

NATIONS UNIES

MANUEL PRATIQUE SUR LES PRIX DE TRANSFERT À L'INTENTION DES PAYS EN DÉVELOPPEMENT 2021



Nations Unies

ST/ESA/377

Département des affaires économiques
et sociales

Nations Unies

Manuel Pratique sur les prix de transfert à l'intention des pays en développement 2021



Nations Unies
New York, 2021

Copyright © décembre 2021
Nations Unies

Tous les droits sont réservés

eISBN : 9789210001069

Pour plus d'informations, veuillez contacter :

Nations Unies
Département des affaires économiques et sociales
Bureau du financement du développement durable
Secrétariat des Nations Unies
Two UN Plaza, Chambre DC2-2170
New York, N.Y. 10017, USA
Tel : (1-212) 963-7633 • Fax : (1-212) 963-0443
Adresse électronique : ffdoffice@un.org

Avant-propos de la troisième édition (2021)

MANUEL PRATIQUE SUR LES PRIX DE TRANSFERT À L'INTENTION DES PAYS EN DÉVELOPPEMENT

Cette troisième édition du Manuel pratique des Nations Unies sur les prix de transfert à l'intention des pays en développement (le Manuel) prend appui sur l'expérience de la première (2013) et de la deuxième édition (2017) et tient compte des commentaires portant sur la version la plus récente. Toutefois, elle vise également à intégrer les développements dans le domaine de l'analyse et de l'administration des prix de transfert depuis lors.

En 2017, à la quinzième session du Comité d'experts de la coopération internationale en matière fiscale (« le Comité ») des Nations Unies, un nouveau Sous-comité sur l'article 9 (Entreprises associées) a été créé : (« le Sous-comité ») Prix de transfert. Ce Sous-comité, coordonné par M^{me} Ingela Willfors et M. Stig Sollund, a eu pour mandat ce qui suit :

Le Sous-comité a été chargé de réviser et de mettre à jour le Manuel pratique des Nations Unies sur les prix de transfert à l'intention des pays en développement en se fondant sur les principes ci-après :

- *Qu'il reflète le fonctionnement de l'article 9 du Modèle de convention des Nations Unies et le principe de pleine concurrence qui y est inscrit, et soit conforme aux Commentaires pertinents du Modèle des Nations Unies;*
- *Qu'il reflète les réalités et les besoins des pays en développement aux stades de développement des capacités auxquels ils sont parvenus;*
- *Qu'une attention particulière soit accordée à l'expérience acquise par les pays en développement et aux questions et options les plus pertinentes pour eux;*
- *Qu'il s'inspire du travail accompli au sein d'autres instances.*

Le Sous-comité tiendra dûment compte des résultats du Plan d'action de l'OCDE et du Groupe des Vingt (G20) sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices en lien avec les prix de transfert. Le Manuel doit refléter la situation particulière des économies les moins avancées.

Le Sous-comité rendra compte de ses progrès durant les sessions du Comité et soumettra, aux fins de discussion et d'adoption, la version définitive du Manuel révisé au plus tard en 2021, à la vingt-deuxième session, mais si possible en 2020.

Ce Manuel a comme important objectif de contribuer à une compréhension commune quant à la manière d'appliquer le principe de pleine concurrence afin d'éviter les doubles impositions et de prévenir les différends en matière de prix de transfert, ou de les résoudre, comme le souligne le paragraphe 4 du Commentaire sur l'article 9 du Modèle de convention des Nations Unies.

Conformément aux recommandations formulées par le Sous-comité à la dix-septième session et adoptées par le Comité, cette troisième édition du Manuel apporte des améliorations sur le plan de l'accessibilité et de l'utilité pratique, actualise et améliore le texte existant, y compris en ce qui concerne les pratiques des pays (partie D), et comprend du nouveau contenu, en particulier sur les transactions financières, le partage de bénéfices, l'approvisionnement centralisé et les problèmes de comparabilité. Le renforcement de la capacité motivé par le Manuel a amené les pays en développement à faire part de leurs commentaires en contexte, a aidé à cerner les domaines d'amélioration prioritaires et a contribué à mieux cibler les messages du Manuel et les exemples utilisés.

Les avant-propos des deux premières éditions de ce Manuel, repris dans les pages suivantes, restent pertinents quant à la substance. En particulier, l'avant-propos de la première édition, qui reconnaît que :

« Même si l'objectif était de parvenir à un consensus aussi large que possible, il a été considéré comme le plus approprié, pour un manuel pratique, d'inclure certains éléments pour lesquels aucun consensus n'a pas pu être atteint. Toutefois il s'ensuit que les opinions particulières exprimées dans ce Manuel ne doivent aucunement être attribuées à quiconque ayant participé à sa rédaction. [La partie D] diffère cependant des autres chapitres sur le plan de la conception. Elle offre un aperçu des pratiques administratives de certains pays sur la base des descriptions assez détaillées fournies par leurs représentants, et il n'a pas été jugé possible ni approprié de rechercher un consensus sur la manière dont ces pratiques nationales sont décrites. [La partie D] doit être lue avec cette différence à l'esprit. »

En fait, la part du commerce intragroupe dans le commerce mondial dépasse probablement de loin les précédentes estimations présentées dans les premières éditions du Manuel, ce qui rend les questions traitées plus importantes que jamais.

À l’instar des sous-comités associés à la rédaction des éditions précédentes de ce Manuel, ce Sous-comité est composé de membres d’administrations fiscales et de décideurs possédant une vaste expérience du domaine des prix de transfert, ainsi que de représentants des milieux universitaires, d’organisations internationales et du secteur privé, ce qui comprend des entreprises multinationales et des conseillers fiscaux. Le Sous-comité a tenu des rencontres productives à de nombreuses reprises: à New York (février 2018 et mai 2018); à Quito (octobre 2018); à l’Université des sciences économiques et commerciales de Vienne (février 2019 et février 2020); au Bureau international de documentation fiscale à Amsterdam (juillet 2019); et à Nairobi (décembre 2019). De brèves réunions ont également eu lieu en marge de certaines sessions du Comité. La générosité des hôtes nationaux et institutionnels des réunions du Sous-comité est chaleureusement saluée, tout comme le précieux soutien de la Commission européenne pour certaines de ces réunions et celui du gouvernement norvégien pour ce projet et d’autres du Comité.

Les membres du Sous-comité et leur pays (dans le cas des fonctionnaires) ou affiliation actuelle (dans d’autres cas) – en gardant à l’esprit que les membres siègent à titre individuel – qui ont contribué à divers moments à cette version mise à jour du Manuel sont : Ingela Willfors (Suède – Co-coordinatrice); Stig Sollund (Norvège – Co-coordonateur); Joseph Andrus (consultant indépendant); Rajat Bansal (Inde); Melinda Brown (OCDE); Hafiz Choudhury (The M Group Inc., États-Unis); Mathew Gbonjubola (Nigéria); Stefan Greil (Allemagne); Andrew Hickman (consultant indépendant); Mitsuhiro Honda (Université de Tsukuba, Japon); Michael Kobetsky (Université nationale australienne et Université de Melbourne, Australie); Michael McDonald (EY, États-Unis); Toshio Miyatake (Adachi, Henderson, Miyatake et Fujita, Japon); George Obell (Kenya); Emily Muyaa (Bureau international de documentation fiscale); T.P. Ostwal (T.P. Ostwal & Associates LLP, Inde); Raffaele Petruzzi (Centre des prix de transfert, Université des sciences économiques et commerciales de Vienne, Autriche); Christoph Schelling (Suisse); Jolanda Schenk (Shell, Pays-Bas); Carlos Perez-Gomez Serrano (Royalty Range, Mexique); Caroline Silberztein (Baker et McKenzie, France); Monique van Herksen (Simmons et Simmons, Pays-Bas); Jose I. Troya González (Équateur); Marcos Valadão (Fondation Getulio Vargas, Brasilia, Brésil); Xiaoyue Wang (KPMG, Chine); Zhang Ying (Chine); et Sing Yuan Yong (Singapour); l’aide apportée au Sous-comité par Marc Bochsler et Basil Peyer (tous deux de Suisse) est également saluée.

Le rôle spécial supplémentaire à titre de consultant de M. Hafiz Choudhury, membre du Sous-comité, mérite d’être chaleureusement salué. Il en va de même de l’aide apportée dans ce travail par le Secrétariat, notamment par Michael Lennard, Irving Ojeda Alvarez et Ilka Ritter, assisté par John Mutwiri Miriti, qui est également grandement appréciée.

MANUEL PRATIQUE DES NATIONS UNIES SUR LES PRIX DE TRANSFERT À
L'INTENTION DES PAYS EN DÉVELOPPEMENT (2021)

Note sur la numérotation des paragraphes : afin d'améliorer la lisibilité de cette troisième édition du Manuel, un système de numérotation à quatre chiffres a été introduit pour les paragraphes. Il faut toutefois tenir compte de certaines différences de numérotation en passant d'un chapitre à l'autre en raison de l'étendue de la matière à couvrir sous certaines rubriques et sous-rubriques particulières, ce qui entraîne quelques incohérences très limitées. L'ancienne numérotation est toutefois utilisée dans les cas de renvois à l'édition précédente, généralement dans les notes de bas de page. Une lettre d'identification (par exemple, « partie A ») a été conservée pour identifier les diverses parties du Manuel, mais n'est plus utilisée dans la numérotation actuelle des paragraphes.

Avant-propos de la deuxième édition (2017)

Cette deuxième édition du Manuel pratique des Nations Unies sur les prix de transfert à l'intention des pays en développement (le Manuel) prend appui sur la première édition (2013) tout en intégrant les commentaires suscités par cette version. Toutefois, elle cherche également à prendre en compte les développements dans les domaines de l'analyse et de l'administration des prix de transfert depuis lors.

À la neuvième session du Comité d'experts de la coopération internationale en matière fiscale en octobre 2013, un Sous-comité a été formé avec pour mandat, entre autres, de mettre ce Manuel à jour.

Le Sous-comité reconstitué sur l'article 9 (Entreprises associées): Prix de transfert a eu pour mandat les éléments énumérés ci-dessous en ce qui a trait à ce Manuel.

Mise à jour et amélioration du Manuel pratique des Nations Unies sur les prix de transfert à l'intention des pays en développement.

Le Sous-comité dans son ensemble a pour mandat de mettre à jour le Manuel pratique des Nations Unies sur les prix de transfert à l'intention des pays en développement dans le respect des principes suivants :

- Qu'il reflète le fonctionnement de l'article 9 du Modèle de convention des Nations Unies et le principe de pleine concurrence qui y est inscrit, et soit conforme aux commentaires pertinents du Modèle des Nations Unies;
- Qu'il reflète les réalités des pays en développement aux stades de développement des capacités auxquels ils sont parvenus;
- Qu'une attention particulière soit accordée à l'expérience acquise par les pays en développement;
- Qu'il s'inspire du travail accompli au sein d'autres instances.

Pour remplir son mandat, le Sous-comité examinera en particulier les commentaires et les propositions d'amendements au Manuel et fournira des ébauches de chapitres supplémentaires sur les services intragroupes, les frais de gestion et les actifs incorporels, ainsi qu'un projet d'annexe sur les ressources existantes en matière d'assistance technique et de renforcement des capacités susceptibles d'aider les pays en développement. Le Sous-comité tiendra dûment compte des

résultats du Plan d'action de l'OCDE et du Groupe des Vingt (G20) sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices en lien avec les prix de transfert, et le Manuel reflète la situation particulière des économies moins avancées.

Le Sous-comité rendra compte de ses progrès durant les sessions annuelles du Comité et soumettra, aux fins de discussion et d'adoption, la version définitive du Manuel mis à jour à la douzième session annuelle du Comité, en 2016.

À sa douzième session, le Comité a approuvé la proposition de mise à jour du Manuel, reconnaissant que les objectifs du mandat confié au Sous-comité avaient été atteints. Le Manuel s'est amélioré et tient davantage compte des sujets de préoccupation actuels pour les pays et des développements rapides dans le domaine, y compris ceux qui sont en lien avec le Plan d'action de l'OCDE et du G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices mentionnés dans le mandat du Sous-comité. Il a été décidé par le Sous-comité, et convenu par le Comité, de ne pas inclure dans le Manuel une annexe sur les ressources existantes en matière d'assistance technique et de renforcement des capacités susceptibles d'aider les pays en développement, comme indiqué dans le mandat. Il a été jugé préférable de répondre à cet enjeu en créant une page Web mise à jour et gérée par le Secrétariat des Nations Unies.

Les changements intégrés dans cette édition du Manuel sont les suivants :

- Un format révisé et une réorganisation de certaines parties du Manuel pour le rendre plus clair et en faciliter la lecture, notamment en regroupant la matière dans les quatre parties suivantes :
 - La partie A porte sur l'environnement mondial des prix de transfert;
 - La partie B fournit des orientations sur les principes de conception et les questions de politique; elle offre des enseignements techniques sur le principe de pleine concurrence, qui débute par un aperçu dans le chapitre B.1, auquel s'enchaîne une analyse approfondie des thèmes clés dans les chapitres B.2 à B.7. Le chapitre B.8 décrit ensuite les moyens par lesquels certains pays ont établi le cadre juridique applicable à ces principes;
 - La partie C traite de la mise en œuvre pratique d'un régime de prix de transfert dans les pays en développement;
 - La partie D décrit les pratiques de certains pays, à l'image du chapitre 10 de l'édition précédente du Manuel. Elle comprend

un nouvel énoncé sur les pratiques mexicaines et certains autres énoncés nationaux actualisés.

- Un nouveau chapitre sur les services intragroupes;
- Un nouveau chapitre sur les accords de répartition des coûts;
- Un nouveau chapitre sur le traitement des actifs incorporels;
- La mise à jour importante d'autres chapitres;
- Un index pour rendre le contenu plus facilement accessible.

L'avant-propos de la première édition de ce manuel, repris ci-dessous, reste pertinent quant à sa substance. En particulier, la reconnaissance que :

« Même si l'objectif était de parvenir à un consensus aussi large que possible, il a été considéré comme le plus approprié, pour un manuel pratique, d'inclure certains éléments pour lesquels aucun consensus n'a pas pu être atteint. Toutefois il s'ensuit que les opinions particulières exprimées dans ce Manuel ne doivent aucunement être attribuées à quiconque ayant participé à sa rédaction. [La partie D]¹ diffère cependant des autres chapitres sur le plan de la conception. Elle offre un aperçu des pratiques administratives de certains pays sur la base des descriptions assez détaillées fournies par leurs représentants, et il n'a pas été jugé possible ni approprié de rechercher un consensus sur la manière dont ces pratiques nationales sont décrites. [La partie D] doit être lue avec cette différence à l'esprit. »

À l'instar du Sous-comité associé à la rédaction de la première édition de ce Manuel, le Sous-comité actuel est composé de membres d'administrations fiscales possédant une vaste expérience du domaine des prix de transfert, ainsi que de représentants des milieux universitaires, d'organisations internationales et du secteur privé, ce qui comprend des entreprises multinationales et des conseillers. Le Sous-comité a tenu des rencontres productives à New York (à trois occasions), à Santiago du Chili et à Rome et Bergame, en Italie, les trois dernières ayant pu se tenir grâce au généreux soutien des pays hôtes. Le soutien de la Direction générale de la coopération internationale et du développement (DEVCO) de la Commission européenne et, en particulier, de son unité « Appui budgétaire et Gestion des finances publiques » a été particulièrement important pour garantir la réussite d'une réunion à Bergame.

Les membres du Sous-comité et leur pays (dans le cas des fonctionnaires) ou affiliation (dans les autres cas) qui ont contribué à divers moments à cette version mise à jour du Manuel étaient, bien que les membres siègent à titre

¹ Les modifications entre crochets renvoient à la nouvelle structure du Manuel.

individuel : Stig Sollund (Norvège – coordinateur); Joseph Andrus; Ganapati Bhat (Inde); Melinda Brown (OCDE); Hafiz Choudhury (The M Group); Giammarco Cottani (Ludovici & Partners, Italie); Johan de la Rey (Afrique du Sud); Nishana Gosai (Baker & McKenzie, Afrique du Sud); Noor Azian Abdul Hamid (Malaisie); Toshiyuki Kemmochi (Japon); Michael Kobetsky (Université nationale australienne et Université de Melbourne, Australie); Michael McDonald (États-Unis); Toshio Miyatake (Adachi, Henderson, Miyatake & Fujita, Japon); T.P. Ostwal (T.P. Ostwal & Associates, Inde); Christoph Schelling (Suisse); Jolanda Schenk (Shell, Pays-Bas); Carlos Perez-Gomez Serrano (Mexique); Caroline Silberstein (Baker et McKenzie, France); Monique van Herksen; Marcos Valadão (Brésil); Xiaoyue Wang (Chine); Ingela Willfors (Suède) et Zhang Ying (Chine). L'aide apportée au Sous-comité par M. Cao Houle (Chine) ainsi que par messieurs Marc Bochsler et Basil Peyer (tous deux de Suisse) est également saluée.

Le rôle spécial supplémentaire à titre de coordinateur technique de M. Hafiz Choudhury, membre du Sous-comité, mérite d'être chaleureusement salué. Il en va de même de l'aide apportée par le Secrétariat, notamment par Michael Lennard, ainsi que par Ilka Ritter et Tatiana Falcão. Judy Goss a contribué un apport rédactionnel additionnel.

Avant-propos de la première édition (2013)

Le Manuel pratique des Nations Unies sur les prix de transfert à l'intention des pays en développement répond au besoin, souvent exprimé par les pays en développement, d'orientations plus claires sur les aspects politiques et administratifs liés à l'application de l'analyse des prix de transfert à certaines transactions des entreprises multinationales (EMN) en particulier. Ces orientations devraient non seulement aider les responsables politiques et les administrateurs à traiter les questions complexes de prix de transfert, mais devraient également aider les contribuables à mener leurs discussions auprès des administrations fiscales.

Le Modèle de convention des Nations Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement² examine (à l'article 9 – « Entreprises associées ») si les conditions convenues entre des entreprises liées dans leurs relations commerciales et financières, par exemple deux parties d'un groupe multinational, « diffèrent de celles qui auraient été établies entre des entreprises indépendantes ». Le même critère est appliqué à l'article 9 du Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)³. À ce titre, ces deux modèles qui, ensemble, sont à la base de presque tous les traités bilatéraux visant à éviter la double imposition consacrent la « norme de pleine concurrence » (essentiellement une approximation de la fixation des prix sur le marché libre) pour la fixation du prix des transactions au sein des EMN.

Chaque pays peut certes choisir son système fiscal, mais ce Manuel s'adresse à ceux qui souhaitent faire référence à la « norme de pleine concurrence » pour résoudre les questions de prix de transfert. Il s'agit de l'approche que presque tous les pays ont décidé d'adopter. Une telle approche minimise les différends entre pays suscités par les doubles impositions, lourdes d'impacts potentiels sur la façon dont le « climat » d'investissement d'un pays est perçu, tout en luttant contre les éventuels transferts de bénéfices entre les juridictions dans lesquelles une EMN exerce ses activités.

² Nations Unies, « *Modèle de convention des Nations Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement* », révision de 2011. Voir www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/02/UN_Model2011_UpdateFr.pdf.

³ OCDE (2010), « *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune* ». Paris : Éditions de l'OCDE. Accessible à l'adresse suivante : https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/modele-de-convention-fiscale-concernant-le-revenu-et-la-fortune-version-abregee_20745427

Reconnaissant dans la pratique l'appui généralisé et le recours manifeste à la norme de pleine concurrence au sein des pays développés et en développement, les rédacteurs du Manuel n'ont jugé ni nécessaire ni utile de prendre position relativement aux vastes débats sur d'autres normes possibles. Le Manuel contribuera tout au plus à enrichir ces débats sur le plan concret et encouragera les pays en développement à participer aux discussions d'une grande importance pour tous les pays et contribuables.

Il y a un risque, en l'absence d'une réponse efficace aux questions des prix de transfert, que les bénéfices puissent paraître être gagnés dans les juridictions à fiscalité faible ou nulle (réduisant ainsi les taux d'imposition sur les bénéfices ou revenus imposables et les obligations fiscales associées) et que les pertes puissent paraître être subies dans les juridictions à fiscalité élevée (augmentant ainsi les déductions autorisées à des fins fiscales). Cela pourrait avoir pour effet net de réduire au strict minimum les impôts dus et, ce faisant, d'influer sur les recettes fiscales légitimes des pays où se déroule l'activité économique de l'EMN, et donc sur la capacité de ces pays à financer le développement.

Dans ce Manuel, le terme « prix erroné » est utilisé pour désigner sous une forme abrégée des prix non conformes à la norme de pleine concurrence. Le terme ne saurait nécessairement référer à un motif d'évitement fiscal ou de fraude fiscale dans tout cas particulier. Dans l'optique de développement d'un pays, l'impact de la non-conformité des prix au principe de pleine concurrence ne dépend pas nécessairement de l'existence ou non d'une telle intention, bien que cela puisse bien sûr influencer la manière dont le pays réagit à certains cas particuliers de non-conformité.

À l'heure actuelle, aucun chiffre ne quantifie clairement les recettes perdues en raison des erreurs de prix de transfert qui pourraient autrement servir au développement. Cependant, comme la part du commerce intragroupe dans le commerce mondial est généralement estimée à plus de 30 pour cent, il y a des raisons de croire que les pertes sont élevées. Bien qu'il faille mener des recherches sur l'ampleur des pertes potentielles pour les pays en développement, et que la situation varie sans aucun doute considérablement d'un pays à l'autre, manifestement la large marge de décision concernant les prix des transactions conclues au sein d'un groupe a un impact négatif sur les revenus nationaux affectés au développement.

En revanche, le risque posé aux contribuables dans ce domaine complexe, en particulier aux EMN, par la multitude d'approches à l'application de la norme de pleine concurrence dans la pratique peut entraîner de lourdes charges de conformité et le risque d'une double imposition non allégée. Cela peut être le cas même en l'absence d'évitement fiscal ou de fraude fiscale, en raison de la

possibilité de divergences de vues sur le juste prix de pleine concurrence dans un cas particulier. Concourir à l'atteinte d'une compréhension commune des problèmes de prix de transfert peut également améliorer la confiance entre les contribuables et les autorités fiscales et leur permettre à la fois d'éviter certaines divergences entre eux et de résoudre d'autres problèmes plus rapidement.

En offrant des conseils pratiques aux responsables politiques et aux administrateurs sur l'application du principe de pleine concurrence, le Manuel ne cherche pas à être normatif. Il reconnaît tout particulièrement que les besoins des pays, ainsi que leurs capacités, évolueront avec le temps. Une approche « par étapes » ou fondée sur le « cycle de vie », accompagnée d'une stratégie en matière de prix de transfert axée sur les capacités nécessaires pour cerner les objectifs et les domaines d'intervention à court, moyen et long terme produira souvent les meilleurs résultats. Cela pourrait amener de nombreux pays en développement à découvrir la pertinence toute particulière des tout débuts des prix de transfert dans les pays développés et des pratiques actuelles dans d'autres pays, notamment dans les pays en développement.

En illustrant comment l'approche « de pleine concurrence » des prix de transfert peut être exploitée efficacement dans les pays en développement, tout en fournissant des résultats justes et prévisibles pour les contribuables qui investissent dans ces pays, le Manuel se trouve également à expliquer pourquoi cette approche a été si largement acceptée, y compris pour les deux principaux modèles de conventions fiscales. Le Manuel devrait donc aider les pays à prendre d'importantes décisions sur la manière de résoudre les problèmes de prix de transfert, peu importe l'approche qu'ils décideront finalement d'adopter. Il jouera également un rôle pour signaler les domaines nécessitant davantage de soutien et d'assistance à toutes les étapes du développement des prix de transfert dans un pays.

Une approche de la gestion des risques devra orienter les stratégies en matière de fixation des prix de transfert – en reconnaissant les domaines où les risques d'erreur sont les plus grands – et procurer des bénéfices aux administrations fiscales qui nouent une collaboration constructive avec les contribuables pour les aider à prendre connaissance de leurs responsabilités et à les assumer. Les moyens rentables d'assumer ces risques, du point de vue du gouvernement et des contribuables, seront particulièrement importants pour les administrations fiscales des pays en développement.

Il existe un certain nombre d'autres principes directeurs qui ont inspiré ce Manuel et renvoient au mandat du Sous-comité impliqué dans sa rédaction, notamment :

- Il s'agit d'un manuel pratique plutôt que d'un modèle législatif;
- Les formulations doivent être aussi simples et claires que le sujet le permet;
- Le Manuel est rédigé initialement en anglais, mais on reconnaît que l'anglais n'est pas la première langue de la plupart des utilisateurs. Il devrait être traduit dans au moins toutes les autres langues officielles des Nations Unies;
- Une des principales « valeurs ajoutées » du Manuel, c'est son caractère pratique – il traite des vrais problèmes auxquels sont confrontés les pays en développement (et bien sûr de ceux qui traitent avec les administrations de ces pays) d'une manière pratique et concrète. Il cherche donc à aborder la théorie des prix de transfert, mais d'une manière qui reflète les réalités des pays en développement dans ce domaine;
- Le Manuel en tant que produit du Comité d'experts des Nations Unies sur la coopération internationale en matière fiscale occupe une place particulière pour faire valoir la diversité des membres des Nations Unies et la perspective de développement associée à la fixation des prix de transfert. Ce faisant, il reconnaît l'importance de systèmes fiscaux justes et efficaces pour le développement, mais aussi le fait que l'investissement étranger, à des conditions appropriées, peut être envisagé comme un moyen de défricher des voies de développement dans la plupart des pays;
- Pour être utiles, les orientations dans ce domaine complexe doivent obligatoirement être adaptées aux inévitables limites des administrations de certains pays et aux déficits d'information et de compétences qui en touchent plusieurs. Les questions de renforcement et de maintien des capacités tout particulièrement, ainsi que la nécessité, face à des ressources limitées, de concentrer les efforts tout en misant sur la rentabilité, sont pleinement alignées sur l'approche adoptée dans le Manuel;
- Des exemples pratiques pertinents tout particulièrement pour les pays en développement ont été utilisés, car les expériences de leurs homologues pour relever les défis liés aux prix de transfert sont les plus illustratives des solutions rentables qui fonctionnent dans leur contexte, et ce, au meilleur coût et de la manière la plus efficace possible;

- Il a été tenté d'obtenir la cohérence avec les Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert⁴, comme prévu dans le mandat du Sous-comité et conformément au recours généralisé à ces Principes tant par les pays en développement que par les pays développés.

Tout comme la création d'une capacité efficace et efficiente en matière de prix de transfert constitue un cheminement, l'élaboration d'un Manuel visant à orienter ce cheminement l'est également. Ce Manuel a été l'œuvre de nombreux auteurs, et des remerciements particuliers vont aux membres du Sous-comité sur les prix de transfert (questions pratiques) au moment de la rédaction du Manuel⁵ : Stig Sollund (Norvège – coordinateur); Julius Bamidele (Nigéria); Giammarco Cottani (Italie); Nishana Gosai (Afrique du Sud); Mansor Hassan (Malaisie); Michael McDonald (États-Unis); Sanjay Mishra (Inde); Harry Roodbeen (Pays-Bas); Marcos Valadão (Brésil); Shanwu Yuan (Chine); Joseph Andrus (OCDE); Keiji Aoyama (Université de Waseda, Japon); Carol Dunahoo (Baker & McKenzie, États-Unis); Michael Kobetsky (Université nationale australienne et Université de Melbourne, Australie); Kyung Geun Lee (Yulchon Lawyers, Corée); Toshio Miyatake (Adachi, Henderson, Miyatake & Fujita, Japon); T.P. Ostwal (Ostwal & Associates, Inde); Jolanda Schenk (Shell, Pays-Bas); Caroline Silberztein (Baker et McKenzie, France); et Monique van Herksen (Ernst and Young, Pays-Bas).

Les anciens membres du Sous-comité qui ont également contribué étaient Amr El-Monayer (Égypte); José Madariaga Montes (Chili); Carmen van Niekerk (Afrique du Sud); Stefaan de Baets (OCDE). Les observateurs aux diverses réunions du Sous-comité ont fourni des informations précieuses. Michael Lennard a offert les services de secrétariat, assisté notamment par Ilka Ritter.

La Commission européenne, en particulier ses services Initiatives relatives à la fiscalité des sociétés, Appui budgétaire, Gestion des finances publiques et Analyse économique, doivent être félicités pour avoir rendu possible le précieux travail éditorial de Hafiz Choudhury. Il en va de même du ministère royal norvégien des Affaires étrangères pour son soutien supplémentaire. Le Sous-comité

⁴OCDE (2017), « *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales* ». Paris : Éditions de l'OCDE. Accessible à l'adresse suivante : https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/principes-de-l-ocde-applicables-en-matiere-de-prix-de-transfert-a-l-intention-des-entreprises-multinationales-et-des-administrations-fiscales_20769723.

⁵Membres en octobre 2012, date à laquelle le Manuel a été présenté au Comité pour examen. Les membres du Sous-comité siègent uniquement à titre individuel. Par conséquent, les mentions relatives au pays (dans le cas des fonctionnaires) ou aux employeurs (dans d'autres cas) sont à titre indicatif uniquement.

exprime également sa gratitude aux ministères et organismes concernés des gouvernements de la Malaisie, de l'Inde, du Japon, de l'Afrique du Sud et de la République populaire de Chine pour avoir généreusement accueilli les réunions du Sous-comité. Des remerciements sont également adressés à tous ceux qui ont formulé des commentaires sur les projets de chapitres.

Même si l'objectif était de parvenir à un consensus aussi large que possible, il a été considéré comme le plus approprié, pour un manuel pratique, d'inclure certains éléments pour lesquels aucun consensus n'a pas pu être atteint. Toutefois il s'ensuit que les opinions particulières exprimées dans ce Manuel ne doivent aucunement être attribuées à quiconque ayant participé à sa rédaction. Le chapitre 10 diffère cependant des autres chapitres sur le plan de la conception. Il offre un aperçu des pratiques administratives de certains pays sur la base des descriptions assez détaillées fournies par leurs représentants, et il n'a pas été jugé possible ni approprié de rechercher un consensus sur la manière dont ces pratiques nationales sont décrites. Ce chapitre doit être lu avec cette différence à l'esprit.

Ce Manuel permet de mieux comprendre l'application des principes à la base des prix de transfert dans la pratique, car il renvoie fréquemment à des exemples hypothétiques, par exemple au regard du chapitre 5 sur l'analyse de comparabilité et du chapitre 6 sur les méthodes. Ces exemples sont destinés à être purement illustratifs et non pas à traiter de situations ou de cas réels. Enfin, il convient de noter que ce Manuel est conçu comme un ouvrage vivant qui devrait être régulièrement révisé et amélioré, notamment par l'ajout de nouveaux chapitres et de matériel supplémentaire présentant un intérêt particulier pour les pays en développement. Cela ne fera qu'améliorer sa pertinence pour les utilisateurs et son importance en tant qu'outil sur lequel s'appuyer dans le cadre des efforts de renforcement des capacités des Nations Unies et d'autres instances qui sont si nécessaires dans ce domaine.

Table des matières

Avant-propos de la troisième édition (2021)	iii
Avant-propos de la deuxième édition (2017)	vii
Avant-propos de la première édition (2013)	xi
Glossaire	xxxvii
Partie A	
Les Prix de Transfert dans un environnement mondial	1
1 Entreprises Multinationales	2
1.1 Introduction	2
1.2 Développement des Entreprises Multinationales	2
1.3 Structures d'entreprise des EMN.....	6
1.3.1 Principes généraux du droit des sociétés.....	6
1.3.2 Structures de gestion et d'organisation	9
1.3.3 Analyse de la chaîne de valeur.....	13
1.4 Gestion de la fixation des prix de transfert dans une entreprise Multinationale.....	26
Partie B	
Principes de Conception et Considérations de Politique	31
2 Introduction aux prix de transfert	31
2.1 Qu'est-ce qu'un prix de transfert ?.....	31
2.1.1 Généralités	31
2.1.2 Exemples.....	32
2.1.3 Résumé du concept « prix de transfert »	34
2.2 Les questions fondamentales sous-jacentes aux prix de transfert	34
2.3 L'évolution des prix de transfert.....	37

2.4	Le principe de pleine concurrence en matière de prix de transfert	40
2.4.1	Base juridique du principe de pleine concurrence . . .	40
2.4.2	Application du principe de pleine concurrence.	42
2.5	Les prix de transfert en tant que question actuelle et future	45
2.5.1	Questions générales sur les prix de transfert	45
2.5.2	Prix de transfert et pays en développement	45
2.5.3	Insuffisance de comparables.	46
2.5.4	Lacunes sur le plan de l'expérience et des compétences requises.	47
2.5.5	Traitement des synergies au sein des groupes d'EMN	47
2.5.6	Complexité	50
2.5.7	Impact de la numérisation de l'économie.	51
3	Analyse de comparabilité	53
3.1	Raison d'être de l'analyse de comparabilité	53
3.2	Analyse de comparabilité	56
3.3	Analyse des caractéristiques économiquement significatives et transactions contrôlées	57
3.3.1	Rassembler l'information de base sur le contribuable. .	57
3.3.2	Identifier la transaction délimitée avec précision.	58
3.3.3	Évaluer les transactions distinctes et combinées	59
3.4	Examen des facteurs de comparabilité de la transaction contrôlée	60
3.4.1	Aperçu	60
3.4.2	Caractéristiques du bien ou du service transféré.	60
3.4.3	Dispositions contractuelles de la transaction	61
3.4.4	Analyse fonctionnelle	63
3.4.5	Circonstances économiques de la transaction.	90
3.4.6	Stratégies commerciales	96
3.5	Autres étapes de l'analyse de comparabilité	98
3.5.1	Choix de la partie testée	98
3.5.2	Identification des transactions ou des sociétés potentiellement comparables.	99

3.5.3	Ajustements apportés aux comparables	114
3.5.4	Choix de la méthode de prix de transfert la plus appropriée	122
3.5.5	Interprétation des données aux fins de la détermination du prix ou de l'intervalle de pleine concurrence	122
3.5.6	Analyse de la comparabilité des données et détermination des prix de pleine concurrence	123
3.6	Autres questions concernant l'analyse de comparabilité . . .	123
3.6.1	Généralités	123
3.6.2	Questions de cadre temporel	124
3.6.3	Insuffisance de comparables fiables	126
3.6.4	Sélection « trop minutieuse » des comparables (pertes)	126
3.6.5	Compensations intentionnelles	127
3.6.6	Utilisation de l'évaluation en douane	128
3.6.7	Utilisation de comparables secrets	131
3.6.8	Complexité globale du processus	132
3.7	Conclusion	132
4	Méthodes	135
4.1	Introduction aux méthodes de prix de transfert	135
4.1.1	Généralités	135
4.1.2	Choix des méthodes (comment, pourquoi et leurs utilisation)	135
4.1.3	Choix des méthodes disponibles	139
4.2	Méthodes traditionnelles fondées sur les transactions : Méthode du prix comparable sur le marché libre (Comparable Uncontrolled Price ou CUP)	140
4.2.1	Introduction à la méthode CUP	141
4.2.2	Comparabilité dans l'application de la méthode CUP .	142
4.2.3	Forces et faiblesses de la méthode CUP	145
4.2.4	Quand utiliser la méthode CUP	146
4.2.5	Exemples de cas de l'application de la méthode CUP . .	147
4.3	Méthodes traditionnelles fondées sur les transactions : Méthode du prix de revente (Resale Price Method ou RPM)	149

4.3.1	Introduction à la méthode RPM	149
4.3.2	Marge bénéficiaire brute de pleine concurrence.	151
4.3.3	Comparaison transactionnelle et comparaison fonctionnelle.	151
4.3.4	Comparabilité dans l'application de la méthode du prix de revente	152
4.3.5	Forces et faiblesses de la méthode du prix de revente . .	155
4.3.6	Quand utiliser la méthode du prix de revente	156
4.3.7	Exemples de cas, méthode du prix de revente.	157
4.4	Méthodes traditionnelles fondées sur les transactions : Méthode du coût majoré (Cost Plus Method ou CPM)	161
4.4.1	Introduction à la méthode CPM	161
4.4.2	Mécanisme de fonctionnement de la méthode du coût majoré	162
4.4.3	Marge brute de pleine concurrence pour la méthode du coût majoré	163
4.4.4	Comparaison transactionnelle et comparaison fonctionnelle.	164
4.4.5	Comparabilité	165
4.4.6	Détermination des coûts	166
4.4.7	Forces et faiblesses de la méthode du coût majoré	168
4.4.8	Quand utiliser la méthode du coût majoré	168
4.4.9	Exemples de cas de la méthode du coût majoré	169
4.5	Méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfices : Méthode transactionnelle de la marge nette (Transactional Net Margin Method ou TNMM)	171
4.5.1	Introduction	171
4.5.2	Méthode transactionnelle de la marge nette	172
4.5.3	Définition et choix de la partie testée.	173
4.5.4	Fonctionnement de la méthode transactionnelle de la marge nette	175
4.5.5	Exemples	178
4.5.6	Marge bénéficiaire nette de pleine concurrence	185
4.5.7	Comparaison transactionnelle et comparaison fonctionnelle.	188
4.5.8	Comparabilité	189

4.5.9	Autres orientations: application de la méthode TNMM	190
4.5.10	Forces et faiblesses de la méthode TNMM	192
4.5.11	Quand utiliser la méthode transactionnelle de la marge nette	193
4.6	Méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfices : Méthode du partage des bénéfices (Profit Split Method ou PSM)	195
4.6.1	Introduction à la méthode PSM	195
4.6.2	Forces et faiblesses de la méthode du partage des bénéfices	197
4.6.3	Quand utiliser la méthode du partage des bénéfices	198
4.6.4	Comment appliquer la méthode du partage des bénéfices	207
4.6.5	Détermination des bénéfices à partager	213
4.7	La « Sixième méthode » ou « Approche fondée sur les produits de base »	219
4.7.1	Introduction	219
4.7.2	Fonctionnement de la sixième méthode en pratique	221
4.7.3	Orientations de l'OCDE	225
4.7.4	Orientations du CIAT	227
4.7.5	Considérations relatives à l'utilisation de la sixième méthode	229
5	Services intragroupes	233
5.1	Introduction	233
5.2	Analyse des services intragroupes	235
5.2.1	Types de services intragroupes	235
5.2.2	Le critère de l'avantage	236
5.2.3	Activités de services orientées sur les besoins spécifiques d'une entreprise associée	237
5.2.4	Services centralisés	237
5.2.5	Services rendus « sur demande »	242
5.2.6	Activités non reconnues en matière de prix de transfert	242
5.3	Détermination de la rémunération de pleine concurrence	252
5.3.1	Analyse fonctionnelle	252

5.3.2	Approches de facturation	253
5.3.3	Fourniture d'actifs et de services auxiliaires.	255
5.4	Calcul de la contrepartie de pleine concurrence	256
5.4.1	Introduction	256
5.4.2	Méthode du prix comparable sur le marché libre (CUP)	257
5.4.3	Méthode du coût majoré (CPM)	259
5.4.4	Coûts complets des services: coûts directs et indirects	260
5.4.5	Méthode transactionnelle de la marge nette (TNMM)	261
5.4.6	Méthode du partage des bénéfices	262
5.4.7	Coûts répercutés sans marge (ou coûts intermédiaires)	263
5.4.8	Clés de répartition	264
5.5	Régimes de protection	267
5.5.1	Introduction	267
5.5.2	Régime de protection pour les services à faible valeur ajoutée	269
5.5.3	Régime de protection axé sur les dépenses minimales	271
5.6	Activités centralisées d'approvisionnement intragroupe : Une illustration du fonctionnement des règles sur les services	274
5.7	Questions d'économies découlant de la centralisation des fonctions d'approvisionnement	275
5.8	Objectifs commerciaux de la centralisation des fonctions d'approvisionnement	277
5.9	Évaluation de la rémunération afférente aux activités d'approvisionnement	279
5.10	Le rôle et l'expertise du prestataire de services d'approvisionnement	279
5.11	La nature des articles achetés et les risques commerciaux associés à ces articles	281
5.12	Risques assumés par la société d'approvisionnement du groupe	282
5.13	Approvisionnement auprès d'entreprises associées	284
5.14	Méthodes de fixation des prix	285

5.14.1	Aperçu	285
5.14.2	Exemple d'une activité centralisée d'approvisionnement	286
5.14.3	Application et interprétation de la méthode CUP à l'aide d'un exemple	289
5.14.4	Exemple élargi	294
	Annexe 1 : Exemple de liste de services à faible valeur ajoutée	298
6	Considérations de prix de transfert en matière d'actifs incorporels	301
6.1	Introduction	301
6.2	Identification des actifs incorporels	302
6.2.1	Définition des actifs incorporels	302
6.2.2	Classification des actifs incorporels	304
6.2.3	Actifs incorporels manufacturiers	305
6.2.4	Actifs incorporels de commercialisation	305
6.2.5	Autres aspects de l'identification des actifs incorporels	308
6.3	Propriété des actifs incorporels et transactions portant sur des actifs incorporels	314
6.3.1	Cadre analytique pour l'utilisation ou le transfert d'actifs incorporels	314
6.3.2	Propriété juridique et modalités contractuelles	316
6.3.3	Importance des activités « DAEMPE »	318
6.3.4	Fonctions, actifs et risques contribuant aux activités « DAEMPE »	319
6.3.5	Risques	321
6.3.6	Actifs	322
6.3.7	Rendements « ex ante » et « ex post »	323
6.3.8	Rendement lié au financement et risque financier associé	325
6.3.9	Transactions d'actifs incorporels : Conseils pratiques pour la collecte des faits	327
6.4	Comparabilité	327

6.5	Choix de la méthode de prix de transfert la plus appropriée	328
6.5.1	Généralités.	328
6.5.2	Méthode du prix comparable sur le marché libre (CUP) – méthode fondée sur le prix d'acquisition dans le cas ventes d'actifs incorporels.	329
6.5.3	Méthodes d'évaluation fondées sur les coûts : transferts d'actifs incorporels.	331
6.5.4	Techniques d'évaluation (approche « DCF ») : transferts d'actifs incorporels.	331
7	Accords de répartition des coûts	347
7.1	Introduction	347
7.2	Caractéristiques des ARC.	349
7.3	Participation à un ARC.	350
7.4	Évaluation des contributions à un ARC	351
7.5	Prévision des avantages escomptés.	354
7.6	ARC non conforme au principe de pleine concurrence	356
7.6.1	Généralités	356
7.6.2	Paiements compensatoires.	356
7.6.3	Non prise en compte des clauses de l'ARC	358
7.7	Adhésion à un ARC et retrait ou résiliation.	358
7.7.1	Généralités	358
7.7.2	Paiements d'entrée.	358
7.7.3	Paiements de sortie	359
7.7.4	Résiliation d'un ARC	360
7.8	Conditions générales d'un ARC	360
8	Aspects des réorganisations d'entreprises touchant aux prix de transfert	365
8.1	Établissement du cadre et problèmes de définition	365
8.1.1	Généralités	365
8.1.2	Réorganisations d'entreprises : considérations relatives aux pays en développement	366

8.1.3	Processus d'établissement ou de vérification du principe de pleine concurrence dans une réorganisation d'entreprises.	367
8.2	Types de réorganisations d'entreprises.	370
8.2.1	Généralités	370
8.2.2	Transfert de fonctions et de risques découlant des réorganisations d'entreprises.	372
8.2.3	Résiliation ou renégociation substantielle d'accords existants.	373
8.2.4	Exemple : Considérations opérationnelles concernant les aspects des prix de transfert liés à une réorganisation d'entreprise	374
8.3	Approche modèle pour la vérification des questions de réorganisation d'entreprises	376
9	Transactions financières intragroupes	379
9.1	Accords de financement conclus au sein des EMN	379
9.2	Décisions de financement des entreprises.	381
9.3	Types courants de transactions financières intragroupes ..	382
9.4	Types courants d'unités ou d'entités de financement du groupe.	384
9.5	Approches de l'impôt sur le revenu des sociétés : décisions en matière de financement des MNE	386
9.6	Application du principe de pleine concurrence aux transactions financières (en général).	388
9.7	Caractère de pleine concurrence des transactions financières intragroupe	388
9.7.1	Généralités	388
9.7.2	Caractéristiques économiquement significatives des transactions financières	390
9.8	Prise en compte de la solvabilité des entreprises associées	399
9.9	Prise en compte des risques inhérents à l'instrument financier	406

9.10	Méthodes potentielles de fixation des prix de transfert.	407
9.11	Mesures simplificatrices et « régimes de protection »	408
9.12	Application du principe de pleine concurrence aux prêts intragroupes	410
9.12.1	Différents types de prêts intragroupes et caractéristiques pertinentes à considérer.	410
9.12.2	Détermination du caractère de pleine concurrence des prêts intragroupes.	411
9.12.3	Interaction entre les prêts et d'autres transactions intragroupes	419
9.13	Application du principe de pleine concurrence aux garanties financières intragroupes	422
9.13.1	Différents types de garanties financières intragroupes et caractéristiques pertinentes à prendre en compte.	422
9.13.2	Détermination du caractère de pleine concurrence des garanties financières intragroupes.	424

Part C

Conception de la Législation Relative aux Prix de Transfert et mise en Oeuvre Pratique d'un Régime de Prix de Transfert 433

10	Environnement juridique général pour l'établissement et la mise à jour des régimes de prix de transfert	433
10.1	Introduction	433
10.1.1	Évolution historique des règles relatives aux prix de transfert.	433
10.1.2	Principales considérations dans la conception d'un régime de prix de transfert.	434
10.1.3	Législation nationale relative aux prix de transfert : aperçu structurel	436
10.1.4	Principales considérations dans la conception d'un régime de prix de transfert.	437
10.1.5	Entreprises associées.	439
10.1.6	Transactions visées, disponibilité/priorité des méthodes de fixation des prix de transfert et conformité	440

10.1.7	Informations insuffisantes	442
10.1.8	Charge de la preuve	444
10.1.9	Approche de l'imposition par présomption et principe de pleine concurrence	446
10.1.10	Collecte de renseignements en matière de prix de transfert	447
10.1.11	Équilibre à établir entre loi et règlements subsidiaires .	448
10.2	Règles relatives aux prix de transfert dans les régimes fiscaux nationaux	449
10.2.1	Règles nationales	449
10.2.2	Régime de protection	450
10.2.3	Questions pratiques concernant les régimes de protection	454
10.2.4	Ajustements à la baisse	455
10.2.5	Accords préalables en matière de prix de transfert (APP)	457
10.2.6	Interaction des dispositions relatives aux prix de transfert avec les règles fiscales nationales	458
10.3	Tenue à jour des régimes de prix de transfert	459
10.3.1	Collecte de renseignements	459
10.3.2	Exemples de mesures à prendre pour la mise à jour des régimes de prix de transfert	462
11	Développement des capacités en matière de prix de transfert dans les pays en développement	465
11.1	Introduction	465
11.2	Relation entre les fonctions d'élaboration et d'administration de la politique fiscale	466
11.3	Évaluer les capacités actuelles et les lacunes à combler	467
11.4	Développer la mission, la vision et la culture de l'unité des prix de transfert	469
11.4.1	Objectifs	499
11.4.2	Orientation du client ou contribuable	470
11.4.3	Mise en application des règles – Une approche axée sur le risque	473

11.5	Structure organisationnelle de l'unité des prix de transfert.	474
11.5.1	Introduction	474
11.5.2	Développement des capacités en matière de prix de transfert : Structures possibles.....	476
11.6	Renforcement des capacités de l'équipe	480
11.6.1	Questions générales de gestion des ressources humaines	480
11.6.2	Bassin de compétences nécessaire à l'unité : Bâtir la meilleure équipe.....	482
11.6.3	Formation	487
11.6.4	Documents de recherche/Bases de données	489
11.6.5	Stratégies d'information	490
11.7	Des processus opérationnels efficaces et efficients	491
11.8	Prise en compte des considérations précédentes dans la mise en œuvre	492
11.9	Évaluation de l'efficacité et perfectionnement de l'approche	494
11.10	Exemples de renforcement des capacités en matière de prix de transfert par pays	495
12	Documentation	499
12.1	Introduction	499
12.2	Principes directeurs internationaux en matière de documentation des prix de transfert	500
12.2.1	Norme de l'OCDE et du G20 relative à la documentation des prix de transfert	500
12.2.2	Mise en œuvre des normes documentaires mondiales dans les pays en développement	509
12.3	Expérience des EMN avec les principes directeurs internationaux en matière de documentation	511
12.4	Guide pratique sur les règles et procédures de documentation	512
12.4.1	Charge de la preuve	512
12.4.2	Calendrier de production de la documentation des prix de transfert	513

12.4.3	Sanctions	515
12.4.4	Considérations particulières pour les petites et moyennes entreprises	517
12.4.5	Langue à utiliser pour la documentation des prix de transfert	517
13	Évaluation des risques	519
13.1	Introduction	519
13.2	Sélection des contribuables en vue de la vérification des prix de transfert : Évaluation des risques	520
13.2.1	Principes généraux d'évaluation des risques	520
13.2.2	Catégories de risques et identification des risques	521
13.2.3	Approches possibles en matière d'évaluation des risques	527
13.2.4	Sources d'information pour l'évaluation des risques. .	528
13.2.5	Facteurs de risque	530
13.2.6	Processus d'évaluation des risques.....	531
13.2.7	Outils d'évaluation des risques.....	532
13.2.8	Résultats de l'évaluation des risques	533
14	Vérification des prix de transfert	535
14.1	Planification d'une vérification des prix de transfert	535
14.1.1	Aperçu.....	535
14.1.2	Création de l'équipe de vérification	535
14.1.3	Supervision de la vérification.....	537
14.1.4	Questions à vérifier/ Plan de vérification.....	538
14.1.5	Calendrier de vérification.....	538
15.1.6	Délai de prescription prévu par le droit interne.....	538
14.1.7	Approbations et autorisation formelle	539
14.2	Examen préliminaire	539
14.2.1	Contrôle sur pièces (sur dossier).....	539
14.2.2	Compréhension des activités d'entreprise du contribuable	539

14.2.3	Compréhension du secteur dans lequel le contribuable exerce ses activités	542
14.2.4	Approbation	542
14.3	Procédure de vérification	542
14.3.1	Approche de vérification	542
14.3.2	Notification au contribuable	543
14.3.3	Collecte de renseignements	543
14.3.4	Sources de renseignements	546
14.3.5	Langue	546
14.3.6	Types de renseignements à recueillir	547
14.3.7	Points à examiner au stade initial	548
14.3.8	Demande de renseignements / Renseignements supplémentaires	549
14.3.9	Demande d'entretiens	551
14.3.10	Demande de visite d'installations	552
14.3.11	Comparables secrets	552
14.3.12	Tableau comparatif	552
14.4	Délimitation des questions : Élaboration de la position de l'autorité fiscale	554
14.4.1	Amélioration de la compréhension des activités d'entreprise du contribuable	554
14.4.2	Amélioration de la compréhension du secteur d'activité du contribuable	554
14.4.3	Amélioration de l'analyse fonctionnelle	554
14.4.4	Choix de la méthode de prix de transfert	555
14.4.5	Avis provisoire ou prise de position préliminaire des vérificateurs	555
14.4.6	Projet d'ajustements proposés	555
14.4.7	Notification officielle au contribuable de l'ajustement proposé	556
14.4.8	Émission d'une proposition de rectification/lettre de notification	556
14.4.9	Possibilités de règlement	556

14.5	Clôture du dossier	557
14.6	Contrôles fiscaux et règlement des différends	559
15	Prévention et règlement des différends	561
15.1	Introduction	561
15.2	Considérations particulières liées aux pays en développement	561
15.3	Procédures de prévention des différends	563
15.3.1	Législation et orientations	563
15.3.2	Pratiques et processus officiels	564
15.3.3	Ententes de vérification	568
15.3.4	Accords/arrangements préalables en matière de prix de transfert	568
15.3.5	Élaboration et mise en œuvre d'un programme d'APP	571
15.3.6	Mise en œuvre de vérifications conjointes	573
15.4	Procédures de règlement des différends au niveau national .	574
15.4.1	Recours administratifs	574
15.4.2	Médiation et conciliation	574
15.4.3	Système judiciaire	575
15.5	Procédures de règlement des différends : Dispositions des conventions fiscales	575
15.5.1	Répartition des droits d'imposition	575
15.5.2	La procédure amiable	576
15.5.3	Considérations opérationnelles associées à la procédure amiable	578
15.5.4	Procédure amiable dans le contexte du Cadre inclusif	581
15.5.5	Arbitrage	582
15.5.6	Procédures non contraignantes de règlement des différends	585
15.6	Approches multilatérales	586
15.7	Coordination des procédures de règlement des différends nationaux et transfrontaliers	587

Part D

PRATIQUES NATIONALES	589
Préambule du Sous-comité dans le cadre de l'article 9 (Entreprises associées): Prix de transfert.....	589
1 Brésil – Pratiques nationales	591
1.1 Introduction : explications générales	591
1.2 Méthode du prix de revente avec marges fixes	592
Explication de la méthodologie.....	592
Prix de revente (avec opération de fabrication).....	594
Marges fixes pour la méthode du prix de revente (RPM).....	596
1.3 Méthode du coût majoré avec marges fixes	598
Marges fixes pour la méthode du coût majoré	600
1.4 Différences entre l'application des méthodes aux transctions d'importation et d'exportation	601
1.5 Importations	602
1.6 Exportations	602
1.7 Forces et faiblesses des méthodes brésiliennes avec marges bénéficiaires prédéterminées	603
1.8 Autres explications sur la méthodologie du Brésil en matière de prix de transfert	604
1.9 Commentaires à l'intention des pays envisageant l'adoption de marges fixes	607
2 Chine – Pratiques nationales	611
2.1 Introduction	611
2.2 Première partie : Développements récents en Chine en matière de pratiques de fixation des prix de transfert	613
2.3 Législation nationale et orientations concrètes	615
2.4 Système d'approbation centralisé visant à assurer l'uniformité et la normalisation	616

2.5	Surveillance des bénéfices des EMN en Chine	617
2.6	Intensification des efforts de vérification	617
2.7	Programme d'APP et de Procédure amiable	618
2.8	Expansion des sources de données pour l'analyse comparative	618
2.9	Renforcement de la communication et de la coopération internationales	619
2.10	Établissement d'une équipe professionnelle dédiée aux prix de transfert	619
2.11	Deuxième partie : le système chinois de prix de transfert . . .	620
2.12	Déclarations relatives aux parties liées	621
2.13	Relations entre parties liées	621
2.14	Obligations en matière de documentation contemporaine des prix de transfert	622
2.15	Vérifications des prix de transfert	623
2.16	Méthodes de fixation de prix de transfert	624
2.17	Programme d'APP	624
2.18	Procédure amiable	625
2.19	Partie trois : les défis auxquels font face la Chine et d'autres pays en développement	626
2.20	Défis principaux	627
	Principe de pleine concurrence.....	627
	Insuffisance de comparables fiables.....	628
	Avantages spécifiques de localisation.....	629
	Étapes de calcul.....	632
2.21	Actifs incorporels	633
2.22	Enjeux pratiques et solutions	634
2.23	Solutions de remplacement pour la méthode transactionnelle de la marge nette	638
2.24	Autres expériences et recommandations	639
2.25	Conclusion	640

3	Inde – Pratiques nationales	641
3.1	Introduction	641
3.2	Réglementation des prix de transfert en Inde	642
3.3	Enjeux relatifs aux prix de transfert en Inde	643
	Analyse de comparabilité	643
3.4	Enjeux relatifs aux risques	644
3.5	Intervalle de pleine concurrence	645
3.6	Ajustement de comparabilité	645
3.7	Ajustement secondaire	646
3.8	Économies de localisation	646
3.9	Questions relatives à la base de coûts dans le cadre de la méthode transactionnelle de la marge nette (TNMM)	647
3.10	Actifs incorporels	649
	General	649
3.11	Actifs incorporels générés par les activités de R&D	651
3.12	Actifs incorporels de commercialisation	652
3.13	Services intragroupes	657
3.14	Transactions financières	660
3.15	Règlement des différends	661
3.16	Accords préalables en matière de prix de transfert (APP)	662
3.17	Régime de protection	663
3.18	Rapports finaux sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS), actions 8 à 10 et 13	664
4	Mexique – Pratiques nationales	667
4.1	Introduction	667
4.2	Définition d'une partie liée	668
4.3	Définition d'une partie réputée liée	668
4.4	Obligations précises en matière de documentation	668
4.5	Comparabilité	671

4.6	Procédure de contrôle fiscal	673
4.7	Accords préalables en matière de prix de transfert (APP) ..	676
4.8	Sociétés d'exportation Maquiladoras	676
4.9	Dispositions actuelles relatives aux maquiladoras	678
4.10	Recours à l'autorité compétente	679
4.11	Mise en œuvre efficace de la norme de pleine concurrence ..	679
4.12	Développements récents	682
5	Afrique du Sud – Pratiques nationales	683
5.1	Introduction	683
5.2	Situation des prix de transfert en Afrique du Sud	683
5.3	Développements récents	684
5.4	Cadre législatif et administratif	685
5.5	Ajustements de fin d'année	690
5.6	Comparabilité	691
5.7	Actifs incorporels	692
5.8	Services intragroupes	693
5.9	Règlement des différends	694
5.10	Échange de renseignements	695
5.11	Procédure amiable	696
5.12	Accords préalables en matière de prix de transfert (APP) ..	698
5.13	Conclusion	698
6	Kenya – Pratiques nationales	700
6.1	Introduction	700
6.2	Lois du Kenya en matière de prix de transfert	700
6.3	Mesures prises dans le domaine des prix de transfert	700
6.4	Adoption des résultats du projet BEPS de l'OCDE et du G20	701
6.5	Autres projets et propositions	702

MANUEL PRATIQUE DES NATIONS UNIES SUR LES PRIX DE TRANSFERT À
L'INTENTION DES PAYS EN DÉVELOPPEMENT (2021)

6.6	Administration fiscale pour le développement des capacités en matière de prix de transfert	703
6.7	Relations internationales	703
6.8	Conclusion	704

Glossaire

Terme Définition dans le Manuel des Nations Unies

Accord préalable en matière de prix de transfert (APP) Un APP est un accord relatif à certaines transactions particulières qui permet d'établir, au préalable, un ensemble de critères appropriés aux fins de la fixation des prix de transfert. L'accord peut être soit unilatéral lorsqu'il fait intervenir une administration fiscale et un contribuable, soit bilatéral ou multilatéral lorsqu'il fait intervenir plusieurs administrations fiscales étrangères.

Accord de Partage des Coûts (APC) Le terme « APC » est utilisé aux États-Unis pour désigner un accord de répartition des coûts entre entreprises afin de partager les coûts et les risques liés à la mise au point d'actifs incorporels. L'accord préciserait normalement les contributions des participants et définirait leur part des actifs mis au point qui en résultent.

Accord de répartition des coûts (ARC) Un accord de répartition des coûts (ARC) est un accord conclu entre entreprises pour partager les coûts et les risques associés à la mise au point, à la production ou à l'acquisition d'actifs, de services ou de droits. L'accord définit les responsabilités et les risques des participants, ainsi que la nature et l'étendue de l'intérêt de chaque participant dans les actifs, les services ou les droits résultant de l'accord.

Actif incorporel de commercialisation Actif incorporel lié à des activités de commercialisation, qui contribue à l'exploitation commerciale d'un produit ou d'un service ou qui a une valeur promotionnelle importante pour un produit ou un service.

Actifs incorporels Les actifs incorporels sont des biens qui n'existent pas physiquement, mais dont la valeur dépend des droits légaux du propriétaire. La propriété intellectuelle, telle que les brevets, les droits d'auteur et les marques de commerce, en constitue un exemple.

Actifs incorporels difficiles à valoriser L'expression « actifs incorporels difficiles à valoriser » désigne les actifs incorporels ou les droits sur les actifs incorporels pour lesquels, au moment de leur transfert

entre entreprises associées, il n'existe pas de comparables fiables ni de projections fiables des flux de trésorerie ou de revenus futurs susceptibles d'en provenir; ou bien les hypothèses utilisées pour établir leur valeur sont très incertaines.

Actifs incorporels manufacturiers Actifs incorporels autres que les actifs incorporels de commercialisation. Ils comprennent par exemple les brevets et les droits d'auteur.

Ajustement Voir Ajustement de prix de transfert.

Ajustement compensatoire Ajustement apporté par un contribuable qui cherche à déclarer un prix de transfert conforme au principe de pleine concurrence pour une transaction contrôlée, même si ce prix diffère de celui effectivement pratiqué entre les entreprises associées. Cet ajustement compensatoire serait apporté avant le dépôt de la déclaration de revenus.

Ajustement corrélatif Dans le but d'assurer une répartition cohérente des bénéfices d'un groupe entre deux juridictions, l'autorité fiscale de la deuxième juridiction apporte un ajustement aux bénéfices d'une entreprise associée pour tenir compte de l'ajustement primaire apporté par l'autorité fiscale de la première juridiction.

Ajustement correspondant Voir ajustement corrélatif.

Ajustement des prix de transfert Ajustement apporté par les autorités fiscales aux bénéfices d'une entreprise après avoir déterminé que le prix de transfert d'une transaction avec une partie liée n'est pas conforme au principe de pleine concurrence.

Ajustement primaire Ajustement apporté par une administration fiscale au bénéfice imposable d'une société du fait de l'application du principe de pleine concurrence à des transactions conclues avec une entreprise associée située dans une autre juridiction fiscale.

Ajustement secondaire Ajustement qui résulte de l'application d'un impôt à une transaction secondaire. À la suite d'un ajustement primaire, certains pays reconstituent une transaction secondaire en vertu de leur législation interne afin de veiller à rendre la répartition effective des bénéfices conforme à l'ajustement primaire. Les transactions secondaires peuvent prendre la forme d'une reconstitution de dividendes, d'un apport en capital ou d'un prêt.

Ajustements de comparabilité Ajustements apportés pour améliorer la précision et la fiabilité des comparables afin que les résultats financiers tirés de ces comparables soient calculés sur la même base que ceux de la partie testée.

Analyse comparative (*Benchmarking*) Dans le domaine des prix de transfert, l'analyse comparative consiste à comparer les modalités d'une transaction entre parties liées (appelée « transaction contrôlée ») à celles de transactions similaires entre parties non liées indépendantes conclues dans des circonstances similaires (appelées transactions « sur le marché libre »). En général, l'analyse comparative requiert une recherche dans des bases de données sur les entreprises afin de repérer des transactions sur le marché libre utiles à des fins de comparaison et d'analyse.

Analyse de comparabilité Analyse qui compare les modalités de la transaction contrôlée à celles des transactions de pleine concurrence entre entités indépendantes. Ce type d'analyse nécessite d'acquies une bonne compréhension des caractéristiques économiquement significatives de la transaction contrôlée et de comparer les modalités de cette transaction contrôlée à celles de transactions comparables.

Analyse des contributions Lorsque la méthode du partage des bénéfices s'appuie sur une analyse des contributions, les bénéfices pertinents tirés de la transaction sont répartis entre les entreprises associées sur la base de la valeur relative de leurs contributions respectives aux fonctions exercées, aux actifs employés ou apportés et aux risques assumés.

Analyse fonctionnelle Analyse visant à identifier les fonctions exercées, les actifs employés et les risques assumés dans le cadre des transactions internationales contrôlées d'une entreprise. L'analyse fonctionnelle cherche à identifier et à comparer les activités économiquement significatives exercées et les responsabilités assumées par les entreprises indépendantes et les entreprises associées.

Analyse résiduelle Lorsque la méthode du partage des bénéfices s'appuie sur une analyse résiduelle, les bénéfices pertinents en rapport avec les transactions sont répartis entre les entreprises associées selon une approche en deux étapes. Dans la première, un bénéfice « standard » de pleine concurrence est d'abord établi pour chaque entreprise afin de rémunérer ses contributions de base ou de

nature courante, c'est-à-dire au moyen d'une méthode unilatérale et des informations provenant de transactions sur le marché libre. Dans la deuxième, le bénéfice résiduel obtenu après soustraction du montant du rendement « standard » est réparti entre les entreprises, généralement en fonction de leurs contributions relatives.

Approche axée sur les produits de base Voir la « sixième méthode ».

Association passive Certains avantages pour les entités associées membres d'une EMN peuvent résulter de leur affiliation à cette EMN. Ces avantages sont imputables à l'association passive de ces entités à l'EMN et ne constituent normalement pas pour elles des services reconnus aux fins des prix de transfert. Cette situation se produit lorsque, par exemple, des entreprises indépendantes traitant avec un membre d'un groupe d'EMN sont disposées à lui fournir des biens ou des services à des prix inférieurs à ceux facturés aux acheteurs indépendants.

Avantages accessoires Il peut arriver qu'une entreprise associée fournisse un service intragroupe à une autre entreprise associée dans des circonstances où ce service bénéficie également accessoirement à des membres du groupe multinational autres que le principal destinataire. La question de savoir si des honoraires au titre des services rendus doivent être acquittés par les bénéficiaires accessoires du service dépend des faits et de la mesure dans laquelle une partie indépendante aurait été prête à verser de tels honoraires dans les mêmes circonstances pour le service.

Avantages spécifiques de localisation (*location specific advantages ou LSA*)
La relocalisation d'une entreprise peut, en plus de générer des économies de localisation, offrir d'autres avantages liés à un emplacement donné. Ces avantages pourraient inclure les suivants: une main-d'œuvre qualifiée et des connaissances hautement spécialisées; la proximité d'un marché local ou régional en croissance; une vaste clientèle dotée d'un pouvoir d'achat supérieur; une infrastructure de pointe; ou **une prime du marché**.

Bénéfice brut Le bénéfice brut est calculé en déduisant des recettes totales de vente le coût des marchandises vendues, y compris toutes les dépenses directement engagées en relation avec ces ventes.

Bénéfice d'exploitation Excédent des résultats sur les coûts directs et indirects, avant intérêts et impôts.

Bénéfice supplémentaire tiré des avantages spécifiques de localisation (*location rents*) L'exploitation des avantages spécifiques de localisation (LSA) liés à un emplacement donné peut se concrétiser par un bénéfice supplémentaire pour le groupe multinational.

Centre de coordination Entreprise dont l'unique raison d'être est de coordonner les activités d'entreprises associées, d'effectuer de la recherche ou d'exercer des activités de soutien au bénéfice de ces entreprises.

Centre de service de groupe Service spécial au sein d'une société mère, une société holding régionale ou toute autre entreprise associée membre du groupe multinational, par exemple une société de services du groupe, qui fournit des services centralisés aux entreprises associées.

Chaîne de valeur Le processus ou les activités par lesquelles une entreprise ajoute de la valeur aux biens ou services, y compris la production, la commercialisation et la prestation de services après-vente.

Clé de répartition Une clé de répartition sert à répartir les coûts d'un prestataire de services entre d'autres entités liées aux fins du calcul des frais de service de pleine concurrence selon la méthode du coût majoré et une approche de facturation indirecte. Les clés de répartition peuvent être exprimées sous la forme d'une variable (par exemple, le chiffre d'affaires, le nombre d'employés, les heures de travail ou la superficie exploitable).

Collectif de travail Une entreprise peut constituer un effectif d'employés dotés d'une expérience et de qualifications uniques, ce qui peut influencer sur le prix de pleine concurrence des services qu'ils fournissent ou sur l'efficacité avec laquelle des biens ou des services sont fournis par l'entreprise. Ce collectif devrait normalement être pris en compte dans l'analyse de comparabilité. L'existence d'un collectif de travail peut également devoir être prise en compte pour établir la valeur générée par les réorganisations d'entreprises ou la conduite d'opérations similaires.

Comparables internes Transactions entre l'une des parties à une transaction contrôlée (contribuable ou entreprise liée) et une partie indépendante.

Comparables secrets Il s'agit généralement de l'utilisation que font les autorités fiscales des informations ou des données relatives à

un contribuable afin d'examiner les prix de transfert d'un autre contribuable, qui n'a souvent pas accès à ces informations, car elles pourraient, par exemple, révéler des secrets sur les activités d'un concurrent.

Compensation intentionnelle Il y a compensation intentionnelle lorsqu'un avantage fourni par une entreprise associée à une autre est intentionnellement compensé dans une certaine mesure par un avantage différent fourni par cette autre entreprise à la première.

Contributions « DAEMPE » L'analyse des transactions portant sur l'utilisation ou le transfert d'actifs incorporels entre entreprises associées requiert l'identification des contributions spécifiques apportées par l'exercice des fonctions DAEMPE liées à [« la mise au point (*Development*), l'acquisition (*Acquisition*), l'amélioration (*Enhancement*), l'entretien (*Maintenance*), la protection (*Protection*) et l'exploitation (*Exploitation*) »] de ces actifs incorporels dans le cadre des transactions. Une partie ou la totalité de ces fonctions peuvent rendre compte de contributions importantes à la création de la valeur qui doivent être rémunérées de manière appropriée.

Contrôle Aux fins d'application du Modèle de convention fiscale des Nations Unies, le contrôle est défini comme une situation dans laquelle une entreprise participe directement ou indirectement à la gestion, au capital ou au contrôle d'une autre; ou dans laquelle les mêmes personnes participent directement ou indirectement à la gestion, au capital ou au contrôle des deux entreprises.

Critère de l'avantage obtenu Tout examen du rendement de pleine concurrence lié aux services intragroupes doit tenir compte de l'avantage obtenu par le destinataire de ces services, le cas échéant. Si le destinataire de ces services n'en tire aucun avantage, cela signifie qu'aucune rémunération ne doit être versée au titre de ces services.

Décisions anticipées Un rescrit ou une décision anticipée (*rulings*) est une prise de position formelle de l'administration fiscale sur l'interprétation et l'application du droit fiscal relativement à une situation de faits précise présentée par un contribuable.

Déclaration pays par pays (PpP) Le Rapport final sur l'Action 13 (2015) du projet BEPS (Documentation des prix de transfert) est assorti d'une exigence de déclaration pays par pays (PpP) dictant aux groupes multinationaux dont le chiffre d'affaires dépasse un

certain seuil de fournir annuellement des informations agrégées relatives à chacune des juridictions dans lesquelles ils exercent des activités. Ces informations comprennent des données détaillées sur les entités, les bénéfices (pertes) avant impôt et les impôts payés dans chacune des juridictions, ainsi que des indicateurs portant sur l'activité économique et la substance de celle-ci.

Délimitation Dans le cadre d'une analyse des prix de transfert, la première étape consiste toujours à procéder à la délimitation précise de la transaction, notamment en prenant connaissance du contexte industriel et commercial au sein duquel la transaction se déroule.

Documentation contemporaine Documentation des prix de transfert préparée au moment où une transaction se déroule.

Données comparables Les comparables peuvent être internes, si les transactions sont conclues entre la partie testée et des parties indépendantes, ou externes, si les transactions sont conclues entre deux entités indépendantes qui ne sont pas parties à la transaction contrôlée.

Données par pays Conformément au Code de conduite de l'Union européenne sur la documentation des prix de transfert, il est recommandé aux contribuables de conserver toutes les pièces justificatives, y compris un fichier pour chaque pays. Ce fichier doit contenir les éléments que voici : une description détaillée de la stratégie d'entreprise du contribuable; des renseignements précis sur les transactions contrôlées propres à chaque pays; une analyse de comparabilité; la méthode de prix de transfert choisie et appliquée; des comparables internes et externes et ainsi de suite.

Données pluriannuelles Données relatives aux transactions contrôlées et comparables portant sur plusieurs années.

Économies de localisation (*location savings*) Économies de coûts ou avantages obtenus, par exemple relativement aux coûts de production ou des services, en localisant une usine, un établissement manufacturier ou un autre type d'unité d'exploitation dans une juridiction à faibles coûts.

Entreprises associées Les entreprises associées sont des entreprises sous contrôle commun. Ce sera généralement le cas lorsque les mêmes personnes participent directement ou indirectement à la gestion, au contrôle ou au capital de ces entreprises.

Entreprises multinationales (EMN) Une EMN est une entreprise commerciale qui fonctionne de manière intégrée dans plus d'un pays et exerce généralement ses activités au-delà des frontières nationales par l'intermédiaire de filiales constituées localement ou d'établissements stables ou, encore, d'autres types de structures juridiques telles que des associations de participation (coentreprises).

Établissement stable (ES) L'établissement stable est un concept utilisé dans les conventions fiscales bilatérales pour déterminer si une société a une « empreinte » dans une juridiction et si elle est donc soumise à l'impôt sur le revenu des sociétés attribuable à l'ES.

