfice résiduel à répartir.

Première étape : déterminer le rendement de base des fonctions de fabrication (Coût des marchandises vendues + 10 % dans cet exemple)

Calcul identique à celui du scénario 1, étape 1, hypothèse a.

Deuxième étape : déterminer le bénéfice résiduel à répartir

a) S'il est déterminé comme le bénéfice d'exploitation après prise en compte des dépenses consacrées à l'actif incorporel unique et de valeur :

Calcul identique à celui du scénario 1, étape 2, hypothèse a).

b) S'il est déterminé comme le bénéfice d'exploitation avant prise en compte des dépenses consacrées à l'actif incorporel unique et de valeur :

	A	B	A + B combinés
Chiffre d'affaires	100	300	400
Coût des marchandises vendues	60	170	230
Marge brute	40	130	170
Frais généraux	3	6	9
Autres charges d'exploitation	2	4	6
Bénéfice d'exploitation avant Dépenses consacrées à l'actif incorporel unique et de valeur	35	120	155
Dépenses consacrées à l'actif incorporel unique et de valeur	30	40	70
Bénéfice d'exploitation	5	80	85
Bénéfice d'exploitation à considérer avant Dépenses consacrées à l'actif incorporel unique et de valeur			155
Bénéfice déjà affecté (rendements initiaux des transactions de fabrication)			23
Bénéfice résiduel avant Dépenses consacrées à l'actif incorporel unique et de valeur, à répartir à proportion des dépenses consacrées par A et B à l'actif incorporel unique et de valeur			132
Bénéfice résiduel affecté à A :	$132 \times 30/70$		56.57
Bénéfice résiduel affecté à B :	$132 \times 40/70$		75.43
Bénéfice total affecté à A :	6 (rendement initial) + 56.57 (résiduel) – 30 (dépenses consacrées à l'actif incorporel unique et de valeur)		32.57
Bénéfice total affecté à B :	17 (rendement initial) + 75.43 (résiduel) – 40 (dépenses consacrées à l'actif incorporel unique et de valeur)		52.43
Total			85

En d'autres termes, on attribue à A et à B les mêmes bénéfices que dans le cas où le bénéfice à considérer et à répartir est déterminé comme étant le bénéfice d'exploitation après dépenses consacrées à l'actif incorporel unique et de valeur, voir cas a) ci-dessus.

77. Cet exemple illustre le fait que, lorsque le facteur de partage utilisé pour répartir le bénéfice résiduel est lié à une catégorie de dépenses encourues pendant la période, les deux approches de calcul du bénéfice résiduel à répartir (soit avant les dépenses, qui sont alors déduites par chaque partie, soit après ces dépenses) conduisent au même résultat. Le résultat peut être différent, toutefois, si le facteur de partage des bénéfices est lié à une somme de dépenses qui regroupe des charges supportées pendant l'année en cours mais aussi lors d'exercices précédents.

Exemple 15

78. La société A, résidente du pays A, et la société B, résidente du pays B, font partie d'un groupe d'entreprises multinationales. Ces deux sociétés assurent la conception et la fabrication de produits, et leurs activités dans ce domaine sont fortement intégrées. De plus, les sociétés A et B sont responsables de la commercialisation et de la distribution des produits auprès de clients auxquels elles ne sont pas liées situés respectivement dans les pays A et B.

79. Les sociétés A et B concluent un accord portant sur l'achat et la vente de pièces détachées, de moules et de composants entrant dans la fabrication de différents produits. Ces transactions peuvent également concerner des produits semi-finis afin de répondre efficacement et en temps voulu aux demandes des clients. Fortes de leur vaste expérience dans le secteur, les sociétés A et B ont chacune développé un savoir-faire unique et de valeur et d'autres actifs incorporels en lien avec leurs procédés de conception et de fabrication respectifs.

80. L'analyse fonctionnelle montre que les risques économiquement significatifs sont les risques stratégiques et opérationnels liés aux activités de conception et de fabrication, et que les sociétés A et B prennent part à un réseau complexe de transactions intra-groupe au sein duquel les résultats de chaque société dépendent fortement de la capacité de l'autre à fournir les différents composants ou autres intrants. Les sociétés A et B exercent des activités de conception et de fabrication fortement interdépendantes, et assurent toutes deux des fonctions de contrôle appropriées au regard des risques économiquement significatifs. Conformément au cadre d'analyse des risques décrit à la section D.1.2.1 du chapitre I de ces Principes, il apparaît que les sociétés A et B partagent la prise en charge des risques liés aux activités de conception et de fabrication. La société A et la société B apportent chacune une contribution unique et de valeur aux processus de conception et de fabrication.

81. Dans ces conditions, il semble que la méthode transactionnelle de partage des bénéfices soit la plus appropriée pour déterminer la rémunération due aux sociétés A et B au titre des transactions intra-groupe qu'elles assurent.

82. En l'absence de transactions comparables sur le marché libre ou d'éléments permettant de déduire directement comment des parties indépendantes auraient partagé les bénéfices dans des circonstances comparables, la répartition des bénéfices peut être fondée sur la valeur relative des contributions apportées respectivement par les sociétés A et B. Un facteur de partage des bénéfices fondé sur les actifs pourrait en particulier se révéler approprié sous réserve que l'analyse fonctionnelle conduise à conclure qu'il existe une corrélation forte entre les actifs de la société A et de la société B et la création de valeur dans le contexte de leurs transactions contrôlées.

Exemple 16

83. La société A, la société B et la société C, faisant toutes les trois partie du même groupe d'entreprises multinationales, se sont entendues pour élaborer conjointement un produit entièrement nouveau. Aucune de ces entités n'a apporté au projet de contributions de valeur déjà existantes, comme des actifs incorporels préexistants. Chacune des entreprises associées dans ce projet est responsable du développement et de la fabrication de l'un des trois principaux composants du produit.

84. Dans ce cas, supposons que la méthode transactionnelle de partage des bénéfices soit la plus appropriée pour déterminer les bénéfices retirés par les trois sociétés de la vente du nouveau produit. Il ressort de l'analyse fonctionnelle que les contributions relatives des parties peuvent être mesurées à partir de la fraction des dépenses supportée par chaque société pour le développement des composants du produit, étant donné qu'il existe une corrélation directe entre ces fractions de dépenses et la valeur de la contribution relative apportée par chaque société. En conséquence, les bénéfices (pertes) à considérer au titre des ventes du nouveau produit peuvent être répartis en fonction des coûts de développement respectivement supportés par chacune des parties.

85. Dans cet exemple, la répartition des bénéfices réalisée en fonction des coûts de développement respectivement supportés par chacune des parties donnera des résultats similaires à ceux qui auraient été obtenus en vertu d'un accord de répartition des coûts (ARC) semblable, puisque les parties exerçant des activités qui présentent des caractéristiques économiques similaires doivent recevoir des revenus escomptés similaires, indépendamment du fait que l'accord contractuel soit, dans ce cas, un ARC (voir paragraphe 8.4 de ces Principes).

Annexe au chapitre III

Exemple d'ajustement du fonds de roulement

Le chapitre III, section A.6 de ces Principes contient des instructions générales sur les ajustements de comparabilité.

Les hypothèses relatives aux accords de pleine concurrence utilisées dans les exemples suivants sont formulées à titre d'illustration uniquement et ne doivent pas être considérées comme imposant tel ou tel ajustement ou accord de pleine concurrence dans des situations concrètes impliquant un secteur d'activité en particulier. Ces exemples cherchent à illustrer l'utilisation des Principes dans le domaine auquel ils se réfèrent, mais ce sont les faits et circonstances propres au cas d'espèce qui doivent déterminer leur application pratique.

Cet exemple est donné à des fins d'illustration uniquement parce qu'il s'agit d'une méthode de calcul d'un tel ajustement, mais pas nécessairement de la seule.

En outre, les commentaires fournis ci-dessous portent sur l'application d'une méthode transactionnelle de partage des bénéfices dans les cas où, compte tenu des faits et circonstances spécifiques et en particulier de l'analyse de comparabilité (y compris fonctionnelle) de la transaction et de l'examen des informations disponibles sur des comparables sur le marché libre, cette méthode s'avère être la plus appropriée.

Introduction

1. 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). Voir les paragraphes 3.47-3.54 de ces Principes pour des indications générales sur les ajustements de comparabilité. Ces types d'ajustements peuvent être opportuns lorsqu'on suit la méthode transactionnelle de la marge nette. Dans la pratique, ces ajustements sont généralement effectués lorsqu'on applique une méthode transactionnelle de la marge nette, bien qu'ils soient également envisageables avec les méthodes du coût 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 ?

2. 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. En comptabilisant des comptes clients importants, une entreprise accorde à ses clients des délais de paiement relativement étendus. Elle devrait emprunter de l'argent pour financer ces conditions de paiement et/ou supporter une réduction du montant des excédents de trésorerie qu'elle peut investir. Dans un environnement concurrentiel, le prix devrait donc inclure un élément afin de répercuter ces délais de paiement et de compenser l'effet de décalage dans le temps.

3. L'inverse s'applique en cas de comptes fournisseurs d'un montant plus élevé. Si elle a des comptes fournisseurs importants, une société bénéficie de délais de paiement relativement longs de la part de ses fournisseurs. Elle devrait donc emprunter moins pour financer ses achats et/ou bénéficierait d'une augmentation de la trésorerie disponible pour investir. Dans un environnement concurrentiel, le coût des marchandises vendues devrait inclure un élément pour refléter ces délais de paiement et contrebalancer l'effet de décalage dans le temps.

4. De même, 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. À 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.

5. Procéder à un ajustement du fonds de roulement est une tentative de corriger les différences liées à la valeur monétaire du temps entre la partie testée et les comparables potentiels, 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.

6. Processus de calcul des ajustements du fonds de roulement :

- a) 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 méthode transactionnelle de la marge nette est appliquée par rapport à une base adéquate, par exemple les coûts, les ventes ou les actifs (voir le paragraphe 2.64 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.
- b) 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.
- c) 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 :

7. 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	\$179.5 mln	\$182.5 mln	\$187 mln	\$195 mln	\$198 mln
Résultat avant intérêts et impôts (EBIT)	\$1.5 mln	\$1.83 mln	\$2.43 mln	\$2.54 mln	\$1.78 mln
EBIT/ventes (%)	0.8%	1%	1.3%	1.3%	0.9%
Fonds de roulement (en fin d'exercice)*					
Comptes clients	\$30 mln	\$32 mln	\$33 mln	\$35 mln	\$37 mln
Stocks	\$36 mln	\$36 mln	\$38 mln	\$40 mln	\$45 mln
Comptes fournisseurs	\$20 mln	\$21 mln	\$26 mln	\$23 mln	\$24 mln
Comptes clients + stocks – comptes fournisseurs	\$46 mln	\$47 mln	\$45 mln	\$52 mln	\$58 mln
CC+S – CF / ventes	25.6%	25.8%	24.1%	26.7%	29.3%

CompCo	Année 1	Année 2	Année 3	Année 4	Année 5
Ventes	\$120.4 mln	\$121.2 mln	\$121.8 mln	\$126.3 mln	\$130.2 mln
EBIT	\$1.59 mln	\$3.59 mln	\$3.15 mln	\$4.18 mln	\$6.44 mln
EBIT/ventes (%)	1.32 %	2.96 %	2.59 %	3.31 %	4.95 %
Fonds de roulement (en fin d'exercice) *					
Comptes clients	\$17 mln	\$18 mln	\$20 mln	\$22 mln	\$23 mln
Stocks	\$18 mln	\$20 mln	\$26 mln	\$24 mln	\$25 mln
Comptes fournisseurs	\$11 mln	\$13 mln	\$11 mln	\$15 mln	\$16 mln
Comptes clients + stocks – comptes fournisseurs	\$24 mln	\$25 mln	\$35 mln	\$31 mln	\$32 mln
CC+S – CF / ventes	19.9 %	20.6 %	28.7 %	24.5 %	24.6 %
Ajustement du fonds de roulement					
CC+S – CF / ventes de TestCo	25.6 %	25.8 %	24.1 %	26.7 %	29.3 %
CC+S – CF / ventes de CompCo	19.9 %	20.6 %	28.7 %	24.5 %	24.6 %
Différence	5.7 %	5.1 %	-4.7 %	2.1 %	4.7 %
Taux d'intérêt	4.8 %	5.4 %	5.0 %	5.5 %	4.5 %
Ajustement ($D \times ti$)	0.27 %	0.28 %	-0.23 %	0.12 %	0.21 %
EBIT/ventes de CompCo (%)	1.32 %	2.96 %	2.59 %	3.31 %	4.95 %
Fonds de roulement ajusté EBIT / ventes pour CompCo	1.59 %	3.24 %	2.35 %	3.43 %	5.16 %

* Voir les commentaires au paragraphe 8.

8. 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 ci-dessus 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. En pareils cas, des moyennes peuvent être utilisées si elles reflètent mieux le niveau du fonds de roulement sur l'année.
- La question du taux (ou des taux) d'intérêt à appliquer revêt une importance décisive dans les ajustements du fonds de roulement. Le taux (ou les taux) à utiliser est déterminé par référence à un taux d'intérêt applicable à une entreprise commerciale opérant sur le même

marché que la partie testée. Dans la plupart des cas, on utilisera un taux de prêt commercial. 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 différent. 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, mais cela n'est pas forcément le cas dans la pratique. Lorsque différents taux d'intérêt s'avèrent applicables à différentes catégories d'actifs ou de passifs, les calculs peuvent être beaucoup plus complexes.

- 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.

Annexe I au chapitre IV

Modèles de protocole d'accord entre les autorités compétentes pour l'établissement de régimes de protection bilatéraux

Introduction

La présente annexe contient des modèles de protocole d'accord destinés aux autorités compétentes qui souhaitent négocier des régimes de protection bilatéraux applicables à des catégories communes d'affaires relevant des prix de transfert, concernant des fonctions à faibles risques dans les domaines de la distribution, des industries manufacturières et de la recherche-développement. Elle se propose de fournir aux États un outil qu'ils pourront adapter et utiliser pour résoudre, par le biais des régimes de protection bilatéraux, des cas importants relevant des prix de transfert qui demandent à l'heure actuelle beaucoup de temps et d'efforts lorsqu'ils sont traités au cas par cas. Les autorités compétentes sont bien entendu libres de modifier, d'ajouter ou de supprimer toute disposition de ces modèles lorsqu'elles concluent leurs propres accords bilatéraux.

Raisons justifiant de conclure un protocole d'accord établissant un régime de protection bilatéral

Comme le décrit la section E.4 du chapitre IV des présents Principes, l'un des problèmes potentiels découlant du recours aux régimes de protection unilatéraux en matière de prix de transfert est qu'ils peuvent accroître le risque de double imposition et de double exonération. Cela peut se produire si la juridiction accordant le régime de façon unilatérale oriente ce régime vers le haut d'une fourchette de bénéfices acceptables au regard du principe de pleine concurrence, alors qu'une partie au traité abritant l'autre côté de la transaction conteste l'affirmation selon laquelle le niveau de bénéfice défini pour le régime de protection reflète les conditions d'une transaction de pleine concurrence. Certains observateurs soutiennent que les fourchettes

de bénéfices en régime de protection ont tendance à augmenter au fil du temps, ce qui exacerbe ce problème potentiel. En outre, il est parfois avancé que les régimes de protection unilatéraux peuvent avoir tendance à obliger les contribuables à déclarer des niveaux de revenus supérieurs à ce qu'ils seraient en pleine concurrence, se trouvant ainsi soumis à une double imposition, ce qui serait le prix à payer pour la commodité et la simplification administratives. Enfin, les régimes de protection unilatéraux peuvent parfois procurer des gains inespérés aux contribuables dont la situation concrète laisserait penser que leurs revenus dépassant le niveau prévu par le régime de protection correspondraient davantage aux conditions de transactions en situation de pleine concurrence.

On peut s'attendre à ce que ces problèmes de double imposition et de gains inespérés soient très prononcés dans le cas de régimes de protection applicables à certains des types les plus communs de transactions en matière de prix de transfert. Ils pourraient clairement se poser pour des transactions telles que la vente de marchandises à une filiale locale de distribution en vue de leur revente, avec des risques limités sur le marché local, ou des accords de fabrication sous contrat, ou encore des dispositifs contractuels de recherche. C'est peut-être pour cette raison que pratiquement aucune juridiction n'a mis en place de régime de protection pour traiter ces types courants de problématiques de prix de transfert.

Il arrive que les marges de distribution et de production soient très homogènes sur le plan géographique et sectoriel. Par conséquent, la formulation d'orientations relatives aux fourchettes de règlement normal pour ces types de cas pourrait conduire à une réduction considérable du nombre de contrôles en matière de prix de transfert, ainsi que du nombre d'affaires à traiter par les autorités compétentes et autres controverses en matière de prix de transfert, si des fourchettes raisonnables de résultats pouvaient faire l'objet d'accords bilatéraux et d'une publication.

Ce type de cas pourrait vraisemblablement être traité par le biais de protocoles d'accord bilatéraux, adoptés et publiés par les autorités compétentes. Certaines juridictions ont adopté de tels accords sur une base bilatérale. L'opinion générale de ces juridictions est que les dispositions de l'article 25(3) du Modèle de convention fiscale de l'OCDE sont suffisantes pour habilitier des autorités compétentes à conclure un accord bilatéral sur un régime de protection qui s'appliquerait à de nombreux contribuables présentant des similitudes. L'article 25(3) dispose en effet que : « Les autorités compétentes des États contractants s'efforcent, par voie d'accord amiable, de résoudre les difficultés ou de dissiper les doutes auxquels peuvent donner lieu l'interprétation ou l'application de la Convention. Elles peuvent aussi se concerter en vue d'éliminer la double imposition

dans les cas non prévus par la Convention ». Un accord entre autorités compétentes sur un régime de protection bilatéral en matière de prix de transfert constitue, de fait, un « accord amiable » qui permet de « résoudre les difficultés ou de dissiper les doutes auxquels peuvent donner lieu l'interprétation ou l'application » de l'article 9 de la Convention.

Bien que rien n'empêche les autorités compétentes d'adopter des régimes de protection en vertu de l'article 25(3) sur une base multilatérale si les conditions et les circonstances le permettent, les types particuliers de transactions décrits supra sont tels que les États privilégient souvent l'approche bilatérale.

En présence de tels protocoles d'accord, les contribuables éligibles seraient en mesure de gérer leurs résultats financiers de sorte qu'ils s'inscrivent dans la fourchette convenue au titre du régime de protection, étant assurés que leurs résultats seront acceptés dans les deux juridictions parties au protocole d'accord concerné. Un précédent fréquemment cité pour ce type d'approche est l'accord conclu entre les États-Unis et le Mexique concernant les fourchettes de bénéfices du régime de protection applicable aux entreprises manufacturières sous douane.

Une approche bilatérale pour l'élaboration d'un régime de protection présente un certain nombre d'avantages par rapport à un régime de protection unilatéral en matière de prix de transfert :

- une approche bilatérale appliquée par le biais d'un protocole d'accord entre autorités compétentes accroît la probabilité que le régime de protection n'entraînera pas une double imposition ou une double exonération ;
- un régime de protection bilatéral peut être ajusté en fonction du profil économique d'un marché donné ou de circonstances particulières, le rendant ainsi compatible avec le principe de pleine concurrence ;
- un régime de protection bilatéral peut être conclu de façon sélective avec des juridictions ayant des taux d'imposition similaires, ce qui limite l'éventualité que le régime lui-même crée des possibilités de manipulation des prix de transfert et offre un moyen de restreindre l'application du régime de protection aux situations présentant de très faibles risques en matière de prix de transfert ;
- si les juridiction concernées le souhaitent, un régime de protection bilatéral peut, dans un premier temps, s'appliquer uniquement aux petits contribuables et/ou aux petites transactions, afin de limiter le volume de recettes fiscales exposé au régime de protection ;

- les régimes de protection adoptés par le biais d'un protocole d'accord entre autorités compétentes peuvent être revus et modifiés de temps à autre d'un commun accord entre autorités compétentes, de sorte que leurs dispositions restent d'actualité et reflètent l'évolution de l'économie ;
- pour les pays en développement ayant des ressources très limitées, la conclusion de protocoles d'accord bilatéraux avec plusieurs pays partenaires offre un moyen de protéger leur base d'imposition locale concernée par les prix de transfert, sans déployer d'efforts démesurés pour veiller à l'application des règles.

Il peut être utile de prendre en compte les éléments suivants lors de la négociation et de la conclusion d'un protocole d'accord.

1. Description des entreprises éligibles et critères à remplir, par exemple :
 - a) description des fonctions devant être assurées (ou qui sont interdites) comme condition d'application du régime de protection ;
 - b) risques à supporter par les entreprises participantes comme conditions d'application du régime de protection ;
 - c) composition des actifs pouvant être utilisés par les entreprises participantes comme condition d'application du régime de protection ;
 - d) description des catégories d'entités exclues du régime de protection (du fait de leur taille, de leur secteur, etc.).
2. Description des transactions éligibles couvertes par le protocole d'accord ;
3. Détermination de la fourchette de rémunération de la partie testée en situation de pleine concurrence ;
4. Dates d'application du protocole d'accord ;
5. Déclaration indiquant que le protocole d'accord lie les deux administrations fiscales concernées ;
6. Procédures de communication et de suivi en rapport avec le protocole d'accord ;
7. Obligations des entreprises participantes en matière de documentation et de conservation des données ;

8. Mécanisme de règlement des différends.

On trouvera ci-après des modèles de protocole d'accord pour trois types de transactions : i) les prestations de services manufacturiers à faibles risques; ii) les prestations de services de distribution à faibles risques; et iii) les prestations de services contractuels de recherche-développement à faibles risques.

Modèle de protocole d'accord sur les services manufacturiers à faibles risques

Préambule

1. Les autorités compétentes de [État A] et de [État B] sont convenues d'une rémunération de pleine concurrence applicable aux services manufacturiers à faibles risques fournis par une entreprise éligible située en [État A] pour le compte d'une entreprise associée située en [État B], et par une entreprise éligible située en [État B] pour le compte d'une entreprise associée située en [État A] dans les circonstances décrites ci-après. Le présent protocole d'accord a pour objet d'offrir une sécurité juridique aux entreprises éligibles en établissant des procédures spécifiques d'application des règles relatives aux prix de transfert en [État A] et en [État B] et en éliminant la double imposition.
2. Le présent protocole d'accord est conclu conformément aux dispositions de l'article [25] de la [Convention fiscale] (ci-après « la Convention ») entre [État A] et [État B]. Il met en œuvre les principes de l'article [9] de la Convention dans les circonstances décrites ci-après. Il s'applique aux exercices fiscaux des entreprises éligibles clos durant les années civiles [20__] à [20__]. Ce délai sera prolongé de cinq ans, à moins que l'un des deux États notifie à l'autre État, par écrit, son intention de mettre fin au présent protocole au plus tard le 31 décembre [20__]. L'expiration du présent protocole s'appliquera aux exercices fiscaux des entreprises éligibles s'achevant après le dernier jour de l'année civile au cours de laquelle le présent protocole vient à expiration.
3. Aux fins du présent protocole, une « entreprise » est définie selon les dispositions du paragraphe [1] de l'article [3] de la Convention.

Entreprise éligible

4. Aux fins du présent protocole, une entreprise éligible doit posséder chacune des caractéristiques décrites au présent paragraphe.
 - a) L'entreprise éligible est résidente d'un État contractant aux fins de la Convention et exerce ses activités principalement dans cet État.

- b) La principale activité de l'entreprise éligible consiste soit en la prestation de services manufacturiers dans son État de résidence pour le compte d'une entreprise associée (au sens de l'article [9] de la Convention) résidente de l'autre État contractant, soit en la production de biens manufacturés qu'elle vend à cette entreprise associée.
- c) L'entreprise éligible a conclu un accord écrit avec l'entreprise associée avant le début de l'exercice fiscal considéré de l'entreprise éligible, aux termes duquel l'entreprise associée supporte les principaux risques commerciaux liés aux activités manufacturières de l'entreprise éligible et accepte de rémunérer l'entreprise éligible pour ses activités de fabrication à des niveaux compatibles avec le présent protocole.
- d) Les dépenses annuelles de recherche-développement et d'ingénierie de produit de l'entreprise éligible représentent au total moins de [] % de son chiffre d'affaires net.
- e) L'entreprise éligible n'assume pas les fonctions de publicité, de commercialisation ou de distribution, ni les fonctions de crédit ou de recouvrement, ni les fonctions d'administration des garanties pour les produits qu'elle fabrique.
- f) L'entreprise éligible ne conserve pas la propriété des produits finis après leur départ de l'usine, ne supporte aucun frais de transport ou d'expédition au titre de ces produits finis, et n'assume aucun risque de perte eu égard aux dommages ou à la perte des produits finis pendant leur transport.
- g) L'entreprise éligible n'assume aucune fonction administrative, juridique, comptable ou de gestion du personnel, autre que les fonctions directement liées à l'exercice de ses activités de fabrication.
- h) Au moins [] % des actifs de l'entreprise éligible sont des installations et des équipements de fabrication, des stocks de matières premières et des stocks de biens en cours de fabrication ; ce pourcentage est calculé sur la base de la moyenne des actifs détenus le dernier jour de chacun des quatre trimestres de l'exercice fiscal considéré de l'entreprise éligible.
- i) Le stock de produits finis de l'entreprise éligible ne dépasse pas [] % du chiffre d'affaires annuel net de l'entreprise éligible, calculé sur la base de la moyenne des actifs selon la méthode figurant au paragraphe h) ci-dessus.

5. Une entreprise éligible ne peut pas :
- a) exercer sa principale activité dans l'un des secteurs suivants :
[];
 - b) réaliser un chiffre d'affaires annuel net supérieur à [];
 - c) avoir un actif total supérieur à [];
 - d) tirer plus de [] % de ses revenus nets de transactions autres que des transactions éligibles;
 - e) avoir fait l'objet d'un contrôle de ses prix de transfert en [État A] ou en [État B] au cours des [] dernières années qui s'est traduit par un redressement supérieur à [].

Transactions éligibles

6. Aux fins du présent protocole d'accord, une transaction éligible est
- i) la prestation de services manufacturiers par l'entreprise éligible pour le compte d'une entreprise associée résidente de l'autre État contractant et/ou
 - (ii) la vente de biens manufacturés produits par l'entreprise éligible à une entreprise associée résidente de l'autre État contractant, dans chaque cas sans l'interposition d'autres transactions ou parties.

Détermination du revenu imposable de l'entreprise éligible

7. Dans le cas où une entreprise éligible opte pour l'application des dispositions du présent protocole d'accord :
- a) lorsque l'entreprise éligible détient la propriété des matières premières et des stocks de biens en cours de fabrication en rapport avec les transactions éligibles, son revenu net avant impôt au titre de ses transactions éligibles pour l'exercice fiscal est compris dans une fourchette de [est égal à] [] à [] % de ses coûts totaux, étant entendu que la base de calcul de la marge bénéficiaire en pourcentage exclut uniquement les frais financiers nets, les gains ou pertes de change et les coûts non récurrents;
 - b) lorsque l'entreprise associée détient la propriété des matières premières et des stocks de biens en cours de fabrication en rapport avec les transactions éligibles, le revenu net avant impôt de l'entreprise éligible au titre de ses transactions éligibles pour l'exercice fiscal est compris dans une fourchette de [est égal à] [] à [] % de ses coûts totaux, étant entendu que la base de calcul de la marge bénéficiaire en pourcentage exclut uniquement

les frais financiers nets, les gains ou pertes de change et les coûts non récurrents ;

- c) la terminologie comptable utilisée dans le présent protocole d'accord est définie conformément aux principes comptables généralement admis dans l'État de résidence de l'entreprise éligible.

8. L'[État A] et l'[État B] conviennent tous deux que la rémunération des transactions éligibles calculée conformément au présent protocole d'accord est considérée comme constituant une rémunération de pleine concurrence aux fins de l'application des règles relatives aux prix de transfert en vigueur dans l'État en question et des dispositions de l'article [9] de la Convention.

Établissement stable

9. Les autorités compétentes de [État A] et de [État B] conviennent que l'entreprise associée qui est partie à une transaction éligible ne saurait être considérée comme un établissement stable dans l'État de résidence de l'entreprise éligible au motif que l'entreprise éligible assure pour son compte des services manufacturiers à faibles risques ou au motif que l'entreprise associée obtient la propriété de biens produits par l'entreprise éligible dans la juridiction de résidence de l'entreprise éligible.

Choix du régime et obligations d'information

10. Une entreprise éligible et l'entreprise associée peuvent opter pour l'application systématique des dispositions du présent protocole d'accord en [État A] et en [État B] en déposant une déclaration couvrant les transactions éligibles auprès de [] en [État A] et de [] en [État B] au plus tard le [].

11. Ladite déclaration contient les éléments suivants :

- une attestation confirmant l'intention des contribuables d'appliquer le présent protocole d'accord, et d'être liés par lui, [pendant l'exercice en cours] [pendant une période de [] années à compter du présent exercice] ;
- une attestation stipulant que les revenus et les dépenses au titre des transactions éligibles seront déclarés sur la même base en [État A] et en [État B] conformément au présent accord ;
- un descriptif des transactions éligibles ;
- une identification de chacune des entreprises associées qui sont parties aux transactions éligibles ;

- les états financiers vérifiés de l'entreprise éligible pour l'exercice concerné, ainsi que des informations financières et comptables supplémentaires de nature à démontrer que l'entreprise éligible remplit les critères d'éligibilité;
- un calcul détaillé des revenus perçus par l'entreprise éligible au titre des transactions éligibles, fondé sur l'application des principes du présent protocole d'accord;
- une déclaration par laquelle l'entreprise éligible s'engage à répondre dans un délai de 60 jours à toute demande de l'autorité fiscale de son État de résidence sollicitant des informations que celle-ci juge nécessaires pour établir l'éligibilité de l'entreprise au bénéfice du présent protocole d'accord.

12. Dès lors que l'entreprise éligible et son entreprise associée auront satisfait aux obligations susmentionnées, et qu'elles auront déclaré leurs revenus conformément aux principes figurant dans le présent protocole en déposant dans les délais prescrits une déclaration fiscale pour l'exercice concerné, elles seront exemptées des obligations auxquelles elles seraient autrement soumises en matière de documentation des prix de transfert en [État A] et en [État B] au titre des transactions éligibles.

13. Dans le cas où une entreprise éligible et son entreprise associée n'ont pas opté pour l'application du présent protocole d'accord à leurs transactions éligibles, elles doivent appliquer les règles de [État A] et de [État B] en matière de prix de transfert et de documentation comme si le présent protocole d'accord n'était pas en vigueur.

14. Tout différend relatif à l'application du présent protocole d'accord est soumis aux autorités compétentes de [État A] et de [État B] pour résolution par la voie de l'accord amiable.

15. Les autorités compétentes de [État A] et de [État B] peuvent si nécessaire échanger des renseignements pour appliquer cet accord, conformément aux dispositions de l'article [26] de la Convention.

Dénunciation de l'accord

16. L'[État A] ou l'[État B] peut mettre fin à tout moment au présent protocole d'accord en avisant par écrit l'autorité compétente de l'autre État contractant et en publiant cet avis. Cette dénonciation portera ses effets, pour les entreprises éligibles, sur les exercices fiscaux commençant après le dernier jour de l'année civile au cours de laquelle cet avis de dénonciation a été envoyé et publié.

Modèle de protocole d'accord sur les services de distribution à faibles risques

Préambule

17. Les autorités compétentes de [État A] et de [État B] sont convenues d'une rémunération de pleine concurrence applicable aux services de distribution à faibles risques fournis par une entreprise éligible située en [État A] pour le compte d'une entreprise associée située en [État B], et par une entreprise éligible admissible située en [État B] pour le compte d'une entreprise associée située en [État A] dans les circonstances décrites ci-après. Le présent protocole d'accord a pour objet d'offrir une sécurité juridique aux entreprises éligibles en établissant des procédures spécifiques d'application des règles relatives aux prix de transfert en [État A] et en [État B] et en éliminant la double imposition.

18. Le présent protocole d'accord est conclu conformément aux termes de l'article [25] de la [Convention fiscale] (ci-après « la Convention ») entre [État A] et [État B]. Il met en œuvre les principes de l'article [9] de la Convention dans les circonstances décrites ci-après. Il s'applique aux exercices fiscaux des entreprises éligibles clos durant les années civiles [20__] à [20__]. Ce délai sera prolongé de cinq ans, à moins que l'un des deux États notifie à l'autre État, par écrit, son intention de mettre fin au présent protocole au plus tard le 31 décembre [20__]. L'expiration du présent protocole s'appliquera aux exercices fiscaux des entreprises éligibles s'achevant après le dernier jour de l'année civile au cours de laquelle le présent protocole vient à expiration.

19. Aux fins du présent protocole, une « entreprise » est définie selon les dispositions du paragraphe [1] de l'article [3] de la Convention.

Entreprise éligible

20. Aux fins du présent protocole, une entreprise éligible doit posséder chacune des caractéristiques décrites au présent paragraphe.

- a) L'entreprise éligible est résidente d'un État contractant aux fins de la Convention et exerce ses activités principalement dans cet État.

- b) La principale activité de l'entreprise éligible consiste soit en la prestation de services de commercialisation et de distribution dans son État de résidence pour le compte d'une entreprise associée (au sens de l'article [9] de la Convention) résidente de l'autre État contractant, soit en l'achat par l'entreprise éligible, auprès d'une entreprise associée résidente de l'autre État contractant, de produits qu'elle revend à des clients indépendants dans son État de résidence.
 - c) L'entreprise éligible a conclu un accord écrit avec l'entreprise associée avant le début de l'exercice fiscal considéré de l'entreprise éligible, aux termes duquel l'entreprise associée supporte les principaux risques commerciaux liés aux activités de commercialisation et de distribution de l'entreprise éligible et accepte de s'assurer que l'entreprise éligible est rémunérée pour ses activités de commercialisation et de distribution à des niveaux compatibles avec le présent protocole.
 - d) Les dépenses annuelles de recherche-développement et d'ingénierie de produit de l'entreprise éligible représentent au total moins de []% de son chiffre d'affaires net.
 - e) L'entreprise éligible n'assume pas les fonctions de fabrication ni d'assemblage des produits qu'elle commercialise et distribue.
 - f) Les dépenses totales de commercialisation et de publicité de l'entreprise éligible ne dépassent pas []% de son chiffre d'affaires net.
 - g) L'entreprise éligible n'assume aucune fonction administrative, juridique, comptable ou de gestion du personnel, autre que les fonctions directement liées à l'exercice de ses activités de commercialisation et de distribution.
 - h) Le stock de produits finis de l'entreprise éligible ne dépasse pas []% de son chiffre d'affaires annuel net, calculé sur la base de la moyenne des stocks détenus le dernier jour de chacun des quatre trimestres de l'exercice fiscal considéré de l'entreprise éligible.
21. Une entreprise éligible ne peut pas :
- a) exercer sa principale activité dans l'un des secteurs suivants : [];
 - b) réaliser un chiffre d'affaires annuel net supérieur à [];
 - c) avoir un actif total supérieur à [];

- d) tirer plus de [] % de ses revenus nets de transactions autres que des transactions éligibles ;
- e) avoir fait l'objet d'un contrôle de ses prix de transfert en [État A] ou en [État B] au cours des [] dernières années qui s'est traduit par un redressement supérieur à [].

Transactions éligibles

22. Aux fins du présent protocole d'accord, une transaction éligible est i) la prestation de services de commercialisation et de distribution par l'entreprise admissible pour le compte d'une entreprise associée résidente de l'autre État contractant ou (ii) la vente, à des clients indépendants, de biens achetés par l'entreprise éligible à une entreprise associée résidente de l'autre État contractant, dans chaque cas sans l'interposition d'autres transactions ou parties.

Détermination du revenu imposable de l'entreprise éligible

23. Dans le cas où une entreprise éligible opte pour l'application des dispositions du présent protocole d'accord :

- a) le revenu net avant impôt de l'entreprise éligible au titre de ses transactions éligibles pour l'exercice fiscal est compris dans une fourchette de [est égal à] [] à [] % de son chiffre d'affaires net ;
- b) la terminologie comptable utilisée dans le présent protocole d'accord est définie conformément aux principes comptables généralement admis dans l'État de résidence de l'entreprise éligible.

24. L'[État A] et l'[État B] conviennent tous deux que la rémunération des transactions éligibles calculée conformément au présent protocole d'accord est considérée comme constituant une rémunération de pleine concurrence aux fins de l'application des règles relatives aux prix de transfert en vigueur dans l'État en question et des dispositions de l'article [9] de la Convention.

Établissement stable

25. Les autorités compétentes de [État A] et de [État B] conviennent que l'entreprise associée qui est partie à une transaction éligible ne saurait être considérée comme un établissement stable dans la juridiction de résidence de l'entreprise éligible au motif que l'entreprise éligible assure pour son compte des services de commercialisation et de distribution à faibles risques ou au motif

que l'entreprise éligible achète des produits auprès de l'entreprise associée, dans le cadre de transactions éligibles, pour les revendre à des clients indépendants.

Choix du régime et obligations d'information

26. Une entreprise éligible et l'entreprise associée peuvent opter pour l'application systématique des dispositions du présent protocole d'accord en [État A] et en [État B] en déposant une déclaration couvrant les transactions éligible auprès de [] en [État A] et [] en [État B] au plus tard le [].

27. Ladite déclaration contient les éléments suivants :

- une attestation confirmant l'intention des contribuables d'appliquer le présent protocole d'accord, et d'être liés par lui, [pendant l'exercice en cours] [pendant une période de [] années à compter du présent exercice];
- une attestation stipulant que les revenus et les dépenses au titre des transactions éligibles seront déclarés sur la même base en [État A] et en [État B] conformément au présent accord ;
- un descriptif des transactions éligibles ;
- une identification de chacune des entreprises associées qui sont parties aux transactions éligibles ;
- les états financiers vérifiés de l'entreprise éligible pour l'exercice concerné, ainsi que des informations financières et comptables supplémentaires de nature à démontrer que l'entreprise éligible remplit les critères d'éligibilité ;
- un calcul détaillé des revenus perçus par l'entreprise éligible au titre des transactions éligibles, fondé sur l'application des principes du présent protocole d'accord ;
- une déclaration par laquelle l'entreprise éligible s'engage à répondre dans un délai de 60 jours à toute demande de l'autorité fiscale de son État de résidence sollicitant des informations que celle-ci juge nécessaires pour établir l'éligibilité de l'entreprise au bénéfice du présent protocole d'accord.

28. Dès lors que l'entreprise éligible et son entreprise associée auront satisfait aux obligations susmentionnées, et qu'elles auront déclaré leurs revenus conformément aux principes figurant dans le présent protocole en déposant dans les délais prescrits une déclaration fiscale pour l'exercice concerné, elles seront exemptées des obligations auxquelles elles seraient

autrement soumises en matière de documentation des prix de transfert en [État A] et en [État B] au titre des transactions éligibles.

29. Dans le cas où une entreprise éligible et son entreprise associée n'ont pas opté pour l'application du présent protocole d'accord à leurs transactions éligibles, elles doivent appliquer les règles de [État A] et de [État B] en matière de prix de transfert et de documentation comme si le présent protocole d'accord n'était pas en vigueur.

30. Tout différend relatif à l'application du présent protocole d'accord est soumis aux autorités compétentes de [État A] et de [État B] pour résolution par la voie de l'accord amiable.

31. Les autorités compétentes de [État A] et de [État B] peuvent si nécessaire échanger des renseignements pour appliquer cet accord, conformément aux dispositions de l'article [26] de la Convention.

Dénunciation de l'accord

32. L'[État A] ou l'[État B] peut mettre fin à tout moment au présent protocole d'accord en avisant par écrit l'autorité compétente de l'autre État contractant et en publiant cet avis. Cette dénonciation portera ses effets, pour les entreprises éligibles, sur les exercices fiscaux commençant après le dernier jour de l'année civile au cours de laquelle cet avis de dénonciation a été envoyé et publié.

Modèle de protocole d'accord sur les services de recherche-développement à faibles risques

Préambule

33. Les autorités compétentes de [État A] et de [État B] sont convenues d'une rémunération de pleine concurrence applicable aux services de recherche-développement à faibles risques fournis par une entreprise éligible située en [État A] pour le compte d'une entreprise associée située en [État B], et par une entreprise éligible située en [État B] pour le compte d'une entreprise associée située en [État A] dans les circonstances décrites ci-après. Le présent protocole d'accord a pour objet d'offrir une sécurité juridique aux entreprises éligibles en établissant des procédures spécifiques d'application des règles relatives aux prix de transfert en [État A] et en [État B] et en éliminant la double imposition.

34. Le présent protocole d'accord est conclu conformément aux termes de l'article [25] de la [Convention fiscale] (ci-après « la Convention ») entre [État A] et [État B]. Il met en œuvre les principes de l'article [9] de la Convention dans les circonstances décrites ci-après. Il s'applique aux exercices fiscaux des entreprises éligibles clos durant les années civiles [20__] à [20__]. Ce délai sera prolongé de cinq ans, à moins que l'un des deux États notifie à l'autre État, par écrit, son intention de mettre fin au présent protocole au plus tard le 31 décembre [20__]. L'expiration du présent protocole s'appliquera aux exercices fiscaux des entreprises éligibles s'achevant après le dernier jour de l'année civile au cours de laquelle le présent protocole vient à expiration.

35. Aux fins du présent protocole, une « entreprise » est définie selon les dispositions du paragraphe [1] de l'article [3] de la Convention.

Entreprise éligible

36. Aux fins du présent protocole, une entreprise éligible doit posséder chacune des caractéristiques décrites au présent paragraphe.

- a) L'entreprise éligible est résidente d'un État contractant aux fins de la Convention et exerce ses activités principalement dans cet État.
 - b) La principale activité de l'entreprise éligible consiste en la prestation de services de recherche-développement dans son État de résidence pour le compte d'une entreprise associée (au sens de l'article [9] de la Convention) résidente de l'autre État contractant.
 - c) L'entreprise éligible a conclu un accord écrit avec l'entreprise associée avant le début de l'exercice fiscal considéré de l'entreprise éligible, aux termes duquel i) l'entreprise associée supporte les principaux risques commerciaux liés aux services de recherche développement fournis par l'entreprise éligible, y compris le risque que la recherche développement n'aboutisse à aucun résultat; ii) l'entreprise éligible accepte que tous les intérêts dans les actifs incorporels mis au point grâce à ses services de recherche-développement appartiennent à l'entreprise associée; et iii) l'entreprise associée accepte de rémunérer l'entreprise éligible pour ses services de recherche-développement à des niveaux compatibles avec le présent protocole.
 - d) L'entreprise éligible n'assure pas les fonctions de fabrication et d'assemblage des produits, ni les fonctions de publicité, de commercialisation ou de distribution, ni les fonctions de crédit ou de recouvrement, ni les fonctions d'administration des garanties.
 - e) Dans l'exécution de ses services de recherche-développement, l'entreprise éligible n'utilise pas de brevets, de savoir-faire, de secrets professionnels ou d'autres actifs incorporels détenus en propre autres que ceux que lui fournit l'entreprise associée.
 - f) L'entreprise éligible n'assume aucune fonction administrative, juridique, comptable ou de gestion du personnel, autre que les fonctions directement liées à l'exécution de ses services de recherche-développement.
 - g) Le programme de recherche-développement mené par l'entreprise éligible est conçu, dirigé et contrôlé par l'entreprise associée.
37. Une entreprise éligible ne peut pas :
- a) exercer sa principale activité dans l'un des secteurs suivants :
[];
 - b) comptabiliser un montant annuel de dépenses salariales et autres frais d'exploitation supérieur à [];
 - c) avoir un actif total supérieur à [];

- d) tirer plus de [] % de ses revenus nets de transactions autres que des transactions éligibles ;
- e) avoir fait l'objet d'un contrôle de ses prix de transfert en [État A] ou en [État B] au cours des [] dernières années qui s'est traduit par un redressement supérieur à [].

Transactions éligibles

38. Aux fins du présent protocole d'accord, une transaction éligible est la prestation de services de recherche-développement par l'entreprise éligible pour le compte d'une entreprise associée résidente de l'autre État contractant, sans interposition d'autres transactions ou parties.

Détermination du revenu imposable de l'entreprise éligible

39. Dans le cas où une entreprise éligible opte pour l'application des dispositions du présent protocole d'accord :

- a) le revenu net avant impôt de l'entreprise éligible au titre de ses transactions éligibles pour l'exercice fiscal est compris dans une fourchette de [est égal à] [] à [] % des coûts totaux qu'elle supporte pour effectuer les prestations de services de recherche-développement, étant entendu que la base de calcul de la marge bénéficiaire en pourcentage exclut uniquement les frais financiers nets, les gains ou pertes de change et les coûts non récurrents ;
- b) la terminologie comptable utilisée dans le présent protocole d'accord est définie conformément aux principes comptables généralement admis dans l'État de résidence de l'entreprise éligible.

40. L'[État A] et l'[État B] conviennent tous deux que la rémunération des transactions éligibles calculée conformément au présent protocole d'accord est considérée comme constituant une rémunération de pleine concurrence aux fins de l'application des règles relatives aux prix de transfert en vigueur dans l'État en question et des dispositions de l'article [9] de la Convention.

Établissement stable

41. Les autorités compétentes de [État A] et de [État B] conviennent que l'entreprise associée qui est partie à une transaction éligible ne saurait être considérée comme un établissement stable dans l'État de résidence de l'entreprise éligible au motif que l'entreprise éligible assure pour son compte des services de recherche-développement à faibles risques.

Choix du régime et obligations d'information

42. Une entreprise éligible et l'entreprise associée peuvent opter pour l'application systématique des dispositions du présent protocole d'accord en [État A] et en [État B] en déposant une déclaration couvrant les transactions éligibles auprès de [___] en [État A] et de [___] en [État B] au plus tard le [___].

43. Ladite déclaration contient les éléments suivants :

- une attestation confirmant l'intention des contribuables d'appliquer le présent protocole d'accord, et d'être liés par lui, [pendant l'exercice en cours] [pendant une période de [___] années à compter du présent exercice];
- une attestation stipulant que les revenus et les dépenses au titre des transactions éligibles seront déclarés sur la même base en [État A] et en [État B] conformément au présent accord;
- un descriptif des transactions éligibles;
- une identification de chacune des entreprises associées qui sont parties aux transactions éligibles;
- les états financiers vérifiés de l'entreprise éligible pour l'exercice concerné, ainsi que des informations financières et comptables supplémentaires de nature à démontrer que l'entreprise éligible remplit les critères d'éligibilité;
- un calcul détaillé des revenus perçus par l'entreprise éligible au titre des transactions éligibles, fondé sur l'application des principes du présent protocole d'accord;
- une déclaration par laquelle l'entreprise éligible s'engage à répondre dans un délai de 60 jours à toute demande de l'autorité fiscale de son État de résidence sollicitant des informations que celle-ci juge nécessaires pour établir l'éligibilité de l'entreprise au bénéfice du présent protocole d'accord.