Facteurs de comparabilité Facteurs qui doivent être pris en compte afin de déterminer le degré de comparabilité entre la transaction contrôlée et les transactions comparables. Il s'agit des particularités des transactions ou des parties aux transactions qui peuvent avoir des répercussions significatives sur les prix pratiqués ou les bénéfices réalisés, notamment: les caractéristiques des biens apportés ou des services rendus, l'analyse fonctionnelle, les dispositions contractuelles, les circonstances économiques et les stratégies d'entreprise des parties.

Fichier local Le Rapport final sur l'Action 13 (2015) du projet BEPS (Documentation des prix de transfert) est assorti d'une exigence de déclaration dictant aux groupes de préparer un fichier local consignait des renseignements détaillés sur les transactions du contribuable local avec des parties liées, y compris une description des transactions, une analyse de comparabilité ainsi que la méthode de prix de transfert choisie et appliquée.

Fichier principal Le Rapport final sur l'Action 13 (2015) du projet BEPS (Documentation des prix de transfert) est assorti d'une exigence de déclaration dictant aux groupes de préparer un fichier principal consignait des renseignements généraux sur le groupe dont le contribuable est membre, ce qui comprend une description du groupe et de sa structure organisationnelle ainsi qu'une description de ses activités commerciales, des actifs incorporels employés, des activités financières intragroupes et de la situation financière et fiscale du groupe.

Fichier principal (UE) Le Code de conduite de l'Union européenne sur la documentation des prix de transfert recommande que la documentation relative à une entreprise multinationale comprenne

deux éléments principaux: un fichier principal et un fichier local. Le fichier principal doit contenir des renseignements communs normalisés utiles à tous les membres de l'UE.

Frais de siège d'une société Dépenses du siège d'une entité juridique, dont certaines peuvent se rapporter à une succursale à l'étranger de la même entité juridique.

Groupe de travail international pour le partage des renseignements et la collaboration (JITSIC) Le Groupe de travail international pour le partage des renseignements et la collaboration (JITSIC) regroupe 42 pays membres et offre aux administrations fiscales un moyen d'échanger des informations et de s'engager dans un travail collaboratif sur des dossiers, dans le cadre de conventions bilatérales et multilatérales et d'accords d'échange de renseignements fiscaux. L'adhésion est ouverte à tous les pays membres du Forum sur l'administration fiscale de l'OCDE.

Imposition par présomption Les dispositions relatives à l'imposition par présomption donnent aux autorités fiscales le pouvoir de « présumer » un prix de pleine concurrence en fonction de l'information recueillie et de rectifier le revenu imposable du contribuable en conséquence. Généralement, ces dispositions ne sont considérées comme applicables que si le contribuable omet de fournir la documentation pertinente sur les prix de pleine concurrence dans un délai raisonnable. L'imposition par présomption n'est généralement prévue qu'en dernier recours.

Indicateur de la rentabilité Mesure de la rentabilité d'une société utilisée pour effectuer une comparaison entre des comparables et la partie testée. Un indicateur de la rentabilité peut définir la rentabilité par rapport (i) aux ventes, (ii) aux coûts ou aux charges ou encore (iii) aux actifs.

Intervalle de pleine concurrence L'intervalle de pleine concurrence est un intervalle de valeurs à l'intérieur duquel peut être sélectionné un prix de pleine concurrence qui résulte de l'application d'une méthode de fixation des prix de transfert appropriée.

Intervalle interquartile Terme propre aux règles de fixation des prix de transfert dans certains pays, qui désigne les valeurs comprises entre le 25^e et le 75^e centile d'un intervalle de résultats de pleine concurrence découlant de l'application d'une méthode de prix de transfert. Dans certaines juridictions, cet intervalle peut être

utilisé comme intervalle de pleine concurrence.

Juste valeur marchande La juste valeur marchande est la valeur d'un actif ou d'un service particulier sur le libre marché, en supposant que l'acheteur et le vendeur ont une connaissance suffisante du marché, qu'ils agissent chacun dans leur intérêt, sans pression externe, et qu'une période raisonnable de temps est accordée pour que la transaction soit conclue.

Médiane La valeur médiane est le point milieu de l'intervalle de pleine concurrence. Les règles de fixation des prix de transfert prévoient parfois qu'un prix de transfert situé en dehors de l'intervalle de pleine concurrence doit être ajusté en fonction de la valeur médiane de l'intervalle.

Méthode de facturation directe Méthode qui consiste à facturer directement chaque destinataire des services intragroupes sur une base clairement identifiée et non pas à répartir les coûts entre les destinataires sur la base d'une clé de répartition.

Méthode de facturation indirecte Méthode qui consiste à calculer les frais de service intragroupes sur la base des coûts ventilés au moyen d'une clé de répartition et d'une marge appropriée.

Méthode de prix de transfert Méthodologie utilisée pour appliquer le principe de pleine concurrence afin de déterminer le prix de pleine concurrence d'une transaction. Parmi les méthodes de prix de transfert figurent la méthode du prix comparable sur le marché libre (CUP), la méthode du prix de revente, la méthode du coût majoré, la méthode transactionnelle de la marge nette et la méthode du partage des bénéfices. D'autres méthodes appropriées sont également utilisées dans certaines juridictions.

Méthode des Bénéfices Comparables Conformément à la réglementation des États-Unis sur les prix de transfert, la Méthode des Bénéfices Comparables permet de déterminer une contrepartie de pleine concurrence pour le transfert d'un bien incorporel. Lorsque le bénéfice d'exploitation de la partie testée ne se situe pas à l'intérieur d'un certain intervalle, un ajustement est apporté. La méthode consiste à comparer le bénéfice d'exploitation qui résulte de la contrepartie réellement facturée dans le cadre du transfert contrôlé au bénéfice d'exploitation de contribuables similaires sur le marché libre.

Méthode du Coût Majoré (CPM) La méthode du coût majoré (*Cost Plus Method* ou *CPM*) évalue le caractère de pleine concurrence d'une charge intragroupe au titre de biens corporels ou de services par renvoi à la marge brute (sur les coûts engagés) du fournisseur des biens corporels ou des services. Elle compare la marge brute de la partie testée à celle de sociétés comparables.

Méthode du Partage des Bénéfices (PSM) La méthode du partage des bénéfices (*Profit Split Method* ou *PSM*) consiste à éliminer l'effet sur les bénéfices de modalités non conforme au principe de pleine concurrence qui sont imposées ou convenues dans le cadre d'une transaction contrôlée en répartissant ces bénéfices en fonction du partage qu'auraient prévu des entreprises indépendantes en concluant la transaction en question.

Méthode du Prix Comparable sur le Marché Libre (CUP) La méthode du prix comparable sur le marché libre (*Comparable Uncontrolled Price Method* ou *CUP*) est une méthode de prix de transfert qui consiste à comparer le prix d'un bien ou d'un service transféré dans le cadre d'une transaction contrôlée au prix pratiqué dans le cadre de transactions comparables de biens ou de services comparables dans des circonstances comparables.

Méthode du Prix de Revente (RPM) La méthode du prix de revente (*Resale Price Method* ou *RPM*) est fondée sur l'analyse du prix d'un produit facturé par une société de vente associée à un client non lié, c'est-à-dire du prix de revente, afin de déterminer la marge brute de pleine concurrence de la société de vente qui est nécessaire pour couvrir ses frais commerciaux, généraux et administratifs, y compris un bénéfice juste. La partie résiduelle du prix du produit peut être considérée comme le prix de pleine concurrence de la transaction entre la société de vente et la partie liée.

Méthode fondée sur le rendement de pleine concurrence La méthode fondée sur le rendement de pleine concurrence (*Basic Arm's Length Return Method* ou *BALRM*) permet d'estimer un taux de rendement de pleine concurrence réalisé dans le cadre de la vente, de la concession sous licence ou du transfert d'un bien incorporel. La méthode a été proposée dans un livre blanc aux États-Unis en 1988, mais n'a pas été adoptée dans la législation américaine sur les prix de transfert. Certains de ses aspects sont toutefois présents dans la méthode des bénéfices comparables. Axée sur le rendement réalisé sur les actifs employés ou les coûts assumés dans le

cadre de chaque fonction exercée par une partie liée, la méthode permet d'examiner le rendement des entités indépendantes exerçant les mêmes fonctions en situation de pleine concurrence.

Méthode la plus appropriée Règle obligeant le contribuable à utiliser la méthode de fixation des prix de transfert qui permet d'obtenir la mesure la plus fiable du prix de pleine concurrence compte tenu des circonstances. La règle n'accorde pas la même priorité aux diverses méthodes de fixation des prix de transfert dans toutes les circonstances.

MTMN Voir la méthode transactionnelle de la marge nette.

Méthode Transactionnelle de la Marge Nette (MTMN) La méthode transactionnelle de la marge nette (*Transactional Net Margin Method* ou *TNMM*) consiste à déterminer la marge bénéficiaire nette que réalise un contribuable à partir d'une base appropriée (par exemple les coûts, les ventes ou les actifs) dans le cadre d'une transaction contrôlée. Le résultat est comparé aux marges bénéficiaires nettes réalisées dans le cadre de transactions comparables sur le marché libre.

Moyenne Lorsqu'un prix de transfert se situe hors de l'intervalle de pleine concurrence, les règles de fixation des prix de transfert de certains pays exigent qu'il soit ajusté en fonction de la valeur moyenne (généralement la médiane) de l'intervalle.

Non-reconnaissance Le terme « non-reconnaissance » désigne une situation dans laquelle l'administration fiscale n'accepte pas la caractérisation d'une transaction par le contribuable et fait donc abstraction de cette transaction aux fins des prix de transfert. En général, la non-reconnaissance ou la substitution de transactions par l'administration fiscale ne doit pas être entreprise à la légère, car cela peut créer beaucoup d'incertitude pour le contribuable et l'administration fiscale. Cela peut également entraîner une double imposition en raison des divergences de vues entre les pays sur la manière dont les transactions de substitution sont structurées.

Obligations de documentation Exigences documentaires en matière de prix de transfert requises par les règles de fixation des prix de transfert d'un pays donné. La documentation requise peut être précisée dans la loi ou les réglementations ou, dans certains pays, peut ne pas être décrite en détail.

Partie testée La partie testée est la partie relativement à laquelle un indicateur financier (par exemple, une marge sur coût, une marge brute ou un bénéfice net) est testé lors de l'utilisation de la méthode du coût majoré, de la méthode du prix de revente ou de la méthode transactionnelle de la marge nette.

Parties affiliées Les parties affiliées sont des entités liées par un intérêt commun, habituellement défini en fonction d'un certain niveau de participation au capital ou d'un autre critère.

Parties liées Les parties liées sont des entités dont la gestion, le contrôle ou la propriété sont en commun ou lorsqu'une entité contrôle l'autre.

Personnes rattachées Dans le contexte des prix de transfert, les personnes rattachées sont des entreprises associées visées par les lois et les réglementations en vigueur en matière de prix de transfert. La notion de « personne rattachée » est définie en fonction du contrôle exercé par une personne sur une autre personne ou en fonction du contrôle exercé sur deux personnes par une même personne.

Petites et moyennes entreprises (PME) Les PME peuvent être définies dans la législation générale en matière de fiscalité ou de prix de transfert d'un pays comme des entreprises dont le montant des actifs, le chiffre d'affaires, le nombre d'employés et ainsi de suite sont inférieurs à un certain seuil. Une PME qui exerce ses activités dans deux pays ou plus peut devoir se conformer à la législation en matière de prix de transfert, mais certains pays ont instauré des règles simplifiées pour les PME, par exemple en matière de documentation.

Plateforme de collaboration sur les questions fiscales La Plateforme est une initiative conjointe du Fonds monétaire international (FMI), de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), des Nations Unies et du Groupe de la Banque mondiale pour renforcer la collaboration en matière de mobilisation des ressources nationales (*Domestic Resource Mobilisation* ou *DRM*).

Principe de pleine concurrence Le principe de pleine concurrence est une norme internationale qui repose sur la comparaison entre le prix de transfert pratiqué dans le cadre d'une transaction entre entités liées et les prix pratiqués dans le cadre de transactions similaires entre entités indépendantes en situation de pleine concurrence. Un ajustement peut être effectué dans la mesure où les bénéfices revenant

à une des parties liées différent de ceux qui seraient convenus entre des entités indépendantes dans des circonstances similaires.

Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert *Principes directeurs applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, OCDE, 1995. Les principes directeurs de l'OCDE sont régulièrement modifiés et mis à jour.

Prix de transfert Terme général pour désigner la fixation du prix des transactions transfrontalières intragroupes de biens, d'actifs incorporels ou de services.

Procédure Amiable (PA) Mécanisme de consultation des autorités compétentes des États contractants en vue de résoudre les différends quant à l'application des conventions relatives aux doubles impositions. Ce mécanisme peut servir à éliminer la double imposition susceptible de résulter d'un différend en matière de prix de transfert.

Ratio de Berry Le ratio de Berry est le ratio de la marge brute sur les frais d'exploitation. Il est parfois utilisé pour établir le prix de pleine concurrence dans le cadre de la méthode transactionnelle de la marge nette.

Recherche de comparables Une recherche de comparables exige d'identifier les transactions ou les sociétés potentiellement comparables. Ces comparables peuvent être internes, c'est-à-dire des transactions entre la partie testée et des parties non liées, ou externes, c'est-à-dire des transactions entre deux entités non liées (indépendantes) qui ne sont pas parties à la transaction contrôlée. La recherche de comparables externes s'appuie sur la prise en compte des facteurs de comparabilité, la mise au point des critères de sélection, ainsi que sur l'identification, l'examen initial, l'examen complémentaire, l'évaluation et la sélection de transactions comparables.

Recours à l'autorité compétente En vertu d'une convention relative aux doubles impositions ou d'un autre accord, chacun des États contractants pourrait désigner une autorité compétente habilitée à résoudre les différends découlant de l'interprétation et de l'application de cet accord. Les procédures amiables sont prévues dans les conventions fiscales et d'autres accords, par exemple dans la Convention d'arbitrage de l'Union européenne.

Régime de protection Disposition de la législation, règles ou directives fiscales stipulant que les transactions se retrouvant à l'intérieur d'un intervalle donné sont acceptées par les autorités fiscales sans autre examen.

Réorganisation d'entreprises Opération par laquelle une entité multinationale procède au redéploiement transfrontalier de ses fonctions, de ses actifs et de ses risques.

Répartition globale des bénéfices d'un groupe selon une formule On utilise une formule pour répartir les bénéfices d'un groupe entre ses différentes entités et succursales. La formule est habituellement basée sur des facteurs comme les actifs, la masse salariale, le chiffre d'affaires, le capital investi ou les coûts de fabrication.

Rétroactivité Dans certaines circonstances, un accord préalable en matière de prix de transfert (APP) relatif aux exercices fiscaux futurs peut prévoir un « retour en arrière » (*rollback*) et être utilisé comme méthode de prix de transfert appropriée pour les exercices fiscaux antérieurs ouverts, sous réserve de la vérification de tous les faits et circonstances.

Services à faible valeur ajoutée Les services à faible valeur ajoutée relèvent d'une fonction de soutien; ils ne sont pas associés aux activités principales d'un groupe; ils ne requièrent pas d'actifs incorporels uniques et de valeur ni ne mènent à la création de tels actifs; ils ne nécessitent pas non plus la prise en charge de risques substantiels ou importants de la part du fournisseur de services ni ne font apparaître un risque important pour ce même fournisseur. Conformément aux recommandations présentées dans le cadre du BEPS, un groupe pourrait choisir d'appliquer une méthode simplifiée dans le cas des services à faible valeur ajoutée dans tous les pays où il exerce des activités.

Services centralisés Services fournis par le siège d'une société ou une société de services d'un groupe pour le compte de plusieurs entités du groupe. Les services centralisés ont habituellement trait à la comptabilité, aux services juridiques et fiscaux ainsi qu'à la gestion de la paie.

Services d'actionariat Services fournis par un membre d'un groupe multinational (généralement la société mère ou une société de portefeuille) en qualité d'actionnaire, par exemple la préparation de comptes consolidés.

Services intragroupes Services fournis par une entité d'un groupe multinational pour le compte d'une autre ou d'autres entités du même groupe.

Services qui font double emploi Cela se produit lorsqu'un service est fourni à une entreprise associée qui a déjà engagé des coûts pour la même activité, exercée soit par elle-même soit pour son compte par une entité indépendante. Les activités qui font double emploi ne donnent généralement pas lieu à des services reconnus aux fins de prix de transfert, bien qu'il doive en être décidé en fonction des faits et des circonstances de chaque cas.

Sixième méthode La « sixième méthode » ou approche axée sur les produits de base est utilisée dans certains pays d'Amérique latine et ailleurs dans le monde pour fixer les prix de transfert en fonction des prix cotés sur les marchés de produits de base importés ou exportés à une date déterminée. La portée et l'application de la règle varient considérablement.

Société Étrangère Contrôlée (SEC) Une SEC est une société normalement située dans une juridiction à faible imposition, mais contrôlée par des actionnaires résidant dans un autre pays. Habituellement, la législation relative aux SEC vise à lutter contre le recours à de telles sociétés pour mettre le revenu à l'abri de l'impôt dans des juridictions à faible imposition, et ce, en attribuant une part de ce revenu aux actionnaires dans le pays où ils résident.

Société relais Entité ayant droit aux avantages d'une convention fiscale relativement au bénéfice de source étrangère, dans les cas où l'avantage économique de ce bénéfice revient à des résidents d'un autre pays qui n'auraient pas eu droit aux avantages de la convention s'ils avaient touché le bénéfice directement plutôt que par l'intermédiaire de la société relais.

Soutien implicite Dans la mesure où l'emprunteur membre d'une EMN tire profit d'une notation de crédit améliorée uniquement du fait qu'il bénéficie du soutien implicite de l'EMN, sans garantie explicite, aucun paiement n'est requis pour cet avantage.

Synergies de groupe Les groupes multinationaux et les entreprises associées membres de ces groupes peuvent parfois bénéficier des liens réciproques ou des synergies entre membres qui, généralement, ne sont pas accessibles aux entreprises indépendantes dans

une situation similaire. Ces synergies pourraient découler, par exemple, des facteurs suivants: un pouvoir d'achat conjoint; des économies d'échelle; une gestion intégrée; ou une capacité d'emprunt accrue.

TNMM Voir la méthode transactionnelle de la marge nette (*Transactional Net Margin Method* ou *TNMM*).

Transaction comparable ajustable Les transactions contrôlées et sur le marché libre sont comparables si aucune de leurs différences n'est susceptible d'avoir de répercussions significatives sur le prix ou le bénéfice de pleine concurrence ou, lorsque de telles différences existent, si des ajustements raisonnablement précis peuvent être apportés pour neutraliser leurs effets. Une transaction comparable pouvant être soumise à de tels ajustements de comparabilité est une transaction comparable ajustable.

Transaction contrôlée Transaction portant sur un transfert intragroupe de biens ou de services entre entreprises associées. Le terme peut également être utilisé pour désigner une transaction entre entreprises liées faisant l'objet d'une analyse des prix de transfert.

Transaction comparable sur le marché libre Transaction entre parties indépendantes qui est semblable à la transaction contrôlée et se déroule dans des circonstances semblables.

Transaction sur le marché libre Transaction entre des entreprises qui sont indépendantes et sans lien les unes par rapport aux autres.

Transfert artificiel de bénéfices Répartition des revenus et des dépenses entre des entités liées ou entre les succursales d'une même entité juridique dans le but de réduire l'impôt total à payer du groupe.

Transfert de bénéfices Répartition des revenus et des dépenses entre sociétés liées ou succursales de la même entité juridique afin de réduire l'impôt mondial du groupe ou de la société.

Partie A

LES PRIX DE TRANSFERT DANS UN ENVIRONNEMENT MONDIAL

1 Entreprises multinationales

1.1 Introduction

1.1.1 Les règles relatives aux prix de transfert s'appliquent principalement aux activités commerciales transfrontalières des entreprises multinationales (EMN). Les EMN sont des entreprises qui mènent des activités commerciales de manière intégrée dans plus d'un pays. Ce chapitre décrit les facteurs qui ont donné naissance aux EMN afin de fournir au lecteur le contexte commercial de base pour la discussion détaillée sur les prix de transfert qui suivra dans le reste du présent Manuel. Ce chapitre montre comment une EMN peut exploiter des possibilités d'intégration dans la production transfrontalière de biens et de services au sein d'une « chaîne de valeur » (ou « chaîne de valeur ajoutée »). Dans le présent Manuel, l'expression « chaîne de valeur » désigne le processus ou les activités qui permettent à une entreprise d'ajouter de la valeur à un bien ou à un service, notamment lors de la production, de la commercialisation et du service après-vente.

1.1.2 Les EMN exercent généralement leurs activités au-delà des frontières nationales par l'intermédiaire de filiales localement constituées ou d'établissements stables. Elles peuvent également utiliser d'autres structures juridiques telles que des sociétés de personnes et des associations de participation (*coentreprises* ou *joint ventures*). Les activités commerciales d'une EMN peuvent être organisées et gérées de diverses manières, notamment dans le cadre d'une structure fonctionnelle, d'une structure divisionnaire ou d'une structure matricielle. Le présent chapitre décrit les structures juridiques et opérationnelles que peuvent utiliser les EMN et examine ce qui les différencie.

1.1.3 Ce chapitre explique également comment une « analyse de la chaîne de valeur » peut être utilisée pour mesurer ou évaluer le rendement d'une EMN. Une EMN gère ses activités de façon à maximiser ses bénéfices et à réduire ses coûts au minimum. Elle gère l'établissement de prix de transfert de manière à réduire les risques d'ajustements dont ils peuvent faire l'objet et à éviter la double imposition. Même si les EMN surveillent souvent le rendement global de leurs activités commerciales par secteur d'activité, sans tenir

compte des frontières nationales, elles sont souvent tenues, à des fins fiscales et pour des raisons relevant du droit des sociétés, de rendre compte séparément des résultats des entités associées dans chacun des pays où elles sont implantées. La politique de prix de transfert d'une EMN aide le groupe à produire des déclarations pays par pays et devrait fournir des indications sur la manière dont le groupe se conformera aux exigences de documentation relatives aux prix de transfert, dont il rendra compte des résultats d'exploitation dans ses déclarations de revenu et dont il traitera les vérifications des prix de transfert effectuées par les autorités fiscales locales ainsi que sur les mesures appropriées qu'il utilisera pour régler tout litige éventuel avec les autorités fiscales.

1.2 Développement des entreprises multinationales

1.2.1 Les entreprises sont des organisations qui produisent des biens et fournissent des services. L'objectif d'une entreprise est de produire des biens et de fournir des services de façon à maximiser ses bénéfices. En l'absence d'EMN, la production et la distribution se feraient par une série de transactions de pleine concurrence entre parties indépendantes⁶. Or, de telles transactions nécessitent des contrats entre ces parties indépendantes, ce qui fait que le processus de conclusion des contrats mobilise une part importante des ressources de chaque entreprise. Les entreprises individuelles deviennent des EMN à mesure qu'elles se développent, prennent de l'expansion et diversifient leurs activités à l'échelle internationale. Les progrès rapides de la technologie, des transports et des communications ont donné aux EMN la souplesse nécessaire pour implanter leurs entreprises et leurs activités presque partout dans le monde.

1.2.2 On désigne les dépenses liées à la conclusion de contrats par le terme « coûts de transaction » : ce sont les coûts engagés par les entités pour trouver d'autres entités avec lesquelles passer des contrats, et pour négocier et finaliser ces contrats. Comme les contrats ne peuvent pas tenir compte de tous les problèmes susceptibles de survenir entre les parties contractantes, ces dernières risquent d'être parfois saisies de litiges découlant des imprévus. Dans ces situations, elles peuvent supporter des frais considérables pour les régler, notamment des frais de négociation, des frais de justice et des frais de litige et de médiation. Il s'en suit que d'un point de vue économique, il est logique que des EMN soient créées pour produire des biens et des services en réalisant des économies d'échelle en matière de coûts de transactions et de coûts associés, pour autant que leurs coûts de production soient inférieurs au coût d'externalisation de la production.

⁶ CNUCED (1993). *Rapport sur l'investissement dans le monde: Transnational Corporations and Integrated International Production*. New York: UN Publishing. Accessible en anglais à l'adresse : http://unctad.org/en/Docs/wir1993_en.pdf; Coase, R. (1988). *La firme, le marché et le droit*. Paris : Diderot éditeur. Voir page 7.

1.2.3 Au sein d'une EMN, les contrats entre les différentes parties engagées dans la production de biens et de services peuvent être éliminés et remplacés par des arrangements administratifs; dans d'autres cas, les membres du groupe multinational peuvent conclure des contrats en bonne et due forme. Les coûts administratifs liés à l'organisation de la production au sein d'une EMN sont généralement inférieurs au coût de l'autre solution possible, à savoir la conclusion d'accords d'externalisation. La limite théorique de l'expansion d'une EMN est le point auquel ses coûts de transaction rejoignent les coûts d'exécution sur le marché. Une EMN internalisera ses coûts de production dans la mesure où elle pourra réaliser des économies d'échelle et dans la production et la distribution et des économies découlant de la coordination.

1.2.4 Les EMN créent des structures organisationnelles et élaborent des stratégies pour organiser la production transfrontalière de biens et de services dans divers endroits du monde, et pour définir le niveau d'intégration intra-entité ou intragroupe. La structure des transactions au sein d'une EMN est déterminée par les forces du marché et du groupe, combinées d'une manière qui peut diverger des conditions de libre marché entre parties indépendantes. Un grand nombre de transactions internationales au sein des EMN ne sont donc pas régies directement par les forces du marché, mais sont motivées par l'intérêt commun de la EMN.

1.2.5 Les EMN performantes utilisent leurs avantages liés à leur emplacement et à l'internalisation pour maximiser leur part des marchés mondiaux et les possibilités de croissance. Ainsi, les EMN peuvent être en mesure de réduire les coûts grâce à leurs économies d'intégration; ces économies ne sont pas possibles pour les entreprises n'opérant que dans le marché local.

1.2.6 Un trait caractéristique des EMN, c'est qu'elles ont intégré des chaînes d'approvisionnement mondiales. Une chaîne d'approvisionnement réunit un ensemble de fournisseurs en vue de créer un produit ou un service particulier à une entreprise. Chaque fournisseur est un maillon de la chaîne d'approvisionnement de bout en bout. Lorsque ces maillons ou entreprises sont sous un contrôle commun, ces entreprises sont réputées être « associées ». La « chaîne d'approvisionnement » est définie comme la série des processus en action dans la production et la distribution d'un bien⁷. La gestion et l'amélioration de l'efficacité au profit de la plupart, sinon de la totalité, des maillons de la chaîne d'approvisionnement peut être une caractéristique de la chaîne de valeur de l'EMN.

⁷ Traduction de la définition tirée de l'Oxford English Dictionary. Oxford: Clarendon Press. Accessible à l'adresse : https://www.lexico.com/definition/supply_chain.

1.2.7 La mondialisation a permis aux EMN d'atteindre des niveaux élevés d'intégration et de centraliser leur contrôle en un ou quelques endroits. Les systèmes d'information et de communication modernes facilitent également les communications entre secteurs d'activité sur le plan géographique et fonctionnel. Ainsi, de nombreuses EMN fournissent des services aux sociétés membres du groupe dans les domaines des services-conseils, de la recherche et du développement (R&D), du droit, de la comptabilité, de la gestion financière et du traitement des données, à partir d'un ou de plusieurs centres régionaux. De plus, les équipes de direction d'une EMN peuvent être installées à différents endroits de telle sorte que le groupe peut compter sur des ressources de gestion réparties un peu partout. Pour l'EMN, ces ressources doivent être affectées avec un maximum d'efficacité et de manière optimale sur le plan économique, afin de contribuer à une chaîne de valeur optimale.

1.2.8 Le commerce international a connu de profondes mutations structurelles grâce à l'essor des industries des services et du savoir et, avec l'expansion de l'économie de l'Internet, les entreprises de services et de technologie jouent un rôle de plus en plus important sur le marché international.

1.2.9 Dans le passé, les EMN étaient surtout présentes dans les marchés physiques de nombreux pays. Toutefois, le rythme actuel de la numérisation de l'économie permet à certaines d'entre elles de mener des activités commerciales importantes dans des endroits où elles ne sont pas présentes physiquement. Cette situation rend particulièrement difficile la question de l'examen des droits d'imposition en vue d'éviter la double imposition ou la non-imposition dans les pays concernés.

1.2.10 L'évolution rapide des EMN se traduit également dans l'essor de plusieurs économies en développement où les investissements étrangers ont augmenté de manière significative. Dans les pays en développement, les EMN se sont diversifiées bien au-delà de la production primaire et des industries extractives, et se sont lancées dans la fabrication, l'assemblage, le développement du marché intérieur et les services, en utilisant les transports et d'autres infrastructures et en profitant d'une main-d'œuvre qualifiée et de coûts de production peu élevés.

1.2.11 Les activités des EMN, dans le cadre du commerce et des investissements internationaux, ont renforcé et approfondi les liens qui unissent les pays dans un monde de plus en plus interdépendant. Ces activités peuvent apporter des avantages substantiels tant aux pays d'origine qu'aux pays d'accueil. Ces avantages se multiplient lorsque les EMN fournissent les produits et services que les clients souhaitent acheter à des prix compétitifs et qu'elles offrent un rendement équitable aux fournisseurs de capitaux. Leurs activités

de commerce et d'investissement peuvent contribuer à l'utilisation efficace du capital, de la technologie et des ressources naturelles et humaines.

1.2.12 Les EMN se pouvoient d'un contrôle commun, d'objectifs communs et de ressources communes et sont constituées de membres – société mère ou siège social, filiales, sociétés affiliées et succursales – établis dans plus d'un pays. Ainsi, de nombreuses EMN sont des entreprises totalement intégrées qui planifient et mettent en œuvre des stratégies d'envergure mondiale. La CNUCED a toutefois noté que l'intégration de la production par les EMN crée des défis pour les décideurs politiques dans l'adaptation des méthodes de répartition des revenus et des coûts des EMN entre les différents pays sur le plan fiscal⁸.

1.2.13 Dans *Multinational Enterprises and the Global Economy* (2008)⁹, les auteurs soutiennent que l'histoire des EMN a été façonnée par des événements politiques, sociaux et culturels qui ont influencé la propriété, l'organisation et l'emplacement de la production internationale de leurs biens et services. Ils affirment que les groupes multinationaux avaient l'habitude d'intégrer leurs activités jusqu'à la fin des années 1980, puis ont commencé plus récemment à externaliser celles pour lesquelles ils ne jouissaient pas d'un avantage concurrentiel.

1.2.14 Les mêmes auteurs font remarquer que pendant la majeure partie du 20^e siècle, les groupes multinationaux et les entreprises internationales exerçant leurs activités par l'intermédiaire de succursales ou de filiales tendaient à élargir l'éventail de leurs activités à valeur ajoutée, et qu'à la fin des années 1980, les EMN avaient intégré leurs fonctions de production et de commercialisation. Jusqu'aux années 1960 et 1970, les EMN ont peu, ou pas du tout, externalisé leurs activités, et beaucoup sont devenues de grands conglomerats intégrés. Les auteurs soulignent toutefois qu'à partir de la fin des années 1980, les EMN ont commencé à externaliser des activités qui étaient auparavant réalisées par les entreprises elles-mêmes¹⁰. A partir du début des années 1990, les EMN ont commencé à se restructurer pour se spécialiser dans les domaines où elles disposaient d'avantages concurrentiels, tels que des actifs uniques et spécifiques à l'entreprise, en particulier des actifs incorporels de grande valeur, et de capacités qui leur permettaient d'acquérir une position sur le marché et un avantage concurrentiel.

⁸ CNUCED (2019). *Rapport sur le commerce et le développement 2019*. New York: UN Publishing. Accessible en anglais à l'adresse : https://unctad.org/system/files/official-document/tdr2019ch1_en.pdf.

⁹ Dunning J. H. et Lundan S. M. (2008). *Multinational Enterprises and the Global Economy*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing. Voir page 197.

¹⁰ Ibid, p. 196.

1.2.15 Les EMN ont examiné leur chaîne de valeur pour repérer les fonctions où elles n'avaient aucun avantage sur les autres entreprises¹¹. Puis, elles ont commencé à décider des fonctions qu'elles assureraient elles-mêmes et de celles qui pouvaient être sous-traitées à des entreprises indépendantes ou à des centres de services partagés centralisés, un processus appelé « optimisation de la chaîne de valeur ». Ainsi, en matière de services internes, une EMN pouvait choisir un mode de prestation par l'intermédiaire de centres de services centralisés. Alors que l'externalisation a d'abord porté sur les activités auxiliaires comme la paie, la facturation et l'entretien, elle s'est parfois étendue aux activités de base, soit la production de biens ou la prestation de services. Par exemple, de nombreuses entreprises confient les activités des centres d'appel ou certaines fonctions administratives à des entreprises (in)dépendantes dans des pays disposant d'une main-d'œuvre qualifiée et relativement peu coûteuse. Par conséquent, les EMN modernes organisent leurs activités transfrontalières par l'intermédiaire d'un réseau d'accords contractuels avec des entreprises (in)dépendantes et de relations coopératives internes.

1.2.16 Les EMN varient en taille et comprennent des petites et moyennes entreprises (PME). Lorsque les PME commencent à exercer leurs activités dans d'autres pays par l'intermédiaire de filiales constituées en sociétés locales, elles doivent généralement se conformer aux règles relatives aux prix de transfert. Certaines PME peuvent être confrontées à des difficultés à cet égard, parce qu'elles manquent généralement d'expérience en matière de fiscalité internationale et disposent de ressources limitées pour se conformer à ces règles. Ces considérations peuvent les empêcher d'étendre leurs activités à l'étranger.

1.2.17 Par conséquent, les règles nationales relatives aux prix de transfert applicables aux PME devraient tenir compte de la capacité des PME à s'y conformer et de la capacité des autorités fiscales à les administrer. Certains pays disposent de règles spéciales simplifiées pour les PME, telles que des exigences de documentation simplifiées, et peuvent faire preuve de souplesse pour traiter les questions de prix de transfert concernant des PME. D'où la nécessité de définir une PME. Bien qu'il n'existe pas de définition universelle, une PME peut être définie en fonction de critères tels que le chiffre d'affaires, la valeur du bilan, le nombre d'employés et la valeur des transactions.

1.3 Structures d'entreprise des EMN

1.3.1 Principes généraux du droit des sociétés

1.3.1.1 Les systèmes juridiques utilisés par les pays comprennent la *common law* et le droit civil. Le système de *common law* a son origine au Royaume-Uni

¹¹ Ibid.

et est utilisé dans les pays du Commonwealth tels que l'Australie, le Canada, la Malaisie, la Nouvelle Zélande ainsi que dans la plupart des États aux États-Unis. La *common law* est née des pratiques des tribunaux des rois anglais après la conquête normande, et repose sur la coutume et les précédents judiciaires plutôt que sur les lois. Ce système s'est propagé dans les colonies de l'Empire britannique, et demeure en usage encore aujourd'hui au sein des juridictions qui se sont substituées à elles. Dans ces pays, le système juridique accorde beaucoup de poids aux précédents judiciaires et au style de raisonnement hérité du système juridique anglais. Un jugement rendu par une cour supérieure est contraignant dans les causes jugées ensuite par les tribunaux inférieurs.

1.3.1.2 Le système de droit civil tire son origine du droit romain et est utilisé dans la plupart des pays européens, en Amérique latine et au Japon. Dans un système de droit civil, les lois sont promulguées et codifiées par le parlement. Dans les deux systèmes de droit, les sociétés sont reconnues comme des personnes morales ayant une vie perpétuelle et une responsabilité généralement limitée.

1.3.1.3 L'une des décisions clés d'une EMN lorsqu'elle étend ses activités a trait au type de structure juridique qu'elle utilisera pour son exploitation. De nombreuses possibilités s'offrent à une EMN pour mener ses activités, soit par l'intermédiaire de filiales constituées localement en sociétés (entreprises associées), soit par l'intermédiaire d'établissements stables (succursales). Les filiales peuvent être entièrement ou partiellement détenues par la société mère. Une EMN peut également exercer ses activités en faisant appel à un agent indépendant, un agent dépendant ou un commissionnaire. D'autres formes juridiques sont offertes par le biais d'une société de personnes ou d'une société à responsabilité limitée. En fonction de la législation du pays d'investissement, les sociétés de personnes peuvent être traitées comme des entités fiscalement transparentes jouissant d'un traitement fiscal réservé aux entités intermédiaires; sinon, elles peuvent être traitées comme des entités imposables.

1.3.1.4 Une EMN peut également exercer ses activités en créant une association de participation (coentreprise). Une association de participation est constituée d'entreprises indépendantes (qui peuvent elles-mêmes être des entités constituées en sociétés, des succursales ou des sociétés de personnes) travaillant ensemble sur un projet précis. Elle peut avoir comme partenaires un organisme d'État ou une entité qui est normalement concurrente (sous réserve de la politique de la concurrence/des règles antitrust).

1.3.1.5 Le choix de la structure juridique d'une EMN peut être influencé par un certain nombre de facteurs. Les implications fiscales d'une structure juridique particulière peuvent être importantes. D'autres questions tout aussi pertinentes portent sur la responsabilité juridique, le risque et le contrôle, les aspects

financiers, ainsi que les obligations et les coûts administratifs et réglementaires. En outre, le contrôle des changes, la « capacité de partenariat » (c'est-à-dire la façon dont une entité est créée et gérée pour fonctionner en partenariat avec d'autres), la « solvabilité bancaire » (c'est-à-dire le fait de disposer de bénéfices, de liquidités et d'actifs suffisants pour obtenir un prêt d'une banque), les exigences en matière de participation minimale de personnes ou d'entités locales, les questions liées au rapatriement des bénéfices et les exigences en matière de capital peuvent influencer sur le choix d'une structure juridique.

1.3.1.6 Les structures juridiques utilisées par les EMN varient et évoluent au fil du temps, tout comme leurs structures commerciales. Un groupe multinational peut, par exemple, commencer ses activités dans un pays en utilisant une structure d'association de participation (coentreprise), puis racheter le partenaire de l'association de participation et exercer ses activités en tant qu'entreprise associée.

1.3.1.7 Dans une EMN, la société mère et les filiales sont des entités juridiques distinctes et peuvent effectuer des transactions intragroupes. Par contre, une entreprise internationale ayant son siège social dans un pays et un établissement stable dans un autre pays est considérée comme une seule entité juridique. Un établissement stable ne peut donc pas lui-même conclure des transactions avec d'autres parties de l'entreprise au sens juridique et officiel du terme, car les transactions nécessitent généralement au moins deux entités juridiques.

1.3.1.8 Le droit des sociétés détermine la manière dont les personnes morales sont régies à de nombreux égards. Les « pouvoirs de la société », c'est-à-dire les pouvoirs exercés par les différents dirigeants d'une entité, émanent des pouvoirs juridiques respectifs accordés aux entités de l'EMN. Le conseil d'administration est habilité à exercer tous les pouvoirs de la société; il délègue le pouvoir d'agir à certains de ses dirigeants dans certaines circonstances. Cela englobe la délégation de pouvoirs à l'échelle locale, conformément aux exigences des autorités juridiques locales. Comme l'exercice d'un pouvoir d'entreprise lie l'entité juridique et engage la responsabilité de la société, ses délégués doivent connaître les exigences locales aux plans juridiques et fiscaux afférent aux opérations transfrontalières.

1.3.1.9 Le droit des sociétés et le droit fiscal considèrent les sociétés comme des entités distinctes. C'est-à-dire que les sociétés mères, les filiales et les sociétés affiliées sont toutes juridiquement distinctes les unes des autres. L'existence distincte d'une filiale peut se manifester, par exemple, par le fait qu'elle a sa propre direction dûment constituée, son propre objectif commercial et ses propres actifs adaptés à cet objectif.

1.3.1.10 Le conseil d'administration et la direction d'une filiale continuent d'avoir des obligations fiduciaires de contrôle et de gestion des actifs, ainsi

que de gouvernance et de gestion des activités de la filiale, et ils ne sont pas tenus de donner suite à la demande d'un actionnaire si sa mise en œuvre est en contradiction avec ces obligations fiduciaires (par exemple, si la demande est contraire à la législation locale).

1.3.1.11 Les « pouvoirs organisationnels » sont les hiérarchies d'approbation fondées sur les risques qui garantissent la conformité des activités aux exigences des processus opérationnels et de contrôle internes de l'EMN. Ils sont délégués par le conseil d'administration tout au long de la chaîne de commandement. Les pouvoirs organisationnels peuvent être exercés au-delà des frontières nationales, car ils ne créent ni ne constituent un engagement juridique.

1.3.1.12 Le concept de séparation des entreprises consiste à maintenir des entités juridiques distinctes au sein de l'EMN, chaque filiale ayant sa propre identité juridique et son propre conseil d'administration. Cela ne signifie pas que les sociétés du groupe doivent être traitées comme si elles étaient totalement détachées du siège social ou de ses demandes, mais plutôt que les conseils d'administration et les directions des filiales continuent d'assumer des obligations fiduciaires de contrôle et de gestion à l'égard des actifs de leurs filiales respectives, ainsi que de gouvernance et de gestion à l'égard de leurs activités. Les pouvoirs organisationnels sont réputés offrir des conseils aux entités juridiques distinctes et à leurs conseils d'administration. Les pouvoirs organisationnels sont en fin de compte les pouvoirs de décision qui engagent juridiquement les entités juridiques.

1.3.2 Structures de gestion et d'organisation

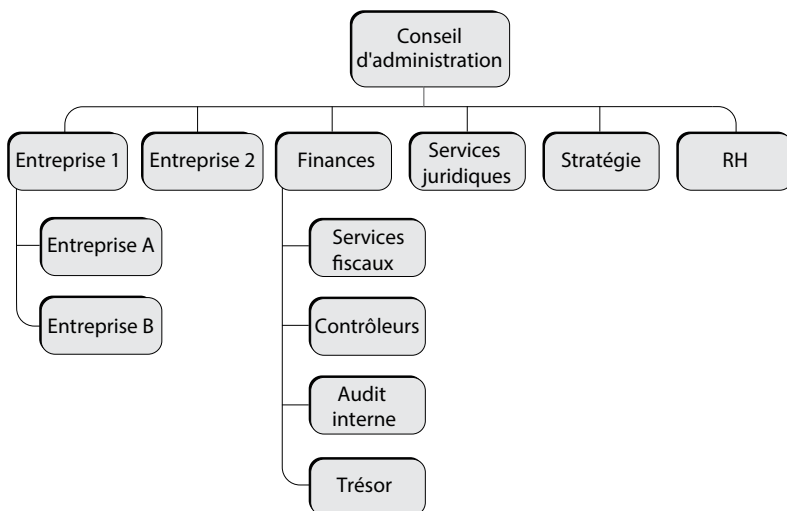
1.3.2.1 Afin de pouvoir effectuer une analyse des prix de transfert, il est essentiel de comprendre le mode de gestion et le cadre décisionnel de l'EMN. En définitive, une analyse du processus de prise de décision de l'EMN peut fournir un contexte utile pour déterminer la prise en charge du risque et le contrôle des fonctions importantes. Il est important de comprendre que la structure de gestion de l'EMN peut ou non être entièrement alignée sur la structure juridique. Une entité juridique particulière de l'EMN peut comprendre des employés qui travaillent dans diverses divisions opérationnelles ou diverses équipes de gestion. De même, une équipe de gestion ou une division peut faire appel à des personnes ou utiliser des actifs se trouvant dans plusieurs entités juridiques différentes.

1.3.2.2 La structure de gestion ou d'organisation sert à définir et à orienter la manière dont les personnes et les ressources sont utilisées pour atteindre les objectifs de l'EMN. Pour trouver le meilleur aménagement, il faut faire des ajustements à de nombreux niveaux. Certaines structures organisationnelles peuvent être plus rigides que d'autres. Certaines peuvent définir des missions,

des compétences et des responsabilités, et établir des schémas ou des relations entre les postes d'une manière rigide, tandis que d'autres peuvent être plus fluides. Il existe différents types de structures organisationnelles (présentées ci-dessous), notamment les structures traditionnelles, fonctionnelles, divisionnaires et matricielles. Cependant, avec le développement rapide de l'économie numérique, un nouveau modèle organisationnel est en train de voir le jour: un modèle décentralisé qui repose sur un « réseau d'équipes », c'est-à-dire une structure latérale.

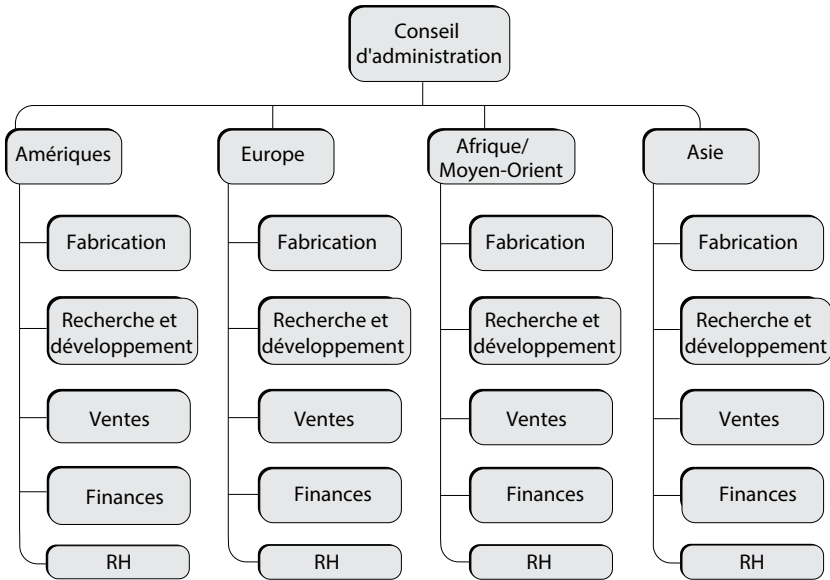
1.3.2.3 Dans une **structure fonctionnelle**, les fonctions d'une EMN sont exercées par les employés au sein de divisions fonctionnelles. Ces fonctions sont généralement des tâches spécialisées regroupant, par exemple, tous les comptables, contrôleurs et conseillers fiscaux dans une fonction financière selon leur spécialité. En général, une organisation fonctionnelle est la mieux adaptée à un producteur qui peut fournir d'importants volumes de biens et de services standard à faible coût en vue de la réalisation d'économies d'échelle. La coordination et la spécialisation des tâches sont centralisées dans une structure fonctionnelle, ce qui rend la prise de décision plus rapide, car les membres d'une fonction peuvent facilement communiquer puisqu'ils partagent le même contexte.

Figure 1.D.1
Structure fonctionnelle



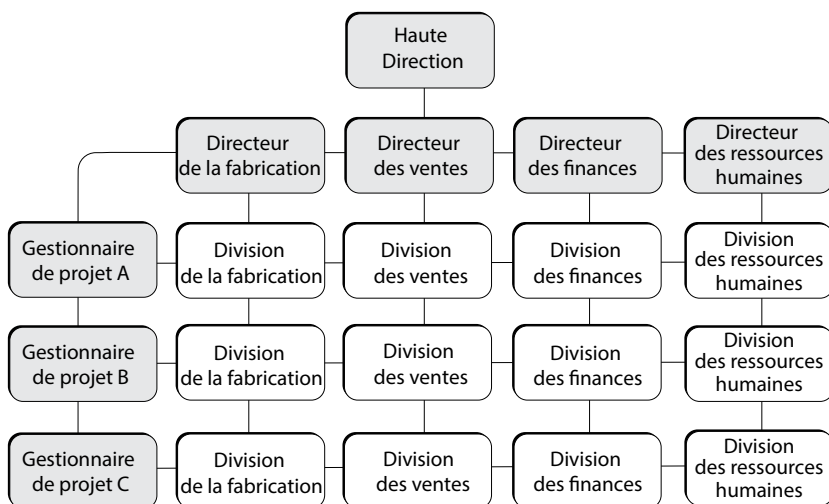
1.3.2.4 Dans une **structure divisionnelle**, chaque fonction organisationnelle est rattachée à une division et chaque division comprend toutes les ressources et fonctions dont elle a besoin, par exemple les ressources humaines et la comptabilité. Les divisions opèrent un découpage par dimensions. La distinction peut se faire sur un plan géographique (par exemple, une division Chine ou une division Afrique de l'Ouest) ou en fonction des produits et services (par exemple, différents produits pour différents clients: ménages ou entreprises). Ainsi, une entreprise automobile pourrait s'appuyer sur une structure divisionnelle composée d'une division pour les voitures hybrides et d'une autre pour les autres voitures, chacune disposant de ses propres services de vente, de commercialisation et de génie.

Figure 1.D.2
Structure divisionnelle



1.3.2.5 La **structure matricielle** combine des éléments du modèle fonctionnel et du modèle divisionnel et est donc plus complexe. Elle regroupe le personnel par catégories de services fonctionnels spécialisés, puis le répartit en divisions. Une organisation matricielle fait souvent appel à des équipes de travail pour accomplir des tâches. Un exemple de structure matricielle fonction-géographie serait une entreprise qui fabrique deux types de produits (A et B) dans plusieurs régions. En utilisant la structure matricielle, cette entreprise organiserait les fonctions au sein de son organisation comme suit :

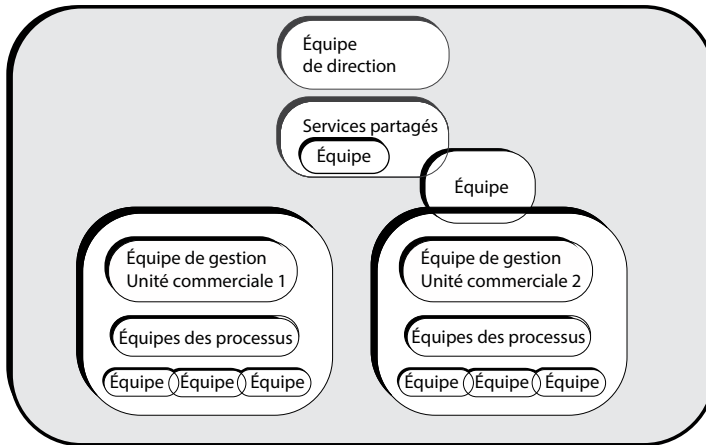
Figure 1.D.3
Structure matricielle



1.3.2.6 Dans la **structure latérale** qui, comme on l'a dit plus haut, devient de plus en plus courante, l'EMN construit et habilite des équipes à travailler à des projets et à résoudre des problèmes commerciaux précis. Les groupes et services travaillent ensemble au même niveau organisationnel pour atteindre des objectifs communs. Ce type de structure repose sur des relations de collaboration et informelles et nécessite une coordination et une consultation qui se font souvent au moyen d'un modèle matriciel. Dans l'économie numérique actuelle, on observe une tendance croissante à la mise en place d'organisations latérales basées sur la technologie, où les équipes peuvent prendre des décisions souples¹².

¹² Holbeche, L. (2018). *The Agile Organization: How to Build an Engaged, Innovative and Resilient Business*. London: Kogan Page Publishers.

Figure 1.D.4
Structure latérale

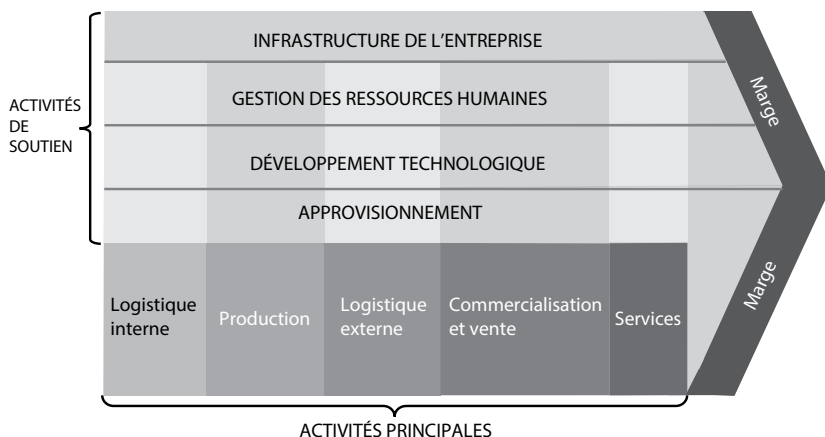


Source: Mohrman S. A. et Quam K. (2000). Consulting to Team-based Organisations: An Organisational Design and Learning Approach. *Consulting Psychology Journal: Practice and Research*, 52(1), 20.

1.3.3 Analyse de la chaîne de valeur

1.3.3.1 L'objectif d'une EMN est de maximiser les bénéfices qu'elle tire de la production et de la vente de biens et de services. Un point de départ utile pour comprendre le fonctionnement d'une EMN consiste à effectuer une analyse de la chaîne de valeur de l'entreprise. Comme on l'a vu plus haut, la chaîne de valeur d'une entreprise est l'ensemble des activités exercées par l'entreprise pour créer de la valeur. Ces activités sont réalisées par diverses unités organisationnelles et entités juridiques au sein de l'entreprise qui, ensemble, créent la valeur qui contribue à la rentabilité globale. C'est ce qu'illustre, par exemple, la chaîne de valeur de Porter (voir la figure 1.D.5 ci-dessus) :

Figure 1.D.5
Analyse de la chaîne de valeur



Source: Porter, M. E. (1985). *Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance*. New York: The Free Press.

1.3.3.2 Par conséquent, une analyse de la chaîne de valeur devrait fournir un aperçu qualitatif d'une analyse fonctionnelle. L'analyse de la chaîne de valeur est importante pour évaluer les prix intragroupes, car la chaîne de valeur permet de déterminer les principaux aspects d'une organisation qui créent de la valeur et, donc, des bénéfices. L'analyse de la chaîne de valeur suppose un examen des fonctions, des actifs et des risques de l'ensemble de l'EMN ainsi qu'une évaluation de la contribution de chaque maillon de la chaîne à la valeur globale créée par le groupe. L'analyse de la chaîne de valeur n'est pas une tâche facile, surtout pour une EMN dont les matrices de fonctions et de risques sont complexes et réparties entre différentes entités juridiques.

1.3.3.3 La chaîne de valeur d'une EMN sert fondamentalement à transformer ses ressources économiques de moindre valeur en ressources économiques de grande valeur, ce qui peut comprendre les étapes suivantes :

- (1) Cartographier une chaîne de valeur générique pour l'industrie;
- (2) Cartographier une chaîne de valeur propre à l'EMN;
- (3) Comparer la chaîne de valeur générique à la chaîne de valeur du groupe et analyser les différences qui peuvent expliquer pourquoi l'EMN a un avantage concurrentiel sur ses concurrents;
- (4) Établir une distinction entre les fonctions principales de l'EMN et ses fonctions de soutien;

- (5) Déterminer et comprendre les fonctions principales de l'EMN qui sont essentielles à la réussite de l'organisation (c'est-à-dire qui constituent un facteur de réussite essentiel);
- (6) Déterminer et comprendre les activités de l'EMN qui ajoutent de la valeur aux biens et services qu'elle produit et celles qui la distinguent de ses concurrents, c'est-à-dire les activités à valeur ajoutée;
- (7) Comprendre et confirmer comment les différentes fonctions de la chaîne de valeur sont réparties par l'EMN entre ses différentes entités juridiques constitutives.

1.3.3.4 L'exemple suivant montre comment trois EMN différentes pourraient adopter des structures opérationnelles différentes par rapport à la même chaîne de valeur générique. Certains des raisonnements ou contextes possibles à l'origine de ces structures sont examinés plus loin.

L'EMN A fait appel à trois sociétés différentes pour exécuter des fonctions très précises dans la chaîne de valeur comme suit :

La société 1 dans le pays A est une société de R&D qui effectue des recherches et exerce également certaines activités liées à la conception de produits pour l'ensemble du groupe. Ce type de société emploie du personnel technique comme des ingénieurs et des scientifiques.

La société 2 dans le pays B est une entreprise de fabrication à part entière (non pas un fabricant sous-traitant à risque limité, par exemple) qui exerce aussi certaines fonctions liées à la conception et à l'application pratique de ses produits.

La société 3 dans le pays C est responsable des fonctions de commercialisation, de distribution et de service après-vente du groupe.

L'EMN B a recours à deux filiales exerçant certaines fonctions dans la chaîne de valeur, et le groupe sous-traite également certaines activités à des tiers :

La société 1 dans le pays A est une entreprise de R&D qui réalise toutes les activités de recherche et de conception en rapport avec ses produits. Elle est similaire à la société 1 de l'EMN A, à l'exception du fait que la fonction de conception lui est entièrement dévolue et n'est donc pas partiellement assurée par la société 2.

La société 2 dans le pays B est responsable de la commercialisation et du service à la clientèle. Elle est donc l'interface client du groupe.

L'EMN a décidé de sous-traiter les fonctions de production et de distribution à des sociétés tierces.

L'EMN C a recours à trois sociétés pour remplir les mêmes fonctions dans des lieux géographiques différents en utilisant des actifs incorporels créés par un tiers et normalement utilisés par le groupe sous licence.

1.3.3.5 En plus de la chaîne de valeur d'une EMN, il importe aussi de comprendre le contexte dans lequel chacune de ses sociétés y contribue, car en définitive, cela sera pertinent dans l'analyse des implications de la chaîne de valeur en matière de prix de transfert.

1.3.3.6 Par exemple, dans la structure de l'EMN A mentionnée ci-dessus (voir la figure 1.D.6 ci dessous), la même chaîne de valeur de base est définie comme suit : la société 1 se charge de la R&D, la société 2 fabrique des produits et la société 3 distribue les produits de l'EMN. À première vue, ces sociétés semblent remplir les mêmes fonctions, mais une analyse approfondie permettra d'établir si elles sont effectivement les mêmes. Le contexte dans lequel ces activités sont exercées peut être différent selon les accords juridiques et contractuels conclus entre les sociétés.

1.3.3.7 Un contexte possible pourrait être le suivant : la société 1 se charge de la R&D à ses propres risques et est le propriétaire légal de tous les actifs incorporels conçus dans le cadre de cette R&D; la société 2 agit comme fabricant sous-traitant à risque limité dans le cadre d'un accord contractuel avec la société 1, et la société 3 agit comme distributeur à risque limité dans le cadre d'un accord contractuel avec la société 1. Dans ce cas, la société 1 est le propriétaire légal de l'actif incorporel de l'EMN et supporte un risque substantiel lié à la fabrication et à la vente des produits de l'EMN.

1.3.3.8 Un autre contexte possible pour exactement la même chaîne de valeur de base pourrait être le suivant : la société 1 se charge de la R&D sous contrat pour la société 2, qui est le propriétaire légal de tous les actifs incorporels créés par cette activité de R&D; et la société 3 agit en tant que distributeur à risque limité dans le cadre d'un accord contractuel avec la société 2. Dans ce cas, la société 2 est le propriétaire légal des actifs incorporels de l'EMN et, en fonction des détails de l'analyse fonctionnelle, elle pourrait être considérée comme assumant un risque substantiel lié à la fabrication et à la vente des produits de l'EMN.

1.3.3.9 Une autre structure possible pour exactement la même chaîne de valeur de base pourrait être la suivante : la société 1 se charge de la R&D sous

contrat pour la société 3, qui est le propriétaire légal de tout actif incorporel créé par cette R&D; et la société 2 agit en tant que fabricant sous-traitant à risque limité dans le cadre d'un accord contractuel avec la société 3. Dans ce cas, la société 3 est le propriétaire légal des actifs incorporels de l'EMN et, en fonction des détails de l'analyse fonctionnelle, elle pourrait être considérée comme assumant un risque substantiel lié à la fabrication et à la vente des produits de l'EMN.

1.3.3.10 Ces trois contextes sont illustrés dans le diagramme suivant. Comme on le verra dans les chapitres suivants, chacun de ces différents contextes entraînerait très probablement des résultats différents en matière de prix de transfert¹³.

1.3.3.11 De manière générale, les modèles d'affaires des EMN vont de la décentralisation à la centralisation. Il n'y a pas de solution unique. Dans un modèle décentralisé, toutes les unités opérationnelles distinctes (ou entités juridiques) sont autonomes et ne dépendent généralement que de services limités du siège social. Dans un tel modèle, les services commerciaux locaux sont chargés de toute la gamme des activités de vente, allant de la planification commerciale à la distribution, en passant par la commercialisation, l'élargissement de la clientèle, la vente et l'après-vente, et l'entreposage. La plupart des risques liés aux ventes, y compris les risques de marché et les risques de crédit, sont généralement assumés par la société de vente locale dans ce type de structure.

1.3.3.12 Le siège social, dans ce type de modèle, fournit généralement une direction de haut niveau ou une orientation stratégique. De même, les services de fabrication locaux sont généralement chargés de la sélection des matières premières, de la gestion des stocks, de l'entretien et de l'optimisation des installations, du fonctionnement de l'usine et de la vente des produits fabriqués aux entités qui assurent la fonction commerciale. Les entités remplissent souvent des fonctions multiples, telles que la fabrication, la vente, la commercialisation, la R&D et les fonctions de soutien.

¹³Les dispositions contractuelles ne sont pas simplement acceptées telles quelles par les autorités fiscales. Par exemple, chacun de ces différents contextes possibles de la chaîne de valeur de l'EMN A ferait l'objet d'une évaluation visant à vérifier que la substance économique des accords est compatible avec leur forme juridique et que les modalités de ces accords sont conformes au principe de pleine concurrence.

Figure 1.D.6

Exemple: Comment différents groupes
pourraient « adapter » la chaîne de valeur générique

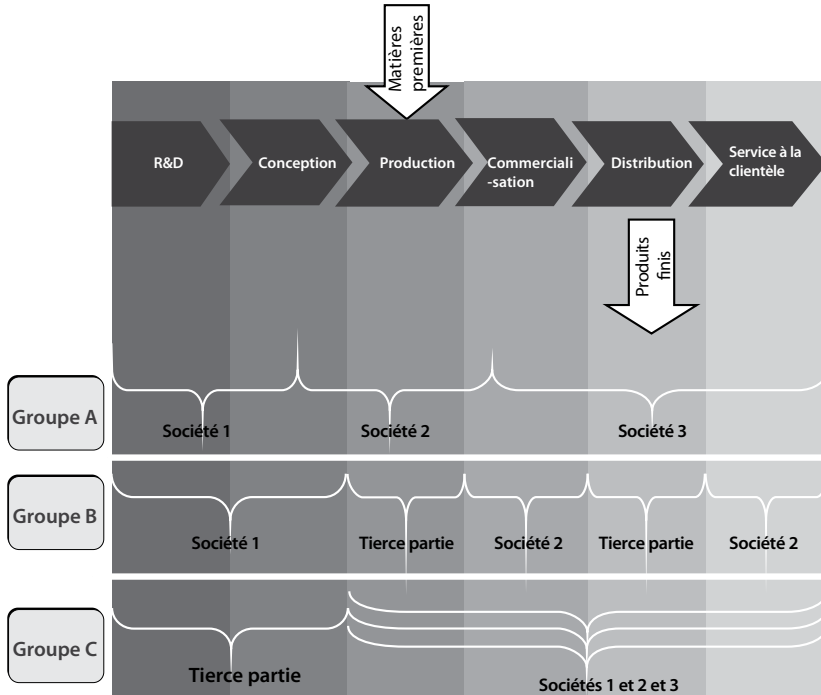
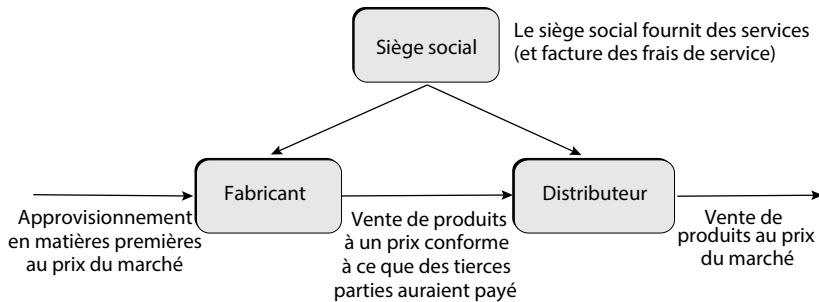


Figure 1.D.7

Exemple de modèle d'entreprise décentralisée

- Prix négocié entre le fabricant et le distributeur dans des conditions de pleine concurrence
- Le fabricant et le distributeur fonctionnent principalement comme des entreprises autonomes (en fait souvent au sein de la même entité juridique)
- Seul le siège social obtient un rendement prévisible pour les services fournis aux opérations
- La R&D, la commercialisation et les services commerciaux, généraux et administratifs sont des activités locales
- Les entités locales sont responsables des pertes et des bénéfices du groupe (marge fixe et prévisible au siège social)



1.3.3.13 En définitive, toutefois, la plupart des multinationales sont, dans une mesure plus ou moins grande, intégrées c.-à-d. centralisées. Dans un modèle intégré, le siège social peut avoir la responsabilité de définir la stratégie, de fournir des instructions détaillées aux entités locales, et de gérer la R&D, la commercialisation, les services administratifs centralisés et d'autres activités. Cette structure intégrée a l'avantage, entre autres, de centraliser la répartition des ressources rares et du capital et de présenter un « visage unique » aux clients et aux investisseurs. Dans un tel modèle, les bureaux locaux ont moins de pouvoir décisionnel autonome et moins de risques à gérer.

1.3.3.14 Une autre façon d'évaluer le modèle d'affaires d'une EMN consiste à examiner les fonctions, les actifs et les risques de chaque entité, en partant des entités les plus simples pour aller vers les plus complexes. Une entité complexe peut posséder, gérer et développer des actifs incorporels et prendre des décisions stratégiques clés. Une entité plus simple entreprend normalement des tâches plus routinières et moins risquées, comme la fabrication en sous-traitance ou la prestation de services de soutien.

1.3.3.15 En pratique, il existe un certain nombre d'exemples types, ou d'archétypes, pour les fonctions de vente, les activités de fabrication et les fonctions de soutien. Selon le type d'activités et le niveau des risques assumés, l'éventail des fonctions de chaque entité et le potentiel de profit qui en résulte pour chacune peuvent varier. Le diagramme ci-dessous illustre les relations entre les fonctions, les risques, les actifs et le potentiel de profit.

Figure 1.D.8
Exemple de modèle d'entreprise centralisée

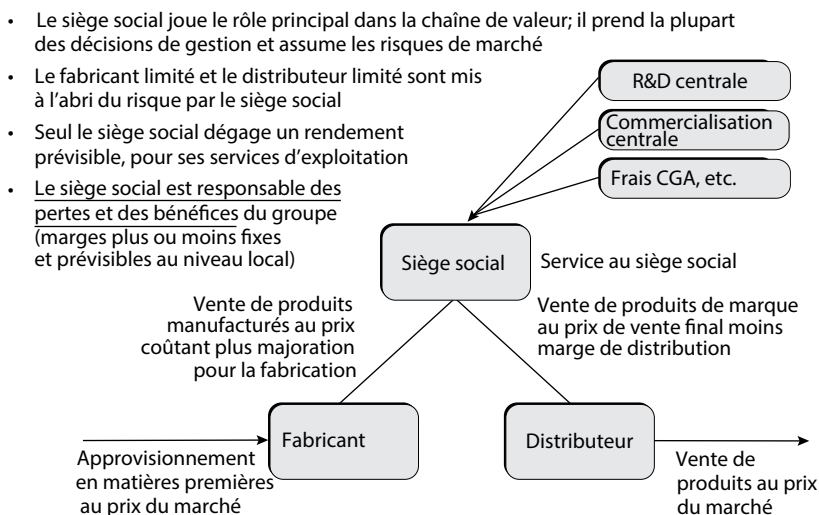
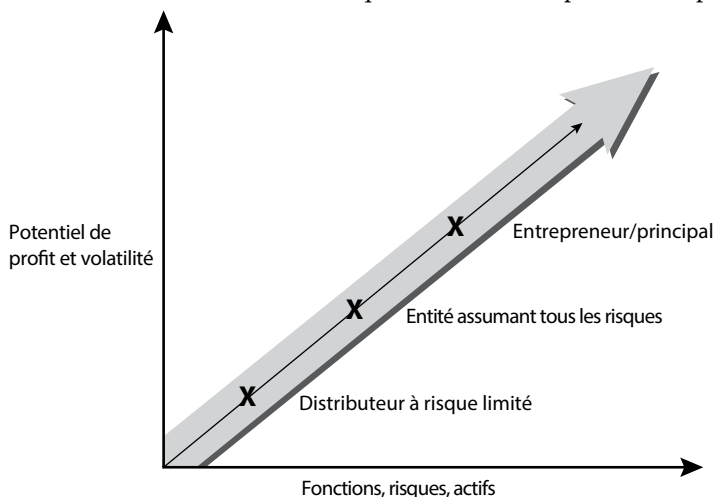


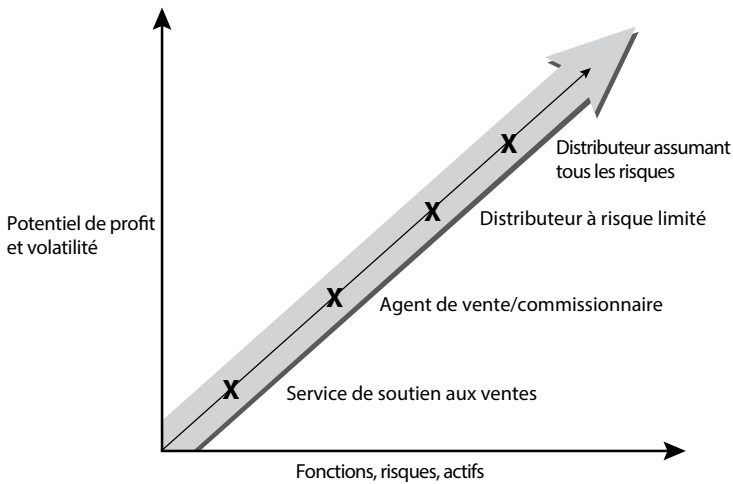
Figure 1.D.9
Relation entre les fonctions, les risques, les actifs et le potentiel de profit



1.3.3.16 Un certain nombre d'archétypes peuvent être déterminés dans la fonction de vente. À une extrémité du spectre, se trouve l'exemple d'un service de soutien aux ventes et, à l'autre extrémité, celui d'un distributeur qui assume la totalité des risques. Entre ces deux exemples, différents modèles sont possibles :

agent commercial/commissionnaire, distributeur limité ou distributeur sous licence (en suivant la chaîne de valeur de bas en haut). Un distributeur qui assume la totalité des risques assume généralement les risques liés aux prix et les autres risques du marché, les risques liés au stock, les risques de crédit, et il peut en outre créer une marque de commerce ou un autre élément incorporel et accorder une licence d'utilisation.

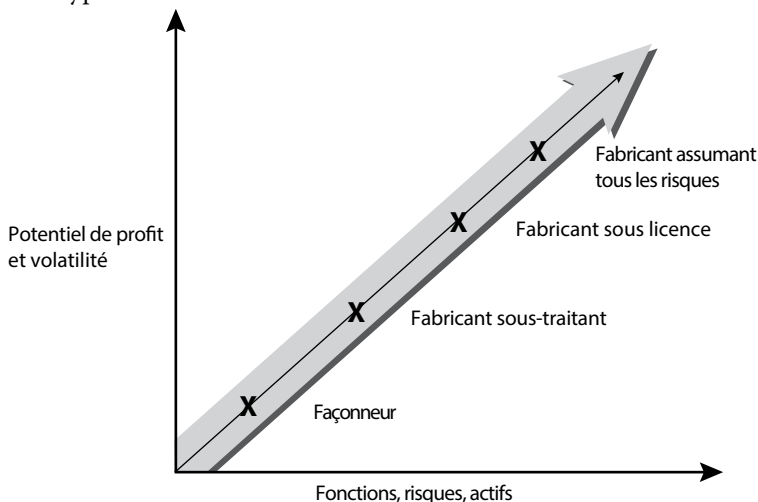
Figure 1.D.10
Différents types d'activités de distribution



1.3.3.17 Différents types d'activités de fabrication peuvent être identifiés dans la fonction de fabrication. Les termes couramment utilisés pour définir l'éventail des archétypes (par ordre croissant en ce qui concerne la fonction de fabrication et le potentiel de profit) sont les suivants : façonneur, fabricant sous-traitant, fabricant sous licence et enfin fabricant assumant tous les risques. L'entité présentant le risque le plus faible est probablement le façonneur, bien que celui-ci, comme les autres types de fabricants, conserve probablement le risque lié aux investissements en immobilisations et les risques associés à l'utilisation sous-optimale de la capacité de fabrication. En général, l'entrepreneur conserve le titre de propriété des matières premières et des marchandises tout au long du processus de fabrication. L'entrepreneur achète les matières premières et assume les risques liés aux stocks et aux ventes, tandis que le façonneur est principalement responsable de la gestion et de l'utilisation efficace du lieu de production.