44. Dès lors que l'entreprise éligible et son entreprise associée auront satisfait aux obligations susmentionnées, et qu'elles auront déclaré leurs revenus conformément aux principes figurant dans le présent protocole en déposant dans les délais prescrits une déclaration fiscale pour l'exercice concerné, elles seront exemptées des obligations auxquelles elles seraient autrement soumises en matière de documentation des prix de transfert en [État A] et en [État B] au titre des transactions admissibles.

45. Dans le cas où une entreprise éligible et son entreprise associée n'ont pas opté pour l'application du présent protocole d'accord à leurs transactions

éligibles, elles doivent appliquer les règles de [État A] et de [État B] en matière de prix de transfert et de documentation comme si le présent protocole d'accord n'était pas en vigueur.

46. Tout différend relatif à l'application du présent protocole d'accord est soumis aux autorités compétentes de [État A] et de [État B] pour résolution par la voie de l'accord amiable.

47. Les autorités compétentes de [État A] et de [État B] peuvent si nécessaire échanger des renseignements pour exécuter cet accord, conformément aux dispositions de l'article [26] de la Convention.

Dénunciation de l'accord

48. L'[État A] ou l'[État B] peut mettre fin à tout moment au présent protocole d'accord en avisant par écrit l'autorité compétente de l'autre État contractant et en publiant cet avis. Cette dénonciation portera ses effets, pour les entreprises éligibles, sur les exercices fiscaux commençant après le dernier jour de l'année civile au cours de laquelle cet avis de dénonciation a été envoyé et publié.

Annexe II au chapitre IV

Principes pour la conclusion d'accords préalables en matière de prix dans le cadre de la procédure amiable (« APP PA »)

A. Généralités

A.1. Introduction

1. Les accords préalables en matière de prix (« APP ») font l'objet d'un examen approfondi dans les Principes au chapitre IV, section F. La mise en place d'accord entre les autorités compétentes est examinée au paragraphe 4.175 :

Une harmonisation des pratiques concernant les APP entre les juridictions qui utilisent ce dispositif pourrait être bénéfique aussi bien pour les administrations fiscales que pour les contribuables. Par conséquent, les administrations fiscales des juridiction concernées pourraient envisager la conclusion d'accords entre autorités compétentes portant sur les APP. Ces accords pourraient fixer des principes directeurs généraux et certaines modalités pour la mise en œuvre de la procédure amiable lorsque le contribuable a demandé un APP concernant des prix de transfert.

Il y a lieu de noter que l'utilisation du terme « accord » dans la citation ci-dessus n'a pas pour objet de donner à ces accords de procédure une portée juridique supérieure à celle qui est prévue par l'article relatif à la procédure amiable du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE. En outre, le Comité des affaires fiscales a déclaré, au paragraphe 4.171 des Principes, qu'il « se propose de suivre de près le développement des APP et d'œuvrer à plus de cohérence dans les pratiques des juridiction qui utilisent ce dispositif ».

2. La présente annexe fait suite aux recommandations ci-dessus. L'objectif est d'améliorer la cohérence dans l'application des APP en donnant aux administrations fiscales des indications sur les procédures amiables à suivre en matière d'APP. Bien que cette annexe mette l'accent sur le rôle des

administrations fiscales, elle examine également à cette occasion la manière dont les contribuables pourraient être associés à ce processus. Ces indications sont destinées aux juridictions – qu’elles soient ou non membres de l’OCDE – qui souhaitent recourir à des APP.

A.2. Définition d’un APP

3. Depuis un certain temps, il existe dans beaucoup de juridictions des procédures (telles que les décisions anticipées) qui permettent au contribuable d’obtenir des assurances concernant la manière dont la législation sera appliquée dans certaines circonstances. Les conséquences juridiques des mesures proposées sont déterminées à l’avance sur la base d’hypothèses concernant les données factuelles utilisées. La validité des conditions dans lesquelles elles sont déterminées varie selon que les hypothèses formulées sont ou non confirmées par les faits lorsque les transactions ont effectivement lieu. Le terme d’APP désigne une forme d’accord de procédure entre un ou plusieurs contribuables et une administration fiscale afin de résoudre à l’avance les différends potentiels en matière de prix de transfert. L’APP diffère de la procédure classique de décision anticipée dans la mesure où il nécessite un examen, et, s’il y a lieu, une vérification des hypothèses factuelles sur lesquelles est fondée la détermination de ses conséquences juridiques avant que cette détermination puisse avoir lieu. En outre, l’APP prévoit un suivi continu afin de déterminer si les hypothèses factuelles restent valables pendant toute sa durée d’application.

4. Un APP est défini à la première phrase du paragraphe 4.134 des Principes comme « un accord qui fixe, préalablement à des transactions entre entreprises associées, un ensemble approprié de critères (concernant par exemple la méthode de calcul, les éléments de comparaison, les correctifs à y apporter et les hypothèses de base concernant l’évolution future) pour la détermination des prix de transfert appliqués à ces transactions au cours d’une certaine période ». Il est par ailleurs affirmé au paragraphe 4.142 que « Les APP peuvent également se révéler fructueux pour régler les problèmes que soulève l’Article 7 du Modèle de Convention fiscale de l’OCDE pour les problèmes de répartition, et les activités des établissements stables et des succursales ».

5. Dans les Principes (voir paragraphe 4.140), les accords conclus entre une seule administration fiscale et un ou plusieurs contribuables sont désignés sous le nom « d’APP unilatéraux ». Les Principes conseillent les APP bilatéraux et formulent au paragraphe 4.173 la recommandation suivante : « dans la mesure du possible, un APP devrait être conclu bilatéralement ou multilatéralement entre les autorités compétentes via la procédure amiable de la convention correspondante ». Un APP bilatéral est fondé sur un accord amiable unique entre les autorités compétentes de deux administrations

fiscales dans le cadre de la convention applicable. On utilise le terme d'APP multilatéral pour décrire une situation dans laquelle il existe plusieurs accords amiables bilatéraux.

6. Bien qu'en général un APP s'applique à des transactions transfrontières faisant intervenir plusieurs contribuables et entreprises ayant la personnalité juridique, c'est-à-dire des membres d'un groupe multinational, il est également possible qu'un APP ne s'applique qu'à un seul contribuable et à une seule entité juridique. Considérons notamment le cas d'une entreprise située dans un pays A qui effectue des transactions par l'intermédiaire de succursales dans les pays B, C et D. Afin d'avoir la certitude qu'il n'y aura pas de double imposition, il faudra que les pays A, B, C et D parviennent à une position commune sur le montant des bénéfices à attribuer à chaque pays au titre de cette activité commerciale en vertu de l'article 7 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE. Ils peuvent obtenir cette certitude par la négociation d'une série d'accords amiables bilatéraux distincts mais compatibles entre eux, conclus entre A et B, A et C et A et D. L'existence d'accords bilatéraux multiples pose un certain nombre de problèmes spécifiques qui sont examinés ci-après à la section B, paragraphes 20-24 de cette annexe.

7. Il est important de distinguer les différentes catégories d'APP et par conséquent les APP bilatéraux ou multilatéraux, sur lesquels cette annexe porte plus particulièrement, sont désignés ci-après sous le nom « d'APP PA ». Les APP qui ne font pas intervenir une procédure amiable sont désignés sous le nom « d'APP unilatéraux ». Le terme générique « APP » est utilisé lorsque le point à examiner vaut pour les deux catégories d'APP. Il faut noter que, dans la grande majorité des cas, les APP bilatéraux sont conclus dans le cadre de la procédure amiable prévue par une convention de double imposition. Cependant, dans certains cas, lorsqu'il a été tenté de conclure un APP bilatéral et que la Convention n'est pas appropriée ou pas applicable, les autorités compétentes de certaines juridictions peuvent néanmoins conclure un accord en utilisant le pouvoir exécutif qui est conféré aux chefs des administrations fiscales. Le terme d'APP PA doit être interprété, sous réserve des adaptations nécessaires, comme incluant ce type d'accords exceptionnels.

8. L'objectif principal de cette annexe est de fournir des indications permettant aux autorités fiscales de résoudre leurs différends dans le cadre de la procédure amiable, et de contribuer ainsi à supprimer le risque de double imposition potentielle et d'assurer au contribuable des garanties suffisantes quant au régime fiscal qui lui sera appliqué. Cependant, il y a lieu de noter qu'il existe d'autres mécanismes permettant d'atteindre les mêmes objectifs qui ne sont pas envisagés dans cette annexe.

A.3. Objectifs de la procédure d'APP

9. Un certain nombre de juridictions ont fait l'expérience de la résolution de différends en matière de prix de transfert par les techniques traditionnelles de vérification ou d'examen, ce qui s'est souvent avéré très difficile et également coûteux pour les contribuables et pour les autorités fiscales aussi bien en termes de temps qu'en termes de ressources. Ces techniques amènent à examiner inévitablement les prix de transfert (et les conditions dans lesquelles ils sont fixés) un certain temps après leur fixation et il peut être réellement difficile d'obtenir des informations suffisantes pour déterminer si les prix utilisés étaient effectivement conformes au principe de pleine concurrence au moment où ils ont été fixés. Ces difficultés ont été l'une des causes de la mise au point d'une procédure d'APP comme autre solution aux problèmes de prix de transfert dans certains cas afin d'éviter certaines des difficultés mentionnées ci-dessus. Les objectifs d'une procédure d'APP sont de faire en sorte que les négociations soient menées dans le respect des principes, de façon pratique et dans un esprit de coopération, afin de résoudre les problèmes de prix de transfert de manière efficace et prospective, d'utiliser les ressources du contribuable et de l'administration fiscale de façon plus efficace, en permettant au contribuable de prévoir le régime qui lui sera appliqué.

10. Pour être efficace, le processus doit être appliqué d'une manière non conflictuelle, efficace et pratique et requiert la coopération de toutes les parties concernées. Il a pour objet de compléter plutôt que de remplacer les mécanismes administratifs et judiciaires ainsi que ceux mis en place par des conventions pour résoudre les problèmes posés par les prix de transfert. Le recours à un APP pourrait être le plus justifié lorsque la méthode d'application du principe de pleine concurrence pose des problèmes importants de fiabilité et d'exactitude ou lorsque les circonstances spécifiques dans lesquelles se posent les problèmes de prix de transfert envisagés sont d'une complexité inhabituelle.

11. L'un des principaux objectifs de la procédure d'APP PA est la suppression de la double imposition potentielle. Les APP unilatéraux donnent lieu à des difficultés considérables dans ce domaine, ce qui explique que « la plupart des juridictions préfèrent les APP bilatéraux ou multilatéraux » (paragraphe 4.141 des Principes). Toutefois, une confirmation ou un accord sous une forme ou sous une autre entre le contribuable et l'administration fiscale est nécessaire pour permettre l'entrée en vigueur de l'APP PA dans chacune des juridictions participantes. La forme exacte de cette confirmation ou de cet accord dépend des procédures en vigueur dans chaque juridiction (qui sont examinées plus en détail aux paragraphes 65 et 66 de cette annexe). Une telle confirmation ou accord permet par ailleurs la mise en place d'un mécanisme destiné à faire en sorte que le contribuable se conforme aux conditions de l'APP PA sur lesquelles est fondé cette confirmation ou accord amiable.

12. De plus, pour répondre aux objectifs énoncés dans cette section, il faut que la procédure d'APP PA soit menée d'une manière neutre. Elle doit notamment être neutre en ce qui concerne la résidence du contribuable, la juridiction dans laquelle la demande d'APP PA a été présentée pour la première fois, la situation du contribuable au regard des contrôles et des vérifications et le choix, en général, des contribuables qui devront faire l'objet de contrôles ou de vérifications. Il faut par ailleurs tenir compte des indications qui figurent au paragraphe 4.167 de Principes sur les risques d'une mauvaise utilisation, par les administrations fiscales, dans le cadre de leurs vérifications, des informations obtenues à la suite de la procédure d'APP. Les indications données dans annexe ont pour objet d'aider à atteindre les objectifs décrits dans cette section.

B. Conditions d'application d'un APP PA

B.1. Questions relatives aux conventions

13. La première question qui se pose est de savoir s'il est possible de mettre en place un APP. Un contribuable pourra demander à se voir appliquer un APP unilatéral en fonction des conditions spécifiques requises dans le cadre national par l'administration fiscale compétente. Les APP PA sont régis par la procédure amiable de la convention de double imposition applicable (article 25 du Modèle de convention de double imposition de l'OCDE) et sont appliqués de façon discrétionnaire par les administrations fiscales compétentes. Les travaux relatifs à l'Action 14 du Plan d'action BEPS visant à assurer le règlement des différends relatifs aux conventions en temps opportun et de façon efficace et efficiente ont conduit à préconiser, dans la Bonne pratique n° 4, que les juridictions mettent en oeuvre des programmes d'accords préalables bilatéraux en matière de prix de transfert dès qu'elles ont la capacité de le faire sachant que les programmes d'accords préalables procurent un meilleur niveau de certitude dans les deux juridictions parties à la convention, qu'ils réduisent la probabilité de double imposition et peuvent prévenir l'apparition de différends en matière de prix de transfert. À cet égard, il convient de noter que les profils des pays sur la procédure amiable établis conformément à l'élément 2.2 du standard minimum de l'Action 14 doivent contenir des informations sur les programmes d'accords préalables bilatéraux.

14. Dans certains cas, le contribuable demandera seulement un APP unilatéral. Il y aura lieu d'examiner les raisons pour lesquelles le contribuable ne demande pas un APP PA. Conformément aux orientations données par les Principes au paragraphe 4.173 (« dans la mesure du possible, un APP devrait être conclu bilatéralement ou multilatéralement »), les autorités fiscales devraient encourager le contribuable à demander un APP PA si les circonstances l'exigent. Certaines juridictions, si elles déterminent qu'une autre administration fiscale devrait intervenir, peuvent refuser d'engager des

négociations unilatérales avec le contribuable, même lorsque celui-ci insiste pour qu'une telle approche soit adoptée.

15. La négociation d'un APP PA nécessite le consentement des autorités compétentes. Dans certains cas, le contribuable prend l'initiative en présentant simultanément des demandes aux autorités compétentes concernées. Dans d'autres cas, le contribuable peut transmettre une demande auprès de l'administration d'une juridiction selon la procédure interne applicable et lui demander de contacter l'autre administration concernée pour examiner la possibilité de conclure un APP PA. Par conséquent, dès que l'administration est prête, les autorités de la juridiction en question doivent adresser une notification à celles de l'autre État partie à une convention afin de leur demander si elles souhaitent participer à un tel accord. L'autre administration fiscale doit répondre à l'invitation aussi rapidement que possible, compte tenu de la nécessité de disposer d'assez de temps pour déterminer la possibilité ou la faisabilité de sa participation.

16. Cependant, l'article 25 n'oblige pas les autorités compétentes à conclure un APP PA à la demande du contribuable. La volonté de conclure un APP PA dépendra de la politique particulière d'une juridiction et de la manière dont elle interprète l'article de ses conventions bilatérales relatif à la procédure amiable. Certaines autorités compétentes n'envisageront un tel accord que dans les cas où il est nécessaire de « résoudre les difficultés ou de dissiper les doutes auxquels peuvent donner lieu l'interprétation ou l'application de la Convention ». Le fait que le contribuable souhaite avoir des garanties quant au traitement qui lui sera appliqué n'est donc pas en lui-même suffisant pour que les conditions mentionnées ci-dessus soient réunies. D'autres autorités compétentes appliquent un seuil moins restrictif pour la conclusion d'APP PA, estimant que cette procédure doit être encouragée. En outre, le contribuable doit remplir certaines conditions pour bénéficier d'une convention (c'est-à-dire en ayant droit au statut de résident de l'un des États contractants) et doit satisfaire à tous les autres critères contenus dans l'article relatif à la procédure amiable.

B.2. Autres facteurs

17. Le fait qu'un contribuable puisse faire l'objet de vérifications ou d'examens ne doit pas l'empêcher de demander un APP PA au titre de ses transactions futures. La vérification ou l'examen et la procédure amiable sont des processus distincts qui peuvent généralement être réglés séparément. Les activités de vérification ou d'examen ne sont normalement pas suspendues par les administrations fiscales lorsqu'un APP PA est envisagé, à moins qu'il ne soit convenu par toutes les parties que la vérification ou l'examen doit être suspendu du fait que la conclusion de l'APP PA faciliterait l'achèvement de cette vérification ou de cet examen. Néanmoins, le traitement des

transactions qui font l'objet de la vérification ou de l'examen peut être étayé par la méthodologie qu'il est convenu d'appliquer ultérieurement dans le cadre de l'APP PA, à condition que les faits et circonstances dans lesquels la transaction qui fait l'objet de la vérification ou de l'examen est intervenue soient comparables à ceux dans lesquels seront effectuées les transactions futures. Cette section est examinée plus en détail au paragraphe 69 ci-dessous.

18. La possibilité de conclure un APP PA est fondée sur une coopération totale du contribuable. Le contribuable ainsi que toutes les entreprises associées doivent : a) apporter leur coopération totale avec les administrations fiscales dans l'évaluation de leur proposition ; et b) fournir sur demande toutes autres informations nécessaires à cette évaluation, par exemple des détails sur leurs transactions auxquelles s'appliquent les prix de transfert, leurs accords commerciaux, leurs prévisions et plans d'entreprise et leurs résultats financiers. Il est souhaitable de rechercher cet engagement de la part du contribuable avant d'engager la procédure d'APP PA.

19. Dans certains cas, la liberté dont disposent les deux autorités compétentes ou l'une d'entre elles pour conclure un APP PA peut être limitée, par exemple par une décision juridiquement contraignante concernant les points qui peuvent faire l'objet de propositions d'APP. Dans ces conditions, comme la procédure d'APP PA est par définition consensuelle, il appartient à chacune des autorités compétentes concernées (sous réserve des législations et politiques de chaque juridiction) de décider s'il y a lieu d'entreprendre des discussions en vue de la conclusion d'un APP PA. Par exemple, certaines autorités compétentes peuvent refuser d'engager de telles discussions s'il leur semble qu'une telle limitation concernant la position des autres autorités compétentes réduit de manière inacceptable la possibilité d'un accord amiable. Cependant, il est probable que dans de nombreux cas les discussions en vue de la conclusion d'APP PA seraient considérées comme souhaitables même si la marge de manœuvre des deux autorités compétentes ou de l'une d'entre elles se trouve limitée. C'est une question que les autorités compétentes devront déterminer au cas par cas.

20. Lors de la décision sur l'opportunité d'un APP PA, l'un des points essentiels à examiner est de savoir dans quelle mesure il est avantageux de s'entendre sur une méthode permettant d'éviter à l'avance le risque de double imposition. Cela suppose un jugement personnel et oblige à concilier l'utilisation efficace de ressources limitées, aussi bien sur le plan financier que sur le plan humain, avec le désir de réduire la probabilité de double imposition. Les administrations fiscales pourraient juger utile de répondre aux questions suivantes :

- a) Est-ce que la méthodologie et les autres conditions de la proposition respectent les indications données par les Principes ? Dans le cas contraire, il sera souhaitable d'amener le contribuable

à réviser la proposition en conséquence, afin d'accroître les chances de parvenir à un accord amiable. Comme l'indique le paragraphe 17 de la préface aux Principes : « ces Principes ont aussi pour objet de permettre le règlement des problèmes de fixation des prix de transfert dans le cadre des procédures amiables et, le cas échéant, des procédures d'arbitrage entre pays membres de l'OCDE ».

- b) Les « difficultés ou doutes auxquels peuvent donner lieu l'interprétation ou l'application de la Convention » sont-ils susceptibles d'accroître sensiblement le risque de double imposition, et par conséquent de justifier l'utilisation de ressources pour régler des problèmes préalablement aux transactions envisagées ?
- c) Les transactions couvertes par la proposition sont-elles continues par nature et y a-t-il une part notable d'un projet de durée limitée qui se trouve exclue ?
- d) Les transactions en question sont-elles sérieusement envisagées ou ont-elles un caractère purement hypothétique ? Ce processus ne doit pas être utilisé pour connaître le point de vue éventuel de l'administration fiscale sur un point de principe général – il existe dans de nombreuses juridictions d'autres méthodes bien établies pour y parvenir.
- e) Une vérification fiscale portant sur les prix de transfert est-elle déjà en cours au sujet des années passées où le contexte était sensiblement le même ? Dans l'affirmative, les résultats de la vérification peuvent être obtenus plus rapidement par la conclusion d'un APP PA dont les conditions pourraient être appliquées à des fins d'information ou de règlement de la vérification et de toute autre procédure amiable non résolue au titre des années antérieures.

B.3. APP PA multilatéraux

21. Le besoin de sécurité s'est traduit par la tendance de plus en plus forte des contribuables à s'efforcer de conclure des APP PA multilatéraux couvrant l'ensemble de leurs opérations au niveau mondial. Le contribuable s'adresse à toutes les autorités fiscales des juridictions concernées en leur faisant une proposition globale et suggère de mener les négociations sur une base multilatérale faisant intervenir toutes les autorités concernées, plutôt que de mener une série de négociations distinctes avec chacune des autorités fiscales en cause. Il y a lieu de noter qu'il n'y a pas de méthode multilatérale pour appliquer les accords qui peuvent être conclus à l'exception de la conclusion d'une série d'APP PA bilatéraux distincts. Le succès de la négociation d'une série d'APP PA bilatéraux conclus dans ces conditions permettrait au groupe

multinational de bénéficier d'une plus grande sécurité et de coûts moins élevés que dans le cas d'APP PA distincts conclus bilatéralement et isolément.

22. Bien que, comme on l'a indiqué ci-dessus, la conclusion d'APP PA multilatéraux soit susceptible de présenter des avantages, il y a lieu d'examiner un certain nombre de points. En premier lieu, il y a peu de chances pour qu'une seule méthode de fixation des prix de transfert puisse être applicable à toutes les circonstances, toutes les transactions et tous les juridictions susceptibles de donner lieu à des APP PA multilatéraux, à moins que cette méthodologie ne puisse être adaptée de manière appropriée pour tenir compte des circonstances particulières propres à chaque juridiction. Par conséquent, toutes les juridictions participantes devront veiller à ce que les méthodes utilisées, même après une telle adaptation, constituent une application adéquate du principe de pleine concurrence à la situation de leur juridiction.

23. En second lieu, des problèmes se posent également du fait que dans le cadre d'un APP PA multilatéral, plusieurs autorités compétentes sont effectivement concernées par une procédure qui a été conçue pour être bilatérale. L'un des problèmes qui se posent est de savoir dans quelle mesure il pourrait être nécessaire d'échanger des renseignements entre tous les juridictions concernées. Cela pourrait poser des problèmes dans les cas où il n'existe pas de flux de transactions ou de transactions communes entre deux ou plusieurs parties à une convention, ce qui donne lieu à des incertitudes quant à la question de savoir si les informations portent à proprement parler sur l'APP PA bilatéral qui est envisagé. Cependant, dans les cas où des transactions similaires sont menées par différentes parties de l'entreprise multinationale ou lorsque le domaine envisagé porte sur des transactions intégrées, il peut être nécessaire de disposer d'informations concernant les flux entre d'autres parties pour être en mesure de comprendre et d'évaluer les flux qui font l'objet de l'APP PA bilatéral considéré. L'autre problème qui se pose est lié à la difficulté de déterminer si ces informations sont vraiment pertinentes avant de les obtenir.

24. En outre, même si les informations en question concernent l'APP PA bilatéral particulier, il peut subsister des problèmes de confidentialité empêchant d'échanger ces informations, soit en vertu des termes de l'article sur les échanges de renseignements de la convention applicable, soit en vertu de la législation interne de l'une des administrations participantes. Étant donné la très grande diversité des situations dans lesquelles des APP PA multilatéraux peuvent intervenir, il n'est pas possible de recommander une solution générale à ces problèmes. Il est préférable de les traiter d'une manière spécifique pour chacun des APP PA bilatéraux.

25. Dans les cas où il apparaît utile de disposer d'informations sur les flux entre d'autres parties certains problèmes posés par les échanges de renseignements pourraient être résolus non pas en prévoyant dans les conventions

des dispositions relatives à ces échanges mais plutôt en demandant aux contribuables d'assumer la responsabilité de la transmission d'informations à toutes les administrations fiscales concernées (cependant, il resterait nécessaire de prévoir des procédures afin de vérifier que les mêmes informations sont effectivement fournies à toutes les administrations fiscales). Enfin, dans certains cas, il est possible que les articles des conventions relatifs à la procédure amiable ne fournissent pas une base appropriée pour un examen et une discussion sur un plan multilatéral bien que l'article du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE relatif à la procédure amiable soit destiné à faciliter la suppression de la double imposition dans des circonstances très variées et semble donc, s'il est applicable, avoir une portée juridique suffisante dans la plupart des cas.

26. En résumé, comme on l'a vu à la section A, le désir de sécurité du contribuable n'est pas suffisant en lui-même pour obliger une administration fiscale à conclure un APP PA lorsqu'un tel accord pourrait être inopportun. Une invitation à participer à un APP PA multilatéral est donc appréciée conformément aux critères habituels permettant de déterminer si un APP PA bilatéral peut être conclu et chaque APP bilatéral proposé est également évalué d'une manière distincte. Une décision est prise ensuite sur la question de savoir si le meilleur moyen d'achever les négociations en vue de la conclusion d'un APP PA bilatéral que l'administration a décidé de poursuivre serait de participer à des négociations multilatérales. Cette évaluation sera effectuée cas par cas.

27. La mise en place d'APP PA multilatéraux ne se trouve pas encore à un stade très avancé, sauf peut-être dans le domaine des transactions mondialisées. En fait, lorsque les transactions mondialisées sont effectuées dans des conditions d'intégration totale¹ (c'est-à-dire que la négociation et la gestion du risque d'un portefeuille de produits financiers a lieu dans un certain nombre de sites différents, en général au moins trois) ce sont les APP multilatéraux et non les APP bilatéraux qui sont devenus la norme. Il est envisagé de suivre de près l'évolution ultérieure dans le domaine des APP PA multilatéraux.

C. Demandes d'APP PA

C.1. Introduction

28. Bien qu'un APP PA demande par nature, un accord entre administrations fiscales, cette procédure nécessite une implication considérable de la part du ou des contribuables pour être couronnée de succès. On examinera dans cette section les premières étapes de ce processus, à savoir la demande d'APP PA dont un ou plusieurs contribuables prennent normalement l'initiative. (N.B.

1. Pour plus de précisions, voir OCDE (1998), *L'imposition des transactions mondialisées sur instruments financiers*, Paris.

Certaines administrations fiscales considèrent qu'elles devraient prendre l'initiative et inciter activement les contribuables à formuler des demandes dans les cas appropriés, par exemple à la suite d'une vérification ou d'une analyse de risque). Une fois qu'il a été décidé qu'un APP PA est effectivement approprié, il est inévitable que la responsabilité principale de la fourniture aux administrations fiscales participantes d'informations suffisantes pour qu'elles puissent mener les négociations dans le cadre d'une procédure amiable incombe au contribuable. Par conséquent, celui-ci devrait transmettre une proposition détaillée destinée à être examinée par l'administration fiscale compétente et être prêt à lui communiquer toutes les informations complémentaires qu'elle pourrait lui demander.

C.2. Discussions préliminaires

29. L'un des traits caractéristiques de beaucoup de procédures nationales en vue de l'obtention d'un APP bilatéral est la possibilité de tenir une (ou plusieurs) réunions préliminaires avant la formulation d'une demande officielle. De telles réunions donnent au contribuable l'occasion d'examiner avec les administrations fiscales l'opportunité d'un APP, le type et la portée des informations qui peuvent être nécessaires et le champ d'application des analyses qui peuvent être requises pour mener à bien cet APP (par exemple, la portée des analyses fonctionnelles éventuelles concernant des entreprises affiliées; l'identification, le choix et l'ajustement des transactions comparables; enfin, la nécessité d'analyses du marché, ainsi que d'analyses sectorielles et géographiques, et leur champ d'application). Ce processus donne aussi au contribuable la possibilité d'examiner les questions concernant, par exemple, la communication et la confidentialité des renseignements ou la durée de l'APP. L'expérience a montré qu'en général, la possibilité de procéder à ces discussions préliminaires permet de faire avancer plus rapidement la procédure de mise en œuvre d'une proposition ultérieure d'APP PA formel.

30. Dans le cadre d'un APP PA, il peut également être utile que les autorités compétentes aient la possibilité de tenir des discussions préalables avec le contribuable. Outre les points mentionnés ci-dessus, il pourrait être utile que les discussions portent sur le point de savoir si les circonstances se prêtent à un APP PA, par exemple s'il existe suffisamment de difficultés ou de doutes « auxquels peuvent donner lieu l'interprétation ou l'application de la convention ».

31. La réunion préliminaire pourrait aussi être utile pour préciser les attentes et les objectifs du contribuable et de l'administration fiscale. Elle serait aussi l'occasion d'expliquer la procédure d'APP PA, la politique de l'administration fiscale en matière d'APP PA et de donner des précisions sur les différentes procédures pour mettre en application dans le droit interne l'accord une fois conclu. En même temps, les administrations fiscales

pourraient donner des indications sur le contenu de la proposition, ainsi que sur les calendriers fixés pour l'évaluation et la conclusion de l'accord amiable. Les administrations fiscales pourraient publier des indications générales sur la procédure d'APP PA conformément à la recommandation concernant les autres types d'accords amiables qui figurent aux paragraphes 4.62-4.63 des Principes.

32. La réunion préliminaire peut avoir lieu sous une forme anonyme ou nominative selon les usages et les pratiques en vigueur dans chaque juridiction. Cependant, si la réunion a lieu dans des conditions d'anonymat, il faudra que des informations suffisantes soient transmises au sujet des opérations effectuées pour que la discussion soit utile. L'organisation des réunions doit être convenue entre les parties et les formes prises par les réunions préliminaires peuvent varier entre une discussion informelle et un exposé officiel. En général, il est dans l'intérêt du contribuable de fournir aux administrations fiscales un mémorandum exposant les sujets de la discussion. Plusieurs réunions préliminaires peuvent être nécessaires pour qu'il soit possible de procéder à une discussion informelle sur la recevabilité d'une demande d'APP PA, son champ d'application éventuel, le bien-fondé d'une méthodologie ainsi que sur la nature et la quantité d'informations qui doivent être transmises par le contribuable.

33. Il peut également être utile que les autorités compétentes respectives procèdent non seulement à des discussions informelles avec leurs contribuables mais aussi à un premier échange de vues sur l'opportunité d'un APP PA. Cela peut permettre d'éviter des travaux inutiles s'il apparaît peu probable que l'une des autorités compétentes participe à l'accord. Ces discussions peuvent avoir un caractère informel et ne nécessitent pas nécessairement une réunion officielle en présence des différentes parties concernées. Par ailleurs, de tels échanges de vues peuvent avoir lieu au cours de réunions et de négociations périodiques des autorités compétentes.

C.3. Propositions d'APP PA

C.3.1. Introduction

34. Si le contribuable souhaite présenter une demande d'APP PA, il faudra qu'il soumette une proposition détaillée à l'administration fiscale compétente, conformément aux règles de procédure nationales applicables : par exemple, le contribuable peut être tenu de présenter la demande à un service déterminé de l'administration fiscale nationale. Dans le cas d'un APP PA, l'objet de la proposition du contribuable est de fournir aux autorités compétentes concernées tous les éléments dont elles ont besoin pour évaluer la proposition et amorcer les discussions en vue de la conclusion d'un accord amiable. Les juridictions disposent de plusieurs moyens pour faire en sorte

que les autorités compétentes obtiennent les informations nécessaires. L'un des moyens consiste à permettre au contribuable de faire directement la proposition aux autorités compétentes. Un autre moyen d'atteindre ces objectifs consiste pour le contribuable à communiquer une copie d'une proposition d'APP nationale à tous les autres juridictions participantes. En théorie, la forme exacte et le contenu de la proposition seront déterminés lors des réunions préliminaires.

C.3.2. Activités généralement couvertes dans le cadre d'une procédure d'APP PA

35. Le champ d'application de l'APP PA dépend des souhaits des juridiction participantes ainsi que de ceux du contribuable. Un tel accord peut s'appliquer afin de résoudre les problèmes envisagés aux articles 7 et 9 du Modèle de convention de l'OCDE et pour déterminer le montant des bénéfices imposables générés dans les différentes juridictions concernées.

36. L'APP PA peut s'appliquer à tous les prix de transfert d'un contribuable ou des membres d'un groupe multinational ou avoir une portée plus limitée, en s'appliquant par exemple à une transaction donnée, à des séries particulières de transactions, à des lignes de produits ou à certains membres seulement d'un groupe multinational. Certaines juridictions, tout en reconnaissant la nécessité d'une certaine flexibilité du processus, s'interrogent sur l'opportunité d'APP spécifiques. Il peut être difficile d'évaluer certaines questions isolément, par exemple lorsque les transactions couvertes par la proposition sont étroitement liées à d'autres transactions qu'elle ne couvre pas, ou lorsqu'il est nécessaire d'analyser les problèmes de prix de transfert dans un contexte plus large, dans la mesure où des compensations intentionnelles interviennent (voir paragraphes 3.13-3.17 des Principes).

37. Un APP PA peut aussi s'appliquer à des domaines autres que la méthode de fixation des prix de transfert, à condition que ces autres domaines aient un lien suffisamment clair avec les questions de prix de transfert sous-jacentes pour qu'il vaille la peine de s'efforcer de les résoudre à l'avance et qu'ils relèvent de l'article de la convention correspondante concernant la procédure amiable. C'est une question qu'il y aura lieu de décider entre les parties concernées dans chaque cas particulier.

C.3.3. Contenu d'une proposition d'APP PA

38. Le contenu de la proposition, ainsi que les informations et documents à joindre à l'appui de cette proposition, dépendront des faits et circonstances propres à chaque cas particulier et des conditions fixées par chacune des administrations fiscales participantes. Il n'apparaît donc pas possible d'énumérer ou de définir exactement ce qui doit être transmis. Toutefois,

le principe à retenir devrait être de fournir les informations et documents nécessaires pour expliquer les faits relevant de la méthodologie proposée et pour montrer qu'elle a été appliquée conformément aux articles appropriés de la convention en vigueur. La proposition devrait donc être compatible avec les orientations générales données par les Commentaires du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE sur les articles correspondants ainsi qu'avec les orientations relatives à l'application du principe de pleine concurrence de l'article 9 données par les Principes dans les cas qui font intervenir de tels prix entre des entreprises associées.

39. Pour ce qui est des informations et de la documentation à joindre aux demandes, il faut tenir compte des indications données au chapitre IV, paragraphes 4.165-4.168) et au chapitre V des Principes sur les documents à fournir. Toutefois, en raison du caractère prospectif de l'accord que l'on cherche à conclure, il est possible que les informations à fournir ne soient pas les mêmes que dans les cas de procédures amiables, qui ne portent que sur des transactions déjà effectuées. Les informations suivantes pourraient donner des indications générales en matière d'APP PA, bien qu'il faille souligner que la liste ci-dessous n'a pas pour but d'être exhaustive ni normative :

- a) Les transactions, produits, entreprises ou accords qui seront couverts par la proposition ; (y compris, le cas échéant, une brève explication des raisons pour lesquelles une partie seulement des transactions, produits, entreprises ou accords du contribuable concerné par la demande ont été inclus) ;
- b) Les entreprises et établissements stables qui interviennent dans ces transactions ou arrangements ;
- c) L'autre ou les autres juridictions auxquelles il a été demandé de participer à l'accord ;
- d) Les informations concernant la structure organisationnelle au niveau mondial, l'histoire, les états financiers, les produits, les fonctions et actifs (corporels et incorporels) des entreprises associées concernées ;
- e) Une description de la méthodologie proposée en matière de prix de transfert et des informations et analyses détaillées à l'appui de cette méthodologie, par exemple l'identification de prix ou de marges comparables et l'éventail des résultats que l'on s'attend à obtenir etc. ;
- f) Les hypothèses sur lesquelles reposent la proposition et l'examen des effets de modifications de ces hypothèses ou d'autres événements, tels que des résultats inattendus qui pourraient affecter la validité de la proposition ;
- g) L'exercice comptable ou les exercices fiscaux qui seront ouverts ;

- h) Une description générale de la situation du marché (par exemple l'évolution du secteur et le contexte concurrentiel) ;
- i) Un examen de tous les problèmes fiscaux accessoires pertinents que pose la méthodologie proposée ;
- j) Un examen et une démonstration concernant la conformité à toute législation interne et à toute disposition de conventions et de principes de l'OCDE se rattachant à la proposition ; et,
- k) Toutes autres informations qui pourraient avoir une incidence sur la méthodologie actuelle ou proposée en matière de prix de transfert ainsi que les données correspondantes pour toute partie à la demande.

La suite de cette section examine plus en détail certain des principaux points de la liste ci-dessus.

C.3.4. Informations sur les prix comparables

40. 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.

C.3.5. Méthodologie

41. La proposition d'APP PA doit comporter une description complète de la méthodologie choisie. Dans les cas qui font intervenir des entreprises associées, la méthodologie choisie doit également être conforme aux orientations qui figurent dans les Principes sur l'application du principe de pleine concurrence figurant à l'article 9 du Modèle de convention de l'OCDE. Il est dit au paragraphe 2.11 des Principes que : « en outre, toute méthode devra pouvoir être utilisée lorsqu'elle est acceptable pour les membres du groupe multinational parties à la transaction ou aux transactions considérées

ainsi que pour les administrations fiscales des juridictions dont relèvent ces membres ». Ces indications sur l'utilisation des méthodes de fixation des prix de transfert sont particulièrement utiles dans le cadre d'un APP PA en raison de la possibilité de conclure un accord préalable sur la méthode à utiliser. L'application de la méthodologie doit s'appuyer sur les données qui peuvent être obtenues et mises à jour au cours de la période couverte par l'APP PA sans imposer une charge excessive au contribuable et qui peuvent être examinées et vérifiées effectivement par les administrations fiscales.

42. Le contribuable doit, dans la mesure du possible, effectuer une analyse des effets de l'application de la ou des méthodologies choisies au cours de la période d'application proposée de l'accord. Cette analyse devra nécessairement être fondée sur les résultats prévus et par conséquent il sera nécessaire de disposer de précisions sur les hypothèses à partir desquelles ces prévisions ont été effectuées. Il pourrait également être utile d'illustrer les effets de l'application de la ou des méthodologies en question aux périodes qui précèdent immédiatement celle de l'APP. L'utilité de cette analyse, même à titre d'illustration, dépendra de la comparabilité des faits et circonstances dans lesquelles les transactions en question sont intervenues avec le contexte dans lequel seront effectuées les transactions futures envisagées dans la proposition.

C.3.6. Hypothèses critiques

43. Lors de la conclusion d'un APP PA concernant la fixation, conformément au principe de pleine concurrence, du prix de transactions contrôlées qui n'ont pas encore eu lieu, il est nécessaire de formuler certaines hypothèses quant aux conditions opérationnelles et économiques qui affecteront ces transactions lorsqu'elles interviendront. Le contribuable doit décrire dans sa proposition les hypothèses sur lesquelles il se fonde pour soutenir que la méthode envisagée permet de fixer le prix des transactions futures à un niveau conforme au principe de pleine concurrence. En outre, le contribuable doit expliquer comment les méthodes choisies seront adaptées de manière satisfaisante à toute modification de ces hypothèses. Les hypothèses sont définies comme « critiques » si les conditions effectives en vigueur au moment où les transactions interviennent peuvent diverger de celles qui étaient prévues, au point que la méthodologie adoptée ne peut plus aboutir à la fixation de prix conformes au principe de pleine concurrence. On peut citer comme exemple un changement fondamental des conditions du marché résultant de l'apparition de nouvelles technologies, de nouvelles réglementations publiques ou d'une perte généralisée de confiance de la part des consommateurs. Dans un tel cas, la divergence peut signifier qu'il est nécessaire de réviser l'accord ou d'y mettre fin.

44. Pour améliorer la fiabilité de la méthode d'établissement d'APP PA, les contribuables et les administrations fiscales devraient s'efforcer d'identifier des

hypothèses critiques qui soient si possible fondées sur des données observables, fiables et indépendantes. Ces hypothèses ne sont pas limitées aux aspects qui se trouvent sous le contrôle du contribuable. Toute série d'hypothèses critiques doit être adaptée à la situation particulière du contribuable, aux caractéristiques de l'environnement commercial, aux méthodes utilisées et au type de transactions couvertes. Elles ne doivent pas être établies d'une manière si stricte que la sécurité assurée par l'accord se trouverait remise en cause mais elles doivent englober un intervalle de variation des conditions des transactions suffisamment large pour que les parties à l'accord bénéficient des garanties appropriées. Toutefois, on peut citer d'une manière générale, et uniquement à titre d'exemple, les hypothèses critiques suivantes :

- a) Hypothèses concernant la législation fiscale interne et les dispositions des conventions ;
- b) Hypothèses relatives aux tarifs, aux droits de douane, aux restrictions à l'importation et aux réglementations publiques.
- c) Hypothèses quant aux conditions économiques, aux parts de marché, aux conditions du marché, aux prix de vente finals et au volume des ventes.
- d) Hypothèses quant à la nature des fonctions et des risques encourus par les entreprises qui participent aux transactions.
- e) Hypothèses quant aux taux de change, aux taux d'intérêt, à la qualité de la signature et à la structure du capital.
- f) Hypothèses concernant la gestion ou les comptes financiers et la classification des recettes et dépenses.
- g) Hypothèses concernant les entreprises qui effectuent leurs opérations dans les différentes juridictions et la forme que prendront ces opérations.

45. Il pourrait également être utile de fixer des paramètres permettant de déterminer à l'avance un niveau acceptable de divergence pour certaines hypothèses, afin d'obtenir la flexibilité nécessaire. Il faudrait fixer ces paramètres individuellement pour chaque APP PA dans le cadre de négociations entre les autorités compétentes. Ce n'est que si la divergence par rapport aux prévisions excède le paramètre que l'hypothèse devient « critique » et que des mesures sont envisagées. Toute mesure à prendre peut aussi dépendre de la nature de l'hypothèse et du niveau de divergence.

46. Si l'on sait que la fiabilité de la méthode de fixation des prix de transfert proposée est sensible aux fluctuations de taux de change, il semblerait judicieux de concevoir une méthodologie qui puisse s'accommoder d'un certain degré de variation prévisible, notamment en prévoyant l'ajustement des prix pour tenir compte des fluctuations des taux de change.

Par ailleurs, il est possible de convenir à l'avance que les variations dans un sens ou dans l'autre ne dépassant pas X% ne nécessiteront aucune mesure, que les variations comprises entre X et Y% déclencheront un réexamen prévisionnel de la méthodologie afin de s'assurer qu'elle reste appropriée, tandis qu'une variation de plus de Y% signifierait qu'une hypothèse critique cesse d'être vérifiée et qu'il est nécessaire de renégocier préventivement l'APP PA. Il serait nécessaire de fixer ces paramètres pour chaque APP PA en particulier, et ceci ferait l'objet de la négociation entre les autorités compétentes.

C.3.7. Résultats imprévus

47. Un problème peut se poser lorsque les résultats de l'application des méthodes de fixation des prix de transfert convenues dans l'APP PA ne répondent pas aux attentes de l'une des parties dans la mesure où cette partie peut se demander si les hypothèses critiques et la méthodologie fondée sur ces hypothèses, sont encore valables. La solution de ces questions peut nécessiter beaucoup de temps et des efforts considérables, ce qui est contraire aux objectifs de toute la procédure. L'un des moyens possibles de résoudre ce problème est de prévoir dans cette proposition une flexibilité suffisante pour qu'il soit possible de s'adapter aux changements éventuels des faits et circonstances de manière que l'on risque moins d'obtenir des résultats imprévus et d'avoir besoin de renégocier l'APP PA fondé sur la proposition. La proposition doit bien entendu rester conforme au principe de pleine concurrence.

48. L'un des moyens d'atteindre l'objectif ci-dessus est de concevoir une méthodologie qui tienne compte de manière appropriée des changements probables des faits et circonstances; par exemple, un écart entre le volume prévu et le volume effectif des ventes peut être intégré dès le départ dans la méthode de fixation des prix par l'insertion de clauses d'ajustement des prix ou en prévoyant une variation des prix en fonction du volume. L'importance de l'écart autorisé devrait être fixée par référence à ce que des parties indépendantes accepteraient.

49. L'autre moyen d'atteindre l'objectif de renforcement de la fiabilité est de convenir d'une fourchette acceptable de résultats susceptibles d'être obtenus à l'aide de la méthode utilisée pour l'APP PA. Dans un but de conformité au principe de pleine concurrence, la fourchette devrait être convenue à l'avance, ce qui éviterait d'avoir à recourir à des évaluations a posteriori, et fondée sur ce que des parties indépendantes auraient convenu dans des circonstances comparables (voir paragraphes 3.55-3.66 pour une discussion sur la notion de « fourchette ». Par exemple, le montant d'un élément tel qu'une redevance, serait accepté tant qu'il reste à l'intérieur d'un intervalle donné exprimé en pourcentage des bénéfices.

50. Si les résultats obtenus se trouvaient en dehors de l'intervalle convenu, les mesures à prendre dépendraient de ce qui a été négocié dans la proposition conformément aux souhaits des parties. Certaines parties peuvent ne pas souhaiter prendre le risque d'aboutir à des résultats sensiblement différents de leurs prévisions. En conséquence, elles utiliseront simplement la notion de fourchette comme moyen de déterminer si une hypothèse critique n'est plus vérifiée comme on l'a déjà vu au paragraphe 40. D'autres parties peuvent mettre l'accent sur la certitude du régime applicable plutôt que sur le souci d'éviter des résultats inattendus et convenir par conséquent que l'APP PA devra comporter un mécanisme d'ajustement des résultats afin qu'ils restent à l'intérieur de la fourchette convenue à l'avance.