1.3.3.18 Les deux exemples suivants s'appuient sur ce qui est exposé ci-dessus pour illustrer la manière dont les EMN pourraient choisir d'organiser leurs activités dans certaines industries.

Figure 1.D.11
Différents types d'activités de fabrication



Exemple 1 : Biens de consommation à rotation rapide

1.3.3.19 Les biens de consommation à rotation rapide (BCC) sont des produits qui se vendent rapidement à un coût relativement faible, par exemple les confiseries, les produits laitiers, les autres denrées alimentaires et les produits de soins personnels et d'entretien domestique. Presque tout le monde, dans les pays développés et en développement, utilise chaque jour une forme ou une autre de BCC. Il s'agit de petits achats de consommation qui sont effectués à un kiosque, à un stand de fruits et de légumes, à l'épicerie, au supermarché ou dans un entrepôt. Les BCC ont une courte durée de conservation, de telle sorte que, même si la marge bénéficiaire sur les ventes individuelles est peut-être faible, les volumes sont censés compenser cette faiblesse.

1.3.3.20 Pour réussir dans le segment très dynamique et innovant des BCC, une entreprise doit connaître le consommateur, les marques et la logistique, mais elle doit aussi bien comprendre les emballages et la promotion des produits¹⁴. Pour réussir dans le secteur des BCC, il est essentiel de bien saisir les besoins des consommateurs et d'y répondre rapidement. Les entreprises de BCC doivent acquérir et maintenir une excellente compréhension des besoins, des styles de vie et des habitudes de dépenses des consommateurs sur le marché visé. Une entreprise de BCC doit s'adapter à l'évolution des habitudes d'achat et des goûts des consommateurs afin de placer efficacement ses produits sur le marché.

¹⁴ Shaout, A. et Yousif, M. K. (2014). Employee Performance Appraisal System Using Fuzzy Logic. *International Journal of Computer Science and Information Technology*, (6(4)), 1-19.

1.3.3.21 La marque est un élément clé de la réussite des entreprises de BCC. Celles-ci s'appuient sur la commercialisation, la communication et d'autres techniques pour établir et développer la notoriété de la marque et la fidélité à leurs produits. Même si un emballage de qualité supérieure et innovant attire particulièrement le consommateur et contribue à transmettre le message de la marque dans les magasins, la communication au moyen de différents médias et les interactions avec les consommateurs sont également importantes pour sensibiliser les consommateurs à la marque en dehors des points de vente et, en fin de compte, les inciter à renouveler leurs achats.

1.3.3.22 Le contrôle des coûts des intrants et de la fabrication est d'une importance vitale dans ce secteur. Cela nécessite un approvisionnement efficace en produits, des stratégies logistiques pour les intrants et une technologie innovante.

1.3.3.23 Un autre facteur clé dans le secteur des BCC est la possibilité de disposer de canaux de distribution efficaces, prévisibles et fiables. Si certains détaillants optent pour l'intégration verticale (ce qui est particulièrement pertinent pour les pays en développement, où les canaux de distribution ne sont pas toujours aussi structurés que dans les pays développés), d'autres sous-traitent les services de logistique et d'entrepôt à des tiers de confiance. En effet, dans certains pays, des services de logistique et d'entrepôt de qualité, assortis de connaissances et d'une expertise locales, sont de plus en plus accessibles pour les entreprises à un coût relativement faible, ce qui permet même aux petites et moyennes entreprises d'obtenir ces services au début de leur cycle économique.

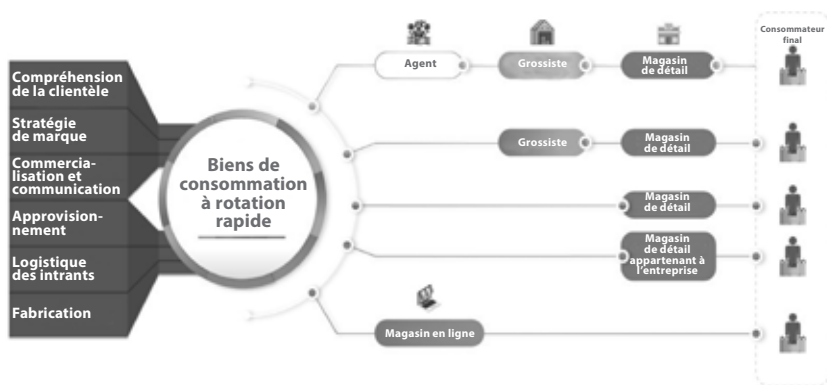
1.3.3.24 Il existe plusieurs façons pour une société de BCC de distribuer ses produits de façon à atteindre les consommateurs finaux, en fonction du niveau d'intégration verticale de la société et du nombre d'intermédiaires :

- premièrement, le canal de distribution le plus simple est la vente directe du fabricant aux consommateurs sans intermédiaire, qui se fait souvent en ligne;
- deuxièmement, il existe des canaux de distribution où il peut y avoir un seul intermédiaire entre le producteur et le consommateur. C'est le cas, par exemple, d'un détaillant traditionnel (« de briques et de mortier »). Ce détaillant peut être indépendant ou faire partie du même groupe que le producteur;
- troisièmement, le canal de distribution peut faire intervenir deux intermédiaires entre le producteur et le consommateur. C'est le cas, par exemple, quand un grossiste vend à un détaillant qui lui-même vend ensuite au consommateur;

- quatrième, il existe des canaux de distribution où l'on fait appel à un agent ou courtier. Les agents travaillent pour le compte d'entreprises et traitent principalement avec des grossistes. Ensuite, les grossistes vendent aux détaillants qui, à leur tour, vendent aux consommateurs.

1.3.3.25 Ces différents types de canaux de distribution sont résumés dans le tableau suivant :

Figure 1.D.12
Différents types de canaux de distribution



Exemple 2 : Industrie pétrolière et gazière

1.3.3.26 Les sociétés pétrolières internationales appartiennent à des investisseurs, sont axées sur le marché et visent principalement à accroître la valeur actionnariale. Les sociétés pétrolières internationales varient en taille, en spécialisation et en intégration. Souvent, elles se spécialisent dans un ou plusieurs segments industriels, tels que l'exploration et la production, le raffinage, le transport ou la distribution ou, encore, la commercialisation. Bon nombre des plus grandes multinationales pétrolières et gazières intègrent toutes les activités ; c'est ce qu'on appelle des sociétés pétrolières « intégrées verticalement »¹⁵.

1.3.3.27 L'exemple d'une société pétrolière et gazière intégrée verticalement est illustré dans la figure 1.D.13 ci-dessus :

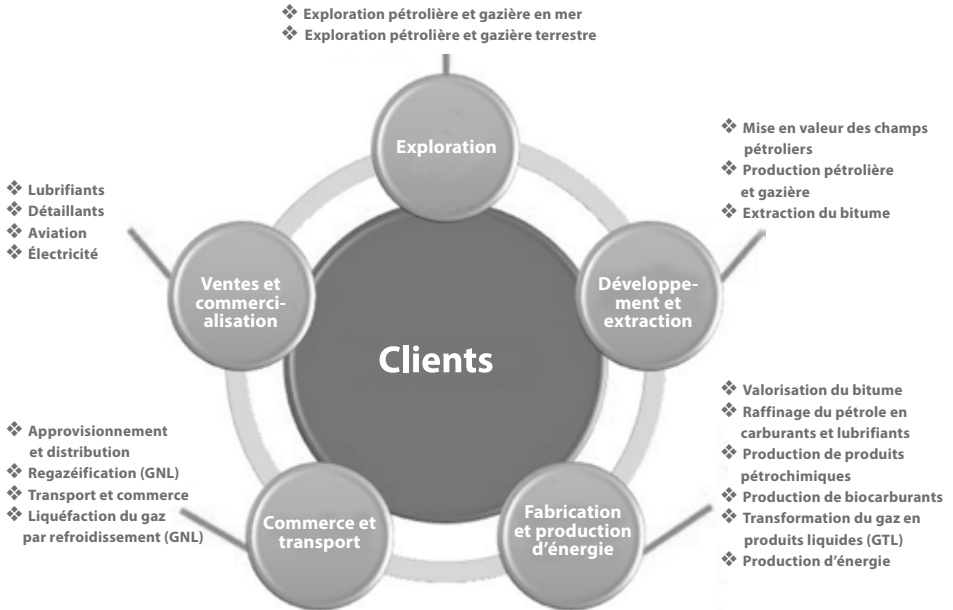
1.3.3.28 On considère souvent que l'industrie pétrolière et gazière est composée de deux grands segments : les activités « en amont », c'est-à-dire celles qui

¹⁵ Nations Unies (2017). *Handbook on Selected Issues for the Taxation of the Extractive Industries by Developing Countries*. New York: UN Publishing. Accessible en anglais à l'adresse : https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/Extractives-Handbook_2017.pdf.

sont liées à l'exploration et à la production de pétrole brut et de gaz naturel, et les activités « en aval », c'est-à-dire celles qui sont liées au transport, au raffinage et à la commercialisation du pétrole et du gaz naturel et des produits s'y rapportant¹⁶.

Figure 1.D.13

Exemple d'une société pétrolière et gazière intégrée verticalement



Source: International Tax and Investment Center (ITIC)

1.3.3.29 À l'intérieur des deux grands segments commerciaux, il y a souvent plusieurs unités organisationnelles représentant différents secteurs d'activité. En amont, on peut par exemple faire une distinction entre les activités d'« exploration » et de « production », tandis qu'en aval, il peut y avoir des entreprises de négoce, de fabrication ou de produits chimiques. Dans une société pétrolière internationale verticalement intégrée, il peut y avoir de multiples entreprises mondiales comptant sur différents modèles d'affaires et de multiples centres de coûts.

¹⁶ Parfois, on parle aussi de segment « intermédiaire », par exemple : « les activités reliant les fonctions qui se trouvent purement en amont et celles qui se trouvent purement en aval sont parfois appelées « activités intermédiaires »; il s'agit des activités liées au commerce et au transport (par pipeline, rail, barge, citerne ou camion), au stockage et à la vente en gros de pétrole brut, de gaz naturel ou de produits pétroliers raffinés » – Nations Unies (2017). *Handbook on Selected Issues for Taxation of the Extractive Industries by Developing Countries*. New York: UN Publishing.

1.3.3.30 Chaque secteur d'activité peut adopter un modèle d'affaires différent. Certaines activités peuvent être centralisées, par exemple dans des sociétés de services qui fournissent aux sociétés d'exploitation des conseils techniques ou des services comptables par exemple. Le coût de ces services centralisés peut être partagé ou directement imputé à une société d'exploitation. La production de pétrole peut être complètement décentralisée.

1.3.3.31 La direction de chaque site de production est généralement responsable du rendement et de la viabilité à long terme de ses propres activités, mais elle peut profiter de l'expérience des sociétés de services et, par leur intermédiaire, des autres sociétés du groupe. Les actifs incorporels peuvent être détenus de manière centralisée, tandis que les centres de R&D répartis dans le monde entier peuvent faire de la recherche. En fonction des produits et des lieux de fabrication, différents modèles peuvent être utilisés, notamment la fabrication en sous-traitance et la fabrication à façon. Enfin, une fois que les produits sont vendus sur le marché, toutes les fonctions de vente types peuvent être déterminées: distributeurs achat-vente, distributeurs sous licence, sociétés de ventes directes, sociétés de services sur le marché, etc.

1.4 Gestion de la fixation des prix de transfert dans une entreprise multinationale

1.4.1 La fixation des prix de transfert pose des défis pour les EMN. Certes, les prix de transfert peuvent être utilisés dans certaines EMN à des fins de gestion, mais ces dernières sont néanmoins tenues de se conformer aux règles relatives aux prix de transfert à des fins fiscales dans les pays où elles exercent leurs activités. La fixation des prix de transfert influe sur la répartition du revenu imposable entre les entreprises associées d'une EMN.

1.4.2 Les entités d'une EMN exercent leurs activités mondialement, ce qui leur permet d'optimiser la chaîne de valeur des biens ou des services et les incite donc à rechercher des synergies. Or, la méthode par laquelle une EMN qui fait affaire avec des entreprises associées à l'échelle mondiale fixe les prix de transfert de ses transactions internes pose un défi, en ce sens que ces prix de transfert doivent être acceptables pour les autorités fiscales des pays dans lesquels elle exerce ses activités. Le défi devient encore plus grand lorsque l'EMN exerce ses activités mondiales au moyen d'un certain nombre de modèles d'entreprise et de centres de coûts. La taille de l'EMN ajoute à la complexité.

1.4.3 En matière d'information financière, l'EMN s'appuie sur deux arbres de décision. D'une part, le droit des sociétés et le droit fiscal exigent d'une entreprise associée qu'elle déclare son revenu imposable provenant d'une juridiction donnée. D'autre part, l'EMN devra généralement calculer, à des fins de gestion, les revenus et les coûts de ses secteurs qui peuvent, comme on le montre dans

la discussion précédente, exploiter leurs activités dans plusieurs juridictions. En d'autres termes, tandis que les autorités fiscales prêtent toute leur attention au revenu imposable d'une entreprise associée, les dirigeants d'une EMN s'intéressent plutôt au revenu découlant de leurs secteurs d'activité. Les EMN devraient élaborer une politique générale en matière de prix de transfert et la faire connaître dans leurs rangs afin de contribuer à minimiser les risques d'ajustements des prix de transfert pouvant entraîner une double imposition.

1.4.4 L'affectation des bénéfices et des coûts aux différentes structures juridiques se fonde sur les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques assumés (la fonction dite « FAR »). Étant donné que les groupes d'EMN comprennent de nombreuses entreprises associées, il est très difficile de répartir les bénéfices et les coûts entre toutes les entités juridiques, notamment en l'absence des forces du marché. C'est un exercice complexe que d'élaborer une politique générale cohérente pour l'affectation des résultats aux structures juridiques.

1.4.5 Les règles relatives aux prix de transfert fondées sur le principe de pleine concurrence permettent aux autorités fiscales nationales d'opérer un ajustement des bénéfices d'une entreprise lorsque les modalités de ses transactions avec des entreprises associées diffèrent de celles qui seraient convenues entre des entreprises non liées dans des circonstances similaires. Si le revenu d'une entreprise associée dans le pays A est augmenté à la suite d'un ajustement des prix de transfert, il serait raisonnable de s'attendre à ce qu'un ajustement correspondant (« ajustement corrélatif ») des prix de transfert réduise le revenu de sa contrepartie dans le pays B, à la condition que l'évaluation des prix de transfert soit uniforme dans les deux pays.

1.4.6 Toutefois, si l'autorité fiscale du pays A procède à un ajustement des prix de transfert, il y aura double imposition si l'autorité fiscale du pays B n'est pas d'accord avec l'ajustement et n'autorise pas d'ajustement corrélatif (à la baisse). Une double imposition « économique » risque de survenir, ce qui signifie que les deux entités juridiques seront imposées sur les mêmes bénéfices. La fonction de gestion relative aux prix de transfert au sein d'une EMN doit avoir comme mission de limiter le risque d'ajustement et de double imposition.

1.4.7 En principe, pour une EMN, la conception, la mise en œuvre et la documentation d'une politique appropriée en matière de prix de transfert ne devraient pas être considérés uniquement comme une question de conformité. L'objectif principal devrait être d'élaborer une politique générale cohérente et fondée sur des principes. Une politique bien élaborée et appliquée de manière uniforme devrait réduire les risques d'ajustement des prix de transfert et de double imposition pour les EMN, ce qui augmenterait la rentabilité en minimisant les coûts liés aux prix de transfert. En outre, une politique générale en matière de prix de transfert peut fournir des éléments de preuve dans les négociations avec les autorités fiscales en cas de différend sur les prix de transfert.

1.4.8 Une politique générale en matière de prix de transfert devrait porter sur quatre domaines clés.

- Prestation de conseils;
- Production de déclarations;
- Exigences relatives à la documentation;
- Soutien à la vérification et à la résolution des différends.

1.4.9 Prodiguer des conseils en matière de prix de transfert requiert une connaissance approfondie des activités commerciales d'une EMN. On pourrait peut-être croire à tort que le service fiscal prend les décisions commerciales clés au sein d'une EMN. Dans la pratique, ce sont les unités commerciales d'une EMN qui identifient les opportunités commerciales, puis la décision est prise d'exploiter ou d'écarter ces opportunités en fonction de leur conformité à la stratégie commerciale globale de l'EMN. Lorsque le service fiscal intervient dans la prise de décision de l'EMN, il est apte à prodiguer des conseils pour minimiser les risques d'ajustement en matière des prix de transfert et donc optimiser l'opportunité commerciale.

1.4.10 Dans l'environnement mondial actuel, il faut de plus en plus de renseignements détaillés pour répondre aux exigences de chaque pays en matière de documentation des prix de transfert. La plupart des EMN préparent donc une documentation mondiale et régionale (fichiers principaux) pour leurs différentes activités mondiales. Les rapports mondiaux et régionaux sont préparés à des fins locales (fichiers locaux) en fonction des risques fiscaux identifiés pour chaque pays dans lequel l'EMN exerce ses activités.

1.4.11 Les autorités fiscales tout autour du monde s'intéressent de plus en plus aux prix de transfert et à l'élargissement de leurs capacités en matière de prix de transfert. Les EMN doivent faire face aux difficultés engendrées par les dispositions détaillées, complexes et potentiellement conflictuelles de la législation nationale en matière de prix de transfert dans les pays où elles exercent leurs activités. Certains pays suivent de près les orientations des organismes internationaux, d'autres ne mettent en œuvre qu'une partie de ces orientations, tandis que d'autres encore élaborent des règles de prix de transfert de manière indépendante.

1.4.12 Il ne faut pas supposer que, de manière générale, les EMN agissant en non-conformité avec les règles relatives aux prix de transfert afin d'obtenir des avantages fiscaux. L'équipe de direction subit des pressions pour contrôler les coûts commerciaux, y compris les coûts fiscaux; toutefois, de nombreuses EMN, en particulier celles dont les actions sont cotées en bourse (multinationales cotées), peuvent avoir publié des codes de conduite, un ensemble de principes d'affaires ou d'autres codes et principes. Certains de ceux-ci peuvent exiger

expressément d'une EMN qu'elle se conforme aux règles fiscales des pays dans lesquels elle exerce ses activités. Les violations de ces codes peuvent entraîner de graves conséquences pour les EMN cotées. Néanmoins, elles ne doivent pas être considérées comme une garantie d'absence de désaccord sur la bonne application des règles relatives aux prix de transfert.

1.4.13 Les prix de transfert étant souvent considérés comme « un art et non une science », l'incertitude qui en résulte crée un risque de différend, même si l'EMN cherche à se conformer aux règles nationales en la matière. Même si les EMN s'appliquent à fixer les prix de transfert appropriés et à préparer une documentation complète, il y a toujours un risque de désaccord de la part des autorités fiscales avec l'approche adoptée. Cela crée une incertitude pour les EMN et peut entraîner des coûts liés à la préparation de documents supplémentaires, à la gestion des contrôles fiscaux et la gestion des contentieux. Malgré cela, il peut arriver que le traitement des prix de transfert donne lieu à des manipulations en vue de transférer les bénéfices d'une juridiction à une autre afin de bénéficier d'avantages fiscaux, notamment une faible imposition ou l'absence d'imposition.

1.4.14 Les EMN affirment généralement préférer l'existence de règles en matière de prix de transfert si elles permettent de parvenir à une approche globalement cohérente et d'éliminer le risque de différend. Lorsqu'un pays procède à un ajustement des prix de transfert d'une EMN qui entraîne une augmentation du revenu imposable, l'entreprise associée dans l'autre pays devrait en principe¹⁷ bénéficier d'un « ajustement corrélatif » pour réduire son revenu imposable. Si aucun ajustement corrélatif n'est apporté en l'absence d'une convention ou par accord exprès en vertu des dispositions d'une convention, l'EMN est frappée de double imposition. Dans cette situation, le différend oppose deux autorités fiscales, l'EMN cherchant à faire accepter des prix de transfert uniformes par les deux pays.

1.4.15 Lorsqu'un ajustement des prix de transfert est apporté par l'autorité fiscale, l'article 9 du Modèle de convention fiscale des Nations Unies ou l'article équivalent d'une convention fiscale bilatérale (le cas échéant) prévoit qu'un ajustement corrélatif doit être effectué dans l'autre juridiction. Toutefois, dans certains cas, il arrive qu'aucun ajustement corrélatif ne soit accordé ou que l'ajustement soit inférieur à l'ajustement initial pour des raisons tout à fait légitimes. Dans un tel cas, il sera opportun pour les deux pays d'engager des discussions dans le cadre du mécanisme de la procédure amiable prévu à l'article 25 du Modèle de convention fiscale des Nations Unies (ou d'une disposition correspondante d'une convention existante) pour tenter de résoudre toute double imposition qui pourrait survenir.

¹⁷Modèle de convention fiscale des Nations Unies et de l'OCDE, article 9 (Entreprises associées).

Partie B

PRINCIPES DE CONCEPTION ET CONSIDÉRATIONS DE POLITIQUE

2 Introduction aux prix de transfert

2.1 Qu'est-ce qu'un prix de transfert ?

2.1.1 Généralités

2.1.1.1 Ce chapitre donne un aperçu du domaine des prix de transfert et cerne plusieurs questions et problèmes y ayant trait, en particulier les défis qu'ils posent pour les pays en développement et les approches adoptées par ces derniers pour y faire face. Ces questions seront approfondies dans les chapitres suivants.

2.1.1.2 Les transferts internationaux de biens et de services, de capitaux (tels que l'argent) et d'actifs incorporels (tels que la propriété intellectuelle) au sein des EMN représentent une bonne partie du commerce mondial; ces transferts sont appelés « transactions intragroupes ». On sait que le commerce intragroupe augmente de façon constante depuis le milieu du 20^e siècle.

2.1.1.3 En outre, les transactions qui portent sur les actifs incorporels et les services à paliers multiples constituent un pourcentage de plus en plus grand des transactions commerciales des EMN, ce qui fait qu'il est devenu de plus en plus complexe d'en faire l'analyse et de les comprendre.

2.1.1.4 La structuration des transactions au sein d'une EMN¹⁸ dépend des forces du marché et du groupe, combinées d'une manière qui peut diverger des conditions de libre marché prévalant entre des entités indépendantes. Un nombre important et croissant de transactions intragroupes pourrait donc ne pas dépendre entièrement des forces du marché, mais sera largement motivé par les intérêts communs aux entités d'un groupe. Comme les impôts sont généralement calculés sur la base de la comptabilité à l'échelle des entités, le prix et les autres modalités de ces transactions intragroupes influenceront sur les revenus et les dépenses des entités qui en sont les parties et, par conséquent, auront une incidence sur les bénéfices que ces dernières enregistreront à des fins fiscales.

¹⁸ Aux fins des prix de transfert, les parties constituantes d'une EMN, telles que les sociétés, sont appelées « entreprises associées ».

2.1.1.5 Il devient donc important d'établir le prix approprié, appelé « prix de transfert », des transferts intragroupes. L'« établissement des prix de transfert » est l'expression généralement utilisée pour fixer les prix des transactions entre parties liées. Les prix de transfert évoquent les prix¹⁹ des transactions entre entreprises associées (*c'est-à-dire* les membres d'une même EMN) portant sur des échanges de biens ou de services. Ces transactions sont également appelées transactions « contrôlées », par opposition aux transactions « sur le marché libre » entre personnes qui ne sont pas associées et dont on peut supposer qu'elles agissent de manière indépendante (« sur la base du principe de pleine concurrence ») pour fixer les modalités de telles transactions.

2.1.1.6 Les prix de transfert ne présupposent pas nécessairement l'existence d'évitement fiscal, car la nécessité de fixer de tels prix est un aspect ordinaire du mode de fonctionnement des EMN. Lorsqu'un prix n'est pas conforme aux normes internationales applicables ou au principe de pleine concurrence prévu par le droit interne, l'administration fiscale peut considérer qu'il s'agit d'un « prix erroné », d'un « prix incorrect », d'un « prix injustifié » ou d'un prix « non conforme au principe de pleine concurrence », et si des enjeux associés à l'évitement fiscal ou à la fraude fiscale peuvent éventuellement survenir.

2.1.2 Exemples

2.1.2.1 Exemple 1 : Fabricant de disques SSD

Le groupe X est spécialisé dans la vente d'ordinateurs. Le groupe dans son ensemble est rentable. La société mère, située dans le pays A, achète des « disques SSD » à sa filiale située dans le pays B. Le prix que la société mère du pays A paie à sa filiale du pays B (le « prix de transfert ») déterminera le montant du bénéfice que sa filiale déclarera dans le pays B et le montant de l'impôt sur le revenu qu'elle paiera localement. Si la société mère paie à sa filiale un prix inférieur au juste prix de pleine concurrence, cette dernière pourrait donner l'impression d'être en difficulté financière, alors que le groupe dans son ensemble enregistre une marge bénéficiaire raisonnable lorsque l'ordinateur complet est vendu.

Les autorités fiscales du pays A pourraient valider le bénéfice déclaré par la société mère, mais leurs homologues du pays B pourraient le contester –

¹⁹Toutefois, dans la plupart des cas, l'analyse des prix de transfert se conclura par la fixation d'une marge bénéficiaire appropriée. Voir le chapitre 4 de ce Manuel qui traite des méthodes de prix de transfert.

en raison de l'écart qui le sépare du bénéfice imposable escompté de leur côté de la transaction. Si la société mère du pays A avait acheté ses disques d'une société indépendante dans le pays B dans des circonstances comparables, elle aurait payé la valeur marchande, et le fournisseur aurait versé des impôts sur ses propres bénéfices de la manière habituelle. Sur la base de cette analyse, et en supposant que le taux d'imposition du pays A est inférieur à celui du pays B, le fait que des bénéfices plus élevés soient déclarés dans le pays A pourrait laisser croire que le prix de transfert a été fixé à un niveau inférieur au montant de pleine concurrence afin de réduire au strict minimum l'incidence de l'impôt dû sur le revenu du groupe.

Par conséquent, lorsque différentes parties de l'organisation sont soumises à une forme quelconque de contrôle commun, les prix de transfert pourraient ne pas être soumis au plein jeu des forces du marché, de sorte qu'il faudrait déterminer le prix de pleine concurrence approprié, ou du moins sur un prix à l'intérieur d'un « intervalle de pleine concurrence ».

2.1.2.2 Exemple 2 : Fabricant de montres de luxe

Un fabricant de montres de luxe (groupe Y) situé dans le pays A commercialise ses montres par l'intermédiaire d'une filiale située dans le pays B. On suppose que la fabrication d'une montre coûte 1400 \$ et que sa commercialisation par la filiale du pays B coûte 100 \$. La société du pays A fixe un prix de transfert de 1500 \$, et la filiale du pays B vend la montre au détail 1600 \$ dans le pays B. Au total, l'entreprise a donc réalisé un bénéfice de 100 \$, sur lequel elle est censée payer des impôts.

Cependant, lorsqu'elles procèdent au contrôle de la filiale, les autorités fiscales du pays B découvrent que le distributeur ne réalise aucun bénéfice lui-même : le prix de transfert de 1500 \$ augmenté par les frais de commercialisation de 100 \$ du distributeur correspond au prix de détail, soit 1600 \$. Les autorités fiscales du pays B estiment que le prix de transfert devrait être fixé à 1400 \$ afin que le distributeur puisse réaliser un bénéfice (dans ce cas 100 \$), lequel est soumis à l'impôt dans le pays B.

Cela pose problème pour l'EMN Y, car elle paie déjà des impôts dans le pays A sur la totalité des bénéfices, soit 100 \$ par montre tel que figurant dans ses comptes. Ainsi, alors que l'EMN Y réalise un bénéfice total de seulement 100 \$, elle paie des impôts sur un total de 200 \$, soit 100 \$ dans

le pays A et 100 \$ dans le pays B. Il s'ensuit qu'elle se trouve imposée deux fois sur les mêmes bénéfiques. La différence d'opinion entre les pays A et B sur ce qui constitue le prix de transfert approprié pour la montre peut entraîner une double imposition économique.

2.1.3 Résumé du concept « Prix de Transfert »

2.1.3.1 Les prix de transfert peuvent également influencer sur la mesure de rendement de chacune des entités membres d'une EMN. Toutes les entités individuelles au sein d'un groupe multinational sont susceptibles d'être des centres de profits distincts et doivent se reporter aux prix de transfert pour déterminer leur rentabilité. Cependant, ceci ne signifie pas qu'une entité devrait nécessairement réaliser des bénéfiques ou enregistrer des pertes dans des conditions de pleine concurrence. Une entité se comportant de manière rationnelle en privilégiant ses propres intérêts en tant qu'entité juridique distincte acquerrait des produits ou des services d'une entité associée seulement si le prix d'achat était égal ou inférieur aux prix pratiqués par des fournisseurs non liés. Ce principe s'applique, à l'inverse, à une entité fournissant un produit ou un service; se comportant de manière rationnelle, elle vendrait des produits ou des services à une entité associée seulement si le prix de vente était égal ou supérieur aux prix payés par des acheteurs non liés. Pour cette même raison, les prix devraient tendre vers le « prix de pleine concurrence », c'est-à-dire le prix dont les parties non liées auraient convenu dans des circonstances similaires.

2.1.3.2 L'explication précédente sur l'établissement des prix de transfert semble assez logique et simple, mais parvenir à un prix de transfert juste peut s'avérer une tâche complexe, notamment en raison des difficultés inhérentes à certains types de transactions, par exemple en ce qui concerne l'identification et la valorisation des actifs incorporels faisant l'objet d'un transfert ou de prestation de services rendus. En effet, les actifs incorporels sont de types divers : actifs industriels – comme les brevets, les noms commerciaux, les dessins ou les modèles – droits de propriété littéraire et artistique, savoir-faire ou secrets commerciaux et peuvent ou non figurer dans les comptes d'une société. Les transactions transfrontalières entre entités d'une EMN présentent donc de nombreuses complexités en matière d'établissement des prix de transfert.

2.2 Les questions fondamentales sous-jacentes aux prix de transfert

2.2.1 Les prix de transfert servent à déterminer les revenus des entités ou des parties à la transaction transfrontalière. Un prix plus élevé augmente le revenu du vendeur et diminue celui de l'acheteur. Un prix plus bas diminue

le revenu du vendeur et augmente celui de l'acheteur. Le prix de transfert influence donc la base d'imposition du pays du vendeur et de l'acheteur.

2.2.2 D'un point de vue fiscal, dans tout scénario transfrontalier, les parties concernées sont les entités membres de l'EMN et les autorités fiscales nationales visées par la transaction. Lorsque l'autorité fiscale d'un pays ajuste le bénéfice d'une entreprise membre d'une EMN par l'intermédiaire d'un ajustement du prix de transfert d'une transaction contrôlée, cela peut avoir une incidence sur la base d'imposition de l'autre pays; voir les sections 1.4.14 et 1.4.15 pour un résumé des questions qui peuvent être soulevées. Par conséquent, le contexte transfrontalier soulève des enjeux liés à la juridiction, à l'allocation des revenus et à l'évaluation.

2.2.3 Les questions clés sont les suivantes : (i) quel gouvernement doit imposer le revenu des entités du groupe qui participent à la transaction, et (ii) que se passe-t-il si les deux gouvernements revendiquent le droit d'imposer le même revenu ? Si les activités économiques dans plus d'un pays contribuent aux bénéfices de l'EMN, l'un des gouvernements devrait-il accorder un allègement fiscal pour éviter la double imposition des revenus de l'EMN et, dans l'affirmative, quel gouvernement devrait accorder cet allègement ?

2.2.4 Les motifs de manipulation des prix de transfert soulèvent une problématique additionnelle. Une EMN pourrait recourir à des pratiques visant à réduire sa facture fiscale à l'échelle mondiale en se livrant, par exemple, à un transfert de bénéfices par le biais de prix de transfert établis autrement que sur la base du principe de pleine concurrence. Cela lui permettrait de réduire sa charge fiscale globale. Toutefois, si l'allègement de la facture fiscale peut motiver les EMN dans l'établissement des prix de transfert des transactions intragroupes, ce seul facteur ne détermine pas à lui seul les politiques et les pratiques en matière de prix de transfert; voir la section 1.4.1 et les suivantes pour une analyse approfondie.

2.2.5 L'établissement de prix de transfert non conformes au principe de pleine concurrence pourrait avoir pour but de réduire les charges fiscales de l'EMN à l'échelle mondiale. Ce but serait atteint en transférant les bénéfices des entités associées des pays à fiscalité élevée vers les entités associées des pays à fiscalité relativement faible par le biais de surcharges ou de réductions de prix pour les produits ou les services des unes ou des autres. Par exemple, si le taux d'imposition de la société mère d'une EMN est de 30 % dans son pays de résidence et que ce taux est de 20 % dans le pays de résidence de sa filiale, la société mère pourrait être incitée à transférer ses bénéfices vers sa filiale afin de faire passer son taux d'imposition sur ces sommes de 30 % à 20 %. Elle y arriverait dès lors que l'acquisition de biens et de services auprès de sa filiale ferait l'objet de surfacturation.

2.2.6 Le motif de manipulation le plus évident pourrait être de réduire le taux d'imposition effectif de l'EMN à l'échelle mondiale, mais d'autres facteurs pourraient influencer sur les décisions en matière de prix de transfert, par exemple l'imputation d'avantages fiscaux dans le pays de résidence de la société mère. Voir également la section 1.4.1 et les suivantes.

2.2.7 L'exploitation d'un avantage fiscal, d'une perte fiscale notamment, pourrait fournir à une EMN un motif supplémentaire d'adopter de telles pratiques dans la juridiction où elle exerce ses activités. Il pourrait s'agir d'une perte fiscale pour l'année en cours ou d'une perte fiscale reportée d'une année antérieure par une société associée. Dans certains cas, une société du groupe pourrait souhaiter profiter des pertes fiscales d'une société associée à l'intérieur de la période prévue, dans les situations où les pertes ne peuvent être reportées que durant un certain nombre d'années. Même s'il n'existait aucune restriction limitant le report des pertes fiscales par une société associée, la société du groupe aurait intérêt à utiliser les pertes le plus rapidement possible. En d'autres termes, les bénéfices peuvent parfois être transférés vers certains pays afin de procurer des avantages fiscaux particuliers.

2.2.8 Les EMN exercent leurs activités à l'échelle mondiale, et les entités qui en sont membres ont la capacité de partager les ressources et les frais généraux communs. Du point de vue de l'EMN, ces ressources doivent être réparties de la manière la plus efficace et la plus optimale possible.

2.2.9 Du point de vue du gouvernement, l'attribution des coûts et des bénéfices rattachés aux ressources de l'EMN est un élément essentiel du calcul de l'impôt à payer. Des différends peuvent donc survenir entre les pays en ce qui concerne l'attribution des coûts et des ressources exploitées, puisque chacun d'eux a pour objectif de préserver sa base d'imposition. Lorsqu'aucun des pays concernés n'autorise une déduction fiscale au titre des frais généraux réellement engagés par l'EMN, il peut en résulter une double imposition.

2.2.10 Du point de vue de l'EMN, toute barrière commerciale ou fiscale dans les pays où elle exerce ses activités augmente ses coûts de transaction tout en provoquant des distorsions dans l'affectation de ses ressources. En outre, un bon nombre des ressources communes qui procurent un avantage concurrentiel à une EMN ne peuvent pas être isolées du revenu des membres de l'EMN à des fins fiscales. Cela se vérifie particulièrement dans le cas des transactions intragroupes liées à des actifs incorporels ou des services.

2.2.11 Le simple fait d'attribuer des revenus et des dépenses à un ou plusieurs membres de l'EMN ne suffit pas; ces revenus et dépenses doivent également faire l'objet d'une *évaluation*. L'évaluation des transferts intragroupes est donc un enjeu clé pour la fixation des prix de transfert.

2.2.12 Comme les EMN sont des structures intégrées capables d'exploiter les écarts sur le plan international et de tirer profit des économies de l'intégration, dont sont privées les entités autonomes, les prix de transfert au sein du groupe peuvent différer des prix négociés entre parties non liées pour des transactions similaires. Voir la section 2.5.5 en ce qui concerne l'analyse des synergies au sein des groupes d'EMN.

2.2.13 Les questions de fiscalité internationale, en particulier en matière de prix de transfert, posent un certain nombre de défis qui, à cause de leur complexité et de leur ampleur, sont souvent problématiques pour les administrations fiscales dont la capacité ou l'expérience pour traiter de ces questions est limitée.

2.2.14 Parmi ces questions complexes et pressantes, surtout au vu de la croissance exponentielle de l'économie numérique, il y a celle de parvenir au prix de pleine concurrence approprié lorsqu'une transaction porte sur des actifs incorporels. Ainsi, le fait que les actifs incorporels soient souvent uniques, mobiles et dont la valeur est difficile à estimer pose des problèmes particuliers autant pour les contribuables que pour les autorités fiscales.

2.2.15 Les questions de prix de transfert liées à la restructuration des entreprises et aux services intragroupes présentent également des défis particuliers. Les exigences en matière de documentation auxquelles les EMN doivent se soumettre demeurent un domaine d'intérêt majeur compte tenu de l'élaboration de normes de documentation rigoureuses, y compris des déclarations pays par pays (PpP), sans parler de l'échange croissant de renseignements sur les transactions internationales entre les gouvernements. Ces questions fondamentales et essentielles en matière de prix de transfert sont étudiées à fond dans des chapitres distincts de ce Manuel.

2.2.16 En général, il devrait être clair que les règles relatives aux prix de transfert sont essentielles pour que les pays puissent protéger leur base d'imposition, éliminer la double imposition et renforcer leurs échanges transfrontaliers. Pour les pays en développement, les règles relatives aux prix de transfert sont fondamentales pour établir un climat de certitude et susciter un environnement propice à l'accroissement des échanges transfrontaliers, et ce, sans pertes de recettes fiscales essentielles. Comme la fixation des prix de transfert est donc d'une importance capitale, il en va de même des règles détaillées en la matière.

2.3 L'évolution des prix de transfert

2.3.1 Cette section vise à brièvement décrire l'histoire et l'origine des régimes de prix de transfert. Il est important de noter que la fixation des prix de transfert résulte essentiellement de l'application des principes économiques

qui sous-tendent les marchés fluides. De nouvelles approches et techniques pouvant contribuer à fixer le prix de transfert approprié du point de vue d'un ou de plusieurs facteurs continuent donc d'être élaborées.

2.3.2 Les règles relatives aux prix de transfert sont fondées et mises en œuvre sur la base des dispositions de l'article relatif aux entreprises associées (généralement l'article 9) de la plupart des conventions fiscales bilatérales. Les dispositions de base énoncées à l'article 9 et le principe de pleine concurrence sur lequel cet article se fonde sont nés des travaux préparés sous les auspices de la Société des Nations durant les années 1920 et sont un trait caractéristique du système fiscal international depuis cette époque.

2.3.3 *Les Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert* (Principes directeurs de l'OCDE), tel que modifié et mis à jour, ont été publiés pour la première fois en 1995 afin de fournir une interprétation internationalement reconnue du Modèle de convention fiscale de l'OCDE et des dispositions largement identiques du Modèle de convention des Nations Unies concernant les doubles impositions, tous les deux inspirés des anciens accords de la Société des Nations. La publication sur les Principes directeurs de l'OCDE en 1995 a fait suite aux rapports précédents de l'OCDE sur les prix de transfert publiés en 1979 et en 1984. Les Principes directeurs de l'OCDE représentent le consensus des pays membres de l'OCDE (principalement des pays développés) et sont largement pris en compte dans les réglementations nationales de ces pays en matière de prix de transfert. Une autre interprétation influente du principe de pleine concurrence, qui a évolué au fil du temps, apparaît dans les règlements américains applicables en matière de prix de transfert (26 USC section 1.482).

2.3.4 D'un point de vue financier, la fixation des prix de transfert est probablement la question la plus importante en matière de fiscalité transfrontalière. Cela s'explique en partie par le fait que le terme « EMN » englobe non seulement les grands groupes de sociétés, mais aussi les groupes plus petits possédant une ou plusieurs filiales ou établissements stables (ES) hors du pays où se trouve leur société mère ou leur siège social.

2.3.5 La relocalisation soutenue et continue de la production de composants et de produits finis vers certains pays; l'essor de nombreuses nouvelles économies au sein des pays en développement offrant infrastructures, main-d'œuvre qualifiée, faibles coûts de production et climat économique favorable, etc.; le commerce d'instruments financiers et de produits de base en continu sur la totalité des fuseaux horaires; et l'essor du commerce électronique et des modèles Internet d'entreprises ne sont que quelques-unes des nombreuses raisons pour lesquelles la question des prix de transfert occupe le devant de la scène au cours des deux dernières décennies.

2.3.6 D'autres facteurs ont également eu une incidence sur l'importance accordée aux prix de transfert. Certains pays développés ont durci leur législation en matière de prix de transfert afin de résoudre le problème des entreprises étrangères opérant sur leur territoire qui versent moins d'impôts que les groupes nationaux comparables. Si certains pays en développement ont instauré des réglementations nationales tout aussi exhaustives afin de préserver intégralement leur base d'imposition, d'autres ont reconnu le besoin d'agir en vue de résoudre efficacement les défis liés aux prix de transfert, d'une manière ou d'une autre.

2.3.7 Les pays dotés d'administrations et de régimes fiscaux moins sophistiqués courent le risque d'absorber l'effet d'une application plus stricte des prix de transfert dans les pays développés. Effectivement, cela contraint ces pays à assumer une partie des charges fiscales des EMN situées sur leur territoire; pour éviter cela, de nombreux pays ont introduit des règles en matière de prix de transfert.

2.3.8 Le projet l'OCDE et du G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS) a mené à la publication, en 2015, d'une série de rapports finaux traitant d'un ensemble de mesures axées sur quinze actions. Les rapports BEPS renferment, entre autres, une révision approfondie des *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert*, fournissent des dispositions types permettant de prévenir l'utilisation abusive des conventions, préconisent l'uniformisation des déclarations pays par pays dans le cadre d'exigences en matière de documentation, définissent un processus d'examen exercé par les pairs pour contrer les pratiques fiscales dommageables et entérinent une norme minimale pour assurer des progrès en matière de résolution des différends. D'autres recommandations détaillées en font également partie²⁰.

2.3.9 Si l'initiative BEPS de l'OCDE vise, en théorie, à moderniser les normes fiscales internationales pour qu'elles continuent de bien répondre à l'évolution de l'environnement commercial mondial, la mise en œuvre pratique de ces mesures exige de chaque pays qu'il apporte les modifications nécessaires à sa législation interne et modifie les dispositions des conventions qu'il a conclues avec d'autres pays, et ce, de manière concertée avec ces derniers. En vue de réaliser cet objectif, le Cadre inclusif sur le BEPS de l'OCDE et du G20 a vu le jour en 2016 et compte parmi ses adhérents 70 % des pays non-membres de l'OCDE et du G20 répartis dans toutes les zones géographiques. Les membres du Cadre inclusif collaborent à la mise en œuvre des 15 mesures visant à lutter contre l'évitement fiscal, à améliorer la cohérence des règles fiscales internationales et à garantir un environnement fiscal plus transparent²¹.

²⁰ Voir <https://www.oecd.org/fr/ctp/beps-rapports-finaux-2015.htm>

²¹ Voir <https://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/>

2.4 Le principe de pleine concurrence en matière de prix de transfert

2.4.1 Base juridique du principe de pleine concurrence

2.4.1.1 Le paragraphe 1 de l'article 9 du Modèle de convention fiscale des Nations Unies stipule ce qui suit :

« Où :

a) Une entreprise d'un État contractant participe directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise de l'autre État contractant; ou que b) Les mêmes personnes participent directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise d'un État contractant et d'une entreprise de l'autre État contractant, et que, dans l'un et l'autre cas, 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 bénéficiaires, 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 conséquence²². »

2.4.1.2 En d'autres termes, les transactions entre deux parties liées doivent donner lieu aux mêmes résultats que si les parties avaient été non liées, c'est-à-dire deux parties indépendantes l'une de l'autre, et ces résultats (prix ou marges) doivent être déterminés par les forces du marché (libre). Il s'agit du fondement du « principe de pleine concurrence ». Le principe énoncé ci-dessus dans le Modèle de convention fiscale des Nations Unies est repris dans le Modèle de convention fiscale de l'OCDE et dans les *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert*, tel que complété et modifié.

2.4.1.3 Le principe de pleine concurrence est donc le principe directeur généralement accepté pour fixer un prix de transfert approprié en vertu de l'article 9 du Modèle de convention des Nations Unies. Le principe de pleine concurrence n'est pas nouveau en soi; il trouve son origine dans le droit des contrats pour régir la conclusion d'accords équitables susceptibles de résister à un examen judiciaire minutieux, et ce, même si les parties partagent certains intérêts.

²²Nations Unies (2011). *Modèle de convention des Nations Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement – Révision 2011*. New York: UN Publications. Accessible à l'adresse : https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/02/UN_Model2011_UpdateFr.pdf.

2.4.1.4 Afin de fixer des prix de transfert acceptables en vertu du principe de pleine concurrence, les transactions au sein d'un groupe doivent être comparées à celles qui sont conclues entre entités non liées dans des circonstances comparables. Les entités indépendantes repérées dans le marché serviront donc d'outil de mesure ou de point de référence (*benchmark*) pour vérifier les prix de transfert des transactions intragroupes et déterminer si ces derniers sont acceptables à des fins fiscales.

2.4.1.5 On justifie le recours au principe de pleine concurrence par le fait que puisque le marché régit la plupart des transactions au sein d'une économie, logiquement, on doit traiter sur le même pied les transactions conclues à l'intérieur d'un groupe et entre entités indépendantes. Conformément au principe de pleine concurrence, on procède donc à l'examen des transactions intragroupes et, au besoin, à l'ajustement des prix de transfert et des autres modalités de ces dernières s'ils diffèrent de ceux des transactions comparables sur le marché libre. Le principe de pleine concurrence est considéré comme acceptable pour toutes les parties concernées, car il considère le marché comme la norme.

2.4.1.6 Le paragraphe 2 de l'article 9 du Modèle de convention des Nations Unies prévoit également que lorsque, par suite de l'application du principe de pleine concurrence, les autorités fiscales d'un État contractant apportent un ajustement des prix de transfert aux transactions entre parties liées d'un contribuable, l'autre État contractant doit procéder à un « ajustement corrélatif » en vue de lui éviter une double imposition. Les autorités compétentes²³ des États contractants doivent se consulter, si nécessaire, pour s'entendre sur un ajustement donné.

2.4.1.7 Le Modèle de convention des Nations Unies contient des dispositions (paragraphe 3 de l'article 9) qui stipulent qu'un État contractant n'est pas tenu de procéder à l'ajustement corrélatif visé au paragraphe 2 de l'article 9 lorsqu'une procédure judiciaire ou administrative ou, encore, une autre procédure légale aboutit à une décision finale qui, par des actions donnant lieu à un ajustement des bénéfices en vertu du paragraphe 1 de l'article 9, l'une des entreprises concernées est passible d'une sanction pour une fraude ou une défaillance lourde ou intentionnelle.

2.4.1.8 Sa neutralité d'un point de vue géographique constitue un argument en faveur du principe de pleine concurrence. En effet, il traite de

²³Fonctionnaires désignés par les pays pour discuter entre eux des questions relatives aux conventions fiscales et de diverses autres questions de taxation à l'échelle internationale.

manière similaire les bénéfices tirés des investissements où qu'ils soient situés. Cependant, cette revendication de neutralité est subordonnée à l'uniformité des règles et de l'administration du principe de pleine concurrence dans l'ensemble des juridictions dans lesquelles une entreprise internationale exerce ses activités. En l'absence d'une telle uniformité, les entreprises internationales pourraient être tentées d'échapper à l'impôt en manipulant les prix de transfert.

2.4.2 Application du principe de pleine concurrence

2.4.2.1 S'il est relativement facile de décrire le principe de pleine concurrence, l'élaboration de lignes directrices sur l'application pratique de ce principe est une tâche complexe. Dans la pratique, l'application du principe de pleine concurrence exige d'identifier des transactions comparables fiables.

2.4.2.2 L'exemple ci-dessous illustre une situation qui nécessite l'application du principe de pleine concurrence :

Exemple : Fabricant de sièges de véhicules automobiles

Supposons qu'une société P (société mère) fabrique des sièges de véhicules automobiles dans le pays A, les vend une fois fabriqués à sa filiale S dans le pays B, qui vend à son tour les produits finis à des parties non liées dans le même pays (par exemple à la population en général). Dans ce cas, les bénéfices imposables de S sont déterminés par le prix des sièges vendus aux parties non liées, duquel il faut soustraire le prix payé à la société mère pour les acquérir (coût des marchandises vendues dans les comptes de S, c'est-à-dire le prix de transfert) et les frais en sus du coût des marchandises vendues.

Si le taux d'imposition est beaucoup plus faible dans le pays de fabrication des sièges (pays A) que dans le pays où les sièges sont vendus à des parties non liées (pays B), le groupe sera peut-être enclin à enregistrer autant de bénéfices que possible entre les mains de la société P dans le pays A en gonflant le prix des sièges (le prix de transfert) vendus à sa filiale S dans le pays B. En revanche, si le taux d'imposition est plus élevé dans le pays A que dans le pays B, le groupe sera peut-être enclin à sous-évaluer le prix des sièges vendus à la filiale S dans le pays B et donc à centraliser les bénéfices dans le pays B.

Sur la base de ces faits, on constate que lorsque les entreprises associées traitent les unes avec les autres, leurs relations commerciales ou financières peuvent ne pas être directement influencées par les forces du marché, mais plutôt par d'autres facteurs (voir la mise en garde au

paragraphe 2.4.2.3). Le principe de pleine concurrence vise donc à déterminer si les prix des transactions entre contribuables liés (en l'occurrence la société P et sa filiale S) ont été correctement fixés de façon à refléter leurs véritables obligations fiscales, et pour ce faire, ces transactions sont comparées aux transactions similaires conclues dans des conditions de pleine concurrence entre contribuables non liés.

2.4.2.3 Les actifs incorporels peuvent présenter un défi singulier pour l'application du principe de pleine concurrence, car il est souvent difficile d'identifier et d'évaluer les actifs incorporels et de leur trouver des comparables adéquats.

2.4.2.4 En pratique, divers facteurs peuvent influencer sur le prix de pleine concurrence. Ces facteurs vont des politiques et réglementations gouvernementales jusqu'aux flux de trésorerie des entités de l'EMN.

2.4.2.5 Les autorités fiscales ne doivent pas supposer, de manière implicite, que l'EMN manipule ses bénéfices simplement parce qu'un ajustement a été apporté pour estimer le prix de pleine concurrence de sa transaction; de tels ajustements peuvent advenir indépendamment des modalités contractuelles entre les entités. Il est également incorrect de supposer, ce qui arrive parfois dans la pratique, que les relations commerciales ou financières entre entreprises associées sont toujours en contradiction avec celles qui sont observées dans le marché.

2.4.2.6 Dans de nombreux cas, les EMN elles-mêmes peuvent choisir de fixer un prix de pleine concurrence pour leurs transactions intragroupes afin de juger du rendement réel de leurs entités sous-jacentes.

2.4.2.7 Le principe de pleine concurrence est couramment accepté et mis en œuvre dans la plupart des législations nationales relatives aux prix de transfert à travers le monde. L'idée générale derrière le principe de pleine concurrence, c'est de placer les transactions sur le marché libre et les transactions contrôlées, sur un pied d'égalité en ce qui concerne les avantages (ou les inconvénients) fiscaux qu'elles créent. Cela se fait en comparant les prix et les autres modalités d'une transaction entre parties liées aux prix et aux autres modalités des transactions comparables sur le marché libre entre parties non liées.

2.4.2.8 Concrètement, l'application du principe de pleine concurrence se déroule généralement au moyen des processus ou étapes et considérations que voici, entre autres :

- Analyse de comparabilité;
- Évaluation des transactions;
- Évaluation des transactions distinctes et combinées;
- Utilisation d'un intervalle de pleine concurrence ou d'un point central à l'intérieur de cet intervalle;
- Utilisation de données pluriannuelles;
- Pertes;
- Économies de localisation et rentes de localisation;
- Compensations intentionnelles;
- Utilisation de la valeur en douane.

2.4.2.9 La marche à suivre pour effectuer ces comparaisons est examinée de façon détaillée dans le chapitre 3 du présent Manuel sur l'analyse de comparabilité.

2.4.2.10 Les méthodes de prix de transfert utilisées pour effectuer les comparaisons pertinentes sont analysées de manière exhaustive dans le chapitre 4. Il est toutefois important de noter d'emblée qu'il n'y a pas une méthode de prix de transfert en particulier qui soit généralement applicable dans toutes les situations possibles.

2.4.2.11 Calculer un prix de pleine concurrence au moyen d'une analyse des prix de transfert est une tâche complexe. Cette tâche exige des efforts et de la bonne volonté tant de la part du contribuable que des autorités fiscales en ce qui concerne la documentation, le travail préparatoire, l'analyse et la recherche; les comparables y jouent un rôle essentiel. Le présent Manuel vise à aider autant que possible les pays en développement dans cette tâche, mais il faut reconnaître que celle-ci est rarement simple. La question du manque de comparables est examinée en profondeur dans le chapitre 3 du présent Manuel sur l'analyse de comparabilité.

2.4.2.12 Comme alternative possible au principe de pleine concurrence, la méthode de répartition globale selon une formule préétablie pourrait être utilisée. Cette méthode répartit les bénéfices mondiaux d'un groupe multinational entre entreprises associées en fonction d'une formule de pondération multifactorielle (en utilisant des facteurs tels que les actifs, la masse salariale et les ventes par exemple, ou tout autre facteur défini lors de l'adoption de la formule). Une méthode de répartition basée sur une formule est actuellement utilisée par certains États américains, cantons suisses et provinces canadiennes. L'UE envisage également une approche fondée sur une formule optionnelle pour harmoniser l'impôt des sociétés dans le cadre de l'initiative

« Assiette Commune Consolidée pour l'Impôt sur les Sociétés » (ACCIS) – ou ce que l'on appelle maintenant l'Assiette pour l'Impôt sur les Sociétés.

2.5 Les prix de transfert en tant que question actuelle et future

2.5.1 Questions générales sur les prix de transfert

2.5.1.1 L'application du principe de pleine concurrence aux réalités internes des pays en développement soulève bon nombre de questions. Le niveau élevé d'intégration des entreprises internationales, la multiplication des échanges commerciaux intragroupes d'actifs incorporels et de services et le recours à des mécanismes de financement complexes ont rendu l'application du principe de pleine concurrence de plus en plus ardue dans la pratique.

2.5.1.2 La mondialisation croissante, les systèmes de communication avancés et les technologies de l'information permettent aux groupes d'EMN de contrôler à distance les activités de leurs différentes filiales. En outre, les échanges commerciaux entre entreprises associées portent souvent sur des actifs incorporels. Enfin, la nature du monde sur lequel reposent les principes de la fiscalité internationale a considérablement changé. Toutes ces questions posent des difficultés pour l'application du concept de pleine concurrence aux activités mondialisées et intégrées des entreprises internationales. Il est clair qu'au XXI^e siècle, l'application du principe de pleine concurrence pour répartir entre les entités les bénéfices réalisés par les entreprises internationales fortement intégrées présente généralement des défis bien réels.

2.5.1.3 Il est largement admis que la fixation des prix de transfert n'est pas une science exacte et que l'application des méthodes de prix de transfert exige tant des contribuables que des autorités fiscales qu'ils tirent profit des renseignements disponibles, mobilisent leurs compétences et fassent preuve de jugement. Compte tenu du déficit de compétences et du manque d'informations et de ressources dans de nombreux pays en développement, la tâche peut s'avérer très difficile dans ces pays; elle requiert souvent les agents les mieux formés qui, après avoir acquis des compétences spécialisées, sont parfois susceptibles de ne pas rester en poste pour le service fiscal. L'objectif de ce Manuel est de contribuer à réduire ces lacunes.

2.5.2 Prix de transfert et pays en développement

2.5.2.1 Pour tous les pays, mais en particulier pour de nombreux pays en développement, équiper une administration pour lui permettre de gérer équitablement et efficacement les questions de prix de transfert présente des difficultés importantes.

2.5.2.2 Certaines des difficultés particulières auxquelles font face de nombreux pays en développement dans la gestion efficace des questions de prix de transfert sont énumérées ci-après (et seront approfondies plus loin dans ce Manuel).

2.5.3 Insuffisance de comparables

2.5.3.1 L'examen des prix des transactions comparables est un des éléments cruciaux de l'application du principe de pleine concurrence. Il s'avère souvent difficile de parvenir à une comparabilité adéquate dans la pratique, un facteur qui, de l'avis de plusieurs, pourrait amoindrir la validité continue du principe lui-même. Il reste que de nombreuses méthodes de prix de transfert généralement acceptées reposent directement sur des comparables (voir les chapitres 3 et 4). Il est souvent extrêmement difficile concrètement, en particulier dans certains pays en développement, de d'obtenir l'informations adéquate pour appliquer le principe de pleine concurrence pour les raisons suivantes :

- Les exploitants établis dans les pays en développement sont généralement moins nombreux dans un même secteur d'activité; il peut donc être très difficile de trouver des données comparables adéquates;
- Les informations comparables dans les pays en développement sont souvent soit incomplètes, soit présentées sous une forme difficile à analyser, par manque de ressources et de processus. Il arrive même dans les pires cas qu'aucune information n'existe sur les entreprises indépendantes. En outre, les bases de données utilisées dans l'analyse des prix de transfert ont tendance à se concentrer sur les données des pays développés qui peuvent ne pas être pertinentes pour les marchés des pays en développement (à tout le moins sans ressources et ajustements axés sur l'information), et, en tout état de cause, à exiger des frais d'accès généralement très élevés;
- Les pays en transition dont les économies viennent ou sont en voie de s'ouvrir au marché pourraient compter des « premiers entrants » dans de nombreux secteurs. Dans ce cas, le manque de comparables pourrait être compréhensible.

2.5.3.2 Compte tenu de ces enjeux, pour les critiques des méthodes actuelles de prix de transfert, chercher des comparables satisfaisants équivaut à chercher une aiguille dans une botte de foin. Certes, il est assez clair actuellement que, dans les pays en développement, repérer des comparables appropriés à des fins d'analyse pourrait certainement poser la plus grande difficulté pratique

tant pour les entreprises que pour les autorités fiscales. Or, l'objectif de ce Manuel est justement de faciliter ce processus de manière concrète. La Boîte à outils produite par la Plateforme de collaboration sur les questions fiscales, un projet commun du FMI, de l'OCDE, des Nations Unies et du Groupe de la Banque mondiale²⁴, fournit des orientations supplémentaires sur cette question. Le chapitre 3 de ce Manuel offre une analyse et des exemples pratiques sur l'analyse de comparabilité.

2.5.4 Lacunes sur le plan de l'expérience et des compétences requises

2.5.4.1 Comme l'analyse des prix de transfert est complexe et chronophage, elle exige souvent le temps et l'attention des ressources humaines les plus compétentes et les plus précieuses, tant dans les EMN que dans les administrations fiscales. Les rapports sur les prix de transfert comptent souvent des centaines de pages produites avec l'aide de nombreux experts juridiques et comptables. Ce type de complexité et d'exigences en matière de connaissances exerce des pressions énormes tant sur les autorités fiscales que sur les contribuables, en particulier dans les pays en développement où les ressources tendent à être rares et où la formation appropriée dans un domaine aussi spécialisé n'est pas facilement accessible. Malgré ces difficultés, de nombreux pays en développement ont réalisé des progrès considérables en réunissant les ensembles de compétences requises et en renforçant les capacités, tout en protégeant leur base d'imposition.

2.5.4.2 La partie C de ce Manuel fournit des orientations détaillées sur le développement des capacités et l'organisation des capacités en matière de prix de transfert à l'intention des pays en développement.

2.5.5 Traitement des synergies au sein des groupes d'EMN

2.5.5.1 Les groupes d'EMN et les entreprises associées qui en sont membres peuvent bénéficier des interactions ou des synergies entre membres, avantages

²⁴ Plateforme de collaboration sur les questions fiscales (2017). *Boîte à outils pour faire face aux difficultés liées au manque de comparables dans les analyses de prix de transfert*. Washington: PCT (Plateforme de collaboration sur les questions fiscales). Accessible à l'adresse : <https://www.oecd.org/fr/fiscalite/boite-a-outils-comparables-prix-des-mineraux.pdf>. Cette boîte à outils présente de manière détaillée un certain nombre de stratégies pour répondre aux défis soulevés par l'insuffisance de données comparables. Voir également le chapitre 4 de ce Manuel pour une discussion des méthodes de prix de transfert, dont certaines ne reposent pas sur l'identification de comparables. Cette boîte à outils est également offerte en anglais, en espagnol et en russe.

qui ne sont généralement pas accessibles aux entreprises indépendantes. Comme on l'a expliqué plus tôt, les groupes d'EMN réussissent à réduire leurs coûts grâce aux économies d'intégration, dont sont privées les entreprises n'opérant que dans le marché local (voir la section 1.2.7). Ces synergies de groupe peuvent apparaître, par exemple, en raison d'une gestion optimisée, de l'élimination des doubles emplois coûteux, des économies d'échelle, des systèmes intégrés et du pouvoir d'achat ou d'emprunt accru. Ces synergies de groupe sont souvent favorables au groupe dans son ensemble et peuvent donc accroître les bénéfices globaux réalisés par les membres du groupe par rapport aux entreprises indépendantes.

2.5.5.2 En revanche, dans d'autres circonstances, les économies d'intégration peuvent mener à une réduction de la position concurrentielle des groupes multinationaux (voir la section 1.2.15). Ces groupes ne devancent pas nécessairement la concurrence lorsqu'ils exécutent certaines fonctions en interne plutôt qu'en externe en faisant appel à des entreprises spécialisées. En effet, la taille et la portée de leurs activités d'exploitation peuvent parfois créer des obstacles bureaucratiques que les entreprises plus petites et plus agiles n'ont pas à subir ou, encore, les systèmes au moyen desquels une partie des groupes doivent parfois travailler ne sont pas toujours les plus efficaces pour leurs affaires en raison des normes établies à l'échelle du groupe.

2.5.5.3 Les paragraphes 5.2.6.15 à 5.2.6.21 traitent de l'association passive et des avantages accessoires dans le cadre des services intragroupes. Dans les orientations, on explique qu'il ne faut pas considérer qu'une entreprise associée a bénéficié d'un service intragroupe ou qu'elle est tenue de verser un paiement lorsqu'elle obtient un avantage qui est uniquement attribuable à son appartenance à un groupe plus vaste d'EMN. Les avantages imputables à l'association avec un groupe d'EMN ne constituent pas un service reconnu aux fins de prix de transfert pour ses membres. La caractéristique déterminante de ce type d'avantage accessoire tient essentiellement à sa forme passive et à l'absence d'une action délibérée et concertée de la part d'un autre membre du groupe d'EMN. Or, il y a action délibérée et concertée lorsqu'une entreprise associée exerce des fonctions, utilise des actifs ou assume des risques au profit d'une ou de plusieurs autres entreprises associées, action qui exige alors le versement d'une rémunération de pleine concurrence.

2.5.5.4 La conduite d'une analyse fonctionnelle et de comparabilité approfondie s'intéresse à la question de savoir si des synergies existent au sein du groupe. Cette analyse permettra d'exposer le caractère et la source de l'avantage ou de la charge synergique et indiquera si l'avantage ou la charge synergique résulte des actions délibérées et concertées de la part du groupe. La différence entre une action délibérée et concertée d'une part et les avantages

d'une association passive d'autre part peut être illustrée par les différences soulevées dans les scénarios qui suivent.

2.5.5.5 Dans le premier exemple, le directeur de l'unité d'approvisionnement d'une société mère ou du centre de gestion régional fournit un service qui consiste à négocier avec un fournisseur un rabais de groupe subordonné à un seuil d'achat à l'échelle du groupe. Les membres du groupe effectuent ensuite des achats auprès de ce fournisseur et obtiennent le rabais. Dans ce cas, une action délibérée et concertée a été posée par le groupe, nonobstant l'absence de transactions d'achat et de vente précises entre les membres du groupe.

2.5.5.6 En revanche, lorsqu'un fournisseur offre unilatéralement au membre d'un groupe un prix favorable dans l'espoir d'élargir le champ de ses relations commerciales à d'autres membres, il n'y a pas d'action délibérée et concertée de la part du groupe. Le prix favorable est plutôt un effet de synergie pouvant être considéré comme un facteur de comparabilité lié à la situation économique du membre du groupe. Dans le premier scénario, l'action concertée et délibérée de négocier un rabais à l'échelle du groupe était un service qui devait être rémunéré de manière appropriée. Toutefois, les avantages des synergies qui découlent de ces achats à grande échelle devraient généralement être partagés entre les membres du groupe proportionnellement à leurs volumes d'achat respectifs.

2.5.5.7 Un autre exemple porte sur les frais d'intérêt moins élevés, comme nous le verrons plus loin dans le chapitre sur les transactions financières. Supposons que la société Q peut bénéficier de modalités de prêt plus favorables auprès de prêteurs tiers que celles obtenues par des entreprises indépendantes par ailleurs similaires, parce qu'elle fait partie de l'EMN X. Pour les prêteurs tiers, la société Q est moins susceptible de présenter un risque de crédit parce que l'EMN soutiendra probablement la société P en cas de défaillance. Toutefois, les prêteurs tiers n'ont pas obtenu de garanties explicites de la part de l'EMN X. La société P bénéficie donc passivement d'un avantage accessoire qui ne peut pas s'expliquer par une action délibérée et concertée d'un membre quelconque de l'EMN X. Le soutien implicite est plutôt un effet de synergie qui peut être considéré comme un facteur de comparabilité lié aux circonstances économiques de la société Q. En revanche, si la société mère de l'EMN X, la société X, offrait une garantie formelle aux prêteurs tiers pour les inciter à fournir des modalités plus avantageuses à la société Q, la société X serait alors partie à une action délibérée et concertée dans le cadre de laquelle elle exercerait des fonctions, utiliserait des actifs et assumerait des risques au profit de la société Q, ce qui exigerait dans ce cas le versement d'une rémunération de pleine concurrence.

2.5.5.8 L'analyse de l'approvisionnement centralisé d'un groupe nécessitera souvent une évaluation des synergies de groupe. Supposons que l'EMN X décide de mettre en œuvre une politique de réduction des coûts en centralisant les fonctions d'approvisionnement au sein de la société P. La société P agit pour regrouper les commandes de matières premières au nom des membres du groupe et peut ainsi profiter des rabais sur volume qui découleront exclusivement des achats regroupés de l'EMN. Les entreprises associées membres de l'EMN X achètent les matières premières au prix négocié par la société P. Dans ce scénario, la société P pose une action délibérée et concertée en vertu de laquelle les entreprises associées bénéficiant du service d'approvisionnement doivent payer des honoraires de pleine concurrence. Toutefois, la société P n'est pas autorisée à conserver une partie quelconque des rabais. Tout effet de volume sur le prix des matières premières est dû au pouvoir d'achat des entreprises associées qui permettent à la société P de regrouper leurs besoins de marchandises. L'avantage de volume doit revenir aux entreprises associées qui contribuent au pouvoir d'achat, après soustraction des honoraires dus à la société P. Veuillez vous rapporter au sous-chapitre 5.6 pour obtenir des conseils supplémentaires sur la manière d'analyser les activités d'approvisionnement centralisées, les facteurs qui peuvent influencer sur la rémunération de ces activités, et les méthodes de prix de transfert qui peuvent être appropriées.

2.5.6 Complexité

2.5.6.1 Les règles relatives aux prix de transfert continuent d'évoluer en fonction de la manière de conduire des affaires et de la mondialisation croissante. Les pays aux quatre coins de la planète mettent en œuvre des règles de prix de transfert pour gérer les transactions complexes des EMN et les diverses structures que ces dernières adoptent. La conformité des prix de transfert peut nécessiter des bases de données coûteuses et l'expertise afférente au traitement de ces données. Les vérifications de prix de transfert doivent être réalisées au cas par cas et font souvent intervenir des tâches complexes et coûteuses pour toutes les parties intéressées.

2.5.6.2 Dans les pays en développement, il arrive parfois que les contribuables soient nombreux à ne pas disposer des ressources nécessaires pour préparer des rapports détaillés et complexes sur les prix de transfert et se conformer à la réglementation afférente aux prix de transfert. Parallèlement, les autorités fiscales de nombreux pays en développement ne disposent pas toujours des ressources suffisantes pour examiner les faits et circonstances de chaque cas afin de déterminer le prix de transfert acceptable, tout particulièrement lorsque les comparables sont insuffisants. Ces limitations sont particulièrement évidentes lorsque des différends surviennent entre les contribuables et les gouvernements.

2.5.6.3 En cas de différend *entre les* autorités fiscales de deux pays, l'option prescrite actuellement est la procédure amiable. Cette procédure peut nécessiter un dialogue prolongé et exigeant, souvent entre des puissances économiques inégales, et entraîner des tensions sur les ressources des sociétés en question et des autorités fiscales des pays.

2.5.7 Impact de la numérisation de l'économie

2.5.7.1 L'Internet a complètement changé la façon dont le monde fonctionne en modifiant les modes de transmission de l'information et de traitement des transactions. Les limites matérielles, qui ont longtemps défini les concepts fiscaux traditionnels, ont été dépassées et l'application des concepts fiscaux internationaux à des transactions et des modèles commerciaux de plus en plus numérisés est parfois problématique ou incertaine.

2.5.7.2 Pour de nombreux pays, il est essentiel d'exercer de manière appropriée les pouvoirs d'imposition sur ces transactions, par exemple le commerce électronique et les modèles d'affaires numériques. La question de savoir si on peut le faire efficacement en utilisant les régimes actuels de taxation internationale fait l'objet d'un débat considérable. Nombreux sont ceux qui ont recommandé de modifier certains concepts clés existants comme l'établissement stable et d'en introduire de nouveaux, notamment les charges de péréquation ou les taxes sur les services numériques, afin d'inclure le monde virtuel et ses constituants dans le champ de la fiscalité internationale. Dans de nombreux pays en développement, l'économie numérique joue actuellement un rôle moteur de croissance essentiel. Les autorités fiscales doivent donc impérativement s'attaquer aux questions de prix de transfert qui y sont liées.

2.5.7.3 Ce Manuel contribuera à cristalliser l'attention sur les solutions à ces problèmes. Il aidera les pays en développement à bien s'outiller pour gérer les questions de prix de transfert d'une manière rigoureuse et juste pour toutes les parties prenantes, tout en restant fidèles aux objectifs d'uniformité à l'échelle internationale, de réduction des coûts de conformité et d'allègements de la double imposition.

3 Analyse de comparabilité

3.1 Raison d'être de l'analyse de comparabilité

3.1.1 Le terme « analyse de comparabilité » désigne deux processus analytiques distincts, mais reliés, qui sont :

- (1) L'acquisition d'une bonne compréhension de la transaction délimitée avec précision, ce qui englobe :
 - a. L'identification des caractéristiques et des circonstances des activités économiques significatives exercées dans le cadre d'une transaction contrôlée, c. à-d. d'une transaction entre entreprises associées;
 - b. L'identification des rôles et des responsabilités de chacune des parties à cette transaction contrôlée. Cette étape est généralement considérée comme une composante de l'analyse fonctionnelle, ainsi qu'on le verra plus loin à la section 3.4.4.
- (2) L'établissement d'une comparaison entre les prix et modalités de la transaction contrôlée (de l'étape 1) et les prix et modalités de transactions sur le marché libre (c.-à-d. entre des entreprises indépendantes) effectuées dans des circonstances comparables. Ces dernières transactions sont souvent appelées « transactions comparables sur le marché libre » ou « comparables ».

3.1.2 L'« analyse de comparabilité » offre le cadre conceptuel permettant de choisir et d'appliquer la méthode de prix de transfert la plus appropriée en vue de parvenir à un prix ou un indicateur financier (ou un intervalle de prix ou d'indicateurs financiers) de pleine concurrence. Ce cadre est au cœur de l'application générale du principe de pleine concurrence.

3.1.3 L'application du principe de pleine concurrence pose toutefois une difficulté d'ordre pratique liée au fait que les entreprises associées se livrent parfois à des transactions que des entreprises indépendantes ne concluront pas. Le principe de pleine concurrence s'avère difficile à appliquer lorsque les entreprises indépendantes s'abstiennent de s'engager dans le type de

transactions que concluent les entreprises associées, car il n'existe alors que très peu d'éléments de preuve, voire aucun, permettant de déterminer les modalités qui auraient été convenues entre des entreprises indépendantes. Toutefois, le simple fait qu'aucune transaction comparable n'existe entre des parties indépendantes ne signifie pas forcément qu'une transaction contrôlée n'est pas conforme au principe de pleine concurrence.

3.1.4 Il convient de garder à l'esprit que l'insuffisance relative de comparables pour la transaction contrôlée d'un contribuable ne suppose pas nécessairement que le principe de pleine concurrence est inapplicable à cette transaction. Cela ne suppose pas non plus que cette transaction est, ou plutôt n'est pas, de pleine concurrence. Dans un certain nombre de cas, il sera possible d'utiliser des comparables « imparfaits », par exemple des comparables issus d'un autre pays aux conditions économiques analogues ou d'un autre secteur industriel. De tels comparables peuvent nécessiter des ajustements en vue d'éliminer ou d'atténuer les différences entre la transaction comparable et la transaction contrôlée (comme on l'indique dans la section 3.1.6 ci-dessous), si ces ajustements peuvent être faits de manière fiable.

3.1.5 Dans d'autres cas, lorsqu'il n'est pas possible de trouver de comparables pour la transaction contrôlée entre les entreprises associées, il peut s'avérer nécessaire de recourir à des approches qui ne dépendent pas directement des comparables pour établir un prix de pleine concurrence (voir le paragraphe 2.5.3.2). Il faudra peut-être également examiner la substance économique de la transaction contrôlée pour déterminer si ses modalités correspondent à celles dont auraient convenu des parties indépendantes dans des circonstances similaires – en l'absence de preuves des agissements de parties indépendantes dans des circonstances similaires.

3.1.6 Une transaction contrôlée est jugée comparable à une transaction sur le marché libre si les caractéristiques économiquement pertinentes et tous les facteurs pouvant influencer sur les deux transactions sont suffisamment similaires pour fournir une mesure fiable d'un résultat de pleine concurrence. Toutefois, dans la « pratique », deux transactions sont rarement totalement identiques et souvent, dans ce monde imparfait, les comparables parfaits n'existent pas. Il faut donc adopter une approche réaliste quant au degré de comparabilité auquel parvenir entre une transaction contrôlée et une transaction sur le marché libre. Il ne faut pas nécessairement que les deux transactions soient identiques pour qu'elles soient comparables. En fait, il se pourrait qu'aucune de leurs différences n'ait une incidence significative sur le prix ou le bénéfice de pleine concurrence ; en présence de telles différences, des ajustements raisonnablement précis peuvent être apportés pour éliminer leurs effets. Ainsi, des ajustements peuvent être apportés pour tenir compte des

différences significatives entre la transaction contrôlée et la transaction sur le marché libre et parvenir à un degré raisonnable de comparabilité. Ces ajustements (appelés « ajustements de comparabilité ») ne doivent être apportés que si l'effet des différences significatives sur les prix ou les bénéfices peut être établi avec suffisamment de précision pour améliorer la fiabilité des résultats.

3.1.7 Des orientations pratiques devraient être élaborées pour guider la résolution des cas où il n'y a pas suffisamment de comparables. Les autorités fiscales des pays en développement font face à deux problèmes distincts à cet égard. Le premier a trait au manque d'accès aux sources de données existantes, en l'occurrence aux bases de données sur les sociétés étrangères. Le second a trait à l'insuffisance de comparables locaux fiables. Chacun de ces facteurs crée des difficultés pour les administrations fiscales locales (par exemple, l'insuffisance de données fait obstacle à la détermination fiable et efficace des résultats de pleine concurrence adéquats) et entraîne également des risques en matière de double imposition et de litiges (par exemple, le manque de données adéquates entrave la capacité d'un pays à négocier des accords avec les contribuables et avec d'autres autorités fiscales dans le cadre de la procédure amiable).

3.1.8 La première étape d'une analyse des prix de transfert consiste toujours à délimiter la transaction avec précision, ce qui signifie qu'il faut prendre connaissance du secteur et du marché au sein desquels la transaction a lieu. À partir de là, la méthode de prix de transfert la plus appropriée pourra être choisie (en supposant que les données applicables à cette méthode existent) et, le cas échéant, une partie testée sera retenue. Ce processus devrait déterminer le type de comparables qu'il faut envisager. Lorsqu'il existe des comparables dans la même juridiction que la partie testée, les différences géographiques – susceptibles par ailleurs de considérablement influencer sur les prix ou les bénéfices – n'ont pas à être examinées. Toutefois, en l'absence de ces informations, les comparables étrangers ne devraient pas être automatiquement rejetés, car tous les cas de prix de transfert doivent être résolus. Il sera souvent nécessaire d'adopter une approche pragmatique, en faisant appel aux meilleurs comparables disponibles. Les ajustements de comparabilité peuvent être envisagés lorsque (et seulement lorsque) ils améliorent la fiabilité des résultats.

3.1.9 Ce chapitre présente une procédure possible pour identifier, vérifier, choisir et ajuster les comparables de manière à permettre au contribuable ou à l'administration fiscale d'adopter, en connaissance de cause, la méthode de prix de transfert la plus appropriée et d'appliquer correctement cette méthode pour obtenir les prix ou les bénéfices de pleine concurrence appropriés (ou un intervalle de prix ou de bénéfices).

3.2 Analyse de comparabilité

3.2.1 On décrit ci-dessous une approche typique à adopter pour réaliser une analyse de comparabilité. Les étapes énumérées ne sont en aucun cas exhaustives. Elles présentent plutôt l'aperçu d'un modèle d'analyse de comparabilité. Il convient de noter que le processus n'est pas nécessairement linéaire: par exemple, un certain nombre d'étapes peuvent devoir être répétées jusqu'à l'obtention d'un résultat satisfaisant.

3.2.2 Les étapes de l'analyse de comparabilité sont résumées ci-dessous. Les sections suivantes de ce chapitre traitent de chacune de ces étapes de façon approfondie.

3.2.3 La première étape consiste à comprendre les caractéristiques économiquement significatives de l'industrie, de l'activité exercée par le contribuable et de ses transactions contrôlées: voir la section 3.3 pour plus de détails. La démarche consiste notamment à :

- Rassembler l'information de base sur le contribuable;
- Identifier et délimiter avec précision la transaction contrôlée; et
- Décider si diverses transactions doivent être évaluées séparément ou sur une base combinée/agrégée.

3.2.4 L'étape suivante consiste à examiner les facteurs de comparabilité de la transaction contrôlée, à savoir (voir la section 3.4) :

- Les caractéristiques des biens ou des services transférés;
- Les dispositions contractuelles de la transaction contrôlée;
- L'analyse fonctionnelle de la transaction contrôlée;
- Les circonstances économiques de la transaction contrôlée; et
- Les stratégies commerciales des parties.

3.2.5 Les dernières étapes d'une analyse de comparabilité (voir la section 3.5) sont les suivantes :

- Choix de la ou des parties testées (applicable, le cas échéant, à la méthode des prix de transfert la plus appropriée choisie);
- Identification des transactions potentiellement comparables – internes et externes;
- Ajustements de comparabilité, le cas échéant;

- Choix de la méthode de prix de transfert la plus appropriée;
- Détermination d'un prix ou d'un bénéfice de pleine concurrence (ou d'un intervalle de prix ou de bénéfices de pleine concurrence); et
- Documentation de l'analyse de comparabilité et suivi (veille).

3.3 Analyse des caractéristiques économiquement significatives et transactions contrôlées

3.3.1 Rassembler l'information de base sur le contribuable

3.3.1.1 Une première étape essentielle d'une analyse efficace des prix de transfert est la collecte d'informations sur le contribuable afin de clarifier la nature de ses affaires et de ses activités commerciales. Ce processus de collecte devrait chercher à identifier les entreprises associées prenant part à la transaction contrôlée, puis à rassembler les faits entourant toutes les transactions transfrontalières contrôlées pertinentes dans le contexte des liens commerciaux et financiers établis entre les membres concernés de l'EMN (y compris les fonctions exercées, les actifs utilisés ou apportés (y compris les actifs incorporels – voir le chapitre 6) et les risques assumés par chaque partie, ainsi que la nature des produits et des services transférés, les modalités de la transaction, les circonstances économiques et ainsi de suite).

3.3.1.2 Il convient de procéder à une analyse des circonstances propres au contribuable et à son secteur d'activité. Cela comprend, sans s'y limiter, une analyse de l'industrie, de la concurrence, de l'économie, des facteurs réglementaires et d'autres éléments qui peuvent influencer de manière marquante sur le contribuable et sur son environnement.

3.3.1.3 Les informations sur le contribuable provenant des rapports annuels, brochures de produits, articles de presse, rapports de recherche d'organismes indépendants, rapports de gestion et rapports internes peuvent constituer un bon point de départ pour comprendre la situation du contribuable. L'étude de ces documents permettra d'avoir une idée de l'industrie à laquelle appartient son entreprise, de la nature de ses activités commerciales (c'est-à-dire s'il est fabricant, grossiste, distributeur, etc.), de son segment de marché, de sa part de marché, de ses stratégies de pénétration du marché, du type de produits et de services qu'il fournit et ainsi de suite.

3.3.2 Identifier la transaction délimitée avec précision

3.3.2.1 Le prix de pleine concurrence d'une transaction entre plusieurs entités contrôlées doit être déterminé en fonction de la transaction effectivement réalisée. Par conséquent, la première étape essentielle de toute analyse de comparabilité consiste à définir la transaction avec précision en analysant ses caractéristiques économiquement pertinentes, telles qu'elles ressortent non seulement des contrats entre les parties, mais aussi de leur comportement et de tout autre fait pertinent. À cet égard, les dispositions contractuelles seront généralement le point de départ de l'analyse (clarifiées ou précisées par le comportement des parties); et dans la mesure où le comportement ou d'autres faits ne sont pas conformes au contrat écrit, le comportement des parties (plutôt que les dispositions contractuelles écrites) devrait être considéré comme l'élément le plus probant de la ou des transactions réellement réalisées.

3.3.2.2 Les autorités fiscales ne devraient pas substituer d'autres transactions à celles qui sont effectivement réalisées. Elles ne devraient pas non plus écarter les transactions effectivement réalisées, sauf dans des circonstances exceptionnelles. Ces conditions sont réunies, par exemple, lorsque les accords considérés dans leur ensemble ne sont pas rationnels sur le plan commercial et empêchent par conséquent de parvenir à un prix de pleine concurrence pour chaque partie à la transaction (en tenant compte de leurs propres points de vue et des options réalistes à la disposition de chacune d'elles). Il s'agit ici de réaliser un test de substance qui examine le caractère des accords négociés; l'absence de transactions entre entreprises indépendantes n'indique pas, en soi, que la transaction contrôlée n'est pas rationnelle sur le plan commercial.

3.3.2.3 La rationalité commerciale doit être évaluée du point de vue de chaque entité, car un contrat qui est rationnel à l'échelle d'un groupe n'est pas nécessairement conforme au principe de pleine concurrence pour chacune des entités du groupe.

3.3.2.4 En outre, un contrat dont on attend qu'il nuise à la position financière, avant impôt, de l'EMN dans son ensemble soulèvera des questions. La question sera de chercher à déterminer si ce contrat est principalement motivé par des raisons fiscales et s'il faut l'examiner de plus près pour établir s'il est irrationnel sur le plan commercial et donc, préjudiciable à l'établissement d'un prix de pleine concurrence pour chacune des parties à la transaction.

3.3.2.5 Lorsqu'une transaction effectivement réalisée n'est pas rationnelle sur le plan commercial, toute transaction qui lui est substituée à des fins de prix de transfert devrait traduire le plus étroitement possible les faits réels du cas et générer parallèlement un résultat attendu rationnel sur le plan commercial : c'est-à-dire un résultat qui aurait permis aux parties de parvenir à un prix acceptable pour chacune d'elles au moment où l'accord a été conclu.

3.3.2.6 De manière générale, la non-reconnaissance ou la substitution de transactions ne devrait pas être entreprise à la légère, car cela crée beaucoup d'incertitude pour les contribuables et les administrations fiscales. La non-reconnaissance ou la requalification de transactions peut également entraîner une double imposition en raison des divergences de vues entre les pays sur la manière dont toutes les transactions de substitution sont structurées. La capacité des autorités fiscales à écarter ou à substituer des transactions dépendra des pouvoirs qui leur sont conférés par le droit interne applicable. D'ailleurs, il conviendrait d'examiner ces pouvoirs en élaborant la législation et les règles administratives nationales en matière de prix de transfert. Voir les chapitres 6 et 10 pour plus de détails.

3.3.3 Évaluer les transactions distinctes et combinées

3.3.3.1 Une question importante de l'analyse des prix de transfert consiste à déterminer si elle doit absolument porter sur chacune des transactions internationales contrôlées d'un contribuable ou sur l'ensemble de ses transactions lorsque ces dernières sont réalisées avec les mêmes parties et sont étroitement liées sur le plan économique.

3.3.3.2 L'analyse des prix de transfert devrait idéalement être réalisée transaction par transaction. Toutefois, dans certains cas, les transactions sont si étroitement liées que cette approche pourrait ne pas donner de résultats fiables. Les transactions sont souvent agrégées aux fins de l'analyse lorsqu'elles sont inextricablement liées ou sont organisées en un flux continu, car autrement, l'exercice d'application du principe de pleine concurrence en fonction de chacune serait ou peu fiable ou trop complexe.

3.3.3.3 Prenons l'exemple d'une transaction avec un fabricant associé qui porterait sur l'octroi d'une licence accompagnée des composants nécessaires à l'exploitation d'un savoir-faire. Dans ce cas, l'analyse des prix de transfert peut être plus fiable si elle tient compte à la fois de la licence et de la fourniture des composants, plutôt que de chaque activité distincte sans reconnaissance de leurs liens étroits. De même, il peut être difficile d'analyser séparément le prix de produits vendus et de contrats de service de longue durée étroitement liés.

3.3.3.4 Un autre aspect important des transactions agrégées a trait aux contrats composites et « arrangements globaux » auxquels prennent part certains membres d'un groupe d'EMN. Un contrat composite ou un arrangement global peut rassembler un certain nombre d'éléments, notamment des baux, des ventes et des licences, qui forment un tout. En général, il conviendra d'examiner l'arrangement dans sa totalité pour comprendre comment ses différents éléments sont liés les uns aux autres. Toutefois, les diverses parties du contrat composite ou de l'arrangement global peuvent ou non, selon les

faits et les circonstances propres au cas, doivent être évaluées séparément pour déterminer un prix de transfert approprié. Le cas échéant, il peut s'avérer plus fiable de répartir la rémunération agréée entre les éléments du contrat composite ou de l'arrangement global.

3.3.3.5 Les problèmes d'« agrégation » se posent également en examinant les comparables potentiels. Étant donné que les informations relatives aux tierces parties ne sont pas souvent ventilées selon les transactions, les informations relatives aux entités sont fréquemment utilisées dans la pratique pour examiner les comparables externes (par exemple, en l'absence de comparables internes fiables; les termes « comparable externe » et « comparable interne » sont définis dans la section 3.5.2 ci-dessous). Il convient de noter que toute application du principe de pleine concurrence, que ce soit sur la base de chaque transaction ou de transactions agrégées, doit être examinée au cas par cas, en faisant appel à la méthode de prix de transfert la plus appropriée aux faits de ce cas particulier.

3.4 Examen des facteurs de comparabilité de la transaction contrôlée

3.4.1 Aperçu

3.4.1.1 La première partie de l'analyse de comparabilité menée à des fins de prix de transfert consiste à comprendre et à définir la transaction contrôlée à tester. Outre les informations contextuelles sur l'industrie et l'activité globale du contribuable, cette analyse est généralement menée sur la base de cinq « facteurs de comparabilité ».

3.4.1.2 Ces facteurs sont les suivants:

- Les caractéristiques des biens ou des services transférés;
- Les dispositions contractuelles; les fonctions exercées par chaque partie (en tenant compte des actifs utilisés et des risques assumés);
- L'analyse fonctionnelle de la transaction contrôlée;
- Les circonstances économiques des parties;
- Les stratégies commerciales de chacune des parties.

3.4.2 Caractéristiques du bien ou du service transféré

3.4.2.1 Les biens, tant corporels qu'incorporels, et les services peuvent présenter des caractéristiques différentes pouvant entraîner des écarts de

valeur et de prix en situation de pleine concurrence. Par conséquent, ces différences doivent être prises en compte pour déterminer la comparabilité des transactions contrôlées et sur le marché libre.

3.4.2.2 Les caractéristiques qu'il peut être important de prendre en compte sont les suivantes :

- Dans le cas des biens corporels: les caractéristiques physiques des biens, leur qualité, leur fiabilité, ainsi que la facilité d'approvisionnement et le volume de l'offre;
- Dans le cas de prestations de services: la nature, la qualité et l'étendue des services fournis;
- Dans le cas des biens incorporels : la forme de la transaction (par exemple, concession d'une licence ou vente), le type ou la forme du bien, la durée et le niveau de protection dont le bien fait l'objet, ainsi que l'avantage escompté de l'usage du bien.

Par exemple, l'analyse de comparabilité devrait tenir compte des différences entre les marques et les noms commerciaux exploités commercialement (actifs incorporels de commercialisation) par opposition aux brevets et au savoir-faire (actifs incorporels manufacturiers).

3.4.3 Dispositions contractuelles de la transaction

3.4.3.1 Le comportement des parties contractantes résulte généralement des modalités des contrats conclus entre elles. Toute relation contractuelle nécessite donc une analyse minutieuse pour déterminer les prix de transfert. Alors qu'il pourrait y avoir un contrat écrit, les termes des transactions peuvent également être retracés dans les correspondances et communications entre les parties concernées. Dans les cas où les dispositions de l'accord entre les parties ne sont pas explicitement définies dans des contrats écrits, on doit les extrapoler à partir de la relation économique et du comportement entre les parties.

3.4.3.2 Il est important de noter que les entreprises associées peuvent ne pas pleinement s'astreindre les unes les autres aux modalités de leurs contrats puisqu'elles partagent des intérêts généralement communs. Au contraire, on attend des entreprises indépendantes qu'elles s'y obligent. Il est donc important de déterminer si les dispositions contractuelles négociées entre les entreprises associées sont « fictives » (les dispositions contractuelles semblent authentiques, mais lorsqu'on les examine de plus près, elles manquent de réalisme et ne sont pas valables dans de nombreux systèmes juridiques) et/ou n'ont pas été appliquées dans la réalité.

3.4.3.3 Par ailleurs, les dispositions contractuelles explicites entre les membres d'une EMN peuvent fournir des preuves quant à la manière dont les responsabilités, les risques et les bénéfices ont été répartis entre eux. Par exemple, ces dispositions peuvent prévoir la forme de la contrepartie demandée ou payée, les volumes de vente et d'achat, les garanties fournies, les droits de révisions et de modifications, les modalités de livraison, de crédit et de paiement et ainsi de suite. Outre l'examen de ces dispositions, il sera important de vérifier si les parties s'y conforment réellement.

3.4.3.4 Lorsque les dispositions contractuelles des transactions contrôlées du contribuable et des comparables potentiels présentent des différences significatives sur le plan économique, il y a lieu de soupeser ces différences afin de déterminer si la comparabilité est toujours satisfaisante entre les transactions contrôlées et celles sur le marché libre ou si des ajustements de comparabilité doivent être apportés pour éliminer les effets de ces différences.

3.4.3.5 L'exemple suivant montre comment les dispositions contractuelles peuvent influencer sur les prix de transfert :

Exemple : Pertinence des dispositions contractuelles

Prenons l'exemple de la société A dans un pays donné, un exportateur de denrées agricoles, qui achète régulièrement des services de transport de la société B (sa filiale étrangère) pour expédier son produit, des fèves de cacao, de son pays vers les marchés étrangers. La société B fournit occasionnellement des services de transport à la société C, une société locale non liée située dans le même pays qu'elle. Toutefois, ses services à la société C ne comptent que pour 10 % de ses recettes brutes, le reste de ses recettes, soit 90 %, provenant de la société A pour le transport de ses fèves de cacao. Pour déterminer le degré de comparabilité de la transaction sur le marché libre entre les sociétés B-C avec la transaction contrôlée entre les sociétés B-A, il convient de tenir compte de la différence dans les volumes transportés dans le cadre des deux transactions, des remises sur volume conséquentes, le cas échéant, et de la régularité avec laquelle ces services sont fournis lorsque ces facteurs sont susceptibles d'avoir un effet significatif sur les prix facturés.

3.4.4 Analyse fonctionnelle

Aperçu de l'analyse fonctionnelle

3.4.4.1 L'analyse fonctionnelle cherche généralement à identifier les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques assumés (analyse aussi appelée l'analyse FAR) par les membres d'une EMN qui sont parties aux transactions internationales contrôlées. L'analyse fonctionnelle cherche à identifier et à comparer les activités économiquement significatives et les responsabilités exercées par chacune des entreprises associées et par toute entité indépendante engagée dans une transaction potentiellement comparable. Une activité économiquement significative est une activité qui influe de manière notable sur le prix pratiqué dans une transaction et/ou les bénéfices résultant de cette transaction.

3.4.4.2 L'analyse fonctionnelle est la pierre angulaire de tout exercice de fixation des prix de transfert. Son but est d'acquérir une connaissance des activités d'une entreprise en lien avec ses transactions avec des entreprises associées. L'analyse fonctionnelle examine les rôles respectifs des parties à la transaction contrôlée qui est l'objet de l'examen. Les rôles exercés par chacune des entreprises associées influenceront sur la rémunération de pleine concurrence versée dans le cadre de la transaction contrôlée, puisque la contrepartie de toute transaction entre deux entreprises indépendantes reflétera généralement les fonctions exercées par chacune d'elles, compte tenu des actifs qu'elle emploie et des risques qu'elle assume. En général, la rémunération attendue augmente proportionnellement à la valeur des fonctions exercées et des actifs utilisés et au niveau de risque assumé.

3.4.4.3 L'analyse fonctionnelle examine également les activités des parties aux transactions potentiellement comparables sur le marché libre. L'analyse fonctionnelle de ces parties en regard de telles transactions permettra de déterminer s'il est approprié d'utiliser ces transactions à titre de comparables dans l'analyse, puisque la comparabilité étroite des fonctions exercées, des actifs utilisés ou apportés et des risques assumés est souvent une condition préalable à une comparaison valable.

3.4.4.4 L'analyse fonctionnelle est un processus qui consiste à découvrir et à organiser les faits concernant une transaction relativement aux fonctions, aux risques et aux actifs afin de déterminer comment ces fonctions, ces risques et ces actifs sont répartis entre les parties dans le cadre de la transaction. Les fonctions, les risques et les actifs sont analysés afin de déterminer la nature des fonctions exercées, le degré de risque assumé et la nature des actifs utilisés par chacune des parties. Cette analyse aide à choisir la ou les parties testées lorsque cela est nécessaire (comme expliqué ci-dessous), la méthode

de prix de transfert la plus appropriée et les comparables, puis de déterminer ultimement si les bénéfices (ou les pertes) réalisés par les entités sont compatibles avec les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques assumés par chacune d'elles.

3.4.4.5 L'analyse fonctionnelle est importante, car les bénéfices attendus par les entités engagées dans une transaction dépendent de l'importance des fonctions exercées, de la nature et du degré des risques assumés et du type et de la valeur des actifs utilisés. En général, plus les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques assumés par une partie à la transaction sont importants, plus les bénéfices attendus par cette partie sont grands (ou les pertes potentielles). Il est donc extrêmement important de recenser les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques assumés par toutes les entreprises associées dans le cadre de la transaction contrôlée examinée.

Exemple d'analyse fonctionnelle

3.4.4.6 L'exemple ci-dessous permet de mieux illustrer l'analyse fonctionnelle.

Les paragraphes suivants décrivent comment une analyse fonctionnelle peut être réalisée et documentée sur la base de l'exemple ci-dessus. À cette fin, il est nécessaire de préparer une description qualitative des transactions et des circonstances intragroupes et l'inclure dans un tableau, tel qu'illustré dans le tableau 3.T.1.

Ainsi, dans le tableau, l'intensité des risques, des fonctions et des actifs d'une entité particulière est corrélée au nombre de coches attribuées. Ce tableau peut être utilisé pour résumer les aspects clés d'une analyse fonctionnelle et pour comparer qualitativement – uniquement sur la base des faits d'un cas particulier – les différentes entreprises d'une EMN dans un certain nombre de catégories de fonctions, d'actifs et de risques. Cet outil est communément appelé « tick chart » (diagramme à cocher). Les tableaux de ce genre, bien que très utiles, sont intrinsèquement subjectifs. Ainsi, le même ensemble de faits peut ne pas donner lieu à des tableaux identiques entre les mains de deux analystes. La prudence s'impose donc lorsque l'on donne une signification quantitative à ces tableaux. Par exemple, trois coches ne signifient pas que la valeur est triple. En outre, toutes les catégories du tableau n'ont pas un poids équivalent. Par conséquent, ce type de tableau devrait être utilisé principalement à titre d'outil d'évaluation des aspects qualitatifs de l'analyse, et non pas mécaniquement pour répartir les bénéfices en fonction du nombre relatif de coches.

Exemple : « P Co. » – Solutions énergétiques

P Co., une société constituée et enregistrée selon les lois du pays A et spécialiste des solutions énergétiques intelligentes, devance la concurrence dans la mise au point, la production et la fourniture de compteurs et de composants électroniques, de logiciels, de systèmes de surveillance énergétique, de solutions de facturation et de systèmes de paiement. En outre, cette société possède des technologies liées aux compteurs d'énergie électroniques. P Co. dispose de réseaux de commercialisation bien établis dans de nombreux pays développés et en développement. P Co. fait partie de l'EMN X, l'un des plus grands consortiums de compteurs au monde, qui met en commun sa technologie et sa vaste expérience de mise au point et de fabrication au sein d'un réseau desservant plus de 30 pays.

Q Co., une société constituée et enregistrée selon les lois du pays B, est une filiale détenue à 100 % par P Co. Q Co. prévoit fabriquer une large gamme de compteurs d'énergie électroniques et de calibreurs portables qui pourraient convenir à tous les secteurs de la production, de la transmission, de la distribution et de la consommation d'énergie et offrir des composants nécessaires à la gestion des recettes tirées de l'électricité. Toutefois, ces équipements devront être personnalisés pour répondre aux besoins des utilisateurs locaux, ce que fera Q Co. dans ses propres installations de recherche et de développement (R&D).

Q Co. a conclu un accord de licence avec P Co. pour le code source de la technologie de base, TECHNO A™ – conçue et brevetée par P Co. Comme TECHNO A™ intègre des capacités logicielles, cette technologie peut mettre au point des fonctionnalités améliorées efficaces et offrir aux services d'utilité publique la flexibilité permettant de gérer efficacement les recettes et la demande en électricité, ce qui limite, voire élimine les pertes de revenus. TECHNO A™ a été mise au point dans le pays A par P Co. La technologie TECHNO A™ mesure les flux d'électricité à l'aide de techniques numériques et d'un microprocesseur et transpose ensuite les mesures en informations utiles. TECHNO A™ présente des avantages majeurs en ce qui a trait à la conception et à la fabrication des compteurs.

Dans le contexte ci-dessus, les transactions contrôlées entre Q Co. et P Co. portent sur certains composants vendus et la licence pour la technologie octroyée par P Co. à Q Co. Comme indiqué ci-dessus, P Co. est spécialisée dans les processeurs et d'autres composants de compteurs

électroniques – composants essentiels d'un compteur électronique – et leur sous-assemblage. Q Co. fabrique des compteurs d'énergie électroniques dans le pays B et à cette fin, elle s'approvisionne en processeurs et composants auprès de P Co. Q Co. procède ensuite à la vente de compteurs d'énergie électroniques à P Co., conformément à ses exigences.

Q Co. dispose de son propre centre de R&D et s'efforce d'améliorer les technologies afin de réaliser des gains d'efficacité supplémentaires. Il pourrait s'ensuivre que la dépendance à l'égard de sources extérieures pour les technologies diminue dans le futur et que des économies de coûts soient réalisées. De plus, Q Co. a pénétré le marché sur le territoire du pays B en engageant d'énormes dépenses pour établir ses propres actifs incorporels de commercialisation. Ces actifs sont distincts des actifs incorporels de P Co. dans le pays A, qui font l'objet de l'octroi de la licence technologique entre P Co. et Q Co.

Tableau 3.T.1

Évaluation qualitative des transactions intragroupes

Symbole	Normes comparatives du niveau de risque	Normes comparatives du niveau fonctionnel	Norme comparative du niveau d'actifs
-	Risque nul	Aucune fonction	Aucun actif
√	Risque minimal	Fonctions accessoires	Peu d'actifs
√√	Risque modéré	Fonctions de base	Certains actifs
√√√	Risque élevé	Fonctions supérieures	Nombreux actifs

Fonctions exercées

3.4.4.7 Les fonctions sont exercées dans le cadre des activités de chacune des parties à la transaction. En procédant à une analyse fonctionnelle, on doit prendre en compte toutes les fonctions économiquement significatives, car ce sont les fonctions qui apportent le plus de valeur aux transactions et qui sont donc censées justifier une rémunération escomptée plus élevée pour l'entité qui les exerce. Par conséquent, on ne devrait pas s'efforcer d'identifier le plus grand nombre possible de fonctions, mais plutôt les fonctions essentielles exercées par les entreprises associées.

3.4.4.8 Voici certaines des fonctions pertinentes qui sont souvent observées et peuvent être importantes sur le plan économique pour déterminer le prix d'une transaction :

- Recherche et développement;
- Conception et ingénierie des produits;
- Fabrication, production, assemblage et ingénierie des processus;
- Achats, gestion des matériaux et autres activités d'approvisionnement;
- Transport, entreposage et stocks;
- Commercialisation, publicité et distribution;
- Collecte d'information commerciale en matière de développements technologiques;
- Services intragroupes, par exemple les services managériaux, juridiques, comptables et financiers, de crédit et de recouvrement, de formation et de gestion du personnel.

3.4.4.9 Il convient de souligner que cette liste est purement indicative. La mesure dans laquelle chacune de ces fonctions (ou d'autres fonctions non énumérées ci-dessus) est économiquement significative et contribue à la création de la valeur dépend des faits et circonstances propres à chaque cas.

3.4.4.10 On peut aborder l'analyse fonctionnelle en examinant toutes les activités économiquement significatives exercées dans le cadre de la transaction contrôlée qui est l'objet de l'examen (en se reportant à la liste indiquée ci-dessus) et des transactions potentiellement comparables sur le marché libre. En général, un contribuable devrait préparer cette liste pour les deux parties à la transaction contrôlée (pour les activités de production et de vente/distribution dans cet exemple) afin d'étayer ultimement son choix de la méthode de prix de transfert la plus appropriée et de l'aider à identifier des comparables utiles.

3.4.4.11 En reprenant l'exemple du paragraphe 3.4.4.6, on peut supposer, à des fins d'illustration, que les fonctions qui suivent sont exercées par les parties respectives.

Fonctions exercées par P Co. en ce qui concerne la vente de technologie et de composants de compteurs d'énergie électroniques :

Dans cet exemple, on suppose que sur la base du soutien technologique fourni par P Co. dans le cadre des ventes de compteurs d'énergie électroniques réalisées par Q Co., P Co. exerce les fonctions économiquement significatives énumérées ci-dessous.

- Développement des marchés : P Co. partage son expertise avec Q Co. et l'aide à préparer les exposés aux services d'utilité publique (c'est-à-dire aux organismes responsables de la fourniture d'énergie aux consommateurs) en vue de développer les marchés;
- Mise au point de produits : P Co. entreprend les activités de mise au point de produits sur la base du concept qu'elle conçoit et propose aux utilisateurs. La mise au point de produits fait appel aux services d'ingénierie, de conception, de développement/personnalisation des microprocesseurs, de mise en conformité aux normes internationales et nationales applicables et ainsi de suite;
- Contrôle de la qualité : P Co. lance les procédures de contrôle de la qualité afin de s'assurer que les produits fabriqués par Q Co. sont conformes aux spécifications contractuelles et aux normes de qualité internationales et nationales avant d'être livrés aux services d'utilité publique et à d'autres clients. Il s'agit d'une activité essentielle, car l'absence de contrôle de la qualité peut comporter un risque de réputation et un risque de responsabilité liée aux produits.

En ce qui concerne l'importation et l'achat de matières premières et de composants par Q Co. :

On suppose que dans le cadre des achats de processeurs et d'autres composants effectués par Q Co. auprès de P Co., P Co. exerce les fonctions économiquement significatives énumérées ci-dessous :

- Développement des marchés;
- Collecte d'information commerciale en matière de développements technologiques;
- Activités de recherche et de développement;
- Planification de la production;
- Gestion des stocks;
- Services de fabrication;

- Essais et contrôles de la qualité;
- Activités de vente et de distribution;
- Activités après-vente, y compris la fourniture de pièces de rechange;
- Assistance technique, si nécessaire.

Fonctions exercées par Q Co.

On suppose que les fonctions exercées par Q Co. dans le cadre des achats de composants et des reventes consécutives aux services d'utilité publique du pays sont les suivantes :

- Développement des marchés : Q Co. entreprend des activités de développement des marchés. Ces activités comprennent principalement la mise au point du concept de vente (c'est-à-dire l'identification du genre de solution personnalisée que la société peut offrir à un distributeur de services publics en tenant compte des problèmes particuliers auxquels il fait face). Q Co. anime des séances de vente auprès des services d'utilité publique des secteurs public et privé et assure la liaison avec ces derniers. Sur la base de l'acceptation du concept, Q Co. s'approvisionne en compteurs prototypes. Elle participe également au processus d'appel d'offres pour l'approvisionnement commercial en commandes complètes de compteurs d'énergie une fois que le prototype s'avère bien fonctionner. Q Co. exerce également des activités liées à la publicité, à l'embauche de distributeurs et de commissionnaires, à la promotion des ventes, aux études de marché et aux stratégies de commercialisation. En outre, Q Co. a développé un marché pour le nouveau produit sur le territoire du pays B en engageant des dépenses importantes pour mettre sur pied des actifs incorporels de commercialisation qui lui sont propres et sont distincts des actifs incorporels de P Co. dans le pays A;
- Recherche et développement : Q Co. dispose de son propre centre de R&D, qui s'efforce d'augmenter sa performance au moyen de technologies améliorées propres à susciter des gains d'efficacité supplémentaires, à réduire sa dépendance future à l'égard des technologies extérieures et à réaliser des économies;
- Programmation de la production : La production de Q Co. est basée sur les commandes obtenues de la part des services

d'utilité publique du pays. Le processus d'approvisionnement en matières premières/intrants est basé sur des prévisions de ventes prudemment préparées. La fonction d'approvisionnement et les processus de commande sont pris en charge par le « Service des matériaux ». Des facteurs tels que le délai d'exécution, la disponibilité des intrants, le résultat de négociations et autres sont pris en compte pour choisir la partie auprès de laquelle une matière première ou un intrant particulier doit être acheté;

- **Outillage** : Les activités d'outillage nécessitées par les produits à fabriquer sont entreprises par Q Co. Des produits différents peuvent exiger un outillage différent. Des spécifications contractuelles différentes peuvent exiger un outillage différent;
- **Assemblage** : Cette activité a trait à l'assemblage de composants. Il y a autant d'opérations mécaniques que manuelles. Cette activité comprend la fixation des composants de la technologie de montage en surface, l'inspection manuelle des composants mis en place, le soudage informatisé des composants, l'inspection manuelle du procédé de soudage, le montage manuel de pièces à arc plasma et ainsi de suite;
- **Implantation de logiciels** : L'implantation de logiciels désigne le processus de chargement du logiciel et d'autres caractéristiques d'intelligence sur les compteurs. Q Co. entreprend cette activité sur la base des caractéristiques de la technologie et du microprocesseur telles que décrites dans le contrat;
- **Mise à l'essai** : Les essais et les contrôles de qualité sont des processus essentiels dans la fabrication et la commercialisation des compteurs électroniques. Q Co. réalise les essais et P Co. applique les mesures de contrôle de la qualité. Les activités d'essai comprennent des tests de variation de température, la vérification des compteurs manufacturés par rapport aux compteurs standard, etc.;
- **Emballage et livraison** : Q Co. place les produits dans des conteneurs de différentes tailles spécialement conçus en fonction de l'envoi. Les conteneurs se présentent sous la forme de cartons et d'emballages sur palettes. Après leur emballage, les produits sont livrés aux services d'utilité publique du pays;
- **Activités après-vente** : En fonction des contrats conclus avec les clients, Q Co. exerce des fonctions d'installation et de mise en service lorsque les contrats l'exigent. Elle est également chargée

d'encaisser les paiements auprès des clients. Des garanties contractuelles et non contractuelles sur les produits leur sont fournies. Toute activité de remplacement ou autre requise en vertu des garanties de performance des produits est également prise en charge par Q Co.;

- Gestion des stocks : Q Co. est responsable de la gestion de l'approvisionnement en matières premières/composants et du maintien des niveaux de stock, y compris de produits finis. Comme les intrants de matières premières sont généralement particuliers aux produits et que les produits finis sont manufacturés sur la base des commandes confirmées par les services d'utilité publique du pays, la gestion des stocks est minimale.

Fonctions de gestion générale

3.4.4.12 Les fonctions courantes suivantes sont associées à la gestion de l'entreprise dans l'exemple ci dessus. Lorsque les deux parties sont susceptibles d'exercer ces fonctions, il arrive qu'elles ne les exercent pas toutes avec la même intensité.

- Détermination de la stratégie commerciale: En général, toutes les politiques de l'EMN sont déterminées par la direction de l'entité respective, qui surveille en permanence l'environnement économique de l'entité, évalue sa position stratégique dans l'industrie et fixe des cibles pour atteindre les objectifs d'entreprises;
- Fonctions liées aux finances, à la trésorerie et aux affaires juridiques et comptables : La direction de l'entité respective est responsable de la gestion des fonctions liées aux finances, à la trésorerie et aux affaires juridiques et comptables. Chaque entité est également responsable de sa conformité aux lois locales.
- Fonction de gestion des ressources humaines : La fonction de RH de chaque entité est coordonnée par sa direction, qui est responsable du recrutement, du développement et de la formation du personnel, y compris de la structure salariale.

3.4.4.13 En plus d'identifier les fonctions propres à chaque partie, l'analyse devrait également évaluer l'intensité relative avec laquelle elle les exerce. Le tableau 3.T.2 indique une façon de résumer l'évaluation qualitative de l'intensité fonctionnelle relative dans un *tick chart*.

Actifs utilisés ou apportés

3.4.4.14 Les actifs (tant corporels qu'incorporels) que les entreprises associées emploient ou se transfèrent entre elles dans le cadre de toute transaction internationale contrôlée doivent être identifiés dans l'analyse fonctionnelle.

3.4.4.15 L'analyse devrait avoir pour objet d'identifier le type des biens immobilisés (par exemple, usines et équipements, actifs incorporels, actifs financiers, etc.) et l'importance qu'ils revêtent pour la transaction contrôlée. En présence d'actifs économiquement significatifs, il peut être nécessaire d'effectuer une analyse plus détaillée, par exemple en ce qui a trait à l'âge, à l'emplacement, à la protection des droits de propriété, à la valeur marchande et autre des actifs utilisés.

Tableau 3.T.2

Évaluation relative qualitative des fonctions exercées

(par P Co. et Q Co. en rapport avec le marché de Q Co.)

Catégorie	Degré d'intensité	
	A Co.	B Co.
Développement des marchés	x	xxx
Mise au point de produits	xxx	xx
Fabrication	-	xxx
Contrôle de la qualité	xx	xxx
Activités après-vente	-	xxx
Fonctions de gestion générale	-	-
Détermination de la stratégie commerciales	x	xxx
Finance, comptabilité, trésorerie et affaires juridiques	-	xxx
Gestion des ressources humaines	-	xxx

3.4.4.16 Dans le cas des industries à forte intensité de capital, les immobilisations sous forme de bien immobilier, d'usines ou d'équipements et autres sont coûteuses et doivent être financées soit en interne, soit en externe. Cependant, il arrive que les entités exercent des activités qui ne nécessitent pas forcément un investissement en capital aussi important. Selon les circonstances et les normes comptables applicables, les coûts liés aux droits d'utilisation d'un actif peuvent être comptabilisés en tant que frais d'exploitation (par exemple, sous forme de coûts de crédit-bail ou de loyer) ou en tant que frais financiers à inscrire sur la ligne en dessous du bénéfice d'exploitation (par exemple, sous forme de charges d'intérêts). Il sera important de

veiller à la prise en compte de ces montants dans l'analyse de comparabilité et à l'uniformité de leur traitement comptable lorsqu'une mesure du bénéfice d'exploitation est utilisée pour établir si la ou les transactions contrôlées sont de pleine concurrence. Des ajustements peuvent être requis pour assurer l'uniformité des normes comptables utilisées dans le cadre de la transaction contrôlée et du comparable. Les différences dans l'usage des actifs peuvent parfois être éliminées ou considérablement réduites en apportant des ajustements de comparabilité au fonds de roulement ou à la mesure d'utilisation de la capacité.

3.4.4.17 Lorsque les transactions donnent lieu à l'utilisation ou au transfert d'actifs incorporels économiquement significatifs, il convient de tenir compte des considérations particulières exposées au chapitre 6.

Actifs corporels

3.4.4.18 On peut supposer, pour les besoins de l'exemple, que la société Q Co. possède les actifs corporels énumérés ci-dessus ; dans tout cas concret, la liste des actifs économiquement significatifs pertinents dépendra des faits particuliers du cas :

- Terrains et bâtiments;
- Machines et installations;
- Matériel de R&D;
- Matériel de bureau;
- Meubles et accessoires;
- Véhicules;
- Ordinateurs;
- Matériel d'essai.

Propriété des actifs incorporels

3.4.4.19 On peut supposer, pour les besoins de l'exemple, que :

- Q Co. a créé une division de recherche et de développement qui s'efforce d'accroître son rendement en améliorant les technologies au moyen desquelles elle peut obtenir des gains d'efficacité supplémentaires. Cette division pourrait également lui permettre de réduire sa dépendance future à l'égard des sources extérieures de technologie et de réaliser des économies. La division dirige également des programmes de R&D pour appuyer les besoins

opérationnels de Q Co. et fournir une assistance technique à ses clients. Ces efforts permettent d'accroître l'efficacité de la production et la qualité des produits;

- Q Co. a mis en place ses propres actifs incorporels de commercialisation dans le pays B en engageant des dépenses importantes à ce chapitre et a pénétré le marché pour le nouveau produit sur ce territoire. Comme indiqué précédemment, ces actifs incorporels de commercialisation sont distincts des actifs incorporels de P Co. dans le pays A, pour lesquels un accord technologique est en place avec entre P Co. et Q Co.;
- Q Co. a conclu un accord de licence avec P Co. au titre de la technologie nécessaire pour la fabrication de produits spécifiques. Ainsi, Q Co. emploie les normes d'exploitation et de qualité, le savoir-faire, le processus et autres qui ont été mis au point par P Co. ou qui lui appartiennent. Q Co. tire parti de la valeur de ces actifs incorporels pour assurer la croissance durable de ses revenus et de ses bénéfices;
- P Co. devance la concurrence dans la mise au point et la fourniture de compteurs électroniques, ainsi que dans les logiciels, les systèmes de surveillance énergétique, les solutions de facturation et les systèmes de paiement connexes. Au fil des ans, la société a cumulé une multitude de connaissances techniques exclusives. Elles comprennent les spécifications, les concepts et les plus récents procédés de fabrication des produits, ainsi que des données empiriques sur l'utilisation des produits par les clients de l'industrie;
- Co. jouit d'une excellente réputation pour ses produits de qualité. Sur les marchés internationaux, les clients et les sociétés de services d'utilité publique préfèrent s'approvisionner auprès des acteurs internationaux provenant des pays développés plutôt que directement auprès des fournisseurs situés dans les pays en développement. Q Co. tire parti de la marque bien établie et de la réputation des produits technologiques de P Co. L'engagement de P Co. en faveur de la qualité procure également à Q Co. un avantage lors de la vente de produits sur les marchés intérieurs.

3.4.4.20 En plus d'identifier les actifs précis utilisés ou apportés par P Co. et Q Co., l'analyse fonctionnelle devrait évaluer l'importance relative des actifs apportés par chaque partie. Le tableau 3.T.3 présente une façon de résumer cette évaluation qualitative.

Tableau 3.T.3

Sommaire des actifs employés

Catégorie	Degré d'intensité	
	P Co	Q Co
Actifs corporels	xx	xxx
Actifs incorporels :	xxx	xx
- Technologiques	xxx	
- Marqués	x	x
- Protégés légalement	x	xxx

Risques assumés

3.4.4.21 L'examen du risque est une partie importante de l'analyse fonctionnelle. Les présents principes détaillés sur l'examen du risque en tant que partie de l'analyse fonctionnelle ne signifient pas que les risques sont plus importants que les fonctions ou les actifs. C'est au moyen d'une analyse fonctionnelle détaillée que la pertinence des fonctions, des actifs et des risques associés à une transaction précise devra être définie.

3.4.4.22 Les risques font partie intégrante des activités commerciales. Les entreprises existent et entreprennent des activités commerciales afin de tirer parti des occasions de réaliser des bénéfices. En termes simples, le risque est une manifestation de l'incertitude émanant des objectifs de l'entreprise. Des risques plus importants sont associés à des rendements attendus plus élevés – les entreprises à but lucratif n'entreprendront des activités commerciales porteuses de risques que si elles anticipent un rendement positif. Toutefois, ces opportunités sont intrinsèquement incertaines : les coûts peuvent être plus élevés que prévu, les revenus peuvent être plus faibles, les circonstances peuvent changer et, par conséquent, les résultats réels peuvent être meilleurs ou pires que ceux qui étaient attendus.

3.4.4.23 Étant donné que la prise en charge de risques économiquement significatifs sera pertinente pour la fixation du prix d'une transaction, une analyse des prix de transfert doit d'abord identifier ces risques, puis déterminer quelle entité les assume. Cette analyse des risques devrait commencer par l'examen des dispositions contractuelles négociées entre les parties, mais devrait également tenir compte du comportement de ces dernières, y compris des fonctions qu'elles exercent, et de tout autre fait pertinent. C'est seulement à ce moment que la transaction contrôlée peut être correctement comprise et définie, et dès lors, que son prix peut être déterminé de manière appropriée. À des fins de prix de transfert, l'analyse du risque peut être décomposée en six étapes.

Étape 1 : Identification des risques économiquement significatifs

3.4.4.24 Il existe de nombreuses sources et de nombreux types de risques dont l'importance variera en fonction de la nature de la transaction commerciale. L'importance d'un risque dépend de sa probabilité d'occurrence conjuguée à son impact potentiel sur les bénéfices (ou les pertes) de l'entreprise. Par exemple, la conception d'un nouvel emballage en vue d'améliorer la visibilité d'un produit peut poser un risque relativement faible par rapport à celui qui émane de l'élaboration d'une ligne entièrement nouvelle de produits. En revanche, la modification d'un produit peut poser plus de risques s'il s'agit d'un produit « phare » plutôt que d'un produit moins important ou peu visible compte tenu de la large variété de produits commercialisés par l'entreprise. Il va de même des développements basés sur des technologies ou des applications entièrement nouvelles – plus risqués – plutôt que sur des technologies ou des produits existants et éprouvés.

3.4.4.25 Un examen des fonctions clés et du contexte commercial d'une transaction facilitera l'identification des risques significatifs. Dans de nombreux cas, un examen des fonctions exercées, des actifs utilisés ou apportés et des risques assumés par d'autres entreprises associées de l'EMN qui contribuent à la création de valeur du groupe peut faciliter ce processus, puisque les risques ouvrent également des possibilités et que les entreprises attribuent généralement des ressources à la gestion des risques significatifs.

3.4.4.26 La liste ci-dessous présente les risques qui peuvent être assumés par les parties à la transaction. Toutefois, la pertinence et l'importance de chaque facteur de risque individuel énuméré dépendront de la nature de la transaction individuelle et des faits particuliers de chaque cas.

Tableau 3.T.4

Liste indicative des risques assumés

Classement des risques	Risques
Risque financier	a. Méthode de financement
	b. Fluctuation des taux d'intérêt
	c. Financement des pertes
	d. Risque de change
Risque lié au produit	a. Conception et mise au point du produit
	b. Mise à niveau/obsolescence du produit
	c. Service après-vente
	d. Risques liés à la R&D
	e. Risque de responsabilité liée aux produits
	f. Risque lié à la propriété intellectuelle
	g. Risque associé aux calendriers
	h. Risque lié aux stocks

Tableau 3.T.4 (suite)

Liste indicative des risques assumés

Classement des risques	Risques
Risque de marché	a. Développement d'un marché, y compris la publicité et la promotion des produits, etc.
	b. Fluctuation de la demande et des prix
	c. Risque lié au cycle économique
	d. Risque de volume
	e. Risque lié aux mesures de fidélisation (services)
	f. Risque de redondance des actifs
Risque de recouvrement	a. Risque de crédit
	b. Risque de créances irrécouvrables
Risque entrepreneurial	a. Risque de perte lié à l'investissement en capital
	b. Risque lié à un client unique
	c. Risque de perte d'actif incorporel sous forme de capital humain
Risque commercial général	a. Risque lié à la propriété d'un bien
	b. Risque lié à l'exploitation d'une entreprise
	c. Risque inflationniste
Risque lié à un pays ou une région en particulier	a. Risque politique
	b. Risque pour la sécurité
	c. Risque réglementaire
	d. Risque lié aux politiques gouvernementales

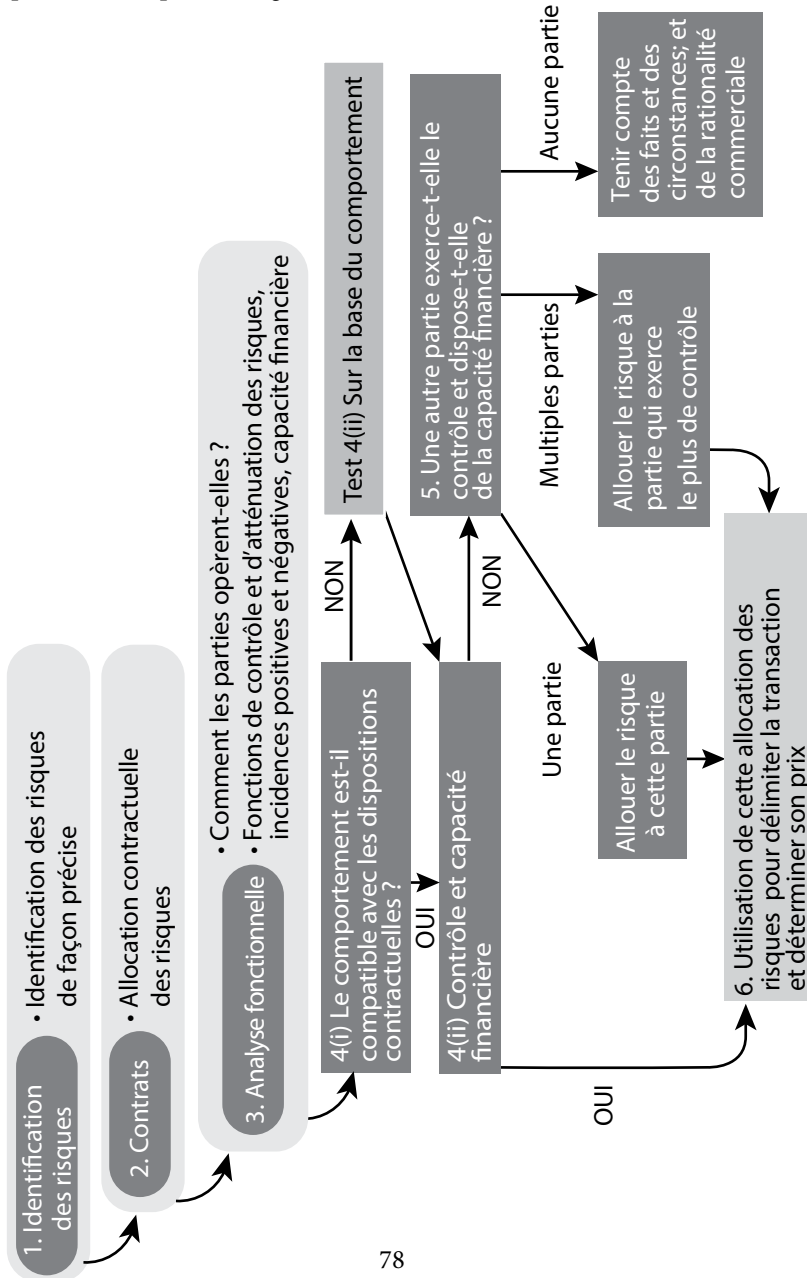
3.4.4.27 Il convient de souligner que cette liste est purement illustrative et que la mesure dans laquelle chacun de ces risques (ou des autres risques non énumérés ci-dessus) est économiquement significatif et contribue à la création de la valeur dépend de l'industrie et des circonstances propres au contribuable. Par conséquent, la connaissance concrète du fonctionnement d'une EMN particulière relativement à son entreprise associée est très importante pour la détermination du risque. Par exemple, tous les secteurs ne présentent pas le même niveau de risque en matière de responsabilité liées aux produits.

Étape 2 : Prise en charge contractuelle du risque

3.4.4.28 Une fois les risques économiquement significatifs identifiés, l'analyse cherche ensuite à déterminer quelles parties les assument. À cet égard,

les dispositions contractuelles entre les parties constituent généralement le point de départ (Étape 2). On s'attend à ce que les parties à des transactions de pleine concurrence conviennent du partage entre eux de la prise en charge des risques importants avant d'en connaître le résultat. Toutefois, les contrats entre entreprises associées peuvent ne pas préciser la répartition de tous les risques économiquement significatifs.

Figure. 3.D.1
Processus visant à délimiter avec précision la transaction et déterminer son prix



D'ailleurs, la plupart des risques couramment attribués sont ceux qui peuvent être atténués, par exemple le risque lié aux stocks, le risque de créances irrécouvrables, le risque de change et ainsi de suite. Les risques généralement plus difficiles à atténuer – risques liés à la situation du marché, à la concurrence en matière de prix, à l'approvisionnement en matières premières, aux hausses salariales et ainsi de suite – ne sont pas toujours précisés dans le contrat. La volatilité du marché mondial au cours de la dernière décennie a montré que les risques qui sont difficiles à atténuer sont souvent économiquement plus importants que les types de risques contractuels mentionnés ci-dessus.

3.4.4.29 De plus, dans certains cas, il se peut que les contrats écrits soient incohérents ou qu'ils n'aient pas été respectés dans la pratique. Par exemple, un contrat pourrait stipuler qu'un fabricant de biens électroniques assume le risque de garantie ; cependant, dans la pratique, le revendeur prend habituellement en charge le coût des réparations pour les clients dans le cadre de la garantie. Dans ce cas, c'est le revendeur qui assume le risque. La détermination du partage de la prise en charge du risque entre les parties doit donc se fonder sur le comportement réel des parties, plutôt que sur la seule forme juridique de l'accord.

3.4.4.30 Même lorsqu'un contrat complet et cohérent a été conclu, il est essentiel de procéder à l'analyse du comportement des parties et des autres faits en cause. En particulier, il est important d'établir laquelle ou lesquelles des parties contrôlent les risques économiquement significatifs, et si toute partie à laquelle un risque a été attribué a en fait la capacité financière de l'assumer. Le contrôle (voir les paragraphes 3.4.4.33 à 3.4.4.35) et la capacité financière (voir les paragraphes 3.4.4.36 à 3.4.4.38) sont tous deux nécessaires pour qu'une partie soit réputée assumer un risque particulier, mais ni la capacité financière ni le contrôle n'est suffisant en soi.

Étape 3 : Analyse fonctionnelle se rapportant au risque

3.4.4.31 À l'étape suivante du processus d'examen des risques, les faits sur le comportement réel des parties sont rassemblés dans le cadre d'une analyse fonctionnelle. Comme il a été noté précédemment, les informations relatives à l'exercice du contrôle des risques et à la capacité financière de les assumer sont particulièrement importantes. Ces informations seront analysées dans les étapes suivantes.

Contrôle du risque

3.4.4.32 Bien qu'il soit impossible d'éliminer ou même d'atténuer certains risques, les risques économiquement significatifs sont déterminants pour le succès ou l'échec des activités commerciales, et c'est pourquoi les entreprises

consacrent généralement des ressources importantes pour gérer les opportunités commerciales majeures et les risques inhérents qu'elles comportent.

3.4.4.33 Dans une analyse des prix de transfert, le « contrôle » d'un risque a un sens bien particulier. Il s'agit de :

- (1) La capacité de prendre la décision de saisir, d'éviter ou de rejeter une opportunité porteuse de risques, en conjugaison avec l'exercice effectif de cette fonction décisionnelle;
- (2) La capacité de prendre la décision de répondre aux risques associés à cette opportunité et selon quelles modalités, en conjugaison avec l'exercice effectif de cette fonction décisionnelle;
- (3) L'exercice des fonctions d'atténuation des risques (l'adoption de mesures qui se répercutent sur les résultats en matière de risque) ou, si l'atténuation des risques est confiée à une autre partie (qu'elle soit associée ou indépendante), la capacité de déterminer les objectifs des activités externalisées, de décider de faire appel au prestataire de services pour ces activités, d'évaluer si les objectifs sont correctement respectés et, si nécessaire, de décider d'adapter ou de résilier le contrat avec le prestataire concerné, en conjugaison avec l'exercice effectif de cette évaluation et de cette prise de décision.

Exemple : Fabricant de vêtements

La société X exploite une usine de fabrication de vêtements. Elle conclut un contrat qui lui permet de produire des pyjamas pour enfants pour le compte de la société Y. Le modèle et le patron des pyjamas sont fournis par la société Y. La société Y précise également les tailles et le nombre de pyjamas à produire ainsi que le calendrier de production. La société X est tenue de fabriquer les pyjamas selon les spécifications de la société Y, notamment en respectant les normes de qualité de la société Y et en utilisant des matériaux approuvés par la société Y. La société Y effectue des contrôles de la qualité pour s'assurer que les pyjamas produits par X répondent à ses spécifications et, si c'est le cas, elle garantit l'achat de tous les pyjamas produits par X, comme le prévoit le contrat. Le contrat stipule également que si X satisfait aux normes de qualité définies par Y, Y indemniserait X contre toute réclamation au titre de la garantie ou demande de réparation qui pourrait résulter de la vente de pyjamas.

Dans cet exemple, les risques économiquement significatifs sont identifiés : le risque lié aux stocks et le risque de garantie/rappel de produits. Dans les deux cas, la société Y a la capacité de prendre des décisions sur ce qu'il faut effectivement produire et quand – et exerce effectivement cette fonction décisionnelle – et elle fixe les normes de qualité et les autres spécifications et en assure le suivi (veille) activement. On peut donc dire que Y contrôle ces risques.

3.4.4.34 Le contrôle des risques fait intervenir un véritable processus de décision. Les décideurs doivent être en mesure de comprendre le risque et l'impact éventuel d'une décision sur l'entreprise. Ils doivent avoir accès aux informations pertinentes. Lorsque les informations ou les analyses sont fournies par d'autres, le décideur doit être en mesure d'évaluer si ces informations sont justes et si les analyses sur lesquelles il s'appuie sont adéquates. Sans ce qui précède, la simple officialisation d'une décision, par exemple sous la forme de la signature de documents ou du procès-verbal d'une réunion qui consigne une décision effectivement déjà prise ailleurs, est insuffisante.

3.4.4.35 Il ne suffit pas non plus de fixer le cadre politique général d'évaluation des risques. Par exemple, la fixation des grands objectifs commerciaux de l'EMN par la société Y ou de son « image » générale ne signifie pas que la société Y contrôle les risques liés à des stratégies de commercialisation précises. De façon analogue, la nécessité d'analyser certains risques et d'en faire rapport d'une certaine manière ou conformément à un cadre ou à un modèle particulier ne constitue pas nécessairement un contrôle des risques aux fins de l'analyse des prix de transfert.

Exemple : Contrôle du risque par la société mère

La société A, située dans le pays Z, est membre d'un groupe d'EMN qui exerce des activités dans le monde entier par l'intermédiaire de diverses filiales. La société A est responsable du programme global de recherche et de développement du groupe. Le groupe dispose de deux centres de R&D exploités par les sociétés B et C, toutes les deux des filiales de la société A, la première étant située dans le pays X et la deuxième, dans le pays Y. Les risques liés à la fonction de R&D sont réputés être économiquement significatifs (Étape 1).

La société A emploie un effectif qui assure la supervision stratégique des activités de R&D du groupe et qui est composé d'un directeur général, d'un directeur financier, de cadres supérieurs et d'un personnel technique. La société A affirme qu'elle contrôle et prend toutes les décisions stratégiques liées aux fonctions essentielles des sociétés B et C. Les dispositions contractuelles entre les sociétés le confirment (Étape 2).

Analyse fonctionnelle (Étape 3) : La société A conçoit les programmes globaux de recherche de l'EMN et en assure le suivi (veille), en prenant les décisions en ce qui concerne les domaines et les objectifs de recherche. La société A met en place un cadre de production de rapports et d'analyse qui doit servir aux sociétés B et C pour fournir des renseignements sur la progression des activités de recherche. Elle fournit également les fonds nécessaires aux activités de R&D et contrôle le budget annuel des activités de R&D des sociétés B et C. Le directeur général, le directeur financier et les autres cadres supérieurs des sociétés B et C sont des résidents des pays X et Y et sont techniquement et fonctionnellement compétents pour prendre des décisions et mener à bien les activités de R&D des sociétés B et C, sous la direction générale de la société A. Le personnel technique nécessaire aux activités de R&D et les actifs des sociétés B et C sont situés dans les pays X et Y.

La société A affirme qu'elle contrôle le risque lié aux activités de R&D de ses filiales. Après enquête, il s'avère que le personnel de la société A dans le pays Z qui gère les activités de R&D du groupe dispose de l'expérience et des qualifications lui permettant de prendre les décisions concernant les activités de R&D des sociétés B et C et d'en assurer le suivi (veille), et qu'il le fait effectivement, selon les rapports réguliers fournis par les sociétés B et C sur l'avancement de la recherche, que la société A évalue. En outre, la société A a démontré qu'elle a assumé les coûts des activités de R&D des sociétés B et C dans tous les cas où ces activités ont abouti à des échecs. Il a également été constaté que les sociétés B et C exercent effectivement des fonctions de R&D et prennent les décisions nécessaires à l'exercice des fonctions quotidiennes de R&D.

Analyse et conclusions (Étapes 4 à 6) : Dans cet exemple, alors que les activités de R&D sont réellement exercées dans les pays X et Y, la société A assume contractuellement le risque lié aux résultats ultimes de l'activité de R&D et a démontré qu'elle a la capacité de contrôler, et qu'elle contrôle effectivement, ces risques par ses décisions stratégiques et ses activités de suivi (veille), ainsi que par sa prise en charge des pertes entraînées par

l'échec des programmes de R&D. Pour autant que la société A ait la capacité financière d'assumer ces risques, on conclura que la société A assume les risques liés au succès ou à l'échec des activités de recherche entreprises par les sociétés B et C. Les sociétés B et C, qui exercent des activités d'exploitation de R&D, prennent les décisions nécessaires pour exercer ces fonctions de R&D sur une base quotidienne et assument également le risque opérationnel connexe, devraient avoir droit à un rendement approprié pour ces fonctions et ces risques.

La société A, qui assure la direction stratégique et la gestion des activités de R&D du groupe, qui finance les activités de R&D du groupe et qui exerce un contrôle sur le risque d'échec des activités de R&D, devrait avoir droit à un rendement approprié pour ses fonctions et ses risques. La société A devrait avoir droit aux bénéfices générés par les actifs incorporels (le cas échéant) associés à la R&D, moins les bénéfices raisonnables revenant aux sociétés B et C.

Exemple : Contrôle du risque par les filiales

La société A est située dans le pays Z, une juridiction à faible taux d'imposition ou à taux d'imposition nul, et est membre d'une EMN qui exerce des activités dans le monde entier par l'intermédiaire de diverses filiales. Les sociétés B et C, toutes les deux des filiales de la société A, exploitent des centres de R&D situés respectivement dans des pays à taux d'imposition normaux, X et Y. Les risques liés à la fonction de R&D sont réputés être économiquement significatifs (Étape 1). La société A, qui emploie un effectif de dix personnes, dont un PDG, un directeur financier et des cadres supérieurs, affirme qu'elle contrôle et prend toutes les décisions stratégiques liées aux fonctions essentielles des sociétés B et C. Les dispositions contractuelles entre ces sociétés le confirment (Étape 2).

Analyse fonctionnelle (Étape 3) : La société A fournit les fonds nécessaires aux activités de R&D et contrôle le budget annuel des activités des sociétés B et C à ce chapitre. En outre, elle fournit une assistance technique pour l'enregistrement des brevets dans les pays X, Y et Z. Le PDG, le directeur financier et les cadres supérieurs des sociétés B et C sont des résidents des pays X et Y et sont techniquement et fonctionnellement compétents pour prendre des décisions et mener à bien les activités de R&D des sociétés B et C. Le personnel technique nécessaire aux activités de R&D et les actifs des sociétés B et C liés à ces activités sont situés dans les pays X et Y.

La société A affirme qu'elle contrôle le risque lié aux activités de R&D de ses filiales. Lors d'une vérification, on constate que le PDG, le directeur financier et les cadres supérieurs de la société A dans le pays Z ne disposent pas des compétences techniques et de l'expérience nécessaires pour prendre des décisions stratégiques concernant la supervision des activités de R&D ou pour en assurer le suivi (veille). La société A n'a pas fourni le moindre élément de preuve indiquant qu'elle prend des décisions stratégiques en ce qui concerne les programmes de R&D des sociétés B et C. En revanche, on constate que les cadres supérieurs des sociétés B et C prennent les décisions stratégiques importantes en matière de conception et de direction du programme de R&D et du budget afférent, y compris la détermination des objectifs et des domaines prometteurs de recherche. Toutefois, la société A a démontré que les fonds ont effectivement été transférés à ses filiales à des fins d'activités de R&D.

Analyse et conclusions (Étapes 4 à 6) : Dans cet exemple, toutes les fonctions essentielles liées aux activités de R&D sont exercées dans les pays X et Y, tandis que l'enregistrement des brevets, une fonction qui n'est pas essentielle (de base), est effectué dans le pays Z. Même si les cadres supérieurs de la société A sont des résidents du pays Z, ils ne sont pas en mesure de prendre des décisions stratégiques ou de contrôler les activités de R&D et d'en assurer le suivi (veille), et ne le font pas, en fait. La détermination, la mise en œuvre et le contrôle du budget nécessaires à l'exercice des activités de R&D et les décisions sur une base quotidienne concernant l'exercice des activités de R&D sont assurés par les sociétés B et C. Au vu de ces faits, on ne peut pas affirmer que la société A contrôle les risques liés aux activités de R&D. La société A devrait avoir droit à un rendement approprié pour le financement qu'elle a accordé, et les sociétés B et C devraient avoir droit à une rémunération appropriée pour leurs fonctions, y compris les décisions stratégiques et le contrôle des risques liés aux activités de R&D.

Notons que dans cet exemple, la conclusion aurait été la même si la société A avait été une résidente d'une juridiction à forte imposition.

Capacité financière d'assumer le risque

3.4.4.36 Lorsqu'un risque s'est matérialisé, il y aura lieu de déterminer, sur la base des faits, quelle partie en a supporté les conséquences. Toutefois, étant donné que toute analyse des risques doit tenir compte de l'aspect temporalité (c'est-à-dire du fait que les risques passés pour lesquels les conséquences

sont connues ne sont plus du tout considérés comme des risques), il sera pertinent de déterminer si une partie a la capacité financière d'assumer un risque. Cette capacité peut être définie comme l'accès au financement nécessaire pour assumer le risque ou l'éviter, pour financer les coûts engendrés par les fonctions d'atténuation d'un risque et pour supporter les conséquences d'un risque qui se matérialise. L'accès au financement tient compte des actifs disponibles de la partie et des options réalistes qui lui sont offertes pour accéder, si nécessaire, à des liquidités supplémentaires, afin de financer les coûts escomptés si le risque venait à se matérialiser. La possibilité qu'une entité dispose de la capacité financière requise devrait être examinée en partant du principe qu'elle fonctionne en tant que partie non liée, mais dans des circonstances qui demeurent les siennes. Cela signifie que si une entité est en droit d'exploiter, par exemple, des actifs générateurs de revenus, elle est susceptible de pouvoir accéder à des liquidités à même ses flux de revenus.

3.4.4.37 Il importe de souligner que la capacité financière à assumer un risque ne correspond pas nécessairement à la capacité financière à subir toutes les conséquences de la matérialisation du risque (par exemple, la perte totale) : le porteur de risque peut avoir la capacité de se protéger des conséquences de la matérialisation du risque (par exemple, au moyen d'une couverture ou d'une assurance contre l'impact du risque). Toutefois, comme la capacité financière à assumer un risque n'est pas en soi suffisante pour assumer un risque, la partie fortement capitalisée n'assume pas nécessairement le risque du fait de son niveau élevé de capitalisation.

3.4.4.38 Il est pertinent de mentionner ici que les entités associées membres d'une EMN exercent parfois conjointement le contrôle des risques de l'ensemble du groupe. La répartition précise des risques entre des entreprises associées peut s'avérer extrêmement difficile à établir. L'analyse des prix de transfert devrait donc être réalisée en tenant compte de tous les faits et circonstances propres à chaque cas pour établir quelle entité assume certains risques.

Étapes 4 à 6 : Analyse des informations recueillies pour formuler des conclusions sur la prise en charge des risques

3.4.4.39 Les informations recueillies lors des étapes précédentes sont traitées dans les étapes 4 à 6 du cadre d'analyse des risques pour clarifier la prise en charge des risques aux fins de l'analyse des prix de transfert.

3.4.4.40 Dans les cas où la prise en charge contractuelle des risques est pleinement étayée par le comportement des parties, notamment, qu'elle coïncide dans les faits avec l'exercice de contrôle ainsi que à la capacité financière à assumer le risque, l'analyse sera simple. En d'autres termes, lorsque la partie

se voyant attribuer un risque conformément à un contrat cohérent (c'est-à-dire, qui est respecté dans la pratique) (Étape 4(i)) contrôle également ce risque et dispose de la capacité financière pertinente (Étape 4(ii)), elle se verra attribuer la prise en charge de ce risque aux fins de la compréhension, de la définition et de la fixation du prix de la transaction dans le cadre de l'analyse des prix de transfert (Étape 6). Dans le cadre de l'analyse des prix de transfert, le fait qu'une autre partie exerce également des fonctions de contrôle ou dispose d'une capacité financière ne modifiera pas la détermination de la prise en charge du risque. Parfois, les risques peuvent être contractuellement partagés entre plusieurs parties.

3.4.4.41 Dans d'autres cas, lorsque la prise en charge contractuelle du risque ne coïncide pas avec l'exercice du contrôle ou la capacité financière à assumer le risque, l'analyse nécessitera une étape supplémentaire (Étape 5). En d'autres termes, lorsqu'une partie se voit attribuer contractuellement un risque (ou est amenée à supporter effectivement les coûts du risque lorsqu'il se matérialise) (Étape 4(i)), mais ne le contrôle pas ou ne dispose pas de la capacité financière pertinente (Étape 4(ii)), elle ne peut pas être considérée comme assumant réellement le risque. Il faudra plutôt attribuer le risque à la partie qui exerce le contrôle sur le risque et qui dispose de la capacité financière requise (Étape 5). S'il appert que plusieurs entreprises associées exercent le contrôle du risque tout en ayant la capacité financière de l'assumer, le risque devra alors être attribué à la société associée ou au groupe d'entreprises associées exerçant majoritairement le contrôle. Cette attribution des risques devra être employée pour définir la transaction et déterminer le prix de pleine concurrence à des fins de prix de transfert (Étape 6). Les autres parties exerçant des activités de contrôle devront être rémunérées de manière appropriée, en tenant compte de l'importance des activités de contrôle qu'elles exercent.