C.3.8. Durée de l'APP PA

51. Par sa nature même, un APP s'applique à des transactions futures et par conséquent il y a lieu de décider de sa durée. Deux séries d'objectifs contradictoires influent sur la négociation de la durée appropriée. D'une part, il est souhaitable de prévoir une période suffisamment longue pour assurer une sécurité suffisante quant au traitement qui sera appliqué. Par ailleurs, il n'est peut-être pas nécessaire de faire l'effort de résoudre à l'avance les problèmes potentiels de prix de transfert, au lieu de n'aborder les problèmes qu'au moment où ils se posent dans le cadre des procédures normales de vérification ou d'examen des déclarations d'impôt. D'autre part, sur une longue période, les prévisions quant à l'évolution future des conditions sur lesquelles sont fondées les négociations dans le cadre de la procédure amiable deviennent moins exactes, ce qui fait planer un doute sur la fiabilité des propositions d'APP PA. L'équilibre optimal entre ces deux séries d'objectifs dépendra d'un certain nombre de facteurs, tels que le secteur concerné, les transactions en cause et le climat économique. La durée doit donc être négociée entre les autorités compétentes au cas par cas. Jusqu'à présent, l'expérience a montré que la durée moyenne d'un APP PA pourrait être de 3 à 5 ans.

D. Négociations de l'APP PA

D.1. Introduction

52. Le succès d'une procédure d'APP PA, choisie plutôt que de recourir uniquement aux techniques traditionnelles de vérification et d'examen, dépend dans une large mesure de la motivation de tous les participants. La capacité des autorités compétentes d'aboutir à un accord dans des délais rapides dépendra des dispositions qu'elles prendront mais aussi, dans une large mesure, de la bonne volonté dont fera (feront) preuve le(s) contribuable(s) pour fournir toutes les informations nécessaires aussi rapidement que possible. L'utilité de cette procédure, aussi bien pour les contribuables que pour les

administrations fiscales, se trouvera sensiblement réduite si l'accord n'est pas conclu avant l'expiration de la période d'application proposée dans la demande du contribuable. Du fait de ces retards, il peut aussi être plus difficile d'éviter de recourir à des évaluations a posteriori de la proposition du fait que les résultats de l'application de la méthodologie seront connus pour la plus grande partie de la période envisagée pour l'APP PA. On comprend bien, étant donné que le processus d'APP PA se trouve encore à ses débuts, que l'objectif de règlement rapide n'a pas toujours été atteint dans le passé. Dans une certaine mesure, des retards dans ce processus sont inévitables. Les APP PA concernent généralement des contribuables importants, des situations complexes, et des problèmes juridiques et économiques délicats, dont la compréhension et l'évaluation nécessitent du temps et des ressources.

53. Les autorités fiscales sont encouragées, dans la mesure du possible à consacrer suffisamment de ressources et de personnel qualifié à ces procédures pour faire en sorte que les affaires soient réglées promptement et efficacement. Certaines autorités fiscales peuvent souhaiter améliorer l'efficacité de leur programme d'APP PA en fixant des objectifs informels en matière de délais nécessaires d'achèvement du processus et en publiant des durées moyennes d'achèvement. Les parties à une convention peuvent aussi convenir de fixer des objectifs informels pour l'achèvement de leurs négociations bilatérales. Étant donné les situations souvent complexes et délicates, la nécessité éventuelle de traductions et le caractère relativement nouveau de ces accords, il n'apparaît pas souhaitable pour le moment de fixer davantage d'objectifs spécifiques ou contraignants pour la conclusion d'APP PA. Cependant, il y aura lieu de fixer à l'avenir des objectifs plus précis en matière de délais d'achèvement, lorsqu'on aura plus d'expérience en matière d'application de la procédure d'APP PA.

54. Une fois qu'une proposition d'un contribuable a été reçue par les administrations fiscales, celles-ci doivent se mettre d'accord sur la coordination de l'examen, de l'évaluation et de la négociation de l'APP PA. Il peut être commode de scinder la procédure d'APP PA en deux étapes principales : a) la collecte, l'examen et l'évaluation des données et b) les discussions entre les autorités compétentes, dont chacune est examinée plus en détail ci-dessous.

D.2. Collecte, examen et évaluation des données

D.2.1. Généralités

55. Dans l'examen d'une proposition d'APP PA, les administrations fiscales peuvent prendre les mesures qui leur semblent appropriées compte tenu des circonstances pour appliquer la procédure amiable. On peut citer à cet égard les mesures suivantes, sans que cette énumération ait un caractère limitatif : demandes d'informations complémentaires jugées nécessaires pour

examiner et évaluer la proposition du contribuable, travaux sur le terrain (par exemple enquête dans les locaux du contribuable, audition de membres du personnel, examen des opérations financières ou de la gestion etc.) et engagement des experts dont l'intervention est nécessaire. Les administrations fiscales peuvent aussi avoir recours à des informations émanant d'autres sources, et notamment à des informations et données concernant des contribuables comparables.

56. L'objectif de ce stade de la procédure d'APP PA est que les autorités compétentes participantes disposent de toutes les informations, données et analyses nécessaires en vue des négociations. Lorsqu'une administration fiscale obtient du contribuable des informations additionnelles utiles pour l'APP PA, par exemple lors d'une réunion avec des membres de son personnel, l'administration comme le contribuable doivent s'assurer que les informations parviennent aux autres administrations fiscales participantes. Les autorités compétentes doivent convenir, entre elles et avec les contribuables, d'un mécanisme approprié pour compléter et préciser les documents et informations fournis par le ou les contribuables. Il faut respecter les exigences des autorités compétentes participantes. Par exemple, beaucoup de juridictions exigent non seulement que les mêmes informations factuelles soient fournies à toutes les autorités compétentes participantes mais aussi dans la mesure du possible qu'elles soient communiquées en même temps.

57. Du fait du caractère prospectif de l'APP PA, il est souvent nécessaire que le contribuable fournisse des informations commerciales prévisionnelles qui risquent d'être encore plus sensibles aux effets de la divulgation que les informations transmises après coup. En conséquence, pour faire en sorte que les contribuables aient confiance dans la procédure d'APP PA, les administrations fiscales doivent veiller à ce que les informations transmises par le contribuable au cours de la procédure d'APP soient assorties des mêmes garanties prévues par la législation nationale en matière de secret, de confidentialité et de respect de la vie privée que tous autres renseignements concernant le contribuable. En outre, lorsque des renseignements sont échangés entre autorités compétentes en vertu de la convention fiscale, ces renseignements ne peuvent être divulgués qu'en conformité avec les clauses particulières de la convention, et tout échange de renseignements doit être conforme à l'(aux) article(s) de cette convention concernant les échanges de renseignements.

58. En général, les autorités compétentes effectuent des examens simultanés et des évaluations indépendantes de la proposition du contribuable, assistées dans cette tâche si nécessaire par des spécialistes des prix de transfert, de l'industrie ou d'autres domaines provenant d'autres secteurs de leurs administrations fiscales. Toutefois, il peut être plus efficace, le cas échéant, de collecter conjointement les informations dans une certaine mesure. On peut le faire de diverses manières, qui vont de la réunion conjointe

occasionnelle d'information ou de la visite sur place à l'établissement d'un rapport conjoint par les agents chargés d'instruire l'affaire.

D.2.2. Rôle du contribuable dans la procédure de collecte, d'examen et d'évaluation des informations

59. Afin d'accélérer la procédure, les contribuables doivent prendre la responsabilité de veiller à ce que les autorités compétentes, avant de commencer à négocier, soient en possession des mêmes données, disposent de toutes les informations dont elles ont besoin et soient en mesure de comprendre en profondeur les problèmes. Il est possible d'y parvenir si le contribuable transmet systématiquement et à peu près en même temps à l'autre administration fiscale les informations demandées par l'une de ces administrations, si l'une des administrations fiscales établit et transmet à l'autre des notes sur les réunions d'information qui ont eu lieu et aussi, lorsque c'est matériellement et économiquement pratique, en facilitant les réunions d'information conjointes. Le contribuable devrait aussi veiller à ce que les traductions nécessaires soient effectuées et à ce qu'il n'y ait pas de retard injustifié dans ses réponses aux demandes de renseignements complémentaires. Le contribuable doit également avoir la possibilité d'entrer en contact avec son administration fiscale lorsque ces contacts sont justifiés et conviennent aux différentes parties concernées pendant que sa proposition est en cours d'examen et d'évaluation, et il doit être tenu informé de l'état d'avancement de l'instruction de son dossier.

D.3. Conduite des discussions des autorités compétentes

D.3.1. Coordination entre les autorités compétentes

60. Beaucoup de juridictions préfèrent participer intégralement à la procédure dès qu'elle débute et travailler en contact étroit avec les autres autorités compétentes. D'autres préfèrent limiter leur participation à l'examen et aux Commentaires des propositions d'APP PA lorsque ces accords sont en voie d'achèvement. Cependant, il est recommandé que toutes les administrations fiscales concernées participent à cette procédure dès ses premiers stades, sous réserve des contraintes quant aux ressources disponibles, car cela devrait permettre de maximiser l'efficacité du processus et d'éviter des retards injustifiés dans la conclusion de l'accord amiable.

61. Les autorités compétentes devraient mener les discussions dans le cadre de la procédure amiable dans les délais requis. Cela les oblige à consacrer à cette procédure des ressources suffisantes et du personnel qualifié. Il est souhaitable que les autorités compétentes examinent et coordonnent un plan d'action approprié concernant les points suivants : désignation des agents habilités, échanges de renseignements, coordination de l'examen et de

l'évaluation de la proposition, établissement d'un calendrier provisoire des consultations ultérieures, négociation et conclusion d'un accord acceptable. Le niveau des moyens et des ressources nécessaires doit être adapté aux besoins propres à chaque cas particulier.

62. Par ailleurs, l'expérience a montré que des discussions intervenant dès les premiers stades et fréquemment entre les autorités compétentes à mesure que les problèmes se posent peuvent être utiles et éviter des surprises désagréables au cours de la procédure. Étant donné la nature des APP PA, il se posera souvent des problèmes importants qui ne peuvent être résolus simplement par des échanges de notes et, par conséquent, des échanges plus formels, par exemple dans le cadre de réunions mettant en présence les différentes autorités compétentes, peuvent être nécessaires. Le recours à des conférences téléphoniques ou à des vidéoconférences peut être utile.

D.3.2. Rôle du contribuable dans les discussions des autorités compétentes

63. Le rôle du contribuable dans cette procédure de négociations est nécessairement plus limité que dans le cadre de la procédure d'établissement des faits, étant donné que la mise en forme définitive d'un APP PA a lieu entre gouvernements. Les autorités compétentes peuvent convenir que le contribuable présente un exposé sur certains points de fait et de droit avant le début des discussions proprement dites, auxquelles le contribuable ne participe pas. Il peut aussi être utile de faire en sorte que le contribuable soit en mesure de répondre à la demande à toutes les questions de fait qui pourraient se poser au cours des discussions. Le contribuable devrait s'abstenir de présenter de nouvelles informations factuelles ou d'invoquer de nouveaux arguments au cours de cette réunion. Les autorités fiscales auront besoin de temps pour examiner ces questions, ce qui nécessitera un report de la décision finale sur l'APP PA proposé. De telles informations devraient avoir été fournies avant le commencement des discussions.

D.3.3. Retrait d'une procédure d'APP

64. Le contribuable ou l'administration fiscale peut se retirer d'une procédure d'APP PA à tout moment. Toutefois, le retrait de la procédure, surtout à un stade avancé et sans motif valable, est à déconseiller en raison du gaspillage inévitable de ressources qu'il entraîne. Lorsqu'une demande d'APP est retirée, ni le contribuable ni l'administration fiscale n'ont d'obligation l'un envers l'autre et tout accord antérieur entre les parties se trouve privé d'effet sauf disposition contraire de la législation interne (par exemple la redevance au titre de l'APP peut ne pas être remboursable). Si une administration fiscale envisage de se retirer, le contribuable doit être avisé des motifs de cette décision et doit avoir la possibilité de présenter de nouvelles demandes.

D.3.4. Documents utilisés dans la procédure amiable

65. Les autorités compétentes participantes doivent établir un projet d'accord amiable lorsqu'elles sont convenues de la méthodologie et des autres conditions de cet accord. Il est possible que malgré tous les efforts des autorités compétentes, l'accord amiable proposé ne supprime pas totalement la double imposition. Il faut donc donner au contribuable la possibilité d'indiquer si ce projet d'APP PA lui paraît acceptable avant qu'il ait reçu sa forme définitive ; il ne peut être question d'imposer à l'avance un tel accord au contribuable sans son consentement.

66. L'APP PA prendra la forme d'un document écrit et ce sont les autorités compétentes participantes qui décideront de son contenu et de sa présentation. Afin que l'accord amiable soit enregistré d'une manière satisfaisante et effectivement appliqué, il faut qu'il comporte au minimum les informations suivantes ou qu'il indique où l'on peut trouver ces informations dans les documents joints à la proposition d'APP PA :

- a) Les noms et adresses des entreprises qui sont couvertes par l'accord.
- b) Les transactions, accords ou arrangements, exercices fiscaux ou périodes comptables couverts.
- c) Une description de la méthodologie adoptée et des autres aspects connexes, tels que les transactions comparables choisies ou un intervalle de résultats attendus.
- d) Une définition des termes appropriés qui servent de base à l'application de la méthodologie et aux calculs (par exemple, ventes, coûts des ventes, bénéfices bruts, etc.).
- e) Les hypothèses critiques sur lesquelles est fondée la méthodologie et dont la non-vérification rendrait nécessaire la renégociation de l'accord.
- f) Toute procédure convenue pour faire face à des changements de circonstances qui ne sont pas suffisamment importants pour rendre nécessaire la renégociation de l'accord.
- g) Le cas échéant, le régime fiscal convenu pour les questions accessoires.
- h) Les clauses et conditions qui doivent être remplies par le contribuable pour que l'accord amiable reste valable ainsi que les procédures visant à faire en sorte que le contribuable se conforme à ces clauses et conditions.
- i) Des détails sur les obligations du contribuable *vis-à-vis* des administrations fiscales à la suite de la mise en œuvre dans le

cadre national de l'APP PA (par exemple les rapports annuels, la comptabilité, la notification des changements intervenus dans les hypothèses critiques etc.); et,

- j) La confirmation qu'afin d'obtenir la confiance des contribuables et des autorités compétentes dans une procédure d'APP PA à l'occasion de laquelle des informations sont échangées librement, toutes les informations fournies par le contribuable dans le cadre d'une telle procédure (y compris son identité) seront préservées de toute divulgation dans la mesure du possible en vertu des législations internes des juridictions concernées et toutes les informations échangées entre les autorités compétentes concernées par une telle affaire resteront confidentielles conformément aux conventions bilatérales et aux législations internes applicables.

D.4. Mise en œuvre de l'APP PA

D.4.1. Entrée en vigueur de l'APP PA et confirmation de cet accord au contribuable

67. Une fois que l'APP PA a fait l'objet d'un accord définitif, il faut que les autorités fiscales participantes le mettent en application sur le territoire qui relève de leur compétence. Les administrations fiscales doivent procéder à une sorte de confirmation ou d'accord avec leurs contribuables respectifs conformément à la procédure amiable qui est intervenue entre les autorités compétentes. Cette confirmation ou accord assurerait au contribuable la certitude que les transactions faisant intervenir des prix de transfert qui sont couverts par l'APP PA ne seront pas ajustées tant qu'il se conforme aux clauses et conditions de l'accord amiable, telles qu'elles sont reprises dans la confirmation donnée ou l'accord conclu dans le cadre national et qu'il n'a pas fait de déclaration matériellement fausse ou susceptible d'induire en erreur au cours de la procédure, notamment dans le cadre des rapports annuels de contrôle. Les clauses et conditions comportent certaines hypothèses qui, si elles ne sont pas vérifiées, pourraient nécessiter un ajustement ou le réexamen de l'accord.

68. La manière dont cette confirmation est donnée ou cet accord est conclu varie d'une juridiction à l'autre et sa forme exacte dépend de la législation et des pratiques particulières de chaque juridiction. Dans certaines juridictions, la confirmation ou l'accord prend la forme d'un APP selon la procédure interne applicable. Pour assurer une application effective de l'accord amiable, la confirmation donnée ou l'accord conclu dans le cadre national doit être conforme à l'APP PA et offrir au minimum au contribuable les mêmes avantages que ceux qui ont été négociés dans le cadre de la procédure amiable. En outre, lorsqu'il n'a pas été possible de supprimer complètement la double imposition, l'une des parties a la possibilité de réduire unilatéralement,

dans le cadre de sa procédure interne de confirmation, la double-imposition qui subsiste. Par ailleurs, cette confirmation ou cet accord peut s'appliquer à des domaines autres que ceux qui figurent dans l'APP PA, par exemple le régime fiscal applicable dans le cadre national à d'autres éléments ou à des éléments accessoires, et les obligations additionnelles en matière de tenue de comptabilité ou de communication de documents et la transmission de rapports. Il faut veiller à ce qu'aucune des dispositions additionnelles de la confirmation donnée ou de l'accord conclu sur le plan intérieur ne soit incompatible avec les dispositions de l'APP PA.

D.4.2. Possibilité d'application rétroactive (« retour en arrière »)

69. Ni les administrations fiscales ni les contribuables ne sont obligés d'appliquer la méthodologie convenue dans le cadre de l'APP PA aux exercices fiscaux se terminant la première année d'application de l'accord (mesure souvent qualifiée de « retour en arrière »). En fait, il pourrait s'avérer impossible de le faire en cas de changement de circonstances. Toutefois, la méthodologie à appliquer aux années futures dans le cadre de l'APP PA peut être utile pour déterminer le traitement des transactions comparables au cours des années antérieures. Dans certains cas, les prix de transfert peuvent faire déjà l'objet d'une enquête d'une administration fiscale pour des périodes comptables antérieures à l'entrée en vigueur de l'APP PA et l'administration fiscale en question ainsi que le contribuable peuvent souhaiter en profiter pour utiliser la méthodologie convenue dans le cadre de cette enquête ou l'administration fiscale peut, dans le cadre de la législation interne, décider d'effectuer un tel ajustement même en l'absence de demande ou d'accord du contribuable. L'élément 2.7 du standard minimum de l'Action 14 prévoit que les juridiction ayant des programmes bilatéraux d'accords préalables en matière de prix de transfert devraient s'engager à accorder une extension de ces accords préalables (aux exercices fiscaux antérieurs exclus du champ d'application initial de l'accord) dans les cas appropriés, sous réserve du respect des délais applicables (comme les règles de prescription en matière de rectification prévues par le droit interne) dès lors que les faits et circonstances des exercices fiscaux antérieurs sont identiques et sous réserve de la vérification d ces faits et circonstances lors du contrôle.

E. Suivi des APP PA

70. Il est essentiel que les administrations fiscales soient en mesure de confirmer que le contribuable respectera les clauses et conditions sur lesquelles est fondé l'accord amiable pendant toute la durée de celui-ci. Comme l'accord amiable est conclu entre les administrations fiscales sans que le contribuable soit partie à ces accords, celles-ci doivent recourir à la

procédure interne de confirmation ou d'accord décrite ci-dessus pour contrôler le respect de ses obligations par le contribuable. Si celui-ci manque à son obligation de respecter les clauses et conditions de l'APP PA, cet accord n'a plus besoin d'être appliqué. Cette section met donc l'accent sur les aspects des procédures internes nécessaires pour que l'application de l'APP PA soit réussie ainsi que sur les mesures nécessaires pour faire en sorte que le contribuable se conforme à toutes les clauses et conditions de l'accord.

E.1. Tenue des comptes

71. Le contribuable et les administrations fiscales doivent convenir des types de documents et de registres (y compris les traductions qui seraient éventuellement nécessaires) que le contribuable doit tenir afin qu'il soit possible de vérifier s'il se conforme à l'APP PA. Il faut suivre les indications qui sont données au chapitre IV et V des Principes pour éviter que les obligations concernant les documents à fournir ne deviennent trop lourdes. On peut aussi prévoir des dispositions concernant la période pendant laquelle les documents doivent être conservés et les délais de réponse pour leur communication.

E.2. Mécanismes de suivi

E.2.1. Rapports annuels

72. Pour chaque exercice fiscal ou période comptable couverte par l'APP PA, le contribuable peut être tenu de transmettre, en plus de sa déclaration d'impôt, un rapport annuel décrivant les opérations qu'il a effectivement réalisées au cours de l'année et montrant qu'il a respecté les clauses et conditions de l'APP PA, en communiquant notamment les informations nécessaires pour décider si les hypothèses critiques ou autres clauses de sauvegarde se sont trouvées vérifiées. Ces informations devraient être transmises par le contribuable à l'administration fiscale dont il a obtenu l'accord ou la confirmation sur le plan interne, dans les conditions prévues par la législation ou les règles de procédure nationales applicables.

E.2.2. Vérification

73. Un APP PA ne s'applique qu'aux parties mentionnées dans l'accord et qu'aux transactions qui y sont mentionnées. L'existence d'un tel accord n'empêcherait pas les administrations fiscales participantes d'entreprendre des vérifications à l'avenir, bien que toute vérification des transactions couvertes par l'APP PA soit limitée à la détermination du degré de respect des clauses et conditions de l'accord par le contribuable, et à la réponse à la question de savoir si les circonstances et hypothèses nécessaires pour que la méthodologie choisie

puisse être appliquée d'une manière fiable restent valables. Les administrations fiscales concernées peuvent demander au contribuable de prouver :

- a) Qu'il s'est conformé aux clauses et conditions de l'APP PA.
- b) Que les arguments qui figurent dans la proposition, les rapports annuels ainsi que tout autre document transmis à l'appui de la demande restent valables et que toutes modifications matérielles des faits ou des circonstances ont été indiquées dans les rapports annuels.
- c) Que la méthodologie a été appliquée exactement et de manière cohérente conformément aux clauses et conditions de l'APP PA ; et
- d) Que les hypothèses critiques sur lesquelles repose la méthodologie en matière de prix de transfert restent valables.

E.3. Conséquences du non-respect des obligations fiscales ou de changements de circonstance

74. En général, les conséquences du non-respect des clauses et conditions d'un APP PA, ou la non-conformité à une hypothèse critique se feront sentir sur a) les conditions de l'APP PA, b) tout autre accord entre les autorités compétentes sur la manière de traiter les manquements à ces obligations et c) toute législation interne ou règles de procédure applicables. Cela signifie que l'APP PA peut en lui-même indiquer explicitement les procédures à suivre ou les conséquences qui résulteront d'un manquement à ces obligations. Dans de tels cas, les autorités compétentes peuvent librement engager, au cas par cas, des discussions sur les mesures à prendre. Enfin, la législation interne ou les règles de procédure peuvent avoir des conséquences pour le contribuable et l'administration fiscale concernée ou leur imposer des obligations. Les paragraphes suivants suggèrent des orientations similaires aux procédures qui ont été adoptées dans certaines juridictions et qui se sont avérées dans l'ensemble applicables. Il faut cependant souligner que certaines administrations fiscales pourraient souhaiter adopter des procédures et des approches différentes.

75. Si les administrations fiscales constatent qu'une condition de l'APP PA n'a pas été remplie, elles peuvent néanmoins convenir sur la base des clauses et conditions énoncées dans l'APP PA, de continuer à l'appliquer, par exemple dans les cas où le non-respect de cette condition n'a pas de conséquences graves. Si elles ne sont pas d'accord pour continuer à appliquer l'APP PA, trois possibilités s'offrent aux administrations fiscales. La nature des mesures à prendre est susceptible de dépendre de la gravité du non-respect des obligations.

76. La méthode la plus drastique est la révocation, qui a pour effet de traiter le contribuable comme si l'APP PA n'avait jamais été conclu. La mesure la moins grave est l'annulation, dans le cadre de laquelle le contribuable est traité comme si l'APP PA avait été en vigueur mais seulement jusqu'à la date de son annulation et non pendant l'ensemble de la période envisagée. Si l'APP PA est annulé ou révoqué, pour les années d'imposition ou les exercices comptables pour lesquels l'annulation ou la révocation est effective, les administrations fiscales et les contribuables concernés conserveront tous leurs droits résultant de la législation interne et des clauses des conventions, comme si l'APP PA n'avait pas existé. Enfin, l'APP PA peut être révisé, ce qui signifie que le contribuable continuera à bénéficier de l'APP pendant l'ensemble de la période envisagée, bien que les conditions applicables avant et après la date de révision soient différentes. On trouvera plus de précisions ci-dessous.

E.3.1. Révocation d'un APP PA

77. Une administration fiscale peut révoquer un APP PA soit unilatéralement, soit d'un commun accord s'il est démontré :

- a) Qu'il y a eu présentation erronée des faits, erreurs ou omissions imputables à la négligence, à l'inattention ou à un manquement volontaire d'un contribuable lors de l'établissement et de la transmission de la demande d'APP PA, des rapports annuels ou des autres documents justificatifs, ou lors de la transmission des informations correspondantes ; ou,
- b) Que le ou les contribuables participants ne se sont pas conformés matériellement à une clause ou condition fondamentale de l'APP PA.

78. Lorsqu'un APP PA est révoqué, la révocation est rétroactive à compter du premier jour de la première année d'imposition ou exercice comptable pour lequel il était applicable et cet accord devient nul et de nul effet pour le(s) contribuable(s) concerné(s) et les autres administrations fiscales participantes. En raison des conséquences graves d'une telle mesure, l'administration fiscale qui envisage de révoquer un APP PA ne doit le faire qu'après une évaluation minutieuse et approfondie des faits et doit informer et consulter les contribuables et les autres administrations fiscales concernées en temps utile.

E.3.2. Annulation d'un APP PA

79. Une administration fiscale peut annuler un APP PA (soit unilatéralement, soit d'un commun accord) s'il est démontré que l'on se trouve dans l'un des cas suivants :

- a) Qu'il y a eu présentation erronée des faits, erreurs ou omissions qui n'étaient pas imputables à la négligence, à l'inattention ou à un manquement volontaire d'un contribuable lors de l'établissement et de la transmission d'une demande d'APP PA, des rapports annuels ou autres documents justificatifs, ou lors de la transmission des informations correspondantes; ou
- b) Que le ou les contribuables participants n'ont pas respecté matériellement certaines clauses ou conditions de l'APP PA; ou
- c) Qu'il y a eu rupture matérielle d'une ou plusieurs hypothèses critiques; ou
- d) Qu'il y a eu un changement de la législation fiscale, y compris une clause d'une convention se rattachant matériellement à l'APP PA; et, qu'il n'est pas apparu possible de réviser l'accord (voir paragraphes 80-82 ci-dessous), pour tenir compte des changements de circonstances.

80. Lorsqu'un APP PA est annulé, la date d'annulation est déterminée selon la nature de l'événement qui a donné lieu à l'annulation. Ce peut être une date spécifique, par exemple si l'événement qui a donné lieu à l'annulation était une modification matérielle de la législation fiscale (bien que l'APP PA puisse encore prévoir une période de transition entre la date de modification de la législation et la date d'annulation). Dans d'autres cas, l'annulation entrera en vigueur pour un exercice fiscal ou une période comptable particulière, par exemple lorsqu'il y a eu une modification matérielle de l'une des hypothèses critiques à laquelle il n'était pas possible d'attribuer une date particulière de l'exercice fiscal ou de la période comptable en cause. L'APP PA cesse d'être en vigueur et n'a plus aucun effet sur le(s) contribuable(s) et les autres administrations fiscales concernées à partir de la date d'annulation.

81. L'administration fiscale peut renoncer à l'annulation si le contribuable peut faire état de motifs raisonnables qui satisfassent l'administration fiscale et s'il accepte de procéder aux ajustements proposés par l'administration fiscale afin de corriger la présentation erronée des faits, l'erreur, l'omission ou le non-respect de ses obligations ou de tenir compte des changements dans les hypothèses critiques, la législation fiscale ou les clauses de conventions se rattachant à l'APP. Ces mesures peuvent donner lieu à la révision de l'APP PA (voir ci-dessous).

82. L'administration fiscale qui envisage d'annuler un accord doit en informer et consulter le ou les contribuables concernés ainsi que l'autre administration fiscale dans un délai raisonnable. Cette consultation doit comporter une explication des motifs pour lesquels l'annulation de l'APP est envisagée. Le contribuable doit avoir la possibilité de donner une réponse avant qu'une décision définitive soit prise.

E.3.3. Révision d'un APP PA

83. La validité de la méthodologie utilisée en matière de prix de transfert suppose que les hypothèses critiques continuent à s'appliquer pendant la durée de l'APP PA. L'APP PA, ainsi que toute confirmation ou accord intervenu sur le plan interne doit donc prévoir que le contribuable soit obligé d'une manière ou d'une autre de notifier tout changement aux administrations fiscales concernées. Si, après l'évaluation par les administrations fiscales, il est établi qu'il y a eu une modification importante de certains éléments d'une hypothèse critique, l'APP PA peut être révisé en vue de tenir compte de ce changement. Comme on l'a vu ci-dessus, l'APP PA peut aussi comporter des hypothèses, qui sans être critiques pour la validité de cet accord, méritent néanmoins d'être examinées par les parties concernées. L'un des résultats d'un tel examen peut, là encore, être une révision de l'APP PA. Cependant, dans de nombreux cas, les clauses et conditions de l'APP PA peuvent être suffisamment souples pour permettre de prendre en compte les effets de tels changements sans qu'il soit nécessaire de procéder à des révisions.

84. La notification d'un tel changement par le contribuable aux administrations fiscales doit être transmise dès que possible après que le changement soit intervenu, ou que le contribuable en ait eu connaissance, et de toute manière avant la date de transmission, en cas de demande, du rapport annuel concernant l'année ou la période comptable concernée. Les contribuables sont incités à notifier rapidement les changements afin que les parties concernées disposent de plus de temps pour s'efforcer de parvenir à un accord sur la révision de l'APP PA, ce qui permettrait de réduire le risque d'annulation.

85. L'APP PA révisé doit indiquer la date à compter de laquelle la révision entre en vigueur ainsi que la date à partir de laquelle l'APP PA initial cesse d'être applicable. Si la date de la modification peut être identifiée avec précision, la révision doit normalement entrer en vigueur à compter de cette date mais s'il n'est pas possible d'identifier une date précise, normalement l'APP PA est révisé à compter du premier jour de la période comptable qui suit celle au cours de laquelle le changement a eu lieu. Si les administrations fiscales et le contribuable ne peuvent se mettre d'accord sur la nécessité de réviser l'APP PA ou sur les modalités de cette révision, l'APP PA est annulé et cesse d'être applicable aux contribuables et aux administrations fiscales qui y participent. La détermination de la date effective d'annulation de l'APP PA suit normalement les mêmes principes que ceux qui s'appliquent à la détermination de la date de révision.

E.4. Renouvellement d'un APP PA

86. Une demande de renouvellement d'un APP PA doit être formulée à la date prévue par les administrations fiscales participantes, compte tenu de la nécessité, pour le contribuable et les administrations fiscales, de disposer d'assez de temps pour examiner et évaluer la demande de renouvellement et pour parvenir à un accord. Il peut être utile d'aborder la procédure de renouvellement bien avant l'expiration de l'APP PA existant.

87. La présentation, le traitement et l'évaluation de la demande de renouvellement sont généralement similaires à ceux de la demande initiale d'APP PA. Cependant, le niveau de détail nécessaire peut être réduit avec l'accord des administrations fiscales participantes, notamment s'il n'y a pas eu de modification importante des faits et circonstances propres à l'affaire. Le renouvellement d'un APP PA n'est pas automatique; il suppose que toutes les parties concernées soient consentantes et que le contribuable donne notamment la preuve qu'il s'est conformé aux clauses et conditions de l'APP PA existant. La méthodologie et les clauses et conditions de l'APP PA renouvelé peuvent, bien évidemment, être différentes de celles de l'APP PA antérieur.

Annexe I au chapitre V

Documentation des prix de transfert – Fichier principal

Les informations suivantes doivent figurer dans le fichier principal :

Structure organisationnelle

- Schéma illustrant la structure juridique et capitalistique du groupe multinational ainsi que la situation géographique des entités opérationnelles.

Description du (des) domaine(s) d'activité du groupe multinational

- Description écrite générale des activités du groupe multinational comprenant :
 - Les sources importantes de bénéfices de l'entreprise ;
 - Une description de la chaîne d'approvisionnement des cinq principaux biens et/ou services offerts par le groupe (classés en fonction du chiffre d'affaires) ainsi que de tout autre bien et/ou service représentant plus de 5 pour cent du chiffre d'affaires du groupe. La description requise pourrait prendre la forme d'un schéma ou diagramme ;
 - Une liste et une brève description des accords importants de prestation de services entre membres du groupe multinational, autres que les services de recherche-développement (R&D), incluant une description des capacités des principaux sites fournissant des services importants et des politiques appliquées en matière de prix de transfert pour répartir les coûts des services et déterminer les prix facturés pour les services intra-groupe ;

- Une description des principaux marchés géographiques pour les biens et services du groupe auxquels il est fait référence au deuxième point de cette énumération ;
- Une brève analyse fonctionnelle écrite décrivant les principales contributions des différentes entités du groupe à la création de valeur, c'est-à-dire les fonctions clés exercées, les risques importants assumés et les actifs importants utilisés ;
- Une description des opérations importantes de réorganisation d'entreprise ainsi que d'acquisition et de cession d'actifs intervenant au cours de l'exercice fiscal.

Actifs incorporels du groupe multinational (tels que définis au chapitre VI de ces Principes)

- Une description générale de la stratégie globale du groupe multinational en matière de mise au point, de propriété et d'exploitation des actifs incorporels, notamment la localisation des principales installations de R&D et celle de la direction des activités de R&D.
- Une liste des actifs incorporels ou des catégories d'actifs incorporels du groupe multinational qui sont importants pour l'établissement des prix de transfert, ainsi que des entités qui en sont légalement propriétaires.
- Une liste des accords importants entre entreprises associées identifiées relatifs aux actifs incorporels, y compris les accords de répartition des coûts, les principaux accords de services de recherche et les accords de licence.
- Une description générale des politiques du groupe en matière de prix de transfert relatives à la R&D et aux actifs incorporels.
- Une description générale des éventuels transferts importants de parts d'actifs incorporels entre entreprises associées au cours de l'exercice fiscal considéré, mentionnant les entités, les juridictions et les rémunérations correspondantes.

Activités financières interentreprises du groupe multinational

- Une description générale de la façon dont le groupe est financé, y compris des accords de financement importants conclus avec des prêteurs indépendants du groupe multinational.

- L'identification de tous les membres du groupe multinational exerçant une fonction centrale de financement pour le groupe, y compris de la juridiction de constitution des entités considérées et de leur siège de direction effective.
- Une description générale des politiques du groupe multinational en matière de prix de transfert relatives aux accords de financement entre entreprises associées.

Situations financière et fiscale du groupe multinational

- Les états financiers consolidés annuels du groupe multinational pour l'exercice fiscal considéré s'ils sont préparés par ailleurs à des fins d'information financière, réglementaires, de gestion interne, fiscales ou autres.
- Une liste et une description brève des accords préalables en matière de prix de transfert (APP) unilatéraux conclus par le groupe et autres décisions des autorités fiscales concernant la répartition des bénéfices entre juridictions.

Annexe II au chapitre V

Documentation des prix de transfert – Fichier local

Les informations suivantes doivent figurer dans le fichier local :

Entité locale

- Une description de la structure de gestion de l'entité locale, un organigramme local, et une description des personnes auxquelles l'encadrement local rend des comptes et de la (des) juridictions dans laquelle (lesquelles) se trouve l'établissement principal de ces personnes.
- Une description précise des activités effectuées et de la stratégie d'entreprise mise en œuvre par l'entité locale, indiquant notamment si cette entité locale a été impliquée dans ou affectée par des réorganisations d'entreprises ou des transferts d'actifs incorporels pendant l'année en cours ou la précédente, et expliquant quels sont les aspects de ces transactions qui affectent l'entité locale.
- Principaux concurrents.

Transactions contrôlées

Pour chaque catégorie importante de transactions contrôlées dans lesquelles l'entité est impliquée, fournir les informations suivantes :

- Une description des transactions contrôlées importantes (telles que l'achat de services de fabrication, l'acquisition de biens, la fourniture de services, les prêts, les garanties financières et garanties de bonne exécution, la concession de licences portant sur des actifs incorporels, etc.) et du contexte dans lequel se déroulent ces transactions.

- Les montants des paiements et recettes intra-groupe pour chaque catégorie de transactions contrôlées impliquant l'entité locale (c'est-à-dire des paiements et recettes correspondant à des biens, des services, des redevances, des intérêts, etc.) ventilés en fonction de la juridiction fiscale du payeur ou du bénéficiaire étranger.
- Une identification des entreprises associées impliquées dans chaque catégorie de transactions contrôlées et des relations qu'elles entretiennent.
- Une copie de tous les accords interentreprises importants conclus par l'entité locale.
- Une analyse de comparabilité et une analyse fonctionnelle détaillées du contribuable et des entreprises associées pertinentes pour chaque catégorie de transactions contrôlées évoquée dans la documentation, y compris les éventuels changements par rapport aux années précédentes¹.
- Une indication de la méthode de détermination des prix de transfert la plus adaptée au regard de la catégorie de transactions considérée et des raisons pour lesquelles cette méthode a été choisie.
- Une indication de l'entreprise associée choisie comme partie testée, le cas échéant, et une explication des raisons de cette sélection.
- Une synthèse des hypothèses importantes qui ont été posées pour appliquer la méthode de fixation des prix de transfert retenue.
- Le cas échéant, une explication des raisons pour lesquelles une analyse pluriannuelle a été réalisée.
- Une liste et une description de certaines transactions comparables sur le marché libre (internes ou externes), le cas échéant, et des informations sur les indicateurs financiers pertinents relatifs à des entreprises indépendantes utilisés dans le cadre de l'analyse des prix de transfert, y compris une description de la méthode de recherche de données comparables et de la source de ces informations.
- Une description des éventuels ajustements de comparabilité effectués, étant entendu qu'il conviendra d'indiquer si ces ajustements ont été apportés aux résultats de la partie testée, aux transactions comparables sur le marché libre, ou aux deux.

1. Si cette analyse fonctionnelle fait double emploi avec des informations figurant dans le fichier principal, un renvoi à ce dernier est suffisant.

- Une description des raisons pour lesquelles il a été conclu que les prix des transactions considérées avaient été établis conformément au principe de pleine concurrence via l'application de la méthode de détermination des prix de transfert retenue.
- Une synthèse des informations financières utilisées pour appliquer la méthode de détermination des prix de transfert.
- Une copie des accords de fixation préalable de prix de transfert (APP) unilatéraux, bilatéraux et multilatéraux existants ainsi que des autres décisions des autorités fiscales auxquelles la juridiction fiscale locale n'est pas partie et qui sont liées à des transactions contrôlées décrites plus haut.

Informations financières

- Les comptes financiers annuels de l'entité locale pour l'exercice fiscal considéré. S'il existe des états financiers vérifiés, ils doivent être fournis et dans le cas contraire, il conviendra de fournir les états financiers non vérifiés existants.
- Des informations et des tableaux de répartition montrant comment les données financières utilisées pour appliquer la méthode de détermination des prix de transfert peuvent être reliées aux états financiers annuels.
- Tableaux synthétiques des données financières se rapportant aux comparables utilisés dans le cadre de l'analyse et des sources dont sont tirées ces données.

Annexe III au chapitre V

**Documentation des prix de transfert
– Déclaration pays par pays**

A. Modèle de formulaire de déclaration pays par pays

Tableau 1. Vue d'ensemble de la répartition des bénéfices, des impôts et des activités par juridiction fiscale

[illegible]

Tableau 2. Liste de toutes les entités constitutives du groupe d'entreprises multinationales correspondant aux données agrégées par juridiction fiscale

Nom du groupe d'entreprises multinationales : Exercice fiscal considéré :			Principale(s) activité(s)												
Juridiction fiscale	Entités constitutives résidentes de la juridiction fiscale	Juridiction fiscale de constitution si elle diffère de la juridiction fiscale de résidence	Recherche-développement (R&D)	Détention ou gestion de droits de propriété intellectuelle	Achats ou approvisionnement	Fabrication ou production	Vente, commercialisation ou distribution	Services administratifs, de gestion ou de soutien	Fourniture de services à des parties indépendantes	Financement interne du groupe	Services financiers réglementés	Assurance	Détention d'actions ou d'autres instruments de fonds propres	Activités dormantes	Autres ¹
	1.														
	2.														
	3.														
	1.														
	2.														
	3.														

1. Veuillez préciser la nature de l'activité de l'entité constitutive dans la partie « Informations complémentaires ».

Tableau 3. Informations complémentaires

Nom du groupe d'entreprises multinationales : Exercice fiscal considéré :
<i>Veuillez ajouter dans cette rubrique les informations ou explications supplémentaires qui vous semblent nécessaires ou qui faciliteraient la compréhension des informations obligatoires fournies dans la déclaration pays par pays.</i>

B. Instructions générales concernant le formulaire de déclaration pays par pays

Objet

Cette annexe III au chapitre V de ces Principes contient un modèle de formulaire de déclaration permettant de rendre compte de la répartition des bénéfices, des impôts et des activités d'un groupe d'entreprises multinationales juridiction fiscale par juridiction fiscale. Ces instructions font partie intégrante du modèle de formulaire de déclaration pays par pays.

Définitions

Entreprise multinationale déclarante

Une entreprise multinationale déclarante est l'entité mère ultime d'un groupe d'entreprises multinationales.

Entité constitutive

Aux fins de l'annexe III, une entité constitutive d'un groupe d'entreprises multinationales désigne (i) toute unité opérationnelle distincte d'un groupe d'entreprises multinationales qui est intégrée dans les états financiers consolidés du groupe d'entreprises multinationales à des fins d'information financière, ou qui le serait si des participations dans cette unité opérationnelle d'un groupe d'entreprises multinationales étaient cotées en bourse; (ii) toute unité opérationnelle qui est exclue des états financiers consolidés du groupe d'entreprises multinationales uniquement pour des raisons de taille ou d'importance relative; et (iii) tout établissement stable d'une unité opérationnelle distincte du groupe d'entreprises multinationales appartenant aux catégories (i) ou (ii) supra sous réserve que l'unité opérationnelle établisse un état financier distinct pour cet établissement stable à des fins réglementaires, d'information financière, de gestion interne ou fiscales.

Traitement des établissements stables et des succursales

Les données relatives à un établissement stable doivent être communiquées en fonction de la juridiction fiscale dans laquelle il se trouve et non de la juridiction fiscale de résidence de l'unité opérationnelle dont l'établissement stable fait partie. Les informations communiquées dans la juridiction fiscale de résidence concernant l'unité opérationnelle dont l'établissement stable considéré fait partie ne devraient pas intégrer les données financières relatives à cet établissement stable.

États financiers consolidés

Les états financiers consolidés désignent les états financiers d'un groupe d'entreprises multinationales dans lesquels les actifs, les passifs, les recettes, les dépenses et les flux de trésorerie de l'entité mère ultime et des entités constitutives sont présentés comme étant ceux d'une seule entité économique.

Période couverte par le formulaire de déclaration annuelle

Le formulaire de déclaration doit couvrir l'exercice fiscal de l'entreprise multinationale déclarante. Pour les entités constitutives, à la discrétion de l'entreprise multinationale déclarante, le formulaire de déclaration doit refléter de manière cohérente soit (i) les informations relatives à l'exercice fiscal des entités constitutives considérées s'achevant le même jour que l'exercice fiscal de l'entreprise multinationale déclarante, ou s'achevant au cours des 12 mois précédant cette date, soit (ii) les informations relatives à toutes les entités constitutives concernées déclarées pour l'exercice fiscal de l'entreprise multinationale déclarante.

Source des données

L'entreprise multinationale déclarante doit utiliser de manière cohérente les mêmes sources de données d'une année à l'autre pour compléter le formulaire de déclaration. L'entreprise multinationale déclarante peut choisir d'utiliser des données tirées de ses états consolidés, des états financiers distincts relatifs aux entités qui sont prévus par la loi, des états financiers prévus par la réglementation, ou de comptes de gestion internes. Il n'est pas nécessaire de rapprocher des états financiers consolidés les données relatives au chiffre d'affaires, aux bénéfices et aux impôts figurant dans le formulaire. Si les états financiers prévus par la loi sont utilisés comme base de déclaration, tous les montants doivent être convertis dans la monnaie fonctionnelle déclarée de l'entreprise multinationale déclarante sur la base du taux de change moyen de l'année déclarée dans la partie Informations complémentaires du formulaire. En revanche, il n'est pas nécessaire de réaliser

des ajustements pour tenir compte des différences de principes comptables appliqués entre juridictions fiscales.

L'entreprise multinationale déclarante doit fournir une brève description des sources de données utilisées pour préparer le formulaire dans sa partie Informations complémentaires. Si une modification est apportée à une source de données utilisée d'une année à l'autre, l'entreprise multinationale déclarante doit expliquer les raisons de ce changement et ses conséquences dans la partie Informations complémentaires du formulaire.

C. Instructions spécifiques concernant le formulaire de déclaration pays par pays

Vue d'ensemble de la répartition des bénéfices, des impôts et des activités par juridiction fiscale (Tableau 1)

Juridiction fiscale

Dans la première colonne du formulaire, l'entreprise multinationale déclarante doit recenser l'ensemble des juridictions fiscales dans lesquelles les entités constitutives du groupe d'entreprises multinationales sont résidentes à des fins fiscales. L'expression « juridiction fiscale » désigne toute juridiction autonome sur le plan fiscal, qu'il s'agisse ou non d'un État. Une ligne distincte doit être ajoutée pour toutes les entités constitutives du groupe d'entreprises multinationales qui sont considérées par l'entreprise multinationale déclarante comme ne résidant dans aucune juridiction fiscale à des fins fiscales. Si une entité constitutive réside dans plus d'une juridiction fiscale, la règle de départage prévue par la convention fiscale applicable doit être utilisée pour déterminer la juridiction fiscale de résidence. Lorsqu'il n'existe pas de convention fiscale applicable, l'entité constitutive doit être déclarée dans la juridiction fiscale du siège de direction effective de l'entité constitutive. Le siège de direction effective est le lieu où sont prises, quant au fond, les décisions clés sur le plan de la gestion et sur le plan commercial qui sont nécessaires pour la conduite des activités de l'entité dans son ensemble. Tous les faits et circonstances pertinents doivent être pris en compte pour déterminer le siège de direction effective. Une entité peut avoir plus d'un siège de direction, mais elle ne peut avoir qu'un seul siège de direction effective.