3.4.4.42 Dans des circonstances exceptionnelles, il peut arriver qu'aucune entreprise associée n'exerce le contrôle du risque tout en ayant la capacité financière de l'assumer. Un tel scénario se produirait rarement entre entreprises indépendantes, et une analyse approfondie devrait donc tenter d'en identifier les raisons. Une évaluation de la rationalité d'une telle transaction sur le plan commercial peut être nécessaire (voir les paragraphes 3.3.2.3 à 3.3.2.6 ci-dessus).

3.4.4.43 La prise en charge de risque, conformément à l'analyse ci-dessus, devrait être rémunérée au moyen d'un rendement anticipé approprié. Normalement, cela signifie que la ou les parties qui assument les risques profiteront des conséquences potentiellement positives résultant du jeu du risque, par exemple, des bénéfices résultant d'un capital de risque fructueux; mais elles subiront également les conséquences potentiellement négatives si le risque se matérialise, entraînant des coûts plus élevés ou des bénéfices

moins importants que prévu. Dans toute analyse des prix de transfert adéquate, les entreprises associées devraient toujours être rémunérées de manière appropriée pour leurs contributions – l’analyse fonctionnelle tient compte des fonctions et des actifs, et non pas seulement des risques. Par exemple, la partie qui exerce des fonctions d’atténuation des risques pour le compte de l’entité qui les assume devrait recevoir une rémunération de pleine concurrence appropriée pour ces fonctions. Il en va de même pour la partie qui exerce des fonctions de contrôle: ses fonctions devraient être prises en compte, même si elle n’assume pas de risque lié à ces fonctions de contrôle. La forme de cette rémunération dépendra des accords entre les entreprises et de la nature de la contribution: il peut être approprié pour une telle partie de prendre part aux conséquences potentiellement négatives ou positives résultant des risques sous-jacents encourus. La contribution pourrait également être rémunérée indépendamment de ce risque sous-jacent.

3.4.4.44 Reprenant l’exemple du paragraphe 3.4.4.6, il est supposé pour les besoins de l’exemple que les risques suivants sont assumés par les parties respectives.

Tableau 3.T.5

Prise en charge de risque – Décisions liées à l’exposition et au contrôle

Catégorie de risque	Décisions de P Co. liées à l’exposition et au contrôle	Décisions de Q Co. liées à l’exposition et au contrôle
Risque lié au produit	On suppose que P Co. assume ce risque découlant de la défaillance d’un produit, de l’intégration technologique par Q Co., et les risques de réputations conséquents. En outre, P Co. est principalement active dans le développement de produits et de technologies, et prends toutes les décisions de contrôle pertinentes s’y rapportant, et donc ce risque est aussi assumé par P Co.	On suppose que Q Co. assume le risque lié au produit à la suite de rejets lorsque les produits ne sont pas conformes aux spécifications contenues dans les commandes placées par les services d’utilité publique. Puisque Q Co. prends les décisions de contrôle pertinentes relatives à l’évaluation de la conformité avec les spécifications de la clientèle ou avec les normes nationales/ internationales concernant les produits, ces risques sont assumés par Q Co. Q. Co. atténue ce risque en prenant des mesures pour rencontrer d’excellentes normes de qualité et de sécurité et en disposant de ses propres facilités de R&D.

Tableau 3.T.5 (suite)

Risque technologique	P Co. est propriétaire de la technologie. En raison de la concurrence sur le marché et d'un scénario technologique en constante évolution, la société doit continuellement mettre à niveau sa technologie existante et concevoir de nouvelles technologies. P Co. prend ces décisions de contrôle et se concentre en permanence sur la fourniture de produits intégrant une technologie contemporaine. On peut donc conclure que P Co. assume le risque technologique.	On suppose que les activités de fabrication de Q Co. sont non complexes. En outre, la technologie et le savoir-faire intégrés dans les produits ont été fournis par P Co. Par conséquent, Q Co. n'assume aucun risque technologique majeur.
Risque lié à la recherche et au développement	On suppose que puisque P Co. dessert des marchés divers, ses professionnels de l'ingénierie et de la R&D s'efforcent constamment de fournir des solutions innovantes qui offrent des avantages concurrentiels aux clients du monde entier. Ces activités comprennent les décisions de contrôle en ce qui a trait aux risques liés à la R&D. P Co. assume donc le risque de R&D dans ce cas.	On suppose que puisque Q Co. n'exerce aucune fonction importante de R&D (sauf pour soutenir l'activité et fournir une assistance technique aux clients de Q Co.), elle n'assume aucun risque important à ce chapitre.
Risque de crédit	Puisque P Co. n'intervient pas dans les décisions relatives à l'octroi de crédit aux clients, elle n'assume pas de risque de crédit important.	Étant donné que Q Co. est responsable des décisions relatives à l'octroi de crédit aux clients, tous les principaux risques de crédit associés aux ventes sont assumés par Q Co.
Risque lié aux stocks	Comme P Co. est principalement engagée dans la mise au point de produits et de technologies et n'intervient pas dans la gestion des stocks, ce risque n'est pas assumé par P Co.	Q Co. est responsable de la gestion de l'approvisionnement en matières premières/ composants et du maintien des niveaux de stock requis pour chaque produit, y compris de produits finis. Ce risque est atténué dans la mesure où les composants sont achetés auprès de P Co.

Tableau 3.T.5 (suite)

Risque de change	P Co. exporte des technologies et des composants à la société Q Co.; elle est donc également soumise à l'appréciation/dépréciation de la monnaie locale par rapport à la monnaie étrangère. La prise en charge de ce risque dépendra de la partie qui prend les décisions de contrôle pertinentes concernant la monnaie, y compris l'utilisation de tout instrument de couverture pour atténuer ce risque.	On suppose que puisque Q Co. importe des technologies et des composants de P Co. et que ses ventes sont limitées aux marchés intérieurs, les importations sont soumises à l'appréciation/dépréciation de la monnaie locale par rapport à la monnaie étrangère. La prise en charge de ce risque dépendra de la partie qui prend les décisions de contrôle pertinentes concernant la monnaie, y compris l'utilisation de tout instrument de couverture pour atténuer ce risque.
-------------------------	--	---

3.4.4.45 Sur la base de ce qui précède, les risques assumés par P Co. et Q Co., combinés à une évaluation qualitative de l'intensité de ces risques, peuvent être résumés dans un tableau comme celui qui suit. Il est important de mettre en lumière le fait qu'un type de risque peut être plus important ou avoir un impact économique plus grand sur les prix qu'un autre type de risque. Ainsi, le risque technologique de P Co. peut influencer beaucoup plus sur la fixation du prix que le risque lié aux stocks ou le risque de crédit assumé par Q Co., même si ces trois types de risque se voient attribuer trois coches dans le tableau. Par conséquent, ce type de résumé ne peut pas être utilisé comme un outil mécanique d'attribution des bénéfices.

Table 3.T.6

Résumé des risques supportés par chaque partie

Catégorie	Degré d'intensité	
	A Co	B Co
Risque de marché	-	-
Risque de responsabilité lié aux produits	-	xxx
Risque technologique	xxx	x
Risque lié à la recherche et au développement	xxx	xx
Risque de crédit	-	xxx
Risque lié aux stocks	-	xxx
Risque de change	xx	xx

3.4.5 Circonstances économiques de la transaction

Généralités

3.4.5.1 L'analyse économique se décline sous la forme d'une analyse de l'industrie (analyse industrielle) et des circonstances qui peuvent être pertinentes pour déterminer la comparabilité du marché. Les informations pertinentes sur l'analyse de l'industrie peuvent être classées comme suit :

- Tendances et évolutions économiques mondiales de l'industrie à laquelle l'entreprise appartient;
- Tendances économiques de l'industrie dans le pays de chaque contribuable;
- Place de l'entreprise au sein du marché et conditions économiques environnantes.

3.4.5.2 Il convient de faire preuve de prudence lors de l'examen des tendances économiques mondiales, car les tendances du marché dans le pays du contribuable et dans le pays de son entreprise associée et/ou des comparables potentiels (en présence de comparables étrangers) pourraient être sensiblement différentes. Par exemple, lors de la crise financière mondiale de 2008, certaines banques et sociétés automobiles ont déclaré des pertes énormes à l'échelle mondiale, mais des bénéfices importants au sein des économies émergentes. Lorsque les circonstances économiques diffèrent d'un marché à l'autre à un point tel qu'il n'est pas possible de les rapprocher en procédant à des ajustements de comparabilité fiables, les sociétés de ces différents marchés peuvent ne pas être utilisées à titre de comparables fiables.

3.4.5.3 Une classification plus fine élaborée sur la base des grandes catégories présentées ci-dessus peut indiquer que les facteurs particuliers suivants soient évalués dans le cadre d'une analyse de l'industrie, s'ils sont économiquement significatifs pour la transaction contrôlée examinée :

- Emplacement géographique du marché;
- Dimension du marché;
- Stade de commercialisation (par exemple, de détail ou de gros);
- Degré de concurrence sur le marché et positions concurrentielles relatives des acheteurs et des vendeurs;
- Disponibilité des produits ou des services de substitution;
- Réglementation gouvernementale applicable au marché;
- Niveaux de l'offre et de la demande;
- Pouvoir d'achat des consommateurs;

- Coûts de production particuliers à l'emplacement, y compris le coût de terrains, de la main-d'œuvre, du capital, des transports, etc.;
- Conditions de l'ensemble de l'industrie, principaux générateurs de valeur, date et heure des transactions;
- Existence d'un cycle (économique, commercial ou du produit);
- Autres facteurs pertinents.

3.4.5.4 La valeur marchande associée au transfert d'un bien identique ou similaire peut varier d'un marché à l'autre en raison des différences de coûts et/ou des différences de pouvoir d'achat et des habitudes qui prévalent sur les marchés respectifs et qui peuvent influencer sur les prix. Les marchés peuvent différer les uns des autres pour de nombreuses raisons; il n'est pas possible d'énumérer de manière exhaustive toutes les conditions du marché qui peuvent influencer sur l'analyse des prix de transfert, mais certaines conditions clés pertinentes à cette analyse sont examinées ci-dessous.

3.4.5.5 En général, les transactions comparables sur le marché libre sont d'abord recherchées sur le marché géographique du contribuable contrôlé, car les différences de conditions économiques peuvent être d'une grande pertinence d'un marché à l'autre. Si aucun comparable fiable n'est accessible dans ce marché, un comparable sur le marché libre provenant d'un marché géographique différent pourrait être envisagé s'il peut être déterminé que : (i) il n'y a pas de différences entre les deux marchés qui altèreraient de manière significative le prix de la transaction ou le bénéfice en résultant, ou (ii) des ajustements raisonnablement fiables peuvent être apportés pour tenir compte de ces différences significatives entre les deux marchés.

Économies de localisation

3.4.5.6 Un exemple de problème possible lié à l'emplacement géographique qui risque d'influer sur l'analyse des prix de transfert a trait aux « économies de localisation » (*location savings*). Les économies de localisation sont les économies nettes de coûts réalisées par une EMN par suite de la relocalisation de ses activités d'une juridiction à coûts élevés vers une juridiction à faibles coûts. En règle générale, la possibilité de réaliser des économies de localisation peut varier d'une juridiction à l'autre, en fonction par exemple des éléments suivants :

- Coût de la main-d'œuvre;
- Coût des matières premières;
- Frais de transport;
- Loyer;

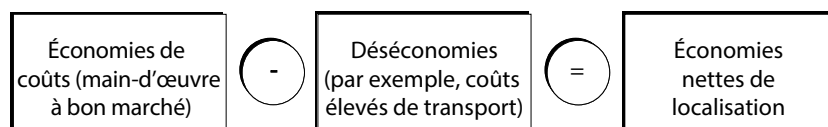
- Coût de formation du personnel;
- Subventions;
- Mesures incitatives, y compris les exonérations fiscales;
- Coût des infrastructures.

3.4.5.7 Il est tout à fait possible qu'une partie des économies de coûts soit parfois neutralisée par des « *déséconomies* » dues aux sources d'alimentation électrique de piètre qualité et fiabilité, aux coûts plus élevés du transport et du contrôle de la qualité et ainsi de suite. Par conséquent, seules les économies nettes de localisation (c'est-à-dire les économies moins les déséconomies) réalisées en raison de la relocalisation des activités d'une EMN de la juridiction à coûts élevés vers la juridiction à faibles coûts peuvent se traduire en bénéfices supplémentaires.

3.4.5.8 Le calcul des économies de localisation nécessite généralement de mesurer les économies nettes de coûts réalisées par suite de la relocalisation dans un pays à faibles coûts par rapport au pays à coûts élevés pertinent. En théorie, dans le calcul des économies de coûts figurent un choix de base pré-transfert de fabrication ou de services dans le pays à coûts élevés comparable à la base de coûts dans le pays à faibles coûts, ainsi qu'un choix de facteurs pertinents tels que le coût total de la main-d'œuvre par unité de production (ajusté en fonction des écarts dans la productivité du travail), le coût des matières premières, le coût des terrains et loyers, les avantages fiscaux et ainsi de suite. Dans certains cas, les économies de coûts peuvent être partiellement neutralisées par des dépenses d'infrastructures plus élevées, en raison notamment d'une alimentation en électricité défectueuse ou d'autres éléments.

Figure 3.D.2

Détermination des économies nettes de localisation



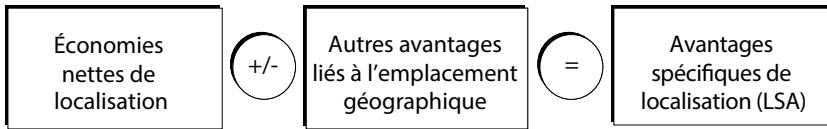
3.4.5.9 Les avantages spécifiques de localisation et les économies de localisation désignent un type d'avantage lié à l'emplacement géographique. La relocalisation d'une entreprise peut, en plus de générer des économies de localisation, offrir d'autres avantages spécifiques de localisation. Ces avantages spécifiques de localisation peuvent se présenter, en fonction des circonstances propres au cas d'espèce, sous les formes suivantes :

- Une main-d'œuvre qualifiée et des connaissances hautement spécialisées;
- La proximité d'un marché local/régional en croissance;
- Une importante base de clients disposant d'un pouvoir d'achat supérieur;
- Une infrastructure de pointe (par exemple, réseaux d'information/communication, système de distribution);
- Une prime du marché.

3.4.5.10 Ensemble, les économies de localisation et chacun des autres types d'avantages liés à l'emplacement géographique sont appelés « avantages spécifiques de localisation » (*Location specific advantages – LSA*). Les LSA peuvent jouer un rôle considérable tant pour améliorer la rentabilité de l'EMN que pour déterminer le pouvoir de négociation de chacune des entreprises associées. Il convient de noter que le terme « LSA » comprend des sources de valeur qui sont discutées ailleurs dans le Manuel et qui ne devraient pas être comptées deux fois dans l'évaluation des résultats de pleine concurrence. Les LSA peuvent être mesurés comme suit :

Figure 3.D.3

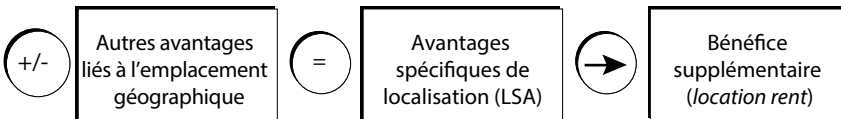
Détermination des avantages spécifiques de localisation (*LSA*)



3.4.5.11 L'exploitation des LSA peut ou non se concrétiser par un « bénéfice supplémentaire » (*location rent*). Ainsi, le terme « *location savings* » désigne les économies de coûts, tandis que le terme « *location rent* » désigne le bénéfice supplémentaire que peuvent procurer les LSA. La valeur de ce bénéfice supplémentaire est au plus égale ou sinon, inférieure, à la valeur des LSA.

Figure 3.D.4

Détermination du bénéfice supplémentaire (*location rent*)



3.4.5.12 La mesure dans laquelle les LSA donneront lieu à un bénéfice supplémentaire dépendra des facteurs de compétitivité en lien avec le produit fini et de l'accessibilité globale aux LSA. Il est possible que, dans un cas particulier, même en présence de LSA, aucun bénéfice supplémentaire ne soit possible. Par exemple, dans les situations où le marché du produit fini est extrêmement concurrentiel et où les concurrents potentiels bénéficient également d'avantages spécifiques de localisation, il arrive qu'une grande partie ou que la totalité de ces avantages soit répercutée sur les clients par le biais d'une baisse du prix du produit, éliminant ainsi en tout ou en partie tout bénéfice supplémentaire. Toutefois, les circonstances où ce bénéfice supplémentaire est répercuté sur les clients sont variées, et peuvent être permanentes ou temporaires. Lorsqu'elles sont temporaires, à la fin de la période de concurrence, l'EMN peut éventuellement obtenir une part du marché local plus importante et être capable de vendre ses produits à un prix plus élevé. Par ailleurs, lorsqu'une EMN dispose d'un accès exclusif aux LSA, alors le bénéfice supplémentaire qu'elle peut en tirer est considérable, car les LSA reflètent l'avantage concurrentiel. Ce bénéfice supplémentaire peut disparaître avec le temps en raison de la pression concurrentielle, selon les faits et les circonstances propres à chaque cas.

3.4.5.13 L'attribution du bénéfice supplémentaire de pleine concurrence est tributaire – tout comme l'existence même du bénéfice supplémentaire – des facteurs de compétitivité en lien avec l'accessibilité aux LSA et des solutions de remplacement réalistes à la disposition des entreprises associées compte tenu de leur pouvoir de négociation respectif. Dans la mesure où les concurrents pourraient ne pas avoir accès aux LSA, on pourrait se demander à juste titre qu'elle en serait la raison. Or, il y a plusieurs possibilités à considérer. Par exemple, l'EMN pourrait posséder des actifs incorporels manufacturiers qui lui permettent d'assumer des coûts de fabrication inférieurs à ceux de ses concurrents. Dans des conditions de pleine concurrence, le propriétaire de ces actifs incorporels aurait généralement droit au bénéfice supplémentaire associé à ces économies de coûts, car il serait raisonnablement possible pour lui de produire ailleurs à des coûts aussi bas. Autre exemple: il se pourrait que le producteur à faibles coûts soit le premier à exercer des activités dans la juridiction à faibles coûts et qu'aucun producteur à faibles coûts comparables ne soit présent dans sa juridiction ou dans d'autres juridictions, ce qui signifie que, pour un temps au moins, il est bien placé pour extraire une partie du bénéfice supplémentaire.

Autres facteurs pertinents

3.4.5.14 La question suivante a trait au partage qui est approprié et conforme au principe de pleine concurrence. Comme abordé plus haut, le pouvoir de négociation entre entreprises associées qui traduit le caractère de pleine concurrence

de négociations menées entre deux parties indépendantes négociant en vue d'obtenir leur part respective des économies/bénéfice supplémentaire de localisation peut servir d'indicateur clé à cet égard. Ce pouvoir de négociation peut être employé pour déterminer les affectations excédentaires de pleine concurrence (économies/bénéfice supplémentaire) lorsqu'aucune transaction comparable sur le marché libre ni aucun repère (benchmark) n'est disponible.

3.4.5.15 Les règles et les réglementations gouvernementales devraient être traitées comme des conditions du marché dans un pays donné si elles s'appliquent aux transactions contrôlées de la même manière qu'aux transactions sur le marché libre. Par règles et réglementations, on entend les interventions gouvernementales sous forme de contrôle des prix, de taux d'intérêts ou de change, de subventions destinées à certains secteurs, de droits antidumping et autres qui devraient être prises en compte pour en arriver au prix de transfert approprié sur ce marché. Il restera alors à déterminer si, à la lumière de ces conditions, les transactions entre entreprises associées sont compatibles avec les transactions comparables sur le marché libre entre entreprises indépendantes.

3.4.5.16 À titre d'exemple d'intervention gouvernementale sur un marché, il y a certaines formulations pharmaceutiques soumises à une réglementation des prix dans un pays donné. Autre exemple : celui des unités exportatrices susceptibles d'être assujetties à des dispositions avantageuses en vertu des lois fiscales d'un pays; dans l'idéal, les sociétés qui bénéficient de privilèges similaires devraient servir de comparables, et si c'est impossible, des ajustements de comparabilité peuvent devoir être apportés dans le cadre de l'analyse de comparabilité. La réglementation sur les opérations de change qui limite les montants des paiements au titre des services ou des actifs incorporels constitue un exemple de plus. Ces limites réglementaires peuvent ne pas permettre l'établissement de prix conformes au principe de pleine concurrence pour ces services ou ces actifs incorporels. Par exemple, à supposer que toutes les transactions sont libellées dans la même monnaie, certains pays limitent les paiements d'intérêts sur les emprunts commerciaux externes et les exigences réglementaires en matière de contrôle des changes autorisent l'emprunteur à payer des intérêts au taux interbancaire pratiqué à Londres (*London Interbank Offered Rate* ou LIBOR) plus peut-être 200 points de base. Le pays du prêteur peut, cependant, ne pas accepter d'utiliser ce taux comme base de référence pour la transaction lorsque l'entreprise prêteuse peut emprunter elle-même sur son marché intérieur à un taux plus élevé.

3.4.5.17 Le stade de commercialisation de la société est un autre facteur clé. Par exemple, les prix de gros et de détail diffèrent généralement, de sorte qu'ils ne devraient pas être comparés l'un à l'autre. D'autres conditions du marché susceptibles d'influer sur les prix de transfert peuvent inclure : les

coûts de production (y compris le coût des terrains, de la main-d'œuvre et du capital); la disponibilité des biens et des services de substitution; le niveau de l'offre et de la demande; les coûts du transport; la dimension du marché et l'intensité de la concurrence.

3.4.6 Stratégies commerciales

3.4.6.1 D'une manière générale, les stratégies commerciales sont des facteurs importants dans toute analyse de comparabilité. Toutefois, l'examen de la stratégie commerciale légitime d'une EMN dépendra des faits et des circonstances propres à chaque cas. La stratégie commerciale d'une EMN sera tributaire des caractéristiques structurelles de son industrie. Néanmoins, différentes EMN aux stratégies commerciales diverses peuvent coexister au sein d'une même industrie. Les stratégies commerciales peuvent différer d'une EMN à l'autre en raison du niveau particulier d'intégration mondiale, de l'historique d'entreprise, des efficacités internes et des avantages concurrentiels de chacune. Les stratégies commerciales traduisent les multiples profils d'une entreprise, notamment en ce qui a trait à l'innovation et à la mise au point de nouveaux produits, au degré de diversification, à l'aversion au risque, à la prise en compte des changements politiques, à l'impact de la législation du travail en vigueur et des nouvelles dispositions envisagées dans ce domaine, à la durée des accords, ainsi qu'à tous les autres facteurs qui ont une incidence sur le fonctionnement quotidien des entreprises. Ces stratégies peuvent devoir être prises en compte pour déterminer la comparabilité respective des transactions contrôlées et celles sur le marché libre.

3.4.6.2 Sur le plan tactique, les stratégies envisagées par les EMN pour renforcer leur position commerciale peuvent être réparties en trois grandes catégories, en fonction de la longévité de l'entreprise sur un marché :

- Stratégie de pénétration du marché;
- Stratégie d'accroissement de la part du marché;
- stratégie de maintien sur le marché.

3.4.6.3 Les stratégies commerciales mentionnées ci-dessus dépendent de divers facteurs tels que le pouvoir du marché et le cycle de vie de l'EMN sur un marché donné. Il y a pénétration du marché lorsqu'une multinationale est encore une nouvelle venue sur un marché particulier et qu'elle cherche à y pénétrer pour implanter ses produits et services. Une EMN peut envisager activement une stratégie d'accroissement afin d'augmenter sa part de marchés hautement concurrentiels. Il y a maintien sur le marché lorsqu'une EMN cherche à conserver sa part du marché sur lequel elle est déjà entrée.

3.4.6.4 Une stratégie de pénétration du marché peut s'appuyer sur une combinaison de stratégies visant à attirer les utilisateurs existants d'une marque concurrente vers de nouveaux produits et les non-utilisateurs vers la catégorie qui comprend le nouveau produit.

3.4.6.5 Lorsqu'une EMN envisage une stratégie de maintien ou d'accroissement sur le marché, elle peut se concentrer sur une combinaison de stratégies visant à :

- Attirer les utilisateurs de marques concurrentes;
- Inciter les utilisateurs existants à accroître leur consommation;
- Attirer les non-utilisateurs vers une catégorie de produits.

3.4.6.6 Ces trois stratégies commerciales utilisent deux tactiques fondamentales :

- Baisse de prix des produits sur une base temporaire au moyen de rabais pour rendre le produit extrêmement concurrentiel sur le marché;
- Augmentation des dépenses de commercialisation et de vente par le biais d'une publicité accrue, d'activités de promotion des ventes au moyen de rabais, d'échantillons gratuits, de garanties prolongées et d'activités de commercialisation accrues: augmentation du nombre de vendeurs, de commissionnaires ou de distributeurs et augmentation du montant des paiements incitatifs versés aux commissionnaires ou aux distributeurs.

Il peut être souhaitable de circonscrire les coûts particuliers aux tactiques susmentionnées aussi précisément que possible afin de pouvoir calculer la répartition des coûts de pleine concurrence.

3.4.6.7 Les stratégies de pénétration, d'accroissement et de maintien sont des stratégies commerciales légitimes qui peuvent engendrer des coûts substantiels et même parfois des pertes importantes. Par conséquent, il est implicitement reconnu que ces stratégies commerciales ne peuvent pas être maintenues indéfiniment par un contribuable et qu'un calendrier quelconque doit être défini pour la réalisation de bénéfices. Une analyse des prix de transfert devrait prendre en compte la répartition des coûts de ces stratégies entre l'EMN et ses filiales dans des conditions de pleine concurrence. La répartition appropriée des coûts de ces stratégies dépendra des faits et des circonstances propres à chaque cas. Il est important d'examiner les facteurs suivants afin de déterminer la répartition adéquate des coûts entre les parties aux transactions transfrontalières :

- Quelle entité a introduit la stratégie ?
- Quelle entité est la bénéficiaire prévue de la stratégie ?
- Des efforts démesurés sont-ils déployés en matière de publicité, de commercialisation et de promotion des ventes (indice de l'adoption de stratégies axées sur la pénétration ou l'accroissement du marché) ?
- Quelle est la nature de la relation entre les parties liées, c'est-à-dire de leurs responsabilités et de leur profil de risque ?
- La stratégie fait-elle appel à des actifs incorporels ?
- Quelle partie est le propriétaire légal et économique de ces actifs incorporels ?

3.4.6.8 Ainsi, une société à risque limitée agissant uniquement en tant qu'agent de vente avec peu ou pas de responsabilités en matière de développement du marché sera moins encline à contribuer aux coûts d'une stratégie de pénétration initiée par sa société mère qu'un distributeur de plein exercice pouvant tirer parti d'une stratégie réussie de pénétration ou d'accroissement du marché.

Lorsqu'une EMN entre sur un nouveau marché ou accroît la part de marché de son produit dans un marché existant par l'intermédiaire de sa filiale, une question rapidement posée concerne la création d'actifs incorporels de commercialisation et l'augmentation de la valeur des actifs incorporels liés au produit : marques, noms commerciaux, etc. Il est important d'examiner et de surveiller la création d'actifs incorporels sur un marché, ainsi que la propriété légale de ces actifs et le droit de participation aux revenus générés par ces actifs (notion que certains pays appellent « propriété économique »). Les aspects de ces questions de prix de transfert sont examinés plus en détail dans le chapitre 6 sur les actifs incorporels.

3.5 Autres étapes de l'analyse de comparabilité

3.5.1 Choix de la partie testée

3.5.1.1 Pour appliquer la méthode du coût majoré (*Cost Plus Method* ou *CPM*), la méthode du prix de revente (*Resale Price Method* ou *RPM*) ou la méthode transactionnelle de la marge nette (*Transactional Net Margin Method* ou *TNMM*) (voir au chapitre 4), il est nécessaire de choisir la partie à la transaction pour laquelle un indicateur financier (marge sur coûts, marge brute ou indicateur de rentabilité) est testé. Le choix de la partie testée devrait concorder avec l'analyse fonctionnelle de la transaction contrôlée. Les caractéristiques de la ou des transactions contrôlées influenceront sur le choix de la partie testée (le cas échéant).

3.5.1.2 La partie qui est testée devrait être la partie à la transaction contrôlée la moins complexe et celle pour laquelle on dispose des données les plus fiables possible pour la comparaison avec les résultats des transactions indépendantes similaires dont on peut disposer. Soit la partie locale soit la partie étrangère peut être la partie testée. Lorsqu'un contribuable souhaite choisir l'entreprise associée étrangère comme partie testée, il doit veiller à ce que les informations pertinentes requises sur celle-ci et suffisamment de données sur les comparables soient disponibles pour permettre à l'administration fiscale de vérifier si le choix de la partie testée est approprié et si la méthode de prix de transfert est appliquée avec précision.

3.5.2 Identification des transactions ou des sociétés potentiellement comparables

3.5.2.1 Les transactions comparables sur le marché libre (« comparables ») sont de deux types :

- Comparables internes, à savoir les transactions entre une des parties à la transaction contrôlée (le contribuable ou l'entreprise associée étrangère) et une partie indépendante;
- Comparables entre tiers ou comparables externes, à savoir les transactions comparables sur le marché libre entre deux parties indépendantes, dont aucune des deux n'est partie à la transaction contrôlée.

Comparables internes

3.5.2.2 Même si les comparables internes peuvent présenter un degré de comparabilité élevé, il est nécessaire de les évaluer aussi rigoureusement que les comparables externes sous l'optique des facteurs de comparabilité, puis de procéder à des ajustements de comparabilité s'il y a lieu. L'utilisation de comparables internes peut présenter des avantages, mais appelle une certaine prudence, comme on le mentionne ci-dessous; par conséquent, il faudra être attentif aux faits et aux circonstances propres à chaque cas.

3.5.2.3 Les avantages des comparables internes sont les suivants :

- Les comparables internes peuvent avoir un lien plus direct et plus étroit que les comparables externes avec la transaction qui fait l'objet de l'examen, car l'une des parties est aussi partie à la transaction contrôlée. Ce type de lien peut faciliter les comparaisons fonctionnelles et permettre de conclure plus facilement que les normes comptables appliquées sont identiques.
- L'accès aux informations financières et autres propres à la transaction est plus certain.

- L'analyse de comparabilité qui repose sur des comparables internes peut être moins coûteuse pour le contribuable, car aucune recherche dans une base de données publique n'est nécessaire.

3.5.2.4 Un inconvénient potentiel des comparables internes tient au fait qu'ils n'offrent pas forcément les éléments les plus probants si la transaction testée diffère de la transaction comparable proposée à certains égards. Par exemple, il peut exister des différences entre les transactions sur le plan des volumes, des dispositions contractuelles, des marchés géographiques et de la stratégie commerciales qui sont significatives et ne peuvent pas être éliminées par des ajustements de comparabilité fiables.

3.5.2.5 Les comparables internes, lorsqu'ils existent et sont fiables, permettent au contribuable d'envisager l'utilisation de la méthode du prix comparable sur le marché libre (*Comparable Uncontrolled Price Method* ou *CUP*), qui est la méthode la plus directe et la plus fiable si elle peut être appliquée. Les comparables internes peuvent également être utilisés de pair avec les autres méthodes de prix de transfert reconnues.

3.5.2.6 Toutefois, il y a des situations où on ne peut identifier aucun comparable interne fiable. En pareil cas, il sera nécessaire d'examiner les sources externes de transactions potentiellement comparables entre tiers.

Comparables relatifs à des tiers / comparables externes

3.5.2.7 Les comparables externes ou relatifs à des tiers sont de deux types: le premier type renvoie aux transactions réalisées entre deux parties indépendantes, dont ni l'une ni l'autre n'est partie à la transaction contrôlée. Il est alors possible d'appliquer la méthode CUP sur la base du prix du produit comparable vendu dans des circonstances comparables entre parties indépendantes.

3.5.2.8 Le deuxième type renvoie aux résultats dégagés par des sociétés comparables sur le marché libre (sociétés réalisant des transactions comparables) aux fins de l'application de méthodes de prix de transfert fondées sur les bénéfices. En général, les résultats de ces comparables sont identifiés dans les bases de données commerciales au moyen de recherches fondées sur des critères de « sélection ». La détermination des critères de sélection appropriés est une étape cruciale et devrait reposer sur les caractéristiques économiques les plus pertinentes de la transaction contrôlée délimitée avec précision (voir le paragraphe 3.5.2.28 et les suivants). Toutefois, il faut opérer un arbitrage entre l'objectif visant à trouver les meilleurs comparables possible et la nécessité d'être pragmatique et d'obtenir des solutions.

Sources d'informations pour les comparables externes

3.5.2.9 Diverses sources de données et d'informations peuvent aider un contribuable ou une administration fiscale à identifier des comparables externes potentiels. Les sources possibles vont des bases de données commerciales ou électroniques aux déclarations réglementaires et autres aux gouvernements, en passant par divers rapports analytiques publiés par les associations professionnelles et sectorielles. Le but de la recherche est d'identifier les comparables les plus fiables pour la transaction contrôlée faisant l'objet de l'examen, en fonction d'une série de critères spécifiques.

3.5.2.10 Les sources de données fournissent une vaste gamme d'informations: de simples pistes ou des contacts dans certaines ou un point de départ pour en apprendre davantage sur un secteur particulier afin de pouvoir sélectionner des comparables appropriés; ou encore, des profils d'entreprise et des informations financières détaillées sur des comparables potentiels. Chaque source peut être importante pour établir et documenter les fondements quantitatifs d'une politique de prix de transfert de pleine concurrence.

3.5.2.11 Les bases de données commerciales, y compris sous forme électronique, sont des sources générales d'information clés. Elles sont créées par diverses organisations qui compilent les comptes des sociétés déposés auprès des entités administratives compétentes sous un format électronique qui se prête aux fonctions de recherche et d'analyse statistique. Certaines de ces bases de données compilent les données financières relatives à un seul pays et d'autres, des données régionales, voire mondiales. Ces produits fournissent généralement des informations financières et textuelles détaillées, y compris de brèves descriptions sur les entreprises. Le niveau de détail disponible dans les bases de données dépend largement du pays visé.

3.5.2.12 Les bases de données commerciales présentent comme avantage de permettre de trier rapidement et de récupérer de manière sélective uniquement les comparables potentiels qui répondent à certains critères qualitatifs et quantitatifs. Les critères couramment utilisés pour l'examen initial comprennent les codes de classification industrielle, l'échelle ou le volume des ventes de l'industrie, les liens de propriété et les entreprises liées ou associées, les données financières ou certains ratios financiers.

3.5.2.13 Il est important de souligner que les bases commerciales dépendent de données publiquement accessibles. Ces bases n'existent pas dans tous les pays, car tous les pays ne disposent pas de la même quantité d'informations publiquement accessibles sur leurs sociétés. De plus, comme les obligations en matière de divulgation et de déclaration peuvent varier en fonction de la forme juridique de la société, les informations peuvent ne pas se présenter

sous un format uniforme, ce qui rend leur comparaison difficile. La plupart de ces bases de données sont utilisées pour comparer les résultats dégagés par les sociétés plutôt que les transactions, car les informations relatives aux tierces parties ventilées selon les transactions ne sont généralement pas facilement accessibles.

3.5.2.14 Les bases de données commerciales peuvent constituer un moyen pratique et parfois rentable d'identifier des comparables externes et s'avérer la source d'informations la plus fiable en fonction des faits et circonstances propres à la situation. Toutefois, elles comportent fréquemment des limites et ne sont pas offertes dans tous les pays. En outre, leur utilisation peut être onéreuse, de sorte que de nombreux pays en développement en sont privés. Par ailleurs, le recours aux bases de données commerciales n'est pas obligatoire, et il arrive qu'il soit possible d'identifier des comparables fiables à partir d'autres sources d'information – et même des comparables internes, comme on le décrit précédemment – ou en procédant à une recherche à vue de tiers (notamment des concurrents) considérés comme des sources potentielles de comparables pour la transaction contrôlée du contribuable.

3.5.2.15 Outre les renseignements provenant des bases de données commerciales qui compilent les résultats des sociétés, un certain nombre d'autres sources d'information peuvent être utiles, y compris, dans certains cas, les bases de données sur les prix, les publications et les cours des produits de base cotés en bourse. Ces publications peuvent fournir des informations utiles sur les conditions du marché et les cours des produits de base standard. Elles peuvent également être utiles pour comprendre la dynamique du marché applicable aux produits concernés. D'ailleurs, dans certains cas, il peut être approprié d'utiliser les cours des produits de base cotés en bourse ou les contrats à terme à titre de référence pour les prix de transfert des produits de base. (Voir la section 4.7 sur l'application d'une méthode distincte de fixation des prix de transfert pour les transactions portant sur des produits de base.) Toutefois, comme pour toute source potentielle de données de référence, leur fiabilité pour la fixation du prix d'une transaction testée doit être soigneusement examinée, en particulier si les informations proviennent de marchés moins transparents, c'est-à-dire de marchés sur lesquels les particularités des transactions ne sont généralement connues que par les parties aux transactions. En pareil cas, les informations publiées sont généralement basées sur les observations de l'éditeur et sur ses relations avec les principaux acteurs du marché. Bien que ce type d'information puisse être utile, il faut garder à l'esprit que l'éditeur peut avoir apporté des ajustements aux données brutes d'une manière qui peut ne pas être apparente. Ces données devraient donc être utilisées avec précaution.

Autres sources de données comparables

3.5.2.16 Les autres sources de données comparables peuvent comprendre les suivantes :

- Sources gouvernementales – de nombreux gouvernements et organismes de réglementation maintiennent des bases de données sur plusieurs industries. Ces sources peuvent être accessibles sur les sites Web de ces organismes;
- Institutions et organisations commerciales – souvent, ces institutions ou organisations maintiennent des bases de données et produisent des rapports de recherche et/ou conservent des dossiers de données sur des comparables potentiels. En général, parmi ces institutions ou organisations se retrouvent :
 - Les chambres de commerce;
 - Les organisations commerciales et professionnelles;
 - Les ambassades, consulats ou missions commerciales;
 - Les organisations internationales (par exemple, les Nations Unies, l'Organisation de coopération et de développement économiques, le Groupe de la Banque mondiale, le Fonds monétaire international).
- D'autres sources de connaissances sur les concurrents ou d'autres entités pouvant constituer des comparables appropriés.

Processus d'identification des comparables potentiels

3.5.2.17 Pour identifier les transactions ou les entreprises potentiellement comparables sur le marché libre, deux approches sont possibles : l'approche « additive » et l'approche « déductive ».

3.5.2.18 L'approche additive consiste à dresser la liste des transactions potentiellement comparables sur le marché libre ou des tiers censés avoir réalisé des transactions potentiellement comparables. On rassemble ensuite le maximum d'informations sur ces transactions pour confirmer qu'il s'agit bien de comparables acceptables, sur la base des caractéristiques économiquement pertinentes de la transaction contrôlée. Lorsque l'approche additive est adoptée, des précautions particulières doivent être prises pour fournir des comparables fiables; il ne suffit pas qu'une société tierce soit bien connue dans le secteur industriel concerné. Il faut également éviter les sociétés tierces potentiellement elles-mêmes touchées par des problèmes de prix de transfert.

3.5.2.19 L'approche déductive commence généralement par une recherche dans une base de données d'entreprises ou de transactions comparables. Il peut s'agir de bases de données commerciales créées par des éditeurs qui compilent les comptes des sociétés déposés auprès des autorités gouvernementales compétentes ou de bases de données propriétaires créées par des sociétés de conseil. L'approche part généralement de l'identification d'un vaste ensemble de sociétés qui exercent leurs activités dans le même secteur, accomplissent des fonctions largement similaires et ne présentent pas de caractéristiques économiques différentes au premier abord.

3.5.2.20 Il convient de souligner que l'utilisation exclusive de l'une ou l'autre des deux approches peut ne pas donner de résultats valables. En fonction des faits propres à chaque cas, les deux approches ci-dessus peuvent être utilisées isolément ou conjointement.

3.5.2.21 Il est possible que des sociétés identifiées à l'aide de l'approche additive ne le soient pas à l'aide de l'approche déductive. Dans certains cas, on peut en déduire que la stratégie de recherche appliquée dans le cadre de l'approche déductive n'est pas suffisamment robuste et doit être réévaluée ou, tout simplement, que certaines informations ne sont pas contenues dans la base de données sélectionnée. L'approche additive pourrait donc être utile pour évaluer si la stratégie de recherche appliquée dans le cadre de l'approche déductive est fiable, complète et appropriée, compte tenu des caractéristiques économiques considérées.

3.5.2.22 Afin de garantir un degré raisonnable d'objectivité et de transparence dans le cadre des approches « additive » et « déductive », il est très important que le contribuable ou l'administration fiscale puisse justifier et documenter les critères utilisés pour inclure ou exclure des données particulières relatives aux tiers du bassin des comparables potentiels. En particulier, le processus devrait être reproductible par le contribuable et par l'administration fiscale qui souhaite l'évaluer. Il est également très important que les données relatives aux tiers soient ensuite affinées grâce à l'utilisation de critères qualitatifs. Il serait inapproprié d'utiliser les informations financières relatives aux transactions d'un large échantillon de sociétés choisies uniquement en fonction du code de classification industrielle sous lequel elles sont classées.

Approche déductive : identification et examen initial des comparables

3.5.2.23 Après avoir élaboré un ensemble de critères de comparabilité adaptés aux spécificités de la transaction contrôlée en cause, on entame à l'étape suivante le processus d'identification et d'examen initial des

comparables indépendants potentiels. L'objectif de ce premier examen, lorsqu'il est effectué à l'aide d'une base de données commerciale, est d'identifier la quasi-totalité des sociétés qui sont raisonnablement susceptibles de satisfaire aux exigences liées au seuil de comparabilité et de fournir des preuves documentaires objectives et vérifiables des prix ou des bénéfices du marché. En d'autres termes, le résultat initial souhaité est d'obtenir le plus grand nombre possible de comparables indépendants potentiels à des fins ultérieures d'examen, d'évaluation et d'analyse. Lorsque les comparables sont choisis à partir de sources d'information autres que les bases de données, cette partie du processus peut être différente.

3.5.2.24 Le processus d'examen, d'évaluation et de sélection des comparables dépendra largement de l'accès à des bases de données publiques dans le pays. Certains pays peuvent avoir accès à des bases de données publiques et d'autres, non. Dans ce dernier cas, une solution de remplacement pourrait s'appuyer sur une recherche dans une base de données relative à une économie comparable, améliorée par l'apport d'ajustements raisonnables et fiables.

3.5.2.25 Il convient toutefois de garder à l'esprit les exigences et contraintes analytiques suivantes :

- Le processus de recherche devrait éviter tout biais systématique;
- Le processus de sélection doit être exécuté et documenté d'une manière conforme à l'exigence générale en matière de diligence raisonnable;
- Il faut se rappeler que certains des comparables initiaux seront éliminés lors des étapes ultérieures de sélection et d'analyse.

3.5.2.26 La personne chargée de la recherche de comparables peut être amenée à utiliser des sources d'information diverses pour repérer des comparables externes ou relatives à des tiers. Parmi celles-ci pourraient figurer des sources d'information propres aux sociétés, notamment des rapports annuels, des documents réglementaires et autres documents officiels, de la documentation sur les produits et des rapports d'analystes financiers, ainsi que divers documents provenant d'associations professionnelles et sectorielles. Une fois l'examen intermédiaire terminé, il convient de générer un ensemble complet de données tirées des états financiers des sociétés et d'en vérifier l'utilité, la période de couverture et la cohérence générale. Parfois, des précisions peuvent même être obtenues au moyen d'entretiens par téléphone ou en personne avec les directions des sociétés, et il est également possible de tirer parti des connaissances du personnel interne d'exploitation pouvant

aider à l'identification de comparables. Par exemple, on peut demander l'aide du personnel des ventes et de la commercialisation pour identifier les revendeurs tiers indépendants dont les états financiers peuvent servir de base à l'établissement de marges bénéficiaires comparables.

3.5.2.27 L'examen des caractéristiques économiquement pertinentes de la transaction contrôlée délimitée avec précision permettra de choisir la méthode de prix de transfert la plus appropriée et de mettre au point les critères de recherche capables d'identifier les comparables fiables appropriés à la méthode sélectionnée. L'analyse fonctionnelle décrite dans la section 3.4.4 ci dessus porte principalement sur cet examen.

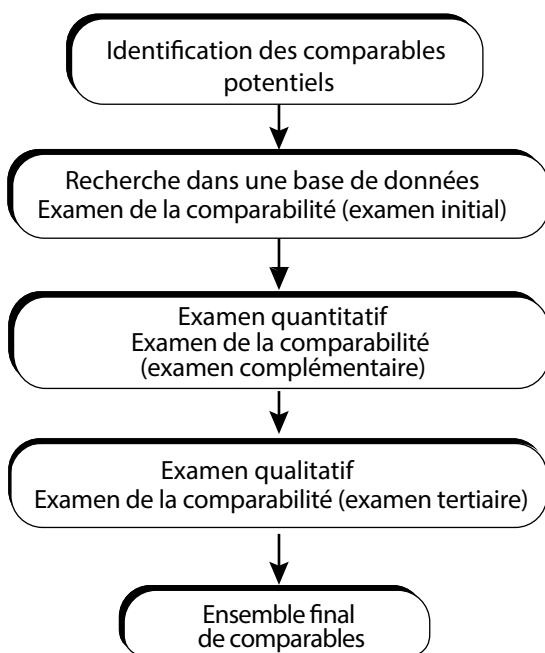
Élaboration des critères utilisés pour la « sélection » des comparables

3.5.2.28 Les critères utilisés pour la « sélection » des comparables sont élaborés sur la base des résultats de l'examen susmentionné des caractéristiques économiquement pertinentes de la transaction contrôlée. Ces critères doivent être définis de manière à pouvoir identifier les transactions externes sur le marché libre qui satisfont à la comparabilité relativement à la transaction contrôlée et ainsi qu'à la partie testée. Les critères de recherche devraient être définis de manière à pouvoir cibler les comparables les plus fiables. Toutefois, les critères de recherche initiaux ne devraient pas être trop restrictifs, afin de ne pas susciter des attentes irréalistes en matière de comparabilité. Une fois sélectionnés, les comparables potentiels peuvent faire l'objet d'ajustements de comparabilité si (et seulement si) ces ajustements améliorent la fiabilité des résultats. Le choix de la méthode de prix de transfert la plus appropriée sera principalement déterminé par la nature de la transaction délimitée avec précision. Mais, bien entendu, l'accès à des comparables fiables influencera ce choix.

3.5.2.29 Un processus type de recherche de comparables peut être divisé en trois phases, à savoir (i) la recherche dans la base de données (examen initial), (ii) l'examen quantitatif (examen complémentaire) et (iii) l'examen qualitatif (examen tertiaire). Les comparables potentiels sont examinés dans chacune de ces phases pour déterminer si on peut les qualifier à titre de comparables.

Figure 3.D.5

Recherche dans une base de données (examen initial)



3.5.2.30 La détermination des critères de sélection appropriés dépendra des caractéristiques économiques les plus pertinentes de la transaction délimitée avec précision. En général, ils devront commencer avec le code de classification industrielle et comprendront des filtres veillant à assurer que les transactions auxquelles les comparables potentiels participent sont effectivement comparables et réalisées sur le marché libre, et que les informations financières les concernant sont suffisantes et fiables. Bien que les critères basés sur les codes de classification industrielle et le marché géographique soient couramment employés, il est toujours important d'envisager les caractéristiques économiques les plus pertinentes de la ou des transactions testées délimitées avec précision. Par exemple, la comparabilité fonctionnelle peut être plus importante que l'appartenance à l'industrie ou au marché. Sinon, l'application sans discernement des critères les moins pertinents peut s'avérer inutile, si bien qu'il peut n'y avoir plus de comparables disponibles pour l'application de la méthode des prix de transfert.

3.5.2.31 Les informations tirées des comparables externes devraient refléter l'environnement économique de la transaction contrôlée au moment de sa réalisation. En principe, on pourrait s'attendre à ce que les informations tirées

des comparables externes contemporains reproduisent l'environnement économique de la transaction contrôlée. Toutefois, des difficultés pratiques peuvent se poser pour l'obtention d'informations contemporaines étant donné le temps requis pour préparer, déclarer et télécharger ces informations dans les bases de données. Pour une discussion sur le calendrier, voir la section 3.6.2.

3.5.2.32 En pratique, l'examen de données pluriannuelles peut être souvent utile lors d'une analyse de comparabilité, mais n'est pas systématiquement requis. Les données pluriannuelles peuvent être utilisées dans les cas où elles permettent d'améliorer la fiabilité de l'analyse des prix de transfert. Les circonstances qui peuvent justifier la prise en compte des données étalées sur plusieurs années comprennent l'effet des cycles économiques dans l'industrie du contribuable ou les effets des cycles de vie d'un produit particulier ou d'un actif incorporel. Toutefois, l'existence d'un tel cycle doit être dûment démontrée par le contribuable.

Exemple d'un processus type de sélection à partir de bases de données – examen de la comparabilité²⁵

Le processus décrit dans cet encadré n'est qu'un exemple d'une approche couramment utilisée pour effectuer une recherche de comparables dans une base de données. Dans tout cas particulier, cependant, afin de déterminer les critères de sélection appropriés, il convient de prendre en considération les caractéristiques économiques les plus importantes de la transaction délimitée avec précision qui fait l'objet de l'examen. Par exemple, il peut être inutile d'éliminer d'emblée les comparables potentiels issus d'autres marchés lorsque la similitude géographique ou du marché n'est pas en fait essentielle pour les prix ou les bénéfices de la transaction qui fait l'objet de l'examen.

1 Codes de classification de l'industrie/activité commerciale

Dans tout processus de recherche de comparables, le point de départ commun est le code de classification de l'industrie/activité commerciale. Les pays peuvent disposer de codes de classification des activités économiques à des fins statistiques ou autres. Sinon, les codes de classification des industries (CAE ou SIC pour *Standard Industry Classification*), la nomenclature statistique des activités économiques de la Communauté européenne (NACE) et le Système de classification des industries de l'Amérique du Nord (SCIAN ou NAICS pour *North American Industry Classification System*) sont les plus utilisés par les contribuables et les administrations fiscales dans le monde entier.

²⁵ Ibid. Voir Encadré 7, page 46.

2 Géographie/région/pays/marché

Il est généralement utile d'examiner, dans un premier temps, les comparables potentiels du même marché géographique que la partie testée, car cela minimise les écarts potentiels qui pourraient avoir une incidence significative sur la comparaison. Cependant, dans de nombreux pays, notamment dans les pays en développement, la disponibilité de comparables indépendants ou d'informations publiques sur les comparables indépendants est limitée. En l'absence d'informations sur les transactions qui sont, à d'autres égards, comparables à la transaction testée et concernent le même marché géographique, il convient de tenir compte de l'importance relative des différents facteurs de comparabilité, en gardant à l'esprit que l'objectif consiste à trouver les comparables disponibles les plus fiables. Plus précisément, d'autres facteurs de comparabilité, comme ceux reposant sur l'analyse fonctionnelle, pourraient se révéler plus pertinents que le marché géographique, de sorte que ce critère de sélection pourrait être repoussé plus loin dans le processus, voire supprimé. Lorsque le marché est considéré comme un facteur de comparabilité clé, il peut être approprié de le définir à cette fin comme un pays, une région du monde ou un groupe de pays à prendre en compte soit comme (a) un marché unique ou fortement intégré, soit comme (b) présentant des similitudes suffisantes avec le marché des transactions testées.

3 Mots clés liés à l'activité commerciale

Cette étape consiste généralement à procéder à l'identification et à la recherche de comparables par mots clés en rapport avec l'activité de la partie testée et les activités associées aux transactions faisant l'objet de l'examen. Par exemple, les mots clés peuvent désigner les activités les plus importantes et le stade de commercialisation.

4 Disponibilité des informations financières

Pour des raisons pratiques, les résultats potentiels sont rejetés s'il manque des informations se rapportant aux années pertinentes. Lorsque des données pluriannuelles sont utilisées, il peut s'avérer pragmatique d'écarter les résultats potentiels pour lesquels il manque des informations sur deux années ou plus.

5 Niveau du chiffre d'affaires (ou autres indicateurs de la dimension, tels que les actifs ou le nombre d'employés)

Dans certains cas, la dimension de l'entreprise peut avoir un effet significatif sur la comparabilité. En pareil cas, il peut être pertinent d'inclure

un critère basé sur la dimension des comparables potentiels, mesurée, par exemple, par le chiffre d'affaires, la valeur des actifs, le nombre d'employés, etc. Par ailleurs, il peut être utile, dans d'autres cas, d'examiner de plus près les sociétés qui enregistrent régulièrement des pertes. En situation de pleine concurrence, les entreprises indépendantes enregistrent parfois des pertes, mais cela ne devrait pas durer pendant une longue période.

6 Indépendance, sociétés ouvertes ou fermées

Le principe de pleine concurrence consiste fondamentalement à comparer une transaction contrôlée à une transaction sur le marché libre. Par conséquent, la plupart des processus de recherche éliminent les transactions qui ont été conclues par des entités appartenant à un groupe multinational. Toutefois, en l'absence de comparables fiables, il peut être nécessaire de se reporter aux membres des groupes n'ayant réalisé aucune transaction avec des parties liées ou seulement des transactions très limitées qui n'influent pas de manière significative sur leur marge brute ou nette.

Il peut être avantageux de limiter la recherche aux sociétés cotées en bourse, car les exigences en matière d'information et d'audit pour ces sociétés sont généralement plus rigoureuses. Les sociétés cotées en bourse sont également tenues, en règle générale, de fournir beaucoup plus de détails dans leurs états financiers vérifiés, ainsi que dans les notes afférentes et l'examen de gestion des opérations. Dans de nombreux cas, le fait qu'un comparable potentiel soit coté en bourse est susceptible, toutefois, d'être moins important comme facteur de comparabilité que d'autres considérations telles que la similarité fonctionnelle. Néanmoins, lorsque les données sont rares, l'élimination de comparables potentiels sur cette base peut ne pas être une solution pragmatique.

7 Types d'états financiers

Cette étape s'attache à identifier les entités qui fournissent soit des états financiers consolidés, soit des états financiers réglementaires. Les informations financières relatives aux comparables ne devraient pas être touchées/influencées par des circonstances rattachées. L'utilisation d'états financiers consolidés doit faire l'objet d'une attention particulière. Les états financiers consolidés ne peuvent être utilisés que si les fonctions exercées par le groupe consolidé sont équivalentes à celles de la partie testée.

Il est également important de veiller à ce que les états financiers des comparables potentiels soient vérifiés, qu'ils soient établis selon les principes comptables généralement reconnus (*Generally Accepted Accounting Practice* ou *GAAP*), qu'ils soient suffisamment détaillés et qu'ils soient disponibles sous une forme relativement uniforme au cours du temps.

8 Entités actives/inactives

Les entités inactives sont généralement exclues du processus de recherche, car les circonstances propres aux entités actives et inactives sont généralement différentes.

9 Examen initial aux fins de la comparabilité fonctionnelle

Il s'agit d'une étape importante, à laquelle il faudra souvent revenir durant les phases associées aux examens complémentaire et tertiaire du processus. Dans certains cas, on pourra affiner le mot clé de recherche utilisé pour l'activité commerciale, tel que décrit ci-dessus, pour examiner les transactions dont les montants indiqués dans les états financiers peuvent révéler l'existence (ou l'absence) d'actifs ou de fonctions spécifiques. Par exemple, si la partie testée n'exerce pas d'activité de recherche et de développement et n'utilise pas d'actifs incorporels susceptibles d'avoir été mis au point au moyen d'activités de R&D, il pourra être approprié d'inclure un filtre visant à éliminer les entités qui consacrent des sommes non négligeables à la R&D. Voir également la discussion sur les ratios de diagnostic à partir du paragraphe 3.5.2.34.

Il est également possible d'éliminer les entités intensivement engagées dans des activités commerciales substantiellement différentes de celles visées par la transaction contrôlée et pour lesquelles les informations divulguées ne sont pas suffisantes pour permettre une segmentation. Les entités qui exercent des activités non comparables significatives devraient être exclues de l'ensemble des comparables.

Examen quantitatif ou complémentaire, évaluation et sélection

3.5.2.33 L'examen quantitatif consiste en l'examen approfondi, pour l'exercice concerné, des informations financières relatives aux comparables potentiels afin de déterminer si les activités de ces derniers sont comparables à celles de la partie testée et si les données déclarées s'y rapportant sont suffisantes à l'échelon requis pour appliquer la méthode de prix de transfert choisie. Dans cette étape, le processus de recherche s'attache à l'examen rigoureux de chaque transaction ou société de l'ensemble des comparables indépendants potentiels en fonction de la gamme complète de critères de sélection particuliers. Les objectifs à ce stade sont de procéder à l'évaluation, à l'examen final et à la sélection. Cette approche d'essais et erreurs nécessite de multiples sources de données, des vérifications croisées ainsi qu'un suivi particulier et une confirmation des données factuelles. Il sera souvent difficile de trouver des comparables « parfaits » pour une transaction contrôlée. Il faudra donc faire preuve de discernement lors du processus de sélection. Si l'examen initial

est exécuté de manière trop rigoureuse et inflexible, il se pourrait qu'aucun comparable ne subsiste. En pareil cas, il sera primordial de se concentrer sur les caractéristiques économiquement les plus significatives de la transaction contrôlée, tout en renonçant à d'autres critères de sélection moins importants pour cette transaction. L'examen complémentaire peut donc être particulièrement utile pour affiner l'ensemble de comparables potentiels.

3.5.2.34 Par exemple, le processus de sélection peut faire appel à des ratios de diagnostic. L'utilisation des ratios de diagnostic, qui sont en fait des ratios financiers, permet d'éliminer les comparables qui ne répondent pas à certains critères. Tout particulièrement lorsque des critères généraux ont été utilisés dans l'examen initial, les ratios de diagnostic peuvent améliorer la fiabilité d'un ensemble de comparables potentiels en aidant à classer les résultats des transactions en fonction de leur degré de comparabilité, ce qui permet d'éliminer de l'ensemble de comparables potentiels les transactions dont le degré de comparabilité est le moins élevé. Seuls ou conjugués à d'autres, les ratios de diagnostic peuvent servir comme une sorte de critère supplémentaire permettant de réduire les intervalles de comparables potentiels dans les cas où des défauts subsistent parmi ces derniers et sont difficiles à éliminer autrement, ce qui élargit ces intervalles démesurément.

3.5.2.35 Prenons le cas d'un rapport entre les ventes et les dépenses de commercialisation et de publicité, qui pourrait servir d'indicateur de l'intensité de la fonction exercée en matière de commercialisation et de publicité. Lorsque la partie testée vend à des clients indépendants, ce ratio pourrait alors être utilisé pour amincir l'intervalle de pleine concurrence de manière à le limiter aux comparables aux degrés similaires d'intensité en matière de commercialisation/publicité. Il convient de souligner qu'il ne serait généralement pas fiable d'utiliser un ratio de diagnostic qui comprend des éléments qui font eux-mêmes l'objet des transactions entre les parties liées.

3.5.2.36 L'application de ratios de diagnostic repose sur l'hypothèse que ces derniers peuvent faire ressortir les générateurs de valeur de secteurs d'activités particuliers et saisir le profil fonctionnel et de risque des comparables. En pratique, ils dépendent également de la disponibilité des données. La plupart des pays disposant de règles en matière de prix de transfert reconnaissent que les méthodes fondées sur la marge nette sont moins sensibles aux différences entre les produits et les fonctions que les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions. Or, la comparabilité fonctionnelle est toujours requise dans la pratique, de sorte qu'une analyse fonctionnelle adéquate et une bonne compréhension de l'activité testée sont essentielles pour déterminer quels ratios de diagnostic peuvent être utiles et éviter qu'ils soient « trop minutieusement choisis », c.-à-d. choisis de manière subjective.

Les ratios de diagnostic permettent de prendre en compte certaines des caractéristiques économiquement pertinentes d'un comparable pour la recherche de comparables potentiels.

3.5.2.37 Afin d'identifier les comparables potentiels au profil fonctionnel et de risque similaire, un ratio de diagnostic mesurant, par exemple, le niveau des coûts salariaux par rapport à une base appropriée (par exemple, les frais d'exploitation ou le chiffre d'affaires) peut servir d'étalon de valeur pour mesurer le niveau d'expertise technique de la main-d'œuvre employée par les sociétés comparables actives dans la mise au point de logiciels. L'identification d'un ratio de diagnostic dépendra de plusieurs facteurs tels que l'emplacement géographique, la nature de l'activité, des produits et des services, le marché des produits et des services, etc. L'utilisation de ratios de diagnostic peut aider à identifier des comparables qui concordent au profil fonctionnel et de risque de la partie testée.

3.5.2.38 Les ratios de diagnostic sont appliqués à l'aide d'un critère de seuil. Conformément à cette méthode, les données financières de la partie testée servent à calculer les ratios de diagnostic, et ces ratios sont ensuite utilisés pour déterminer les valeurs minimales ou maximales en fonction desquelles les sociétés sont éliminées. Une fois un seuil déterminé, généralement, toutes les valeurs à l'extérieur d'une plage particulière de valeurs autour du seuil sont éliminées, en fonction des faits et des circonstances propres à chaque cas. Ensuite, sur la base du profil fonctionnel et de risque de la partie testée, toutes les sociétés dont le ratio de diagnostic se situe à l'extérieur de cette plage particulière de valeurs sont exclues.

Exemples de ratios de diagnostic

Les ratios de diagnostic peuvent constituer un outil supplémentaire précieux pour affiner la recherche de comparables. En fonction des faits et circonstances propres au cas d'espèce, plusieurs ratios différents peuvent être envisagés. Pour déterminer le ratio approprié à appliquer, il convient de prendre en considération les caractéristiques économiques les plus significatives de la transaction testée et la manière dont ces caractéristiques peuvent être reflétées dans les comptes des sociétés. Il convient toutefois de souligner que le ratio ne devrait pas utiliser de mesures visées par les transactions contrôlées. Par exemple, lorsqu'une entité vend à une partie liée, l'utilisation d'un ratio basé sur les ventes dans le processus de sélection ne serait généralement pas fiable.

- Quelques exemples de ratios de diagnostic sont présentés ci-dessous :
- jours de stocks (moyenne)
- jours de comptes débiteurs (moyenne)
- jours de comptes créditeurs (moyenne)
- chiffre d'affaires par employé
- actifs fixes/actif total
- stocks/recettes de vente
- valeur d'exploitation/actif total
- actifs fixes/recettes de vente
- actifs fixes/nombre d'employés
- frais d'exploitation/recettes de vente
- coût des marchandises vendues/recettes de vente
- stocks/actif total
- dépenses de recherche et de développement/coûts complets
- dépenses de publicité et de promotion/coûts complets

3.5.2.39 La dernière étape de la recherche de comparables consiste à examiner manuellement chaque comparable potentiel (en particulier dans le cas où les résultats en cause sont des bénéfices bruts ou nets de sociétés potentiellement comparables, plutôt que des données de prix individuelles). Par exemple, cet examen peut se fonder sur les sites Web et d'autres informations publiquement accessibles relativement à la liste restreinte de sociétés potentiellement comparables afin de veiller à ce que ces dernières soient aussi fiables que possible.

3.5.3 Ajustements apportés aux comparables

3.5.3.1 Afin que les résultats financiers tirés des comparables soient établis sur les mêmes bases que ceux de la partie testée, ces comparables peuvent nécessiter certains ajustements en vue de satisfaire aux exigences en matière de précision et de fiabilité. Toutefois, les questions importantes suivantes devraient être prises en compte avant de procéder à de tels ajustements de comparabilité :

- Qualité des données soumises à un ajustement : un ajustement de comparabilité ne peut être apporté que s'il améliore la fiabilité des comparables. Si le processus de recherche de comparables présente des lacunes importantes, l'ajout d'ajustements multiples ou approximatifs ne pourra pas produire de résultats fiables de pleine concurrence;

- Objectif de l'ajustement apporté : les ajustements ne devraient pas être apportés en raison de différences qui n'ont pas d'effet significatif sur les prix ou les marges des transactions testées;
- Ce ne sont pas toutes les transactions comparables qui peuvent être ajustées : il y a des transactions pour lesquelles des ajustements raisonnablement précis peuvent être quantifiés et apportés, mais dans d'autres situations, il arrive qu'un ajustement soit d'une exactitude incertaine et spéculative et qu'il ne doive donc pas être apporté;
- Fiabilité et précision de l'ajustement : l'ajustement devrait être calculé sur la base de données objectives et vérifiables.

3.5.3.2 Les ajustements de comparabilité font partie de l'analyse de comparabilité et devraient être documentés de manière appropriée pour veiller à ce qu'elles soient fiables.

3.5.3.3 Les ajustements de comparabilité se répartissent en trois grandes catégories :

1. Ajustements comptables;
2. Ajustements du bilan et du fonds de roulement;
3. Autres ajustements.

3.5.3.4 Ajustements comptables: Sur le plan des normes et des pratiques comptables, plusieurs types de différences entre une partie testée et des parties indépendantes utilisées à titre de comparables peuvent entraîner des erreurs de mesure si des ajustements ne sont pas apportés. Les différences comptables peuvent être regroupées dans les catégories suivantes: différences de classification et différences en vertu de la loi ou des normes pertinentes.

3.5.3.5 Les différences comptables peuvent résulter des classifications lorsque les transactions sont comptabilisées dans des postes différents. Par exemple :

- Une remise sur les ventes accordée à un client peut donner lieu à un ajustement des ventes ou être comptabilisée, selon la pratique comptable, en tant que vente ou négative ou en tant que dépense de commercialisation, ce qui peut altérer les marges brutes (RPM);
- Les dépenses de R&D peuvent être classées soit en tant que frais d'exploitation, soit en tant que coût des marchandises vendues, ce qui compromet la comparabilité des marges brutes et nécessite un ajustement approprié (CPM);

- De même, l'absence de distinction claire entre les coûts directs et indirects influe sur les marges brutes. Bon nombre de ces différences de classification sont éliminées en appliquant la TNMM. Cependant, même en utilisant la TNMM basée sur la marge nette, certaines différences comptables peuvent subsister et altérer les marges nettes de la même manière que les marges brutes, ce qui donne lieu à des divergences entre la partie testée et le comparable: des périodes d'amortissement différentes, un traitement comptable différent des options d'achat d'actions des employés et ainsi de suite en fournissent des exemples.

3.5.3.6 D'autres différences comptables qui peuvent justifier un ajustement ont trait aux situations où les comparables ou la partie testée peut choisir, en vertu du droit ou des normes applicables, de comptabiliser certains coûts tels que les dépenses de R&D en tant que dépenses de capital ou en tant que dépenses courantes. Ainsi, une société peut avoir mis au point des actifs incorporels importants, mais ne pas avoir de biens incorporels à l'actif de son bilan. De même, il se peut que des différences dans le droit ou les normes comptables applicables à la comptabilisation et à l'amortissement des survalueurs puissent créer des divergences significatives entre les comparables et la partie testée. Dans de nombreux cas, il sera difficile d'identifier les différences de normes comptables pour les raisons suivantes :

- Peu de détails disponibles dans le domaine public en ce qui concerne les comparables;
- Incohérences potentielles dans la déclaration des données financières des sociétés par les services privés d'information;
- Incohérences entre les méthodes de déclaration d'une société à l'autre;
- Différentes normes comptables en vigueur dans différents pays.

3.5.3.7 Les régularisations du bilan sont destinées à tenir compte des différents niveaux de stock, de créance d'exploitation, de dette d'exploitation, de taux d'intérêt et ainsi de suite. Les régularisations du bilan les plus courantes, réalisées pour tenir compte des différents niveaux de stock, de créance et de dette sont connues sous le nom d'ajustements au fonds de roulement. Le fait que les régularisations du bilan soient couramment effectuées dans la pratique ne signifie pas qu'elles devraient l'être automatiquement ou systématiquement. Un comparable potentiel qui se démarquerait sur le plan de l'intensité capitalistique pourrait faire l'objet d'une enquête approfondie au regard des facteurs de comparabilité, et le simple fait de procéder à un ajustement au fonds de roulement ne résoudrait pas le problème.

3.5.3.8 Il arrive très fréquemment que la partie testée et chacun des comparables potentiels diffèrent significativement les uns des autres en raison du fonds de roulement (stock, créance et dette). Ces différences sont généralement attribuables aux modalités de financement des achats consenties par les fournisseurs et celles des ventes que la société répercute sur ses clients, ainsi qu'aux différents niveaux de stocks de la société. Elles peuvent générer des écarts substantiels dans la structure du fonds de roulement et avoir un impact sur le bénéfice d'exploitation des sociétés en raison des coûts de financement. Afin de réduire l'effet sur la rentabilité de ces différences au regard des achats, des ventes et des stocks, des ajustements peuvent être apportés pour refléter la valeur temporelle de la créance d'exploitation, de la dette d'exploitation et du niveau de stock des comparables. Toutefois, ces ajustements ne devraient être apportés que s'ils sont raisonnablement possibles et améliorent la comparabilité.

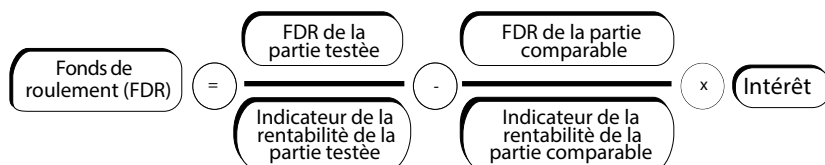
3.5.3.9 Les ajustements apportés à la créance d'exploitation, à la dette d'exploitation et au niveau de stock suivent la même mécanique de base. Tout d'abord, une valeur sera calculée: la différence entre le ratio de l'élément du bilan en question sur les recettes nettes de vente des comparables et le ratio correspondant de la partie testée. Le dénominateur de ces fractions sera une valeur de pleine concurrence pour la partie testée : par exemple, le dénominateur d'un indicateur de la rentabilité peut être utilisé. Une autre approche consisterait à calculer ces ratios par rapport aux frais d'exploitation, par exemple lorsque le ratio marge brute/frais d'exploitation est l'indicateur de la rentabilité utilisé. La différence entre les ratios sera ensuite multipliée par un taux d'intérêt et par les recettes nettes de vente des comparables, générant ainsi une valeur permettant d'ajuster les comptes de résultat des comparables. Ensuite, l'indicateur de la rentabilité de ce comparable est recalculé.

3.5.3.10 L'exemple suivant montre comment les résultats du comparable sont ajustés pour concorder avec le fonds de roulement de la partie testée. Une autre approche consisterait à procéder à des calculs permettant d'ajuster les résultats de la partie testée afin de les faire correspondre au fonds de roulement du comparable ou d'ajuster à la fois les résultats de la partie testée et du comparable en vue de traduire un fonds de roulement égal à « zéro ». En général, les ajustements apportés au fonds de roulement sont calculés pour les stocks ainsi que pour les créances et les dettes commerciales. La méthode de calcul des ajustements au fonds de roulement pour les trois comptes repose sur la même approche de base. Au départ, une valeur est calculée pour les différences de fonds de roulement entre la partie testée et la partie comparable, par rapport à une base appropriée. La base appropriée sera le dénominateur utilisé dans le calcul de l'indicateur de la rentabilité : les coûts, les ventes ou les actifs. La différence entre les ratios est ensuite multipliée par un taux d'intérêt approprié. Le fonds de roulement ainsi calculé est ajusté soit en fonction

de l'indicateur de la rentabilité du comparable, soit en fonction de l'indicateur de la rentabilité de la partie testée à des fins de comparaison.

Figure 3.D.6.

Ajustements apportés au fonds de roulement



3.5.3.11 Exemple d'ajustement apporté au fonds de roulement

Exemple : Société de technologie de l'information

L'exemple théorique suivant vise uniquement à montrer comment un ajustement au fonds de roulement peut être calculé. Il ne devrait pas être interprété comme la seule façon de calculer un tel ajustement.