Chiffre d'affaires

Dans les trois colonnes du formulaire correspondant à la rubrique « Chiffre d'affaires », l'entreprise multinationale déclarante doit fournir les informations suivantes : (i) la somme des chiffres d'affaires de toutes les entités constitutives du groupe d'entreprises multinationales dans les juridictions fiscales concernées résultant de transactions avec des entreprises associées ; (ii) la somme des chiffres d'affaires de toutes les entités constitutives du groupe multinational dans les juridictions fiscales concernées résultant de transactions avec des parties indépendantes ; et (iii) le total de (i) et (ii). Le chiffre d'affaires doit inclure les recettes provenant des ventes de marchandises en stock et de biens immobiliers, de services, de redevances,

d'intérêts, de primes et tout autre montant pertinent. Les recettes doivent exclure les paiements reçus d'autres entités constitutives qui sont considérés comme des dividendes dans la juridiction fiscale du payeur.

Bénéfice (perte) avant impôts

Dans la cinquième colonne du formulaire, l'entreprise multinationale déclarante doit indiquer la somme des bénéfices (pertes) avant impôts de toutes les entités constitutives résidentes à des fins fiscales dans la juridiction fiscale concernée. Le bénéfice ou la perte avant impôts doit inclure tous les produits et charges exceptionnels.

Impôts sur les bénéfices acquittés (sur la base des règlements effectifs)

Dans la sixième colonne du formulaire, l'entreprise multinationale déclarante doit indiquer le montant total des impôts sur les bénéfices effectivement payés au cours de l'exercice fiscal considéré par l'ensemble des entités constitutives résidentes à des fins fiscales dans la juridiction fiscale concernée. Les impôts acquittés doivent inclure les impôts décaissés par l'entité constitutive ayant été versés à la juridiction fiscale de résidence et à toutes les autres juridictions fiscales. Les impôts acquittés doivent inclure les retenues à la source payées par d'autres entités (entreprises associées et entreprises indépendantes) concernant des paiements reçus par l'entité constitutive. Par conséquent, si l'entreprise A résidente de la juridiction fiscale A encaisse des intérêts dans la juridiction fiscale B, la retenue à la source effectuée dans la juridiction fiscale B doit être déclarée par l'entreprise A.

Impôts sur les bénéfices dus (année en cours)

Dans la septième colonne du formulaire, l'entreprise multinationale déclarante doit indiquer la somme des charges d'impôts exigibles sur les bénéfices ou pertes imposables de l'année de déclaration de toutes les entités constitutives résidentes à des fins fiscales dans la juridiction fiscale considérée. Les charges d'impôts exigibles doivent correspondre uniquement aux opérations de l'année en cours et ne doivent pas inclure les impôts différés, ni les provisions constituées au titre de charges fiscales incertaines.

Capital social

Dans la huitième colonne du formulaire, l'entreprise multinationale déclarante doit indiquer la somme des capitaux sociaux de toutes les entités constitutives résidentes à des fins fiscales dans les juridictions fiscales concernées. S'agissant des établissements stables, leur capital social doit être déclaré par l'entité juridique dont ils constituent un établissement

stable, sauf si l'établissement stable considéré est soumis à des prescriptions réglementaires en matière de capital social dans sa juridiction fiscale.

Bénéfices non distribués

Dans la neuvième colonne du formulaire, l'entreprise multinationale déclarante doit indiquer la somme de tous les bénéfices non distribués de l'ensemble des entités constitutives résidentes à des fins fiscales dans la juridiction fiscale concernée à la fin de l'année. S'agissant des établissements stables, leurs bénéfices non distribués doivent être déclarés par l'entité juridique dont ils constituent un établissement stable.

Nombre d'employés

Dans la dixième colonne du formulaire, l'entreprise multinationale déclarante doit indiquer le nombre total des employés en équivalent temps plein (ETP) de l'ensemble des entités constitutives résidentes à des fins fiscales dans la juridiction fiscale concernée. Le nombre d'employés peut être déclaré à la fin de l'année, sur la base des niveaux moyens d'effectifs de l'année, ou sur toute autre base appliquée de manière cohérente dans les différentes juridictions fiscales et d'une année à l'autre. À cette fin, les travailleurs indépendants participant aux activités d'exploitation ordinaires de l'entité constitutive peuvent être déclarés comme employés. Il est permis de fournir un arrondi ou une approximation raisonnable du nombre d'employés, à condition que cet arrondi ou cette approximation ne fausse pas de manière importante la répartition des employés en termes relatifs entre les différentes juridictions fiscales. Des approches cohérentes doivent être appliquées d'une année à l'autre et d'une entité à l'autre.

Actifs corporels hors trésorerie et équivalents de trésorerie

Dans la onzième colonne du formulaire, l'entreprise multinationale déclarante doit indiquer la somme des valeurs comptables nettes des actifs corporels de l'ensemble des entités constitutives résidentes à des fins fiscales dans la juridiction fiscale concernée. S'agissant des établissements stables, leurs actifs doivent être déclarés en fonction de la juridiction fiscale dans laquelle l'établissement stable considéré se trouve. À cette fin, les actifs corporels n'incluent pas la trésorerie et les équivalents de trésorerie, les actifs incorporels, ni les actifs financiers.

Liste de toutes les entités constitutives du groupe d'entreprises multinationales correspondant aux données agrégées par juridiction fiscale (Tableau 2)

Entités constitutives résidentes de la juridiction fiscale

L'entreprise multinationale déclarante doit indiquer, juridiction fiscale par juridiction fiscale et par nom d'entité juridique, toutes les entités constitutives du groupe d'entreprises multinationales qui sont résidentes à des fins fiscales de la juridiction fiscale concernée. Comme indiqué plus haut, toutefois, les établissements stables doivent être recensés en fonction de la juridiction fiscale dans laquelle ils se trouvent. Il convient de préciser l'entité juridique dont ils constituent un établissement stable (en indiquant par exemple : Société XYZ – Juridiction fiscale A ES).

Juridiction fiscale de constitution si elle diffère de la juridiction fiscale de résidence

L'entreprise multinationale déclarante doit indiquer le nom de la juridiction fiscale selon le droit de laquelle l'entité constitutive de l'entreprise multinationale est constituée si elle est différente de sa juridiction fiscale de résidence.

Principale(s) activité(s)

L'entreprise multinationale déclarante doit indiquer la nature de la (des) principale(s) activité(s) exercée(s) par l'entité constitutive dans la juridiction fiscale concernée, en cochant une ou plusieurs des cases correspondantes aux rubriques ci-après.

Activités commerciales
Recherche-développement (R&D)
Détention ou gestion de droits de propriété intellectuelle
Achats ou approvisionnement
Fabrication ou production
Vente, commercialisation ou distribution
Services administratifs, de gestion ou de soutien
Fourniture de services à des parties indépendantes
Financement interne du groupe
Services financiers réglementés
Assurance

Détention d'actions ou d'autres instruments de fonds propres

Activités dormantes

Autres ¹

1. Veuillez préciser la nature de l'activité de l'entité constitutive dans la partie « Informations complémentaires ».

Annexe IV au Chapitre V

Dispositif de mise en œuvre des déclarations pays par pays

Introduction

Afin de faciliter la mise en œuvre cohérente et rapide des normes relatives à la déclaration pays par pays élaborées dans le cadre de l'Action 13 du Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (Plan d'action BEPS, OCDE, 2013), un dispositif de mise en œuvre a été développé. Ce dispositif comprend (i) un modèle de législation dont les juridictions peuvent s'inspirer pour requérir de la société mère ultime d'un groupe d'entreprises multinationales le dépôt de la déclaration pays par pays dans sa juridiction de résidence, incluant des mécanismes secondaires de dépôt, et (ii) trois modèles d'accords entre autorités compétentes pouvant servir à faciliter l'échange effectif des déclarations pays par pays, basés respectivement sur 1) la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, 2) les conventions fiscales bilatérales et 3) les accords d'échange de renseignements fiscaux. Il est admis que les pays en développement peuvent avoir besoin d'aide pour la mise en œuvre effective de la déclaration pays par pays.

Modèle de législation

Le modèle de législation figurant dans le dispositif de mise en œuvre de la déclaration pays par pays n'est pas basé sur le système juridique et constitutionnel d'une juridiction donnée, ni sur la structure ou le contenu de sa législation fiscale. Les juridictions sont libres d'adapter ce modèle de législation à leur propre système juridique dès lors qu'il apparaît nécessaire d'apporter des modifications à la législation en vigueur.

Accords entre autorités compétentes

Selon l'article 6 de la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale (ci-après « la Convention »), les autorités compétentes des parties à la Convention doivent définir d'un commun accord la portée de l'échange automatique de renseignements et la procédure à suivre. Dans le contexte de la Norme commune de déclaration, cette obligation a donné lieu à un Accord multilatéral entre autorités compétentes qui définit la portée, le calendrier, les procédures et les dispositifs de protection qui régissent l'échange automatique.

La mise en œuvre de l'échange automatique de renseignements au moyen d'un Accord multilatéral entre autorités compétentes dans le contexte de la Norme commune de déclaration s'étant avérée à la fois rapide et économe en ressources, la même approche pourrait être suivie pour l'échange automatique de renseignements relatifs aux déclarations pays par pays. Aussi, l'Accord multilatéral entre autorités compétentes portant sur l'échange des déclarations pays par pays a été élaboré sur la base de la Convention et en s'inspirant de l'Accord multilatéral entre autorités compétentes conclu dans le cadre de la Norme commune de déclaration. En outre, deux autres modèles d'accord entre autorités compétentes ont été mis au point pour l'échange des déclarations pays par pays : l'un pour les échanges effectués en vertu des conventions fiscales bilatérales, et l'autre pour les échanges effectués en vertu d'accords d'échange de renseignements fiscaux.

Conformément au paragraphe 5 du Chapitre V de ces Principes, l'un des trois objectifs de la documentation des prix de transfert est de procurer aux administrations fiscales les informations nécessaires pour procéder à une évaluation éclairée des risques liés aux prix de transfert ; pour sa part, le paragraphe 10 du Chapitre V de ces Principes indique qu'une identification et une évaluation efficaces des risques constituent une première étape essentielle du processus de sélection des dossiers de prix de transfert à contrôler. Les déclarations pays par pays échangées sur la base des modèles d'accords entre autorités compétentes contenus dans le présent dispositif de mise en œuvre constituent l'une des trois composantes de la documentation des prix de transfert. Conformément aux paragraphes 16, 17 et 25 du Chapitre V de ces Principes, elles donneront aux administrations fiscales des informations fiables et pertinentes pour effectuer une analyse efficace et robuste des risques liés aux prix de transfert. Dans ce contexte, les modèles d'accord entre autorités compétentes constituent le cadre qui permet de mettre les informations figurant dans la déclaration pays par pays à la disposition des autorités fiscales concernées, ces informations étant vraisemblablement pertinentes pour l'administration et l'application de leurs lois fiscales via l'échange automatique de renseignements.

L'Accord multilatéral entre autorités compétentes portant sur l'échange des déclarations pays par pays a pour objectif de définir les règles et les procédures nécessaires pour permettre aux autorités compétentes des juridictions qui mettent en œuvre l'action 13 du projet BEPS d'échanger automatiquement les déclarations pays par pays, préparées par l'entité déclarante d'un groupe d'entreprises multinationales et remises chaque année aux autorités fiscales de la juridiction de résidence fiscale de cette entité, avec les autorités fiscales de toutes les juridictions dans lesquelles le groupe d'entreprises multinationales exerce des activités.

La formulation de la plupart des dispositions est, sur le fond, comparable au texte de l'Accord multilatéral entre autorités compétentes qui régit les échanges au titre de la Norme commune de déclaration. Lorsque cela s'est avéré nécessaire, le texte a été complété ou modifié pour refléter les orientations sur la déclaration pays par pays figurant au Chapitre V de ces Principes.

Un Schéma XML et un Guide de l'utilisateur ont également été développés afin de permettre l'échange des déclarations pays par pays par voie électronique.

Modèle de législation concernant la déclaration pays par pays

Article 1 ***Définitions***

Aux fins du présent [titre de la loi], les expressions et termes suivants ont le sens défini ci-après :

1. Le terme « Groupe » désigne un ensemble d'entreprises liées en vertu de la structure de propriété ou de contrôle, tenu à ce titre d'établir des États financiers consolidés conformes aux principes comptables applicables à des fins d'information financière, ou qui serait tenu de le faire si des participations dans l'une ou l'autre de ces entreprises étaient cotées en bourse.
2. L'expression « Groupe d'entreprises multinationales » désigne tout groupe qui (i) comprend deux entreprises ou plus, dont la résidence fiscale se trouve dans des juridictions différentes, ou qui comprend une entreprise établie dans une juridiction à des fins fiscales mais qui est soumise à l'impôt dans une autre juridiction au titre des activités exercées par l'intermédiaire d'un établissement stable, et (ii) qui n'est pas un Groupe d'entreprises multinationales exclu.
3. L'expression « Groupe d'entreprises multinationales exclu » désigne, au titre d'un Exercice fiscal quelconque du Groupe, un Groupe qui a réalisé un chiffre d'affaires total consolidé inférieur à [750 millions EUR] / [indiquer un montant en devise locale équivalent à 750 millions EUR en janvier 2015] au cours de l'Exercice fiscal qui précède immédiatement l'Exercice fiscal déclarable, ainsi qu'il ressort de ses États financiers consolidés au titre de cet exercice fiscal antérieur.
4. L'expression « Entité constitutive » désigne (i) toute unité opérationnelle distincte d'un Groupe d'entreprises multinationales qui est intégrée dans les États financiers consolidés du Groupe d'entreprises multinationales à des fins d'information financière, ou qui le serait si des participations dans cette unité opérationnelle d'un Groupe d'entreprises multinationales étaient cotées en bourse; (ii) toute unité opérationnelle qui est exclue des États financiers consolidés du Groupe d'entreprises multinationales uniquement pour des raisons de taille ou d'importance relative; et (iii) tout établissement stable d'une unité opérationnelle distincte du Groupe d'entreprises multinationales appartenant

aux catégories (i) ou (ii) supra sous réserve que l'unité opérationnelle établisse un état financier distinct pour cet établissement stable à des fins réglementaires, fiscales, d'information financière, ou de gestion interne.

5. L'expression « Entité déclarante » désigne l'Entité constitutive tenue de déposer une Déclaration pays par pays conforme aux exigences de l'article 4 dans sa juridiction de résidence fiscale pour le compte du Groupe d'entreprises multinationales. L'Entité déclarante peut être l'Entité mère ultime, l'Entité mère de substitution ou toute entité décrite au paragraphe 2 de l'article 2.

6. L'expression « Entité mère ultime » désigne une Entité constitutive d'un Groupe d'entreprises multinationales qui remplit les critères suivants :

- i) elle détient directement ou indirectement une participation suffisante dans une ou plusieurs autres Entités constitutives de ce Groupe d'entreprises multinationales de sorte qu'elle est tenue d'établir des États financiers consolidés selon les principes comptables généralement utilisés dans sa juridiction de résidence fiscale, ou serait tenue de le faire si ses participations étaient cotées en bourse dans sa juridiction de résidence fiscale ; et
- ii) aucune autre Entité constitutive d'un tel Groupe d'entreprises multinationales ne détient directement ou indirectement une participation décrite à l'alinéa (i) supra dans l'Entité constitutive susmentionnée.

7. L'expression « Entité mère de substitution » désigne une Entité constitutive du Groupe d'entreprises multinationales qui a été mandatée par ce Groupe, en qualité d'unique substitut de l'Entité mère ultime, pour déposer la Déclaration pays par pays dans la juridiction de résidence fiscale de cette Entité constitutive, pour le compte de ce Groupe d'entreprises multinationales, lorsqu'une ou plusieurs des conditions exposées à l'alinéa (ii) du paragraphe 2 de l'article 2 s'appliquent.

8. L'expression « Exercice fiscal » désigne une période comptable annuelle pour laquelle l'Entité mère ultime du Groupe d'entreprises multinationales établit ses états financiers.

9. L'expression « Exercice fiscal déclarable » désigne l'exercice fiscal dont les résultats financiers et opérationnels sont reflétés dans la Déclaration pays par pays définie à l'article 4.

10. L'expression « Accord éligible entre autorités compétentes » désigne un accord (i) conclu entre des représentants autorisés des juridictions qui sont parties à un Accord international et (ii) qui prévoit l'échange automatique des Déclarations pays par pays entre les juridictions parties.

11. L'expression « Accord international » désigne la Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, toute convention fiscale bilatérale ou multilatérale, ou tout accord d'échange de renseignements fiscaux auquel la [Juridiction] est partie, et dont les dispositions confèrent le pouvoir juridique d'échanger des renseignements fiscaux entre juridictions, y compris de façon automatique.

12. L'expression « États financiers consolidés » désigne les états financiers d'un Groupe d'entreprises multinationales dans lesquels les actifs, les passifs, les recettes, les dépenses et les flux de trésorerie de l'Entité mère ultime et des Entités constitutives sont présentés comme étant ceux d'une seule entité économique.

13. L'expression « Défaillance systémique » au regard d'une juridiction signifie qu'une juridiction a conclu un Accord éligible entre autorités compétentes avec la [Juridiction], mais a suspendu l'échange automatique (pour des raisons autres que celles prévues par les dispositions de cet Accord) ou a négligé de façon persistante de transmettre automatiquement à la [Juridiction] les Déclarations pays par pays en sa possession relatives à des Groupes d'entreprises multinationales qui ont des Entités constitutives dans la [Juridiction].

Article 2

Obligation déclarative

1. Chaque Entité mère ultime d'un Groupe d'entreprises multinationales qui réside à des fins fiscales dans la [Juridiction] doit remettre à l'[Administration fiscale de la Juridiction] une Déclaration pays par pays conforme aux exigences de l'article 4 portant sur son Exercice fiscal déclarable, à la date prévue par l'article 5 ou avant cette date.

2. Une Entité constitutive qui n'est pas l'Entité mère ultime d'un Groupe d'entreprises multinationales doit remettre à l'[Administration fiscale de la Juridiction] une Déclaration pays par pays conforme aux exigences de l'article 4 portant sur l'Exercice fiscal déclarable du Groupe d'entreprises multinationales dont elle est une Entité constitutive, à la date prévue par l'article 5 ou avant cette date, si les critères suivants sont remplis :

- i) l'entité réside dans la [Juridiction] à des fins fiscales ; et
- ii) l'une des conditions suivantes s'applique :
 - a) l'Entité mère ultime du Groupe d'entreprises multinationales n'est pas tenue de déposer une Déclaration pays par pays dans sa juridiction de résidence fiscale ; ou

- b) la juridiction où réside l'Entité mère ultime à des fins fiscales a conclu un Accord international dont la [Juridiction] est partie, mais n'a pas d'Accord éligible entre autorités compétentes en vigueur auquel la [Juridiction] est partie à la date indiquée à l'article 5 pour le dépôt de la Déclaration pays par pays correspondant à l'Exercice fiscal déclarable ; ou
- c) une Défaillance systémique de la juridiction de résidence fiscale de l'Entité mère ultime a été notifiée par l'[Administration fiscale de la Juridiction] à l'Entité constitutive résidente dans la [Juridiction] à des fins fiscales.

Lorsque plusieurs Entités constitutives du même Groupe d'entreprises multinationales sont résidentes dans la [Juridiction] à des fins fiscales et si une ou plusieurs des conditions prévues à l'alinéa (ii) ci-dessus s'appliquent, le Groupe d'entreprises multinationales peut désigner l'une de ces Entités constitutives pour remettre à l'[Administration fiscale de la Juridiction] la Déclaration pays par pays conforme aux exigences de l'article 4 et établie au titre d'un Exercice fiscal déclarable quelconque, à la date indiquée à l'article 5 ou avant, et informer l'[Administration fiscale de la Juridiction] que ce dépôt vise à remplir l'obligation déclarative impartie à toutes les Entités constitutives de ce Groupe d'entreprises multinationales qui résident dans la [Juridiction] à des fins fiscales.

3. Nonobstant les dispositions du paragraphe 2 de l'article 2, lorsque l'une ou plusieurs des conditions visées à l'alinéa (ii) du paragraphe 2 de l'article 2 s'appliquent, une entité décrite au paragraphe 2 de l'article 2 n'est pas tenue de remettre à l'[Administration fiscale de la Juridiction] la Déclaration pays par pays relative à un Exercice fiscal déclarable si le Groupe d'entreprises multinationales dont elle est une Entité constitutive a communiqué la Déclaration pays par pays conforme aux exigences de l'article 4 pour cet Exercice fiscal à une Entité mère de substitution et que cette dernière remet ladite déclaration à l'autorité fiscale de sa juridiction de résidence fiscale à la date indiquée à l'article 5 ou avant, dès lors que les conditions suivantes sont remplies :

- a) la juridiction de résidence fiscale de l'Entité mère de substitution impose le dépôt des Déclarations pays par pays répondant aux exigences prévues par l'article 4 ;
- b) la juridiction de résidence fiscale de l'Entité mère de substitution a conclu un Accord éligible entre autorités compétentes dont la [Juridiction] est partie à la date indiquée à l'article 5 pour le dépôt de la Déclaration pays par pays relative à l'Exercice fiscal déclarable ;

- c) la juridiction de résidence fiscale de l'Entité mère de substitution n'a pas informé l'[Administration fiscale de la Juridiction] d'une Défaillance systémique;
- d) la juridiction de résidence fiscale de l'Entité mère de substitution a été informée, selon les modalités prévues par le paragraphe 1 de l'article 3, par l'Entité constitutive résidente à des fins fiscales de sa juridiction que cette dernière est l'Entité mère de substitution; et
- e) une notification conforme aux dispositions prévues par le paragraphe 2 de l'article 3 a été adressée à l'[Administration fiscale de la Juridiction].

Article 3

Notification

1. Une Entité constitutive d'un Groupe d'entreprises multinationales qui réside dans la [Juridiction] à des fins fiscales doit indiquer à l'[Administration fiscale de la Juridiction] si elle est l'Entité mère ultime ou l'Entité mère de substitution, au plus tard [le dernier jour de l'Exercice fiscal déclarable de ce Groupe d'entreprises multinationales].
2. Lorsqu'une Entité constitutive d'un Groupe d'entreprises multinationales qui réside dans la [Juridiction] à des fins fiscales n'est pas l'Entité mère ultime ou l'Entité mère de substitution, elle doit indiquer à l'[Administration fiscale de la Juridiction] l'identité et la résidence fiscale de l'Entité déclarante, au plus tard [le dernier jour de l'Exercice fiscal déclarable de ce Groupe d'entreprises multinationales].

Article 4

Déclaration pays par pays

1. Aux fins de [titre de la loi], une Déclaration pays par pays portant sur un Groupe d'entreprises multinationales est une déclaration qui contient :
 - i) des informations agrégées sur le chiffre d'affaires, le bénéfice (la perte) avant impôts, les impôts sur les bénéfices acquittés, les impôts sur les bénéfices dus, le capital social, les bénéfices non distribués, les effectifs et les actifs corporels hors trésorerie ou équivalents de trésorerie pour chacune des juridictions dans lesquelles le Groupe d'entreprises multinationales exerce des activités;
 - ii) l'identité de chaque Entité constitutive du Groupe d'entreprises multinationales, précisant la juridiction de résidence fiscale de cette Entité constitutive et, si elle diffère de la juridiction de résidence fiscale, la juridiction selon les lois de laquelle cette Entité constitutive

est organisée, ainsi que la nature de son activité ou de ses activités commerciales principales.

2. La Déclaration pays par pays doit être établie selon les formes prescrites et en suivant les définitions et instructions indiquées dans le modèle type qui se trouve à [l'Annexe III au Chapitre V des Principes applicables en matière de prix de transfert tels que modifiés périodiquement] / [l'Annexe III au rapport *Documentation des prix de transfert et déclarations pays par pays* relatif à l'Action 13 du Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices] / [l'Annexe à cette loi].

Article 5

Délai de dépôt

La Déclaration pays par pays prévue par [titre de la loi] doit être déposée au plus tard 12 mois après le dernier jour de l'Exercice fiscal déclarable du Groupe d'entreprises multinationales.

Article 6

Utilisation et confidentialité des informations contenues dans la Déclaration pays par pays

1. L'[Administration fiscale de la Juridiction] doit utiliser la Déclaration pays par pays dans le but de procéder à une évaluation générale des risques liés aux prix de transfert et d'autres risques d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices dans la [Juridiction], y compris le risque de non-respect des règles applicables en matière de prix de transfert par des membres du Groupe d'entreprises multinationales et, le cas échéant, à des fins d'analyse économique et statistique. L'[Administration fiscale de la Juridiction] ne se basera pas sur la Déclaration pays par pays pour procéder à des ajustements des prix de transfert.
2. L'[Administration fiscale de la Juridiction] doit préserver la confidentialité des informations qui figurent dans la Déclaration pays par pays au moins dans la même mesure que si ces informations lui étaient communiquées en vertu des dispositions de la Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale.

Article 7

Pénalités

Ce modèle de législation ne prévoit pas de dispositions relatives aux pénalités à infliger si une Entité déclarante ne respecte pas ses obligations déclaratives concernant la Déclaration pays par pays. On suppose que les juridictions appliqueront leur régime de pénalités existant en matière de documentation des prix de transfert à l'obligation de dépôt de la Déclaration pays par pays.

Article 8

Date d'entrée en vigueur

Ce [titre de la loi] s'applique aux Exercices fiscaux déclarables de Groupes d'entreprises multinationales qui débutent à compter du [1^{er} janvier 2016].

Accord multilatéral entre autorités compétentes portant sur l'échange des déclarations pays par pays

Considérant que les juridictions des signataires de l'Accord multilatéral entre autorités compétentes concernant l'échange de Déclarations pays par pays (l'« Accord ») sont des Parties à la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale ou à la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale telle qu'amendée par le Protocole (la « Convention »), ou des territoires couverts par cette Convention, ou ont signé ou exprimé leur intention de signer la Convention et reconnu que la Convention doit être en vigueur et avoir pris effet à leur égard avant le début de l'échange automatique des Déclarations pays par pays ;

Considérant qu'une juridiction qui a signé ou exprimé son intention de signer la Convention ne deviendra une Juridiction telle que définie à la section 1 du présent Accord que lorsqu'il sera devenu Partie à la Convention ;

Considérant que les juridictions veulent accroître la transparence fiscale internationale et améliorer l'accès de leurs autorités fiscales respectives aux informations concernant la répartition mondiale des bénéfices, des impôts payés et certains indicateurs de localisation de l'activité économique entre juridictions fiscales dans lesquelles des Groupes d'entreprises multinationales exercent des activités, grâce à l'échange automatique de Déclarations pays par pays annuelles, dans le but de procéder à une évaluation générale des risques liés aux prix de transfert et d'autres risques d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices, y compris le cas échéant à des fins d'analyse économique et statistique ;

Considérant que les lois des Juridictions respectives imposent ou devraient imposer à l'Entité déclarante d'un Groupe d'entreprises multinationales de déposer chaque année une Déclaration pays par pays ;

Considérant que la Déclaration pays par pays fait partie d'une structure à trois niveaux, avec le fichier principal mondial et le fichier local, qui ensemble représentent une approche normalisée de la documentation des prix de transfert et qui procureront aux administrations fiscales des informations fiables et pertinentes pour effectuer une analyse efficace et robuste des risques liés aux prix de transfert ;

Considérant que le chapitre III de la Convention autorise l'échange de renseignements à des fins fiscales, y compris de manière automatique, et autorise les autorités compétentes des Juridictions à définir la portée et les modalités de ces échanges automatiques ;

Considérant que l'article 6 de la Convention prévoit que deux Parties ou plus peuvent convenir mutuellement d'échanger automatiquement des renseignements, et que l'échange des renseignements proprement dit s'effectuera sur une base bilatérale entre Autorités compétentes ;

Considérant que les Juridictions ont mis en place, ou devraient avoir en place, lors du premier échange des Déclarations pays par pays (i) les protections adéquates pour faire en sorte que les renseignements reçus conformément à cet Accord restent confidentiels et soient utilisés uniquement dans le but de procéder à une évaluation générale des risques liés aux prix de transfert et d'autres risques d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices, y compris le cas échéant à des fins d'analyse économique et statistique, conformément à la section 5 du présent Accord, (ii) les infrastructures nécessaires à un échange efficace (y compris les processus garantissant un échange de renseignements en temps voulu, exact et confidentiel, des communications efficaces et fiables, et les moyens permettant de résoudre rapidement les questions et préoccupations relatives aux échanges ou aux demandes d'échanges et d'appliquer les dispositions de la section 4 du présent Accord) et (iii) la législation nécessaire pour exiger des Entités déclarantes qu'elles déposent la Déclaration pays par pays ;

Considérant que les Juridictions sont prêtes à dialoguer dans le but de résoudre les cas de résultats économiques indésirables, y compris pour les entreprises individuelles, conformément au paragraphe 2 de l'article 24 de la Convention et au paragraphe 1 de la section 6 du présent Accord ;

Considérant que les procédures amiables, prévues par exemple par une convention de double imposition conclue entre les juridictions des Autorités compétentes, restent applicables dans les cas où la Déclaration pays par pays a été échangée en vertu de cet Accord ;

Considérant que les Autorités compétentes des juridictions ont l'intention de conclure cet Accord, sans préjudice des procédures législatives nationales (éventuelles) et sous réserve de la confidentialité et des garanties prévues par la Convention, y compris les dispositions qui limitent l'utilisation des renseignements échangés en vertu de cet Accord ;

Les Autorités compétentes sont convenues des dispositions suivantes :

SECTION 1

Définitions

1. Aux fins du présent Accord, les expressions et termes suivants ont le sens défini ci-après :

- a) Le terme « **Juridiction** » désigne un pays ou un territoire pour lequel la Convention est en vigueur et a pris effet par ratification, acceptation ou approbation conformément à l'article 28, ou par extension territoriale conformément à l'article 29, et qui est signataire du présent Accord ;
- b) L'expression « **Autorité compétente** » désigne, pour chaque Juridiction respective, les personnes et autorités énumérées à l'Annexe B de la Convention ;
- c) Le terme « **Groupe** » désigne un ensemble d'entreprises liées en vertu de la structure de propriété ou de contrôle, tenu à ce titre d'établir des États financiers consolidés conformes aux principes comptables applicables à des fins d'information financière, ou qui serait tenu de le faire si des participations dans l'une ou l'autre de ces entreprises étaient cotées en bourse ;
- d) L'expression « **Groupe d'entreprises multinationales** » désigne tout groupe qui (i) comprend deux entreprises ou plus, dont la résidence fiscale se trouve dans des juridictions différentes, ou qui comprend une entreprise établie dans une juridiction à des fins fiscales mais qui est soumise à l'impôt dans une autre juridiction au titre des activités exercées par l'intermédiaire d'un établissement stable, et (ii) qui n'est pas un Groupe d'entreprises multinationales exclu ;
- e) L'expression « **Groupe d'entreprises multinationales exclu** » désigne un Groupe qui n'est pas tenu de déposer une Déclaration pays par pays parce que son chiffre d'affaires annuel consolidé réalisé au cours de l'exercice fiscal qui précède immédiatement l'exercice fiscal déclarable, ainsi qu'il ressort de ses états financiers consolidés pour cet exercice fiscal antérieur, est inférieur au seuil défini par la législation interne de la Juridiction, conformément au Rapport de 2015 tel qu'il peut être amendé à la suite de sa révision prévue en 2020 ;
- f) L'expression « **Entité constitutive** » désigne (i) toute unité opérationnelle distincte d'un Groupe d'entreprises multinationales qui est intégrée dans les états financiers consolidés à des fins d'information financière, ou qui le serait si des participations dans cette unité opérationnelle d'un Groupe d'entreprises multinationales

étaient cotées en bourse; (ii) toute unité opérationnelle qui est exclue des états financiers consolidés du Groupe d'entreprises multinationales uniquement pour des raisons de taille ou d'importance relative; et (iii) tout établissement stable d'une unité opérationnelle distincte du Groupe d'entreprises multinationales appartenant aux catégories (i) ou (ii) ci-dessus sous réserve que l'unité opérationnelle établisse un état financier distinct pour cet établissement stable à des fins réglementaires, fiscales, d'information financière ou de gestion interne;

- g) L'expression « **Entité déclarante** » désigne l'Entité constitutive qui, aux termes de la législation interne de sa juridiction de résidence fiscale, dépose la Déclaration pays par pays pour le compte du Groupe d'entreprises multinationales en vertu de sa capacité d'agir ainsi;
- h) L'expression « **Déclaration pays par pays** » désigne la déclaration pays par pays que l'Entité déclarante, selon les lois de sa juridiction de résidence fiscale, doit déposer chaque année, contenant les informations visées par ces lois, couvrant les postes et présentée selon le format décrits dans le Rapport de 2015, tel qu'il peut être amendé à la suite de sa révision prévue en 2020;
- i) L'expression « **Rapport de 2015** » désigne le rapport final intitulé « *Documentation des prix de transfert et déclarations pays par pays* » établi au titre de l'action 13 du Plan d'action OCDE/G20 concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices;
- j) L'expression « **Organe de coordination** » désigne l'organe de coordination de la Convention qui, conformément au paragraphe 3 de l'article 24 de la Convention, est composé de représentants des Autorités compétentes des Parties à la Convention;
- k) L'expression « **Secrétariat de l'Organe de coordination** » désigne le Secrétariat de l'OCDE qui, conformément au paragraphe 3 de l'article 24 de la Convention, appuie l'Organe de coordination;
- l) L'expression « **Accord qui a pris effet** » signifie, pour deux Autorités compétentes quelles qu'elles soient, que les deux Autorités compétentes ont manifesté leur intention d'échanger automatiquement des renseignements l'une avec l'autre et ont rempli les autres conditions prévues au paragraphe 2 de la section 8. La liste des Autorités compétentes pour lesquelles le présent Accord a pris effet sera publiée sur le site internet de l'OCDE.

2. S'agissant de l'application de cet Accord à un moment donné par une Autorité compétente d'une Juridiction, tout terme ou expression qui n'est pas défini dans le présent Accord aura, sauf si le contexte exige une interprétation différente ou si les Autorités compétentes s'entendent sur une signification commune (comme l'autorise le droit national), le sens que lui attribue à ce moment le droit de la Juridiction qui applique le présent Accord, toute définition figurant dans la législation fiscale applicable de cette Juridiction l'emportant sur une définition contenue dans une autre législation de la même Juridiction.

SECTION 2

Échange de renseignements concernant des Groupes d'entreprises multinationales

1. Conformément aux dispositions des articles 6, 21 et 22 de la Convention, chaque Autorité compétente échangera chaque année, de manière automatique, la Déclaration pays par pays reçue de chaque Entité déclarante qui est résidente de sa juridiction à des fins fiscales, avec toutes les autres Autorités compétentes des Juridictions pour lesquelles cet Accord a pris effet et dans lesquelles, sur la base des informations contenues dans la Déclaration pays par pays, une ou plusieurs Entités constitutives du Groupe d'entreprises multinationales de l'Entité déclarante sont résidentes à des fins fiscales ou sont imposées au titre des activités menées par l'intermédiaire d'un établissement stable.

2. Nonobstant le paragraphe précédent, les Autorités compétentes des Juridictions qui ont indiqué qu'elles doivent être inscrites sur la liste des juridictions pour lesquelles il n'y a pas de réciprocité, en adressant la notification prévue à l'alinéa 1 b) de la section 8, transmettront les Déclarations pays par pays prévues par le paragraphe 1, mais ne les recevront pas en vertu de cet Accord. Les Autorités compétentes des Juridictions qui ne figurent pas dans la liste des juridictions pour lesquelles il n'y a pas de réciprocité transmettront et recevront les informations visées au paragraphe 1. Toutefois, les Autorités compétentes n'envoieront pas ces renseignements aux Autorités compétentes des Juridictions énumérées dans la liste susmentionnée.

SECTION 3

Calendrier et modalités des échanges de renseignements

1. Aux fins de l'échange de renseignements prévu à la section 2, la devise dans laquelle sont exprimés les montants contenus dans la Déclaration pays par pays doit être précisée.

2. S'agissant du paragraphe 1 de la section 2, une Déclaration pays par pays doit être échangée pour la première fois, concernant l'exercice fiscal du Groupe d'entreprises multinationales qui débute à une date indiquée par l'Autorité compétente dans la notification visée à l'alinéa 1a) de la section 8 ou à une date ultérieure, le plus tôt possible, et au plus tard 18 mois après le dernier jour de cet exercice. Nonobstant ce qui précède, l'obligation d'échanger une Déclaration pays par pays s'applique uniquement si cet Accord a pris effet entre les deux Autorités compétentes et si leurs Juridictions respectives sont dotées d'une législation qui prévoit le dépôt des Déclarations pays par pays pour l'exercice fiscal couvert par la Déclaration, et qui est conforme à la portée de l'échange définie à la section 2.

3. Sous réserve du paragraphe 2, la Déclaration pays par pays doit être transmise le plus rapidement possible, et au plus tard 15 mois après le dernier jour de l'exercice fiscal du Groupe d'entreprises multinationales qui fait l'objet de cette Déclaration.

4. Les Autorités compétentes échangeront automatiquement les Déclarations pays par pays selon un schéma commun en langage XML.

5. Les Autorités compétentes œuvreront pour et s'accorderont sur une ou plusieurs méthodes de transmission électronique de données, y compris sur des normes de cryptage, en vue de renforcer autant que possible la standardisation et réduire les complexités et les coûts, et informeront le Secrétariat de l'Organe de coordination des méthodes de transmission et de cryptage standardisées retenues.

SECTION 4

Collaboration en matière d'application et de mise en œuvre de l'Accord

Une Autorité compétente informera l'autre Autorité compétente lorsqu'elle a des raisons de croire, s'agissant d'une Entité déclarante résidente à des fins fiscales dans la juridiction de l'autre Autorité compétente, qu'une erreur peut avoir eu pour conséquence la communication de renseignements erronés ou incomplets ou qu'une Entité déclarante ne respecte pas ses obligations de dépôt d'une Déclaration pays par pays. L'Autorité compétente ainsi notifiée appliquera toutes les dispositions appropriées de son droit interne pour corriger ces erreurs ou remédier aux manquements décrits dans la notification.

SECTION 5

Confidentialité, protection et usage approprié des données

1. Tous les renseignements échangés sont soumis aux obligations de confidentialité et autres protections prévues par la Convention, y compris aux dispositions qui limitent l'utilisation des renseignements échangés.
2. Outre les restrictions visées au paragraphe 1, l'utilisation des renseignements sera limitée aux seules fins autorisées dans ce paragraphe. En particulier, les renseignements figurant dans la Déclaration pays par pays seront utilisés pour procéder à une évaluation des risques particulièrement élevés liés aux prix de transfert et aux pratiques d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices et, le cas échéant, à des fins d'analyse économique et statistique. Les renseignements ne seront pas utilisés en tant que substitut à une analyse détaillée des prix de transfert réalisée pour chaque transaction et prix, fondée sur une analyse fonctionnelle et une analyse de comparabilité complètes. Il est entendu que les informations figurant dans la Déclaration pays par pays ne permettent pas en soi de déterminer de manière concluante si les prix de transfert sont corrects ou non et, par conséquent, elles ne doivent pas être utilisées pour fonder des ajustements de prix de transfert. Les ajustements inadéquats effectués par des administrations fiscales locales en violation de ce paragraphe seront abandonnés lors de procédures mises en œuvre par les autorités compétentes. Nonobstant ce qui précède, il n'y a aucune restriction à l'utilisation des renseignements figurant dans la Déclaration pays par pays comme point de départ à un examen plus approfondi des prix de transfert établis par le Groupe d'entreprises multinationales ou d'autres questions fiscales lors d'un contrôle et, par conséquent, des ajustements appropriés du bénéfice imposable d'une Entité constitutive peuvent être effectués.
3. Dans la mesure où la législation applicable l'autorise, une Autorité compétente notifiera immédiatement au Secrétariat de l'Organe de coordination toute violation des paragraphes 1 et 2 de cette section, y compris les sanctions et toute action corrective qui en résulte. Le Secrétariat de l'Organe de coordination informera toutes les Autorités compétentes pour lesquelles le présent Accord constitue un Accord qui a pris effet avec la première Autorité compétente mentionnée.

SECTION 6

Consultations

1. Si un ajustement du bénéfice imposable d'une Entité constitutive, effectué à la suite d'investigations supplémentaires basées sur les données figurant dans la Déclaration pays par pays, aboutit à des résultats économiques

indésirables, y compris pour une entreprise en particulier, les Autorités compétentes des Juridictions dans lesquelles résident les Entités constitutives concernées doivent se consulter et dialoguer en vue de résoudre ce cas.

2. En cas de difficulté dans l'application ou l'interprétation du présent Accord, chaque Autorité compétente peut solliciter des consultations avec une ou plusieurs Autorités compétentes en vue d'élaborer des mesures appropriées pour garantir l'exécution du présent Accord. Une Autorité compétente doit, en particulier, consulter l'autre Autorité compétente avant de conclure à l'existence d'une Défaillance systémique, de la part de l'autre Autorité compétente, concernant l'échange des Déclarations pays par pays. Si la première Autorité compétente mentionnée conclut à l'existence de cette défaillance, elle doit en informer le Secrétariat de l'Organe de coordination qui, après en avoir informé l'autre Autorité compétente concernée, notifiera l'ensemble des Autorités compétentes. Dans la mesure où la législation applicable l'autorise, toute Autorité compétente peut, en passant par le Secrétariat de l'Organe de coordination si elle le souhaite, associer d'autres Autorités compétentes pour lesquelles cet Accord a pris effet aux fins de recherche d'une solution acceptable au problème.

3. L'Autorité compétente qui a demandé les consultations conformément au paragraphe 2 doit veiller, s'il y a lieu, à ce que le Secrétariat de l'Organe de coordination soit informé des conclusions adoptées et de toutes mesures ainsi élaborées, y compris l'absence de conclusions ou de mesures, et le Secrétariat de l'Organe de coordination informera l'ensemble des Autorités compétentes, même celles qui n'ont pas pris part aux consultations, de ces conclusions ou mesures. Les renseignements spécifiques aux contribuables, y compris ceux qui révèlent l'identité du contribuable concerné, n'ont pas à être communiqués.

SECTION 7

Modifications

Le présent Accord peut être modifié, par consensus, par accord écrit de toutes les Autorités compétentes pour lesquelles l'Accord a pris effet. Sauf disposition contraire, une telle modification prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période d'un mois après la date de la dernière signature d'un tel accord écrit.

SECTION 8

Durée de l'Accord

1. Une Autorité compétente doit, au moment de la signature du présent Accord ou le plus tôt possible par la suite, adresser une notification au Secrétariat de l'Organe de coordination :

- a) indiquant que sa Juridiction a mis en place les lois nécessaires pour imposer aux Entités déclarantes l'obligation de déposer une Déclaration pays par pays et que sa Juridiction exigera le dépôt de Déclarations pays par pays portant sur les exercices fiscaux d'Entités déclarantes qui débutent le jour indiqué dans la notification ou après ;
- b) précisant si la Juridiction doit figurer dans la liste des Juridictions pour lesquelles il n'y a pas de réciprocité ;
- c) précisant une ou plusieurs méthodes de transmission électronique des données, y compris le cryptage ;
- d) indiquant qu'elle a mis en place le cadre juridique et les infrastructures nécessaires pour assurer la confidentialité requise et le respect des normes de protection des données visées à l'article 22 de la Convention et au paragraphe 1 de la section 5 du présent Accord, ainsi que l'utilisation appropriée des informations contenues dans les Déclarations pays par pays précisée au paragraphe 2 de la section 5 du présent Accord, et en y joignant le questionnaire rempli concernant la confidentialité et la protection des données joint en Annexe au présent Accord ; et
- e) comprenant (i) une liste des Juridictions des Autorités compétentes à l'égard desquelles elle a l'intention que le présent Accord prenne effet, à l'issue des procédures législatives nationales correspondantes (le cas échéant) ou (ii) une déclaration de l'Autorité compétente exprimant son intention que le présent Accord prenne effet à l'égard de toutes les autres Autorités compétentes qui adressent une notification visée par l'alinéa 1e) de la section 8.

Les Autorités compétentes devront notifier rapidement au Secrétariat de l'Organe de coordination toute modification ultérieure qu'elles comptent apporter aux éléments de la notification mentionnés ci-dessus.

2. Le présent Accord prendra effet entre les deux Autorités compétentes à la plus tardive des dates suivantes : (i) la date à laquelle la seconde des deux Autorités compétentes a déposé au Secrétariat de l'Organe de coordination la notification visée au paragraphe 1 qui mentionne la Juridiction de l'autre Autorité compétente, conformément à l'alinéa 1 (e), et (ii) la date à laquelle la Convention est entrée en vigueur et a pris effet pour les deux Juridictions.

3. Le Secrétariat de l'Organe de coordination conservera et publiera sur le site internet de l'OCDE une liste des Autorités compétentes qui ont signé l'Accord et entre lesquelles le présent Accord a pris effet. En outre, le Secrétariat de l'Organe de coordination publiera sur le site internet de l'OCDE les informations fournies par les Autorités compétentes au titre des alinéas 1 (a) et (b).

4. Les informations fournies conformément aux alinéas 1 (c) à (e) seront mises à la disposition des autres signataires sur demande écrite adressée au Secrétariat de l'Organe de coordination.

5. Une Autorité compétente peut suspendre temporairement l'échange de renseignements visé par le présent Accord moyennant préavis écrit adressé à l'Autorité compétente de l'autre partie indiquant que cette dernière commet ou a commis un manquement grave au présent Accord. Avant de prendre cette décision, l'Autorité compétente mentionnée en premier doit consulter l'autre Autorité compétente. Aux fins du présent paragraphe, l'expression « manquement grave » désigne le non-respect des paragraphes 1 et 2 de la section 5 et du paragraphe 1 de la section 6 du présent Accord et/ou des dispositions correspondantes de la Convention, ainsi que le fait pour l'Autorité compétente de ne pas communiquer des informations appropriées ou en temps voulu comme le prévoit le présent Accord. Cette suspension est à effet immédiat et se poursuivra jusqu'à ce que la deuxième Autorité compétente mentionnée établisse d'une façon satisfaisante pour les deux Autorités compétentes qu'il n'y a pas eu de manquement grave ou qu'elle a pris les mesures appropriées pour remédier au manquement grave. Dans la mesure où la législation applicable l'autorise, toute Autorité compétente peut, en passant par le Secrétariat de l'Organe de coordination si elle le souhaite, associer d'autres Autorités compétentes pour lesquelles cet Accord a pris effet à la recherche d'une solution acceptable au problème.

6. Une Autorité compétente peut mettre fin à sa participation au présent Accord ou *vis-à-vis* d'une autre Autorité compétente moyennant un préavis écrit adressé au Secrétariat de l'Organe de coordination. Cette dénonciation prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de douze mois à compter de la date du préavis. En cas de dénonciation, toutes les informations déjà reçues au titre du présent Accord restent confidentielles et soumises aux dispositions de la Convention.

SECTION 9

Secrétariat de l'Organe de coordination

Sauf disposition contraire contenue dans l'Accord, le Secrétariat de l'Organe de coordination informera l'ensemble des Autorités compétentes de toute notification qu'il reçoit au titre du présent Accord et donnera notification à tous les signataires de l'Accord de la signature de l'Accord par une nouvelle Autorité compétente.

Fait en français et en anglais, les deux textes faisant également foi.

Annexe à l'Accord – Questionnaire sur la confidentialité et la protection des données

1. Cadre juridique

Le cadre juridique doit garantir la confidentialité des renseignements fiscaux échangés et limiter leur utilisation. Les deux composantes fondamentales d'un tel cadre sont les dispositions de la convention, de l'accord d'échange de renseignements fiscaux ou de tout autre accord bilatéral relatif à l'échange de renseignements qui s'applique, ainsi que le droit interne de la juridiction.

1.1 Conventions fiscales, accords d'échange de renseignements fiscaux et autres accords d'échange	
Points à vérifier en priorité	<ul style="list-style-type: none"> Dispositions des conventions fiscales, des accords d'échange de renseignements fiscaux et des accords internationaux imposant la confidentialité des renseignements et limitant leur utilisation aux finalités prévues
Comment les dispositions relatives à l'échange de renseignements figurant dans vos conventions fiscales, accords d'échange de renseignements fiscaux ou autres accords d'échange garantissent-elles la confidentialité des renseignements communiqués à d'autres États contractants et reçus d'autres États en réponse à une demande de renseignements, et comment contrôlent-elles l'utilisation de ces renseignements ?	
1.2 Droit interne	
Points à vérifier en priorité	<ul style="list-style-type: none"> Le droit interne doit prévoir des mesures de sauvegarde pour les renseignements relatifs aux contribuables échangés en vertu d'une convention, d'un accord d'échange de renseignements fiscaux ou d'un autre accord international, traiter ces accords d'échange de renseignements comme ayant force obligatoire, restreindre l'accès aux données et sanctionner tout manquement aux règles
Comment la législation et la réglementation en vigueur dans votre pays protègent-elles les renseignements échangés à des fins fiscales en application d'une convention fiscale, d'un accord d'échange de renseignements fiscaux ou d'un autre instrument d'échange, et comment contrôlent-elles leur utilisation ? Par quelles mesures l'administration fiscale empêche-t-elle que des informations confidentielles soient utilisées à mauvais escient et interdit-elle le transfert par les autorités fiscales d'informations fiscales à des organismes gouvernementaux non fiscaux ?	

1.2. Gestion de la sécurité de l'information

Les systèmes de gestion de la sécurité de l'information utilisés par l'administration fiscale de chaque juridiction doivent observer des règles de protection des données confidentielles relatives aux contribuables. Par exemple, il doit exister un processus pour vérifier les antécédents des agents qui ont accès à l'information, des règles qui définissent qui peut accéder aux renseignements et des systèmes permettant de détecter et de suivre toute divulgation non autorisée. Les normes internationalement acceptées en matière de sécurité de l'information font l'objet de la suite ISO/IEC 27000. Comme on le verra plus en détail ci-dessous, une administration fiscale doit être en mesure de prouver qu'elle respecte les normes de la suite ISO/IEC 27000 ou qu'elle applique un cadre de sécurité de l'information équivalent, qui protège les renseignements sur les contribuables obtenus en vertu d'un accord d'échange.

2.1.1 Vérification des antécédents et contrats

Points à vérifier en priorité

- Vérifications des antécédents et enquêtes sur les agents et les sous-traitants
- Processus de recrutement et contrats d'engagement
- Points de contact responsables

Quelles procédures votre administration fiscale applique-t-elle pour vérifier les antécédents des agents et des sous-traitants qui ont accès aux données reçues au titre de l'échange de renseignements, qui les utilisent ou qui sont chargés de leur protection ? Ces procédures sont-elles librement accessibles ? Si oui, veuillez en indiquer les références. Si non, veuillez les décrire brièvement.

2.1.2 Formation et sensibilisation

Points à vérifier en priorité

- Formation initiale et action périodique de sensibilisation sur les attributions, les risques en matière de sécurité et la législation applicable

Quelle formation votre administration fiscale dispense-t-elle à ses agents et sous-traitants concernant les renseignements confidentiels, notamment en provenance de partenaires de l'échange de renseignements ? Existe-t-il une version publique des impératifs de formation ? Si oui, veuillez en indiquer la référence. Si non, veuillez expliquer brièvement en quoi consistent ces impératifs.

2.1.3 Règles en cas de départ	
Points à vérifier en priorité	<ul style="list-style-type: none"> Dispositions destinées à résilier les droits d'accès aux données confidentielles
<p>Quelles procédures votre administration fiscale applique-t-elle pour résilier le droit d'accès aux informations confidentielles de ses agents et consultants qui quittent l'administration ? Ces procédures sont-elles librement accessibles ? Si oui, veuillez en indiquer la référence. Si non, veuillez expliquer brièvement en quoi elles consistent.</p>	
2.2.1 Sécurité physique : accès aux locaux	
Points à vérifier en priorité	<ul style="list-style-type: none"> Mesures de sécurité limitant l'accès aux locaux : agents de sécurité, règles et procédures d'entrée
<p>Quelles sont les procédures appliquées par votre administration fiscale pour régir l'accès des agents, consultants et visiteurs aux locaux qui abritent des informations confidentielles, au format papier ou électronique ? Ces procédures sont-elles librement accessibles ? Si oui, veuillez indiquer la référence. Si non, veuillez expliquer brièvement en quoi elles consistent.</p>	
2.2.2 Sécurité physique : stockage physique des documents	
Points à vérifier en priorité	<ul style="list-style-type: none"> Stockage physique sécurisé des documents confidentiels : règles et procédures
<p>Quelles sont les procédures appliquées par votre administration fiscale pour recevoir, traiter, archiver, récupérer et détruire les exemplaires imprimés des données confidentielles reçues de contribuables ou de partenaires pour l'échange de renseignements ? Les agents doivent-ils suivre des procédures particulières avant de quitter leur poste de travail en fin de journée ? Ces procédures sont-elles librement accessibles ? Si oui, veuillez en indiquer la référence. Si non, veuillez expliquer brièvement en quoi elles consistent.</p> <p>Votre administration fiscale applique-t-elle une classification des données par niveau de confidentialité ? Si oui, veuillez décrire en quoi vos procédures de stockage des documents diffèrent selon les niveaux de confidentialité. Ces procédures sont-elles librement accessibles ? Si oui, veuillez en indiquer la référence. Si non, veuillez expliquer brièvement en quoi elles consistent.</p>	

2.3 Planification

Points à vérifier en priorité

- Documentation relative à la planification du développement, de l'actualisation et de la mise en œuvre des systèmes de sécurité de l'information

Quelles sont les procédures appliquées par votre administration fiscale pour créer, documenter, mettre à jour et déployer des règles de sécurité applicables aux systèmes utilisés pour recevoir, traiter, archiver et consulter des informations confidentielles ? Ces procédures sont-elles librement accessibles ? Si oui, veuillez en indiquer la référence. Si non, veuillez les décrire brièvement.

Quelles sont les procédures prévues par votre administration fiscale pour procéder aux mises à jour périodiques du plan de sécurité de l'information afin de suivre les évolutions de l'environnement informatique, et de quelle manière les problèmes et les risques sont-ils traités dans l'application des plans de sécurité informatique ? Ces procédures sont-elles librement accessibles ? Si oui, veuillez en indiquer la référence. Si non, veuillez expliquer brièvement en quoi elles consistent.

2.4 Gestion de la configuration

Points à vérifier en priorité

- Gestion de la configuration et des contrôles de sécurité

Quelles pratiques votre administration fiscale suit-elle pour réguler la configuration des systèmes et les mises à jour ? Ces informations sont-elles librement accessibles ? Si oui, veuillez en indiquer la référence. Si non, veuillez expliquer brièvement en quoi elles consistent.

2.5 Contrôle d'accès

Points à vérifier en priorité

- Règles et procédures en matière de contrôle d'accès : personnel autorisé et échanges internationaux de renseignements

Quelles sont les règles appliquées par votre administration fiscale pour limiter aux seuls utilisateurs autorisés l'accès au système et pour protéger les données transmises au cours de leur réception et de leur stockage ? Veuillez décrire la manière dont les règles d'autorisation d'accès et de transmission de données s'appliquent aux données reçues dans le cadre d'échanges de renseignements en application d'une convention, d'un accord d'échange de renseignements fiscaux ou d'un autre instrument d'échange. Ces règles sont-elles librement accessibles ? Si oui, veuillez en indiquer la référence. Si non, veuillez en donner une brève description.

2.6 Identification et authentification	
Points à vérifier en priorité	<ul style="list-style-type: none"> • Authentification des utilisateurs et des appareils qui demandent l'accès aux systèmes d'information
<p>Quelles sont les règles et procédures suivies par votre administration fiscale pour chaque système informatique connecté à des données confidentielles ? Ces règles et procédures sont-elles librement accessibles ? Si oui, veuillez en indiquer la référence. Si non, veuillez en donner une brève description.</p> <p>Quelles sont les règles et procédures régissant l'authentification des utilisateurs autorisés par l'administration fiscale sur les systèmes informatiques connectés à des données confidentielles ? Ces règles et procédures sont-elles librement accessibles ? Si oui, veuillez en indiquer la référence. Si non, veuillez en donner une brève description.</p>	
2.7 Audit et responsabilité	
Points à vérifier en priorité	<ul style="list-style-type: none"> • Traçabilité des actions électroniques au sein du système • Procédure d'audit des systèmes : suivi, analyse, investigation et signalement des utilisations illicites/non autorisées
<p>Quelles sont les règles et procédures appliquées par votre administration fiscale pour assurer que des audits soient effectués sur les systèmes et qu'ils permettent de détecter les accès non autorisés ? Ces règles et procédures sont-elles librement accessibles ? Si oui, veuillez en indiquer la référence. Si non, veuillez les décrire brièvement.</p>	
2.8 Maintenance	
Points à vérifier en priorité	<ul style="list-style-type: none"> • Maintenance périodique et en temps voulu des systèmes • Contrôles portant sur les outils, les procédures et les mécanismes de maintenance des systèmes et leur utilisation par le personnel
<p>Quelles sont les règles en vigueur dans votre administration fiscale en matière d'interventions ponctuelles de maintenance périodique ? Ces règles sont-elles librement accessibles ? Si oui, veuillez en indiquer la référence. Si non, veuillez en donner une brève description.</p> <p>Quelles sont les procédures régissant la résolution des défaillances du système découvertes par l'administration fiscale ? Ces procédures sont-elles librement accessibles ? Si oui, veuillez en indiquer la référence. Si non, veuillez en donner une brève description.</p>	
2.9 Protection du système et des communications	
Points à vérifier en priorité	<ul style="list-style-type: none"> • Procédures de surveillance, contrôle et protection des communications en direction et en provenance des systèmes informatiques
<p>Quelles sont les règles et procédures suivies par votre administration fiscale pour la transmission et la réception par voie électronique de données confidentielles ? Veuillez décrire les exigences de sécurité et de cryptage prévues par ces règles. Ces règles sont-elles librement accessibles ? Si oui, veuillez en indiquer la référence. Si non, veuillez les décrire brièvement.</p>	

2.10 Intégrité des systèmes et des informations

Points à vérifier en priorité	<ul style="list-style-type: none"> • Procédures visant à découvrir des points de défaillance du système informatique, les signaler et y remédier rapidement • Protection contre les logiciels malveillants et surveillance des alertes de sécurité du système
--------------------------------------	---

Quelles sont les procédures prévues par votre administration fiscale pour découvrir les points de défaillance, les signaler et y remédier rapidement ? Veuillez expliquer comment ces procédures protègent les systèmes contre les logiciels malveillants qui portent atteinte à l'intégrité des données. Ces procédures sont-elles librement accessibles ? Si oui, veuillez en indiquer la référence. Si non, veuillez en donner une brève description.

2.11 Évaluations de la sécurité

Points à vérifier en priorité	<ul style="list-style-type: none"> • Processus utilisés pour tester, valider et autoriser les contrôles de sécurité prévus afin de protéger les données, remédier aux défaillances et atténuer les failles de sécurité
--------------------------------------	---

Quelles sont les règles appliquées et régulièrement actualisées par votre administration fiscale pour l'examen des modalités de traitement, de validation et d'autorisation d'un plan de contrôle de la sécurité ? Ces règles sont-elles librement accessibles ? Si oui, veuillez en indiquer la référence. Si non, veuillez les décrire brièvement.

2.12 Planification d'urgence

Points à vérifier en priorité	<ul style="list-style-type: none"> • Plans d'urgence, interventions de sauvegarde et récupération des systèmes informatiques après des catastrophes
--------------------------------------	--

Quels sont les plans et procédures d'urgence établis par votre administration fiscale pour réduire l'impact d'une divulgation indue ou d'une perte irrécupérable de données ? Ces plans et procédures sont-ils librement accessibles ? Si oui, veuillez en indiquer la référence. Si non, veuillez les décrire brièvement.

2.13 Évaluation des risques

Points à vérifier en priorité	<ul style="list-style-type: none"> • Risque potentiel d'accès non autorisé aux renseignements relatifs aux contribuables • Risque et ampleur des préjudices causés par une utilisation ou une divulgation non autorisée des renseignements, ou par une panne des systèmes informatiques des services fiscaux • Procédures en vigueur pour actualiser les méthodes d'évaluation des risques
--------------------------------------	---

Votre administration fiscale procède-t-elle à des évaluations des risques visant à cerner ces risques et à mesurer l'impact potentiel d'un accès, d'une utilisation et d'une divulgation non autorisés d'informations, ou de la destruction des systèmes informatiques ? Quelles sont les procédures appliquées par votre administration fiscale pour actualiser les méthodes d'évaluation des risques ? Les méthodes et les règles d'évaluation des risques sont-elles librement accessibles ? Si oui, veuillez en indiquer la référence. Si non, veuillez les décrire brièvement.

2.14 Acquisition des systèmes et des services informatiques	
Points à vérifier en priorité	<ul style="list-style-type: none"> Méthodes et procédures pour s'assurer que les fournisseurs externes de systèmes et de services informatiques jouant un rôle dans le traitement, le stockage et la transmission de données confidentielles observent les règles appropriées de sécurité informatique
<p>Quelles sont les procédures appliquées par votre administration fiscale pour s'assurer que les fournisseurs externes observent les contrôles de sécurité adaptés, dans le respect des règles de sécurité informatique applicables aux informations confidentielles ? Ces procédures sont-elles librement accessibles ? Si oui, veuillez en indiquer la référence. Si non, veuillez en donner une brève description.</p>	
2.15 Protection des supports d'information	
Points à vérifier en priorité	<ul style="list-style-type: none"> Procédures visant à protéger les informations sur support papier ou numérique Mesures de sécurité visant à limiter l'accès aux supports d'information aux seuls utilisateurs autorisés Méthodes employées pour le nettoyage des supports informatiques avant leur réutilisation ou pour leur destruction avant élimination
<p>Quels sont les procédures appliquées par votre administration fiscale pour assurer le stockage et limiter l'accès aux informations confidentielles enregistrées sur support papier ou numérique dès leur réception, quelle que soit leur provenance ? Comment votre administration fiscale sécurise-t-elle la destruction de supports contenant des informations confidentielles avant élimination ? Ces procédures sont-elles librement accessibles ? Si oui, veuillez en indiquer la référence. Si non, veuillez les décrire brièvement.</p>	
2.16 Protection des données échangées en vertu d'une convention	
Points à vérifier en priorité	<ul style="list-style-type: none"> Procédures régissant la sauvegarde des fichiers échangés en application d'une convention et leur identification claire Méthodes de classification des fichiers échangés en application d'une convention
<p>Quelles sont les règles et procédures suivies par votre administration fiscale pour stocker les informations confidentielles et les identifier clairement comme des données provenant d'un échange de renseignements en application d'une convention fiscale une fois reçues d'Autorités compétentes étrangères ? Ces règles et procédures sont-elles librement accessibles ? Si oui, veuillez en indiquer la référence. Si non, veuillez les décrire brièvement</p>	
2.17 Règles de suppression des données	
Points à vérifier en priorité	<ul style="list-style-type: none"> Procédures d'élimination des fichiers au format papier ou électronique
<p>Quelles sont les procédures établies par votre administration fiscale pour l'élimination des renseignements confidentiels ? Ces procédures s'appliquent-elles aux renseignements issus d'échanges avec des Autorités compétentes étrangères ? Sont-elles librement accessibles ? Si oui, veuillez en indiquer la référence. Si non, veuillez les décrire brièvement.</p>	

3. Surveillance et sanction

Outre la protection de la confidentialité des informations échangées au titre d'une convention, les administrations fiscales doivent être en mesure de garantir que leur utilisation sera limitée aux finalités définies par l'accord applicable d'échange de renseignements. Aussi, le respect d'un cadre acceptable de sécurité de l'information ne suffit pas à protéger les données fiscales obtenues en vertu d'une convention. En outre, le droit national doit prévoir des pénalités ou des sanctions en cas de divulgation ou d'utilisation non autorisée de renseignements fiscaux. Pour que leur application soit effective, les lois en question doivent s'appuyer sur des ressources et des procédures administratives adéquates.

3.1 Pénalités et sanctions

Points à vérifier en priorité	<ul style="list-style-type: none"> • Pénalités infligées en cas de divulgation non autorisée • Pratiques visant à atténuer les risques
<p>Votre administration fiscale est-elle compétente pour imposer des pénalités en cas de divulgation non autorisée d'informations confidentielles ? Ces pénalités s'appliquent-elles en cas de divulgation non autorisée de renseignements confidentiels issus d'un échange avec une partie à une convention ou à un accord d'échange de renseignements fiscaux ? Le barème des pénalités est-il accessible à tous ? Si oui, veuillez en indiquer la référence. Si non, veuillez le décrire sommairement.</p>	
3.2.1 Répression des accès et divulgations non autorisés	
Points à vérifier en priorité	<ul style="list-style-type: none"> • Surveillance des atteintes à la confidentialité • Signalement des atteintes
<p>Quelles sont les procédures prévues par votre administration fiscale pour surveiller les atteintes à la confidentialité ? Quelles sont les règles et procédures appliquées par votre administration fiscale pour imposer aux agents et aux sous-traitants de signaler les atteintes effectives ou potentielles à la confidentialité ? Quels rapports votre administration fiscale dresse-t-elle en cas d'atteinte à la confidentialité ? Ces règles et procédures sont-elles librement accessibles ? Si oui, veuillez en indiquer la référence. Si non, veuillez les décrire brièvement.</p>	

3.2.2 Sanctions et cas préalables

Points à vérifier en priorité

- Cas répertoriés de divulgation non autorisée
- Adaptation des règles ou des procédures pour prévenir des atteintes ultérieures

Des cas de divulgation induite de renseignements confidentiels se sont-ils déjà produits dans votre juridiction ?

Est-il déjà arrivé que des informations confidentielles reçues par l'Autorité compétente d'un partenaire d'échange de renseignements soient divulguées de manière non conforme aux modalités de l'instrument régissant la communication des renseignements ?

L'administration fiscale ou l'Inspection générale publie-t-elle un rapport sur les atteintes survenues, les pénalités ou sanctions imposées et les changements apportés pour réduire le risque et prévenir de nouvelles atteintes à la confidentialité ? Si oui, veuillez en indiquer la référence. Si non, veuillez en donner une description sommaire.

Accord entre autorités compétentes relatif à l'échange des déclarations pays par pays sur la base d'une convention de double imposition

Considérant que le Gouvernement de la [Juridiction A] et le Gouvernement de la [Juridiction B] veulent accroître la transparence fiscale internationale et améliorer l'accès de leurs autorités fiscales respectives aux informations concernant la répartition mondiale des bénéfices, des impôts payés et certains indicateurs de localisation de l'activité économique entre juridictions fiscales dans lesquelles des Groupes d'entreprises multinationales exercent des activités, grâce à l'échange automatique de Déclarations pays par pays annuelles, dans le but de procéder à une évaluation générale des risques liés aux prix de transfert et d'autres risques d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices, y compris le cas échéant à des fins d'analyse économique et statistique ;

Considérant que les lois de leurs Juridictions respectives imposent ou doivent imposer à l'Entité déclarante d'un Groupe d'entreprises multinationales de déposer chaque année une Déclaration pays par pays ;

Considérant que la Déclaration pays par pays fait partie d'une structure à trois niveaux, avec le fichier principal mondial et le fichier local, qui ensemble représentent une approche normalisée de la documentation des prix de transfert et qui procureront aux administrations fiscales des informations fiables et pertinentes pour effectuer une analyse efficace et robuste des risques liés aux prix de transfert ;

Considérant que l'article [...] de la Convention fiscale conclue entre la [Juridiction A] et la [Juridiction B] (la « Convention ») autorise l'échange de renseignements à des fins fiscales, y compris sur une base automatique, et autorise les autorités compétentes de la [Juridiction A] et de la [Juridiction B] (les « Autorités compétentes ») à définir la portée et les modalités de ces échanges automatiques ;

Considérant que la [Juridiction A] et la [Juridiction B] [ont mis en place ou doivent avoir mis en place] lors du premier échange des Déclarations pays par pays (i) les protections adéquates pour faire en sorte que les renseignements reçus conformément à cet Accord restent confidentiels et soient utilisés uniquement dans le but de procéder à une évaluation générale des risques liés aux prix de transfert et d'autres risques d'érosion de la base

d'imposition et de transfert de bénéfices, y compris le cas échéant à des fins d'analyse économique et statistique, conformément à la section 5 du présent Accord, (ii) les infrastructures nécessaires à un échange efficace (y compris les processus garantissant un échange de renseignements en temps voulu, exact et confidentiel, des communications efficaces et fiables, et les moyens permettant de résoudre rapidement les questions et préoccupations relatives aux échanges ou aux demandes d'échanges et d'appliquer les dispositions de la section 4 du présent Accord) et (iii) la législation nécessaire pour exiger des Entités déclarantes qu'elles déposent la Déclaration pays par pays ;

Considérant que la [Juridiction A] et la [Juridiction B] s'efforceront de résoudre à l'amiable les cas de double imposition conformément à l'article [25] de la Convention et au paragraphe 1 de la section 6 du présent Accord ;

Considérant que les Autorités compétentes ont l'intention de conclure cet Accord relatif à l'échange automatique réciproque conformément à la Convention, sous réserve de la confidentialité et des garanties prévues par la Convention, y compris les dispositions qui limitent l'utilisation des renseignements échangés en vertu de cet Accord ;

Les Autorités compétentes sont convenues des dispositions suivantes :

SECTION 1

Définitions

1. Aux fins du présent Accord, les expressions et termes suivants ont le sens défini ci-après :

- a) Le terme « **Juridiction A** » désigne [...] ;
- b) Le terme « **Juridiction B** » désigne [...] ;
- c) L'expression « **Autorité compétente** » désigne dans le cas de la [Juridiction A], [...] et dans le cas de la [Juridiction B], [...] ;
- d) Le terme « **Groupe** » désigne un ensemble d'entreprises liées en vertu de la structure de propriété ou de contrôle, tenu à ce titre d'établir des États financiers consolidés conformes aux principes comptables applicables à des fins d'information financière, ou qui serait tenu de le faire si des participations dans l'une ou l'autre de ces entreprises étaient cotées en bourse ;
- e) L'expression « **Groupe d'entreprises multinationales** » désigne tout groupe qui (i) comprend deux entreprises ou plus, dont la résidence fiscale se trouve dans des juridictions différentes, ou qui comprend une entreprise établie dans une juridiction à des fins fiscales mais qui est soumise à l'impôt dans une autre juridiction au titre des activités exercées par le biais d'un établissement

stable, et (ii) qui n'est pas un Groupe d'entreprises multinationales exclu ;

- f) L'expression « **Groupe d'entreprises multinationales exclu** » désigne un Groupe qui n'est pas tenu de déposer une Déclaration pays par pays parce que son chiffre d'affaires annuel consolidé réalisé au cours de l'exercice fiscal qui précède immédiatement l'exercice fiscal déclarable, ainsi qu'il ressort de ses états financiers consolidés pour cet exercice fiscal antérieur, est inférieur au seuil défini par la législation interne de la Juridiction, conformément au Rapport de 2015 tel qu'il peut être amendé à la suite de sa révision prévue en 2020 ;
- g) L'expression « **Entité constitutive** » désigne (i) toute unité opérationnelle distincte d'un Groupe d'entreprises multinationales qui est intégrée dans les états financiers consolidés à des fins d'information financière, ou qui le serait si des participations dans cette unité opérationnelle d'un Groupe multinational étaient cotées en bourse ; (ii) toute unité opérationnelle qui est exclue des états financiers consolidés du Groupe d'entreprises multinationales uniquement pour des raisons de taille ou d'importance relative ; et (iii) tout établissement stable d'une unité opérationnelle distincte du Groupe d'entreprises multinationales appartenant aux catégories (i) ou (ii) ci-dessus sous réserve que l'unité opérationnelle établisse un état financier distinct pour cet établissement stable à des fins réglementaires, fiscales, d'information financière ou de gestion interne ;
- h) L'expression « **Entité déclarante** » désigne l'Entité constitutive qui, aux termes de la législation interne de sa juridiction de résidence fiscale, dépose la Déclaration pays par pays pour le compte du Groupe d'entreprises multinationales en vertu de sa capacité d'agir ainsi ;
- i) L'expression « **Déclaration pays par pays** » désigne la Déclaration pays par pays que l'Entité déclarante, selon les lois de sa juridiction de résidence fiscale, doit déposer chaque année, contenant les informations visées par ces lois, couvrant les postes et présentée selon le format décrits dans le Rapport de 2015, tel qu'il peut être amendé à la suite de sa révision prévue en 2020 ; et
- j) L'expression « **Rapport de 2015** » désigne le rapport final intitulé *Documentation des prix de transfert et déclarations pays par pays* établi au titre de l'action 13 du Plan d'action OCDE/G20 concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices.

2. S'agissant de l'application de cet Accord à un moment donné par une Autorité compétente d'une Juridiction, tout terme ou expression qui n'est pas défini dans le présent Accord aura, sauf si le contexte exige une interprétation différente ou si les Autorités compétentes s'entendent sur une signification commune (comme l'autorise le droit national), le sens que lui attribue à ce moment le droit de la Juridiction qui applique le présent Accord, toute définition figurant dans la législation fiscale applicable de cette Juridiction l'emportant sur une définition contenue dans une autre législation de la même Juridiction.

SECTION 2

Échange de renseignements concernant des Groupes d'entreprises multinationales

Conformément aux dispositions de l'article [...] de la Convention, chaque Autorité compétente échangera chaque année, de manière automatique, la Déclaration pays par pays reçue de chaque Entité déclarante qui est résidente de sa juridiction à des fins fiscales, avec l'autre Autorité compétente, dès lors que, sur la base des informations contenues dans la Déclaration pays par pays, une ou plusieurs Entités constitutives du Groupe d'entreprises multinationales de l'Entité déclarante sont résidentes à des fins fiscales de la Juridiction de l'autre Autorité compétente ou sont imposées au titre des activités menées par l'intermédiaire d'un établissement stable situé dans la Juridiction de l'autre Autorité compétente.

SECTION 3

Calendrier et modalités des échanges de renseignements

1. Aux fins de l'échange de renseignements prévu à la section 2, la devise dans laquelle sont exprimés les montants contenus dans la Déclaration pays par pays doit être précisée.

2. S'agissant de la section 2, une Déclaration pays par pays doit être échangée pour la première fois concernant les exercices fiscaux de Groupes d'entreprises multinationales qui débutent le [...] ou à une date ultérieure. L'échange doit intervenir le plus tôt possible, et au plus tard 18 mois après le dernier jour de l'exercice fiscal du Groupe d'entreprises multinationales qui fait l'objet de la Déclaration. Les Déclarations pays par pays établies pour des exercices fiscaux ultérieurs doivent être échangées le plus tôt possible, et au plus tard 15 mois après le dernier jour de l'exercice fiscal du Groupe d'entreprises multinationales qui en fait l'objet.

3. Les Autorités compétentes échangeront automatiquement les Déclarations pays par pays selon un schéma commun en langage XML.

4. Les Autorités compétentes œuvreront pour et s'accorderont sur une ou plusieurs méthodes de transmission électronique de données, y compris sur des normes de cryptage.

SECTION 4

Collaboration en matière d'application et de mise en œuvre de l'Accord

Une Autorité compétente informera l'autre Autorité compétente lorsqu'elle a des raisons de croire, s'agissant d'une Entité déclarante résidente à des fins fiscales dans la juridiction de l'autre Autorité compétente, qu'une erreur peut avoir eu pour conséquence la communication de renseignements erronés ou incomplets ou qu'une Entité déclarante ne respecte pas ses obligations de dépôt d'une Déclaration pays par pays. L'Autorité compétente ainsi notifiée appliquera toutes les dispositions appropriées de son droit interne pour corriger ces erreurs ou remédier aux manquements décrits dans la notification.

SECTION 5

Confidentialité, protection et usage approprié des données

1. Tous les renseignements échangés sont soumis aux obligations de confidentialité et autres protections prévues par la Convention, y compris aux dispositions qui limitent l'utilisation des renseignements échangés.
2. Outre les restrictions visées au paragraphe 1, l'utilisation des renseignements sera limitée aux seules fins autorisées dans ce paragraphe. En particulier, les renseignements figurant dans la Déclaration pays par pays seront utilisés pour procéder à une évaluation des risques particulièrement élevés liés aux prix de transfert et aux pratiques d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices et, le cas échéant, à des fins d'analyse économique et statistique. Les renseignements ne seront pas utilisés en tant que substitut à une analyse détaillée des prix de transfert réalisée pour chaque transaction et prix, fondée sur une analyse fonctionnelle et une analyse de comparabilité complètes. Il est entendu que les informations figurant dans la Déclaration pays par pays ne permettent pas en soi de déterminer de manière concluante si les prix de transfert sont corrects ou non et, par conséquent, elles ne doivent pas être utilisées pour fonder des ajustements de prix de transfert. Les ajustements inappropriés effectués par des administrations fiscales locales en violation de ce paragraphe seront abandonnés lors de procédures mises en œuvre par les autorités compétentes. Nonobstant ce qui précède, il n'y aucune restriction à l'utilisation des renseignements figurant dans la Déclaration pays par pays comme point de départ à un examen plus approfondi des prix de transfert établis par le Groupe d'entreprises multinationales ou d'autres questions fiscales lors d'un contrôle et, par conséquent, des ajustements

appropriés du bénéfice imposable d'une Entité constitutive peuvent être effectués.

3. Dans la mesure où la législation applicable l'autorise, chaque Autorité compétente notifiera immédiatement à l'autre Autorité compétente toute violation des règles définies aux paragraphes 1 et 2 de cette section, y compris les mesures éventuellement prises pour y remédier et toute sanction qui en résulte.

SECTION 6

Consultations

1. Dans les cas prévus par l'article [25] de la Convention, les Autorités compétentes doivent se consulter et s'efforcer de résoudre la situation par voie amiable.

2. En cas de difficulté dans l'application ou l'interprétation du présent Accord, une Autorité compétente peut solliciter des consultations avec l'autre Autorité compétente en vue d'élaborer des mesures appropriées pour garantir l'exécution du présent Accord. Une Autorité compétente doit, en particulier, consulter l'autre Autorité compétente avant de conclure à l'existence d'une défaillance systémique, de la part de cette dernière, concernant l'échange de Déclarations pays par pays.

SECTION 7

Modifications

Le présent Accord peut être modifié, par consensus, par accord écrit des Autorités compétentes. Sauf disposition contraire, une telle modification prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période d'un mois après la date de la dernière signature d'un tel accord écrit.

SECTION 8

Durée de l'Accord

1. Le présent Accord entrera en vigueur le [...] / [à la date de la dernière notification effectuée par chaque Autorité compétente indiquant que sa Juridiction a adopté la législation nécessaire pour imposer aux Entités déclarantes l'obligation de déposer une Déclaration pays par pays].

2. Une Autorité compétente peut suspendre temporairement l'échange de renseignements visé par le présent Accord moyennant préavis écrit adressé à l'autre Autorité compétente indiquant que cette dernière commet ou a commis un manquement grave au présent Accord. Avant de prendre cette décision, l'Autorité compétente mentionnée en premier doit consulter l'autre Autorité

compétente. Aux fins du présent paragraphe, l'expression « manquement grave » désigne le non-respect des paragraphes 1 et 2 de la section 5 et du paragraphe 1 de la section 6 du présent Accord, y compris des dispositions correspondantes de la Convention, ainsi que le fait pour l'Autorité compétente de ne pas communiquer des informations appropriées ou en temps voulu comme le prévoit le présent Accord. Cette suspension est à effet immédiat et se poursuivra jusqu'à ce que la deuxième Autorité compétente mentionnée établisse d'une façon satisfaisante pour les deux Autorités compétentes qu'il n'y a pas eu de manquement grave ou qu'elle a pris les mesures appropriées pour remédier au manquement grave.

3. Chacune des Autorités compétentes peut dénoncer le présent Accord moyennant un préavis écrit adressé à l'autre Autorité compétente. Cette dénonciation prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de douze mois à compter de la date du préavis. En cas de dénonciation, toutes les informations déjà reçues au titre du présent Accord restent confidentielles et soumises aux dispositions de la Convention.

Signé en double exemplaire à [...] le [...].

Autorité compétente de la
[Juridiction A]

Autorité compétente de la
[Juridiction B]

Accord entre autorités compétentes relatif à l'échange des déclarations pays par pays sur la base d'un accord d'échange de renseignements fiscaux

Considérant que le Gouvernement de la [Juridiction A] et le Gouvernement de la [Juridiction B] veulent accroître la transparence fiscale internationale et améliorer l'accès de leurs autorités fiscales respectives aux informations concernant la répartition mondiale des bénéfices, des impôts payés et certains indicateurs de localisation de l'activité économique entre juridictions fiscales dans lesquelles des Groupes d'entreprises multinationales exercent des activités, grâce à l'échange automatique de Déclarations pays par pays annuelles, dans le but de procéder à une évaluation générale des risques liés aux prix de transfert et d'autres risques d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices, y compris le cas échéant à des fins d'analyse économique et statistique ;

Considérant que les lois de leurs Juridictions respectives imposent ou doivent imposer à l'Entité déclarante d'un Groupe d'entreprises multinationales de déposer chaque année une Déclaration pays par pays ;

Considérant que la Déclaration pays par pays fait partie d'une structure à trois niveaux, avec le fichier principal mondial et le fichier local, qui ensemble représentent une approche normalisée de la documentation des prix de transfert et qui procureront aux administrations fiscales des informations fiables et pertinentes pour effectuer une analyse efficace et robuste des risques liés aux prix de transfert ;

Considérant que l'article [5A] de l'Accord d'échange de renseignements fiscaux conclu entre la [Juridiction A] et la [Juridiction B] (l'« AERF ») autorise l'échange de renseignements à des fins fiscales, y compris sur une base automatique, et autorise les autorités compétentes de la [Juridiction A] et de la [Juridiction B] (les « Autorités compétentes ») à définir la portée et les modalités de ces échanges automatiques ;

Considérant que la [Juridiction A] et la [Juridiction B] [ont mis en place ou doivent avoir mis en place] lors du premier échange des Déclarations pays par pays (i) les protections adéquates pour faire en sorte que les renseignements reçus conformément à cet Accord restent confidentiels et soient utilisés uniquement dans le but de procéder à une évaluation générale des risques liés aux prix de transfert et d'autres risques d'érosion de la base

d'imposition et de transfert de bénéfices, y compris le cas échéant à des fins d'analyse économique et statistique, conformément à la section 5 du présent Accord, (ii) les infrastructures nécessaires à un échange efficace (y compris les processus garantissant un échange de renseignements en temps voulu, exact et confidentiel, des communications efficaces et fiables, et les moyens permettant de résoudre rapidement les questions et préoccupations relatives aux échanges ou aux demandes d'échanges et d'appliquer les dispositions de la section 4 du présent Accord) et (iii) la législation nécessaire pour exiger des entreprises multinationales déclarantes qu'elles déposent la Déclaration pays par pays ;

Considérant que les Autorités compétentes ont l'intention de conclure cet Accord relatif à l'échange automatique réciproque conformément à l'AERF, sous réserve de la confidentialité et des autres garanties prévues par l'AERF, y compris les dispositions qui limitent l'utilisation des renseignements échangés en vertu de ce dernier ;

Les Autorités compétentes sont convenues des dispositions suivantes :

SECTION 1

Définitions

1. Aux fins du présent Accord, les expressions et termes suivants ont le sens défini ci-après :

- a) Le terme « **[Juridiction A]** » désigne [...] ;
- b) Le terme « **[Juridiction B]** » désigne [...] ;
- c) L'expression « **Autorité compétente** » désigne dans le cas de la [Juridiction A], [...] et dans le cas de la [Juridiction B], [...] ;
- d) Le terme « **Groupe** » désigne un ensemble d'entreprises liées en vertu de la structure de propriété ou de contrôle, tenu à ce titre d'établir des États financiers consolidés conformes aux principes comptables applicables à des fins d'information financière, ou qui serait tenu de le faire si des participations dans l'une ou l'autre de ces entreprises étaient cotées en bourse ;
- e) L'expression « **Groupe d'entreprises multinationales** » désigne tout groupe qui (i) comprend deux entreprises ou plus, dont la résidence fiscale se trouve dans des juridictions différentes, ou qui comprend une entreprise établie dans une juridiction à des fins fiscales mais qui est soumise à l'impôt dans une autre juridiction au titre des activités exercées par le biais d'un établissement stable, et (ii) qui n'est pas un Groupe d'entreprises multinationales exclu ;

- f) L'expression « **Groupe d'entreprises multinationales exclu** » désigne un Groupe qui n'est pas tenu de déposer une Déclaration pays par pays parce que son chiffre d'affaires annuel consolidé réalisé au cours de l'exercice fiscal qui précède immédiatement l'exercice fiscal déclarable, ainsi qu'il ressort de ses états financiers consolidés pour cet exercice fiscal antérieur, est inférieur au seuil défini par la législation interne de la Juridiction, conformément au Rapport de 2015 tel qu'il peut être amendé à la suite de sa révision prévue en 2020 ;
- g) L'expression « **Entité constitutive** » désigne (i) toute unité opérationnelle distincte d'un Groupe d'entreprises multinationales qui est intégrée dans les états financiers consolidés à des fins d'information financière, ou qui le serait si des participations dans cette unité opérationnelle d'un Groupe d'entreprises multinationales étaient cotées en bourse ; (ii) toute unité opérationnelle qui est exclue des états financiers consolidés du Groupe d'entreprises multinationales uniquement pour des raisons de taille ou d'importance relative ; et (iii) tout établissement stable d'une unité opérationnelle distincte du Groupe d'entreprises multinationales appartenant aux catégories (i) ou (ii) ci-dessus sous réserve que l'unité opérationnelle établisse un état financier distinct pour cet établissement stable à des fins réglementaires, fiscales, d'information financière ou de gestion interne ;
- h) L'expression « **Entité déclarante** » désigne l'Entité constitutive qui, aux termes de la législation interne de sa juridiction de résidence fiscale, dépose la Déclaration pays par pays pour le compte du Groupe d'entreprises multinationales en vertu de sa capacité d'agir ainsi ;
- i) L'expression « **Déclaration pays par pays** » désigne la Déclaration pays par pays que l'Entité déclarante, selon les lois de sa juridiction de résidence fiscale, doit déposer chaque année, contenant les informations visées par ces lois, couvrant les postes et présentée selon le format décrits dans le Rapport de 2015, tel qu'il peut être amendé à la suite de sa révision prévue en 2020 ; et
- j) L'expression « **Rapport de 2015** » le rapport final intitulé *Documentation des prix de transfert et déclarations pays par pays* établi au titre de l'action 13 du Plan d'action OCDE/G20 concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices.

2. S'agissant de l'application de cet Accord à un moment donné par une Autorité compétente d'une Juridiction, tout terme ou expression qui n'est pas

défini dans le présent Accord aura, sauf si le contexte exige une interprétation différente ou si les Autorités compétentes s'entendent sur une signification commune (comme l'autorise le droit national), le sens que lui attribue à ce moment le droit de la Juridiction qui applique le présent Accord, toute définition figurant dans la législation fiscale applicable de cette Juridiction l'emportant sur une définition contenue dans une autre législation de la même Juridiction.

SECTION 2

Échange de renseignements concernant des Groupes d'entreprises multinationales

Conformément aux dispositions de l'article [5A] de l'AERF, chaque Autorité compétente échangera chaque année, de manière automatique, la Déclaration pays par pays reçue de chaque Entité déclarante qui est résidente de sa Juridiction à des fins fiscales, avec l'autre Autorité compétente, dès lors que, sur la base des informations contenues dans la Déclaration pays par pays, une ou plusieurs Entités constitutives du Groupe d'entreprises multinationales de l'Entité déclarante sont résidentes à des fins fiscales de la Juridiction de l'autre Autorité compétente ou sont imposées au titre des activités menées par l'intermédiaire d'un établissement stable situé dans la Juridiction de l'autre Autorité compétente.

SECTION 3

Calendrier et modalités des échanges de renseignements

1. Aux fins de l'échange de renseignements prévu à la section 2, la devise dans laquelle sont exprimés les montants contenus dans la Déclaration pays par pays doit être précisée.
2. S'agissant de la section 2, une Déclaration pays par pays doit être échangée pour la première fois concernant les exercices fiscaux de Groupes d'entreprises multinationales qui débutent le [...] ou à une date ultérieure. L'échange doit intervenir le plus tôt possible, et au plus tard 18 mois après le dernier jour de l'exercice fiscal de l'Entité déclarante du Groupe d'entreprises multinationales qui fait l'objet de la Déclaration. Les Déclarations établies pour des exercices fiscaux ultérieurs doivent être échangées le plus tôt possible, et au plus tard 15 mois après le dernier jour de l'exercice fiscal du Groupe d'entreprises multinationales qui en fait l'objet.
3. Les Autorités compétentes échangeront automatiquement les Déclarations pays par pays selon un schéma commun en langage XML.

4. Les Autorités compétentes œuvreront pour et s'accorderont sur une ou plusieurs méthodes de transmission électronique de données, y compris sur des normes de cryptage.

SECTION 4

Collaboration en matière d'application et de mise en œuvre de l'Accord

Une Autorité compétente informera l'autre Autorité compétente lorsque la première Autorité compétente a des raisons de croire, s'agissant d'une Entité déclarante résidente à des fins fiscales dans la Juridiction de l'autre Autorité compétente, qu'une erreur peut avoir eu pour conséquence la communication de renseignements erronés ou incomplets ou qu'une Entité déclarante ne respecte pas ses obligations de dépôt d'une Déclaration pays par pays. L'Autorité compétente ainsi notifiée appliquera toutes les dispositions appropriées de son droit interne pour corriger ces erreurs ou remédier aux manquements décrits dans la notification.

SECTION 5

Confidentialité, protection et usage approprié des données

1. Tous les renseignements échangés sont soumis aux obligations de confidentialité et autres protections prévues par l'AERF, y compris aux dispositions qui limitent l'utilisation des renseignements échangés.
2. Outre les restrictions visées au paragraphe 1, l'utilisation des renseignements sera limitée aux seules fins autorisées dans ce paragraphe. En particulier, les renseignements figurant dans la Déclaration pays par pays seront utilisés pour procéder à une évaluation des risques particulièrement élevés liés aux prix de transfert et aux pratiques d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices et, le cas échéant, à des fins d'analyse économique et statistique. Les renseignements ne seront pas utilisés en tant que substitut à une analyse détaillée des prix de transfert réalisée pour chaque transaction et prix, fondée sur une analyse fonctionnelle et une analyse de comparabilité complètes. Il est entendu que les informations figurant dans la Déclaration pays par pays ne permettent pas en soi de déterminer de manière concluante si les prix de transfert sont corrects ou non et, par conséquent, elles ne doivent pas être utilisées pour fonder des ajustements de prix de transfert. Les ajustements inadéquats effectués par des administrations fiscales locales en violation de ce paragraphe seront abandonnés lors de procédures mises en œuvre par les autorités compétentes. Nonobstant ce qui précède, il n'y aucune restriction à l'utilisation des renseignements figurant dans la Déclaration pays par pays comme point de départ à un examen plus approfondi des prix de transfert établis par le Groupe d'entreprises multinationales ou d'autres questions

fiscales lors d'un contrôle et, par conséquent, des ajustements appropriés du bénéfice imposable d'une Entité constitutive peuvent être effectués.

3. Dans la mesure où la législation applicable l'autorise, chaque Autorité compétente notifiera immédiatement à l'autre Autorité compétente toute violation des règles définies aux paragraphes 1 et 2 de cette section, y compris les mesures éventuellement prises pour y remédier et toute sanction qui en résulte.

SECTION 6

Consultations

1. Si un ajustement du bénéfice imposable d'une Entité constitutive, effectué à la suite d'investigations supplémentaires basées sur les données figurant dans la Déclaration pays par pays, aboutit à des résultats économiques indésirables, y compris pour une unité opérationnelle spécifique, les deux Autorités compétentes doivent se consulter et dialoguer en vue de résoudre ce cas.

2. En cas de difficulté dans l'application ou l'interprétation du présent Accord, une Autorité compétente peut solliciter des consultations avec l'autre Autorité compétente en vue d'élaborer des mesures appropriées pour garantir l'exécution du présent Accord. Une Autorité compétente doit, en particulier, consulter l'autre Autorité compétente avant de conclure à l'existence d'une défaillance systémique, de la part de cette dernière, concernant l'échange de Déclarations pays par pays.

SECTION 7

Modifications

Le présent Accord peut être modifié, par consensus, par accord écrit des Autorités compétentes. Sauf disposition contraire, une telle modification prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période d'un mois après la date de la dernière signature d'un tel accord écrit.