Ajustement au fonds de roulement		
Particularités	Partie testée	Partie comparable
Ventes (A)	100	120
Résultat avant intérêts et impôts et autres postes extraordinaires (EBIT) (B)	5	7
Marge d'exploitation (Indicateur de la rentabilité) (B/A en %) (C)	5 %	5,8 %
Créances commerciales (D)	100	110
Stocks (E)	20	40
Dettes commerciales (F)	50	50
Fonds de roulement net (G) (D+E-F)	70	100
Fonds de roulement net par rapport aux recettes de vente (G/A en %)	70 %	83,3 %
Fonds de roulement net par rapport aux recettes de vente: écart entre la partie testée et la partie comparable (H)		-13,3 %
Taux d'intérêt sur le fonds de roulement net (I)		5 %
Ajustement (J) (I*H)		-0,665 %
Ajustement au fonds de roulement –		
Nouveau calcul de l'indicateur de la rentabilité pour le comparable (C-J)		5,1 %

3.5.3.12 Le contribuable ou l'administrateur fiscal peut proposer d'autres ajustements pour tenir compte des circonstances économiques particulières des transactions comparées. Il peut y avoir des différences significatives dans l'ensemble des fonctions exercées, des actifs utilisés ou apportés, des risques assumés ou du capital engagé par les comparables potentiels relativement à la partie testée. Lorsque de telles différences existent et ne sont pas prises en compte, elles peuvent compromettre la fiabilité des comparables aux fins de détermination d'un intervalle de bénéfices de pleine concurrence approprié.

3.5.3.13 Les résultats financiers des comparables peuvent devoir être ajustés pour éliminer l'effet de ces différences. De tels ajustements ne sont possibles que lorsque des informations segmentées fiables et précises sont disponibles. On ajuste les revenus et les coûts pertinents en lien avec les fonctions exercées par les comparables, mais pas par la partie testée. Dans l'éventualité où un rendement de pleine concurrence serait établi pour les fonctions supplémentaires qu'exercerait la partie testée, il n'y aurait pas lieu d'ajuster les comparables. En ce qui concerne ces fonctions supplémentaires, on pourrait appliquer à la partie testée le rendement de pleine concurrence basé sur un autre ensemble de comparables. Il est important de veiller à ce que l'ajustement fonctionnel soit exempt de toute évaluation subjective.

3.5.3.14 Il peut y avoir des différences significatives dans l'ensemble des fonctions exercées par le comparable potentiel relativement à la partie testée. Par exemple, une société de distribution contrôlée peut différer d'un ensemble de sociétés de distribution indépendantes en ce qu'elle exerce des fonctions d'importation et de réglementation, contrairement aux distributeurs indépendants (bien que ces derniers aient été considérés comme les meilleurs comparables disponibles), et en ce qu'elle n'exerce que des fonctions de distribution de premier rang et des fonctions limitées de fabrication et d'assemblage. Pour éliminer ces différences, les résultats financiers d'un comparable peuvent être ajustés pour tenir compte des recettes, des coûts et des bénéfices associés aux fonctions exercées par ce comparable, mais non pas par la partie testée, ou vice versa.

3.5.3.15 Afin d'illustrer ce point, les ajustements permettant d'éliminer les différences significatives dans l'ensemble des fonctions de distribution exercées par un distributeur contrôlé de dispositifs de stockage et un ensemble de distributeurs indépendants comparables sont maintenant envisagés. Supposons que les distributeurs indépendants (réputés être les meilleurs comparables disponibles) exercent également des fonctions de fabrication/assemblage et des fonctions de distribution en aval qui ne sont pas exercées par le distributeur contrôlé de dispositifs de stockage. En pareil cas, il peut être nécessaire d'ajuster les résultats financiers des comparables afin d'éliminer les bénéfices associés à leurs activités de fabrication/assemblage et de distribution

en aval, sur la base des bénéfices tirés des transactions sur le marché libre qui reposent sur ces fonctions de fabrication/assemblage et de distribution en aval. En d'autres termes, à des fins de comparabilité, seules les fonctions comparables à celles qui sont exercées par le distributeur contrôlé de dispositifs de stockage devraient être prises en compte.

3.5.3.16 Pour offrir un contraste avec un ensemble différent de circonstances, on pourrait supposer que le distributeur contrôlé de dispositifs de stockage ci-dessus exerce certaines fonctions d'importation qui ne sont pas exercées par les distributeurs indépendants. Les marges des comparables qui n'ont pas exercé de fonction d'importation pourraient peut-être être ajustées pour intégrer un bénéfice de pleine concurrence associé à ces fonctions si des données suffisantes existent pour apporter un ajustement précis.

3.5.3.17 Lorsqu'un comparable potentiel tire une partie importante de ses bénéfices d'actifs incorporels importants et uniques – tels qu'une conception de produit unique ou une ingénierie unique – que la partie testée ne possède pas, il peut être impossible d'apporter des ajustements de comparabilité fiables afin d'éliminer les effets de ces actifs incorporels sur les bénéfices d'exploitation. S'il n'est pas possible de procéder à des ajustements précis, il faudra peut-être rejeter le comparable potentiel.

3.5.3.18 Comme on l'a laissé entendre précédemment, tout risque économiquement significatif est associé à un avantage escompté, et on s'attendrait à ce qu'il en soit fait état dans une transaction contrôlée conforme au principe de pleine concurrence. Cependant, le rendement réel peut ou peut ne pas augmenter en fonction du degré de concrétisation du risque. Par conséquent, la similarité des niveaux de risque est une considération importante dans la sélection des comparables.

3.5.3.19 Le degré de comparabilité entre une partie testée et un contribuable indépendant est compromis lorsque les entités assument différents risques économiquement significatifs qui peuvent nécessiter un ajustement. Par exemple, un fabricant sous-traitant peut, dans certaines circonstances, ne pas assumer les risques du marché que les fabricants de plein exercice prennent habituellement à leur charge, et on peut donc s'attendre à ce qu'il réalise des marges bénéficiaires inférieures.

3.5.3.20 Il n'existe pas de méthode universellement acceptée pour l'ajustement en fonction du risque. Toutefois, dans la pratique, pour procéder à ce type d'ajustement, les EMN appliquent certaines méthodes qui tentent de quantifier sur une base *ex ante* (c'est-à-dire avant la survenue d'un événement) l'effet du risque sur la rentabilité escomptée en se fondant, par exemple,

sur le coût moyen pondéré du capital ou un modèle d'évaluation des actifs financiers. Toutefois, il convient de mentionner que les deux approches sont basées sur des modèles de risque utilisés principalement en relation avec les titres financiers. La plupart des méthodes statistiques ont des limites intrinsèques. Par conséquent, l'ajustement en fonction du risque doit être effectué avec précaution, uniquement en cas de besoin et seulement si un ajustement raisonnable et précis est possible.

3.5.3.21 Il faut reconnaître que des problèmes peuvent survenir en raison de différences notables entre la structure des transactions de ventes entre les parties d'une société contrôlée et la structure de transactions semblables entre les entreprises indépendantes.

3.5.3.22 Ces problèmes se posent généralement dans les situations contrôlées où les parties d'une entreprise se répartissent les risques et les fonctions entre elles différemment des entreprises indépendantes. Le pouvoir de négociation et le degré d'intérêt commun peuvent différer entre parties associées et entreprises indépendantes, ce qui peut aboutir à des modalités transactionnelles très différentes : contrats à durée de vie extrêmement longue ou transferts d'actifs incorporels uniques entre entreprises associées qui n'auraient normalement pas lieu entre entreprises indépendantes.

3.5.3.23 Parfois, les différences significatives entre les comparables potentiels et la partie testée en ce qui concerne la structuration des transactions tiennent au fait que la partie testée exploite son entreprise en s'associant à d'autres au sein d'une EMN. En pareil cas, il peut être impossible de repérer des transactions comparables au sein d'une structure de transactions équivalente à celle dont fait partie la transaction contrôlée. Dans ces circonstances, des ajustements raisonnablement précis peuvent devoir être apportés pour éliminer l'effet de ces différences. Ainsi, à moins qu'un ajustement ne soit apporté pour tenir compte de la différence dans la longueur des contrats, les marges des distributeurs indépendants à contrats de courte durée peuvent ne pas être comparables à celles des entreprises associées exécutant des contrats de longue durée.

3.5.3.24 Indéniablement, les ajustements de comparabilité ne devraient être envisagés que si (et seulement si) on peut s'attendre à ce qu'ils améliorent la fiabilité des résultats. Les observations qui s'imposent à cet égard ont trait à l'importance des différences pour lesquelles un ajustement est envisagé, à la qualité des données utilisées aux fins de l'ajustement, à l'objet de l'ajustement et à la fiabilité de la méthode à la base de l'ajustement.

3.5.3.25 Les ajustements de comparabilité ne sont nécessaires que s'ils visent à éliminer des différences qui ont un effet significatif sur la comparaison. La

simple existence d'une différence non ajustée ne doit pas aboutir au rejet d'une comparaison dès lors que cette différence n'a pas d'effet significatif sur la fiabilité de la comparaison.

3.5.3.26 Il n'est pas possible de fournir des règles ou des orientations spécifiques pouvant s'appliquer à chaque transaction. Dans chaque cas, il convient d'identifier les facteurs cruciaux qui ont un impact significatif sur le prix du produit (si la méthode CUP est utilisée) ou sur le bénéfice (si la méthode RPM, la méthode CPM, la méthode TNMM ou la méthode PSM est utilisée). En définitive, les décisions concernant la nécessité de procéder à des ajustements dépendent entièrement des faits et des circonstances entourant les transactions, de la disponibilité des informations nécessaires à l'analyse et de l'exactitude et de la fiabilité des ajustements qui peuvent être apportés.

3.5.3.27 Il arrive souvent que les informations accessibles ne soient pas assez complètes pour permettre un examen de chaque facteur de comparabilité possible. L'analyse est presque toujours réalisée au moyen d'informations imparfaites. Prendre conscience de ce fait peut être utile pour décider si une différence particulière est suffisamment significative pour procéder à des ajustements ou si les difficultés de comparabilité doivent influencer sur le choix de la méthode la plus appropriée.

3.5.4 Choix de la méthode de prix de transfert la plus appropriée

3.5.4.2 Voir le chapitre 4 pour une discussion sur les méthodes de prix de transfert et le choix de la méthode appropriée.

3.5.5 Interprétation des données aux fins de la détermination du prix ou de l'intervalle de pleine concurrence

3.5.5.2 Une analyse de comparabilité peut aboutir à un intervalle d'indicateurs financiers (prix ou marges) de « pleine concurrence », qui peuvent tous être considérés comme également fiables. Il convient de noter que le droit interne de certains pays précisera comment on peut concevoir un tel intervalle de comparables à partir des résultats finalement obtenus, par exemple au moyen de techniques statistiques particulières. Lorsqu'un prix de transfert se situe à l'intérieur de cet intervalle, il est généralement admis que ce prix est de pleine concurrence.

3.5.5.3 Cependant, il peut être difficile de déterminer si le processus de recherche a effectivement abouti à une série de résultats tous aussi fiables les uns que les autres à l'intérieur de l'intervalle. Une recherche de comparables qui se solde par un intervalle très étendu de résultats peut aussi causer de

l'incertitude. En pareil cas, il peut donc être utile d'examiner s'il est possible de déterminer objectivement si certains comparables potentiels sont plus fiables que d'autres. Le recours (supplémentaire) aux ratios de diagnostic et aux examens qualitatifs peut parfois être utile à cet égard.

3.5.5.4 La recherche de comparables fiables est au cœur de la plupart des analyses de prix de transfert. Dans de nombreux cas, elle peut ne pas être simple et directe, mais plutôt nécessiter une capacité de jugement. Il convient donc de prendre soin de considérer les critères potentiels de sélection aussi objectivement que possible et d'éviter de faire des choix opportunistes. De même, en l'absence de changements factuels, on s'attendrait à ce que ces critères soient utilisés de manière uniforme au cours du temps.

3.5.6 Analyse de la comparabilité des données et détermination des prix de pleine concurrence

3.5.6.2 Le degré de comparabilité entre les transactions contrôlées et sur le marché libre, y compris la fiabilité des ajustements de comparabilité requis et la disponibilité d'informations fiables (notamment sur les comparables sur le marché libre), est un facteur clé dans le choix de la méthode de prix de transfert la plus appropriée. Citons également les forces et les faiblesses de la méthode, le caractère approprié de la méthode à la lumière de la nature de la transaction contrôlée (déterminée sur la base d'une analyse fonctionnelle) et ainsi de suite. Voir également le chapitre 4 sur les méthodes.

3.5.6.3 Une fois la méthode de prix de transfert choisie, l'étape suivante consiste à procéder à son application pour obtenir le prix ou le bénéfice de pleine concurrence approprié (ou un intervalle de prix ou de bénéfices) et à documenter les résultats de l'analyse. Les sujets mentionnés dans cette section sont traités plus en détail au chapitre 4 et au chapitre 12.

3.6. Autres questions concernant l'analyse de comparabilité

3.6.1 Généralités

3.6.1.1 L'analyse de comparabilité devrait être aussi fiable que possible. Toutefois, il arrive souvent que même une analyse de comparabilité minutieuse ne permette pas d'obtenir de correspondances parfaites entre les transactions des entreprises associées d'une part et les transactions ou les entreprises comparables de l'autre. La nature, le type, la qualité et autre, ainsi que le nombre de comparables et les ajustements apportés au cours d'une analyse de comparabilité peuvent faire l'objet de débats, d'interprétations et de contestations entre le contribuable et les autorités fiscales. Certains des principaux problèmes entourant l'analyse de comparabilité sont décrits ci-dessous.

3.6.2 Questions de cadre temporel

3.6.2.1 En matière de comparabilité, le cadre temporel pose problème notamment à l'égard de la date d'origine, de la date de la collecte et de l'obtention d'informations sur les facteurs de comparabilité et des transactions comparables sur le marché libre dont on se sert dans une analyse de comparabilité.

3.6.2.2 La date d'origine des transactions doit être prise en compte. En principe, les modalités des transactions comparables sur le marché libre effectuées au même moment (« transactions contemporaines sur le marché libre ») que la transaction contrôlée sont censées fournir les informations les plus fiables possible pour une analyse de comparabilité, parce qu'elles traduisent la manière dont des parties indépendantes se sont comportées dans un environnement économique analogue à celui de la transaction contrôlée du contribuable.

3.6.2.3 La date de collecte des données comparables pertinentes soulève également un problème potentiel. Dans certains cas, les contribuables établissent une documentation de leurs prix de transfert afin de démontrer qu'ils ont fait de leur mieux pour se conformer au principe de pleine concurrence au moment d'effectuer leurs transactions intragroupes, c'est-à-dire sur une base ex ante (approche dite de la « fixation de prix de pleine concurrence »), en utilisant les renseignements dont ils pouvaient raisonnablement alors disposer. Ces renseignements comprennent des informations non seulement sur les transactions comparables des années antérieures, mais aussi sur les changements dans l'économie et le marché pouvant 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. Cette analyse ex ante du prix de pleine concurrence n'est cependant pas l'approche la plus courante.

3.6.2.4 Dans d'autres cas, les contribuables peuvent être tenus de tester le résultat de leurs transactions contrôlées pour démontrer que leurs modalités sont conformes au 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 la préparation de la déclaration fiscale en fin d'année. L'analyse ex post (après l'événement) est la méthode la plus couramment employée pour tester le caractère de pleine concurrence du prix des transactions internationales.

3.6.2.5 Les approches axées sur la « fixation de prix de pleine concurrence » et le « test du résultat de pleine concurrence », ainsi que des combinaisons de ces deux approches, sont utilisées par les pays qui ont instauré des règles de prix de transfert. Les pays ont des points de vue divergents quant à l'admissibilité d'une analyse ex post des prix de transfert, envisagée par certains

comme une utilisation inappropriée de l'analyse rétrospective, c'est-à-dire une analyse des données sur les transactions contemporaines qui ne deviennent disponibles pour le contribuable et l'administration fiscale qu'au moment de la production de la déclaration fiscale.

3.6.2.6 Une autre question potentielle est celle de savoir s'il faut tenir compte des événements futurs dans l'analyse des prix de transfert et, dans l'affirmative, de quelle manière. De tels événements n'étaient pas prévisibles au moment de tester la transaction contrôlée, en particulier lorsque l'évaluation était alors très incertaine. La solution consiste, tant pour le contribuable que pour l'administration fiscale, à se référer 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.

3.6.2.7 L'enjeu principal est de déterminer :

- Si l'évaluation était suffisamment incertaine au départ pour justifier que les parties fonctionnant dans des conditions de pleine concurrence auraient exigé un mécanisme d'ajustement de prix; ou
- si le changement de valeur ou d'autres développements survenus constituaient des faits si fondamentaux qu'ils auraient entraîné une renégociation de la transaction.

En pareil cas, l'administration fiscale serait en droit de déterminer le prix de pleine concurrence de la transaction en se fondant sur le mécanisme 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 un mécanisme d'ajustement de prix ou auraient renégocié les modalités du contrat, l'administration fiscale n'aurait pas de raison de procéder à un tel ajustement, lequel constituerait un ajustement a posteriori injustifié. La simple existence de l'incertitude ne devrait pas entraîner d'office un ajustement ex post sans tenir compte de ce que des entreprises indépendantes auraient fait ou de ce dont elles auraient convenu.

3.6.2.8 Les données portant sur des exercices postérieurs à celui de la transaction peuvent parfois aussi être utiles pour l'analyse des prix de transfert, mais il faut alors veiller à éviter l'analyse rétrospective, qui consiste à percevoir l'importance des faits et des événements en tirant bénéfice des connaissances acquises après qu'ils se sont produits.

3.6.3 Insuffisance de comparables fiables

3.6.3.1 L'un des problèmes les plus fréquents auxquels font face les contribuables et les administrations dans le cadre de l'analyse de comparabilité est l'insuffisance de comparables fiables pour une ou plusieurs transactions. Ce problème peut être particulièrement aigu dans les pays en développement. Les questions relatives à l'insuffisance de comparables fiables sont discutées ci-dessus ainsi que dans la boîte à outil sur le sujet élaborée conjointement avec la Plateforme pour la collaboration sur les questions fiscales (voir le paragraphe 2.5.3.2).

3.6.3.2 Lorsqu'un produit, un bien ou un service est offert par un précurseur dans un segment de marché particulier, il peut y avoir une pénurie de comparables. Ce type de transaction porte généralement sur de nouvelles technologies, des recherches de pointe, des actifs incorporels groupés, etc. pour lesquels il peut n'y avoir aucun comparable satisfaisant. La propriété intellectuelle intégrée dans un logiciel de pointe en fournit un exemple. Ces situations peuvent être résolues soit en utilisant une méthode unilatérale (la méthode CPM, la méthode RPM ou la méthode TNMM) dans le cadre de laquelle la partie qui apporte la contribution sous forme d'actifs incorporels n'est pas la partie testée; soit en utilisant une méthode du partage des bénéfices, dans les cas où les deux parties à la transaction apportent une contribution sous forme d'actifs incorporels uniques.

3.6.3.3 En raison de la consolidation commerciale et de l'intégration verticale, il peut être extrêmement difficile d'identifier des comparables internes ou externes fiables dans certains secteurs. Dans l'industrie pharmaceutique, notamment, le niveau d'intégration verticale et de consolidation commerciale est élevé dans le but d'accroître l'efficacité. Dans de tels scénarios, les transactions contrôlées font partie d'une chaîne d'approvisionnement mondiale étendue, ce qui rend ardu de retracer des transactions comparables entre entreprises indépendantes. Dans ces cas également, il peut être possible, dans certaines circonstances, d'utiliser des comparables provenant d'autres secteurs, éventuellement ajustés, afin de résoudre ce problème.

3.6.4 Sélection « trop minutieuse » des comparables (pertes)

3.6.4.1 Il arrive fréquemment qu'il ne soit pas possible d'obtenir des informations sur les comparables parfaits dans la pratique, de sorte qu'il est souvent nécessaire de recourir à des critères de recherche généraux pour identifier des tiers comparables. Ce faisant, il convient de veiller à ce que les contribuables ou les autorités fiscales n'excluent pas certains comparables externes potentiellement utiles en raison d'une sélection « trop minutieuse » qui privilégie les informations relatives aux tiers favorables à la position défendue et rejette les autres.

3.6.4.2 Par exemple, les comparables associés à des résultats extrêmes peuvent être rejetés après un examen minutieux par les autorités fiscales, car ils ont tendance à fausser les données. Bien que leur rejet puisse résulter d'une application adéquate du principe de pleine concurrence dans certaines circonstances, dans d'autres cas, il arrive que ces résultats extrêmes traduisent bien la réalité et qu'il ne soit pas justifié de les exclure de l'ensemble des comparables.

3.6.4.3 La nécessité d'un examen attentif peut être particulièrement importante pour une société comparable qui subit des pertes au cours d'une année donnée. Les pertes peuvent parfois s'expliquer par une année de récession susceptible de toucher de la même manière les transactions contrôlées et celles sur le marché libre, mais elles peuvent aussi être attribuables à des facteurs uniques à la société potentiellement comparable, ce qui peut suffire à conclure que les normes strictes de comparabilité ne sont pas satisfaites.

3.6.4.4 Pour parvenir à une conclusion juste, il convient de procéder à une analyse impartiale des faits et des circonstances entourant les transactions. Dans les situations où un ou plusieurs comparables potentiels sont déficitaires, un examen approfondi sera nécessaire pour comprendre les raisons de ces pertes et confirmer si la transaction ou la société déficitaire est un comparable fiable.

3.6.4.5 Des recherches et des critères de comparabilité bien documentés rendent l'application de la norme de comparabilité transparente en ce sens qu'elle est clairement énoncée et que sa portée peut être évaluée. De cette façon, les résultats sélectionnés sont moins susceptibles d'être arbitraires puisque les raisons du rejet de chaque comparable potentiel sont fournies.

3.6.5 Compensations intentionnelles

3.6.5.1 Il y a compensation délibérée ou intentionnelle lorsqu'une entreprise associée a fourni un avantage à une autre entreprise associée du même groupe d'EMN et qu'elle est compensée en retour par cette autre entreprise par d'autres avantages. Ces entreprises peuvent prétendre que l'avantage obtenu par l'une devrait donner lieu à une compensation pour l'avantage fourni par l'autre et qu'il n'y a lieu de prendre en compte que le gain net (ou la perte nette, le cas échéant) tiré des transactions à des fins d'évaluation fiscale.

3.6.5.2 Les compensations peuvent être assez complexes. Elles peuvent porter sur une série de transactions, et non pas sur une seule, ou viser plusieurs membres du groupe d'EMN. Dans l'idéal, les parties identifient et divulguent toutes les compensations avec précision et disposent d'une documentation suffisante pour justifier celles qu'elles revendiquent, de manière à ce que, par suite de la prise en compte de ces éléments, les modalités des

transactions soient conformes au principe de pleine concurrence.

3.6.5.3 Les autorités fiscales peuvent évaluer les transactions séparément pour déterminer si chacune d'elles est conforme au principe de pleine concurrence. Toutefois, elles peuvent également choisir d'évaluer les transactions de compensation conjointement, auquel cas les comparables doivent être soigneusement sélectionnés. Les compensations applicables aux transactions internationales et locales peuvent ne pas être facilement comparables en raison, par exemple, des asymétries dans leur traitement fiscal dues aux différences dans les systèmes d'imposition des différents pays.

3.6.6 Utilisation de l'évaluation en douane

3.6.6.1 Le prix payé ou payable pratiqué dans toutes les transactions de marchandises importées (qui, dans certaines circonstances limitées, peut également inclure des coûts de services et des redevances) est le point de départ pour déterminer tous les droits de douane applicables. Un prix plus élevé à l'importation réduit le bénéfice de l'importateur (toutes choses égales par ailleurs) et donc l'impôt direct qui pourrait être perçu dans le pays importateur. Toutefois, lorsque des droits de douane sont applicables, cela entraînera également le paiement de droits plus élevés. Par conséquent, un conflit inhérent peut exister entre les incidences sur le plan des recettes et les buts recherchés par les douanes et l'autorité de fiscalité directe. Alors que l'autorité de fiscalité directe porte son attention sur la surévaluation des prix à l'importation, les douanes cherchent à s'assurer que la valeur déclarée en douane n'a pas été sous-évaluée pour réduire les droits à payer.

3.6.6.2 L'Accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur la mise en œuvre de l'Article VII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (« l'Accord sur l'évaluation de l'OMC ») définit la méthodologie relative à l'évaluation en douane des marchandises importées. L'évaluation en douane est la procédure appliquée pour déterminer la valeur en douane des marchandises importées soumises à des taux de droits de douane ad valorem. L'Article 22 de l'Accord de l'OMC sur l'évaluation en douane exige que chaque pays membre de l'OMC assure la conformité de ses lois, règlements et procédures administratives avec les dispositions de l'Accord. En revanche, à des fins de fiscalité directe, les autorités fiscales de la plupart des pays utilisent le « principe de pleine concurrence » comme norme d'évaluation des transactions transfrontalières entre parties liées.

3.6.6.3 Les méthodes d'évaluation en douane et de fixation des prix de transfert cherchent toutes les deux à déterminer un prix approprié pour les transactions transfrontalières. Toutefois, elles comportent des différences

et, dans certains cas, peuvent être incompatibles en raison de différences au chapitre des buts recherchés, des cadres théoriques, des exigences documentaires ou d'autres facteurs, ce qui entraîne des difficultés pratiques pour les importateurs. Par conséquent, une meilleure coordination et un meilleur échange d'informations entre l'autorité de fiscalité directe et les douanes sont encouragés. Toutefois, la mesure dans laquelle cela est possible peut dépendre du mode d'organisation des services douaniers et des administrations fiscales dans chaque pays. Dans certains pays, les deux organisations sont davantage intégrées, et dans d'autres, elles sont complètement séparées.

3.6.6.4 Dans des circonstances appropriées, la valeur en douane dont l'exactitude a été vérifiée peut servir aux administrations fiscales pour évaluer le caractère de pleine concurrence des prix de transfert pratiqués dans les transactions internationales de marchandises importées entre entreprises associées. En particulier, les douanes 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, tandis que les administrations fiscales peuvent disposer d'une documentation sur les prix de transfert qui fournit des renseignements détaillés sur les circonstances de la transaction.

3.6.6.5 Certaines administrations douanières utilisent désormais également les données relatives aux prix de transfert – lorsque cela est pertinent – pour s'assurer que le prix d'une transaction entre parties associées n'a pas été altéré par la relation spéciale entre elles.

3.6.6.6 Les méthodes d'évaluation en douane et de fixation des prix de transfert présentent des similitudes. Par exemple, une méthode autorisée aux fins de la vérification des valeurs en douane utilise une comparaison entre la valeur des marchandises importées par une partie liée et la valeur de marchandises identiques ou similaires importées par des entreprises indépendantes, ce qui peut être considéré comme analogue à l'application d'une méthode CUP pour la fixation des prix de transfert. L'examen des valeurs en douane peut donc fournir des informations pertinentes et un point de départ utile aux fins de la fixation des prix de transfert dans certains cas et peut également contribuer à réduire le fardeau de conformité pour les contribuables. Il convient toutefois de garder à l'esprit que les méthodes d'évaluation en douane sont très normatives et peuvent ne pas être totalement alignées sur le principe de pleine concurrence tel qu'il s'applique à des fins de fiscalité directe.

3.6.6.7 L'interaction entre la fixation des prix de transfert et les méthodes d'évaluation en douane a fait l'objet d'une grande attention au niveau international. À la suite de deux conférences conjointes en 2006 et 2007, réunissant l'Organisation mondiale des douanes (OMD) et l'OCDE, il est apparu

clairement que l'harmonisation des deux systèmes n'était pas une proposition réaliste, d'autant plus que l'Accord de l'OMC sur l'évaluation en douane ne devrait pas être mis à jour à court ou moyen terme. Les discussions ont donc porté sur la mesure dans laquelle les douanes peuvent utiliser les informations relatives aux prix de transfert lorsqu'elles procèdent à l'examen des transactions entre parties liées. Selon le principe de l'évaluation en douane entre exportateurs et importateurs liés et lorsqu'il existe des doutes quant à la fiabilité du prix payé ou payable pour les marchandises, il convient de juger si la relation spéciale entre les parties a influé sur le prix en examinant « les circonstances de la vente » (paragraphe 2(a) de l'Article 1 de l'Accord de l'OMC sur l'évaluation).

3.6.6.8 Le Comité technique de l'évaluation en douane de l'OMD, qui a pour mandat d'assurer, sur le plan technique, l'uniformité de l'interprétation et de l'application de l'Accord de l'OMC sur l'évaluation en douane, a publié plusieurs instruments sur ce sujet²⁶. Ils sont brièvement résumés ci-après.

3.6.6.9 Le Commentaire 23.1 reconnaît le principe selon lequel une étude sur les prix de transfert peut être utilisée par les douanes au cas par cas pour examiner les circonstances de la vente. Conformément à ce principe général, l'étude de cas 14.1 présente un scénario dans lequel les douanes utilisent la documentation relative aux prix de transfert établis suivant la méthode TNMM pour confirmer que la relation entre les parties liées n'a pas influé sur les prix applicables à leur transaction.

3.6.6.10 L'étude de cas 14.2 fournit un autre exemple d'utilisation par les douanes d'informations sur les prix de transfert (fondée sur la méthode RPM) mais conclut en revanche que le prix à l'importation déclaré n'a pas été fixé d'une manière conforme aux pratiques de prix habituelles du secteur, mais a plutôt été influencé par le lien existant entre l'acheteur et le vendeur.

3.6.6.11 L'OMD a produit le document mentionné ci-dessus : « *OMD, Guide sur l'évaluation en douane et les prix de transfert* (nouvelle édition 2018) », qui comprend toutes les informations techniques pertinentes sur les deux méthodologies et explore les rapports entre les deux. Il s'agit d'un guide des bonnes pratiques à l'intention des administrations douanières et fiscales, ainsi qu'à l'intention des entreprises. En particulier, les administrations douanières et fiscales sont encouragées à collaborer plus étroitement, et le Guide souligne que les entreprises devraient tenir compte des besoins des douanes lorsqu'elles élaborent des stratégies de prix de transfert. À cette fin,

²⁶ OMD, *Guide sur l'évaluation en douane et les prix de transfert* (nouvelle édition 2018) ANNEXE III, VI et VII, lequel guide est disponible à l'adresse suivante : <http://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/fr/pdf/topics/key-issues/revenue-package/guide-evaluation-en-douane-prix-de-transfert.pdf>.

l'OMD a produit le document intitulé « *Directives visant à renforcer la coopération et l'échange d'informations entre les autorités douanières et les autorités fiscales au niveau national* (octobre 2016)²⁷ ». Ces directives visent à fournir des conseils et des idées aux douanes et aux administrations fiscales pour officialiser les contacts et renforcer la coopération existante au niveau national, sur une série de questions d'intérêt mutuel.

3.6.7 Utilisation de comparables secrets

3.6.7.1 Une crainte souvent exprimée par les contribuables, par les EMN en particulier, a trait aux aspects de collecte et de confidentialité des données obtenues par les autorités fiscales. Les autorités fiscales ont accès, selon leurs besoins, à des informations très sensibles et hautement confidentielles sur les contribuables telles que les données relatives aux marges, à la rentabilité et aux contrats commerciaux. Lorsqu'il est question de la confiance à l'égard du système fiscal, c'est de la nécessité de manipuler ces informations avec un grand soin dont il s'agit, d'autant plus que ces informations peuvent révéler des informations commerciales sensibles sur la rentabilité du contribuable, sur ses stratégies commerciales et ainsi de suite.

3.6.7.2 Par comparables secrets on entend généralement l'utilisation que font les autorités fiscales des informations ou des données relatives à un contribuable afin de vérifier les prix de transfert d'un autre contribuable. Le contribuable contrôlé n'a pas accès à ces informations – qui peuvent, par exemple, révéler des informations confidentielles sur un concurrent (c'est-à-dire le premier contribuable – celui auquel les données se rapportent).

3.6.7.3 L'administration fiscale doit se garder d'utiliser des comparables secrets, sauf si elle est en mesure, dans les limites de ses exigences nationales en matière de confidentialité, de divulguer les données au contribuable dont les transactions sont examinées. Cela peut assurer à ce dernier la possibilité de défendre adéquatement sa propre position et de garantir un contrôle judiciaire efficace de la part des tribunaux. Les contribuables soutiennent que l'utilisation de ces informations secrètes est contraire aux principes fondamentaux de l'équité, car le contribuable est tenu de comparer ses transactions contrôlées à des comparables qui ne lui sont pas accessibles, sans avoir la possibilité de remettre en cause la comparabilité ni de faire valoir que des ajustements sont nécessaires. Les contribuables affirment qu'il serait injuste pour eux de subir les conséquences d'ajustements apportés sur cette base, par exemple des

²⁷ OMD (2016), *Directives visant à renforcer la coopération et l'échange d'informations entre les autorités douanières et les autorités fiscales au niveau national*. Bruxelles : OMD, le quel guide est disponible à l'adresse suivante : <http://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/fr/pdf/topics/facilitation/instruments-and-tools/tools/guidelines-customs-tax-cooperation/directives-tax-douane.pdf?db=web>

ajouts au revenu, généralement assortis d'intérêts, de pénalités, etc. En outre, la double imposition ne peut pas être allégée si les comparables secrets ne peuvent pas être divulgués à l'autorité compétente d'un autre pays.

3.6.8 Complexité globale du processus

3.6.8.1 L'analyse de comparabilité semble simple en théorie, mais dans la pratique, il s'agit en fait d'un exercice laborieux, difficile, long et, le plus souvent, coûteux. La recherche d'informations, l'analyse de toutes les données provenant de diverses sources, la documentation de cette analyse ainsi que la justification des ajustements sont autant d'étapes qui nécessitent du temps et de l'argent. Il est donc important de relativiser la nécessité des analyses de comparabilité. L'objectif devrait être de garantir que le fardeau et les coûts de conformité assumés par un contribuable pour identifier les comparables potentiels et obtenir des informations détaillées à leur sujet sont raisonnables et proportionnés à la complexité de la transaction. Il est admis que le coût de l'obtention des informations peut être très problématique, surtout pour les entreprises de taille petite ou moyenne, mais aussi pour les groupes d'EMN qui gèrent de très nombreuses transactions contrôlées dans de multiples pays. Toutefois, il convient d'observer que ce fardeau ne peut justifier tout laxisme en matière des normes de comparabilité.

3.6.8.2 Ces considérations en matière de ressources sont au moins tout aussi importantes pour de nombreux pays en développement, et des efforts doivent être consentis afin de faire en sorte que leur position ne soit pas lésée par l'insuffisance de ces ressources indispensables pour garantir la détermination des prix de pleine concurrence des transactions dans leurs juridictions.

3.6.8.3 Lorsqu'une analyse de comparabilité est entreprise, il n'est pas nécessaire d'effectuer une recherche exhaustive de toutes les sources d'informations potentiellement utiles. Les contribuables et les administrations fiscales devraient faire preuve de jugement au moment de déterminer si des comparables particuliers sont fiables.

3.7 Conclusion

3.7.1 L'analyse de comparabilité fait passer le domaine des prix de transfert de la théorie à la pratique – la transposition du principe de pleine concurrence en choix de comparables fiables et de méthodes de prix de transfert appropriées, qui finalement aboutissent à un prix de transfert. Tout cela est facilité par l'analyse de comparabilité.

3.7.2 L'analyse de comparabilité est une étape essentielle de toute analyse des prix de transfert pour acquérir une bonne compréhension des caractéristiques économiquement significatives de la transaction contrôlée et des

rôles respectifs des parties à cette transaction. Elle contribuera au choix de la méthode de fixation des prix de transfert la plus appropriée aux circonstances propres au cas d'espèce. Cette partie du processus est basée sur des faits et exige du contribuable et de l'administration fiscale qu'ils démontrent leur compréhension du fonctionnement des entreprises.

3.7.3 Puis, dans la plupart des cas, l'application de la méthode de prix de transfert choisie reposera sur l'identification des transactions comparables sur le marché libre. Cette partie du processus peut être particulièrement compliquée, surtout dans les pays qui n'ont qu'un accès limité à des comparables potentiels. Il vaut la peine de souligner que des solutions existent pour contourner ce problème, notamment grâce à la collecte d'informations sur les comparables internes (c'est-à-dire des transactions entre le contribuable ou son entreprise associée et une partie tierce) lorsqu'elles existent, à la collecte d'informations publiques sur des tiers (par exemple des concurrents) qui sont susceptibles de participer à des transactions sur le marché libre qui sont comparables à celle du contribuable, ou à l'utilisation éventuelle de bases des données d'un autre pays.

3.7.4 Il est clair que l'analyse de comparabilité devrait être aussi fiable que possible afin de parvenir au prix ou au bénéfice de pleine concurrence approprié (ou à l'intervalle de prix ou de bénéfices). Cette analyse de comparabilité peut exiger du contribuable ou des autorités fiscales la conduite d'une analyse fonctionnelle détaillée qui s'appuie sur une grande variété de sources, divers facteurs et, si nécessaire, une série d'ajustements de comparabilité afin d'obtenir un ensemble approprié de points de référence (ou de comparables). Les choix effectués au cours de cette analyse doivent être justifiés, et l'ensemble du processus doit être soigneusement documenté.

3.7.5 Il est essentiel de relativiser la nécessité de réaliser des analyses de comparabilité, compte tenu de l'ampleur du fardeau conformité et des coûts supportés par le contribuable ou l'administration fiscale qui peuvent surgir pour identifier les comparables potentiels et obtenir des informations détaillées. Les contribuables et les administrations fiscales devraient faire preuve de jugement au moment de déterminer si des comparables particuliers sont fiables.

3.7.6 En outre, comme indiqué dans l'introduction, l'absence de comparables pour une transaction contrôlée donnée ne signifie pas que celle-ci est, ou n'est pas, de pleine concurrence ou que le principe de pleine concurrence ne peut pas être appliqué. Ce point revêt une importance particulière compte tenu de la prévalence croissante des modèles d'entreprise intégrés et des transactions impliquant des actifs incorporels uniques pour lesquels des comparables peuvent ne pas être disponibles. La nécessité d'une analyse fiable doit donc être imprégnée de pragmatisme – il ne faudrait pas fixer des attentes irréalistes pour les analyses de comparabilité.

4 Méthodes

4.1 Introduction aux méthodes de prix de transfert

4.1.1 Ce chapitre décrit plusieurs méthodes de prix de transfert et explique comment on peut les appliquer dans la pratique pour déterminer les prix de pleine concurrence. Les méthodes de prix de transfert (ou « méthodologies ») permettent d'établir ou de vérifier le caractère de pleine concurrence des prix ou des bénéfices. Elles offrent donc des moyens de calculer les prix ou les bénéfices de pleine concurrence des transactions entre entreprises associées. Comme on l'indique dans le chapitre 3 sur l'analyse de comparabilité, les transactions entre entreprises liées pour lesquelles un prix de pleine concurrence doit être établi sont appelées « transactions contrôlées ». Choisir une méthode de prix de transfert, c'est en fait désigner le mécanisme par lequel une transaction contrôlée sera comparée à des transactions comparables sur le marché libre sur la base des prix ou d'autres résultats. C'est ainsi que l'application des méthodes de prix de transfert garantit la conformité des transactions au principe de pleine concurrence. Il est important de souligner que bien que le terme « marge bénéficiaire » soit utilisé, les sociétés peuvent tout de même déclarer des pertes réelles dans des conditions de pleine concurrence. En outre, les méthodes de prix de transfert ne sont pas déterminantes en soi. Lorsqu'une entreprise associée déclare un montant de revenu de pleine concurrence, sans utiliser explicitement l'une des méthodes de prix de transfert reconnues, cela ne signifie pas automatiquement que ses prix ne sont pas de pleine concurrence et que des ajustements doivent être apportés.

4.1.2 Choix des méthodes (comment, pourquoi et leurs utilisation)

4.1.2.1 Chaque fois, l'objectif sera d'identifier la méthode la plus appropriée au cas particulier. Les considérations dont on tiendra compte dans le choix d'une méthode sont les suivantes : les forces et les faiblesses respectives de chaque méthode; la nature de la transaction contrôlée; la disponibilité des données requises pour appliquer avec fiabilité la méthode choisie (en particulier les données sur les comparables sur le marché libre); et le degré de comparabilité entre les transactions contrôlées et celles sur le marché libre.

4.1.2.2 Le choix de la méthode est une partie importante de l'analyse de comparabilité décrite au chapitre 3. Le point de départ, dans le processus de sélection d'une méthode, consiste à acquérir une bonne compréhension de la transaction contrôlée (entrante ou sortante) au moyen de l'analyse fonctionnelle. L'analyse fonctionnelle jette les bases du choix de la méthode de prix de transfert la plus appropriée, car elle aide à :

- Identifier et délimiter avec précision les transactions intragroupes (l'expression « délimitation précise » désigne l'établissement des faits entourant la transaction en fonction des éléments de preuves disponibles, y compris les actions pertinentes des parties);
- Définir les caractéristiques que devrait présenter une transaction ou une fonction sur le marché libre particulière pour pouvoir se prêter à une comparaison;
- Déterminer les ajustements devant être apportés aux transactions comparables;
- Vérifier la fiabilité relative de la méthode de prix de transfert choisie;
- Déterminer au fil du temps s'il est approprié d'adopter une autre méthode de prix de transfert lorsque la transaction, la fonction, l'allocation des risques ou l'affectation des actifs contrôlés a changé.

4.1.2.3 L'analyse fonctionnelle comporte les éléments principaux que voici : l'analyse des fonctions exercées, l'analyse des actifs utilisés ou apportés et l'analyse des risques assumés par chacune des parties à la transaction. L'analyse fonctionnelle est décrite et examinée en profondeur à la section 3.4.4 du chapitre 3. Un résumé est fourni ci-après pour situer le contexte entourant le choix d'une méthode appropriée.

4.1.2.4 Les fonctions exercées : L'analyse fonctionnelle identifie et décrit les activités exercées par chacune des parties intéressées – conception des produits, approvisionnement, logistique entrante, fabrication, recherche et développement (R&D), assemblage, gestion des stocks, logistique sortante, activités de commercialisation et de vente, services après-vente, activités de soutien, autres services, publicité, financement et gestion, et ainsi de suite. L'analyse fonctionnelle doit préciser laquelle des parties exerce chacune des activités et l'intensité avec laquelle elle le fait. Lorsque les deux parties à une transaction exercent une même activité, l'analyse fonctionnelle devrait faire ressortir les différences pertinentes entre les deux; par exemple, si les deux parties possèdent des stocks, mais que la société A les conserve pour une période allant jusqu'à deux ans tandis que la société B s'en sépare au bout d'un mois, l'analyse fonctionnelle devrait relever

ce fait. Les activités qui apportent le plus de valeur ajoutée doivent être identifiées et analysées en profondeur.

4.1.2.5 Les risques assumés: L'analyse fonctionnelle devrait identifier les risques assumés et pris en charge par chacune des parties. En voici des exemples : le risque financier (devise, taux d'intérêt, risques liés au financement, etc.), le risque de crédit et le risque lié à la perception (risque commercial ou de crédit commercial), le risque opérationnel (risque de défaillance des systèmes), le risque lié au prix des produits de base, le risque lié aux stocks et aux coûts de possession des articles en stock, le risque lié à l'activité de R&D, les risques environnementaux et réglementaires, le risque de marché (risque politique lié au pays, à la fiabilité des clients, à la fluctuation de la demande et des prix) et le risque lié aux produits (risque de responsabilité liés aux produits, risque et coûts de garantie, caractère exécutoire des contrats et risque d'obsolescence des produits). La partie qui assume un risque s'attend à réaliser des bénéfices plus élevés que celle qui n'en assume pas; et sera redevable des frais engagés et peut-être de la perte correspondante si et quand le risque se matérialise.

4.1.2.6 Les actifs utilisés ou apportés : L'analyse fonctionnelle doit recenser les actifs utilisés ou apportés par chacune des parties en faisant la distinction entre les actifs corporels et incorporels. Les actifs corporels comme les biens immobiliers, les usines et l'équipement doivent être financés et nécessitent un investissement en immobilisations dont le rendement escompté à long terme est normalement fondé sur son affectation et son niveau de risque. Les actifs incorporels sont très importants, car ils sont une source majeure d'avantage concurrentiel du fait de leur création et de leur utilisation. Certains actifs incorporels bénéficient d'une protection juridique (par exemple, les brevets, les marques, les noms commerciaux), mais d'autres moins protégés juridiquement peuvent être tout aussi importants et précieux (par exemple, le savoir-faire, les secrets commerciaux, les actifs incorporels de commercialisation, etc.)²⁸.

4.1.2.7 Interaction entre les facteurs ci-dessus : De nos jours, les activités des EMN tendent à être davantage intégrées par-delà les frontières juridictionnelles, tandis que les fonctions, les risques et les actifs sont souvent partagés entre les entités de différentes juridictions. Cela rend les analyses fonctionnelles à la fois plus laborieuses et plus pertinentes. L'analyse fonctionnelle permet d'affecter à chacune des parties liées les fonctions exercées, les risques assumés et les actifs utilisés qui lui sont propres. Elle peut révéler, par exemple, qu'une société exerce une fonction particulière, mais que c'est l'autre partie à la transaction qui en

²⁸ Voir le Glossaire pour la définition des « actifs incorporels de commercialisation »; un terme également largement utilisé dans *les Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert*.

assume le coût. L'analyse fonctionnelle peut faire ressortir ce fait, puis se pencher sur l'allocation du risque d'un point de vue juridique ainsi que sur la substance économique de la transaction. Un autre exemple serait celui d'une société qui exerce une fonction particulière et en assume le coût, mais qui partage l'avantage escompté avec l'autre partie à la transaction. L'analyse fonctionnelle peut attirer l'attention sur un tel fait et déterminer laquelle des parties assume le risque du point de vue juridique et lequel assume le risque inhérent à la substance économique de la transaction. L'analyse fonctionnelle comprend généralement un examen du secteur d'activité de la partie testée, des modalités contractuelles de la transaction en cause, des circonstances économiques des parties et des stratégies commerciales qu'elles emploient. L'analyse fonctionnelle permet d'identifier les transactions dont on s'attend qu'elles apportent un avantage à une partie liée et qui nécessitent un rendement de pleine concurrence.

4.1.2.8 Choix d'une méthode en conséquence de l'analyse fonctionnelle : Une fois l'analyse fonctionnelle achevée, l'application d'une méthode de prix de transfert conjuguée à l'évaluation de transactions comparables peut être envisagée. Typiquement, les méthodes de prix de transfert s'appuient sur des données comparables; l'absence de tels comparables peut rendre une méthode particulière – même si elle peut sembler préférable au départ – inapplicable, et une autre méthode, plus fiable. Ces transactions comparables sont également appelées « transactions sur le marché libre » parce que les parties à ces transactions sont indépendantes les unes des autres. Bien que les transactions sur le marché libre entre entreprises non liées indépendantes soient généralement utilisées à titre de comparables pour les besoins des prix de transfert, concrètement, il n'est parfois pas possible de repérer des données fiables qui soient étroitement comparables sur un même marché. Dans ces cas, les contribuables et l'administration fiscale devraient s'en remettre à des solutions pratiques et ce, en toute bonne foi. Les questions de comparabilité sont approfondies dans le chapitre 3.

4.1.2.9 Parmi les solutions à envisager dans les cas où il est difficile de repérer des comparables, on compte les suivantes :

- Recherche de comparables dans d'autres industries, là où des sociétés comparables exercent des fonctions, utilisent des actifs et assument des risques similaires;
- Recherche de comparables dans les régions géographiques qui présentent certaines similitudes clés avec le pays d'exploitation d'une société;
- Utilisation d'analyses sectorielles (accessibles au public ou réalisées en interne par la société) pour déterminer les niveaux de bénéfice que l'on peut raisonnablement attendre pour diverses

fonctions courantes (par exemple, la production, les services, la distribution).

Les suggestions ci-dessus ne se veulent pas exhaustives, et l'ordre dans lequel elles apparaissent ne suppose aucune préférence. Ces approches sont plutôt présentées à titre d'exemples de ce qui pourrait être fait et le sont à titre d'information uniquement. En raison des difficultés d'accès aux données (accessibles au public), il peut être nécessaire, dans certains cas, d'utiliser des méthodes autres que celles présentées précédemment. On peut trouver des conseils supplémentaires sur cette question en consultant la Boîte à outils sur les prix de transfert de la Plateforme de collaboration sur les questions fiscales (voir le paragraphe 2.5.3.2).

4.1.2.10 Actifs incorporels : Au nombre des éléments qui méritent considération quant au choix de la méthode la plus appropriée dans les circonstances entourant une transaction, notons l'importance de déterminer quelle partie a mis au point ou a acquis l'actif incorporel utilisé et à quelles fins, quelle partie en a la propriété juridique et quelle partie en tire un avantage. La partie qui a mis au point un actif incorporel et qui a assumé les risques afférents devrait pouvoir en tirer un avantage, par exemple :

- en vendant cet actif ou en accordant une licence sur cet actif à la partie qui l'exploite; ou
- en exploitant cet actif lui-même, notamment au moyen d'une hausse du prix des produits ou des services qui en tirent parti²⁹.

4.1.3 Choix des méthodes disponibles

4.1.3.1 Il y a deux catégories générales de méthodes. Les « méthodes traditionnelles fondées sur les transactions » comprennent la méthode du prix comparable sur le marché libre (*Comparable Uncontrolled Price Method* ou *CUP*), la méthode du coût majoré (*Cost Plus Method* ou *CPM*) et la méthode du prix de revente (*Resale Price Method* ou *RPM*). Les « méthodes transactionnelles de bénéfices » comprennent la méthode transactionnelle de la marge nette (*Transactional Net Margin Method* ou *TNMM*) et la méthode transactionnelle du partage des bénéfices (*Profit Split Method* ou *PSM*). Un certain nombre de juridictions appliquent également d'« autres méthodes » réputées fournir des résultats de pleine concurrence; cependant, il faut veiller à ce que ces méthodes soient appliquées de manière à être conformes au principe de pleine concurrence.

4.1.3.2 Ce Manuel ne préconise aucune méthode en particulier. La méthode

²⁹ Se référer au chapitre 6 sur les actifs incorporels.

la plus appropriée devrait être choisie en tenant compte des faits et des circonstances du cas d'espèce. Le contribuable devrait, par exemple, tenir compte de la nature de la transaction, des conclusions de l'analyse fonctionnelle, des facteurs de comparabilité, de l'existence de transactions comparables et des ajustements pouvant être apportés aux données pour améliorer leur comparabilité. Pour une analyse approfondie sur cette question, voir le chapitre 3.

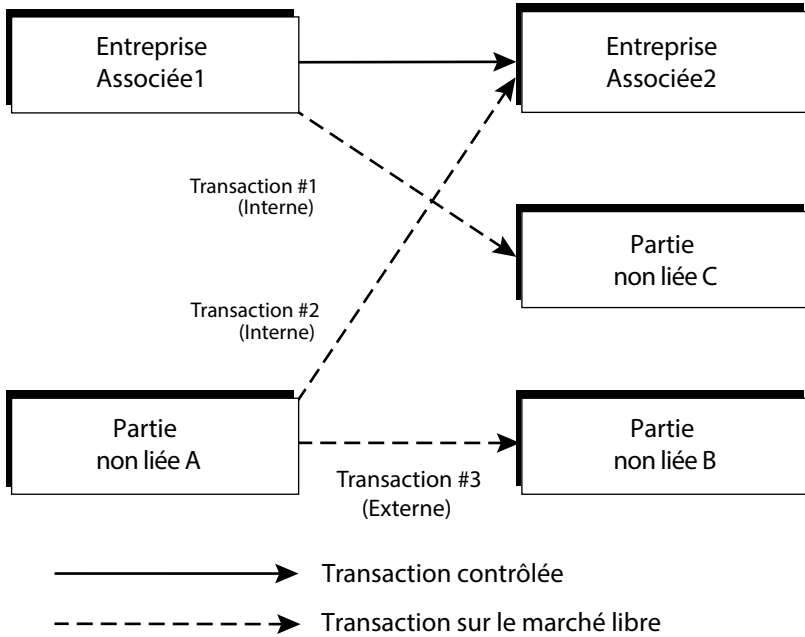
4.1.3.3 Une fois qu'une méthode a été choisie et appliquée, le contribuable est généralement censé la reproduire de manière uniforme. En supposant qu'une méthode de prix de transfert appropriée soit appliquée, il n'est généralement pas nécessaire de la remplacer à moins que les faits, les fonctionnalités ou la disponibilité des données changent de manière pertinente.

4.2 Méthodes traditionnelles fondées sur les transactions : Méthode du prix comparable sur le marché libre (*Comparable Uncontrolled Price* ou *CUP*)

4.2.1 Introduction à la méthode CUP

4.2.1.1 La méthode du prix comparable sur le marché libre (CUP) consiste à comparer le prix facturé pour un transfert de bien ou de service dans le cadre d'une transaction contrôlée et dans le cadre d'une transaction sur le marché libre, dans des circonstances comparables. Cette méthode peut aussi parfois être utilisée pour déterminer le taux de redevance de pleine concurrence pour un actif incorporel ou le taux d'intérêt de pleine concurrence pour un prêt. Les transactions comparables utilisées dans la méthode CUP peuvent être « internes » ou « externes ». La figure 4.D.1 ci-dessous illustre cette distinction dans le contexte d'une étude de cas particulière.

Figure 4.D.1
Méthode du prix comparable sur le marché libre (CUP)



4.2.1.2 Faits de l'étude de cas : La transaction contrôlée représentée dans cette figure porte sur la vente de vélos par l'entreprise associée 1 (un fabricant de vélos dans le pays 1) à l'entreprise associée 2 (un importateur de vélos dans le pays 2), qui achète, importe et revend les vélos à des vendeurs de vélos indépendants dans le pays 2. L'entreprise associée 1 est la société mère de l'entreprise associée 2.

4.2.1.3 En appliquant la méthode CUP pour déterminer si le prix facturé pour les vélos vendus dans le cadre de cette transaction contrôlée est conforme au principe de pleine concurrence, on suppose que les informations suivantes sont connues pour fin d'examen :

- Le prix facturé pour les vélos vendus dans le cadre d'une transaction comparable sur le marché libre entre l'entreprise associée 1 et la partie non liée C (c'est-à-dire la transaction n°1);
- Le prix facturé pour les vélos vendus dans le cadre d'une transaction comparable sur le marché libre entre l'entreprise associée 2 et la partie non liée A (c'est-à-dire la transaction n°2);

- Le prix payé pour les vélos vendus dans le cadre d'une transaction comparable sur le marché libre entre la partie non liée A et la partie non liée B (c'est-à-dire la transaction n°3).

4.2.1.4 Les transactions comparables sur le marché libre – telles que les transactions n°1 ou n°2 – conclues entre la partie testée et une partie indépendante sont appelées comparables « internes ». Les transactions comparables sur le marché libre (dans l'exemple, la transaction n°3) conclues entre deux parties dont aucune n'est une entreprise associée sont appelées comparables « externes ». L'application de la méthode CUP s'appuie sur une comparaison transactionnelle détaillée dans le cadre de laquelle la transaction contrôlée est comparée aux transactions sur le marché libre en fonction des cinq facteurs de comparabilité mentionnés au chapitre 3.

4.2.2 Comparabilité dans l'application de la méthode du prix comparable sur le marché libre (CUP)

4.2.2.1 Lorsqu'on applique la méthode CUP, on juge qu'une transaction sur le marché libre est comparable à une transaction contrôlée si :

- Aucune différence entre les transactions comparées ne peut influencer sur le prix de manière significative; ou
- Des ajustements raisonnablement précis peuvent être apportés pour tenir compte des différences significatives entre la transaction contrôlée et la transaction sur le marché libre.

4.2.2.2 Dans le cadre de l'analyse de comparabilité, les transactions contrôlées sont comparées aux transactions sur le marché libre sur la base des facteurs de comparabilité mentionnés précédemment et détaillés au chapitre 3. Pour déterminer, par exemple, le degré de comparabilité entre les transactions contrôlées et la transaction sur le marché libre n°1 de la figure 4.D.1, les facteurs suivants doivent être pris en compte : (i) les caractéristiques des produits transférés ou des services fournis, (ii) les modalités contractuelles, (iii) les circonstances économiques et (iv) les stratégies commerciales. Pour ce qui est de l'analyse fonctionnelle, il faut analyser les fonctions exercées, les risques assumés et les actifs utilisés ou apportés.

4.2.2.3 La comparabilité des produits doit être examinée de près dans la méthode CUP. Les différences entre les produits vendus ou les services fournis dans le cadre de la transaction contrôlée et des transactions sur le marché libre peuvent influencer de manière significative sur les prix. La méthode CUP est particulièrement appropriée dans les cas où une entreprise indépendante achète ou vend des produits ou fournit des services identiques ou très semblables à ceux qui font l'objet de la transaction contrôlée.

4.2.2.4 Bien que la comparabilité des produits soit importante pour l'application de la méthode CUP, les autres facteurs de comparabilité ne devraient pas être négligés. Les modalités contractuelles et les conditions économiques constituent également des facteurs de comparabilité importants. S'il y a des différences entre la transaction contrôlée et les transactions sur le marché libre, des ajustements doivent être apportés pour améliorer la fiabilité.

4.2.2.5 Des ajustements raisonnablement précis sont possibles pour tenir compte des différences liées aux éléments suivants :

- Type et qualité des produits. Par exemple, les fèves de café kenyan sans marque par rapport aux fèves de café brésilien sans marque;
- Modalités de livraison. Par exemple, l'entreprise associée 1 de la figure 4.D.1 vend des vélos semblables à ceux que vend l'entreprise associée 2 à la partie non liée C. Toutes les informations pertinentes sur la transaction contrôlée et les transactions sur le marché libre sont connues de l'entreprise associée 1, et il est donc probable que toutes les différences significatives entre les transactions puissent être reconnues³⁰. Le prix sur le marché libre peut être ajusté pour tenir compte de la différence des modalités de livraison afin d'éliminer l'effet de cette différence sur le prix;
- Volume de ventes et rabais connexes. Par exemple, l'entreprise associée 1 vend 5 000 vélos à l'entreprise associée 2 au prix de 90 \$ US par vélo, tandis qu'elle vend 1 000 vélos semblables à ceux de la partie non liée C. L'effet des différences de volume sur les prix doit être analysé et, si cet effet est significatif, des ajustements doivent être apportés, par exemple en fonction des rabais sur les volumes dans des marchés similaires;
- Caractéristiques des produits. Par exemple, les transactions sur le marché libre avec une partie non liée de la figure 4.D.1 portent sur des vélos ayant subi des modifications. En revanche, les vélos vendus dans le cadre de la transaction contrôlée ne comprennent

³⁰On suppose que les circonstances entourant la transaction contrôlée et les transactions sur le marché libre sont similaires. La seule différence significative entre les transactions tient au fait que le prix pratiqué dans la transaction contrôlée est un prix à la porte (c'est-à-dire incluant les frais de transport et les coûts d'assurance), alors que celui de la transaction sur le marché libre n°3 est établi à *la sortie* de l'usine, l'acheteur assumant la responsabilité de la livraison à partir du lieu désigné, qui est l'usine de l'entreprise associée 1 (l'« usine »). Il est possible de procéder à des ajustements raisonnablement précis pour tenir compte de cette différence.

pas ces modifications. Si les modifications apportées au produit ont un effet significatif sur le prix, alors les prix sur le marché libre doivent être ajustés pour tenir compte de cette différence de prix;

- Modalités contractuelles. Par exemple, l'entreprise associée 1 vend des vélos à l'entreprise associée 2 en négociant un délai de paiement de 90 jours, tandis que les modalités contractuelles stipulent que toutes les ventes à la partie non liée C font l'objet d'un paiement à la livraison;
- Partage des risques. Par exemple, l'entreprise associée 1 est exposée au risque lié aux stocks découlant des ventes de l'entreprise associée 2 et au risque de défaillance des clients de cette dernière en regard des prêts consentis à l'achat; par ailleurs, dans la transaction entre l'entreprise associée 1 et la partie non liée C, la partie non liée C est exposée au risque lié aux stocks et au risque de défaillance de ses clients. Il faut analyser cette différence dans le partage des risques et en mesurer l'effet sur le prix avant que les prix de l'entreprise associée 2 puissent être jugés comparables à ceux de la partie non liée C;
- Facteurs géographiques. Par exemple, l'entreprise associée 1 vend des vélos à l'entreprise associée 2 située en Afrique du Sud, tandis que la partie non liée C, à laquelle l'entreprise 1 vend également les mêmes vélos, est située en Égypte. La seule différence significative qui a pu être identifiée entre la transaction contrôlée et les transactions sur le marché libre concerne le lieu de vente. Pour procéder à des ajustements afin de tenir compte de cette différence, il faudrait peut-être envisager, par exemple, les différences de taux d'inflation entre l'Afrique du Sud et l'Égypte, la compétitivité du marché des vélos dans les deux pays et les différences de réglementation gouvernementale, le cas échéant.

4.2.2.6 Des ajustements raisonnablement précis peuvent ne pas être possibles pour les :

- Marques uniques et de valeur. Supposons que l'entreprise associée 1 de la figure 4.D.1 fabrique des produits de marque de grande valeur et appose sa marque de valeur sur les produits transférés dans le cadre de la transaction contrôlée, alors que la transaction sur le marché libre n°1 porte sur un transfert de produits sans marque. L'effet de la marque sur le prix d'une montre peut être significatif. Cependant, il sera difficile, voire impossible, de tenir compte de l'effet de la marque sur le prix, car la marque est un actif

incorporel unique. Si aucun ajustement raisonnablement précis ne peut être apporté pour tenir compte d'une différence significative entre les produits, la méthode CUP peut ne pas convenir pour cette transaction;

- Différences fondamentales entre les produits. Par exemple, si les produits qui font l'objet de la transaction comparable envisagée sont considérablement différents des produits vendus, il pourrait ne pas être possible de procéder à des ajustements pour éliminer les effets des différences entre les produits.

4.2.2.7 Bien qu'il soit souvent difficile d'apporter des ajustements propres à remédier aux sources de non-comparabilité décrites ci-dessus, la méthode CUP ne devrait pas automatiquement être écartée parce qu'il est nécessaire d'apporter des ajustements. Des ajustements raisonnablement précis sont souvent possibles. En revanche, lorsqu'il y a des différences significatives entre les transactions et que des ajustements raisonnablement précis ne peuvent pas être apportés, la fiabilité de la méthode CUP s'en trouve réduite. Dans ces circonstances, une autre méthode de prix de transfert peut mieux convenir.

4.2.3 Forces et faiblesses de la méthode du prix comparable sur le marché libre (CUP)

4.2.3.1 Les points forts de la méthode CUP sont notamment les suivants :

- Elle s'appuie sur une analyse bilatérale, car le prix de référence est celui qui a été accepté par deux parties non liées à la transaction;
- Cette méthode élude la difficulté d'avoir à désigner laquelle des parties liées impliquées dans la transaction contrôlée devrait être testée à des fins de prix de transfert³¹;
- Cette méthode requiert une comparaison transactionnelle directe avec une transaction similaire entre parties non liées. Ceci signifie que la mesure du prix de concurrence résultant de cette méthode est plus directe que celle des autres méthodes, qui déterminent toutes le prix de pleine concurrence de manière indirecte, à partir d'une analyse des bénéfices de pleine concurrence. Comme la méthode

³¹ Ce problème se pose dans les deux autres méthodes traditionnelles fondées sur les transactions. Dans les autres méthodes traditionnelles, le prix de transfert est déterminé du point de vue de la partie testée dans l'analyse. Par exemple, selon la méthode RPM, la société de vente liée sera la partie testée dans l'analyse des prix de transfert. Selon la méthode CPM, le fabricant lié sera la partie testée. Le prix de transfert qui résultera de chacune de ces deux méthodes peut très bien ne pas être le même. Le choix de la partie testée est également déterminant dans la méthode TNMM.

CUP est plus directe, elle est moins sensible aux différences dues aux facteurs de prix sans lien avec la fixation des prix de transfert (par exemple les différences dans le traitement comptable des coûts entre la partie contrôlée et les parties indépendantes);

- Elle peut être plus facilement utilisée dans des cas tels que, par exemple, les transactions portant sur des produits de base.

4.2.3.2 La faiblesse de la méthode CUP réside dans la difficulté de repérer des transactions comparables sur le marché libre qui répondent aux critères de comparabilité qu'il faut respecter, tout particulièrement en ce qui concerne la comparabilité des produits, de la propriété intellectuelle ou des services.

4.2.4 Quand utiliser la méthode du prix comparable sur le marché libre (CUP)

4.2.4.1 Lorsqu'il est possible de repérer des transactions comparables sur le marché libre, la méthode CUP est généralement très fiable pour déterminer si les modalités des transactions commerciales et financières entre entreprises associées sont conformes au principe de pleine concurrence. Cela suppose que tout expert devrait toujours étudier la faisabilité de l'utilisation de cette méthode. En d'autres termes, l'expert devrait déterminer s'il est possible de repérer des comparables internes ou externes acceptables. En ce qui concerne les comparables internes, la question qui devrait être posée dans toutes les analyses est la suivante : l'une des entreprises associées a-t-elle conclu des transactions similaires avec des entreprises indépendantes ?

4.2.4.2 Relativement à l'exemple illustré dans la figure 4.D.1 ci-dessus, en fait, deux questions distinctes doivent être posées : (i) si l'entreprise associée 1 vend des vélos comparables à une partie non liée et (ii) si l'entreprise associée 2 achète des vélos comparables à un ou plusieurs fabricants de vélos non liés. Si la réponse à l'une ou l'autre de ces questions est affirmative, l'étape suivante de l'analyse consiste à déterminer le degré de comparabilité entre la transaction contrôlée et les transactions sur le marché libre en s'appuyant sur des facteurs de comparabilité.

4.2.4.3 Les comparables externes peuvent être difficiles à repérer en pratique, à moins que les transactions ne portent sur un produit ou un service assez courant et semblable à bien d'autres. Toutefois, les avantages de la méthode CUP sont si importants qu'il vaut la peine de déployer beaucoup d'efforts pour pouvoir y recourir.

4.2.4.4 L'expérience montre que la méthode CUP sera la plus utile là où :

- Une des entreprises associées impliquées dans la transaction conclut également des transactions comparables sur le marché libre avec une entreprise indépendante (c'est-à-dire qu'un comparable interne existe). Dans un tel cas, toutes les informations pertinentes sur les transactions sur le marché libre sont accessibles, et il est donc probable que toutes les différences significatives entre la transaction contrôlée et les transactions sur le marché libre puissent être identifiées;
- Les transactions portent sur des biens comme des produits de base, de sorte que les différences entre les biens sont mineures ou peuvent être facilement prises en compte.

4.2.5 Exemples de cas de l'application de la méthode du prix comparable sur le marché libre (CUP)

4.2.5.1 Exemple 1 : Ventes comparables d'un même produit

La société MCO, un fabricant, vend le même produit à des distributeurs contrôlés et indépendants. Les circonstances entourant la transaction contrôlée et les transactions sur le marché libre sont essentiellement les mêmes, sauf que le prix de vente pratiqué dans la transaction contrôlée inclut la livraison alors que les ventes sur le marché libre sont effectuées sur une base franco à bord (FAB) à partir de l'usine de MCO (ce qui signifie que l'acheteur assume les frais de livraison pour le reste du transit). Les différences entre les modalités contractuelles liées au transport et à l'assurance ont généralement un effet certain et raisonnablement vérifiable sur le prix, de sorte que des ajustements doivent être apportés aux résultats de la transaction sur le marché libre pour tenir compte de ces différences. Aucune autre différence significative n'a été identifiée entre la transaction contrôlée et les transactions sur le marché libre. Comme MCO participe à des transactions tant contrôlées que sur le marché libre, il est probable que toutes les différences significatives entre ces deux types de transactions aient été identifiées. Dans ce cas, la méthode CUP est appliquée en se référant à une transaction comparable sur le marché libre qui ne présente pas de différences avec la transaction contrôlée sur le plan du produit lui-même, seulement des différences contractuelles mineures qui ont un effet certain et raisonnablement vérifiable sur le prix. L'application de la méthode CUP fournira donc la mesure la plus directe et la plus fiable d'un résultat de pleine concurrence.

4.2.5.2 Exemple 2 : Effet de la marque

Les faits sont les mêmes que dans l'exemple 1, sauf que la société MCO appose sa marque de valeur sur les produits vendus dans le cadre des transactions contrôlées, ce qu'il ne fait pas dans le cadre des transactions sur le marché libre. L'examen des faits révèle que l'effet de la marque sur le prix est significatif et ne peut pas être estimé de manière fiable. Comme les produits diffèrent passablement et qu'aucun ajustement ne peut être apporté avec fiabilité, la méthode CUP a peu de chances de fournir une mesure fiable du résultat de pleine concurrence.

4.2.5.3 Exemple 3 : Différences mineures entre les produits

Les faits sont les mêmes que dans l'exemple 1, sauf que la société MCO, qui fabrique des machines de bureau, modifie très légèrement leurs propriétés physiques pour répondre aux exigences particulières d'un client dans le cadre de ventes contrôlées. Toutefois, la société MCO ne modifie pas ses machines vendues sur le marché libre. C'est seulement si les différences mineures entre les produits ont un effet significatif et raisonnablement vérifiable sur le prix que des ajustements devraient être apportés aux résultats des transactions sur le marché libre pour tenir compte de ces différences. Ces résultats ajustés peuvent alors être utilisés pour fournir une mesure du résultat de pleine concurrence.

4.2.5.4 Exemple 4 : Effet des différences géographiques

La société FM, un fabricant d'appareils radio destinés à un créneau spécialisé, vend ses radios à un distributeur contrôlé, la société AM, dans la région occidentale du pays A. La société FM vend aussi ses radios à des distributeurs indépendants pour desservir d'autres régions du pays A. La transaction contrôlée porte sur le même produit que les transactions sur le marché libre, et tous les facteurs pouvant influencer sur toutes ces transactions sont essentiellement les mêmes, à l'exception des différences géographiques. Si ces différences géographiques ne sont pas susceptibles d'avoir un effet significatif sur le prix ou si elles ont des effets certains et raisonnablement vérifiables qui peuvent être pris en compte, alors les résultats (ajustés) des ventes sur le marché libre peuvent être utilisés dans le cadre de la méthode CUP pour déterminer le prix de pleine concurrence. En revanche, lorsque les effets des différences géographiques sont significatives sans être raisonnablement vérifiables, la fiabilité des résultats s'en trouve réduite. Toutefois, la

méthode CUP peut quand même fournir la mesure la plus fiable d'un résultat de pleine concurrence par rapport à l'application d'autres méthodes de prix de transfert.

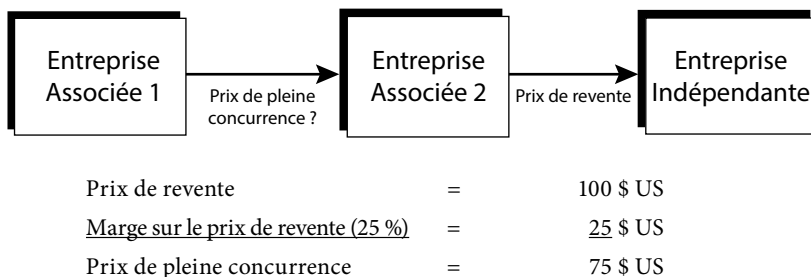
4.3 Méthodes traditionnelles fondées sur les transactions: Méthode du prix de revente (*Resale Price Method* ou *RPM*)

4.3.1 Introduction à la méthode du prix de revente

4.3.1.1 La méthode RPM est une autre des méthodes traditionnelles fondées sur les transactions qui peuvent être utilisées pour déterminer si une transaction est conforme au principe de pleine concurrence. Elle est centrée sur la société de vente liée qui, en tant que partie testée dans l'analyse des prix de transfert, exerce les fonctions de commercialisation et de vente. Cette méthode est illustrée dans la figure 4.D.2 ci-après.

4.3.1.2 La méthode RPM analyse le prix d'un produit facturé par une société de vente liée (l'entreprise associée 2 dans la figure 4.D.2) à un client indépendant (c'est-à-dire le prix de revente) afin de déterminer la marge brute de pleine concurrence dégagée par cette société de vente pour couvrir ses frais de vente, ses frais généraux et ses dépenses administratives, tout en réalisant un bénéfice approprié. Le niveau de bénéfice approprié est déterminé sur la base des fonctions qu'elle exerce, des actifs qu'elle utilise et des risques qu'elle assume. Le prix du produit qui en résulte peut être considéré comme le prix de pleine concurrence des transactions intragroupes entre la société de vente (l'entreprise associée 2) et une société liée (l'entreprise associée 1). Comme la méthode est fondée sur les bénéfices bruts de pleine concurrence plutôt que sur la détermination directe des prix de pleine concurrence (procédé employé par la méthode CUP), la méthode RPM exige une comparabilité transactionnelle (fondée sur le produit) moins directe que la méthode CUP.