SECTION 8

Durée de l'Accord

1. Le présent Accord entrera en vigueur le [...] / [à la date de la dernière notification effectuée par chaque Autorité compétente indiquant que sa Juridiction a adopté la législation nécessaire pour imposer aux Entités déclarantes l'obligation de déposer une Déclaration pays par pays].

2. Une Autorité compétente peut suspendre temporairement l'échange de renseignements visé par le présent Accord moyennant préavis écrit adressé à l'autre Autorité compétente indiquant que cette dernière commet ou a commis un manquement grave au présent Accord. Avant de prendre cette décision, l'Autorité compétente mentionnée en premier doit consulter l'autre Autorité compétente. Aux fins du présent paragraphe, l'expression « manquement grave » désigne le non-respect des paragraphes 1 et 2 de la section 5 et du paragraphe 1 de la section 6 du présent Accord, y compris des dispositions correspondantes de l'AERF, ainsi que le fait pour l'Autorité compétente de ne pas communiquer des informations appropriées ou en temps voulu comme le prévoit le présent Accord. Cette suspension est à effet immédiat et se poursuivra jusqu'à ce que la deuxième Autorité compétente mentionnée établisse d'une façon satisfaisante pour les deux Autorités compétentes qu'il n'y a pas eu de manquement grave ou qu'elle a pris les mesures appropriées pour remédier au manquement grave.

3. Chacune des Autorités compétentes peut dénoncer le présent Accord moyennant un préavis écrit adressé à l'autre Autorité compétente. Cette dénonciation prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de douze mois à compter de la date du préavis. En cas de dénonciation, toutes les informations déjà reçues au titre du présent Accord restent confidentielles et soumises aux dispositions de l'AERF.

Signé en double exemplaire à [...] le [...].

Autorité compétente de la
[Juridiction A]

Autorité compétente de la
[Juridiction B]

Annexe I au chapitre VI

Exemples illustrant les principes relatifs aux actifs incorporels

Exemple 1

1. Première est la société mère d'un groupe d'entreprises multinationales. La société S est une filiale détenue intégralement par Première et membre du groupe Première. Première finance et exerce des fonctions courantes de recherche-développement qui étayent ses activités industrielles et commerciales. Lorsque ses fonctions de recherche-développement débouchent sur des inventions brevetables, il est d'usage que le groupe Première attribue tous les droits sur ces inventions à la société S, afin de centraliser et de simplifier l'administration des brevets à l'échelle mondiale. Tous les brevets déposés sont détenus et maintenus en vigueur au nom de la société S.

2. La société S emploie trois juristes chargés de l'administration de ses brevets et n'a pas d'autres employés. La société S ne réalise ni ne contrôle aucune des activités de recherche-développement du groupe Première. La société S n'a aucun personnel technique de recherche-développement, et ne prend aucunement en charge les dépenses de recherche-développement du groupe Première. La direction de Première prend les décisions clés relatives à la défense des brevets, après avoir consulté les employés de la société S. C'est la direction de Première, et non les employés de la société S, qui contrôle toutes les décisions concernant la concession sous licence des brevets du groupe, que ce soit à des entreprises indépendantes ou associées.

3. Lors de chaque attribution de droits par Première à la société S, celle-ci effectue un paiement symbolique de 100 EUR à Première correspondant à l'attribution des droits sur une invention brevetable et, à titre de condition spécifique de cette attribution, accorde simultanément à Première une licence exclusive, sans redevance, d'exploitation du brevet considéré, assorti de droits illimités de concession de sous-licence, pour toute la durée de vie du brevet devant être enregistré. Les paiements symboliques effectués par

la société S au bénéfice de Première sont uniquement destinés à satisfaire des prescriptions techniques du droit des contrats liées aux attributions et, aux fins de cet exemple, il est supposé qu'ils ne correspondent pas à une rémunération de pleine concurrence des droits attribués sur des inventions brevetables. Première utilise ces inventions brevetées pour la fabrication et la vente de ses produits dans le monde entier et, de temps en temps, cède des droits sur ces brevets par le biais de sous-licences accordées à des tiers. La société S ne fait aucun usage commercial de ces brevets, et n'est pas en droit de le faire en vertu de l'accord de licence conclu avec Première.

4. Aux termes de cet accord, Première exerce toutes les fonctions liées à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation des actifs incorporels considérés, exception faite des services d'administration des brevets. Première fournit et utilise tous les actifs associés à la mise au point et à l'exploitation de ces actifs incorporels, et assume la totalité ou la quasi-totalité des risques associés à ces actifs incorporels. Première devrait donc avoir droit à l'essentiel des revenus tirés de l'exploitation des actifs incorporels considérés. Les administrations fiscales pourraient parvenir à une solution appropriée en termes de prix de transfert en identifiant la transaction réelle qui a lieu entre Première et la société S. Suivant les faits du cas d'espèce, il pourrait être établi que, considérées dans leur ensemble, l'attribution purement formelle des droits à la société S et la rétrocession simultanée de l'intégralité des droits exploitation à Première correspond en substance à un accord de services d'administration des brevets entre Première et la société S. Un prix de pleine concurrence serait établi pour ces services d'administration des brevets, et Première conserverait ou se verrait attribuer le solde des revenus tirés par le groupe d'entreprises multinationales de l'exploitation de ces brevets.

Exemple 2

5. Les faits relatifs à la mise au point et au contrôle des inventions brevetables considérées sont les mêmes que dans l'exemple 1. Néanmoins, au lieu de rétrocéder une licence exclusive d'utilisation perpétuelle de ses brevets à Première, la société S, agissant sous la direction et le contrôle de Première, accorde des licences d'exploitation de ses brevets à des entreprises associées et indépendantes dans le monde entier en contrepartie de redevances périodiques. Aux fins du présent exemple, il est supposé que les redevances payées à la société S par les entreprises associées sont toutes conformes au principe de pleine concurrence.

6. La société S est le propriétaire légal des brevets. Néanmoins, ses contributions à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation de ces brevets sont limitées aux activités de ses trois employés consistant à faire enregistrer et maintenir en vigueur les brevets. Les employés de la société S ne contrôlent pas les opérations de concession de licence

relatives aux brevets et ne participent pas non plus à ces transactions. Dans ces circonstances, la société S a uniquement droit à une rémunération des fonctions qu'elle exerce. Sur la base d'une analyse des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés respectivement par Première et la société S dans le cadre de la mise au point, de l'amélioration, de l'entretien, de la protection et de l'exploitation des actifs incorporels considérés, la part des revenus tirés par la société S de ses accords de licence qu'elle devrait être en droit de conserver ou de se voir attribuer *in fine* devrait se limiter à la rémunération de pleine concurrence de ses fonctions d'enregistrement des brevets.

7. Comme dans l'exemple 1, la véritable nature de l'accord en place est un contrat de services d'administration de brevets. Il est possible de garantir qu'un prix de transfert approprié soit appliqué en veillant à ce que le montant versé par la société S en contrepartie de l'attribution des droits sur les brevets corresponde effectivement aux fonctions exercées, aux actifs utilisés et aux risques assumés respectivement par Première et la société S. Suivant cette approche, la rémunération due à Première au titre des inventions brevetables est égale aux recettes de la cession des droits de licence de la société S, diminuées d'une rémunération appropriée des fonctions exercées par la société S.

Exemple 3

8. Les faits sont les mêmes que dans l'exemple 2. Néanmoins, après avoir concédé sous licence les brevets à des entreprises associées et indépendantes pendant quelques années, la société S, agissant là encore sous la direction et le contrôle de Première, vend ces brevets à une entreprise indépendante à un prix reflétant l'augmentation de la valeur des brevets au cours de la période durant laquelle la société S en était le propriétaire légal. Les fonctions exercées par la société S tout au long de la période pendant laquelle elle était le propriétaire légal des brevets se limitaient aux activités d'enregistrement de ces brevets décrites dans les exemples 1 et 2.

9. Dans ces circonstances, les revenus de la société S devraient être les mêmes que dans l'exemple 2. Elle doit être rémunérée pour les fonctions d'enregistrement qu'elle exerce, mais n'a droit par ailleurs à aucune part des revenus tirés de l'exploitation des actifs incorporels considérés, notamment des revenus provenant de la cession de ces actifs.

Exemple 4

10. Les faits relatifs à la mise au point des brevets sont les mêmes que ceux décrits dans l'exemple 3. Contrairement à l'exemple 1, la société S a en l'occurrence des employés qui peuvent prendre, et qui prennent toutes les décisions relatives à son portefeuille de brevets. Toutes les décisions

concernant le programme de concession de licences ont été prises par les employés de la société S, toutes les négociations avec les preneurs de licences ont été menées par les employés de la société S, et ceux-ci se sont assurés que les titulaires de licences indépendants respectaient les conditions desdites licences. Il faut supposer pour les besoins de cet exemple que le prix payé par la société S en échange des brevets était un prix de pleine concurrence qui reflète les évaluations respectives des parties du futur programme d'octroi de licences et les revenus anticipés pouvant être tirés de l'exploitation des brevets au moment de leur session à la société S. Pour les besoins de cet exemple, il est également supposé que l'approche des actifs incorporels difficiles à valoriser dans la section D.4 n'est pas applicable.

11. À la suite des attributions, la société S a concédé sous licence les brevets à des entreprises indépendantes pour quelques années. Par la suite, la valeur des brevets augmente sensiblement en raison de circonstances externes imprévues au moment de l'attribution des brevets à la société S. Celle-ci vend alors les brevets à un acquéreur avec lequel elle n'a aucun lien, à un prix supérieur à celui initialement payé par la société S à Première pour ces brevets. Les employés de la société S prennent toutes les décisions concernant la vente de ces brevets, négocient les conditions de la vente, et gèrent et contrôlent à tous égards la cession des brevets.

12. Dans ces circonstances, la société S est en droit de conserver les produits de la vente, y compris les montants attribuables à l'augmentation de la valeur des brevets résultant des circonstances externes imprévues.

Exemple 5

13. Les faits sont les mêmes que dans l'exemple 4, si ce n'est qu'au lieu d'augmenter, la valeur des brevets diminue pendant leur période de détention par la société S en raison de circonstances externes imprévues. Dans ces circonstances, la société S est en droit de conserver les produits de la vente, ce qui implique qu'elle subira la perte connexe.

Exemple 6

14. Au cours de l'année 1, un groupe d'entreprises multinationales composé de la société A (domiciliée dans le pays A) et de la société B (domiciliée dans le pays B) décide de mettre au point un actif incorporel, dont on escompte une rentabilité élevée sur la base des actifs incorporels dont dispose déjà la société B, de ses résultats et de l'expérience de son personnel de recherche-développement. La mise au point de cet actif incorporel devrait s'étaler sur une période de 5 ans, après laquelle son exploitation commerciale deviendra possible. Si la phase de mise au point est couronnée

de succès, cet actif incorporel devrait avoir de la valeur pendant une période totale d'exploitation de 10 ans. En vertu de l'accord de mise au point conclu entre la société A et la société B, cette dernière accomplira et contrôlera toutes les activités liées à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation de l'actif incorporel considéré. La société A, quant à elle, fournira la totalité des financements associés à la mise au point de cet actif incorporel (sachant que l'on table sur des coûts de mise au point de 100 millions USD par an pendant 5 ans), et deviendra le propriétaire légal de cet actif incorporel. Une fois mis au point, cet actif incorporel devrait déboucher sur des bénéfices de 550 millions USD par an (au cours des années 6 à 15). La société B concèdera sous licence l'actif incorporel de la société A et versera des paiements conditionnels à la société A pour le droit d'utiliser cet actif incorporel, fondés sur les revenus de preneurs de licences présentés comme comparables. Une fois effectués les paiements conditionnels prévus, il restera à la société B un revenu anticipé de 200 millions USD par an tiré de la vente des produits fondés sur cet actif incorporel.

15. Dans le cadre d'une analyse fonctionnelle de ces dispositions, l'administration fiscale du pays B évalue les fonctions exercées, les actifs utilisés et fournis ainsi que les risques assumés par la société A et la société B. Cette analyse, ayant permis de délimiter la transaction, conclut que bien que la société A soit le propriétaire légal de l'actif incorporel, sa contribution dans le cadre de ces dispositions se limite uniquement au financement de la mise au point d'un actif incorporel. L'analyse démontre que la société A assume contractuellement le risque financier, qu'elle en possède la capacité financière, et qu'elle contrôle ce risque conformément aux principes énoncés aux paragraphes 6.63 et 6.64. Compte tenu des contributions de la société A, ainsi que des solutions de remplacement réalistes dont disposent les sociétés A et B, il est établi que la rémunération escomptée de la société A devrait être un taux de rendement corrigé des risques appliqué à son engagement de financement. Supposons que celui-ci soit évalué à 110 millions USD par an (pour les années 6 à 15) ce qui correspondrait à 11 % de rendement corrigé des risques¹. Par conséquent, la société B aurait droit à la totalité des revenus anticipés restants une fois déduit le rendement anticipé de la société A, soit 440 millions USD par an (550 millions USD moins 110 millions USD), plutôt que 200 millions USD par an comme indiqué par le contribuable. (Sur la base de l'analyse fonctionnelle approfondie réalisée et de l'application de la

1. Aux fins de cet exemple, il n'est pas nécessaire de calculer ces résultats. Il est supposé dans le cadre de cet exemple qu'un « investissement » consistant à financer à hauteur de 100 millions USD par an pendant 5 ans un projet présentant un tel niveau de risque devrait déboucher, dans des conditions de pleine concurrence, sur des bénéfices anticipés de 110 millions USD par an pendant les 10 années suivantes. Cela correspond à 11 % de retour sur investissement.

méthode la plus appropriée, le contribuable a choisi de manière incorrecte la société B comme partie testée, au lieu de la société A).

Exemple 7

16. Primero est la société mère d'un groupe d'entreprises multinationales présent dans le secteur pharmaceutique et exerce des activités dans le pays M. Primero met au point des brevets et d'autres actifs incorporels liés au produit X et enregistre ces brevets dans des pays du monde entier.

17. Primero conserve la filiale qu'elle détient intégralement dans le pays N, la société S, pour distribuer le produit X dans toute l'Europe et au Moyen-Orient sur la base d'une prise en charge limitée des risques. L'accord de distribution prévoit que Primero, et non la société S, doit assumer le risque de rappel du produit et le risque découlant de la responsabilité du fait du produit, et que Primero aura droit à la totalité des bénéfices (ou pertes) résultant de la vente du produit X sur le territoire considéré après avoir versé à la société S la rémunération convenue pour ses fonctions de distribution. En vertu du contrat, la société S achète le produit X à Primero et le revend à des clients indépendants se trouvant dans divers pays situés dans la zone géographique où elle exerce ses activités. Dans l'exercice de ses fonctions de distribution, la société S se conforme à toutes les prescriptions réglementaires en vigueur.

18. Au cours des trois premières années d'activité, la société S tire de ses fonctions de distribution des revenus qui correspondent à la prise en charge limitée des risques qui les caractérisent et aux conditions du contrat de distribution. Ses revenus reflètent le fait que c'est Primero, et non la société S, qui est en droit de conserver les revenus tirés de l'exploitation des actifs incorporels liés au produit X. Après trois années d'activité, il devient manifeste que le produit X a de graves effets secondaires chez un pourcentage important des patients utilisant ce produit, et il devient nécessaire de rappeler ce produit et de le retirer du marché. Ce rappel représente un coût considérable pour la société S. Primero ne rembourse pas à la société S ces frais liés au rappel du produit, ni les coûts liés aux demandes d'indemnisation au titre de la responsabilité du fait du produit.

19. Dans ces circonstances, on observe une incohérence entre le droit prétendu de Primero aux revenus tirés de l'exploitation des actifs incorporels liés au produit X et le fait qu'elle n'assume pas les coûts associés aux risques étayant cette prétention. Un ajustement de prix de transfert serait justifié pour remédier à cette incohérence. Pour déterminer l'ajustement approprié à effectuer, il faudrait cerner la véritable transaction ayant eu lieu entre les parties considérées, en appliquant les dispositions de la section D.1 du chapitre I. Ce faisant, il conviendrait de prendre en compte les risques assumés par chacune des parties sur la base de leur comportement au cours de la

période couverte par l'accord, du contrôle exercé sur les risques par Primero et la société S, ainsi que des autres faits pertinents. S'il est établi que la véritable nature de la relation entre les parties correspond à un accord de distribution assorti d'une prise en charge limitée des risques, l'ajustement le plus approprié consisterait sans doute à réaffecter les frais liés au rappel du produit et à la responsabilité du fait du produit de la société S à Primero. Par contre, dans le cas peu probable qu'il soit établi, sur la base de tous les faits pertinents, que la véritable nature de la relation entre les parties correspond à une prise de contrôle sur le fait du produit et sur le risque de rappel par la société S, et si un prix de pleine concurrence peut être identifié sur la base de l'analyse de comparabilité, on pourrait réviser à la hausse la marge de distribution de la société S pour toutes les années considérées de manière à prendre en compte la véritable répartition des risques entre les parties.

Exemple 8

20. Primair, entreprise résidente du pays X, fabrique des montres qui sont commercialisées dans de nombreux pays du monde sous le nom commercial et la marque de fabrique R. Primair est le titulaire du nom commercial et de la marque de fabrique R. Le nom R est très connu dans les pays où ces montres sont vendues, et a acquis une valeur économique considérable sur ces marchés grâce aux efforts déployés par Primair. Les montres R n'ont jamais été commercialisées dans le pays Y, cependant, et le nom R n'est pas connu sur le marché du pays Y.

21. L'année 1, Primair décide d'entrer sur le marché du pays Y et constitue en société une filiale qu'elle détient intégralement dans le pays Y, la société S, afin qu'elle y soit son distributeur. Parallèlement, Primair conclut avec la société S un accord à long terme de commercialisation et de distribution ne donnant pas lieu au paiement de redevances. En vertu de cet accord, la société S se voit accorder le droit exclusif de commercialiser et distribuer les montres portant la marque de fabrique R et utilisant le nom commercial R dans le pays Y pour une période de cinq ans, avec une option pour cinq années supplémentaires. La société S n'obtient de Primair aucun autre droit relatif au nom commercial et à la marque de fabrique R, et il lui est notamment interdit de réexporter les montres portant le nom commercial et la marque de fabrique R. L'activité de la société S consiste exclusivement à commercialiser et distribuer des montres portant le nom commercial et la marque de fabrique R. Il est supposé que les montres R ne font pas partie d'un portefeuille de produits distribués par la société S dans le pays Y. La société S ne procède à aucune opération de transformation, dans la mesure où elle importe dans le pays Y des montres sous emballage et prêtes à être vendues au consommateur final.

22. En vertu du contrat conclu entre Primair et la Société S, celle-ci achète les montres à Primair dans la monnaie du pays Y, devient propriétaire des montres de marque et exerce les fonctions de distribution dans le pays Y, prend en charge les coûts de possession (tels que le financement du stockage et des créances), et assume les risques correspondants (comme les risques de stock, de crédit et de financement). En vertu du contrat conclu entre Primair et la société S, celle-ci est tenue de jouer le rôle d'agent de commercialisation pour contribuer au développement du marché pour les montres R dans le pays Y. La société S consulte Primair pour l'élaboration de la stratégie de commercialisation des montres R dans le pays Y. Primair définit le plan de commercialisation global en se fondant dans une large mesure sur l'expérience qu'elle a acquise dans d'autres pays, elle établit et approuve les budgets de commercialisation, et elle prend les décisions finales en matière de supports publicitaires, de positionnement de produit et de messages publicitaires clés. La société S est consultée sur les questions de publicité liées au marché local, contribue à l'exécution de la stratégie de commercialisation sous la direction de Primair, et fournit des évaluations de l'efficacité de divers éléments de cette stratégie de commercialisation. À titre de rémunération de ces activités d'aide à la commercialisation, la société S reçoit de Primair une commission fondée sur le niveau des dépenses de commercialisation qu'elle prend en charge et incluant un élément de bénéfice approprié.

23. Supposons aux fins de cet exemple que, sur la base d'une analyse de comparabilité approfondie, incluant une analyse fonctionnelle détaillée, il soit possible de conclure que le prix payé par la société S à Primair pour les montres R doit être analysé séparément de la rémunération reçue par la société S au titre des activités de commercialisation qu'elle réalise au nom de Primair. Supposons par ailleurs que sur la base des transactions comparables identifiées, il soit établi que le prix payé pour les montres est conforme au principe de pleine concurrence, et que ce prix permet à la société S d'obtenir grâce à la vente des montres une rémunération de pleine concurrence au titre des fonctions de distribution qu'elle exerce, des actifs qu'elle utilise et des risques qu'elle assume.

24. Au cours des années 1 à 3, la société S lance une stratégie qui est conforme à son accord avec Primair selon lequel elle doit développer le marché pour les montres R dans le pays Y. Ce faisant, la société S doit engager des dépenses de commercialisation. Conformément au contrat, Primair rembourse à la société S ces dépenses de commercialisation, augmentées d'une marge. À la fin de l'année 2, le nom commercial et la marque de fabrique R sont devenus bien établis dans le pays Y. Il est établi que la rémunération obtenue par la société S au titre des activités de commercialisation réalisées au nom de Primair est conforme au principe de pleine concurrence, sur la base d'une comparaison avec celle versée à des agents publicitaires et de commercialisation identifiés et jugés comparables dans le cadre de l'analyse de comparabilité effectuée.

25. Dans ces circonstances, Primair est en droit de conserver, le cas échéant, les revenus tirés de l'exploitation du nom commercial et de la marque de fabrique R sur le marché du pays Y, diminués de la rémunération de pleine concurrence devant être versée à la société S pour ses fonctions, et aucun ajustement de prix de transfert ne s'impose compte tenu des circonstances.

Exemple 9

26. Aux fins de cet exemple, les faits sont identiques à ceux décrits dans l'exemple 8, hormis pour ce qui suit :

- En vertu du contrat conclu entre Primair et la société S, cette dernière est tenue d'élaborer et de mettre en œuvre un plan de commercialisation dans le pays S sans que Primair ne contrôle en détail les éléments particuliers de ce plan. La société S supporte les coûts des activités de commercialisation et assume certains des risques qui en découlent. Le contrat conclu entre Primair et la société S ne précise pas le montant des dépenses que la société S doit consacrer aux activités de commercialisation, mais prévoit seulement que la société S est liée par une obligation de moyens concernant la commercialisation des montres. Primair ne verse à la société S aucun remboursement au titre des dépenses engagées par cette dernière, ni de rémunération directe ou indirecte, et la rémunération de la société S est uniquement tirée des ventes de montres R auprès de clients tiers sur le marché du pays Y. Une analyse fonctionnelle approfondie révèle que Primair exerce sur les activités de commercialisation de la société S un contrôle moins poussé que dans l'exemple 8 et que les éléments budgétaires et les actions détaillées du plan de commercialisation ne sont pas soumis à l'examen et à la validation de Primair. Par comparaison avec l'exemple 8, la société S assume cette fois des risques différents et ses modalités de rémunération sont différentes. Les dispositions contractuelles liant Primair et la société S diffèrent également et la société S assume dans l'exemple 9 des risques plus importants que dans l'exemple 8. La société S ne reçoit au titre de ses dépenses de commercialisation ni remboursement direct, ni commission versée séparément. L'unique transaction contrôlée entre Primair et la société S dans l'exemple 9 est le transfert des montres de marque. En conséquence, les activités de commercialisation de la société S sont uniquement rémunérées au travers de la vente de montres R auprès de clients tiers.
- Comme conséquence de ces différences, les montres sont vendues par Primair à la société S dans l'exemple 9 à un prix inférieur à celui pratiqué dans l'exemple 8. Du fait des différences observées lors de l'analyse fonctionnelle, par rapport à l'exemple 8, d'autres critères

sont cette fois utilisés pour identifier des transactions comparables et pour réaliser des ajustements de comparabilité. Par comparaison avec l'exemple 8, la société S affiche un bénéfice total prévisionnel plus important dans l'exemple 9, où elle assume plus de risques et exerce des fonctions plus étendues.

27. Supposons qu'au cours des années 1 à 3, la société S applique une stratégie conforme à son accord avec Primair et, à ce titre, mène à bien des fonctions de commercialisation et engage les dépenses correspondantes. La société S présente alors des dépenses opérationnelles élevées et des marges réduites durant les années 1 à 3. À la fin de l'année 2, grâce aux efforts de la société S, la marque de fabrique et le nom commercial R sont bien établis dans le pays Y. Lorsque la société qui assure la commercialisation/distribution supporte effectivement les coûts et les risques associés à ses activités de commercialisation, la question de la répartition des bénéfices potentiels générés par ces activités est soulevée. Supposons que l'administration fiscale du pays Y ait conclu, sur le fondement de l'examen de distributeurs comparables, que, si elle avait été une entreprise indépendante de Primair, la société S aurait probablement exercé les mêmes fonctions de commercialisation et engagé le même montant de dépenses en la matière.

28. Étant donné que la société S exerce les fonctions relatives à la commercialisation et supporte les coûts et risques correspondants en vertu d'un accord de long terme qui lui confère des droits exclusifs de distribution pour les montres R, la société S est susceptible d'enregistrer un bénéfice (ou une perte) découlant de ses activités de commercialisation et de distribution. Aux fins de cet exemple et après examen de données comparables jugées raisonnablement fiables, il est supposé que les bénéfices obtenus par la société S sont similaires à ceux qu'obtiennent des sociétés de commercialisation ou de distribution indépendantes qui supportent des risques et des coûts comparables durant les premières années de contrats de long terme comparables en matière de commercialisation et de distribution portant sur des produits également inconnus sur le marché.

29. Compte tenu des hypothèses qui précèdent, les revenus de la société S dans des conditions de pleine concurrence et les activités de commercialisation qu'elle conduit ainsi que les dépenses correspondantes ne diffèrent pas sensiblement des revenus, activités et dépenses propres à des sociétés de commercialisation ou de distribution indépendantes lors de transactions comparables sur le marché libre. Les informations relatives à des accords comparables entre parties indépendantes fournissent le meilleur indicateur du revenu de pleine concurrence obtenu par la société S pour évaluer la contribution à la valeur des actifs incorporels découlant des fonctions exercées et des risques et coûts assumés. Ce revenu correspond donc à la rémunération de pleine concurrence pour la société S au titre de ses contributions et mesure précisément la part revenant à la société S sur les revenus tirés de l'exploitation

de la marque de fabrique et du nom commercial dans le pays Y. Il n'est pas nécessaire de verser à la société S, séparément ou en supplément, une quelconque autre rémunération.

Exemple 10

30. Aux fins de cet exemple, les faits sont identiques à ceux décrits dans l'exemple 9, si ce n'est que la société S mène cette fois des activités de développement commercial plus importantes.

31. Lorsque la société qui assure la commercialisation/distribution supporte effectivement les coûts et assume les risques associés à ses activités de commercialisation, la question de la répartition des bénéfices potentiels générés par ces activités est soulevée. Une analyse fonctionnelle approfondie permet d'identifier plusieurs entreprises indépendantes qui exercent des fonctions de commercialisation et de distribution similaires en vertu de contrats de long terme comparables en matière de commercialisation et de distribution. Il est néanmoins supposé que les dépenses de commercialisation supportées par la société S au cours des années 1 à 5 excèdent largement celles engagées par les sociétés de commercialisation et de distribution indépendantes identifiées. Supposons en outre que la société S supporte ces dépenses élevées parce qu'elle exerce des fonctions supplémentaires ou plus intensives que celles des comparables potentiels et que Primair et la société S escomptent que ces fonctions supplémentaires génèrent des marges ou un chiffre d'affaires plus élevés. Au vu des activités de développement commercial qu'elle a menées, il apparaît clairement que la société S a apporté une contribution fonctionnelle plus importante au développement du marché et des actifs incorporels liés à la commercialisation, et qu'elle a assumé des risques et des coûts bien plus importants (en particulier par comparaison avec l'exemple 9) que les entreprises indépendantes potentiellement comparables qui ont été identifiées. Par ailleurs, des éléments conduisent à estimer que les bénéfices obtenus par la société S sont sensiblement plus faibles que les marges bénéficiaires engrangées par les sociétés de commercialisation et de distribution indépendantes potentiellement comparables lors des années correspondantes de contrats de long terme similaires en matière de commercialisation et de distribution.

32. Comme dans l'exemple 9, la société S assume les coûts de ses activités de commercialisation, et les risques correspondants, en vertu d'un contrat de long terme qui lui confère des droits exclusifs de commercialisation et de distribution des montres R et est susceptible d'enregistrer un bénéfice (ou une perte) découlant de ses activités de commercialisation et de distribution. Cependant, dans ce cas, la société S a exercé des fonctions de commercialisation et supporté des dépenses allant au-delà des fonctions exercées et des dépenses supportées pour leur propre compte par des entreprises indépendantes disposant de droits similaires lors de transactions

potentiellement comparables, ce qui explique que les marges bénéficiaires de la société S soient sensiblement inférieures à celles obtenues par ces entreprises indépendantes.

33. En l'espèce, il est évident que la société S, qui a exercé des fonctions de commercialisation et supporté des dépenses allant clairement au-delà des fonctions exercées et des dépenses supportées par des sociétés de commercialisation et de distribution indépendantes lors de transactions comparables, n'a pas reçu la rémunération appropriée au travers des marges générées par la revente des montres R. Dans ces circonstances, il serait opportun que l'administration fiscale du pays Y propose un ajustement des prix de transfert visant à faire en sorte que la rémunération de la société S au titre des fonctions de commercialisation exercées (compte tenu des risques assumés et des dépenses supportées) soit conforme à ce que des entreprises indépendantes auraient obtenu lors de transactions comparables. Selon les faits et circonstances établis à l'issue d'une analyse de comparabilité détaillée, plusieurs approches sont envisageables pour réaliser un tel ajustement :

- baisser le prix auquel la société S achète les montres R auprès de Primair. Un tel ajustement pourrait être pratiqué en appliquant la méthode du prix de revente ou la méthode transactionnelle de la marge nette à partir des données disponibles concernant les bénéfices réalisés par des entreprises de commercialisation et de distribution comparables qui supportent des dépenses de commercialisation et de distribution comparables, si de telles entités comparables peuvent être identifiées,
- appliquer la méthode du partage des bénéfices résiduels comme approche alternative pour répartir les bénéfices à considérer tirés des ventes de montres R dans le pays Y en octroyant d'abord à la société S et à Primair un revenu de base au titre des fonctions exercées, puis en allouant le bénéfice résiduel selon les contributions respectives de la société S et de Primair à la génération des revenus et à la valeur de la marque de fabrique et du nom commercial R,
- verser directement à la société S une rémunération au titre des dépenses de commercialisation qu'elle a supportées au-delà du niveau de dépenses engagées par des entreprises indépendantes comparables, en incluant un élément de bénéfice approprié au titre des fonctions exercées et des risques assumés ayant conduit à supporter ces dépenses.

34. Dans cet exemple, l'ajustement proposé est justifié par le fait que la société S a exercé des fonctions, assumé des risques et supporté des coûts qui ont contribué au développement des actifs incorporels, en contrepartie de quoi elle n'a pas reçu de rémunération appropriée en vertu de l'accord conclu avec Primair. Si l'accord passé entre Primair et la société S avait prévu que cette dernière pourrait percevoir, pendant la durée restante de l'accord,

une rémunération conforme au principe de pleine concurrence au titre des investissements supplémentaires réalisés, une conclusion différente pourrait être justifiée.

Exemple 11

35. Aux fins de cet exemple, les faits sont identiques à ceux décrits dans l'exemple 9, si ce n'est que la société S conclut cette fois un contrat de trois ans relatif à la commercialisation et à la distribution des montres R dans le pays Y, non renouvelable mais ne donnant pas lieu au paiement de redevances. À l'issue de la période de trois ans, la société S ne conclut pas de nouvel accord avec Primair.

36. Supposons qu'il soit démontré que des entreprises indépendantes concluent des contrats de distribution de court terme qui supposent des dépenses de commercialisation et de distribution uniquement si elles ont la perspective de recevoir une rémunération établie en fonction des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés pendant la durée d'effet du contrat. L'observation d'entreprises indépendantes comparables montre qu'elles ne réalisent pas de gros investissements pour mettre en place des infrastructures de commercialisation et de distribution lorsqu'elles concluent seulement un contrat de court terme en matière de commercialisation et de distribution, qui présente par essence un risque de non-renouvellement sans rémunération. Le contrat de commercialisation et de distribution étant potentiellement un accord à court terme, il existe un risque que la société S ne soit pas en mesure de retirer de bénéfices au titre des dépenses de commercialisation et de distribution qu'elle a engagées à ses propres risques. Pour ces mêmes raisons, le bénéfice des efforts réalisés par la société S pourrait bien être récolté par Primair dans le futur.

37. Les risques assumés par la société S sont cette fois significativement plus élevés que dans l'exemple 9 et la société S n'a pas reçu de rémunération conforme au principe de pleine concurrence au titre de ces risques supplémentaires. Dans le cas présent, la société S a conduit des activités de développement commercial et supporté des dépenses de commercialisation allant au-delà des fonctions exercées et des dépenses supportées pour leur compte par des entreprises indépendantes comparables disposant de droits similaires, ce qui explique que les marges bénéficiaires de la société S soient nettement inférieures à celles obtenues par des entreprises comparables. Le contrat étant un accord à court terme, il ne serait pas raisonnable d'escompter que la société S puisse percevoir des bénéfices appropriés en vertu du contrat à durée limitée conclu avec Primair. Dans ces circonstances, la société S devrait recevoir une rémunération au titre de la contribution qu'elle apporte, à ses propres risques, à la valeur de la marque de fabrique et du nom commercial R pendant la durée du contrat conclu avec Primair.

38. Cette rémunération pourrait être versée directement par Primair à la société S à hauteur de la valeur prévisionnelle générée grâce aux activités de développement commercial de la société S et aux dépenses de commercialisation correspondantes. Selon une autre approche, l'ajustement pourrait prendre la forme d'une réduction du prix payé par la société S à Primair pour acheter les montres pendant les années 1 à 3.

Exemple 12

39. Aux fins de cet exemple, les faits sont identiques à ceux décrits dans l'exemple 9, avec les circonstances supplémentaires suivantes :

- à la fin de l'année 3, la marque R est établie avec succès sur le marché du pays Y et Primair et la société S renégocient leur accord précédent et concluent un nouveau contrat de licence sur le long terme. Le nouveau contrat prend effet au début de l'année 4 pour une durée de cinq ans et offre à la société S une option pour cinq années supplémentaires. En vertu de ce contrat, la société S s'engage à verser à Primair une redevance calculée en fonction des ventes brutes de montres portant la marque de fabrique R. Toutes les autres dispositions du nouveau contrat sont identiques à celles de l'accord précédent. Le prix payé par la société S pour l'achat des montres R n'est pas révisé du fait de l'introduction de la redevance.
- au cours des années 4 et 5, les ventes de montres R par la société S sont conformes aux prévisions. Cependant, l'introduction de la redevance au début de l'année 4 se traduit par une baisse significative des marges bénéficiaires de la société S.

40. Supposons qu'il n'existe aucune donnée établissant que des sociétés de commercialisation et de distribution indépendantes de produits de marques similaires ont conclu des accords comparables prévoyant le paiement de redevances. Les activités de commercialisation de la société S et les dépenses correspondantes correspondent, à partir de l'année 4 et par la suite, aux activités et aux dépenses d'entreprises indépendantes.

41. Dans le cadre d'une analyse de prix de transfert, on n'attendrait généralement pas d'une entité de commercialisation et de distribution qu'elle verse une redevance lors de transactions de pleine concurrence alors qu'elle n'obtient aucun droit aux fins de la fixation de prix de transfert sur les marques de fabrique et autres actifs incorporels similaires hormis un droit d'utiliser ces actifs incorporels pour distribuer un produit de marque fourni par l'entité qui perçoit les revenus générés par l'exploitation de ces actifs incorporels. En outre, du fait du paiement de la redevance, les marges bénéficiaires de la société S sont inférieures à celles obtenues par des

entreprises indépendantes, comparables en termes de fonctions exercées, d'actifs utilisés et de risques assumés, au cours de périodes équivalentes de contrats de long terme similaires en matière de commercialisation et de distribution. Les circonstances du cas d'espèce justifieraient donc l'application d'un ajustement de prix de transfert qui interdise le paiement des redevances.

Exemple 13

42. Aux fins de cet exemple, les faits sont identiques à ceux décrits dans l'exemple 10, avec les circonstances supplémentaires suivantes :

- à la fin de l'année 3, Primair cesse de fabriquer des montres et sous-traite leur production auprès d'un tiers. Dès lors, la société S importera des montres sans marque auprès du fabricant et réalisera des opérations de transformation consistant à appliquer le nom et le logo R et à conditionner les montres avant leur vente au client final. Les montres seront ensuite distribuées et vendues comme décrit dans l'exemple 10,
- En conséquence, au début de l'année 4, Primair et la société S renégocient leur accord précédent et concluent un nouveau contrat de licence à long terme. Ce nouveau contrat prend effet au début de l'année 4 pour une durée de cinq ans, et offre à la société S une option pour cinq années supplémentaires,
- En vertu du nouveau contrat, la société S reçoit un droit exclusif, sur le territoire du pays Y, de réaliser les opérations de transformation, de commercialiser et de distribuer les montres R en contrepartie du versement à Primair d'une redevance calculée en fonction des ventes brutes de montres. La société S ne reçoit de Primair aucune rémunération au titre de la renégociation de l'accord initial de commercialisation et de distribution. Aux fins de cet exemple, il est supposé que le prix acquitté par la société S lorsqu'elle achète les montres à compter du début de l'année 4 est un prix de pleine concurrence et que ce prix n'inclut aucune rémunération au titre du nom commercial R.

43. Dans le cadre d'un contrôle fiscal conduit par l'administration fiscale du pays Y au cours de l'année 6, il apparaît, à l'issue d'une analyse fonctionnelle appropriée, que les dépenses de commercialisation supportées par la société S durant les années 1 à 3 sont largement supérieures à celles supportées par des sociétés de commercialisation et de distribution indépendantes ayant conclu des contrats à long terme similaires en matière de commercialisation et de distribution. Il est également établi que la société S a mené des activités de commercialisation plus importantes et plus intensives que celles de sociétés de commercialisation et de distribution

indépendantes, et que ce surplus relatif d'activité a porté ses fruits et a permis d'accroître les ventes et/ou d'augmenter les marges bénéficiaires globales perçues par le groupe Primair au titre des ventes dans le pays Y. Compte tenu de la portée des activités de commercialisation de la société S et de son contrôle stratégique sur ces activités, l'analyse de comparabilité, notamment fonctionnelle, conclut clairement que la société S a supporté des coûts et des risques significativement plus élevés que ceux supportés par des entreprises indépendantes. Il est de plus établi que les marges bénéficiaires individuelles de la société S sont largement inférieures à celles obtenues par des entreprises indépendantes comparables au cours de périodes équivalentes de contrats de long terme similaires en matière de commercialisation et de distribution.

44. Le contrôle conduit dans le pays Y établit également qu'au cours des années 4 et 5, la société S supporte les dépenses de commercialisation et les risques correspondants en vertu du nouveau contrat de licence à long terme conclu avec Primair, et que, du fait de cette durée sur le long terme, la société S est susceptible d'enregistrer un bénéfice (ou une perte) découlant de ses activités. Cependant, la société S a conduit des activités de développement commercial et supporté des dépenses de commercialisation allant bien au-delà des activités exercées et des dépenses supportées pour leur compte par des entreprises indépendantes comparables ayant conclu des contrats de licence à long terme similaires, ce qui explique que les marges bénéficiaires prévisionnelles de la société S soient significativement inférieures à celles d'entreprises comparables.

45. Dans ces circonstances, la société S devrait recevoir une rémunération sous la forme d'un revenu supplémentaire au titre des fonctions de développement commercial exercées, des actifs utilisés et des risques assumés. Pour les années 1 à 3, l'ajustement nécessaire pourrait s'appuyer sur l'approche décrite à l'exemple 10. Pour les années 4 à 5, l'ajustement pourrait suivre une approche similaire, mais en réduisant les paiements de redevances que la société S verse à Primair plutôt que de baisser le prix d'achat des montres. Selon les faits et circonstances du cas d'espèce, il conviendrait également d'analyser l'opportunité de verser une rémunération à la société S au titre de la renégociation de l'accord à la fin de l'année 3, conformément aux recommandations énoncées dans la partie II du chapitre IX.

Exemple 14

46. Shuyona, société-mère d'un groupe d'entreprises multinationales, est constituée dans le pays X où elle exerce ses activités. Le groupe Shuyona assure la fabrication et la vente de biens de consommation. Afin de préserver et, si possible, d'accroître ses parts de marché, le groupe Shuyona conduit des activités continues de recherche visant à améliorer les produits existants et à mettre au point de nouveaux produits. Le groupe Shuyona dispose de

deux centres de recherche-développement, le premier étant géré par Shuyona dans le pays X, le second par la société S, filiale de Shuyona, qui exerce ses activités dans le pays Y. Le centre de recherche-développement de Shuyona assume la responsabilité du programme de recherche global du groupe Shuyona. Ce centre de recherche-développement conçoit les programmes de recherche, prépare et contrôle les budgets, décide de la localisation des activités de recherche, assure le suivi de l'avancement de tous les projets de recherche-développement et, de manière générale, dirige la fonction de recherche-développement pour le groupe d'entreprises multinationales, en appliquant les orientations stratégiques formulées par la direction du groupe Shuyona.

47. Le centre de recherche-développement de la société S mène à bien les projets que le centre de recherche-développement de Shuyona lui attribue selon une approche projet par projet. Les propositions émanant du personnel de recherche de la société S concernant des changements à apporter au programme de recherche doivent être formellement validées par le centre de recherche-développement de Shuyona. Le centre de recherche-développement de la société S transmet des rapports d'avancement de ses activités au moins chaque mois aux responsables du centre de recherche-développement de Shuyona. Si la société S dépasse le budget alloué à ses travaux par Shuyona, les responsables du centre de recherche-développement de Shuyona doivent approuver tout supplément de dépenses. Les contrats conclus entre les deux centres de recherche-développement précisent que Shuyona supporte toutes les dépenses liées aux activités de recherche-développement de la société S et tous les risques correspondants. Tous les brevets, modèles et autres actifs incorporels mis au point par le personnel de recherche de la société S sont déposés par Shuyona, en vertu d'accords entre les deux entreprises. Shuyona verse à la société S une commission au titre des activités de recherche-développement de cette dernière.

48. Une analyse des prix de transfert de ce cas d'espèce reconnaîtrait tout d'abord que Shuyona est le propriétaire légal des actifs incorporels. Shuyona contrôle et gère ses propres travaux de recherche-développement et ceux de la société S. Elle assure les fonctions importantes en la matière comme la préparation des budgets et des programmes de recherche, la définition des projets, le financement et le contrôle des dépenses. À ce titre, Shuyona est en droit de percevoir des revenus générés par l'exploitation des actifs incorporels mis au point grâce aux travaux de recherche-développement de la société S. Cette dernière est en droit de percevoir une rémunération au titre des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés. Lors de la détermination de la rémunération due à la société S, il conviendrait de tenir compte de facteurs tels que les compétences et l'efficacité propres au personnel de recherche de la société S, la nature des travaux de recherche entrepris, et d'autres facteurs apportant une contribution à la valeur. Dans la mesure où des ajustements de

prix de transfert sont nécessaires pour refléter le montant qu'un fournisseur de services de recherche-développement comparable recevrait au titre de ses prestations, ces ajustements devraient en règle générale porter sur l'année de fourniture du service, sans porter atteinte au droit de Shuyona à percevoir par la suite des revenus générés par l'exploitation des actifs incorporels obtenus grâce aux activités de recherche-développement de la société S.

Exemple 15

49. Shuyona, société-mère d'un groupe d'entreprises multinationales, est constituée dans le pays X où elle exerce exclusivement ses activités. Le groupe Shuyona assure la fabrication et la vente de biens de consommation. Afin de préserver et, si possible, d'accroître ses parts de marché, le groupe Shuyona conduit des activités continues de recherche visant à améliorer les produits existants et à mettre au point de nouveaux produits. Le groupe Shuyona dispose de deux centres de recherche-développement, le premier étant géré par Shuyona dans le pays X, le second par la société S, filiale de Shuyona, qui exerce ses activités dans le pays Y.

50. Le groupe Shuyona commercialise deux lignes de produits. Shuyona conduit toutes les activités de recherche-développement relatives à la ligne de produits A, tandis que le centre de recherche-développement de la société S se charge de la ligne de produits B. La société S est également le siège régional du groupe Shuyona pour l'Amérique du Nord et assume la responsabilité des activités d'exploitation liées à la ligne de produits B dans le monde entier. Cependant, tous les brevets découlant des travaux de recherche de la société S sont déposés par Shuyona. Celle-ci ne verse pas de rémunération, ou seulement une rémunération symbolique, à la société S au titre des inventions brevetables mises au point par le centre de recherche-développement de la société S.

51. Les centres de recherche-développement de Shuyona et de la société S fonctionnent de manière autonome, chacun d'eux supportant ses propres coûts d'exploitation. Conformément aux orientations générales formulées par la direction du groupe Shuyona, le centre de recherche-développement de la société S définit ses propres programmes de recherche, établit ses budgets, décide de suspendre ou de modifier des projets de recherche-développement, et recrute son personnel. Le centre de recherche-développement de la société S rend compte de ses activités aux responsables de la ligne de produits B au sein de la société S, et non au centre de recherche-développement de Shuyona. Des réunions conjointes entre les équipes de recherche-développement de Shuyona et de la société S sont organisées ponctuellement pour débattre des méthodes de recherche et examiner des problèmes communs.

52. Une analyse des prix de transfert de ce cas d'espèce reconnaîtrait tout d'abord que Shuyona est le propriétaire légal des actifs incorporels /le

titulaire des brevets mis au point par la société S. À la différence de la situation décrite dans l'exemple 15, Shuyona n'assure pas ici le contrôle des fonctions de recherche de la société S, notamment des fonctions importantes de direction, préparation, gestion budgétaire et financement de la recherche. En conséquence, Shuyona est le propriétaire légal des actifs incorporels mais n'est pas en droit de retenir ou de percevoir un quelconque revenu généré par les actifs incorporels relatifs à la ligne de produits B. Les administrations fiscales pourraient établir un prix de transfert approprié en reconnaissant la qualité de Shuyona comme propriétaire légal des actifs incorporels mais en confirmant que la société S, compte tenu de ses contributions en termes de fonctions exercées, actifs utilisés et risques assumés, recevra une rémunération appropriée à condition de ne verser ni redevance ni paiement quelconque à Shuyona au titre du droit d'utiliser les actifs incorporels que la société S aurait réussi à mettre au point, de manière à ce que les revenus tirés à l'avenir de l'exploitation de ces actifs incorporels par la société S reviennent à cette dernière et non à Shuyona.

53. Si Shuyona exploite elle-même les actifs incorporels liés à la ligne de produits B, elle devrait verser une rémunération appropriée à la société S au titre des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés en lien avec la mise au point des actifs incorporels concernés. Lors de la détermination de la rémunération appropriée de la société S, du fait que celle-ci assure toutes les fonctions importantes liés à la mise au point des actifs incorporels, il ne serait probablement pas approprié de choisir la société S comme étant la partie testée dans un accord de prestation de services de recherche-développement.

Exemple 16

54. Shuyona, société-mère d'un groupe d'entreprises multinationales, est constituée dans le pays X où elle exerce exclusivement ses activités. Le groupe Shuyona assure la fabrication et la vente de biens de consommation. Afin de préserver et, si possible, d'accroître ses parts de marché, le groupe Shuyona conduit des activités continues de recherche visant à améliorer les produits existants et à mettre au point de nouveaux produits. Le groupe Shuyona dispose de deux centres de recherche-développement, le premier étant géré par Shuyona dans le pays X, le second par la société S, filiale de Shuyona, qui exerce ses activités dans le pays Y. Les relations existant entre les centres de recherche-développement de Shuyona et de la société S sont celles décrites dans l'exemple 14.

55. Au cours de l'année 1, Shuyona vend tous les droits sur les brevets et sur les autres actifs incorporels de nature technologique, y compris sur les actifs incorporels en cours de mise au point, à une nouvelle filiale, la société T, constituée dans le pays Z. La société T met en place un site de fabrication dans le pays Z et commence à fournir des produits aux entités du groupe

Shuyona à travers le monde. Aux fins de cet exemple, il est supposé que la rémunération versée par la société T en contrepartie du transfert des brevets et des actifs incorporels correspondants est basée sur une évaluation des flux de trésorerie à venir générés par les actifs incorporels transférés au moment de la transaction.

56. Au moment du transfert des brevets et des actifs incorporels correspondants, la société T conclut deux contrats de recherche distincts, le premier avec Shuyona, le second avec la société S. En vertu de ces contrats, la société T s'engage à assumer les risques financiers liés à un possible échec de projets de recherche-développement à venir, à supporter les coûts de toutes les futures activités de recherche-développement, et à verser à Shuyona et à la société S une commission au titre de services rendus, calculée en fonction du coût des activités de recherche-développement majoré d'un élément de profit équivalent à la marge bénéficiaire sur les coûts obtenue par certaines entreprises indépendantes identifiées qui fournissent des services de recherche.

57. La société T ne dispose pas du personnel technique en mesure de conduire et de superviser les activités de recherche. Shuyona continue à mettre au point et à définir le programme de recherche-développement relatif à la mise au point des actifs incorporels, à établir ses propres budgets de recherche-développement, à recruter ses équipes de recherche et à décider de suspendre ou de modifier ses projets de recherche-développement. De plus, Shuyona continue à assurer le suivi et le contrôle des activités de recherche-développement de la société S comme décrit dans l'exemple 14.

58. L'analyse des prix de transfert commence par l'identification des relations commerciales ou financières entre les parties et les conditions et circonstances économiquement significatives rattachées à ces relations, afin que la transaction contrôlée soit délimitée avec précision selon les principes du chapitre I, section D.1. Les hypothèses clés dans cet exemple sont que la société T est un fabricant et n'exerce pas d'activités liées à l'acquisition, à la mise au point ou à l'exploitation d'actifs incorporels, et ne contrôle pas les risques liés à l'acquisition d'actifs incorporels ou à leur mise au point ultérieure. Au lieu de cela, toutes les activités de développement et fonctions de gestion des risques liés aux actifs incorporels sont réalisées par Shuyona et la société S, et Shuyona contrôle le risque. Un examen approfondi de la transaction indique que celle-ci doit être délimitée avec précision car l'apport d'un financement par la société T équivaut aux coûts des actifs incorporels acquis et au développement en cours. Une hypothèse clé dans cet exemple est que, bien que la société T assume contractuellement le risque financier et possède la capacité financière d'assumer ce risque, elle n'a néanmoins pas le contrôle sur ce risque, conformément aux principes énoncés aux paragraphes 6.63 et 6.64. Par conséquent, à part les bénéfices de sa fabrication, la société T ne doit pas s'attendre à mieux qu'un rendement sans risque au titre

de ses activités de financement. (Pour plus de précisions, voir la section D.1 du chapitre I, et en particulier le paragraphe 1.103).

Exemple 17

59. La société A est une société pharmaceutique pleinement intégrée qui exerce des activités de recherche, mise au point, production et vente de préparations pharmaceutiques. La société A conduit ses activités dans le pays X. Dans le cadre de ses activités de recherche, la société A fait régulièrement appel à des sociétés de recherche sous contrat (SRC) pour conduire diverses activités de recherche-développement, notamment la définition et la réalisation d'essais cliniques portant sur les produits en cours de mise au point par la société A. Cependant, les SRC ne mènent pas les activités de recherche fondamentale nécessaires pour identifier de nouveaux composés pharmaceutiques. Lorsque la société A fait appel à une SRC pour conduire des activités de recherche clinique, le personnel de recherche de la société A participe activement à la conception des études confiées à la SRC, fournit à celle-ci des informations et des résultats issus de travaux antérieurs, définit les budgets et les échéances pour les projets menés par la SRC et assure un contrôle qualité continu des activités ainsi sous-traitées. Dans le cadre de tels accords, les SRC sont rémunérées sous la forme d'une commission pour services rendus et ne perçoivent aucune part des bénéfices générés par la vente des produits mis au point grâce à leurs travaux de recherche.

60. La société A transfère les brevets et les actifs incorporels liés au produit M, une préparation pharmaceutique se trouvant à un stade peu avancé de mise au point, susceptible d'être utilisée dans le traitement de la maladie d'Alzheimer, à la société S, une filiale de la société A qui exerce ses activités dans le pays Y (la transaction porte uniquement sur les actifs incorporels existants et n'inclut pas de rémunération au titre des futurs services de recherche-développement de la société A). Aux fins de cet exemple, il est supposé que la société S paie un prix au titre du transfert des actifs incorporels liés au produit M sur la base d'une évaluation des flux de trésorerie à venir. La société S ne dispose pas du personnel en mesure de concevoir, de conduire ou de superviser les activités de recherche liées au produit M. La société S conclut donc un accord avec la société A afin que celle-ci poursuive le programme de recherche en cours lié au produit M comme elle le faisait avant le transfert des actifs incorporels à la société S. La société S s'engage à financer toutes les recherches en cours, à assumer le risque financier lié à un échec potentiel de ces recherches, et à payer les services de la société A selon l'approche du coût majoré, en appliquant la marge générée par des SRC comparables à celles auxquelles la société A fait régulièrement appel.

61. Une analyse des prix de transfert de ce cas d'espèce reconnaîtrait tout d'abord que, suite au transfert, la société S est le propriétaire légal des actifs incorporels liés au produit M en vertu des contrats conclus et des dépôts de brevets effectués. Cependant la société A continue à gérer et à contrôler les risques liés aux actifs incorporels détenus par la société S, y compris les fonctions importantes décrites au paragraphe 6.56, et est en droit de percevoir une rémunération au titre de ces contributions. Dans ces circonstances, les transactions entre la société A et des SRC ne sont pas comparables aux accords conclus entre la société S et la société A en lien avec le produit M et ne peuvent être utilisées comme référence pour déterminer la rémunération de pleine concurrence revenant à la société A au titre des activités de recherche-développement en cours concernant les actifs incorporels liés au produit M. Dans le cadre de ses transactions avec des SRC, la société A exerce et contrôle certaines fonctions et assume certains risques qui ne sont pas des fonctions exercées et contrôlées, ni des risques assumés, par la société S lors de ses transactions avec la société A.

62. Bien que la société S soit propriétaire légale des actifs incorporels, elle n'est pas en droit de percevoir tous les bénéfices générés par l'exploitation de ceux-ci. La société S n'étant pas en mesure de contrôler les risques relatifs aux activités de recherche, il convient de reconnaître que la société A assume une part importante des risques correspondants, et que cette dernière devrait être rémunérée au titre de ces fonctions, notamment des fonctions importantes décrites au paragraphe 6.56. En l'espèce, la société A devrait être en droit de percevoir des revenus supérieurs à ceux qui seraient versés à une SRC.

63. Dans cet exemple, un examen approfondi de la transaction peut démontrer qu'elle devrait être précisément délimitée car l'apport d'un financement par la société S équivaut aux coûts des actifs incorporels acquis et à leur mise au point en cours. Par conséquent, la société S n'a droit qu'à un retour de financement. Le niveau de ce retour de financement dépendra du contrôle exercé sur le risque de financement, conformément aux directives de la section D.1 du chapitre I, et les principes énoncés aux paragraphes 6.63 et 6.64. La société A serait alors en droit de conserver les revenus ou les pertes restantes.

Exemple 18

64. Primarni est une société constituée dans le pays A, où elle exerce ses activités. La société S, une entreprise associée de Primarni, est une société constituée dans le pays B, où elle exerce ses activités. Primarni met au point une invention brevetée et un savoir-faire de fabrication en lien avec le produit X. Elle obtient des brevets valables dans tous les pays concernés dans cet exemple. Primarni et la société S concluent par écrit un contrat de licence par lequel Primarni cède à la société S le droit d'utiliser les brevets

et le savoir-faire liés au produit X en vue de fabriquer et de vendre ce produit dans le pays B, tandis que Primarni conserve les droits relatifs aux brevets et au savoir-faire en lien avec le produit X pour l'Asie, l'Afrique ainsi que pour le pays A.

65. Supposons que la société S utilise les brevets et le savoir-faire pour fabriquer le produit X dans le pays B. Elle vend le produit X à la fois à des clients indépendants et associés dans le pays B. En outre, elle vend le produit X à des sociétés de distribution associées implantées en Afrique et en Asie. Les sociétés de distribution associées revendent des unités de produit X à des clients sur les marchés d'Afrique et d'Asie. Primarni ne fait pas valoir les droits qu'elle a conservés sur les brevets pour l'Asie et l'Afrique qui lui permettraient d'empêcher la société S de vendre le produit X à des sociétés de distribution associées exerçant leur activité en Afrique et en Asie.

66. En l'espèce, le comportement des parties suggère que la transaction réalisée entre Primarni et la société S est en réalité une cession des droits sur les brevets et savoir-faire relatifs au produit X dans le pays B, mais aussi en Asie et en Afrique. Lors de l'analyse des prix de transfert portant sur les transactions entre la société S et Primarni, et sur le fondement du comportement des parties, il conviendrait de considérer que les droits cédés à la société S par le contrat de licence ne se limitent pas au pays B mais qu'ils s'étendent à l'Asie et à l'Afrique. Le taux de redevance devrait être recalculé pour prendre en compte les ventes totales prévues par la société S sur l'ensemble de ses marchés, y compris celles aux entités implantées en Afrique et en Asie.

Exemple 19

67. La société P, résidente du pays A, conduit des activités de commerce de détail et exploite plusieurs grands magasins dans le pays A. Au fil des ans, la société P a mis au point un savoir-faire particulier et un concept de commercialisation unique en lien avec l'exploitation de ses grands magasins. Il est supposé que le savoir-faire et le concept de commercialisation unique constituent des actifs incorporels au sens de la section A du chapitre VI. Après avoir conduit ses activités avec succès dans le pays A pendant plusieurs années, la société P constitue une nouvelle filiale, la société S, dans le pays B. La société S ouvre de nouveaux grands magasins, qu'elle exploite, dans le pays B, où elle obtient des marges bénéficiaires significativement plus élevées que celles obtenus par des détaillants par ailleurs comparables dans le pays B.

68. Une analyse fonctionnelle détaillée révèle que la société S utilise, pour conduire ses activités dans le pays B, le savoir-faire et le concept de commercialisation unique utilisés par la société P dans le pays A. Dans ces circonstances, le comportement des parties révèle qu'une transaction a été réalisée, portant sur le transfert par la société P vers la société S du droit

d'utiliser le savoir-faire et le concept de commercialisation unique. Dans des circonstances comparables, des parties indépendantes auraient conclu un contrat de licence cédant à la société S le droit d'utiliser, dans le pays B, le savoir-faire et le concept de commercialisation unique mis au point par la société P. En conséquence, une solution possible pour l'administration fiscale consiste à pratiquer un ajustement des prix de transfert sous la forme d'un paiement de redevance par la société S en faveur de la société P au titre de l'utilisation de ces actifs incorporels.

Exemple 20

69. Ilcha est une société constituée dans le pays A. Depuis de nombreuses années, le groupe Ilcha fabrique et vend le produit Q dans les pays B et C par l'intermédiaire d'une filiale détenue à 100 pour cent, la société S1, constituée dans le pays B. Ilcha détient des brevets liés à la conception du produit Q et a mis au point une marque de fabrique unique ainsi que d'autres actifs incorporels relatifs à la commercialisation. Les brevets et marques de fabrique sont déposés au nom de Ilcha dans les pays B et C.

70. Pour des raisons commerciales valables, Ilcha considère que les activités du groupe dans les pays B et C se développeraient si elles étaient menées par l'intermédiaire de filiales distinctes dans les pays B et C. En conséquence, Ilcha constitue dans le pays C une filiale détenue à 100 pour cent, la société S2. Concernant les activités conduites dans le pays C :

- la société S1 transfère à la société S2 les actifs corporels relatifs à la fabrication et à la commercialisation des produits qui étaient jusqu'alors utilisés par la société S1 dans le pays C,
- Ilcha et la société S1 conviennent de résilier l'accord qui cédait à la société S1 les droits suivants en lien avec le produit Q : les droits de fabrication et de commercialisation du produit Q dans le pays C, le droit d'utiliser les brevets et la marque de fabrique dans la conduite de ses activités de fabrication et de commercialisation dans le pays C ; le droit d'utiliser des relations avec la clientèle, les listes de clients, la survaleur et d'autres actifs dans le pays C (ci-après, les « Droits »),
- Ilcha conclut avec la société S2 de nouveaux contrats de licence à long terme pour céder à cette dernière les Droits dans le pays C.

La filiale nouvellement constituée mène par la suite les activités liées au produit Q dans le pays C, tandis que la société S1 poursuit ses activités liées au produit Q dans le pays B.

71. Il est supposé qu'au fil des années, les activités de la société S1 dans le pays C ont atteint une valeur significative et qu'une entreprise indépendante

manifeste son intention de racheter ces activités. Il est également supposé qu'aux fins d'une évaluation comptable, industrielle et commerciale, une part de la valeur de ces activités soit considérée comme une survaleur lors de l'affectation du prix d'acquisition réalisée au titre de la vente des activités de la société S1 dans le pays C à une partie indépendante.

72. Compte tenu des faits et circonstances du cas d'espèce, de la valeur est transférée vers la société S2 par la conjonction de deux facteurs : (i) le transfert d'une partie des actifs corporels d'exploitation de la société S1 vers la société S2 dans le pays C et; (ii) le transfert par Ilcha vers la société S2 des Droits auxquels la société S1 a renoncé. On dénombre trois transactions :

- le transfert d'une partie des actifs corporels d'exploitation de la société S1 vers la société S2 dans le pays C;
- la restitution par la société S1 des droits cédés par Ilcha;
- la cession d'une licence par Ilcha à la société S2.

Aux fins de la fixation des prix de transfert, les prix payés par Ilcha et par la société S2 dans le cadre de ces transactions devrait refléter la valeur des activités et donc inclure les sommes pouvant être qualifiées de survaleur lors d'un enregistrement en comptabilité.

Exemple 21

73. Första, un fabricant de biens de consommation, est une société constituée dans le pays A où elle exerce son activité. Avant l'année 1, Första produisait le produit Y dans le pays A et le vendait dans de nombreux pays à travers le monde par l'intermédiaire de sociétés de distribution affiliées. Le produit Y bénéficie d'une bonne reconnaissance et se vend à un prix majoré par rapport aux produits concurrents. En effet, Första est le propriétaire légal de la marque de fabrique qu'il a mise au point et dispose d'une survaleur qui se traduit par un tel prix majoré.

74. Au cours de l'année 2, Första constitue dans le pays B la société S, une filiale détenue à 100 pour cent. La société S intervient comme distributeur principal et centre de facturation. Första continue de livrer le produit Y directement à ses sociétés de distribution affiliées, mais la propriété des biens est transférée à la société S, qui refacture les produits aux sociétés de distribution affiliées.

75. Au début de l'année 2, la société S décide de rembourser aux sociétés de distribution affiliées une part de leurs dépenses publicitaires. Les prix du produit Y facturés par la société S à ces distributeurs affiliés sont révisés à la hausse de manière à ce que les marges opérationnelles de ces derniers demeurent constantes malgré le transfert des dépenses publicitaires vers

la société S. Il est supposé que les marges opérationnelles obtenues par les distributeurs affiliés sont conformes au principe de pleine concurrence aussi bien avant l'année 2 qu'après celle-ci, compte tenu de la hausse des prix des produits et du remboursement des dépenses publicitaires. La société S n'assume aucune fonction en matière publicitaire et n'assume aucun risque lié à la commercialisation des produits.

76. Au cours de l'année 3, Första baisse les prix facturés à la société S. Första et la société S affirment que cette baisse est justifiée par le fait que la société S soit désormais en droit de percevoir des revenus liés aux actifs incorporels. Il est avancé que ce revenu est attribuable à des actifs incorporels liés au produit Y et créés grâce aux dépenses publicitaires supportées par la société S.

77. En substance, la société S n'est pas en droit de percevoir des revenus générés par l'exploitation d'actifs incorporels liés au produit Y. Elle n'exerce aucune fonction, n'assume aucun risque, et, en réalité, ne supporte aucune charge liée à la mise au point, à l'amélioration, à la conservation ou à la protection des actifs incorporels. Des ajustements de prix de transfert permettant à Första d'accroître ses revenus au cours de l'année 3 et au-delà seraient donc justifiés.

Exemple 22

78. La société A détient deux concessions publiques, lui permettant respectivement d'exercer une activité minière et d'exploiter une ligne de chemin de fer. La valeur de marché de la concession minière est égale à 20 et celle de la concession ferroviaire est égale à 10. La société A ne possède aucun autre actif.

79. Birincil, entreprise indépendante de la société A, acquiert 100 pour cent des titres de participation de la société A pour un prix de 100. Lors de l'affectation du prix d'acquisition enregistrée par Birincil dans sa comptabilité, une valeur de 20 est allouée à la concession minière, une valeur de 10 est allouée à la concession ferroviaire, et une valeur de 70 est allouée à une survaleur découlant des synergies créées entre les deux concessions.

80. Immédiatement après l'acquisition, Birincil fait en sorte que la société A transfère ses concessions minière et ferroviaire à la société S, filiale de Birincil.

81. Lors de l'analyse des prix de transfert visant à établir le prix de pleine concurrence devant être payé à la société S au titre de la transaction avec la société A, il importe d'identifier précisément les actifs incorporels transférés. Au même titre que lors de l'acquisition de la société A par Birincil dans des conditions de pleine concurrence, la survaleur associée aux concessions

transférées à la société S devrait être prise en compte, puisque, généralement, on suppose qu'une restructuration des activités internes ne cause ni disparition, ni destruction de valeur.

82. Ainsi, le prix de pleine concurrence de la transaction entre les sociétés A et S devrait tenir compte de la concession minière, de la concession ferroviaire et la survalueur reconnue à des fins comptables. Le prix de 100 versé par Birincil pour acheter les titres de participation de la société A représente un prix de pleine concurrence de ce parts et fournit une indication utile sur la valeur combinée des actifs incorporels.

Exemple 23

83. Birincil acquiert 100 pour cent des titres de participation dans une entreprise indépendante, la société T, pour un prix de 100. La société T conduit des activités de recherche-développement et a partiellement mis au point plusieurs technologies mais son chiffre d'affaires demeure très limité. Le prix d'acquisition est justifié pour l'essentiel par la valeur de technologies prometteuses, mais dont la mise au point n'est pas achevée, et par la capacité potentielle des salariés de la société T à poursuivre la mise au point de nouvelles technologies à l'avenir. Lors de l'affectation du prix d'acquisition dans sa comptabilité, Birincil a alloué une valeur de 20 aux actifs corporels et aux actifs incorporels identifiés, et de 80 à la survalueur.

84. Immédiatement après avoir racheté la société T, Birincil fait en sorte que la société T transfère tous les droits qu'elle détient sur des technologies entièrement ou partiellement mises au point, y compris les brevets, secrets industriels ou commerciaux et savoir-faire techniques, à la société S, filiale de Birincil. En parallèle, la société S conclut un contrat de recherche avec la société T, qui prévoit que le personnel de cette dernière continuera à se consacrer exclusivement à la mise au point des technologies transférées et au développement de nouvelles technologies pour le compte de la société S. Aux termes de ce contrat, la société T recevra une rémunération pour ses services de recherche selon le principe du coût majoré d'un élément de profit et tous les droits sur des actifs incorporels mis au point ou améliorés dans le cadre du contrat de recherche reviendront à la société S. En contrepartie, la société S financera toutes les activités de recherche à venir et assumera les risques financiers liés à la possibilité que tout ou partie des activités futures de recherche ne débouche pas sur la mise au point de produits commercialement viables. La société S dispose d'une équipe de recherche importante, qui comprend des personnels de gestion responsables de technologies de même nature que celles acquises auprès de la société T. À l'issue des transactions décrites ci-dessus, les salariés de la société S occupant des fonctions de recherche et de gestion assument la pleine responsabilité de la gestion et du suivi des travaux menés par l'équipe de recherche de la société T. La société S

approuve les nouvelles activités, prépare et établit des budgets et supervise par ailleurs les travaux de recherche menés par la société T. Tout le personnel de recherche de la société T conserve le statut de salarié de cette entreprise et se consacre exclusivement à fournir les services prévus au contrat de recherche conclu avec la société S.

85. Lors de l'analyse de prix de transfert visant à déterminer le prix de pleine concurrence que la société S doit verser à la société T au titre des actifs incorporels transférés, ainsi que le prix des services de recherche-développement fournis par la société T, il importe d'identifier les actifs incorporels particuliers transférés à la société S et ceux conservés par la société T. Les définitions et évaluations des actifs incorporels utilisées lors de l'affectation du prix d'acquisition ne sont pas déterminantes aux fins de la fixation des prix de transfert. Le prix de 100 versé par Birincil pour acquérir les titres de participation de la société T représente un prix de pleine concurrence des titres de participation de cette société et fournit une indication utile concernant la valeur des activités de la société T. La valeur totale de cette activité devrait se refléter soit dans la valeur des actifs corporels et incorporels transférés à la société S, soit dans la valeur des actifs corporels et incorporels et du personnel dont dispose la société T. Dans certains cas, une part importante de la valeur décrite lors de l'affectation du prix d'acquisition comme une survaleur de la société T peut avoir été transférée à la société S en même temps que les autres actifs incorporels de la société T. Dans d'autres cas, une partie de la valeur décrite lors de l'affectation du prix d'acquisition comme une survaleur peut avoir été conservée par la société T. Conformément au principe de pleine concurrence, la société T devrait recevoir une rémunération au titre de cette valeur, qu'elle soit comprise dans le prix payé par la société S au titre du transfert de droits sur des actifs incorporels de nature technologique, ou versée pendant les années qui suivent la transaction au titre des services de recherche-développement fournis par le personnel de la société T. En règle générale, on suppose qu'une restructuration des activités internes ne cause ni disparition, ni destruction de valeur. Si le transfert des actifs incorporels avait eu lieu un certain temps après l'acquisition, une nouvelle analyse aurait été nécessaire pour vérifier si, depuis la date de l'acquisition, les actifs incorporels s'étaient appréciés ou dépréciés.

Exemple 24

86. Zhu est une société de conseil en développement de logiciels. Par le passé, Zhu a mis au point pour l'un de ses clients, la banque A, un logiciel qui gère les transactions effectuées auprès des distributeurs automatiques de billets. Dans le cadre de ce projet, Zhu a obtenu et conservé des droits sur un code logiciel propriétaire protégé par des droits d'auteur qui serait susceptible de convenir à d'autres clients du secteur bancaire dans la même situation, moyennant toutefois certaines modifications et personnalisations.

87. Il est supposé que la société S, une entreprise associée de Zhu, conclut avec une autre banque, la banque B, un accord distinct portant sur la mise au point d'un logiciel gérant les transactions effectuées auprès des distributeurs automatiques de billets. Zhu accepte d'aider son entreprise associée en lui fournissant des salariés ayant travaillé sur le projet destiné à la banque A afin qu'ils participent au projet de la société S destiné à la banque B. Ces salariés ont accès aux éléments de conception logicielle et au savoir-faire mis au point lors du projet destiné à la banque A, y compris du code logiciel propriétaire. Ce code et les services fournis par les salariés de Zhu sont utilisés par la société S pour mener à bien le projet destiné à la banque B. Finalement, la société S livre à la banque B un logiciel de gestion des transactions effectuées auprès des distributeurs automatiques de billets et la licence correspondante d'utilisation du logiciel développé au cours du projet. Des parties du code propriétaire créé par Zhu dans le cadre du projet destiné à la banque A sont intégrées dans le logiciel livré par la société S à la banque B. Ces parties de code créées lors du projet destiné à la banque A et intégrées dans le logiciel livré à la banque B sont suffisamment conséquentes pour justifier une réclamation pour violation de droits d'auteur en cas de copie non autorisée par un tiers.

88. Lors d'une analyse des prix de transfert de ces transactions, il conviendrait de prendre en compte deux avantages reçus de la part de Zhu par la société S qui requièrent une rémunération. Premièrement, la société S a reçu des services fournis par les salariés de Zhu mis à sa disposition pour travailler sur le projet destiné à la banque B. Deuxièmement, elle a obtenu des droits sur le logiciel propriétaire de Zhu qui a été utilisé comme socle du développement du logiciel livré à la banque B. La rémunération devant être versée à Zhu par la société S devrait inclure la rémunération due au titre des services et celle correspondant aux droits sur le logiciel.

Exemple 25

89. Prathamika est la société-mère d'un groupe d'entreprises multinationales. Elle a eu à gérer plusieurs litiges importants et son service juridique interne a acquis une solide expérience dans le suivi de tels dossiers pour le compte de la société. Dans le cadre de la gestion de ces litiges, Prathamika a mis au point des logiciels de gestion documentaire uniques dans son secteur.

90. La société S, entreprise associée de Prathamika, se voit impliquée dans un litige complexe similaire à ceux que le service juridique de Prathamika a appris à gérer. Prathamika convient de fournir à la société S deux personnes appartenant à son service juridique pour la gestion de ce litige. Ces salariés de Prathamika sont responsables de la gestion des documents relatifs au litige

et utilisent, à ce titre, le logiciel de gestion documentaire de Prathamika. Cependant, ils n'autorisent pas la société S à utiliser ce logiciel en lien avec d'autres litiges ni à le mettre à la disposition des clients de la société S.

91. Dans ce contexte, il ne serait pas approprié de considérer que Prathamika a transféré des droits sur des actifs incorporels à la société S dans le cadre de cet accord de service. Toutefois, l'expérience des salariés de Prathamika et leur utilisation d'un logiciel leur permettant de fournir les services convenus de manière plus efficace et efficiente sont des éléments qui devraient entrer en ligne de compte aux fins d'une analyse de comparabilité portant sur la fixation d'une commission au titre de services rendus par le personnel mis à disposition par Prathamika.

Exemple 26

92. Osnovni, société-mère d'un groupe d'entreprises multinationales, a pour activité la mise au point et la vente de logiciels. Elle acquiert 100 pour cent des participations dans la société S, une société cotée constituée dans le même pays qu'Osnovni, pour un prix de 160. Lors de l'acquisition, la valeur de marché totale des actions de la société S était égale à 100. Les autres acheteurs potentiels de la société S offraient des montants compris entre 120 et 130 pour le rachat de la société.

93. À la date de son rachat, la société S n'avait comptabilisé qu'un faible montant d'immobilisations. Sa valeur correspondait pour l'essentiel à des droits sur des actifs incorporels mis au point ou en cours de mise au point liés à des logiciels et aux compétences de son personnel. Lors de l'affectation du prix d'acquisition dans sa comptabilité, Osnovni a alloué une valeur de 10 aux actifs corporels, de 60 aux actifs incorporels, et de 90 à la survaleur. Dans les présentations faites devant son conseil d'administration, Osnovni a justifié le prix d'acquisition de 160 par la complémentarité entre les produits actuels du groupe Osnovni et les produits actuels et potentiels de la société S.

94. La société T est une filiale détenue à 100 pour cent par Osnovni. Osnovni a toujours octroyé à la société T des licences exclusives sur tous ses actifs incorporels liés aux marchés européens et asiatiques. Aux fins de cet exemple, il est supposé que tous les accords de licence concernant les marchés européens et asiatiques octroyés à la société T avant l'acquisition étaient conformes au principe de pleine concurrence.

95. Immédiatement après avoir racheté la société S, Osnovni procède à sa liquidation et cède à la société T une licence exclusive et perpétuelle relative aux droits sur les actifs incorporels liés aux produits de la société S vendus sur les marchés européens et asiatiques.

96. Lors de la détermination du prix de pleine concurrence des actifs incorporels de la société S cédés sous licence à la société T en vertu des accords mentionnés ci-dessus, il importe de tenir compte de la surcote des actions de la société S comprise dans le prix d'acquisition. Dans la mesure où cette surcote traduit la complémentarité entre les produits du groupe Osnovni et ceux de la société S sur les marchés européens et asiatiques dont la société T a obtenu les licences, le prix acquitté par cette dernière au titre des actifs incorporels et droits sur des actifs incorporels de la société S qui lui sont transférés devrait refléter une portion appropriée de la surcote d'acquisition. En revanche, dans la mesure où cette surcote est attribuable exclusivement à des complémentarités entre des produits vendus en dehors des marchés de la société T, la surcote ne devrait pas entrer en ligne de compte pour déterminer le prix de pleine concurrence payé par la société T au titre des actifs incorporels de la société S liés aux marchés géographiques de la société T. La valeur attribuée aux actifs incorporels lors de l'affectation du prix d'acquisition à des fins comptables n'est pas déterminante aux fins de la fixation des prix de transfert.

Exemple 27

97. La société A, société-mère d'un groupe d'entreprises multinationales, exerce ses activités dans le pays X. Elle détient des brevets, des marques de fabrique et des savoir-faire relatifs à plusieurs produits fabriqués et vendus par le groupe. La société B est une filiale détenue à 100 pour cent par la société A. La société B, qui conduit l'ensemble de ses activités dans le pays Y, détient également des brevets, des marques de fabrique et des savoir-faire relatifs au produit M.

98. Pour des raisons commerciales valables liées à la protection des brevets du groupe et aux efforts en matière de lutte contre la contrefaçon, le groupe d'entreprises multinationales décide de centraliser la propriété de ses brevets au sein de la société A. En conséquence, la société B vend les brevets relatifs au produit M à la société A pour un montant forfaitaire. Suite à la vente, il incombe à la société A d'assurer la continuité de toutes les fonctions, et d'assumer tous les risques liés aux brevets portant sur le produit M. À l'issue d'une analyse de comparabilité, notamment fonctionnelle, approfondie, le groupe d'entreprises multinationales conclut qu'il n'est pas en mesure d'identifier des transactions comparables sur le marché libre pouvant être utilisées pour fixer le prix de pleine concurrence. La société A et la société B concluent pour des raisons valables que le recours à des techniques d'évaluation constitue la méthode de prix de transfert la plus appropriée pour déterminer si le prix convenu est conforme à celui de transactions de pleine concurrence.

99. Les évaluateurs utilisent une approche qui évalue directement les actifs et les brevets pour parvenir à une valeur actuelle nette après impôts égale à 80 pour le brevet relatif au produit M. L'analyse est fondée sur des taux de redevance, des taux d'actualisation et des durées d'utilité habituellement pratiqués dans le secteur dont le produit M est issu. Toutefois, des différences importantes existent entre le produit M et les droits de brevets relatifs au produit M, d'une part, et les valeurs habituellement pratiquées dans le secteur, de l'autre. Les accords de redevance utilisés lors de l'analyse ne répondraient donc pas aux critères de comparabilité définis aux fins de la méthode du prix comparable sur le marché libre. L'évaluation a pour finalité d'effectuer des ajustements au titre de ces différences.

100. Lors de son évaluation, la société A réalise une analyse fondée sur l'actualisation des flux de trésorerie générés par l'ensemble des activités liées au produit M. Selon cette analyse, qui s'appuie sur les paramètres d'évaluation habituellement employés par la société A pour évaluer des projets d'acquisitions, la valeur actuelle de l'ensemble des activités liées au produit M est égale à 100. L'écart de 20 qui sépare l'évaluation de l'ensemble des activités liées au produit M, établie à 100, de celle du seul brevet, établie à 80, ne semble pas appropriée pour refléter la valeur actuelle nette des rémunérations correspondant aux fonctions normalement exercées par la société B et pour rendre compte de la valeur des marques de fabrique et des savoir-faire détenus par la société B. Dans cette situation, il conviendrait de réexaminer la fiabilité de la valeur de 80 attribuée au brevet.

Exemple 28

101. La société A, société-mère d'un groupe d'entreprises multinationales, exerce ses activités dans le pays S. Les sociétés B et C appartiennent à ce même groupe et conduisent leurs activités respectivement dans le pays T et le pays U. Pour des raisons commerciales valables, le groupe d'entreprises multinationales décide de rassembler en un lieu unique tous ses actifs incorporels liés à des activités conduites hors du pays S. En conséquence, les actifs incorporels détenus par la société B sont vendus à la société C pour un montant forfaitaire, incluant les brevets, marques de fabrique, savoir-faire et les relations avec les clients. En parallèle, la société C choisit la société B comme sous-traitant chargé de fabriquer les produits que la société B fabriquait et vendait auparavant en assumant tous les risques correspondants. La société C dispose des ressources et des effectifs requis pour gérer les lignes d'activité acquises, notamment les phases ultérieures de mise au point des actifs incorporels nécessaires à l'activité de la société B.

102. Le groupe d'entreprises multinationales ne parvient pas à identifier des transactions comparables sur le marché libre pouvant être utilisées lors d'une analyse de prix de transfert visant à établir le prix de pleine concurrence

versé par la société C à la société B. Sur le fondement d'une analyse détaillée de comparabilité, notamment fonctionnelle, le groupe d'entreprises multinationales conclut que la méthode de prix de transfert la plus appropriée passe par des techniques d'évaluation des actifs incorporels transférés. Lorsqu'il réalise son évaluation, le groupe n'est pas en mesure de séparer de manière fiable les flux de trésorerie attribuables à chaque actif incorporel concerné.

103. Dans cette situation, il pourrait être pertinent de déterminer la rémunération de pleine concurrence que devra verser la société C au titre des actifs incorporels vendus par la société B en évaluant les actifs incorporels transférés selon une approche agrégée plutôt qu'en visant une évaluation actif par actif. Cela s'applique tout particulièrement en cas de différence significative entre, d'une part, la somme des meilleures estimations disponibles de la valeur des actifs incorporels et d'autres actifs identifiés et évalués séparément et, d'autre part, la valeur de l'entreprise dans son ensemble.

Exemple 29

104. Pervichnyi, société-mère d'un groupe d'entreprises multinationales, est constituée dans le pays X où elle exerce ses activités. Avant l'année 1, Pervichnyi a mis au point les brevets et marques de fabrique concernant le produit F. Elle fabriquait le produit F dans le pays X et le fournissait à des filiales de distribution à travers le monde. Aux fins du présent exemple, il est supposé que les prix facturés aux filiales de distribution étaient de façon constante des prix de pleine concurrence.

105. Au début de l'année 1, Pervichnyi crée une filiale détenue à 100 pour cent, la société S, dans le pays Y. Afin de réduire ses coûts, Pervichnyi transfère la totalité de la fabrication du produit F à la société S. Lors de la constitution de la société S, Pervichnyi vend à celle-ci les brevets et marques de fabrique concernant le produit F pour un montant forfaitaire. Dans ces circonstances, Pervichnyi et la société S cherchent à identifier le prix de pleine concurrence des actifs incorporels transférés en utilisant une méthode d'évaluation fondée sur l'actualisation des flux de trésorerie.

106. Selon cette évaluation, Pervichnyi aurait pu générer des flux de trésorerie résiduels (après avoir rémunéré dans des conditions de pleine concurrence toutes les fonctions exercées par les autres membres du groupe d'entreprises multinationales) après impôts d'une valeur actuelle de 600 si elle avait continué à fabriquer le produit F dans le pays X. Du point de vue de l'acheteur, l'évaluation indique que la société S pourrait générer des flux de trésorerie résiduels après impôts d'une valeur actuelle égale à 1 100 si elle détenait les actifs incorporels et fabriquait le produit dans le pays Y. Plusieurs facteurs permettent d'expliquer la différence entre la valeur actuelle des flux

de trésorerie résiduels après impôts estimés respectivement pour Pervichnyi et pour la société S.

107. Une autre option offerte à Pervichnyi consisterait à conserver la propriété des actifs incorporels et à confier à la société S ou à un autre fournisseur la fabrication des produits pour son compte dans le pays Y. Selon ce scénario, Pervichnyi estime qu'elle pourrait générer des flux de trésorerie résiduels après impôts d'une valeur actuelle de 875.

108. Lors de la détermination de la rémunération de pleine concurrence au titre des actifs incorporels transférés par Pervichnyi à la société S, il importe de tenir compte du point de vue de chacune des parties, des options réalistes qui s'offrent à elles et des faits et circonstances du cas d'espèce. Pervichnyi ne vendrait certainement pas les actifs incorporels à un prix qui générerait des flux de trésorerie résiduels après impôts d'une valeur actuelle inférieure à 600, soit les flux de trésorerie résiduels qu'elle pourrait générer en conservant les actifs incorporels et en poursuivant son activité comme par le passé. De plus, rien ne permet de penser que Pervichnyi vendrait les actifs incorporels pour un prix qui générerait des flux de trésorerie résiduels après impôts d'une valeur actuelle inférieure à 875. Si Pervichnyi pouvait bénéficier de la réduction des coûts de fabrication en chargeant une autre entité de produire pour son compte dans un pays à bas coûts, une option réaliste qui s'offre à elle consiste à conduire une telle activité de sous-traitance de fabrication. Cette option réaliste doit entrer en ligne de compte lors de la détermination du prix de vente des actifs incorporels concernés.

109. On ne devrait pas attendre de la société S qu'elle acquitte un prix qui générerait, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances du cas d'espèce, un revenu après impôts inférieur à celui qu'elle obtiendrait en s'abstenant de conclure la transaction. Selon l'évaluation fondée sur l'actualisation des flux de trésorerie, la valeur actuelle nette des flux de trésorerie résiduels après impôts qu'elle pourrait générer en utilisant les actifs incorporels dans le cadre de ses activités serait de 1 100. Les parties pourraient négocier un prix qui permette à Pervichnyi d'obtenir un revenu égal ou supérieur à celui que génèreraient les autres options envisageables, et qui offre à la société S un retour sur investissement positif compte tenu de l'ensemble des faits du cas d'espèce, notamment l'imposition à laquelle la transaction elle-même sera soumise.

110. Une analyse de prix de transfert fondée sur une actualisation des flux de trésorerie doit examiner la manière dont des entreprises indépendantes opérant dans des conditions de pleine concurrence tiendraient compte des réductions de coûts et des effets prévisionnels de la fiscalité pour fixer le prix des actifs incorporels. Ce prix devrait, toutefois, être inclus dans la plage séparant le prix qui permettrait à Pervichnyi d'obtenir des flux de trésorerie résiduels après impôts équivalents à ceux que génèreraient les autres

options réalistes dont elle dispose, du prix offrant à la société S un retour sur investissement positif compte tenu des risques assumés et de l'imposition à laquelle la transaction elle-même serait soumise.

111. Les faits décrits dans cet exemple et l'analyse présentée ont été bien entendu largement simplifiés par rapport à l'analyse nécessaire dans le cas d'une transaction réelle. Cependant, l'analyse illustre bien l'importance de prendre en compte l'ensemble des faits et circonstances du cas d'espèce lors d'une approche fondée sur la valeur actuelle des flux de trésorerie ; d'étudier le point de vue de chacune des parties lors d'une telle analyse ; et de tenir compte des options réalistes qui s'offrent aux parties aux fins de l'analyse de prix de transfert.

Annexe II au chapitre VI

Instructions à l'intention des administrations fiscales sur l'application de l'approche des actifs incorporels difficiles à valoriser

1. Introduction

1. L'Action 8 du Plan d'action BEPS invitait à élaborer des règles de calcul des prix de transfert ou des mesures spéciales applicables aux transferts d'actifs incorporels difficiles à valoriser afin d'empêcher l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices au moyen de transferts d'actifs incorporels entre les membres d'un même groupe.

2. Les résultats de ces travaux sont présentés dans la section D.4 du chapitre VI révisé des Principes applicables en matière de prix de transfert, contenu dans le Rapport final 2015 sur les Actions 8-10, intitulé « Aligner les prix de transfert sur la création de valeur » (« Rapport BEPS sur les PT ») et désormais adopté formellement en tant que composante de ces Principes. La section D.4 porte sur le traitement des actifs incorporels difficiles à valoriser (« AIDV ») aux fins de calcul des prix de transfert. Cette section « propose une approche conforme au principe de pleine concurrence que les administrations fiscales peuvent adopter pour pouvoir déterminer les situations dans lesquelles les prix fixés pour les transactions, déterminés par les contribuables, sont conformes au principe de pleine concurrence et reposent sur une pondération adéquate des développements ou événements prévisibles, qui sont pertinents pour l'évaluation de certains actifs incorporels difficiles à valoriser et les situations dans lesquelles ce n'est pas le cas. » (paragraphe 6.188). L'approche des AIDV vise à préserver les administrations fiscales des conséquences négatives des asymétries d'information en veillant à ce qu'elles puissent examiner les résultats *ex post* comme présomption de preuve du bien-fondé des accords de fixation de prix *ex ante*. En vertu de cette approche, le contribuable a la possibilité de réfuter cette présomption de preuve en démontrant la fiabilité des informations à l'appui desquelles la méthode de fixation de prix a été

adoptée au moment où la transaction a eu lieu. Il existe un certain nombre d'autres exceptions qui, lorsque les conditions d'application de ces exceptions sont réunies, font que l'approche est inapplicable. Il importe de noter que lorsque l'approche s'applique, une administration fiscale est autorisée à utiliser, pour l'évaluation des accords de fixation de prix *ex ante*, les éléments probants *ex post* relatifs aux résultats financiers pour déterminer les accords de prix de pleine concurrence qui auraient été conclus entre des entreprises indépendantes au moment de la transaction (voir paragraphe 6.192). Les éléments probants *ex post* ne devraient cependant pas être utilisés sans que soit posée la question de savoir si les informations sur lesquelles les résultats *ex post* sont fondés auraient pu ou dû être raisonnablement prises en compte par les entreprises associées au moment de la conclusion de la transaction (voir paragraphe 6.188).

3. Le Rapport BEPS sur les PT invitait à élaborer des orientations à l'intention des administrations fiscales sur la mise en œuvre de l'approche applicable aux AIDV. Les présentes instructions visent à dégager une compréhension et une pratique communes aux administrations fiscales des ajustements à opérer en application de l'approche des AIDV. Elles devraient améliorer la cohérence et réduire le risque de double imposition économique.

4. Le Rapport BEPS sur les PT prévoit également que l'application pratique des exceptions énumérées au paragraphe 6.193 du Rapport BEPS sur les PT, notamment l'évaluation de l'importance et des périodes concernées par les exceptions actuelles, sera réexaminée d'ici à 2020 à la lumière des enseignements tirés de l'expérience acquise entre temps.

5. Le problème de l'asymétrie d'information entre le contribuable qui est détenteur d'une masse d'informations, et l'administration fiscale, qui ne dispose d'aucune information autre que celles communiquées par le contribuable, est au cœur du bien-fondé des orientations sur l'approche applicable aux AIDV décrite dans la section D.4 du chapitre VI des Principes applicables en matière de prix de transfert. En cas de transfert d'un AIDV, chacune des parties impliquées dans la transaction établira probablement une évaluation à la date de la transaction en utilisant des hypothèses fondées sur ses connaissances spécialisées, son savoir-faire et sa compréhension de l'environnement dans lequel l'actif incorporel est créé ou exploité. Le problème, pour l'administration fiscale, tient au fait que l'évaluation est extrêmement difficile à effectuer objectivement étant donné qu'elle repose parfois entièrement sur des informations fournies par le contribuable. Cette asymétrie d'information restreint la capacité des administrations fiscales à établir ou à vérifier, à un stade précoce, quels sont les développements ou événements qui peuvent être considérés comme pertinents pour déterminer le prix d'une transaction impliquant le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels, et de déterminer dans quelle mesure la concrétisation de ces développements ou événements ou leur orientation pourrait avoir été prévue ou être raisonnablement prévisible au moment où la transaction a été conclue.

6. Les instructions sur l'approche applicable aux AIDV ont pour objet de proposer aux administrations fiscales un outil pour résoudre ce problème. Dans le cas d'actifs incorporels relevant de la définition des AIDV que l'on trouve au paragraphe 6.189, et dans certaines conditions, les administrations fiscales sont autorisées à considérer les résultats *ex post* comme présomption de preuve du bien-fondé des accords de fixation de prix *ex ante*. Lorsque les revenus ou les flux de trésorerie réels sont sensiblement plus élevés ou plus faibles que les revenus ou les flux de trésorerie anticipés pris en compte pour la détermination du prix, alors, il y a une présomption de preuve (du point de vue de l'administration fiscale) que les prévisions de revenus ou de flux de trésorerie utilisées pour l'évaluation initiale auraient dû être plus élevées ou plus faibles, et que la pondération de ce résultat selon les probabilités requiert un examen rigoureux et la prise en compte de ce qui était su et pourrait avoir été anticipé au moment de la conclusion de la transaction portant sur des AIDV. Néanmoins, il serait incorrect de fonder l'évaluation révisée sur les revenus ou les flux de trésorerie réels sans prendre également en considération la probabilité, à la date de la transaction, que ces revenus ou ces flux de trésorerie se concrétisent.