Figure 4.D.2
Méthode du prix de revente (RPM)



4.3.1.3 Par conséquent, dans le cadre de la méthode RPM, le point de départ de l'analyse est la société de vente. Conformément à cette méthode, le prix de transfert des produits vendus entre la société de vente (c'est-à-dire l'entreprise associée 2) et une société liée (c'est-à-dire l'entreprise associée 1) peut être décrit selon la formule suivante :

$PT = PR \times (1 - MBB)$, où :

- PT = est le *prix de transfert* d'un produit vendu entre une société de vente et une société liée;
- PR = est le *prix de revente* d'un produit vendu par une société de vente à des clients non liés;

Supposons que le prix de revente dans la figure 4.D.2 est de 100 \$. Cela signifie que l'entreprise associée 2 revend le vélo à l'entreprise indépendante pour 100 \$. Si nous déterminons, sur la base de preuves fournies par des comparables indépendants, que la marge bénéficiaire brute de pleine concurrence que l'entreprise associée 2 devrait dégager est de 25 pour cent, cette marge brute de 25 pour cent devrait permettre à l'entreprise associée 2 de couvrir ses frais de vente, ses frais généraux et ses dépenses administratives et de réaliser un bénéfice approprié. Le prix de transfert résultant de la transaction conclue entre l'entreprise associée 1 et l'entreprise associée 2 (c'est-à-dire le coût des marchandises vendues de l'entreprise associée 2) devrait donc être de 75 \$, soit $(100 \$ (1 - 0,25))$.

- MBB = est la *marge bénéficiaire brute* qu'une société de vente particulière devrait dégager, définie comme le ratio du bénéfice brut sur la valeur des ventes nettes. Le bénéfice brut correspond aux ventes nettes moins le coût des marchandises vendues.

4.3.1.4 Exemple de l'application de la méthode du prix de revente (RPM)

4.3.1.5 D'autres approches sont possibles. Par exemple, si l'entreprise associée agit en tant qu'agent commercial et qu'elle ne devient pas propriétaire des produits, il est possible d'utiliser la commission qu'elle perçoit (un pourcentage du prix de vente des produits faisant l'objet de la transaction sur le marché libre) à titre de marge bénéficiaire brute comparable. La marge sur le prix de revente du revendeur devrait toujours être déterminée en tenant compte des fonctions qu'il exerce, des actifs qu'il utilise ou fournit et des risques qu'il assume.

4.3.2 Marge bénéficiaire brute de pleine concurrence

4.3.2.1 Le ratio financier qui fait l'objet de l'analyse selon la méthode du prix de revente (RPM) est la marge bénéficiaire brute. Le bénéfice brut correspond aux ventes nettes après soustraction du coût des marchandises vendues. Il est plus facile de déterminer la marge brute si le revendeur ne rehausse pas substantiellement la valeur d'un produit. Les ventes nettes d'une société de vente correspondent à ses recettes de vente réalisées auprès de clients non liés, tandis que le coût des marchandises vendues correspond au coût d'acquisition des produits vendus, supplémentés avec certains coûts hors exploitation. Ainsi, lorsque l'on détermine la marge brute dégagée sur des produits achetés auprès d'une société liée, le coût des marchandises vendues tiendra compte du prix de transfert payé à la partie liée (souvent un fabricant).

4.3.2.2 La cohérence comptable est extrêmement importante pour l'application de la méthode RPM. Les marges bénéficiaires brutes ne seront pas comparables si les principes et/ou pratiques comptables diffèrent entre les transactions contrôlées et celles sur le marché libre. Par exemple, les distributeurs comparables et les sociétés de vente liées pourraient répartir certains coûts différemment entre les postes « frais d'exploitation » ou « coût des marchandises vendues » (en ce qui a trait, par exemple, aux remises, aux frais de transport, aux coûts d'assurance et au coût de l'exercice de la fonction de garantie). Les différences entre les méthodes de calcul de la valeur des stocks influenceront également sur les marges brutes. Il est donc important de ne pas comparer « des pommes avec des oranges » dans l'analyse, mais bien « des pommes avec des pommes ». Afin de veiller à ce que les marges brutes soient suffisamment « similaires » pour être comparées, il peut s'avérer nécessaire de corriger les données utilisées dans le calcul des marges brutes.

4.3.3 Comparaison transactionnelle et comparaison fonctionnelle

4.3.3.1 Le prix ou la marge de pleine concurrence peut découler de l'examen de fonctionnalités comparables (distributeurs de types de produits largement similaires) ou d'une comparaison transactionnelle, c'est-à-dire de l'examen de chacune des transactions de la partie testée qui porte sur des produits comparables (par exemple, différents types de vélos vendus).

4.3.3.2 La ou les marges bénéficiaires brutes de pleine concurrence (l'intervalle de pleine concurrence) que doit dégager la société de vente impliquée dans la transaction contrôlée peuvent donc être déterminées de deux façons :

- Par comparaison transactionnelle : par exemple, on pourrait calculer la marge bénéficiaire brute qu'obtient l'entreprise associée 2 lorsqu'elle revend les vélos achetés auprès d'un fabricant indépendant dans le cadre d'une transaction comparable sur le marché libre. Cette dernière transaction pourrait avoir été initialement rejetée en tant que comparable interne aux fins de l'application de la méthode CUP parce que, par exemple, elle porte sur un type de vélo différent. Or, si la vente des vélos de loisir est en cause et que les transactions non liées portent sur des cyclopoisses (tuk-tuk) ou d'autres vélos semblables, les produits vendus pourraient être largement similaires et donc susceptibles de fournir des mesures comptables comparables des coûts des marchandises vendues, rendant ainsi les comparaisons des marges brutes suffisamment fiables; et
- Par comparaison fonctionnelle : les marges bénéficiaires brutes qu'obtiennent, dans le cadre de transactions comparables sur le marché libre, des entreprises indépendantes qui exercent des fonctions, utilisent des actifs et assument des risques comparables aux fonctions exercées, aux actifs utilisés ou apportés et aux risques assumés par l'entreprise associée 2. La comparaison fonctionnelle est donc réalisée en cherchant des sociétés de distribution comparables plutôt que des transactions comparables. Elle pourrait, par exemple, englober les distributeurs comparables de brouettes et de charrettes.

4.3.3.3 En pratique, il est plus probable que les comparaisons transactionnelles puissent de manière générale assurer l'uniformité des produits et des principes comptables que les comparaisons fonctionnelles. Toutefois, il arrive parfois que, dans le cadre d'une analyse du prix de revente, il ne soit pas nécessaire d'analyser, conformément à cette méthode, chaque ligne de produits distribués par la société de vente. La méthode RPM est plutôt utilisée dans ces situations pour déterminer la marge brute qu'une société de vente devrait dégager sur l'ensemble de ses produits (marge agrégée).

4.3.4 Comparabilité dans l'application de la méthode du prix de revente (RPM)

4.3.4.1 On juge qu'une transaction sur le marché libre est comparable à une transaction contrôlée si :

- Aucune différence entre les transactions comparées ne peut influencer

sur la marge brute de manière significative (par exemple, les modalités contractuelles, les conditions de transport, etc.); ou

- Des ajustements raisonnablement précis peuvent être apportés pour éliminer l'effet de ces différences.

4.3.4.2 Comme on l'indique ci-dessus, la méthode RPM s'applique plus généralement sur une base fonctionnelle que sur une base transactionnelle, de sorte que la comparabilité fonctionnelle est généralement plus importante que la comparabilité des produits. Les différences entre les produits seront probablement moins critiques pour l'application de la méthode RPM sur une base fonctionnelle que pour l'application de la méthode CUP, parce qu'elles risquent moins d'influer significativement sur les marges bénéficiaires que sur les prix. On pourrait s'attendre à une rémunération similaire pour l'exercice de fonctions similaires à travers les diverses activités.

4.3.4.3 Bien que la méthode RPM tolère davantage les dissimilitudes entre les produits que la méthode CUP, les produits transférés dans le cadre des transactions contrôlées et celles sur le marché libre devraient quand même être largement similaires. En effet, la nature foncièrement différente des produits vendus dans le cadre des transactions contrôlées et celles sur le marché libre pourrait traduire les dissemblances entre les fonctions exercées, les actifs utilisés ou apportés ou, encore, les risques assumés. De tels écarts présupposeraient que les marges brutes de pleine concurrence divergent.

4.3.4.4 La rémunération d'une société de distribution devrait généralement être la même, qu'elle vende des machines à laver plutôt que des sèche-linges, car les fonctions exercées (y compris les risques assumés et les actifs utilisés ou apportés) sont similaires pour les deux activités. Il convient toutefois de noter que les distributeurs qui vendent des produits très différents ne peuvent pas être comparés. Le prix d'une machine à laver sera, bien sûr, différent de celui d'un sèche-linge, car les deux produits ne se substituent pas l'un à l'autre. Toutefois, bien que la comparabilité des produits soit moins importante dans le cadre de la méthode RPM, plus la similarité entre deux produits sera grande, plus fiables seront les résultats obtenus en matière de prix de transfert. Il n'est pas toujours nécessaire d'effectuer une analyse du prix de revente pour chaque ligne de produits distribués par la société de vente. La méthode RPM sera plutôt être utilisée de manière assez générale, par exemple en s'appuyant sur la marge brute susceptible d'être dégagée par une société de vente sur l'ensemble de ses produits largement similaires.

4.3.4.5 Puisque la marge bénéficiaire brute rémunère une société de vente pour ses fonctions de commercialisation et de vente, la méthode RPM privilégie la comparabilité des fonctions exercées, des risques assumés et des actifs

utilisés ou apportés. La méthode RPM est donc axée sur la comparabilité fonctionnelle. On s'attend à un niveau de rémunération similaire pour l'exercice de fonctions similaires (utilisant des actifs similaires et assumant des risques similaires) à travers les activités. Lorsque des différences significatives influent sur les marges brutes associées aux transactions contrôlées et celles sur le marché libre, il convient d'apporter des ajustements pour tenir compte de ces différences. En général, les ajustements de comparabilité devraient être apportés aux marges bénéficiaires brutes des transactions sur le marché libre. Les frais d'exploitation en lien avec les fonctions exercées, les actifs utilisés ou apportés et les risques assumés devront être pris en compte à cet égard, car ces différences résultent souvent en des frais d'exploitation différents.

4.3.4.6 Lorsque l'on détermine si les fonctions exercées, les actifs utilisés ou apportés et les risques assumés par une entité indépendantes sont comparables à ceux d'une entité contrôlée aux fins de l'application de la méthode RPM, l'ensemble des problématiques suivantes doivent être prises en considération :

- Contrairement à la méthode CUP, la fiabilité de la méthode RPM peut être influencée par des facteurs qui ont moins d'effet sur le prix d'un produit que sur ce qu'il en coûte d'exercer les fonctions qui y sont rattachées. De telles différences pourraient se répercuter sur les marges brutes même si elles n'influent pas sur les prix de pleine concurrence des produits (par exemple, sur la composition du coût des marchandises vendues). Parmi ces facteurs, on pourrait compter les structures de coûts (par exemple, les pratiques comptables), l'expérience commerciale (par exemple, s'il s'agit d'une entreprise en démarrage ou arrivée à maturité) et l'efficacité de la gestion;
- La marge sur le prix de revente mérite une attention particulière lorsque le revendeur rehausse substantiellement la valeur du produit, par exemple en contribuant considérablement à la création ou à l'entretien des actifs incorporels qui lui sont associés (notamment, les marques ou les noms commerciaux), ou lorsque les biens sont transformés en un produit plus complexe par le revendeur avant la revente;
- La marge sur le prix de revente dépendra de l'importance des activités exercées par le revendeur. Par exemple, les services de distribution seront moins étendus s'ils sont fournis par un revendeur agissant en tant qu'agent commercial plutôt qu'en tant que distributeur revendeur. Le distributeur revendeur obtiendra évidemment une rémunération plus élevée que l'agent commercial;
- Si le revendeur exerce une activité commerciale significative en relation avec l'activité de revente elle-même ou s'il utilise des actifs

uniques et de valeur dans ses activités (par exemple, les actifs incorporels de commercialisation de valeur qu'il possède), il est susceptible de dégager une marge bénéficiaire brute plus élevée;

- L'analyse de comparabilité devrait chercher à tenir compte du fait que le revendeur a ou non le droit exclusif de revendre les produits, car les droits exclusifs peuvent modifier la marge sur le prix de revente;
- L'analyse devrait tenir compte des différences entre les pratiques comptables applicables au revendeur et aux sociétés comparables afin de procéder aux ajustements appropriés en vue d'améliorer la comparabilité;
- Les différences de valeur entre les divers produits distribués, résultant notamment d'une marque de valeur, influenceront sur la fiabilité de l'analyse.

4.3.4.7 Il faut reconnaître que les rendements associés à des fonctions similaires (compte tenu des actifs utilisés ou apportés et des risques assumés) peuvent ne pas être les mêmes sur différents marchés. En général, la fiabilité se renforce lorsque le revendeur exerce ses activités sur le même marché que les sociétés comparables.

4.3.5 Forces et faiblesses de la méthode du prix de revente (RPM)

4.3.5.1 Les forces de la méthode RPM sont notamment les suivantes :

- La méthode s'appuie sur le prix de revente, donc sur la valeur marchande, et est ainsi représentative des approches axées sur la demande; dans les situations où la relation entre les coûts engagés et le prix de vente d'un produit ou d'un service est ténue (par exemple lorsque la demande est inélastique), le prix de revente peut être plus fiable;
- Cette méthode peut être utilisée sans obliger les distributeurs à « faire des profits » de manière inappropriée. Le distributeur dégagera une marge bénéficiaire brute de pleine concurrence. Toutefois, dans certaines circonstances, le distributeur pourrait enregistrer des pertes d'exploitation tout à fait réelles en raison non pas des prix de transfert, mais plutôt de facteurs commerciaux entraînant, par exemple, des frais de vente élevés dus à l'adoption de stratégies commerciales visant notamment à pénétrer le marché. Par comparaison avec la méthode RPM, la méthode TNMM, qui s'appuie sur un ratio financier fondé sur le bénéfice d'exploitation, permettra de générer la plupart du temps un intervalle de pleine

concurrence constitué de bénéfices d'exploitation positifs. On devrait alors généralement attendre de la partie testée dans l'analyse qu'elle réalise un bénéfice d'exploitation positif à l'intérieur de cet intervalle. À l'opposé, l'application de la méthode RPM ne débouche pas nécessairement sur un bénéfice d'exploitation positif pour la partie testée.

4.3.5.2 Les faiblesses de la méthode RPM sont notamment les suivantes :

- Repérer des données comparables sur les marges brutes peut s'avérer difficile en raison de l'incohérence des traitements comptables;
- La méthode s'appuie sur une analyse unilatérale, car elle est centrée sur la société de vente liée choisie en tant que partie testée dans l'analyse des prix de transfert. Il se peut que la marge bénéficiaire brute de pleine concurrence, qui s'appuie sur une étude comparative, aboutisse à un prix de transfert qui se solde par un résultat extrême pour le fournisseur lié de la société de vente (par exemple, le fournisseur peut subir une perte même si son distributeur est rentable).

4.3.6 Quand utiliser la méthode du prix de revente (RPM)

4.3.6.1 Dans une transaction intragroupe typique entre un fabricant de « plein exercice » (par opposition, par exemple, à un fabricant à risque limité ou un sous-traitant) possédant des brevets ou d'autres actifs incorporels de valeur et des sociétés de vente affiliées qui achètent et revendent des produits à des clients non liés, la méthode RPM est une méthode appropriée si :

- La méthode CUP n'est pas applicable;
- Les sociétés de vente ne possèdent ni n'apportent d'actifs incorporels de valeur;
- Les transactions sur le marché libre peuvent faire l'objet de comparaisons fiables sur la base des coûts des marchandises vendues.

4.3.6.2 Il est utile de reprendre l'exemple de la figure 4.D.2 en supposant que l'entreprise associée 1 possède des brevets de valeur pour la fabrication des vélos ainsi qu'un nom commercial de valeur. L'entreprise associée 2 achète les vélos à l'entreprise associée 1 et les revend à des revendeurs indépendants dans le pays. Dans un tel cas, la méthode RPM sera choisie pour déterminer le prix de transfert de pleine concurrence pratiqué entre l'entreprise associée 1 et l'entreprise associée 2 si la méthode CUP ne peut pas être appliquée. La méthode CPM (examinée ci-dessous) ne sera pas sélectionnée dans ce cas, car :

- Le fabricant de plein exercice (c'est-à-dire, l'entreprise associée 1) possède des actifs incorporels uniques et de valeur, exerce des activités de R&D et mène généralement des opérations plus complexes que la société de vente (c'est-à-dire, l'entreprise associée 2);
- Les résultats de la méthode CPM ne seront pas aussi fiables que ceux obtenus au moyen de la méthode RPM, qui utilise la société de vente en tant que partie testée;
- Il sera très difficile, voire impossible, de trouver des fabricants comparables à l'entreprise associée 1 (c'est-à-dire, qui possèdent des actifs incorporels comparables) aux fins de l'application de la méthode CPM.

4.3.6.3 La méthode RPM déterminera le prix de transfert par référence aux marges de revente ou brutes (bénéfice brut/ventes nettes) dégagées par les revendeurs tiers (en supposant qu'aucun comparable interne n'existe), qu'elle comparera à la marge brute dégagée par l'entreprise associée 2 sur l'achat des vélos auprès de parties liées.

4.3.6.4 La méthode RPM peut également convenir pour une structure composée d'un commissionnaire/agent faisant intervenir un commissionnaire principal et des commissionnaires/agents liés. Dans ce cas, la méthode RPM établira la commission de pleine concurrence que pourront percevoir les commissionnaires/agents.

4.3.7 Exemples de cas, méthode du prix de revente (RPM)

4.3.7.1 Exemple 1

Un contribuable contrôlé vend un produit à un autre membre de son groupe, qui le revend, à son tour, à un client non lié. On suppose qu'il n'y a pas de changements significatifs dans les stocks en fin et en début de période pour l'année considérée. Les renseignements à l'égard du comparable sur le marché libre sont suffisamment complets pour conclure qu'il est probable que toutes les différences significatives entre la transaction contrôlée et la transaction sur le marché libre ont été identifiées et prises en compte de manière fiable. Si le prix de revente applicable au produit faisant l'objet de la vente contrôlée est de 100 \$ et si le revendeur impliqué dans la transaction comparable sur le marché libre dégage une marge bénéficiaire brute de 20 pour cent, le résultat de pleine concurrence pour la vente contrôlée induira un prix de 80 \$ ($100 \$ - (0,20 \times 100 \$)$).

4.3.7.2 Exemple 2

La société SCO, une résidente du pays B, est le distributeur de la société FP, sa société mère étrangère. On suppose qu'il n'y a pas de changements significatifs dans les stocks en fin et en début de période pour l'année considérée. Le coût des marchandises vendues déclaré par la société SCO s'élève à 800 \$. De ce montant, 600 \$ sont affectés aux biens acquis auprès de la société FP, et 200 \$ sont affectés au coût des marchandises vendues par des parties non liées. Le prix de revente applicable et le bénéfice brut déclaré par SCO sont les suivants :

Prix de revente applicable	1 000 \$
Coût des marchandises vendues :	
Coût des acquisitions auprès de FP	600 \$
Coûts engagés auprès des parties non liées	200 \$
Bénéfice brut déclaré	200 \$

L'autorité fiscale locale détermine que la marge bénéficiaire brute appropriée est de 25 pour cent par référence à la marge bénéficiaire brute dégagée par un revendeur indépendant impliqué dans une transaction comparable sur le marché libre. Par conséquent, le bénéfice brut approprié de la société SCO est de 250 \$ (soit 25 pour cent du prix de revente applicable de 1 000 \$). Étant donné que la société SCO supporte le coût des marchandises vendues engagés auprès des parties non liées, le prix de pleine concurrence des biens acquis auprès de la société FP doit être déterminé en deux étapes. Tout d'abord, on déduit du prix de revente applicable (1 000 \$) le bénéfice brut pertinent (250 \$). Puis, on déduit du solde (750 \$) le coût des marchandises vendues engagés auprès des parties non liées (200 \$). Par conséquent, le prix de pleine concurrence des achats de la société SCO auprès de la société FP dans ce cas devrait être ramené de 600 \$ à 550 \$ (c'est-à-dire 750 \$ moins 200 \$).

4.3.7.3 Exemple 3

La société TCO, une résidente du pays T, est le distributeur exclusif des produits de sa société mère étrangère. Pour déterminer si la marge bénéficiaire brute de 25 pour cent réalisée par la société TCO est un résultat de pleine concurrence, l'autorité fiscale locale envisage de la calculer au moyen de la méthode du prix de revente. Plusieurs distributeurs indépendants exercent, dans le cadre de transactions sur le marché libre, des fonctions similaires dans des circonstances similaires. Toutefois, les distributeurs indépendants classent certains éléments comme les remises et les assurances dans le poste « Coûts des marchandises vendues », tandis que la société TCO les classe dans le poste « Frais d'exploitation ». Dans ces cas, des reclassements comptables doivent être effectués pour assurer un traitement uniforme de ces importants éléments. L'impossibilité de procéder à de tels reclassements réduira la fiabilité des résultats obtenus par la méthode du prix de revente sur la base des transactions sur le marché libre.

4.3.7.4 Exemple 4

La société WCO, une résidente du pays W, fabrique le produit Z, un produit sans marque, et le vend à la société RCO, sa filiale étrangère en pleine propriété. La société RCO agit en tant que distributeur du produit Z dans le pays R, et le vend à des parties indépendantes dans ce pays. Les distributeurs indépendants A, B, C, D et E distribuent des produits concurrents d'une valeur approximativement similaire dans le pays R. Aucun de ces produits n'est un produit de marque. Des données relativement complètes sont disponibles quant aux fonctions exercées, aux actifs utilisés ou apportés et aux risques assumés par les distributeurs indépendants ainsi qu'à l'égard des modalités contractuelles auxquelles ces derniers sont assujettis dans le cadre de leurs transactions sur le marché libre. En outre, des données sont disponibles pour assurer la cohérence comptable entre tous les distributeurs indépendants et la société RCO. Comme les données disponibles sont suffisamment complètes et précises pour conclure qu'il est probable que toutes les différences significatives entre les transactions contrôlées et celles sur le marché libre ont été identifiées et que des ajustements fiables ont été apportés pour en tenir compte, on peut définir un intervalle de pleine concurrence à partir des résultats (marge sur le prix de revente) de chacun des distributeurs indépendants et utiliser cet intervalle dans le cadre des transactions de la société RCO.

4.3.7.5 Exemple 5

Les faits sont les mêmes que dans l'exemple 4, exception faite de l'insuffisance des données disponibles pour déterminer si l'un des distributeurs indépendants fournit des garanties ou pour préciser toutes les modalités de paiement des contrats. Comme les différences entre les modalités contractuelles des transactions contrôlées et celles sur le marché libre pourraient significativement influencer sur les prix ou les bénéfices, et qu'il est impossible de confirmer si elles existent, la fiabilité des résultats basés sur des comparables sur le marché libre s'en trouve réduite. Toutefois, la fiabilité des résultats peut être améliorée en définissant l'intervalle de pleine concurrence au moyen d'une méthode statistique.

4.3.7.6 Exemple 6

Les faits sont les mêmes que dans l'exemple 4, sauf que Z est un produit de marque de valeur dont la marque appartient à la société WCO et a été mis au point par cette dernière. Les sociétés A, B et C distribuent des produits concurrents sans marque, tandis que les sociétés D et E distribuent d'autres produits de marques différentes. Les sociétés D et E ne possèdent aucun droit sur les marques sous lesquelles leurs produits sont vendus. La valeur des produits distribués par les sociétés A, B et C n'est pas semblable à celle des produits distribués par Z. En revanche, la valeur des produits distribués par les sociétés D et E est semblable à celle du produit X.

Bien que la similitude étroite des produits ne soit pas aussi importante pour la méthode du prix de revente que pour la méthode du prix comparable sur le marché libre, des différences notables entre la valeur des divers produits qui font l'objet des transactions contrôlées et sur le marché libre peuvent compromettre la fiabilité des résultats. En outre, on ne peut pas procéder à des ajustements fiables pour tenir compte de ces différences, car il est difficile dans ce cas de déterminer l'effet de la marque sur le prix ou les bénéfices. Comme les transactions des sociétés D et E présentent un degré élevé de comparabilité en comparaison avec celui des sociétés A, B et C vis-à-vis de la société Z, seules les transactions des sociétés D et E doivent être considérées aux fins de la détermination de la marge brute de pleine concurrence.

4.4 Méthodes traditionnelles fondées sur les transactions : Méthode du coût majoré (*Cost Plus Method* ou *CPM*)

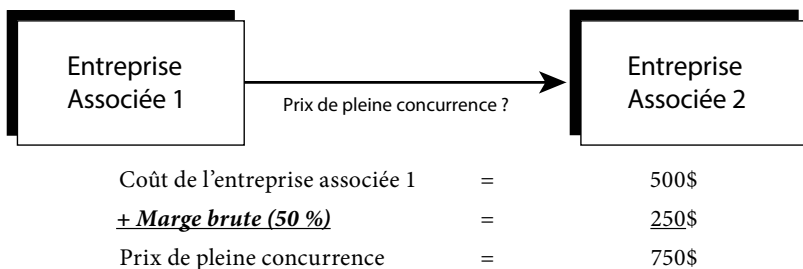
4.4.1 Introduction à la méthode CPM

4.4.1.1 Dans une transaction contrôlée portant sur la vente d'un bien corporel, la méthode CPM est généralement centrée sur la société de fabrication liée, qui est choisie en tant que partie testée dans l'analyse des prix de transfert. La méthode CPM peut également être utilisée dans le cas de services rendus, auquel cas le prestataire de services est généralement désigné en tant que partie testée.

4.4.1.2 Cette méthode consiste tout d'abord à déterminer les coûts supportés par le fournisseur du produit ou du service dans le cadre d'une vente contrôlée de produits ou de services à un acheteur lié. Une marge sur coût appropriée est ensuite ajoutée à ces coûts afin de calculer le bénéfice brut approprié, compte tenu des fonctions exercées, des risques assumés, des actifs utilisés ou apportés et des conditions du marché.

4.4.1.3 La méthode CPM est la méthode la plus souvent utilisée pour analyser les prix de transfert portant sur des biens corporels ou des services. Elle peut généralement être appliquée aux activités de fabrication ou d'assemblage et aux prestataires de services relativement simples. La méthode permet d'évaluer le caractère de pleine concurrence d'une prix intragroupe par référence à la marge brute dégagée par des fournisseurs indépendants de biens corporels ou de services dans le cadre de transactions comparables sur le marché libre. En d'autres termes, elle permet de comparer la marge brute dégagée par la partie testée pour la fabrication du produit ou la fourniture du service aux marges brutes des sociétés comparables dans le cadre de transactions comparables.

Figure 4.D.3
Méthode du coût majoré (CPM)



Supposons que le coût des marchandises vendues dans la figure 4.D.3 est de 500 \$. Si l'on suppose également que la marge brute de pleine concurrence susceptible d'être dégagée par l'entreprise associée 1, en fonction des résultats financiers des comparables identifiés, est de 50 pour cent, le prix de transfert entre l'entreprise associée 1 et l'entreprise associée 2 devrait être de 750 \$ (c'est-à-dire $500 \$ \times (1 + 0,50)$).

Tout comme la méthode RPM, la méthode CPM s'appuie sur une marge brute, c'est-à-dire qu'elle tente de calculer un bénéfice brut de pleine concurrence. Toutefois, dans son cas, la marge de pleine concurrence est ajoutée au coût des marchandises vendues.

4.4.1.4 La figure 4.D.3 explique cela plus en détail. L'entreprise associée 1, un fabricant de produits électriques dans le pays 1, est un sous-traitant de l'entreprise associée 2. L'entreprise associée 2 donne des instructions à l'entreprise associée 1 sur la quantité et la qualité des produits à fabriquer. L'entreprise associée 2 garantit son apport au carnet de commandes de l'entreprise associée 1, de sorte que cette dernière ne court que peu de risques. Comme l'entreprise associée 1 est moins complexe sur le plan des fonctions, des actifs et des risques que l'entreprise associée 2, c'est sur elle, en tant que partie testée, que portera l'analyse selon la méthode CPM. L'entreprise associée 1 n'étant qu'un simple fabricant, la méthode CPM pourrait être la meilleure méthode d'analyse dans ce cas. La méthode CPM cherchera à déterminer si l'entreprise associée 1 dégage une marge brute de pleine concurrence par référence aux marges bénéficiaires brutes des sociétés fabriquant des produits comparables (ou offrant des services comparables) destinés à des parties non liées. La méthode CPM ne vérifie donc pas directement si le prix de transfert est conforme au principe de pleine concurrence en comparant les prix. Il s'agit donc d'une méthode moins directe (transactionnelle) que la méthode CUP.

4.4.2 Mécanisme de fonctionnement de la méthode du coût majoré (CPM)

4.4.2.1 Selon la méthode CPM (lorsqu'elle est appliquée aux ventes de biens corporels), le prix de pleine concurrence correspond au coût de production de la partie contrôlée, auquel on ajoute une marge brute appropriée, définie par le bénéfice brut sur le coût des marchandises vendues (à l'exclusion des frais d'exploitation) dans le cadre d'une transaction comparable sur le marché libre portant sur un bien corporel.

4.4.2.2 La formule de fixation du prix de transfert pratiqué dans les transactions de produits entre sociétés liées est la suivante : $PT = CMV \times (1 + \text{coût majoré})$, où :

- PT = le prix de transfert d'un produit vendu entre une entreprise de fabrication et une entreprise liée;
- CMV = le coût des marchandises vendues du fabricant;
- Coût majoré = la marge brute définie comme le ratio du bénéfice brut sur le coût des marchandises vendues. Le bénéfice brut correspond aux ventes nettes après soustraction du coût des marchandises vendues.

4.4.3 Marge brute de pleine concurrence pour la méthode du coût majoré (CPM)

4.4.3.1 Le ratio financier qui fait l'objet de l'analyse selon la méthode CPM est la marge brute, définie comme le ratio du bénéfice brut sur le coût des marchandises vendues du fournisseur de produits ou de services. Comme indiqué ci-dessus, le bénéfice brut correspond aux ventes nettes après soustraction du coût des marchandises vendues. Pour un fabricant, le coût des marchandises vendues est ce qu'il en coûte pour fabriquer les produits vendus. Ces coûts comprennent les coûts directs de main-d'œuvre, les coûts directs de matériaux et les frais généraux de production.

4.4.3.2 Comme dans le cas de la méthode RPM, la cohérence comptable est extrêmement importante pour l'application de la méthode CPM. La différence entre les principes comptables appliqués dans le cadre de la transaction contrôlée et de la transaction sur le marché libre peut entraîner des incohérences dans le calcul du bénéfice brut. Il faudra donc dans certains cas adapter les principes comptables de façon à veiller au calcul uniforme des marges brutes de la partie testée et des sociétés comparables. Par exemple, les fabricants comparables et les parties liées pourraient déclarer indifféremment certains coûts de fabrication au titre des frais d'exploitation et du coût des marchandises vendues (par exemple, le coût des travaux de R&D). Les différences entre les méthodes de calcul de la valeur des stocks influenceront également sur le calcul de la marge brute.

4.4.3.3 Les coûts et les frais d'une société sont normalement classés dans les trois groupes suivants : (1) les coûts directs de production d'un produit ou d'un service (par exemple, le coût des matières premières); (2) les coûts indirects de production (par exemple, les coûts d'un service de réparation qui entretient les équipements utilisés pour fabriquer différents produits); et (3) les frais d'exploitation (par exemple, les frais de vente, les frais généraux et les dépenses administratives). La marge bénéficiaire brute utilisée par la méthode CPM est calculée en soustrayant uniquement les coûts de production directs et indirects du prix de vente. À l'opposé, une analyse de la marge nette prendrait également en compte

les frais d'exploitation. En raison des différences entre les normes comptables de divers pays, les frontières entre les trois classes de coûts et de frais ne sont pas nécessairement les mêmes partout. Des ajustements adéquats sont parfois de rigueur. Dans une situation où il est nécessaire de requalifier certains frais d'exploitation afin de pouvoir disposer de données cohérentes et comparables, une méthode fondée sur la marge nette peut être plus fiable que la méthode CPM, comme on le verra plus loin.

4.4.3.4 Exemple : Problème de cohérence comptable

Supposons que l'entreprise associée 1, un fabricant produisant des vélos pour l'entreprise associée 2 en vertu d'un contrat, dégage une marge brute de 15 pour cent sur le coût des marchandises vendues et comptabilise certains frais (coûts de garantie) dans le poste « Frais d'exploitation » plutôt que dans le poste « Coût des produits vendus ». Quatre fabricants indépendants comparables sont identifiés, et ces derniers dégagent des marges brutes comprises entre 10 et 15 pour cent. Toutefois, ces fabricants comparables comptabilisent les coûts de garantie dans le poste « Coût des produits vendus ». La marge brute non ajustée de chacun de ces comparables n'est donc pas calculée sur la base des mêmes coûts que celle de l'entreprise associée 1. À moins que des ajustements fiables ne puissent être apportés dans le calcul des marges brutes des transactions sur le marché libre ou à défaut, de l'entreprise associée 1, à des fins de cohérence, une méthode de la marge nette peut être plus fiable.

4.4.4 Comparaison transactionnelle et comparaison fonctionnelle

4.4.4.1 Le prix ou la marge de pleine concurrence peut découler de l'examen de fonctionnalités comparables (les fabricants de produits largement similaires) ou d'une comparaison transactionnelle, c'est-à-dire de l'examen de chacune des transactions de la partie testée qui porte sur des produits comparables (par exemple, la fabrication de divers types de vélos).

4.4.4.2 La ou les marges brutes de pleine concurrence (l'intervalle des marges) peuvent être établies de deux façons, soit par :

- Comparaison transactionnelle: la marge brute dégagée par un fabricant lié sur un produit vendu à une entreprise indépendante dans le cadre d'une transaction comparable sur le marché libre. Cette dernière transaction a été précédemment rejetée à titre de comparable interne aux fins de l'application de la méthode CUP parce que, par exemple, elle porte sur des modèles de vélos

différents. Or si, par exemple, la transaction contrôlée portait sur la fabrication de vélos de loisir, mais que les transactions non liées portaient sur des cyclopoisses (tuk-tuk) ou autres, ces transactions pourraient toutes avoir pour objet des produits largement similaires et donc seraient toutes susceptibles de fournir des mesures comptables comparables du coût des marchandises vendues, rendant ainsi les comparaisons des marges brutes suffisamment fiables;

- Comparaison fonctionnelle: les marges brutes dégagées par des entreprises indépendantes qui exercent des fonctions et assument des risques comparables à ceux du fabricant lié. La comparaison fonctionnelle est réalisée en identifiant des sociétés de fabrication comparables.

4.4.4.3 En pratique, il est plus probable que les comparaisons transactionnelles (par opposition aux comparaisons fonctionnelles) puissent de manière générale assurer l'uniformité des produits et des principes comptables dont dépend la méthode CPM. Dans une comparaison transactionnelle, on dispose de beaucoup plus d'informations sur les transactions contrôlées et celles sur le marché libre (par exemple, les modalités contractuelles). Les comparaisons fonctionnelles appuyées sur les renseignements provenant des bases de données publiques et des rapports annuels préparés par les sociétés comparables et la partie testée offrent beaucoup moins d'informations propres aux fonctions exercées et aux risques assumés par les sociétés. Par conséquent, il serait plus probable dans ces circonstances qu'une méthode de la marge nette soit utilisée (voir la section 4.5.2).

4.4.4.4 Une étude comparative conjuguée à une analyse financière permettra de déterminer l'intervalle de pleine concurrence constitué des marges brutes dégagées par les fabricants indépendants comparables. Si la marge brute dégagée par le fabricant lié se situe à l'intérieur de cet intervalle, son prix de transfert sera alors réputé être un prix de pleine concurrence.

4.4.5 Comparabilité

4.4.5.1 Une transaction sur le marché libre est jugée comparable à une transaction contrôlée dans le cadre de la méthode CPM si :

- Aucune différence entre les transactions comparées ne peut influencer de manière significative sur la marge brute; ou
- Des ajustements raisonnablement précis peuvent être apportés pour éliminer l'effet de ces différences.

4.4.5.2 Tout comme c'est le cas de la méthode RPM, et pour les mêmes raisons, la similitude étroite des produits sur lesquels portent les transactions contrôlées et celles sur le marché libre a moins d'importance pour la méthode CPM que pour la méthode CUP, car la comparabilité fonctionnelle (y compris la comparabilité des risques assumés et des actifs utilisés ou apportés) importe davantage. Toutefois, comme les différences notables entre les produits peuvent nécessairement se traduire par des différences notables sur le plan des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés, les transactions contrôlées et celles sur le marché libre devraient idéalement porter sur des services similaires ou des produits de fabrication d'une même famille.

4.4.5.3 La méthode CPM exige nécessairement une comparabilité fonctionnelle, puisque la marge brute rémunère la société de fabrication ou de services pour l'exercice d'une fonction de fabrication ou de service. Lorsque des différences significatives entre les fonctions exercées, les actifs utilisés ou apportés et les risques assumés influent sur les marges brutes des transactions contrôlées et celles sur le marché libre, il convient d'apporter des ajustements pour tenir compte de ces différences. En général, les ajustements de comparabilité devraient être apportés aux marges brutes des transactions sur le marché libre. Parfois, les frais d'exploitation en lien avec les fonctions exercées devront être pris en compte, car les différences entre les fonctions exercées peuvent se ressentir sur les frais d'exploitation, tandis que les prestataires de services, quant à eux, peuvent ne pas prendre en compte le CMV (coût des marchandises vendues ou *Cost of goods sold* – COGS).

4.4.6 Détermination des coûts

4.4.6.1 L'application de la méthode CPM comporte potentiellement un certain nombre de difficultés en ce qui a trait à la détermination des coûts (en plus de celles liées à l'incohérence des traitements comptables) :

- Le lien entre les coûts engagés et la valeur marchande peut être très faible, de sorte que les marges bénéficiaires brutes peuvent varier considérablement d'une année à l'autre;
- Il est important d'appliquer une marge comparable à une base de coûts comparable;
- Les différences entre la partie testée et les comparables potentiels devraient être identifiées. À cet égard, il est essentiel d'examiner les différences dans le niveau et les types de dépenses en lien avec les fonctions exercées, les actifs utilisés ou apportés et les risques assumés dans le cadre des transactions contrôlées et celles sur le marché libre. Si les différences ne font que traduire les écarts

d'efficacité entre les parties comparées, il ne devrait pas être nécessaire d'apporter un quelconque ajustement à la marge brute. Si, toutefois, la partie testée exerce des fonctions supplémentaires, il peut être nécessaire de déterminer le rendement supplémentaire approprié à ces fonctions et, donc, d'envisager un rendement distinct pour les fonctions supplémentaires. De même, si les comparables exercent des fonctions qui ne sont pas exercées par la partie testée, le rendement associé à ces fonctions devrait être soustrait de la marge bénéficiaire brute qui est appliquée aux transactions contrôlées de la partie testée;

- Il convient de procéder à un examen attentif afin de déterminer quels coûts devraient être exclus de la base de coûts. Un exemple de coûts à exclure est celui qui se répercute à la fois sur la partie testée et les transactions comparables (c'est-à-dire les coûts qui ne doivent pas faire l'objet d'une marge);
- Comme pour la méthode du prix de revente, la cohérence comptable est extrêmement importante. Les marges brutes de l'entreprise associée et des entreprises indépendantes doivent être calculées de manière uniforme;
- Les coûts historiques devraient en principe être attribués à des unités de production individuelles. Si les coûts diffèrent sur une période, on peut utiliser les coûts moyens sur la période;
- Pour appliquer la méthode CPM, on peut utiliser soit les coûts prévus au budget, soit les coûts réels. D'un côté, les coûts réels reflèteront mieux les risques assumés par un fabricant sous-traitant³², mais de l'autre, les tiers utiliseront généralement les coûts prévus au budget pour déterminer les prix des produits vendus sur le marché. En d'autres termes, ils ne factureront pas au client une somme additionnelle à la fin de l'année si les coûts réels sont supérieurs aux coûts budgétés;
- Étant donné que les coûts pris en compte par la méthode CPM se limitent à ceux du fabricant de produits ou du prestataire de services, un problème peut se poser en ce qui concerne le partage de certains coûts entre le fabricant ou le prestataire de services et l'acheteur des produits ou des services.

³² Il faut souligner que si le contrat est basé sur les coûts réels, les modalités contractuelles peuvent inclure des mesures d'incitation ou des pénalités en lien avec le rendement du fabricant sous-traitant.

4.4.7 Forces et faiblesses de la méthode du coût majoré (CPM)

4.4.7.1 La force de la méthode CPM réside dans le fait qu'elle est basée sur les coûts internes, des informations qui sont généralement facilement accessibles à l'entreprise multinationale.

4.4.7.2 Les faiblesses de la méthode CPM sont notamment les suivantes :

- Le lien entre le niveau des coûts et la valeur marchande peut être très faible;
- Les données sur les marges brutes peuvent ne pas être comparables en raison d'incohérences comptables et d'autres facteurs;
- La cohérence comptable est requise entre les transactions contrôlées et celles sur le marché libre;
- L'analyse est unilatérale, c'est-à-dire qu'elle s'intéresse uniquement au fabricant ou au prestataire de services lié;
- Comme la méthode est basée sur les coûts réels, rien n'incite le fabricant contrôlé à maîtriser ses coûts.

4.4.8 Quand utiliser la méthode du coût majoré (CPM)

4.4.8.1 La méthode CPM est généralement utilisée dans le cadre des prestations de services intragroupes ou des ventes intragroupes de biens corporels manufacturés par un fabricant lié qui exerce des fonctions limitées. La méthode suppose généralement que le prestataire de services ou le fabricant assume peu de risques, puisque le niveau des coûts peut alors mieux traduire la valeur ajoutée et, donc, la valeur marchande.

4.4.8.2 La méthode CPM est également généralement utilisée dans le cadre des transactions auxquelles participent les fabricants sous-traitants, les façonniers ou les monteurs à risques limités qui ne possèdent pas de produits incorporels et assument peu de risques. Les activités du client lié en cause dans la transaction contrôlée seront généralement beaucoup plus complexes que celles du fabricant (ou du prestataire de services) sur le plan des fonctions exercées (par exemple, certaines fonctions liées à la commercialisation et à la vente, à la coordination de la production et des ventes, à la prestation des instructions au fabricant sous-traitant sur la quantité et la qualité de la production et, dans certains cas, à l'achat de matières premières), des risques assumés (par exemple, risque de marché, risque de crédit et risque lié aux stocks) et des actifs utilisés ou apportés (par exemple, des produits ou d'autres éléments incorporels). Les

activités du fabricant sous-traitant seront donc les moins complexes et, pour cette raison, c'est le fabricant qui devrait être la partie testée dans l'analyse des prix de transfert.

4.4.8.3 La méthode CPM n'est généralement pas une méthode appropriée dans le cadre des transactions auxquelles participent des fabricants de plein exercice qui possèdent ou mettent au point des produits incorporels uniques et de valeur, car il sera très difficile dans ces cas de repérer des fabricants indépendants possédant des produits incorporels comparables. En d'autres termes, il sera très difficile de déterminer la marge brute requise pour rémunérer le fabricant de plein exercice qui fournit des éléments incorporels uniques et de valeur. Dans une structure typique de transaction constituée d'un fabricant de plein exercice et de sociétés de vente liées (par exemple de commissionnaires), ce sont les sociétés de vente qui seront habituellement les moins complexes et, donc, les parties testées dans l'analyse. La méthode RPM sera généralement plus facile à appliquer dans de tels cas.

4.4.9 Exemples de cas de la méthode du coût majoré (CPM)

4.4.9.1 Exemple 1

La société LCO, un fabricant local de composants informatiques, vend ses produits à la société FS, son distributeur étranger. Les sociétés UT1, UT2 et UT3 sont des fabricants locaux de composants informatiques qui vendent à des acheteurs étrangers indépendants.

Des données relativement complètes sont disponibles sur les fonctions exercées, les actifs utilisés ou apportés et les risques assumés par les sociétés UT1, UT2 et UT3, ainsi que sur les modalités contractuelles des transactions sur le marché libre. En outre, des données sont disponibles pour assurer la cohérence comptable entre tous les fabricants indépendants et la société LCO. Les données disponibles sont suffisamment complètes pour conclure qu'il est probable que toutes les différences significatives entre les transactions contrôlées et celles sur le marché libre ont été identifiées et que des ajustements fiables ont été apportés pour les prendre en compte. Il est ainsi possible de déterminer un intervalle acceptable de marges de pleine concurrence.

4.4.9.2 Exemple 2

Les faits sont les mêmes que dans l'exemple 1, sauf que la société LCO comptabilise les frais de supervision, les frais généraux et les dépenses administratives en tant que « Frais d'exploitation », qui ne sont pas affectés à ses ventes à FS. En revanche, les marges brutes des sociétés UT1, UT2 et UT3 tiennent compte des frais de supervision, des frais généraux et des dépenses administratives parce qu'ils sont comptabilisés dans le poste « Coûts des marchandises vendues ». Par conséquent, les marges brutes des sociétés UT1, UT2 et UT3 doivent être ajustées pour assurer la cohérence des méthodes comptables. Lorsque les données ne sont pas suffisantes pour déterminer si de telles différences comptables existent entre les transactions contrôlées et celles sur le marché libre, la fiabilité des résultats s'en trouve réduite.

4.4.9.3 Exemple 3

Les faits sont les mêmes que dans l'exemple 1 ci-dessus, sauf que conformément à son contrat avec la société FS, la société LCO utilise des matériaux expédiés par la société FS. Les sociétés UT1, UT2 et UT3, en revanche, achètent leurs propres matériaux, et leurs marges brutes sont établies en tenant compte des coûts des matériaux. Le fait que la société LCO n'assume pas de risque lié aux stocks puisqu'elle n'achète pas ses propres matériaux, contrairement aux producteurs indépendants qui, eux, conservent des stocks, constitue une différence importante qui peut nécessiter un ajustement si la différence influe significativement sur les marges brutes des producteurs indépendants. L'impossibilité de déterminer raisonnablement l'effet de la différence sur ces marges brutes compromettra la fiabilité de la comparaison entre la partie testée et les sociétés UT1, UT2 et UT3.

4.4.9.4 Exemple 4

La société FS, une société étrangère, confectionne des vêtements pour PCO, sa société mère. La société FS achète ses matériaux à des fournisseurs indépendants et confectionne les vêtements d'après les modèles fournis par la société PCO. L'autorité fiscale locale identifie dix fabricants de vêtements étrangers indépendants qui exercent leurs activités sur le même marché géographique et qui sont semblables à la société FS à de nombreux égards.

Des données relativement complètes sont disponibles sur les fonctions exercées, les actifs utilisés ou apportés et les risques assumés par les fabricants indépendants. En outre, ces données sont suffisamment détaillées pour permettre des ajustements qui tiennent compte des différences entre les pratiques comptables. Toutefois, les données disponibles ne sont pas suffisantes pour déterminer s'il est probable que toutes les différences significatives entre les modalités contractuelles ont été identifiées. Par exemple, il n'est pas possible d'identifier les parties aux transactions sur le marché libre qui supportent les risques de change. Comme les différences entre les modalités contractuelles des transactions contrôlées et celles sur le marché libre pourraient se ressentir significativement sur les prix ou les bénéfices, et qu'il est impossible de confirmer si elles existent réellement, la fiabilité des résultats dérivés des comparables s'en trouve réduite. Par conséquent, la fiabilité des résultats dérivés des transactions sur le marché libre doit être renforcée pour que ces comparables soient utiles, par exemple en examinant s'ils assument un risque de change (en examinant les rapports annuels et d'autres sources).

4.5 Méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfices : Méthode transactionnelle de la marge nette (*Transactional Net Margin Method* ou *TNMM*)

4.5.1 Introduction

4.5.1.1 Les méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfices analysent les bénéfices réalisés dans le cadre de transactions contrôlées particulières afin de déterminer si le prix de transfert est conforme au principe de pleine concurrence. Les méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfices peuvent être classées en deux catégories : la méthode TNMM et la méthode PSM. Cette section aborde la méthode TNMM et la section suivante, la méthode PSM.

4.5.1.2 Ces méthodes diffèrent des méthodes traditionnelles en ce sens que l'analyse n'est pas nécessairement fondée sur des transactions comparables sur le marché libre portant sur des produits identiques ou, peut-être même, largement comparables. Souvent, en fonction des faits et des circonstances du cas d'espèce, l'analyse se fonde sur le rendement net (généralement, le résultat avant intérêts et impôts et autres postes extraordinaires, c'est-à-dire l'EBIT) obtenu par diverses sociétés actives dans un secteur d'activité particulier (c'est-à-dire une série de transactions qu'il convient d'agrèger). Entre autres situations, la méthode PSM (une des méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfices) étant bilatérale, elle peut être appliquée lorsque les deux entreprises associées apportent une contribution unique et de valeur (par exemple sous la forme d'actifs incorporels).

Des orientations détaillées sur les cas pour lesquels la méthode PSM peut être appropriée figurent à la section 4.6.3 ci-dessous.

4.5.1.3 Les entreprises déterminent rarement leurs prix en s'appuyant sur les méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfices. Toutefois, les bénéfices réalisés dans le cadre d'une transaction contrôlée peuvent fournir de très bons indices de l'application de modalités qui influent sur cette transaction, mais qui sont distinctes de celles que des entreprises indépendantes auraient acceptées dans des circonstances par ailleurs comparables. Lorsque la complexité compromet l'application des méthodes traditionnelles fondées sur les transactions abordées dans le chapitre précédent, les méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfices peuvent s'avérer une bonne solution.

4.5.1.4 Les méthodes transactionnelles et, en particulier, la méthode TNMM sont également couramment utilisées par les contribuables pour des raisons d'ordre pratique. La méthode TNMM s'avère souvent utile pour vérifier la précision et la pertinence des méthodes traditionnelles fondées sur les transactions ou sert en complément de ces méthodes. Dans certaines situations, il peut également être plus facile de trouver des comparables pour appliquer la méthode TNMM que de trouver des comparables fondés sur les transactions pour appliquer la méthode CUP, la méthode RPM ou la méthode CPM.

4.5.2 Méthode transactionnelle de la marge nette (TNMM)

4.5.2.1 La méthode TNMM consiste à déterminer, à partir d'une base appropriée (par exemple les coûts, les ventes ou les actifs), la marge bénéficiaire nette dégagée par un contribuable dans le cadre d'une transaction contrôlée (ou de transactions qu'il convient d'agréger). Les indicateurs de la marge bénéficiaire sont examinés ci-dessous. Cette méthode examine les bénéfices réalisés par l'une des parties liées impliquées dans une transaction, tout comme la méthode CPM et la méthode RPM. La partie examinée est appelée la partie testée.

4.5.2.2 La méthode TNMM compare la marge bénéficiaire nette (calculée à partir d'une base appropriée)³³ qu'une partie testée réalise dans le cadre de transactions contrôlées aux marges bénéficiaires nettes semblables que cette partie testée réalise également dans le cadre des transactions comparables sur le marché libre ou, sinon, aux marges dégagées par des sociétés indépendantes comparables. Comme cette méthode compare les marges nettes pour déterminer les prix de pleine concurrence, elle est moins directe que la méthode CPM et la méthode RPM, qui comparent toutes les deux des marges brutes. De même, elle est encore plus indirecte que la méthode CUP, qui compare directement les

³³ Par exemple, le rendement par rapport aux coûts complets, le rendement de l'actif et le ratio du bénéfice d'exploitation sur la valeur des ventes nettes.

prix. De nombreux facteurs peuvent influencer sur les marges bénéficiaires nettes, mais n'avoir aucun effet sur les prix de transfert.

4.5.2.3 La méthode TNMM est la plus souvent utilisée pour analyser les prix de transfert des biens corporels, des biens incorporels ou des services. Elle peut être appliquée lorsque l'une des entreprises associées emploie des actifs incorporels dont le rendement approprié ne peut pas être déterminé directement. Dans un tel cas, la rémunération de pleine concurrence de la ou des entreprises associées n'employant pas d'actif incorporel est déterminée au moyen de la marge dégagée par des entreprises exerçant une fonction similaire avec des parties non liées. Le rendement résiduel est ensuite imputé à l'entreprise associée qui contrôle l'actif incorporel. Le rendement de l'actif incorporel est, en pratique, une « catégorie résiduelle », c'est-à-dire qu'on attribue à cet actif incorporel le rendement qui reste à affecter, une fois qu'une rémunération de pleine concurrence a été adéquatement attribuée aux autres fonctions. Cela signifie que la méthode TNMM est appliquée à la moins complexe des parties liées impliquées dans la transaction contrôlée. Cette approche présente l'avantage supplémentaire de généralement pouvoir compter sur un plus grand nombre de données comparables et d'exiger moins d'ajustements pour tenir compte des différences entre les transactions contrôlées et celles sur le marché libre sur le plan des fonctions et des risques. En outre, la partie contrôlée ne possède généralement pas de biens incorporels de valeur. En ce qui concerne l'application de la méthode TNMM aux cas portant sur des actifs incorporels, il convient de prendre connaissance des orientations du chapitre 6 de ce Manuel. Voir la section 6.1.4.

4.5.3 Définition et choix de la partie testée

4.5.3.1 La méthode TNMM tolère mieux certaines différences mineures entre les fonctions (lorsque de telles fonctions se ressentent sur les frais d'exploitation) et les pratiques comptables et peut davantage s'en accommoder que la méthode RPM ou la méthode CPM. Le tableau 4.T.1 ci-dessous et les paragraphes qui le suivent illustrent cette distinction³⁴.

³⁴ Les chiffres et les exemples numériques ne sont donnés qu'à des fins pratiques. Ils n'illustrent aucun cas réel ni de marges ou de chiffres de pleine concurrence.

Tableau 4.T.1

Méthode transactionnelle de la marge nette (TNMM)

Prix de vente	=	10 000 \$	
<u>Coût des marchandises vendues</u>	=	? \$	
Bénéfice brut	=	? \$	
<u>Frais d'exploitation</u>	=	2 000 \$	
Bénéfice net (5 % du prix)	=	500 \$	<i>Déterminé par référence à des comparables</i>

L'entreprise associée 1, un fabricant de vélos dans le pays 1, vend des vélos à l'entreprise associée 2, qui les revend à son tour à une entreprise indépendante, un revendeur de vélos non lié dans le pays 2. Supposons que l'entreprise associée 1 soit la partie la plus complexe, car elle contrôle une variété de technologies et d'actifs incorporels d'exploitation. L'entreprise associée 2, en revanche, est un distributeur/revendeur qui exerce des activités courantes n'apportant pas de contributions uniques et de valeur. La méthode CUP comparerait le prix pratiqué dans la transaction contrôlée conclue entre l'entreprise associée 1 et l'entreprise associée 2 aux prix pratiqués dans les transactions comparables sur le marché libre. Si la méthode CUP ne peut pas être appliquée, les méthodes CPM ou RPM pourraient être envisagées.

4.5.3.2 La méthode CPM est susceptible d'être relativement peu fiable dans ce cas, car elle désignerait l'entité la plus complexe, l'entreprise associée 1, en tant que partie testée. La méthode RPM pourrait donc être envisagée, puisque l'entreprise associée 2 exerce des activités relativement simples. Conformément à la méthode RPM, la société de vente, la moins complexe des deux entités impliquées dans la transaction contrôlée, serait la partie testée. L'analyse nécessiterait une recherche de distributeurs de produits largement similaires qui exercent des fonctions, utilisent ou apportent des actifs et assument des risques comparables à ceux de l'entreprise associée 2, et pour lesquels des données appropriées relatives aux bénéfices bruts pourraient être obtenues.

4.5.3.3 Parfois, il pourrait être plus sûr de recourir à la méthode TNMM afin de comparer les bénéfices nets. La méthode RPM peut en effet être relativement peu fiable lorsque, par exemple, le coût des marchandises vendues et les frais d'exploitation ne sont pas déclarés de la même manière par la partie testée et les distributeurs comparables, ce qui fait en sorte que les marges bénéficiaires brutes déclarées ne peuvent pas être comparées, et que des ajustements fiables ne peuvent pas être apportés. Toutefois, ce type d'incohérence comptable ne compromettra pas la fiabilité de la méthode TNMM, car conformé-

ment à cette méthode, les marges bénéficiaires nettes plutôt que les marges bénéficiaires brutes font l'objet de l'analyse. En outre, comme nous le verrons plus loin, le fait que cette méthode exige moins de comparabilité entre les produits – et qu'elle tolère donc davantage les différences entre les produits et la comptabilisation des coûts – que les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions peut constituer un avantage important dans la pratique.

4.5.3.4 La méthode TNMM centre l'analyse sur la partie la moins complexe – dans ce cas, le distributeur. Une telle analyse suppose une recherche de distributeurs comparables en fonction de la norme de comparabilité de cette méthode. Une application de la méthode TNMM centrée sur un fabricant lié en tant que partie testée pourrait être appropriée dans une situation où l'entreprise associée 1 est plutôt un fabricant sous-traitant qui ne possède pas d'actifs incorporels uniques et de valeur. Dans un tel cas, le fabricant sous-traitant pourrait effectivement être l'entité la moins complexe, puisque les EMN séparent souvent la propriété des actifs incorporels technologiques de valeur de la fonction de fabrication. La méthode CPM serait normalement envisagée si la méthode CUP ne pouvait pas être appliquée. Toutefois, en raison de l'incohérence comptable mentionnée ci-dessus, il peut être approprié d'appliquer la méthode TNMM en utilisant un ratio financier fondé sur la marge bénéficiaire nette, ce qui est approprié pour un fabricant (par exemple, le rendement par rapport aux coûts complets).

4.5.4 Fonctionnement de la méthode transactionnelle de la marge nette (TNMM)

4.5.4.1 Le problème qui se pose ensuite est de savoir comment déterminer le prix de transfert de pleine concurrence au moyen de la méthode TNMM. Cette méthode fonctionne d'une manière semblable à la méthode RPM et à la méthode CPM, comme le montrent les exemples suivants.

4.5.4.2 Distributeur lié : Lorsque l'on applique la méthode RPM pour déterminer le prix de transfert de pleine concurrence, la valeur marchande des produits revendus par le distributeur lié à des clients non liés (c'est-à-dire le prix de vente) est connue, tandis que la marge bénéficiaire brute de pleine concurrence est déterminée sur la base des résultats issus des transactions comparables sur le marché libre, c'est-à-dire d'une étude comparative. C'est le coût des marchandises vendues du distributeur lié ou le prix de transfert qu'on ne connaît pas. En supposant un prix de revente de 10 000 \$ et une marge bénéficiaire brute de 25 pour cent, le prix de transfert s'élèvera à 7 500 \$:

Tableau 4.T.2

Fonctionnement de la méthode du prix de revente (RPM)

	Initialement	Étude comparative	
Prix de revente	10 000 \$	10 000 \$	
Coût des marchandises vendues	?	7 500	
Bénéfice brut	?	2 500	(25 % du prix de revente)

4.5.4.3 La détermination d'un prix de transfert de pleine concurrence fondée sur la méthode TNMM est similaire. La principale différence par rapport à une analyse de la marge brute tient à la prise en compte des frais d'exploitation dans le calcul du prix de transfert. En appliquant la méthode TNMM à un distributeur testé, le prix de revente et les frais d'exploitation du distributeur lié sont connus, tandis que la marge bénéficiaire nette de pleine concurrence (c'est-à-dire le ratio bénéfice net/valeur des ventes)³⁵ est déterminée sur la base d'une étude comparative. Le coût des marchandises vendues et le bénéfice brut sont les variables qui ne sont pas connues. En supposant un prix de revente de 10 000 \$, des frais d'exploitation de 2 000 \$ et une marge bénéficiaire nette de pleine concurrence de 5 pour cent, les calculs à rebours au moyen des informations disponibles permettent de déterminer que le prix de transfert est de 7 500 \$. En d'autres termes, en utilisant la méthode TNMM, un prix de transfert de 7 500 \$ peut garantir au distributeur une marge bénéficiaire nette de 5 pour cent.

Tableau 4.T.3

Fonctionnement de la méthode transactionnelle de la marge nette (TNMM)

	Initialement	Étude comparative	
Prix de revente	10 000 \$	10 000 \$	
Coût des marchandises vendues	?	7 500	
Bénéfice brut	?	2 500	
Frais d'exploitation	2 000	2 000	
Bénéfice d'exploitation	?	500	(5 % du prix de revente)

4.5.4.4 Fabricant lié : Lorsque l'on applique la méthode CPM pour déterminer le prix de transfert de pleine concurrence, le coût des marchandises vendues du fabricant lié est connu. La marge brute de pleine concurrence est basée sur

³⁵Le bénéfice net correspond au bénéfice d'exploitation avant intérêts et impôts.

une étude comparative. Ce sont les recettes de vente du fabricant lié ou le prix de transfert qu'on ne connaît pas. En supposant que le coût des marchandises vendues est de 5 000 \$ et que la marge brute est de 50 pour cent, le prix de transfert s'élèvera à 7 500 \$.

Tableau 4.T.4

Fonctionnement de la méthode du coût majoré (CPM)

	Initialement	Étude comparative	
Prix de revente	?	7 500 \$	
Coût des marchandises vendues	\$ 5 000	5 000	
Bénéfice brut	?	2 500	(50 % du coût des marchandises vendues)

4.5.4.5 Lorsque la méthode TNMM plutôt que la méthode CPM est appliquée au fabricant testé, le coût des marchandises vendues et les frais d'exploitation du fabricant lié sont connus. Une étude comparative déterminera le bénéfice net de pleine concurrence du fabricant lié en utilisant un indicateur de niveau de bénéfice tel que le ratio du bénéfice net sur les coûts complets. Le prix de vente et le bénéfice brut sont les variables qu'on ne connaît pas. En supposant que le coût des marchandises vendues est de 5 000 \$, que les frais d'exploitation sont de 1 000 \$ et que le ratio du bénéfice net sur les coûts complets de pleine concurrence est de 25 pour cent, le prix de transfert s'élève à 7 500 \$. Le tableau 4.T.4 montre que les calculs à rebours au moyen des informations disponibles permettent de déterminer que le prix de vente (c'est-à-dire le prix de transfert dans ce cas) est de 7 500 \$.

Tableau 4.T.5

Fonctionnement de la méthode transactionnelle de la marge nette (TNMM)

	Initialement	Étude comparative	
Prix de revente	?	7 500 \$	
Coût des marchandises vendues	5 000 \$	5 000	
Bénéfice brut	?	2 500	
Frais d'exploitation	1 000 \$	1 000	
Bénéfice d'exploitation	?	1 500	(25 % du coût total)

4.5.5 Exemples ³⁶

4.5.5.1 Exemple 1 : Transfert de biens corporels ne nécessitant aucun ajustement

La société FP, une résidente du pays A cotée en bourse qui possède une filiale dans le pays B, appelée la société BCO, est en cours de vérification pour son année d'imposition 2009. La société FP fabrique un produit de consommation destiné à être distribué dans le monde entier. La société BCO importe le produit assemblé et le distribue (commerce de gros) dans le pays B sous le nom FP.

La société FP ne permet pas aux contribuables indépendants de distribuer le produit. Des produits similaires sont fabriqués par d'autres sociétés, mais aucun n'est vendu à des contribuables ou à des distributeurs indépendants.

Sur la base de tous les faits et circonstances, l'autorité fiscale du pays B détermine que la méthode TNMM fournira la mesure la plus fiable du résultat de pleine concurrence. La société BCO est choisie en tant que partie testée parce qu'elle exerce des activités moins complexes que celles de la société FP.

	2007	2008	2009	Moyenne
Valeur des ventes	500 000 \$	560 000 \$	500 000 \$	520 000 \$
CMV	393 000	412 400	400 000	401 800
Frais d'exploitation	80 000	110 000	104 600	98 200
Bénéfice d'exploitation	27 000	37 600	(4 600)	20 000

Un certain nombre de distributeurs en gros indépendants peuvent fournir des données. On peut réduire encore davantage le bassin de comparables potentiels en choisissant des sociétés qui appartiennent au même secteur industriel que la société BCO et qui exercent des fonctions et assument des risques semblables. L'analyse des informations disponibles sur ces contribuables montre que le ratio du bénéfice d'exploitation sur la valeur des ventes est l'indicateur de la rentabilité le plus approprié et que ce ratio est relativement stable lorsqu'on inclut au moins trois années dans la moyenne. Pour les années d'imposition 2007 à 2009, la société BCO enregistre les résultats présentés ci-dessus.

³⁶ Adaptation sur la base du document *US Internal Revenue Service Intercompany Transfer Pricing Regulations* publié par le Service fiscal américain. Accessible en anglais à l'adresse : https://www.irs.gov/pub/irs-apa/482_regs.pdf

Après avoir apporté des ajustements pour tenir compte des différences significatives entre la société BCO et les distributeurs indépendants, on calcule la moyenne du ratio du bénéfice d'exploitation sur la valeur des ventes de chacun des distributeurs indépendants. L'application de chaque ratio à la société BCO générerait un bénéfice d'exploitation comparable (BEC) pour elle, tel qu'indiqué dans le tableau ci-dessous.

Distributeur indépendant	Bénéfice d'exploitation/ valeur des ventes	BEC (\$)
A	1,7	8 840
B	3,1	16 120
C	3,8	19 760
D	4,5	23 400
E	4,7	24 440
F	4,8	24 960
G	4,9	25 480
H	6,7	34 840
I	9,9	51 480
J	10,5	54 600

Les données ne sont pas suffisamment complètes pour conclure qu'il est probable que toutes les différences significatives entre la société BCO et les distributeurs indépendants ont été identifiées. L'autorité fiscale du pays B mesure l'intervalle de pleine concurrence en s'appuyant sur l'intervalle interquartile des résultats compris entre 19 760 \$ et 34 840 \$. Bien que le revenu d'exploitation de la société BCO en 2009 affiche une perte de 4 600 \$, l'autorité fiscale détermine qu'aucune imputation ne doit être faite, car le bénéfice d'exploitation moyen de 20 000 \$ déclaré par la société BCO $([27\ 000\ \$ + 37\ 600\ \$ + (4\ 600)]/3)$ se situe à l'intérieur de l'intervalle interquartile des BEC observés, compris entre 19 760 \$ et 34 840 \$.

4.5.5.2 Exemple 2 : Transfert de biens corporels nécessitant un ajustement

Les faits sont les mêmes que dans l'exemple 1, sauf que BCO a déclaré les revenus et les dépenses qui suivent :

	2007	2008	2009	Moyenne
Valeur des ventes	500 000 \$	560 000 \$	500 000 \$	520 000 \$
CMV	370 000	460 000	400 000	410 000
Frais d'exploitation	110 000	110 000	110 000	110 000
Bénéfice d'exploitation	20 000	(10 000)	(10 000)	0

Distributeur indépendant	Bénéfice d'exploitation/ valeur des ventes	BEC (\$)
C	0,5	2 500
D	1,5	7 500
E	2,0	10 000
A	2,6	13 000
F	2,8	14 000
B	2,9	14 500
J	3,0	15 000
I	4,4	22 000
H	6,9	34 500
G	7,4	37 000

L'intervalle interquartile des bénéfices d'exploitation comparables reste le même que celui de l'exemple 1 : 9 760 \$ à 34 840 \$. Le bénéfice d'exploitation moyen déclaré par la société BCO pour les années 2007 à 2009 (0 \$) se situe en dehors de cet intervalle. Par conséquent, l'autorité fiscale détermine qu'un ajustement peut être approprié. Afin de déterminer le montant de l'ajustement pour l'année d'imposition 2009, le cas échéant, le directeur de district compare le bénéfice d'exploitation déclaré par la société BCO en 2009 aux bénéfices d'exploitation comparables dérivés des résultats des distributeurs indépendants en 2009. Le ratio du bénéfice d'exploitation sur la valeur des ventes en 2009 est calculé pour chacun des comparables sur le marché libre et est appliqué aux ventes de la société US Sub en 2009 pour obtenir les résultats indiqués ci-dessous. Sur la base de ces résultats, la médiane des bénéfices d'exploitation comparables est de 14 250 \$ en 2009 (l'observation médiane ici est la moyenne des observations incluant F, soit 14 000 \$, et B, soit 14 500 \$). Par conséquent, le revenu de la société BCO en 2009 est augmenté de 24 250 \$, soit la différence entre le bénéfice d'exploitation déclaré par la société BCO en 2009 et la médiane des bénéfices d'exploitation comparables en 2009.

4.5.5.3 Exemple 3 : Données pluriannuelles

Les faits sont les mêmes que dans l'exemple 2. De plus, l'autorité fiscale examine les résultats du contribuable pour l'année d'imposition 2010. Comme dans l'exemple 2, l'autorité fiscale augmente le revenu de la société BCO pour l'année d'imposition 2009 de 24 250 \$. Les résultats pour l'année d'imposition 2010, ainsi que pour les années d'imposition 2008 et 2009, sont les suivants :

	2008	2009	2010	Moyenne
Valeur des ventes	560 000 \$	500 000 \$	530 000 \$	530 000 \$
CMV	460 000	400 000	430 000	430 000
Frais d'exploitation	110 000	110 000	110 000	110 000
Bénéfice d'exploitation	(10 000)	(10 000)	(10 000)	(10 000)

L'intervalle interquartile des bénéfices d'exploitation comparables, fondé sur les résultats moyens dégagés par les comparables indépendants et les ventes moyennes de la société BCO pour les années 2008 à 2010, est compris entre 15 500 \$ et 30 000 \$. Pour déterminer s'il convient d'apporter un ajustement pour l'année d'imposition 2010, l'autorité fiscale compare le bénéfice d'exploitation moyen déclaré par la société BCO pour les années 2008 à 2010 à l'intervalle interquartile des bénéfices d'exploitation comparables moyens sur cette période. Le bénéfice d'exploitation moyen déclaré par la société BCO est déterminé sans tenir compte de l'ajustement effectué pour l'année d'imposition 2009. Par conséquent, le bénéfice d'exploitation moyen déclaré par la société BCO pour les années 2008 à 2010 est de (10 000 \$). Comme ce montant de bénéfice se situe en dehors de l'intervalle interquartile, l'autorité fiscale détermine qu'un ajustement peut être approprié. Afin de déterminer le montant de l'ajustement pour l'année d'imposition 2010, le cas échéant, l'autorité fiscale compare le bénéfice d'exploitation déclaré par la société BCO en 2010 à la médiane des bénéfices d'exploitation comparables dérivés des résultats réalisés par les distributeurs indépendants en 2010. La médiane des bénéfices d'exploitation comparables dérivés des résultats obtenus par des comparables indépendants pour l'année d'imposition 2010 est de 12 000 \$. Sur la base de cette comparaison, l'autorité fiscale augmente de 22 000 \$ le revenu imposable de la société BCO en 2010, soit la différence entre la médiane des bénéfices d'exploitation comparables pour l'année d'imposition 2010 et le bénéfice d'exploitation de (10 000 \$) déclaré par la société BCO pour l'année d'imposition 2010.

4.5.5.4 Exemple 4 : Transfert d'un actif incorporel à un fabricant étranger

La société DCO met au point, fabrique et commercialise des produits. La société DCO met au point un nouveau « produit de haute technologie » qui est fabriqué par sa filiale étrangère HCO, une résidente du pays H. La société HCO vend le produit à la société JCO (une filiale de la société DCO dans le pays H) pour qu'il soit distribué et commercialisé dans le pays H. L'année d'imposition 2009 est en cours de vérification, et l'autorité fiscale vérifie si le taux de redevance de 5 pour cent versé par HCO à DCO est une contrepartie de pleine concurrence pour le nouveau produit de technologie. Sur la base de tous les faits et circonstances, l'autorité fiscale détermine que la méthode TNMM fournira la mesure la plus fiable d'un résultat de pleine concurrence. La société HCO est choisie en tant que partie testée parce qu'elle exerce des activités de fabrication relativement courantes, tandis que la société DCO exerce diverses activités complexes et utilise des actifs incorporels uniques et de valeur. Enfin, comme la société HCO est un fabricant, on détermine que le ratio du bénéfice d'exploitation sur la valeur des actifs d'exploitation (ou valeur d'exploitation) est un indicateur approprié de son niveau de bénéfice.