7. Cette évaluation des accords de fixation de prix *ex ante* basés sur les résultats *ex post* devra nécessairement prendre en compte les instructions figurant dans les chapitres I à III et, en particulier, celles contenues dans les chapitres VI et VIII des présents Principes.

8. Pour mener à bien cette évaluation, les administrations fiscales peuvent examiner non seulement les résultats *ex post* utilisés comme présomption de preuve (dans les limites de la section D.4 du chapitre VI des Principes) du bien-fondé de l'accord de fixation de prix *ex ante*, mais aussi toute autre information pertinente sur la transaction relative aux AIDV dont les administrations fiscales ont connaissance et qui aurait pu ou dû être raisonnablement connue et anticipée par les entreprises associées à la date où la transaction a été conclue (voir la section B.5 du chapitre III).

9. Il convient de souligner que, même si l'approche des AIDV n'est pas applicable à une transaction en particulier, un ajustement peut toujours être approprié en vertu d'autres sections de ces Principes, y compris celles du chapitre VI.

10. L'approche des AIDV doit toujours être appliquée dans l'optique de promouvoir la sécurité juridique en matière fiscale pour les contribuables, et de réduire le risque de double imposition résultant d'un ajustement primaire, en tenant compte du droit interne de la juridiction (les délais applicables de prescription, par exemple) et du cadre des conventions. Les administrations fiscales doivent s'employer à repérer et à traiter les transactions portant sur des AIDV le plus rapidement possible.

11. La nature de l'approche applicable aux AIDV appelle inévitablement la prise en considération des contraintes calendaires et temporelles. Dans

certains cas, le temps écoulé entre le transfert de l'AIDV et l'émergence des résultats *ex post* peut ne pas correspondre aux cycles des vérifications ou aux cadres temporels administratifs et délais légaux. Ce problème peut se révéler d'autant plus marqué lorsqu'un ajustement est approprié en vertu de l'approche des AIDV s'agissant de transactions faisant intervenir des actifs incorporels reconnus en tant qu'AIDV aux termes du paragraphe 6.189 ayant une longue période de mise au point – période commençant après le transfert et s'achevant avant que l'actif incorporel puisse être exploité commercialement et qu'il puisse générer un revenu (voir paragraphe 6.190).

12. Il conviendrait de ne pas surestimer l'impact des problèmes de temporalité sachant qu'il existe déjà un décalage dans le cycle classique des vérifications. Supposons par exemple qu'une vérification portant sur les années 1 à 3 est conduite pendant l'année 5 ; pendant la durée de la vérification, l'administration fiscale peut non seulement repérer le transfert d'un actif incorporel difficile à valoriser pendant l'année 1, mais aussi prendre connaissance des résultats *ex post* de ce transfert qui peuvent être évalués durant la procédure de vérification. Les administrations fiscales sont encouragées à recenser tout transfert d'un AIDV potentiel, à évaluer les hypothèses formulées par le contribuable pour l'évaluation de l'actif incorporel et à rechercher des informations sur les évolutions produisant les résultats *ex post* qui peuvent remettre en question ces hypothèses même lorsque ces résultats se concrétisent au cours d'années ultérieures à celles sur lesquelles porte la vérification et ce, afin d'être en mesure d'examiner le bien-fondé de la détermination du prix *ex ante*.

13. Les administrations fiscales devraient suivre des pratiques d'audit en matière de vérification permettant de veiller à ce que les transactions portant sur des AIDV soient repérées et traitées le plus tôt possible. Il convient cependant de ne pas perdre de vue qu'il est parfois difficile, pour les administrations fiscales, de procéder à une évaluation des risques au moment de la transaction, voire immédiatement après la transaction, afin d'évaluer la fiabilité des informations sur lesquelles est fondée la détermination du prix, ou de déterminer si le transfert est effectué au prix de pleine concurrence. Une telle analyse n'est parfois possible que plusieurs années après la transaction. Selon l'approche applicable aux AIDV, l'administration fiscale peut, dans des circonstances définies, utiliser les résultats *ex post* pour se prononcer sur le bien-fondé des prévisions et des pondérations selon les probabilités prises en compte pour l'évaluation à la date de la transaction.

14. Les présentes instructions à l'intention des administrations fiscales sur l'application de l'approche AIDV ne devraient pas être utilisées pour retarder ou contourner les procédures normales de vérification. De fait, il demeure important de recenser les AIDV le plus tôt possible et d'agir rapidement lorsqu'il y a présomption de preuve aussi bien au nom des bonnes

pratiques administratives que pour éviter de se heurter à des difficultés liées aux délais administratifs ou légaux fixés pour les vérifications et les réhausslements de résultats. Rien dans ces instructions ne modifie en quoi que ce soit ces délais qui relèvent de la souveraineté des juridictions.

15. Afin de renforcer la sécurité juridique en matière fiscale pour les contribuables et de réduire le risque de double imposition, il est souhaitable que l'approche relative aux AIDV soit appliquée de façon cohérente. Toutefois, certaines juridictions peuvent rencontrer des difficultés pour mettre en œuvre l'approche applicable aux AIDV dues, par exemple, à des cycles de vérification ou des délais de prescription plus courts. Les présentes instructions n'obligent pas les juridictions à adopter une législation pour surmonter ces difficultés, mais elles ne les empêchent pas non plus d'envisager des modifications ciblées de leurs procédures ou de leur législation (prévoyant notamment l'instauration d'une obligation de notifier promptement le transfert ou la concession d'un actif incorporel relevant de la définition d'un AIDV ou la modification du délai normal de prescription).

16. Pour appliquer l'approche relative aux AIDV décrite dans la section D.4 du chapitre VI, les administrations fiscales peuvent procéder aux ajustements requis, y compris à des ajustements correspondant à une autre structure de détermination du prix, différente de celle adoptée par le contribuable mais qui reflète celle qui aurait été choisie par des entreprises indépendantes agissant dans des circonstances comparables afin de tenir compte de l'incertitude qui entoure l'évaluation du prix de la transaction (paiements intermédiaires, redevances courantes comportant, ou non, des éléments ajustables, clauses d'ajustement de prix ou toute autre formule combinant ces caractéristiques). Voir paragraphes 6.185 et 6.192. Étant donné que les actifs incorporels difficiles à valoriser sont des biens incorporels pour lesquels il n'existe pas de comparables fiables, on ne peut pas attendre des administrations fiscales qu'elles étayent leurs ajustements de la structure de détermination du prix en se référant à des transactions sur le marché libre impliquant des actifs incorporels comparables.

17. Les exemples proposés dans la section suivante illustrent quelques-unes des méthodes concrètes permettant d'appliquer l'approche des AIDV. L'application de l'approche des AIDV devrait obéir aux principes suivants :

- Lorsque l'approche des AIDV s'applique, les administrations fiscales peuvent considérer des résultats *ex post* comme des présomptions de preuve du caractère raisonnable des hypothèses qui sous-tendent les accords de fixation de prix *ex ante*.
- Les résultats *ex post* sont utilisés pour déterminer l'évaluation qui aurait été effectuée au moment de la transaction; il serait toutefois incorrect de faire reposer l'évaluation sur les revenus ou les flux

de trésorerie réels sans prendre en compte le point de savoir si les entreprises associées auraient pu ou dû avoir connaissance ou tenir compte, de façon raisonnable, au moment du transfert de l'AIDV, des informations relatives à la probabilité d'obtenir ces revenus ou flux de trésorerie.

- Lorsqu'une évaluation révisée montre que l'actif incorporel a été transféré à une valeur sous-estimée ou surestimée par rapport au prix de pleine concurrence, le prix révisé de l'actif incorporel transféré peut être établi à des fins d'imposition en prenant en compte les clauses d'ajustement de prix et/ou les paiements conditionnels, indépendamment des profils de paiements présumés par le contribuable, conformément au paragraphe 16.
- Les administrations fiscales devraient suivre des pratiques en matière de vérification permettant de veiller à ce que la présomption d'éléments probants fondés sur des résultats *ex post* soit décelée et traitée le plus tôt possible.

2. Exemples¹

18. Les exemples suivants ont pour objet d'illustrer l'application pratique d'un ajustement de prix de transfert résultant de l'application de l'approche des AIDV. Les hypothèses émises concernant les accords de prix de pleine concurrence et les ajustements de prix de transfert déterminés dans les exemples ont uniquement une valeur illustrative et il convient de ne leur prêter en aucun cas une valeur prescriptive dans des situations réelles ou des branches d'activité particulières. Les instructions sur l'approche applicable aux AIDV doivent être suivies dans chaque cas compte tenu des éléments et des circonstances spécifiques à la situation.

19. Ces exemples reposent sur les hypothèses suivantes :

- La transaction implique le transfert d'actifs incorporels (ou de droits sur des actifs incorporels) satisfaisant aux critères permettant de définir des AIDV qui sont énumérés au paragraphe 6.189, à savoir (i) il n'existe pas de comparables fiables ; et (ii) au moment de la

1. Le fait que ces exemples portent sur le secteur pharmaceutique ne doit pas être interprété comme limitant l'application de l'approche des AIDV définie à la section D.4 du chapitre VI des Principes ou des présentes instructions de mise en œuvre à ce seul secteur. L'approche décrite à la section D.4 des Principes et les présentes instructions sont applicables aux transactions impliquant des actifs incorporels considérés comme des AIDV aux termes du paragraphe 6.189, quel que soit le secteur d'activité où elles surviennent.

conclusion de la transaction, les prévisions des flux de trésorerie ou de revenus futurs susceptibles d'être tirés de l'actif incorporel transféré ou les hypothèses utilisées pour évaluer l'actif incorporel sont très incertaines, et rendent difficiles la prévision du niveau de réussite finale de l'actif incorporel au moment du transfert.

- Les exceptions à l'application de l'approche des AIDV prévues au paragraphe 6.193 ne sont pas applicables, sauf s'il en a été question expressément.
- En conséquence, les instructions sur l'approche des AIDV sont applicables et l'administration fiscale est autorisée à considérer les résultats *ex post* comme une présomption d'éléments probants relatifs au bien-fondé des accords de prix *ex ante*.
- Un ajustement de prix de transfert s'impose pour la transaction.

20. En outre, les exemples font référence aux techniques d'évaluation fondées sur la valeur actualisée des flux de revenus ou de trésorerie futurs susceptibles d'être tirés de l'exploitation de l'actif incorporel transféré. Ni ces instructions d'application, ni les exemples ci-dessous n'entendent imposer l'utilisation de techniques d'évaluation fondées sur la valeur actualisée des flux de revenus ou de trésorerie futurs pour déterminer le prix de pleine concurrence de transactions impliquant des AIDV. Aussi, la référence à cette méthode d'évaluation ne devrait pas être interprétée comme un élément permettant de tirer des conclusions sur le bien-fondé de la technique dans une situation particulière. Les instructions relatives à l'utilisation de méthodes fondées sur la valeur actualisée des flux de trésorerie futurs se trouvent dans le chapitre VI, aux paragraphes 6.153-6.178, et les présentes instructions d'application devraient être appliquées de façon cohérente avec les autres instructions pertinentes contenues dans les Principes applicables en matière de prix de transfert.

Exemple 1

21. La société A, résidente du pays A, a breveté un nouveau composé pharmaceutique. Elle a réalisé des tests précliniques pour ce composé et mené avec succès les phases I et II des essais cliniques. Elle transfère au cours de l'année 0 les droits sur le brevet à une société affiliée, la société S, résidente du pays S. La société S sera responsable des essais de la phase III à partir du transfert des droits. Pour déterminer le prix du brevet sur le médicament partiellement développé, les parties ont procédé à une estimation des flux de revenus ou de trésorerie escomptés, une fois que le développement aura été achevé, de l'exploitation du médicament pendant le reste de la durée de vie du brevet. Supposons que le prix ainsi calculé au moment du transfert est de 700 et qu'il a été payé forfaitairement au cours de l'année 0.

22. Le contribuable a en particulier supposé que le chiffre d'affaires n'excéderait pas 1 000 par an et que la commercialisation ne débiterait pas avant l'année 6. Le taux d'actualisation a été déterminé en référence à des données externes permettant d'analyser le risque d'échec pour les médicaments d'une catégorie thérapeutique similaire au même stade de développement. Même si l'administration fiscale du pays A avait eu connaissance de ces faits concernant le transfert des droits sur le brevet pendant l'année 0, elle n'aurait guère eu les moyens de vérifier le caractère raisonnable des hypothèses du contribuable relatives au chiffre d'affaires.

Scénario A

23. Pendant l'année 4, l'administration fiscale du pays A soumet à vérification la société A au titre des années 0 à 2 et obtient l'information selon laquelle la commercialisation a, de fait, débuté pendant l'année 3, les essais de la phase III ayant été achevés plus tôt que prévu. Le chiffre d'affaires au titre des années 3 et 4 correspond au chiffre d'affaires qui avait été prévu au moment du transfert et devait être réalisé durant les années 6 et 7. Le contribuable ne peut démontrer que dans son évaluation initiale, il avait pris en compte la possibilité que le chiffre d'affaires puisse être réalisé plus tôt et il ne peut pas non plus démontrer que ce scénario était imprévisible.

24. L'administration fiscale utilise la présomption d'éléments probants fondés sur les résultats *ex post* pour déterminer que l'évaluation effectuée au moment de la transaction n'a pas pris en compte la possibilité de réaliser un chiffre d'affaires lors d'années antérieures. L'évaluation initiale du contribuable est révisée afin de tenir compte de la possibilité, dûment corrigée des risques, que le chiffre d'affaires puisse être réalisé plus tôt que prévu, se traduisant par une révision de la valeur actuelle nette du médicament, laquelle est portée de 700 à 1 000 au titre de l'année 0. La valeur actuelle nette révisée prend en compte les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques assumés en lien avec l'AIDV par chacune des parties avant la transaction et ceux dont il est raisonnable de penser, au moment de la transaction, qu'ils seront exercés, utilisés ou assumés par chacune des parties après la transaction. Supposons donc, pour les besoins de l'exemple, que le prix de pleine concurrence aurait dû être 1 000 pour l'année 0. Notons que ce montant ne correspond pas nécessairement à la valeur actuelle nette des droits transférés fondée uniquement sur le résultat réel (voir paragraphe 6 des présentes instructions).

25. Conformément à l'approche applicable aux AIDV, l'administration fiscale est autorisée à procéder à un ajustement correspondant à l'évaluation des bénéfices supplémentaires se chiffrant à 300 au titre de l'année 0.

Scénario B

26. L'administration fiscale utilise la présomption d'éléments probants fondés sur les résultats *ex post* pour déterminer que l'évaluation effectuée au moment de la transaction n'a pas pris en compte la possibilité de réaliser un chiffre d'affaires au cours d'années antérieures. L'évaluation initiale du contribuable est révisée afin d'inclure la possibilité, dûment corrigée des risques, que le chiffre d'affaires puisse être réalisé lors d'années antérieures, ce qui entraîne une révision de la valeur actuelle nette du médicament, portée de 700 à 800 au titre de l'année 0. Supposons donc, pour les besoins de l'exemple, que le prix de pleine concurrence anticipé au titre de l'année 0 aurait dû être 800. Notons que ce montant ne correspond pas nécessairement à la valeur actuelle nette fondée uniquement sur le résultat réel (voir paragraphe 6 des présentes instructions).

27. Conformément à l'approche applicable aux AIDV, l'administration fiscale est autorisée à procéder à un ajustement correspondant à l'évaluation des bénéfices supplémentaires se chiffrant à 100 au titre de l'année 0. Dans cet exemple cependant, l'exception prévue à l'alinéa (iii) du paragraphe 6.193 s'applique étant donné que l'ajustement de la rémunération du transfert est compris dans la fourchette de 20 % de la rémunération déterminée au moment de la transaction.

Exemple 2

28. Les éléments factuels sont les mêmes qu'aux paragraphes 21 et 22. En partant de ces éléments, supposons que pendant l'année 7, l'administration fiscale du pays A soumette à vérification la société A au titre des années 3 à 5 et obtienne des informations selon lesquelles le chiffre d'affaires réalisé au titre des années 5 et 6 grâce au produit breveté a été sensiblement supérieur aux prévisions. Dans l'évaluation initiale, le contribuable avait prévu un chiffre d'affaires n'excédant pas 1 000 par an, mais les résultats au titre de chacune des années 5 et 6 font apparaître un chiffre d'affaires de 1 500. Le contribuable ne peut démontrer qu'il avait pris en compte, dans son évaluation initiale, la possibilité que le chiffre d'affaires atteigne de tels niveaux et il ne peut pas non plus démontrer que les niveaux atteints l'ont été en raison d'événements imprévisibles.

29. L'administration fiscale utilise la présomption d'éléments probants fondés sur le résultat *ex post* pour déterminer que la possibilité de réaliser un chiffre d'affaires plus élevé aurait dû être prise en compte dans l'évaluation. L'évaluation initiale du contribuable est révisée afin d'inclure la possibilité, dûment corrigée des risques, que le chiffre d'affaires puisse être réalisé lors d'années antérieures, ce qui doit se traduire par une révision de la valeur actuelle nette du médicament, portée de 700 à 1 300 au titre de l'année 0. La valeur actuelle nette révisée prend en compte les fonctions exercées, les actifs

utilisés et les risques assumés en lien avec l'AIDV par chacune des parties avant la transaction et ceux dont il est raisonnable de penser, au moment de la transaction, qu'ils seront exercés, utilisés ou assumés par chacune des parties après la transaction. Supposons donc, pour les besoins de l'exemple, que le prix de pleine concurrence anticipé aurait dû être 1 300 cette année-là. Notons que ce montant ne correspond pas nécessairement à la valeur actuelle nette des droits transférés fondée uniquement sur le résultat réel (voir paragraphe 6 des présentes instructions).

30. Conformément à l'approche applicable aux AIDV, l'administration fiscale est autorisée à procéder à un ajustement correspondant à l'évaluation des bénéfices supplémentaires se chiffrant à 600. Supposons donc, pour les besoins de l'exemple, qu'aucune des exceptions énumérées au paragraphe 6.193 du chapitre VI des Principes applicables en matière de prix de transfert ne s'applique.

31. Un des moyens de procéder à l'ajustement consiste à réévaluer le prix payé pendant l'année 0. Cependant, la révision non négligeable du montant forfaitaire payé fait surgir des risques liés à la forte incertitude qui entoure l'évaluation de l'actif incorporel et amène à se demander, compte tenu de cette incertitude notable, si des ajustements compatibles avec une autre structure de paiements pourraient être plus cohérents avec ce que des parties indépendantes auraient fait (voir le paragraphe 16 de ces instructions ainsi que le paragraphe 6.183 du chapitre VI des Principes applicables en matière de prix de transfert).

32. Les preuves d'accords de fixation de prix pour le transfert d'actifs incorporels dans des circonstances comparables afin de remédier à une forte incertitude entourant l'évaluation peuvent donner à penser qu'il existe d'autres solutions pour procéder à l'ajustement au cours de l'année 0. Supposons par exemple que dans le secteur pharmaceutique, il soit habituel de transférer des droits sur des brevets à des parties indépendantes en conjuguant un paiement initial d'un montant forfaitaire et des paiements additionnels subordonnés au succès des phases de développement ou à l'obtention d'autorisations réglementaires sur un marché particulier. Dans ce cas, supposons que les premières autorisations de mise sur le marché ont été obtenues au cours de l'année 3. L'administration fiscale peut en conséquence déterminer qu'il est conforme aux pratiques de pleine concurrence dans des circonstances comparables de compenser l'insuffisance des paiements par un paiement supplémentaire au cours de l'année 3. Notons que ce paragraphe n'a pas été conçu pour impliquer, et n'implique pas, qu'une modification des modalités de paiement ne peut être opérée que lorsque c'est une pratique courante dans le secteur d'activité considéré pour les modalités de paiement du transfert d'un type particulier d'actifs incorporels.

33. Les principes illustrés par cet exemple s'appliquent indépendamment du fait que l'administration fiscale conduise effectivement une première vérification portant sur les années 0 à 2, puis une seconde vérification portant sur les années 3 à 5, ou qu'elle ne vérifie que la période couvrant les années 3 à 5. Dans les deux scénarios, une révision de l'évaluation initiale est justifiée compte tenu des éléments probants *ex post* apparaissant au cours de l'année 7 et, sous réserve des limites prévues par une convention ou par le droit interne, la sous-évaluation peut donner lieu à récupération grâce à l'approche applicable aux AIDV décrite dans la section D.4 du chapitre VI (voir paragraphe 6.192).

3. Prévention et règlement des différends en lien avec l'approche des AIDV

34. Ces instructions ont pour but d'assurer une application plus cohérente de l'approche des AIDV par les juridictions, afin de réduire le risque de double imposition économique. Outre les présentes instructions, les contribuables peuvent avoir à leur disposition d'autres outils permettant d'éviter les cas de double imposition et d'accroître la sécurité juridique en matière fiscale s'agissant des transactions AIDV.

35. En particulier, le chapitre IV de ces Principes examine en détail les accords préalables en matière de prix (APP) qui, s'ils sont conclus au niveau bilatéral ou multilatéral entre les autorités compétentes de partenaires de convention, offrent un niveau accru de certitude dans les juridictions concernées, réduisent la probabilité de double imposition et peuvent prévenir les différends impliquant des prix de transfert. Reconnaisant le rôle des APP pour prévenir la double imposition et offrir plus de certitude aux contribuables, le paragraphe 6.193 de ces Principes empêche l'application de l'approche des AIDV si le transfert des AIDV est couvert par un APP bilatéral ou multilatéral en vigueur pour la période concernée entre les juridictions du cessionnaire et du cédant.

36. À cet égard, le Rapport final du Projet BEPS sur l'Action 14, « Accroître l'efficacité des mécanismes de règlement des différends » (Rapport BEPS sur l'Action 14) recommande en guise de bonne pratique la mise en œuvre d'APP bilatéraux dès qu'une juridiction a la capacité de le faire (Bonne pratique n° 4). En outre, l'une des préconisations du Rapport BEPS sur l'Action 14 est que les juridictions dotées de programmes d'APP bilatéraux devraient accorder une extension de ces accords préalables aux exercices fiscaux antérieurs dans les cas appropriés, sous réserve du respect des délais applicables, dès lors que les faits et circonstances des exercices fiscaux antérieurs sont identiques et sous réserve de la vérification de ces faits et circonstances lors du contrôle.

37. Si l'application de l'approche des AIDV entraîne une double imposition, il ressort des orientations énoncées au paragraphe 6.195 qu'il

importerait de permettre le règlement de ces cas dans le cadre d'une procédure amiable aux termes de la convention applicable. Il conviendrait en conséquence de lire ces orientations en lien avec l'article 25 et ses Commentaires et avec l'engagement pris dans le Rapport final BEPS sur l'Action 14. Ce rapport décrit le standard minimum en matière de règlement des différends auquel les membres du Cadre inclusif ont adhéré et qui prévoit des mesures spécifiques destinées à lever les obstacles aux recours à une procédure amiable efficace et efficiente.

38. Dans le contexte de l'approche des AIDV, il est important de souligner qu'aux termes de l'article 25, la procédure amiable peut « être mise en œuvre par un contribuable sans attendre que l'imposition considérée par lui comme non conforme à la Convention ait été établie ou lui ait été notifiée. Pour qu'il puisse engager une telle procédure, il faut et il suffit qu'il établisse que les mesures prises par un État ou par les deux États entraîneront une telle imposition, celle-ci apparaissant comme un risque qui n'est pas simplement éventuel mais probable » (voir le paragraphe 14 des Commentaires sur l'article 25 du Modèle de Convention fiscale). Cette possibilité prévue par la convention fiscale applicable pourrait atténuer certaines préoccupations relatives aux questions temporelles et réduire les cas de double imposition non résolue.

39. Enfin, l'une des bonnes pratiques recommandées dans le Rapport BEPS sur l'Action 14 et qui est pertinente pour les transactions AIDV est que, sous réserve des exigences visées au paragraphe 1 de l'article 25, les juridictions mettent en œuvre des procédures appropriées permettant au contribuable de demander, dans certains cas et après une première mise en recouvrement de l'impôt dû, le règlement par la procédure amiable de questions récurrentes relatives à différents exercices fiscaux antérieurs pour lesquels des déclarations ont été produites, dès lors que les faits et circonstances sont identiques et sous réserve de la vérification de ces faits et circonstances lors d'un contrôle.

Annexe au chapitre VIII

Exemples illustrant les principes relatifs aux accords de répartition des coûts

Exemple 1

1. L'exemple 1 illustre le principe général selon lequel les contributions doivent être évaluées selon leur valeur (c'est-à-dire sur la base du prix de pleine concurrence) afin de produire des résultats conformes au principe de pleine concurrence.

2. La société A et la société B sont membres d'un groupe d'entreprises multinationales et décident de conclure un ARC. La société A fournit le service 1 et la société B fournit le service 2. La société A et la société B « consomment » chacune les deux services (c'est-à-dire que la société A reçoit un avantage du service 2 fourni par la société B et la société B reçoit un avantage du service 1 fourni par la société A).

3. Supposons que les coûts et la valeur des services soient les suivants :

Coûts de fourniture du service 1 (coût supporté par la société A)	100 par unité
Valeur du service 1 (c'est-à-dire le prix de pleine concurrence que la société A imputerait à la société B en échange de la fourniture du service 1)	120 par unité
Coûts de fourniture du service 2 (coût supporté par la société B)	100 par unité
Valeur du service 2 (c'est-à-dire le prix de pleine concurrence que la société B imputerait à la société A en échange de la fourniture du service 2)	105 par unité

4. Au cours de la première année et des années suivantes, la société A fournit 30 unités du service 1 au groupe et la société B fournit 20 unités du service 2 au groupe. Dans le cadre de l'ARC, le calcul des coûts et avantages est le suivant :

Coût de fourniture des services de la société A (30 unités × 100 par unité)	3 000	(60 % des coûts totaux)
Coût de fourniture des services de la société B (20 unités × 100 par unité)	<u>2 000</u>	(40 % des coûts totaux)
Cout total pour le groupe	5 000	
Valeur de la contribution apportée par la société A (30 unités × 120 par unité)	3 600	(63 % des contributions totales)
Valeur de la contribution apportée par la société B (20 unités × 105 par unité)	<u>2 100</u>	(37 % des contributions totales)
Valeur totale des contributions apportées dans le cadre de l'ARC	5 700	
La société A et la société B consomment chacune 15 unités du service 1 et 10 unités du service 2 :		
Avantage pour la société A :		
Service 1 : 15 unités × 120 par unité	1 800	
Service 2 : 10 unités × 105 par unité	<u>1 050</u>	
Total	2 850	(50 % de la valeur totale de 5 700)
Avantage pour la société B :		
Service 1 : 15 unités × 120 par unité	1 800	
Service 2 : 10 unités × 105 par unité	<u>1 050</u>	
Total	2 850	(50 % de la valeur totale de 5 700)

5. Dans le cadre de l'ARC, la valeur des contributions de la société A et de la société B doit correspondre à leurs parts respectives des avantages escomptés, c'est-à-dire 50%. Attendu que la valeur totale des contributions dans le cadre de l'ARC atteint 5 700, cela signifie que chaque partie doit contribuer à hauteur de 2 850. La valeur de la contribution en nature de la société A s'élève à 3 600 et la valeur de la contribution en nature de la société B s'élève à 2 100. En conséquence, la société B doit procéder à un paiement compensatoire s'élevant à 750 au profit de la société A. Cela a pour effet de « compléter » la contribution de la société B à concurrence de 2 850 et compense la contribution de la société A du même montant.

6. Si les contributions sont mesurées d'après le coût plutôt que la valeur, puisque les sociétés A et B reçoivent chacune 50% des bénéfices totaux, elles auraient dû contribuer à 50% des coûts totaux, soit 2 500 chacune, c'est-à-dire que la société B aurait dû effectuer un paiement compensatoire de 500 (au lieu de 750) au profit de la société A.

7. En l'absence d'ARC, la société A achèterait 10 unités du service 2 à un prix de pleine concurrence s'élevant à 1 050 et la société B achèterait 15 unités du service 1 à un prix de pleine concurrence s'élevant à 1 800. Le résultat net serait un paiement de 750 de la société B à la société A. Comme indiqué

ci-dessus, le résultat de pleine concurrence ne peut être obtenu dans le cadre de l'ARC que lorsque les contributions sont mesurées d'après leur valeur.

Exemple 1A

8. Les faits sont les mêmes que dans l'exemple 1. Conformément aux indications du paragraphe 8.27, une autre méthode permettant d'obtenir un résultat identique dans l'exemple 1 consiste à utiliser le processus en deux étapes expliqué ci-dessous.

9. Étape 1 (contributions mesurées d'après le coût) : La société A devrait supporter 50 % du coût total s'élevant à 5 000, soit 2 500. Le coût de la contribution en nature de la société A s'élève à 3 000. La société B devrait supporter 50 % du coût total, soit 2 500. Le coût de la contribution en nature de la société B s'élève à 2 000. En conséquence, la société B doit procéder à un paiement compensatoire s'élevant à 500 au profit de la société A. Cela tient compte d'un paiement compensatoire associé aux contributions actuelles.

10. Étape 2 (tenant compte des contributions supplémentaires en valeur à l'ARC) : La société A produit une valeur excédentaire de 20 sur les coûts par unité. La société B produit une valeur excédentaire de 5 sur les coûts par unité. La société A consomme 10 unités du service 2 (valeur excédentaire de 50 sur le coût) et la société B consomme 15 unités du service 1 (valeur excédentaire de 300 sur le coût). En conséquence, la société A doit recevoir une contrepartie de 250 pour l'apport supplémentaire de valeur de 250 à l'ARC. Cela tient compte d'un paiement compensatoire associé aux contributions préexistantes.

11. La méthode en deux étapes prévoit un partage des coûts ainsi qu'un paiement distinct et supplémentaire au profit du participant qui apporte une contribution supplémentaire de valeur à l'accord. En général, la contribution supplémentaire de valeur peut tenir compte des contributions préexistantes telles que les actifs incorporels détenus par l'un des participants, qui sont significatives pour l'objectif de l'ARC. En conséquence, la méthode en deux étapes pourrait être appliquée de manière plus efficace aux ARC de développement.

Exemple 2

12. Les faits sont identiques à l'exemple 1, à ceci près que la valeur du service 1 par unité s'élève à 103 (c'est-à-dire que le service 1 et le service 2 sont des services de faible valeur). Supposons, par conséquent, que le calcul des coûts et la valeur des services soient les suivants :

Coût de fourniture des services de la société A (30 unités × 100 par unité)	3 000	(60 % des coûts totaux)
Coût de fourniture des services de la société B (20 unités × 100 par unité)	<u>2 000</u>	(40 % des coûts totaux)
Coût total pour le groupe	5 000	
Valeur de la contribution apportée par la société A (30 unités × 103 par unité)	3 090	(59.5 % des contributions totales)
Valeur de la contribution apportée par la société B (20 unités × 105 par unité)	<u>2 100</u>	(40.5 % des contributions totales)
Valeur totale des contributions apportées dans le cadre de l'ARC	5 190	
La société A et la société B consomment chacune 15 unités du service 1 et 10 unités du service 2 :		
Avantage pour la société A :		
Service 1 : 15 unités × 103 par unité	1 545	
Service 2 : 10 unités × 105 par unité	<u>1 050</u>	
Total	2 595	(50 % de la valeur totale de 5 190)
Avantage pour la société B :		
Service 1 : 15 unités × 103 par unité	1 545	
Service 2 : 10 unités × 105 par unité	<u>1 050</u>	
Total	2 595	(50 % de la valeur totale de 5 190)

13. Aux termes de l'ARC, la valeur des contributions de la société A et de la société B doit correspondre à leur part respective des avantages escomptés, c'est-à-dire 50 %. Attendu que la valeur totale des contributions dans le cadre de l'ARC atteint 5 190, cela signifie que chaque partie doit contribuer à hauteur de 2 595. La valeur de la contribution en nature de la société A s'élève à 3 090. La valeur de la contribution en nature de la société B s'élève à 2 100. En conséquence, la société B doit procéder à un paiement compensatoire de 495 au profit de la société A. Cela a pour effet de « compléter » la contribution de la société B à concurrence de 2 595 et compense la contribution de la société A du même montant.

14. Dans cet exemple, l'ensemble des contributions à l'ARC étant des services de faible valeur, il est possible, par commodité, d'évaluer les contributions d'après le coût car cela permet d'obtenir des résultats qui conformes globalement au principe de pleine concurrence. Selon cette approche pratique, le coût de la contribution en nature de la société A s'élève à 3 000 ; le coût de la contribution en nature de la société B s'élève à 2 000 et chaque participant doit supporter les coûts correspondant à 50 % du coût total des contributions (2 500). En conséquence, la société B doit procéder à un paiement compensatoire s'élevant à 500 au profit de la société A.

Exemple 3

15. Les faits sont identiques à l'exemple 1 à ceci près que la valeur unitaire du service 2 s'élève à 120 (c'est-à-dire que le service 1 et le service 2 ont la même valeur et qu'aucun des deux n'est un service de faible valeur).

Coût de fourniture des services de la société A (30 unités × 100 par unité)	3 000	(60 % des coûts totaux)
Coût de fourniture des services de la société B (20 unités × 100 par unité)	<u>2 000</u>	(40 % des coûts totaux)
Cout total pour le groupe	5 000	
Valeur de la contribution apportée par la société A (30 unités × 120 par unité)	3 600	(60 % des contributions totales)
Valeur de la contribution apportée par la société B (20 unités × 120 par unité)	<u>2 400</u>	(40 % des contributions totales)
Valeur totale des contributions apportées dans le cadre de l'ARC	6 000	
La société A et la société B consomment chacune 15 unités du service 1 et 10 unités du service 2 :		
Avantage pour la société A :		
Service 1 : 15 unités × 120 par unité	1 800	
Service 2 : 10 unités × 120 par unité	<u>1 200</u>	
Total	3 000	(50 % de la valeur totale de 6 000)
Avantage pour la société B :		
Service 1 : 15 unités × 120 par unité	1 800	
Service 2 : 10 unités × 120 par unité	<u>1 200</u>	
Total	3 000	(50 % de la valeur totale de 6 000)

16. Dans le cadre de l'ARC, la valeur des contributions de la société A et de la société B doivent correspondre à leurs parts respectives des avantages escomptés, c'est-à-dire 50%. Attendu que la valeur totale des contributions dans le cadre de l'ARC atteint 6 000, cela signifie que chaque partie doit contribuer à hauteur de 3 000. La valeur de la contribution en nature de la société A s'élève à 3 600. La valeur de la contribution en nature de la société B s'élève à 2 400. En conséquence, la société B doit procéder à un paiement compensatoire s'élevant à 600 au profit de la société A. Cela a pour effet de « compléter » la contribution de la société B à concurrence de 3 000 et compense la contribution de la société A du même montant. L'exemple 3 démontre que, de manière générale, l'évaluation des contributions d'après le coût, n'aboutit pas à un résultat de pleine concurrence, y compris dans des situations dans lesquelles la marge de pleine concurrence sur le coût des contributions est identique.

Exemple 4

17. La société A et la société B sont membres d'un groupe d'entreprises multinationales et décident d'entreprendre le développement d'un actif incorporel par le biais d'un ARC. Il est prévu une rentabilité élevée de l'actif incorporel sur la base des actifs incorporels dont dispose déjà la société B, de ses résultats et de l'expérience de son personnel de recherche-développement. La société A exerce, par le biais de son propre personnel, toutes les fonctions attendues d'un participant à un ARC de développement ayant un droit d'exploitation de l'actif incorporel en résultant, notamment les fonctions requises pour exercer un contrôle des risques qu'il assume conformément aux principes figurant dans les paragraphes 8.14 à 8.18. Il est prévu que la mise au point de l'actif incorporel spécifique de cet exemple dure cinq ans avant de pouvoir être exploité commercialement et, en cas de réussite, il est prévu que sa valeur dure dix ans après son exploitation initiale.

18. En vertu de l'ARC, la société A fournira le financement associé à la mise au point de cet actif incorporel (sachant que l'on table sur des coûts de mise au point de 100 millions USD par an pendant 5 ans). La société B apportera les droits de mise au point liés aux actifs incorporels, pour lesquels la société A est investie de droits aux termes de l'ARC, quel que soit le résultat des objectifs de l'ARC et exercera toutes les activités liées à la mise au point, à l'entretien et à l'exploitation de l'actif incorporel considéré. La valeur des contributions de la société B (comprenant la réalisation des activités ainsi que l'utilisation des actifs incorporels préexistants) devrait être déterminée conformément aux orientations du chapitre VI et serait susceptible d'être fondée sur la valeur escomptée de l'actif incorporel devant être produit dans le cadre de l'ARC, déduction faite de la contribution au financement de la société A.

19. Une fois mis au point, cet actif incorporel devrait déboucher sur des bénéfices de 550 millions USD par an (au cours des années 6 à 15). L'ARC prévoit que la société B aura des droits exclusifs d'exploitation de l'actif incorporel en résultant dans le pays B (qui doit aboutir à des bénéfices de 220 millions USD par an au cours des années 6 à 15) et que la société A aura des droits exclusifs d'exploitation de l'actif incorporel dans le reste du monde (devant déboucher sur des bénéfices de 330 millions USD par an).

20. Compte tenu des solutions de remplacement réalistes dont disposent les sociétés A et B, il est établi que la valeur de la contribution de la société A est équivalente au rendement, corrigé des risques, de son engagement de financement de R&D. Supposons que celui-ci soit évalué à 110 millions USD

par an (pour les années 6 à 15)¹. Cependant, dans le cadre de l'ARC, il est prévu que la société A bénéficie d'avantages équivalents à 350 millions USD de bénéfices par an au cours des années 6 à 15 (et non pas 110 millions USD). Cette valeur supplémentaire escomptée des droits obtenus par la société A (c'est-à-dire, la valeur escomptée dépassant la valeur de l'investissement en financement de la société A) reflète l'apport des contributions préexistantes de la société B en actifs incorporels et l'engagement de R&D pour l'ARC. La société A doit payer en échange de la valeur supplémentaire reçue. Par conséquent, il est nécessaire d'effectuer des paiements compensatoires de la société A au profit de la société B. En effet, la société A devrait verser à la société B un paiement compensatoire relatif à ses contributions, égal à la valeur présente, en tenant compte du risque lié à ce futur revenu et s'élevant à 220 millions USD par an, par anticipation pour les années 6 à 15.

Exemple 5

21. Les faits sont identiques à ceux de l'exemple 4 à ceci près que l'analyse fonctionnelle indique que la société A n'a pas la capacité de prendre la décision de saisir ou de rejeter une opportunité porteuse de risque présentée par la participation à un ARC ni de prendre la décision de répondre aux risques associés à cette opportunité et selon quelles modalités. Elle n'a pas non plus la capacité d'atténuer les risques ni d'évaluer et de prendre des décisions relatives aux mesures d'atténuation du risque prises par une autre partie pour son compte.

22. Dans le cadre de la délimitation précise des transactions associées à l'ARC, l'analyse fonctionnelle indique, par conséquent, que la société A ne contrôle pas ses risques spécifiques liés à l'ARC, selon le paragraphe 8.15 et, par conséquent, qu'elle n'a pas droit à une part du résultat, ce qui est la finalité de l'ARC.

1. Aux fins de cet exemple, il n'est pas nécessaire de calculer ces résultats. Il est supposé dans le cadre de cet exemple qu'un « investissement » consistant à financer à hauteur de 100 millions USD par an pendant 5 ans un projet présentant un tel niveau de risque devrait déboucher, dans des conditions de pleine concurrence, sur des bénéfices anticipés de 110 millions USD par an pendant les 10 années suivantes. Les résultats utilisés dans cet exemple ont pour seul objet de démontrer les principes illustrés dans cet exemple et non pas d'expliquer comment déduire le niveau des revenus de pleine concurrence des participants à un ARC.

Appendice

Recommandation du Conseil sur la détermination des prix de transfert entre entreprises associées [C(95)126/Final, telle que modifiée]

LE CONSEIL,

VU l'Article 5 b) de la Convention relative à l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques, en date du 14 décembre 1960 ;

VU la Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales et les Principes directeurs qui y sont annexés [C(76)99(Final)] ;

VU la Déclaration sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices [C/MIN(2013)22/FINAL] et l'Exposé des actions 2015 ainsi que les mesures figurant dans les Rapports 2015 du Projet BEPS auxquels le conseil a donné son aval le 1^{er} octobre 2015 [C(2015)125/REV1] ainsi que les dirigeants du G20 lors du Sommet d'Antalya les 15 et 16 novembre 2015 ;

VU les Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales (ci-après les « Principes directeurs ») telles qu'elles peuvent être modifiées par le Comité des affaires fiscales ;

VU la Recommandation du Conseil sur les mesures de lutte contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices se rapportant aux prix de transfert [C(2016)79], qui recommande aux membres et aux non-membres qui y ont adhéré de suivre les orientations énoncées dans les Rapports 2015 du Projet BEPS sur les Actions 8-10 « Aligner les prix de transfert calculés sur la création de valeur » [C(2015)125/ADD8] et sur l'Action 13 « Documentation des prix de transfert et déclarations pays par pays » [C(2015)125/ADD11] tels qu'incorporés dans les Principes directeurs ;

VU l'établissement du Cadre Inclusif sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices tel que convenue par le Comité des affaires

fiscales [CTPA/CFA/NOE2(2016)1/REV3], présenté au conseil [C/M(2016)3], et approuvé par les ministres des Finances du G20 à leur réunion des 26-27 février 2016 à Shanghai, Chine, en vertu de laquelle plus de 100 pays et juridictions ont été invités à participer en tant que membres [C(2016)78], c'est-à-dire sur un pied d'égalité avec les membres de l'OCDE sur la base des mêmes engagements que les membres de l'OCDE et les Associés existants en ce qui concerne le Projet BEPS ;

CONSIDÉRANT la nécessité fondamentale de coopérer entre administrations fiscales afin de supprimer les obstacles que présente la double imposition pour la libre circulation des biens, des services et du capital entre les juridictions ;

CONSIDÉRANT la nécessité tout aussi fondamentale de prévenir efficacement la double non-imposition ainsi que l'absence ou la faible imposition résultant de l'application erronée des normes internationales pour les règles de prix de transfert conduisant à des résultats dans lesquels l'allocation des bénéfices n'est pas alignée avec l'activité économique qui a produit le bénéfices ;

CONSIDÉRANT que les transactions entre entreprises associées peuvent intervenir dans des conditions différentes de celles qui sont appliquées entre des entreprises indépendantes ;

CONSIDÉRANT que les prix pratiqués pour ces transactions entre entreprises associées (généralement désignés sous le nom de prix de transfert) devraient correspondre, en vue de l'imposition, aux prix qui seraient pratiqués entre des entreprises indépendantes (généralement désignés sous le nom de prix de pleine concurrence) conformément à l'Article 9 (paragraphe 1) du Modèle de convention de l'OCDE concernant le revenu et la fortune ;

CONSIDÉRANT que les problèmes posés par les prix de transfert pratiqués dans les transactions internationales prennent une importance particulière du fait du volume considérable de ces transactions ;

CONSIDÉRANT la nécessité de parvenir à une plus grande cohérence dans les approches des administrations fiscales d'une part et des entreprises associées de l'autre, dans la détermination des revenus et dépenses d'une société qui fait partie d'un groupe multinational dont il faut tenir compte dans le cadre d'une juridiction donnée.

Sur proposition du Comité des affaires fiscales :

I. RECOMMANDE que les membres et non-membres qui ont adhéré à cette Recommandation (ci-après « les adhérents ») :

- i) suivent, lorsqu'elles examinent et, s'il y a lieu, ajustent les prix de transfert entre entreprises associées afin de déterminer le revenu imposable, les Principes directeurs – considérant l'intégralité

de ces Principes directeurs et l'interaction entre les différents chapitres – pour aboutir à la détermination d'un prix de pleine concurrence pour des transactions entre entreprises associées ;

- ii) encouragent les contribuables à suivre les Principes directeurs et qu'à cette fin, les Adhérents donnent aux Principes directeurs une large publicité et les fassent traduire, s'il y a lieu, dans leurs langue(s) nationale(s) ;
- iii) continuent à développer la coopération, sur une base bilatérale ou multilatérale, dans les domaines concernant les prix de transfert.

II. INVITE les adhérents à notifier au Comité des affaires fiscales toute modification au texte des lois ou règlements applicables à la détermination des prix de transfert ou à l'adoption de nouvelles lois ou règlements.

III. INVITE les adhérents et le Secrétaire général à diffuser cette Recommandation ainsi que les Principes directeurs.

IV. INVITE les non-adhérents à tenir dûment compte de cette Recommandation et à y adhérer.

V. CHARGE le Comité des affaires fiscales de :

- i) poursuivre ses travaux sur les questions se rattachant aux prix de transfert et de modifier les Principes directeurs comme de besoin ;
- ii) de suivre la mise en œuvre des Principes directeurs, en coopération avec les autorités fiscales des Adhérents et avec la participation des milieux d'affaires ainsi que des autres parties prenantes ; et de faire rapport au Conseil, tous les cinq ans à la lumière de ce suivi ;
- iii) de développer son dialogue avec les juridictions qui n'ont pas adhéré à cette Recommandation, en vue de les aider à se familiariser avec les Principes directeurs et à adhérer à la présente Recommandation.

Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales

Dans une économie mondiale où les entreprises multinationales (EMN) jouent un rôle prépondérant, les gouvernements doivent s'assurer que les profits imposables des EMN ne sont pas transférés artificiellement hors de leur juridiction et que l'assiette fiscale déclarée par les EMN dans leur pays reflète l'activité économique qui y est menée. Pour les contribuables, il est essentiel de limiter les risques de double imposition économique. Les *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert* fournissent des lignes directrices sur l'application du « principe de pleine concurrence », qui représente le consensus international pour la valorisation des transactions internationales entre entreprises associées.

L'édition de janvier 2022 comprend les instructions révisées sur la mise en œuvre de la méthode transactionnelle du partage des bénéfices et les instructions à l'intention des administrations fiscales sur l'application de l'approche relative aux actifs incorporels difficiles à valoriser approuvées en 2018, ainsi que les nouvelles instructions sur les prix de transfert relatives aux transactions financières approuvées en 2020. Par ailleurs, des modifications de conformité ont été apportées au reste des *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert*. Les *Principes applicables en matière de prix de transfert* ont été approuvés par le Conseil de l'OCDE dans leur version originale en 1995.

2022



IMPRIMÉ ISBN 978-92-64-66854-6
PDF ISBN 978-92-64-40745-9



9 789264 668546