On ne peut pas retrouver de contribuables indépendants exerçant des fonctions similaires dans le pays H. Par contre, les données disponibles dans les pays M et N permettent de retracer dans le même marché des sociétés qui offrent les meilleures correspondances possibles sur le plan des fonctions exercées et des risques assumés. Ces données sont suffisamment complètes pour identifier un grand nombre de différences significatives entre la société HCO et les comparables indépendants et procéder à des ajustements afin de tenir compte de ces différences. Cependant, les données ne sont pas suffisamment complètes pour garantir l'absence totale de différences significatives. Les différences entre les marchés géographiques pourraient tout particulièrement influencer de manière significative sur les résultats des diverses sociétés.

Dans une analyse distincte, on conclut que le prix que facture la société HCO à la société JCO pour le nouveau produit de technologie est un prix de pleine concurrence. Par conséquent, les données financières de HCO dérivées de ses ventes à JCO sont fiables. Les données financières de HCO pour la période allant de 2007 à 2009 sont les suivantes :

	2007	2008	2009	Moyenne
Actifs	24 000 \$	25 000 \$	26 000 \$	25 000 \$
Ventes à JCO	25 000	30 000	35 000	30 000
CMV	6 250	7 500	8 750	7 500
Redevance versée à DCO (5 %)	1 250	1 500	1 750	1 500
Autres éléments	5 000	6 000	7 000	6 000
Frais d'exploitation	1 000	1 000	1 000	1 000
Bénéfice d'exploitation	17 750	21 500	25 250	21 500

En appliquant la moyenne sur les trois années d'imposition – 2007 à 2009 – du bénéfice d'exploitation sur la valeur d'exploitation (d'un groupe de comparables indépendants dans les pays M et N) à la valeur moyenne d'exploitation de la société HCO pour la même période, on obtient un ensemble de bénéfices d'exploitation comparables. L'intervalle interquartile de ces bénéfices d'exploitation moyens comparables est compris entre 3 000 \$ à 4 500 \$. Le bénéfice d'exploitation moyen déclaré par la société HCO sur les trois années – 2007 à 2009 – (21 500 \$) se situe en dehors de cet intervalle. Par conséquent, l'autorité fiscale qui procède à une vérification en 2009 détermine qu'un ajustement peut être approprié pour l'année d'imposition 2009.

Afin de déterminer le montant de l'ajustement pour l'année d'imposition 2009, le cas échéant, l'autorité fiscale compare le bénéfice d'exploitation déclaré par la société HCO en 2009 à la médiane des bénéfices d'exploitation comparables dérivés des résultats des distributeurs indépendants en 2009. Le résultat médian des comparables indépendants en 2009 est de 3 750 \$. Sur la base de cette comparaison, le directeur de district augmente les redevances payées par la société HCO de 21 500 \$ (la différence entre 25 250 \$ et la médiane des bénéfices d'exploitation comparables, c'est-à-dire 3 750 \$)³⁷.

³⁷ On suppose ici que le délai imparti pour procéder aux ajustements des années 2007 et 2008 a expiré.

4.5.5.5 Exemple 5 : Ajustement apporté aux actifs d'exploitation (valeur d'exploitation) et au bénéfice d'exploitation pour tenir compte des différences dans les comptes clients

La société MCO fabrique des pièces d'équipements industriels et les vend à sa société mère étrangère. Dans le but d'appliquer la méthode TNMM, quinze fabricants indépendants semblables à la société MCO ont été identifiés. Le solde des comptes clients de la société MCO est sensiblement inférieur à celui des fabricants indépendants. Comme le rendement des capitaux employés est utilisé comme indicateur de la rentabilité, tant la valeur d'exploitation que le bénéfice d'exploitation doivent être ajustés pour tenir compte de cette différence. On retranche de la valeur d'exploitation de chaque comparable indépendant le montant (par rapport à la valeur des ventes) en excédent du solde des comptes clients de la société MCO. Le bénéfice d'exploitation de chaque comparable indépendant est ajusté en déduisant le revenu d'intérêts théoriques calculé sur l'excédent des comptes clients. Ces revenus d'intérêts théoriques sont calculés en multipliant l'excédent des comptes clients de chaque comparable indépendant par un taux d'intérêt adéquat pour ses dettes à court terme.

4.5.5.6 Exemple 6 : Ajustement apporté au bénéfice d'exploitation pour tenir compte des différences dans les comptes fournisseurs

La société KCO est la filiale dans le pays K d'une société étrangère. La société KCO achète des produits à sa société mère étrangère et les vend sur le marché du pays K. Pour les besoins de la méthode TNMM, dix distributeurs indépendants semblables à la société KCO ont été identifiés. Les soldes des comptes fournisseurs des distributeurs indépendants sont très différents de celui de la société KCO. Pour éliminer ces différences, l'autorité fiscale ajuste le bénéfice d'exploitation des distributeurs indépendants et de la société KCO afin de tenir compte des charges d'intérêt imputées aux comptes fournisseurs. Les charges d'intérêts imputées à chaque société sont calculées en multipliant les soldes des comptes fournisseurs de chaque société par un taux d'intérêt adéquat pour ses dettes à court terme.

4.5.6 Marge bénéficiaire nette de pleine concurrence

4.5.6.1 Plusieurs indicateurs de la rentabilité, axés en général sur le bénéfice d'exploitation, peuvent être utilisés dans le cadre de la méthode TNMM. L'indicateur de la rentabilité est une mesure de la rentabilité d'une société qui permet de comparer la partie testée à des comparables. Cet indicateur peut définir la rentabilité par rapport (i) à la valeur des ventes, (ii) aux coûts ou aux frais, ou (iii) à l'actif. Plus précisément, l'indicateur de la rentabilité peut être défini comme le rapport entre le bénéfice d'exploitation et une base adéquate (par exemple, les coûts, les ventes ou les actifs). Le recours à un indicateur de la rentabilité adéquat permet de comparer la rentabilité nette de la transaction contrôlée à celle des transactions sur le marché libre.

Tableau 4.T.6

Aperçu des indicateurs de rentabilité³⁸

Rendement de l'actif (RDA)	Bénéfice d'exploitation divisé par la valeur d'exploitation (comprenant normalement les actifs corporels uniquement)
Rendement des capitaux employés (RCE)	Bénéfice d'exploitation divisé par le montant des capitaux employés, généralement calculé en déduisant les liquidités et le capital investi du total de l'actif
Marge d'exploitation (rentabilité d'exploitation)	Bénéfice d'exploitation divisé par la valeur des ventes
Rendement par rapport aux coûts complets	Bénéfice d'exploitation divisé par les coûts complets
Rendement par rapport au coût des marchandises vendues	Bénéfice brut divisé par le coût des marchandises vendues
Ratio de Berry	Bénéfice brut divisé par les frais d'exploitation

4.5.6.2 Définitions clés :

- Le **bénéfice brut** est calculé en soustrayant le coût des ventes de la valeur des ventes, y compris tous les frais directement liés à ces ventes;
- Le bénéfice d'exploitation ou revenu d'exploitation est calculé en déduisant du revenu d'une société, tous les frais directs et indirects, mais avant déduction des charges hors exploitation telles que

³⁸ Veuillez noter que tous les indicateurs de la rentabilité mentionnés ne peuvent pas nécessairement être utilisés lors de l'application de la méthode TNMM.

les intérêts et les impôts. Il est défini comme la valeur des ventes moins le coût des marchandises vendues et les frais d'exploitation (autrement désigné comme le bénéfice brut moins les frais d'exploitation). Le « bénéfice d'exploitation » est un terme plus approprié que « bénéfice net » dans ce contexte, car le bénéfice net est également utilisé pour représenter le bénéfice d'une société après déduction des intérêts et des impôts. En outre, le terme « bénéfice d'exploitation » indique plus clairement que seuls les bénéfices résultant des activités d'exploitation sont pertinents à des fins des prix de transfert.

4.5.6.3 Bien que tous les indicateurs de la rentabilité ci-dessus soient envisageables, les trois indicateurs de la rentabilité : (i) le rendement des capitaux employés (RCE), (ii) la marge d'exploitation et (iii) le rendement par rapport aux coûts complets sont les plus utilisés dans la pratique. Le ratio de Berry peut également être employé, mais sous certaines réserves, car son utilisation peut être inappropriée³⁸. La marge d'exploitation est généralement utilisée pour les activités de commercialisation, de vente et de distribution; un ratio de Berry pourra parfois être choisi pour les activités de service ou de distribution; et le coût complet majoré, le RCE ou le RDA sont généralement utilisés pour les activités de fabrication. Le RDA et le RCE sont calculés en divisant le bénéfice d'exploitation par un élément du bilan. Ces indicateurs de la rentabilité sont établis sur la base des actifs employés activement dans l'entreprise, c'est-à-dire de tous les actifs corporels moins le montant du capital investi (par exemple, des participations dans les filiales) et moins les liquidités au-delà du montant nécessaire au fonds de roulement. Dans le cas du RDA, une déduction sera également effectuée au titre des actifs incorporels comme la survalueur. Ces deux indicateurs de la rentabilité (RDA et RCE) peuvent, par exemple, être utilisés pour les sociétés de location. Ce type d'indicateur de la rentabilité peut être le plus fiable si les immobilisations sont fortement corrélées avec la rentabilité. Par exemple, la valeur d'exploitation d'un fabricant, notamment en biens immobiliers, en usines et en équipement, pourrait avoir un impact plus important sur sa rentabilité que la valeur d'exploit-

³⁹ Pour qu'un ratio de Berry soit la méthode de prix de transfert la plus appropriée pour déterminer la rémunération d'une transaction contrôlée (par exemple pour la distribution de produits), les conditions suivantes doivent être remplies : (i) la valeur des fonctions exercées, compte tenu des actifs utilisés ou apportés et des risques assumés, doit être proportionnelle aux frais d'exploitation; (ii) la valeur des produits distribués ne doit pas influencer significativement sur la valeur des fonctions exercées, compte tenu des actifs utilisés ou apportés et des risques assumés; en d'autres termes, la valeur des fonctions exercées n'est pas proportionnelle à la valeur des produits distribués; et (iii) la partie testée ne doit pas exercer, en rapport avec la transaction en cause, d'autres fonctions importantes nécessitant une rémunération déterminée par une autre méthode ou un autre indicateur de la rentabilité.

tation d'un distributeur sur la sienne, car souvent la valeur primaire ajoutée par un distributeur provient des services qu'il fournit, services qui pourraient moins dépendre de la valeur d'exploitation. Ce qui différencie le RDA du RCE, c'est que le RDA est centré sur les actifs utilisés ou apportés et le RCE, sur le montant des dettes et des capitaux propres investis dans l'entreprise.

4.5.6.4 Les autres indicateurs de la rentabilité énumérés ci-dessus sont des rapports établis entre divers éléments du compte de résultat. Les indicateurs de la rentabilité fondés sur un ou l'autre des éléments du compte de résultat sont souvent utilisés lorsque les actifs immobilisés ne jouent pas de rôle central pour générer des bénéfices d'exploitation. C'est souvent le cas des distributeurs en gros et des prestataires de services. La marge d'exploitation a souvent été utilisée lorsque les fonctions de la partie testée et des comparables ne sont que largement similaires (bien que plutôt éloignées), car les différences sur le plan des fonctions exercées ont moins d'effet sur le bénéfice d'exploitation que sur le bénéfice brut.

4.5.6.5 Le ratio de Berry mesure la rentabilité des fonctions à valeur ajoutée d'une société, en supposant que ces fonctions se répercutent sur les frais d'exploitation de la société. Dans la pratique, le ratio de Berry est utilisé en tant qu'indicateur de la rentabilité des distributeurs des prestataires de services. Le ratio de Berry suppose qu'il existe une relation entre le niveau des frais d'exploitation et le niveau du bénéfice brut des distributeurs et des prestataires de services dans les situations où leurs fonctions à valeur ajoutée sont réputées se ressentir sur leurs frais d'exploitation. Par conséquent, il peut être approprié d'utiliser le ratio de Berry si l'entité de vente ou de commercialisation est un prestataire de services ayant droit à un rendement sur le coût des services qu'il fournit. Il convient toutefois de souligner que le ratio de Berry est très sensible à la classification des fonctions et des coûts. Le ratio de Berry a d'autres limites, notamment le fait qu'il n'est utile que si les comparables sont fonctionnellement similaires; et que les comparables ne possèdent pas d'actifs incorporels importants.

4.5.6.6 En général, la marge brute n'a pas été privilégiée en tant qu'indicateur de la rentabilité parce que la classification des dépenses en tant que frais d'exploitation ou coût des marchandises vendues peut être quelque peu arbitraire ou même faire l'objet de manipulations, ce qui rend les comparaisons entre la partie testée et les comparables difficiles, voire impossibles.

4.5.6.7 Le choix de l'indicateur de la rentabilité dépendra des faits et circonstances de chaque cas d'espèce. Par conséquent, il peut être utile d'envisager plusieurs indicateurs de la rentabilité. Des résultats qui ont tendance à converger peuvent apporter une garantie supplémentaire quant à la fiabilité du résultat. En revanche, si les divers indicateurs de la rentabilité donnent des résultats très divergents, il peut être utile d'examiner les différences fonctionnelles ou structurelles importantes entre la partie testée et les comparables.

4.5.7 Comparaison transactionnelle et comparaison fonctionnelle

4.5.7.1 Les marges bénéficiaires nettes (ou l'intervalle) de pleine concurrence peuvent être déterminées par l'intermédiaire d'une :

- Comparaison transactionnelle: la marge bénéficiaire nette dégagée par la partie testée d'une transaction comparable sur le marché libre qui a été initialement rejetée comme comparable interne selon la méthode CUP en raison de ses exigences strictes; ou d'une
- Comparaison fonctionnelle: les marges bénéficiaires nettes dégagées par des entreprises indépendantes qui exercent des fonctions et assument des risques comparables à ceux de la partie testée.

4.5.7.2 Lorsqu'une comparaison transactionnelle est possible, on dispose d'informations beaucoup plus détaillées sur les transactions contrôlées et celles sur le marché libre, parce que les parties liées en cause ont participé à ces transactions. Le degré de comparabilité peut alors être analysé de manière plus approfondie que dans un contexte où une comparaison fonctionnelle tire seulement parti d'informations publiques (par exemple, descriptions d'entreprises dans une base de données, rapports annuels et données sur Internet). Vraisemblablement, la fiabilité sera donc plus élevée dans le cas des comparaisons transactionnelles que dans le cas des comparaisons fonctionnelles dans la pratique. En fait, s'il existe suffisamment de données pour appliquer de manière fiable une méthode TNMM sur la base d'une comparaison transactionnelle, on peut même envisager d'appliquer une méthode traditionnelle fondée sur les transactions.

4.5.7.3 Toutefois, la comparaison fonctionnelle sera plus souvent utilisée dans la pratique, car les données nécessaires à la comparaison fonctionnelle pourraient être disponibles et ne pas l'être pour la comparaison transactionnelle. Supposons qu'un distributeur lié soit la partie testée dans l'exemple présenté dans le tableau 4.T.7. La méthode TNMM est appliquée et l'indicateur de la rentabilité est la marge d'exploitation. Une étude comparative est effectuée et identifie quatre distributeurs indépendants comparables en fonction de la norme de comparabilité de cette méthode. L'intervalle de la marge de pleine concurrence dégagée par ces distributeurs comparables se situe entre 2 et 6 pour cent. Si la marge d'exploitation dégagée par le distributeur lié se situe à l'intérieur de cet intervalle (par exemple, 4 pour cent), son prix de transfert sera considéré comme un prix de pleine concurrence.

Tableau 4.T.7

Exemple de comparaison fonctionnelle

	Comparables A	Comparables B	Comparables C	Comparables D	Partie testée
Revenu	100 000	120 000	125 000	130 000	122 000
CMV	80 000	92 400	95 000	89 700	92 720
Bénéfice brut	20 000	27 600	30 000	40 300	29 280
Frais d'exploitation	18 000	24 000	25 000	32 500	24 400
Bénéfice d'exploitation	2 000	3 600	5 000	7 800	4 880
Marge d'exploitation	2 %	3 %	4 %	6 %	4 %

4.5.8 Comparabilité

4.5.8.1 La comparabilité des produits est extrêmement importante pour la méthode CUP, car les différences entre les produits entraînent des différences de prix. La méthode CPM et la méthode RPM dépendent moins de la comparabilité des produits. Elles sont axées sur la comparabilité fonctionnelle, car les différences entre les fonctions qui se traduisent par des différences de frais d'exploitation sont susceptibles de donner lieu à un large éventail de marges brutes. Toutefois, la méthode TNMM dépend encore moins de la comparabilité des produits et des fonctions que les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions, car les marges nettes sont moins touchées par les différences entre les produits et les fonctions. La méthode TNMM est centrée sur la comparabilité globale des produits et des fonctions.

4.5.8.2 Toutefois, la norme de comparabilité de la méthode TNMM exige un degré élevé de similitude entre la partie testée et les entreprises indépendantes au regard de plusieurs facteurs susceptibles de fausser les marges nettes. Les marges nettes peuvent être touchées par des facteurs qui n'ont aucun effet, ou un effet moins important, sur les marges brutes ou sur les prix en raison de la variation des frais d'exploitation entre les sociétés. Ces facteurs peuvent ne pas être liés aux prix de transfert.

4.5.8.3 Les facteurs spécifiques qui peuvent influencer sur les marges nettes comprennent, sans s'y limiter :

- Obstacles à l'entrée dans l'industrie;
- Position concurrentielle;
- Efficacité de la gestion;

- Stratégies commerciales individuelles;
- Menaces émanant des produits de substitution;
- Diversité des structures de coûts (par exemple, l'âge de l'usine et de l'équipement);
- Degré d'expérience en affaires (par exemple, s'il s'agit d'une société en phase de démarrage ou arrivée à maturité).

Si des différences significatives entre la partie testée et les entreprises indépendantes influent sur les marges nettes, des ajustements raisonnablement précis devraient être apportés pour en tenir compte.

4.5.9 Autres orientations : application de la méthode transactionnelle de la marge nette

4.5.9.1 La méthode TNMM est moins fiable lorsqu'elle est appliquée globalement à l'ensemble des activités d'une entreprise complexe qui exécute une variété de transactions ou de fonctions différentes. La méthode devrait être utilisée pour analyser uniquement les bénéfices de l'entreprise associée qui découlent de transactions ou de fonctions simples. Généralement, la méthode TNMM ne devrait donc pas être appliquée à l'échelle de la société si cette dernière participe à un certain nombre de transactions ou exerce différentes fonctions contrôlées qui ne sont pas correctement évaluées sur une base agrégée. Toutefois, il peut être possible d'utiliser la méthode TNMM lorsque les activités/transactions agrégées sont suffisamment liées entre elles, par exemple lorsque des fonctions de vente similaires sont exercées pour des produits appartenant à des lignes de produits similaires.

4.5.9.2 Les transactions ou fonctions contrôlées examinées au moyen de la méthode TNMM doivent être comparables aux transactions ou aux fonctions des entreprises indépendantes. En outre, en examinant les transactions contrôlées, on doit écarter les résultats des transactions conclues entre la partie testée et les entreprises indépendantes, si possible. Ce dernier point est illustré dans le tableau 4.T.8 ci-dessous. Dans cet exemple, le distributeur lié achète des produits à la fois auprès du fabricant lié et du fabricant non lié, puis revend ces produits à des clients. Les autorités fiscales du pays du distributeur lié utilisent la méthode TNMM pour déterminer si les prix de transfert de ce distributeur lié sont conformes au principe de pleine concurrence. Une étude comparative réalisée par les autorités fiscales montre que la marge d'exploitation dégagée par les distributeurs comparables est comprise entre 2 et 6 pour cent.

4.5.9.3 Les autorités fiscales appliquent initialement la méthode TNMM en se fondant sur le compte de résultat du distributeur lié dans son ensemble. La

marge d'exploitation dégagée par le distributeur lié sur ses transactions agrégées est de 2 pour cent et se situe donc à l'intérieur de l'intervalle de pleine concurrence. Les transactions agrégées semblent donc avoir été réalisées dans des conditions de pleine concurrence, ce qui permet de conclure provisoirement qu'aucun ajustement des prix de transfert n'est nécessaire. Toutefois, si la méthode TNMM avait été appliquée uniquement aux résultats du distributeur provenant de la revente des produits acquis dans le cadre des transactions contrôlées, les conclusions auraient été très différentes. La marge d'exploitation dégagée par le distributeur lié sur la revente de ses produits acquis dans le cadre des transactions contrôlées est négative (-3 pour cent). Elle se situe donc en dehors de l'intervalle de pleine concurrence des marges d'exploitation comparables et, par conséquent, semble mériter un ajustement. Il ressort du compte du résultat que, dans cet exemple, la revente des produits acquis par le distributeur lié dans le cadre des transactions contrôlées a généré des pertes d'exploitation, ce qui a réduit son revenu agrégé. La cohérence est importante pour quantifier ces montants. Les marges nettes de la partie contrôlée et des entreprises indépendantes doivent être calculées de manière uniforme.

Tableau 4.T.8

Transactions particulières et de l'ensemble de la société

	Transactions contrôlées	Transactions sur le marché libre	Transactions agrégées
Valeur des ventes	100 000 \$	100 000 \$	200 000 \$
CMV	90 000	78 000	168 000
Bénéfice brut	10 000	22 000	32 000
Frais d'exploitation	13 000	15 000	28 000
Bénéfice d'exploitation	(3 000)	7 000	4 000
Marge d'exploitation	-/ - 3 %	7 %	2 %

4.5.9.4 L'analyse des données pluriannuelles peut parfois mieux tenir compte de l'influence des cycles de vie des produits et de la conjoncture économique sur les bénéfices. Divers pays peuvent avoir des points de vue différents sur le moment où il faudrait s'en remettre à des données pluriannuelles et même, en fait, sur la question de savoir si la législation interne du pays l'autorise; voir les analyses de données pluriannuelles dans les exemples aux paragraphes 4.5.5.3 et 4.5.5.4. L'utilisation d'un intervalle de pleine concurrence devrait également être envisagé, afin de réduire l'effet des différences entre les entités contrôlées et indépendantes. Toutefois, l'utilisation d'un intervalle peut ne pas tenir suffisamment compte des circonstances dans lesquelles les bénéfices d'un contribuable sont touchés par un facteur unique à ce contribuable.

4.5.10 Forces et faiblesses de la méthode transactionnelle de la marge nette (TNMM)

4.5.10.1 Les forces de la méthode TNMM sont notamment les suivantes :

- Les marges nettes sont moins touchées que les prix par les différences transactionnelles. En outre, les marges nettes sont moins touchées par les différences fonctionnelles que les marges brutes. La comparabilité des produits et des fonctions est donc moins critique pour l'application de la méthode TNMM;
- L'analyse fonctionnelle menée dans le cadre de la méthode TNMM est moins complexe, car elle n'est appliquée qu'à une seule des parties liées en cause;
- Comme la méthode TNMM s'intéresse à la partie la moins complexe, elle peut être utilisée même si l'une des parties liées possède des actifs incorporels pour lesquels on ne dispose pas de rendements comparables directs;
- La méthode TNMM est applicable à l'une ou l'autre partie de la transaction contrôlée (c'est-à-dire soit au fabricant lié, soit au distributeur);
- Les résultats sont semblables à ceux que l'on pourrait obtenir avec des méthodes qu'on pourrait qualifier d'analyses modifiées du prix de revente ou du coût majoré.

4.5.10.2 Les faiblesses de la méthode TNMM sont notamment les suivantes :

- Les marges nettes sont touchées par des facteurs (par exemple, la variabilité des frais d'exploitation) qui n'ont pas d'effet, ou ont un effet moins important, sur le prix ou les marges brutes. Ces facteurs influent sur les bénéfices nets et donc sur les résultats de la méthode TNMM, mais peuvent n'avoir aucun rapport avec les prix de transfert d'une société. Il est important de tenir compte de ces facteurs (hors prix) dans l'analyse de comparabilité;
- Les défis en matière d'information, notamment l'absence d'informations sur les bénéfices attribuables aux transactions sur le marché libre;
- Les difficultés de mesure, car elles peuvent compliquer, aux fins du calcul de l'indicateur de la rentabilité choisi, l'établissement des recettes de vente, des frais d'exploitation et des actifs se rapportant exclusivement aux transactions ou aux fonctions contrôlées. Par exemple, si un distributeur lié achète des produits à la fois auprès d'une partie liée et d'une entreprise non liée en vue de les revendre, il peut être impossible de déterminer les recettes de vente, les

frais d'exploitation et les actifs se rapportant exclusivement aux transactions contrôlées pour pouvoir appliquer de manière fiable une méthode d'analyse centrée sur la marge nette. En outre, si les sociétés exercent différentes activités, il peut également être très difficile de répartir les recettes de vente, les frais d'exploitation ou les actifs entre l'activité commerciale examinée et les autres activités de la partie testée ou des comparables. Ce problème de mesure importe dans la pratique;

- La méthode TNMM n'est appliquée qu'à une seule des parties liées en cause. La marge nette de pleine concurrence qui en résulte peut donc donner lieu à un résultat extrême pour les autres parties liées impliquées dans la transaction contrôlée (par exemple, des pertes d'exploitation pour l'une des parties alors que l'autre partie est assurée de réaliser un bénéfice net). Si cette faiblesse est également une caractéristique de la méthode CPM et de la méthode RPM, elle peut être plus importante dans le cadre de la méthode TNMM, car les marges nettes réagissent à des facteurs qui peuvent n'avoir aucun rapport avec la fixation des prix de transfert. Une vérification des résultats de toutes les parties liées participantes peut donc être de rigueur;
- Il peut être difficile de calculer un prix de transfert « à rebours » à partir des marges nettes de pleine concurrence;
- Certains pays ne reconnaissent pas le bien-fondé de la méthode TNMM. Par conséquent, l'application de la méthode TNMM à l'une des parties à la transaction peut entraîner une double imposition non allégée lorsque les résultats de l'analyse ne sont pas validés pour l'autre partie.

4.5.11 Quand utiliser la méthode transactionnelle de la marge nette (TNMM)

4.5.11.1 La méthode TNMM est généralement appliquée aux fonctions largement comparables plutôt qu'à des transactions contrôlées particulières. La rentabilité de ces fonctions est habituellement mesurée au moyen d'un indicateur de la rentabilité sous forme d'une marge nette qui peut être influencée par des facteurs non liés à la fixation des prix de pleine concurrence. Par conséquent, on pourrait s'attendre à ce que la méthode TNMM soit relativement mésestimée. Néanmoins, on fait souvent appel à cette méthode lorsque deux parties liées participent à une série continue de transactions et que l'une des parties apporte une contribution aux bénéfices moins complexe et plus courante que l'autre. En fait, elle est devenue la méthode de prix de transfert la plus couramment utilisée dans le cadre des différends transfrontaliers, principalement en raison de l'absence de bons comparables transactionnels dans de nombreuses circonstances.

4.5.11.2 La méthode TNMM peut également être appropriée dans certaines situations où les limitations des données relatives aux transactions sur le marché libre la rendent plus fiable que les méthodes traditionnelles. Ainsi, cette méthode peut être plus intéressante si la fiabilité des données sur les marges brutes est réduite par des différences comptables entre la partie testée et les sociétés comparables (c'est-à-dire des différences dans la comptabilisation de certains éléments en tant que coût des marchandises vendues ou frais d'exploitation) et qu'aucun ajustement ne peut être apporté, car il est impossible d'identifier les coûts particuliers posant problème. Dans un tel cas, il peut être plus approprié d'utiliser la méthode TNMM pour analyser les marges nettes, un indicateur du niveau de bénéfice mesuré de manière plus cohérente que les marges brutes en présence de différences comptables.

4.5.11.3 Prenons l'exemple du tableau 4.T.9 ci-dessous, où le distributeur lié dégage une marge bénéficiaire brute de 20 pour cent, tandis que celle du distributeur comparable est de 30 pour cent. Sur la base de la méthode RPM, on pourrait conclure que le prix de transfert du distributeur lié n'est pas de pleine concurrence. Toutefois, cette conclusion peut être erronée si, en raison d'une incohérence comptable, la partie liée diffère du distributeur comparable en ce qui a trait à la répartition des coûts entre le coût des marchandises vendues et les frais d'exploitation.

4.5.11.4 Par exemple, il peut arriver que le distributeur lié comptabilise les coûts de garantie en tant que coûts des marchandises vendues, mais que le distributeur comparable les traite en tant que frais d'exploitation. Lorsque les coûts de garantie du distributeur comparable peuvent être identifiés avec précision, des ajustements appropriés peuvent être apportés au niveau du bénéfice brut. En pratique, cependant, de telles informations détaillées sur les entreprises indépendantes ne peuvent pas être obtenues à partir des renseignements d'ordre public. Il peut alors être plus approprié de procéder à une méthode d'analyse fondée sur la marge nette, car cette incohérence de comptabilisation est éliminée en procédant au calcul de la marge nette. Ici, l'application de la méthode TNMM permet d'établir que la marge bénéficiaire nette du distributeur lié est de 10 pour cent, un taux semblable à celui du distributeur comparable. Le prix de transfert est donc réputé être de pleine concurrence sur la base de cette méthode.

4.5.11.5 Par ailleurs, lorsque les comparables disponibles diffèrent sur le plan des produits et des fonctions et qu'il devient donc difficile d'appliquer de manière fiable la méthode CPM ou la méthode RPM au niveau du bénéfice brut, la méthode TNMM peut mieux convenir (au niveau du bénéfice d'exploitation), car les marges nettes sont généralement moins touchées par ces différences. Par exemple, en menant une étude comparative pour les besoins de la méthode CPM ou de la méthode RPM, il pourrait sembler impossible de repérer des produits et des fonctions comparables exacts, car, en fait, les comparables

diffèrent considérablement en ce qui concerne la comparabilité des produits et des fonctions. Dans un tel cas, la méthode TNMM pourrait être appliquée de manière plus fiable en utilisant ces comparables.

4.5.11.6 Enfin, la méthode TNMM peut être intéressante si, en raison du manque de données, on ne peut tout simplement pas employer une méthode d'analyse de la marge brute. Cela peut être le cas, par exemple, si les bénéfices bruts des sociétés comparables ne sont pas publiés et que seuls leurs bénéfices d'exploitation sont connus. Le coût des marchandises vendues par les sociétés peut également ne pas être connu, auquel cas seule une méthode d'analyse de la marge nette peut être appliquée.

4.5.11.7 Outre les trois situations mentionnées ci-dessus, la méthode TNMM est également utilisée en pratique par les autorités fiscales pour identifier, au moyen d'une analyse de la marge nette, les sociétés devant faire l'objet d'un contrôle fiscal. Enfin, l'application de cette méthode sert souvent à vérifier et à confirmer les résultats des méthodes traditionnelles fondées sur les transactions. Par exemple, la méthode TNMM peut être utilisée en combinaison avec la méthode RPM pour déterminer la rémunération de pleine concurrence d'une société de distribution.

Tableau 4.T.9

Différences comptables: Méthode du prix de revente (RPM) et méthode transactionnelle de la marge nette (TNMM)

	Distributeur lié	Distributeur comparable
Prix de vente	100	100
<u>Coût des marchandises vendues</u>	<u>80</u>	<u>70</u>
Bénéfice brut	20	30
<u>Frais d'exploitation</u>	<u>10</u>	<u>20</u>
Bénéfice d'exploitation	10	10

4.6 Méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfices : Méthode du partage des bénéfices (*Profit Split Method* ou *PSM*)

4.6.1 Introduction à la méthode PSM

4.6.1.1 Les méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfices analysent les bénéfices réalisés dans le cadre de transactions contrôlées particulières afin de déterminer si le prix de transfert est conforme au principe de pleine concurrence.

Les méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfices peuvent être classées en deux catégories: la méthode transactionnelle de la marge nette (TNMM) et la méthode du partage des bénéfices (PSM). Cette section aborde la méthode PSM.

4.6.1.2 La méthode PSM est une méthode utile, mais souvent complexe, de détermination des prix de transfert fondée sur le partage des bénéfices combinés pertinents réalisés par les parties liées en rapport avec une ou plusieurs transactions.

4.6.1.3 La méthode PSM consiste à éliminer l'effet sur les bénéfices des modalités particulières apportées ou imposées dans une transaction contrôlée (ou dans des transactions contrôlées qu'il convient d'agréger) en déterminant le partage des bénéfices que des entreprises indépendantes auraient convenu dans une telle ou de telles transactions.

4.6.1.4 La méthode PSM peut être appropriée lorsque :

- chaque partie liée impliquée dans la transaction contrôlée apporte des contributions uniques et de valeur; et/ou
- les activités commerciales des parties liées sont si fortement intégrées qu'elles ne peuvent pas être évaluées de manière fiable indépendamment les unes des autres; et/ou
- les parties partagent la prise en charge d'un risque économiquement significatif ou assument séparément des risques étroitement liés.

Voir également la section 4.6.3 et les suivantes.

4.6.1.5 La méthode PSM commence par l'identification des bénéfices pertinents, voire des pertes, en rapport avec les transactions contrôlées. Elle cherche ensuite à répartir ces bénéfices ou pertes entre les entreprises associées sur une base économiquement valable afin d'obtenir un résultat de pleine concurrence pour chaque partie. En règle générale, la répartition devrait refléter la valeur relative de la contribution de chaque entreprise, y compris des fonctions exercées, des risques assumés et des actifs utilisés ou apportés.

4.6.1.6 La méthode PSM est également appelée méthode transactionnelle de partage des bénéfices. Elle se distingue de la méthode de la répartition globale selon une formule préétablie de la façon qui suit. La méthode PSM ne commence généralement pas avec les bénéfices globaux ou totaux combinés de l'ensemble du groupe d'EMN. Elle part plutôt des bénéfices pertinents en rapport avec les transactions particulières conclues entre deux ou plusieurs entreprises associées. En outre, afin d'être conforme au principe de pleine concurrence, la manière dont la méthode est appliquée ne doit pas être arbitraire, mais plutôt offrir une approximation des résultats qu'auraient réalisés les parties si elles avaient été

indépendantes l'une de l'autre. En particulier, les critères de répartition des bénéfices pertinents entre les entreprises engagées dans la transaction sont généralement fondés sur des mesures de leurs contributions relatives à la création de valeur plutôt que selon une formule arbitraire.

4.6.2 Forces et faiblesses de la méthode du partage des bénéfices

4.6.2.1 Les forces de la méthode PSM sont les suivantes :

- Elle peut fournir une solution dans les cas où une méthode unilatérale ne serait pas appropriée parce que chaque partie à la transaction apporte une contribution de valeur ou pour laquelle on ne peut pas trouver de point de référence (« non benchmarkable »);
- Elle peut être utilisée là où le degré d'intégration est très élevé ou lorsque le partage des risques entre les parties liées signifie que la contribution de chacune d'elles ne peut pas être évaluée séparément de celles des autres;
- Comme il s'agit d'une méthode bilatérale, toutes les parties pertinentes à la transaction sont évaluées directement, ce qui contribue à garantir un résultat de pleine concurrence pour chaque entité sur la base de la valeur relative de ses propres contributions, même dans les cas où les faits et circonstances sont particuliers ou uniques et peuvent ne pas être présentes dans les transactions entre entreprises indépendantes;
- Elle est capable de répartir les bénéfices liés aux contributions synergiques ou aux économies d'échelle.

4.6.2.2 Les faiblesses de la méthode PSM sont les suivantes :

- La méthode PSM est souvent complexe d'application. Il peut être difficile de mesurer les revenus et les coûts pertinents à répartir entre les parties liées. Outre les difficultés de mesure, la méthode est généralement très dépendante des données détaillées fournies par l'EMN (voir également le chapitre 12 du présent Manuel, qui traite de la documentation relative aux prix de transfert). Établir la manière appropriée de répartir les bénéfices peut également poser des difficultés. Il faut veiller à ce que l'application de la méthode soit aussi objective que possible. Elle repose souvent sur des informations moins directes ou des approximations (par exemple, la valeur relative des contributions de chaque partie) dans son application du principe de pleine concurrence, car les informations directes fiables sur la répartition des bénéfices dans les transactions indépendantes comparables sont relativement rares.

4.6.3 Quand utiliser la méthode du partage des bénéfices (PSM)

4.6.3.1 Comme pour toute méthode de prix de transfert, la méthode PSM devrait être utilisée lorsqu'elle s'avère la plus appropriée aux circonstances du cas d'espèce. Cette détermination se fonde essentiellement sur la nature de la transaction précisément délimitée dans son contexte. L'analyse menée pour procéder à la délimitation précise de la transaction doit prendre en compte les relations commerciales et financières entre les parties liées, les fonctions qu'elles exercent, les actifs qu'elles utilisent ou fournissent et les risques qu'elles assument, ainsi que la manière dont leurs activités agissent sur la transaction, compte tenu du contexte du marché au sein duquel cette dernière se déroule.

4.6.3.2 Ainsi qu'on l'indique ci-dessus, la méthode PSM peut être une méthode complexe à appliquer de manière fiable et, par conséquent, décider du moment où elle est la plus appropriée nécessite la plus grande objectivité possible. En d'autres termes, la méthode PSM ne doit pas être simplement considérée comme une méthode de dernier recours. En outre, si cette méthode peut exiger du contribuable et de la ou des entreprises associées des informations relativement plus nombreuses ou plus détaillées que d'autres méthodes, lorsqu'elle est effectivement jugée la plus appropriée, des efforts raisonnables devraient être déployés pour rassembler les informations nécessaires qui, après tout, sont généralement entre les mains de l'EMN.

4.6.3.3 Bien qu'il ne soit pas possible d'être normatif, comme on l'indique ci-dessus, les indices qui laissent entrevoir qu'un partage des bénéfices peut être la méthode la plus appropriée sont notamment les suivants :

- Lorsque toutes les parties liées dans la transaction contrôlée apportent une contribution unique et de valeur; et/ou
- Lorsque les activités commerciales des parties liées sont si fortement intégrées qu'il est impossible d'évaluer de manière fiable les contributions des parties indépendamment les unes des autres; et/ou
- Lorsque les parties liées soit partagent la prise en charge des principaux risques économiquement significatifs associés à la ou aux transactions, soit assument séparément les risques économiquement significatifs étroitement liés associés aux transactions.

4.6.3.4 La présence d'un ou de plusieurs de ces indices laisse entendre que la méthode PSM peut être la méthode la plus appropriée.

4.6.3.5 Lorsque l'un ou plusieurs des indices ci-dessus sont présents, il est très peu probable que des transactions comparables fiables existent. Toutefois,

l'absence de comparables en soi ne suffit pas pour conclure que le partage des bénéfices sera la méthode la plus appropriée. En d'autres termes, la méthode PSM ne devrait pas devenir la solution fourre-tout à appliquer dans tous les cas où il est impossible d'identifier des comparables proches.

4.6.3.6 En revanche, lorsqu'aucun de ces indices n'est présent et que la délimitation précise de la transaction montre que l'une des parties liées exerce des fonctions, utilise ou apporte des actifs et assume des risques pour lesquels on peut trouver des comparables sur le marché libre fiables, l'analyse du partage des bénéfices ne sera probablement pas la méthode la plus appropriée. Dans ce cas, il est probable qu'il soit plus prudent d'appliquer une méthode de prix de transfert qui s'appuie sur des comparables sur le marché libre, même en l'absence de transactions comparables sur le marché libre dites « parfaites » ou presque parfaites (voir le paragraphe 4.1.2.9). Comme pour toute autre méthode, les pratiques de fixation des prix adoptées par des parties indépendantes dans des transactions semblables à la transaction contrôlée au sein de la même industrie ou du même marché peuvent fournir des informations utiles pour l'analyse de la méthode de prix de transfert la plus appropriée.

4.6.3.7 On avance parfois que puisque la méthode PSM est rarement utilisée par les entreprises indépendantes, il devrait en être de même dans le cas des transactions contrôlées. Que le principe qui sous-tend cet argument soit fondé ou non, il ne devrait pas entrer en ligne de compte lorsque la méthode est jugée la plus appropriée aux circonstances. Les méthodes de prix de transfert, y compris la méthode PSM, ne sont pas nécessairement destinées à répliquer les pratiques adoptées entre les parties indépendantes en matière de fixation des prix; elles offrent plutôt un moyen par lequel il est possible d'appliquer le principe de pleine concurrence pour déterminer le prix de transfert approprié des transactions contrôlées. Cela dit, lorsqu'on constate (par exemple dans le cadre d'une association de participation (coentreprise) ou d'un arrangement similaire) que des parties indépendantes dans des circonstances comparables emploient une méthode PSM entre elles, on peut supposer que cette méthode sera également celle qui sera la plus appropriée pour les transactions contrôlées.

Contributions uniques et de valeur de chaque partie

4.6.3.8 Les situations où chaque partie à la transaction contrôlée apporte une contribution unique et de valeur fournissent l'indice peut-être le plus probant à l'appui du choix de la méthode PSM. Ces contributions (par exemple, les fonctions exercées, les actifs utilisés ou apportés, y compris les actifs incorporels) seront « uniques et de valeur » lorsque :

- (i) Elles ne sont pas comparables aux contributions faites par des parties indépendantes dans des circonstances comparables;

- (ii) Elles sont une source majeure de bénéfices économiques réels ou potentiels pour les activités commerciales de la société.

Considérés dans leur ensemble, ces facteurs signifient que l'application d'autres méthodes de prix de transfert peut ne pas parvenir à un résultat fiable de pleine concurrence parce qu'aucune des parties liées ne peut être analysée de manière fiable par référence à des comparables.

4.6.3.9 Pour évaluer si certaines contributions sont suffisamment uniques et de valeur pour qu'une méthode PSM soit la plus appropriée, il est particulièrement pertinent de prendre en considération le contexte de la transaction, y compris le secteur et le marché au sein desquels elle se déroule, et les facteurs qui influent sur la rentabilité de l'entreprise dans ce contexte. Voir la section 6.2.2 et les suivantes en ce qui concerne les biens incorporels uniques et de valeur. Voir également le paragraphe 6.3.4.2 pour les transferts d'actifs incorporels achevés et la section 6.5.4 pour les transferts d'actifs incorporels partiellement mis au point ou à potentiel de profit futur très incertain.

4.6.3.10 Exemple – actifs incorporels uniques et de valeur

Exemple : Les sociétés A et B apportent toutes les deux un actif incorporel unique et de valeur.

La société A, une résidente du pays A, a conçu, par ses propres moyens, une marque et un nom commercial pour un médicament en vente libre contre le rhume des foins saisonnier, le « Seritum ». La marque et le nom commercial « Seritum » sont bien connus dans toute la région A-B. La marque et la réputation du nom commercial permettent à la société A de facturer pour le Seritum contre le rhume des foins un prix plus élevé que celui du produit générique chimiquement équivalent.

La société B, une résidente du pays B qui est associée à A, a mis au point, par ses propres moyens, une version du médicament générique contre le rhume des foins, qui est également efficace contre d'autres allergies telles que celles que déclenchent parfois les chats et les chiens. La modification est suffisamment différente et innovante pour que la société B se voie accorder un brevet pour son composé modifié. Les essais cliniques réalisés sur le composé modifié montrent qu'il est sûr et efficace et qu'il soulage les symptômes d'allergie aux chats et aux chiens, ainsi que le rhume des foins saisonnier.

La société A conclut un accord avec la société B pour commercialiser le médicament antiallergique modifié sous la marque « AllSeritum » dans la région A-B. En vue de distribuer le nouveau produit dans la région A-B, la

société A conçoit une stratégie et mène une campagne de commercialisation centrée sur la familiarité avec le nom « Seritum » et sur le fait que le nouveau produit comporte plus d'applications et est plus efficace.

Le AllSeritum s'avère un grand succès. Le produit peut pénétrer dans un marché des médicaments contre les allergies jusqu'alors inexploité; le composé pharmacologique bénéficie d'une protection par brevet pour les dix années suivantes; et les clients connaissent déjà le nom Seritum et lui accordent leur confiance.

Dans ce cas, la méthode la plus appropriée est celle du partage des bénéfices, car A et B apportent toutes les deux une contribution unique et de valeur: la marque et le nom commercial uniques et de valeur dans le cas de A, et le brevet unique et de valeur dans le cas de B.

4.6.3.11 Exemple – Matériel mais pas unique et précieux

Exemple : fonctions DAEMPE uniques et de valeur

Dades Enterprises, une résidente du pays G, développe des logiciels et fournit des solutions logicielles sur mesure à ses clients. Dades Enterprises a mis au point un certain logiciel propriétaire pour la cartographie 3D des aquifères souterrains. Par la suite, Dades Limited, une résidente du pays I qui est membre de la même EMN que Dades Enterprises, conclut un accord avec le client M, une partie indépendante, pour la fourniture d'un logiciel similaire, adapté à la cartographie des hydrocarbures liquides souterrains. Dades Enterprises fournit à Dades Limited l'accès au code, aux conceptions logicielles et au savoir-faire pertinents mis au point dans le cadre du projet initial. L'accord juridique entre les entités stipule que Dades Enterprises conservera la propriété juridique de tout logiciel conçu à partir du produit original.

Dades Limited engage ses propres ingénieurs pour procéder à la phase ultérieure de mise au point et à l'amélioration du logiciel original. Le produit qui en résulte est largement basé sur le logiciel propriétaire original mis au point par Dades Enterprises, mais comporte des améliorations significatives.

L'analyse des prix de transfert montre que tant Dades Enterprises que Dades Limited ont apporté des contributions uniques et de valeur à la mise au point du logiciel amélioré pour le client M. La contribution de Dades Enterprises a été apportée par l'intermédiaire de son logiciel propriétaire

unique et de valeur, tandis que celle de Dades Limited a été apportée au moyen de la phase ultérieure de mise au point et d'amélioration de ce logiciel. Par conséquent, la méthode du partage des bénéfices (PSM) est la plus appropriée dans ce cas.

4.6.3.12 Exemple – fonctions DAEMPE significatives, mais non uniques ni de valeur

Exemple: Fonctions DAEMPE significatives, mais non uniques ni de valeur

Les faits sont les mêmes que ceux décrits au paragraphe 4.6.3.11 ci-dessus, sauf que l'activité de mise au point et d'amélioration exercée par Dades Limited est moins importante et ne concerne que l'amélioration du logiciel propriétaire d'origine pour l'adapter à une plus grande variété de formats d'entrée de données. Dans ce cas, la contribution de Dades Limited n'est ni unique ni de valeur et, par conséquent, une méthode unilatérale est probablement la méthode la plus appropriée pour déterminer le prix de pleine concurrence de la transaction.

Activités hautement intégrées

4.6.3.13 L'intégration des activités commerciales, à des degrés divers, est un trait commun des EMN. Toutefois, la méthode PSM sera susceptible d'être la plus appropriée seulement lorsque le degré d'intégration est si élevé que la manière dont chaque partie à la transaction exerce les fonctions, utilise les actifs et assume les risques dépend de la manière dont les autres parties liées exercent les fonctions, utilisent les actifs et assument les risques – et ne peut être évaluée avec fiabilité de façon isolée.

4.6.3.14 Pour un exemple d'activités fortement intégrées illustrant que le choix de la méthode PSM pourrait être le plus approprié, notons le cas où les parties liées impliquées dans une transaction exercent les fonctions conjointement, utilisent les actifs communs conjointement et/ou partagent la prise en charge de risques économiquement importants, et ce, dans une mesure telle qu'il est impossible d'évaluer leurs contributions individuelles respectives.

4.6.3.15 Un autre exemple peut être celui où l'intégration entre les parties liées prend la forme d'un degré élevé d'interdépendance. Ainsi, la méthode PSM pourrait être considérée comme la plus appropriée lorsque, dans le cadre d'un accord à long terme, chaque partie a apporté une contribution significative (par

exemple, un actif) dont la valeur dépend dans une large mesure de l'autre partie. Dans de tels cas, l'approche du partage des bénéfices pourrait conduire à une détermination des prix qui tient compte de manière appropriée – et varie en fonction de la concrétisation – des risques assumés par chaque partie.

4.6.3.16 Exemple – intégration importante

Stefanelli Enterprises inc. (SEI), une entreprise constituée en vertu de la loi du pays M, et Stefanelli Enterprises Corporation (SEC), une résidente du pays N, sont membres d'un groupe d'EMN spécialisées dans la facilitation des échanges de produits agricoles et de produits chimiques en vrac. Les prix des produits eux-mêmes sont largement déterminés sur la base des prix cotés en bourse. Les clients des Stefanelli sont soit des fournisseurs soit des acheteurs et ont tendance à exercer leurs activités à la fois dans le pays M et le pays N. Ces clients attendent le même niveau de service dans les deux pays et comptent sur la nature intégrée des activités de Stefanelli dans chaque pays pour obtenir un service sans faille pour le transport des produits en provenance et à destination des deux pays. Les clients passent un contrat avec les entreprises SEI ou SEC selon le pays d'origine des échanges. Les fonctions associées à la commercialisation et aux relations avec la clientèle sont prises en charge par les entreprises SEI ou SEC, selon le lieu où se trouve le client. Une analyse fonctionnelle montre que les entreprises SEI et SEC exercent des activités similaires dans l'exécution des contrats avec les clients : l'organisation du transport et de l'entreposage lorsque requis, de même que la facilitation du dédouanement dans les pays exportateurs et importateurs, que le client ait adjugé ou non le contrat en sa faveur. Par conséquent, les entreprises SEI et SEC se soutiennent mutuellement et se fournissent mutuellement des services en exécutant leurs contrats respectifs. Les entreprises SEI ou SEC peuvent également s'approvisionner auprès d'acheteurs ou rechercher des clients pour le compte de fournisseurs, mais elles ne prennent pas de positions d'achat et de vente pour leur propre compte relativement aux produits. Elles agissent plutôt en tant qu'agent ou concluent des accords d'achat et de vente simultanés.

Les entreprises SEI et SEC exercent un ensemble de fonctions similaires et doivent coopérer très étroitement afin de pouvoir fournir des services efficaces et efficaces aux clients du groupe. Les deux entités utilisent conjointement les actifs économiquement importants du groupe, à savoir ses relations avec les clients et ses fournisseurs, son savoir-faire et ses systèmes informatiques, et contribuent conjointement à la poursuite de leur mise au point. Le groupe fait sa propre promotion auprès de ses clients en faisant valoir son efficacité et sa capacité à fournir des services intégrés et sans faille dans les pays M et N.

Bien qu'il existe des données de marché sur les frais facturés pour les services de facilitation des échanges, on constate que le niveau d'intégration entre les entreprises SEI et SEC est si important que leurs activités ne peuvent pas être évaluées de manière fiable indépendamment les unes des autres. La méthode PSM s'avère donc la plus appropriée dans ce cas.

4.6.3.17 Exemple – activités complémentaires, mais distinctes

Schol Manufacturing, une résidente du pays A, est un fabricant de plein exercice de produits en plastique destinés à l'industrie alimentaire. Schol Distribution, une entreprise associée de Schol Manufacturing située dans le pays B, importe ces produits et les distribue sur son marché local à des sociétés de transformation alimentaire, des restaurants, des traiteurs, des points de vente au détail de produits alimentaires, etc. Schol Distribution n'achète qu'auprès de Schol Manufacturing et dépend entièrement de cette dernière pour son approvisionnement en produits. Schol Distribution relaie les commentaires des clients à Schol Manufacturing, mais ne participe aucunement au processus de conception ou de production d'une autre manière. Une analyse fonctionnelle montre que Schol Distribution n'apporte aucune contribution unique et de valeur. Par exemple, elle n'a pas développé de marque ni de nom commercial de valeur pour les produits en plastique sur le marché.

Schol Manufacturing est également très dépendante de Schol Distribution puisqu'elle n'exerce aucune fonction de vente ou de distribution dans le pays A. Sans Schol Distribution, il lui serait très difficile de vendre ses produits sur le marché du pays A.

Bien que Schol Manufacturing et Schol Distribution soient très dépendantes l'une de l'autre, il est possible de déterminer une rémunération de pleine concurrence appropriée pour chacune d'elles sans qu'il soit nécessaire de considérer leurs activités conjointement. Ainsi, les activités de distribution de Schol Distribution peuvent être analysées de manière fiable au moyen de la méthode transactionnelle de la marge nette appuyée sur la recherche de distributeurs indépendants comparables. Par conséquent, la méthode du partage des bénéfices n'est pas susceptible d'être la méthode la plus appropriée.

Risques partagés

4.6.3.18 Un autre indice permet de supposer que la méthode du partage des bénéfices peut être la plus appropriée, soit lorsque les parties à la transaction contrôlée partagent la prise en charge des risques économiquement significatifs en rapport avec la transaction (voir la section 14.4.4). Cette méthode peut également être la plus appropriée lorsque les parties assument séparément des risques qui sont si étroitement liés ou interdépendants qu'il est impossible de dissocier de manière fiable les risques des uns de ceux des autres.

4.6.3.19 Le partage des risques peut être pertinent pour déterminer la méthode de prix de transfert la plus appropriée, dans la mesure où les risques économiques sont tels que chaque partie devrait se voir attribuer un droit à une part des bénéfices pertinents réalisés dans le cadre de la ou des transactions contrôlées si la transaction avait lieu dans des conditions de pleine concurrence.

4.6.3.20 Exemple – prise en charge partagée des risques

Le commerce mondial d'instruments financiers se déroule souvent dans le cadre d'un modèle commercial intégré permettant à chaque entreprise ou site d'une EMN d'exercer toute la gamme des fonctions liées à la négociation et à la gestion des risques. En d'autres termes, les entités membres de l'EMN exercent conjointement les mêmes fonctions clés, utilisent les mêmes actifs clés et assument les mêmes risques économiquement significatifs. En outre, chaque entreprise ou site ne peut agir de façon indépendante, mais doit plutôt coopérer avec les autres afin d'effectuer des transactions fructueuses, et de gérer et contrôler les risques induits par ces transactions.

La banque B agit en tant qu'opérateur mondial d'instruments financiers. Son siège social chapeaute un certain nombre de filiales et de succursales dans le monde entier, qui souscrivent et distribuent des produits financiers, agissent en tant que teneurs de marchés de valeurs mobilières et d'instruments dérivés et exercent des fonctions de courtage pour le compte de clients qui négocient sur les bourses de valeurs et de produits de base du monde entier. Les activités de la banque B lui procurent des revenus principalement sous les formes suivantes : intérêts et dividendes générés par les stocks de titres physiques qui lui sont attribués en tant que teneur de marchés, profits (nets) sur ses échanges d'instruments financiers, recettes réalisées par ses opérations sur produits dérivés et commissions perçues de ses clients.

La banque B exerce ses activités mondiales d'opérateur en utilisant un modèle intégré. Cela signifie que les opérateurs de chacun de ses principaux

centres de négoce dans les pays X, Y et Z (chaque centre se trouvant dans un fuseau horaire différent d'au moins cinq heures) fixent les prix et procèdent aux activités du portefeuille de négociation (le « portefeuille ») pendant les heures d'ouverture de leurs marchés. À la fermeture des marchés dans un pays en particulier, la responsabilité du portefeuille de négociation est transférée au principal centre de négoce du fuseau horaire suivant. Les opérateurs de chacun de ses principaux centres de négoce ont un contrôle total sur le portefeuille et peuvent clôturer les positions acquises et en ouvrir de nouvelles. Toutefois, la propriété juridique du portefeuille ne change pas avec le transfert du contrôle. Les paramètres généraux de négociation et les limites relatives aux transactions autorisées relèvent d'un comité composé d'un nombre à peu près égal de représentants provenant de chacun des principaux centres de négoce. Toutefois, sur chaque site, les opérateurs concluent des transactions pour le compte des clients en fonction de leurs propres décisions professionnelles. L'analyse fonctionnelle montre que les principaux centres de négoce dans les pays X, Y et Z utilisent conjointement les actifs de la société et assument conjointement les risques économiquement significatifs. Chaque centre de négoce assume globalement les mêmes fonctions ou activités et doit coopérer avec les autres pour mener à bien ses activités, et gérer et contrôler les risques associés aux transactions.

La capacité de la banque B à opérer 24 heures sur 24 génère des gains d'efficacité et des possibilités de profit supplémentaires considérables. Les opérateurs de chaque site reçoivent un salaire de base ainsi qu'une rémunération au rendement basée sur une part de la réserve de primes déterminée en fonction de la rentabilité globale du portefeuille.

Dans cet exemple, les principaux centres de négoce partagent la prise en charge de risques économiquement significatifs, par l'intermédiaire de leur étroite coopération et de l'exécution conjointe des activités. Par conséquent, la méthode du partage des bénéfices s'avère la plus appropriée.

Disponibilité de l'information

4.6.3.21 Il arrive souvent que lorsque la méthode du partage des bénéfices s'avère la plus appropriée, on ne puisse pas trouver de comparables directs qui auraient autrement été utilisables pour fixer le prix d'une transaction. Toutefois, les transactions sur le marché libre peuvent quand même fournir des informations pertinentes pour l'application de cette méthode, par exemple en ce qui concerne la manière dont les bénéfices pertinents devraient être partagés entre les parties ou dans la première phase d'une répartition des bénéfices résiduels.

Voir le paragraphe 4.6.5.10 et les suivants ainsi que le paragraphe 4.6.4.7, respectivement; voir également le paragraphe 4.6.3.6 sur la pertinence des informations du marché.

4.6.4 Comment appliquer la méthode du partage des bénéfices

4.6.4.1 Comme on l’a indiqué au début de cette section, en général, dans une méthode PSM, on détermine d’abord les bénéfices pertinents, à savoir les bénéfices totaux en rapport avec les transactions contrôlées examinées, puis on les répartit sur une base économiquement valable. Il existe un certain nombre d’approches différentes quant à la manière de répartir les bénéfices pertinents entre les entreprises associées, par exemple l’approche axée sur l’analyse des contributions et l’approche axée sur l’analyse résiduelle. On examine ces approches de plus près un peu plus loin.

4.6.4.2 En appliquant la méthode PSM, comme pour toutes les méthodes de prix de transfert, il faudra prendre soin d’éviter de recourir à des évaluations a posteriori (voir le paragraphe 4.6.5.10). En général, lorsqu’elle est jugée la plus appropriée, la méthode PSM doit être appliquée aux transactions de manière uniforme au fil du temps, quel que soit le montant des bénéfices à répartir (ou en effet, même s’il y a des pertes). Les applications de la méthode qui varient en fonction du montant des bénéfices peuvent être jugées conformes au principe de pleine concurrence dans certains cas, mais elles sont moins courantes. En présence d’importants développements imprévus qui auraient pu entraîner la renégociation de tout arrangement entre les parties si elles avaient été en situation de pleine concurrence, il serait opportun d’envisager l’adoption (subséquemment) d’une application différente. Par exemple, une autre façon de déterminer les bénéfices pertinents ou de les répartir pourrait être convenue. Dans ces circonstances, il sera essentiel de documenter les raisons du changement.

4.6.4.3 En appliquant la méthode PSM ou en évaluant sa pertinence, il est important de s’assurer que la complexité du processus ne fait pas perdre de vue le résultat escompté: un résultat de pleine concurrence pour chaque partie liée en cause. Dans certains cas, notamment lorsque le processus repose sur des hypothèses multiples ou des calculs complexes, il peut donc être utile de juger les résultats à l’aune des autres méthodes ou façons de faire.

4.6.4.4 La méthode PSM peut être appliquée de plusieurs manières.

Analyse des contributions

4.6.4.5 Dans le cadre d’une analyse des contributions, les bénéfices pertinents sont répartis entre les entreprises associées impliquées dans les transactions contrôlées, d’une manière qui vise à approximer raisonnablement le partage

qu'auraient accepté des entreprises indépendantes dans des circonstances similaires. Ce partage devrait s'appuyer sur les données externes pertinentes provenant, par exemple, de transactions indépendantes comparables entre entreprises non liées lorsque ces données sont disponibles (ou, sinon, entre le contribuable et une entreprise non liée). Toutefois, le plus souvent, ces données externes ne pourront pas être obtenues. Dans ce cas, le principe de pleine concurrence exigera que les données internes des contribuables eux-mêmes soient utilisées pour déterminer la valeur relative des contributions de chaque partie à la ou aux transactions contrôlées. Cette valeur peut être établie en comparant, par exemple, le caractère et l'importance des contributions de chaque partie aux transactions contrôlées et en leur attribuant un pourcentage basé sur cette comparaison relative (et toute donnée externe du marché qui pourrait exister).

4.6.4.6 La manière dont la valeur de ces contributions est mesurée dépendra des faits de chaque cas. La détermination des critères utilisés pour les besoins du partage des bénéfices est examinée plus en détail ci-dessous (voir le paragraphe 4.6.5.10 et les suivants). Bien évidemment, si la valeur relative des contributions peut être déterminée, alors le calcul de la valeur réelle de la contribution de chaque entreprise peut ne pas être nécessaire.

Analyse résiduelle

4.6.4.7 Si dans le cadre de l'analyse des contributions, les bénéfices pertinents en rapport avec une transaction sont déterminés, puis répartis entre les parties en une seule étape, en revanche, dans le cadre d'une analyse résiduelle, la méthode PSM peut être appliquée par étapes. Une telle approche est susceptible de convenir lorsque l'une ou plusieurs parties à la ou aux transactions contrôlées apportent une ou plusieurs contributions de nature courante et pour lesquelles on peut trouver des comparables à titre de repères.

4.6.4.8 Étape 1 : Attribution d'un bénéfice de pleine concurrence à chaque entreprise pour rémunérer ses contributions courantes ou pour lesquelles on peut trouver des repères (« benchmarkables »). Cela se fait généralement en appliquant une méthode de prix de transfert unilatérale, par exemple la méthode TNMM, pour procéder à l'examen des rendements obtenus par des entreprises indépendantes exerçant des activités comparables à celles des contributions courantes ou aptes à faire l'objet de comparaison (« benchmarkables »). Dans cette première étape, le reste des contributions, soit celles qui sont uniques et de valeur, ne sont pas prises en compte. Chaque partie liée se voit attribuer un rendement « courant » approprié à partir de la réserve de bénéfices pertinents.

4.6.4.9 Étape 2 : Attribution du bénéfice résiduel (c'est-à-dire des bénéfices pertinents résiduels, après l'attribution à l'étape 1) sur une base économiquement

valable. Les contributions qui n'ont pas encore été prises en compte le sont lors de la deuxième étape, y compris les contributions qui sont uniques et de valeur. Comme on le décrit plus haut à propos de l'analyse des contributions, cette attribution doit être menée sur une base économiquement valable et d'une manière qui vise à approximer raisonnablement le partage dont des entreprises indépendantes auraient convenu dans des circonstances similaires. À la deuxième étape de l'attribution, on s'intéressera donc généralement à la valeur relative des contributions de chaque partie aux bénéfices résiduels, en utilisant en complément, si possible, des données externes portant sur la manière dont des parties indépendantes auraient partagé ces bénéfices dans des circonstances similaires.

4.6.4.10 Comme on l'a noté ci-dessus, puisqu'on pourrait ne pas disposer d'informations fiables et directes sur la manière dont les bénéfices auraient été répartis dans des transactions comparables sur le marché libre, il convient de faire preuve d'une prudence considérable dans l'application de la méthode PSM. L'approche résiduelle de la méthode vise à éliminer la subjectivité en limitant, dans la mesure du possible, l'attribution à l'étape 2, qui est plus difficile à réaliser (car elle n'est généralement pas fondée directement sur des données comparables).

La société X fabrique des composants en utilisant des actifs incorporels uniques et de valeur et vend ces composants à une partie liée, la société Y. La société Y utilise ensuite ces composants, de pair avec ses propres actifs incorporels uniques et de valeur, pour fabriquer les produits finaux qu'elle vend à des clients indépendants. La première étape de l'analyse résiduelle consiste à attribuer un rendement de base courant ou « *benchmarkable* » (pour lequel un comparable existe) de pleine concurrence à la société X pour sa fonction de fabrication, et à la société Y pour ses fonctions de fabrication et de distribution. Les bénéfices pertinents des transactions, moins les montants des rendements de base ou « courants » de la société X et de la société Y, constituent alors le bénéfice résiduel. Ce bénéfice résiduel est ensuite réparti entre les parties en fonction de la valeur relative de leurs contributions respectives uniques et de valeur. Cette deuxième étape du partage des bénéfices résiduels ne dépendra pas nécessairement, et ne dépendra généralement pas, de comparables.

4.6.4.11 Les approches suivantes sont prévues dans certaines juridictions pour déterminer la valeur relative des contributions de chaque société au bien incorporel :

- Des données repères externes reflétant la juste valeur marchande du bien incorporel;
- Le coût capitalisé de la mise au point des biens incorporels et de toutes les améliorations et mises à jour connexes, moins un montant approprié d'amortissement basé sur la durée de vie utile de chaque bien incorporel⁴⁰;
- Le montant des dépenses réelles de mise au point du bien incorporel au cours des dernières années si ces dépenses ont été constantes au fil du temps et si la durée de vie utile du bien incorporel est globalement semblable pour toutes les parties concernées.

4.6.4.12 L'approche résiduelle est davantage utilisée dans la pratique que l'approche basée sur les contributions pour deux raisons. Premièrement, l'approche résiduelle décompose un problème complexe de prix de transfert en deux étapes gérables. Dans la première étape, on détermine le rendement de base des fonctions courantes ou pour lesquelles on peut trouver des repères (« *benchmarkables* ») en se fondant sur des comparables et sur l'application d'une ou plusieurs méthodes unilatérales. Dans la deuxième étape, on analyse les rendements des contributions uniques et de valeur ou d'autres éléments sans repère possible (non « *benchmarkables* »). Plutôt que d'essayer d'estimer les valeurs absolues de ces contributions sur la base de comparables, la méthode vise à établir leur valeur relative, qui peut souvent être déterminée de manière plus fiable. Deuxièmement, en utilisant l'approche résiduelle en deux étapes, le potentiel de conflit avec les autorités fiscales diminue, car l'approche réduit le montant du bénéfice qui doit être réparti lors de la deuxième étape, potentiellement plus controversée.

⁴⁰ Un inconvénient de cette approche, c'est que le coût peut ne pas refléter la valeur marchande du bien incorporel. Cet exemple vise simplement à illustrer la mécanique de l'application d'une approche résiduelle dans le cadre de la méthode du partage des bénéfices. Aucune inférence ne doit être tirée de cet exemple quant à l'adéquation des facteurs du partage des bénéfices (ou d'autres paramètres) à des cas superficiellement similaires. En particulier, les dépenses capitalisées et les charges d'amortissement relatives aux biens incorporels peuvent ne pas toujours traduire les contributions relatives des parties à la valeur; lorsque c'est le cas, un autre moyen d'évaluer ces contributions sera nécessaire.

4.6.4.13 Exemple – application du partage des bénéfices résiduels

XYZ est une société qui met au point, fabrique et commercialise une ligne de produits destinés au service de police du pays A. L'unité de recherche de XYZ a mis au point un matériau pare-balles pour les vêtements et les casques de protection (Stelon). XYZ obtient la protection d'un brevet pour la formule chimique du Stelon. Depuis son introduction, le Stelon a conquis une part substantielle du marché des matériaux pare-balles.

XYZ a accordé une licence à sa filiale asiatique, XYZ-Asia, pour fabriquer et commercialiser le Stelon en Asie. XYZ-Asia est une société bien établie qui fabrique et commercialise les produits de XYZ en Asie. XYZ-Asia possède une unité de recherche qui adapte les produits de XYZ au marché de la défense, ainsi qu'un réseau de commercialisation bien développé pour exploiter les noms commerciaux qu'elle a conçus.

L'unité de recherche de XYZ-Asia modifie le Stelon pour l'adapter aux besoins militaires et élabore une campagne de commercialisation intensive destinée à l'industrie de la défense dans plusieurs pays asiatiques. À partir de l'année d'imposition Y1, XYZ-Asia fabrique et vend le Stelon en Asie sous l'un de ses noms commerciaux, par l'entremise de son réseau de commercialisation.

Pour l'année d'imposition Y1, XYZ ne supporte pas de frais directs en lien avec la licence accordée à XYZ-Asia pour le Stelon ni de dépenses liées à la commercialisation du Stelon en Asie. Pour l'année d'imposition Y1, les ventes de Stelon et les frais avant redevances de XYZ-Asia sont respectivement de 500 millions et de 300 millions de dollars, ce qui génère un bénéfice net avant redevances de 200 millions de dollars pour le commerce du Stelon. La valeur d'exploitation de XYZ-Asia en lien avec le commerce du Stelon s'élève à 200 millions de dollars. Tenant compte de tous les faits et circonstances, on détermine que la méthode du partage des bénéfices résiduels est la plus appropriée et la plus apte à fournir la mesure la plus fiable du résultat de pleine concurrence. Sur la base de l'examen d'un échantillon de sociétés asiatiques exerçant des fonctions semblables aux fonctions courantes exercées par XYZ-Asia, on détermine que les actifs d'exploitation de XYZ-Asia utilisés pour le commerce du Stelon devraient dégager un rendement de pleine concurrence de 10 pour cent, qui se traduit par un bénéfice sur ces fonctions courantes de 20 millions de dollars ($10\% \times 200$ millions de dollars) et un bénéfice résiduel de 180 millions de dollars.

Puisque dans la première étape de l'analyse résiduelle, on a réparti les bénéfices auxquels n'ont pas contribué les actifs incorporels uniques et de valeur de XYZ-Asia, on suppose que le bénéfice résiduel de 180 millions de dollars est généré par les actifs incorporels uniques et de valeur liés au Stelon, c'est-à-dire au nom commercial asiatique du Stelon et à la formule de conception du Stelon (y compris les modifications apportées par XYZ-Asia). Pour estimer les valeurs relatives de ces actifs incorporels, on compare les ratios de la valeur capitalisée des dépenses engagées pour les travaux de R&D et la commercialisation du Stelon durant l'année Y1 sur les ventes attribuables à ces dépenses durant l'année Y1.

Puisque les dépenses en R&D engagées pour le produit de protection de XYZ soutiennent les ventes mondiales du produit de protection du groupe XYZ, il est nécessaire de répartir ces dépenses entre les activités commerciales mondiales auxquelles elles se rapportent. On juge raisonnable de répartir la valeur de ces dépenses sur la base des ventes mondiales du produit de protection. Les dépenses en R&D de XYZ en lien avec le produit sont capitalisées et amorties en utilisant les informations sur la durée de vie utile moyenne de cet investissement. Cette analyse indique que les dépenses capitalisées de R&D ont une valeur de 0,20 \$ par dollar de vente mondiale du produit de protection au cours de l'année d'imposition Y1.

Les dépenses de XYZ-Asia en R&D et en soutien à la commercialisation pour le Stelon ne visent que ses ventes en Asie. En utilisant les informations sur la durée de vie utile moyenne des investissements de XYZ-Asia en R&D et en commercialisation, les dépenses de XYZ-Asia sont capitalisées et amorties, et on détermine à partir de ces calculs que leur valeur durant l'année Y1 correspond à 0,40 \$ pour chaque dollar de vente du Stelon par XYZ-Asia.

Méthode du partage des bénéfices (PSM) comparables

4.6.4.14 Dans certains pays, il est fait mention de la méthode du partage des bénéfices comparables. Cette application de la méthode PSM repose sur une comparaison du partage des bénéfices entre entreprises indépendantes exerçant des activités comparables dans des circonstances comparables à celles qui entourent les transactions contrôlées. En d'autres termes, elle s'appuie fortement sur les données externes pour déterminer comment les bénéfices pertinents devraient être partagés entre les parties liées. Comme on l'indique ci-dessus, ces informations peuvent être très utiles, mais elles sont rarement disponibles dans la pratique.

4.6.5 Détermination des bénéfices à partager

4.6.5.1 Les bénéfices pertinents à partager selon la méthode PSM sont ceux qui sont réalisés par les entreprises associées dans le cadre d'une transaction ou de l'ensemble des transactions contrôlées examinées. Il sera important de tenir compte du niveau d'agrégation des transactions à cet égard (voir les paragraphes 3.3.3.1 à 3.3.3.5) et d'examiner ensuite les montants des revenus et des frais pertinents de chaque partie à cet ensemble de transactions.

4.6.5.2 Dans la plupart des cas, puisque les bénéfices pertinents seront composés des montants de revenus et de dépenses de plus d'une partie liée dans plus d'une juridiction, les données financières pertinentes des entités devront d'abord être converties sur une base commune (notamment les normes comptables et les devises en cause). Comme cette conversion peut avoir une incidence significative sur l'application de la méthode, l'uniformité au cours du temps est importante à cet égard.

4.6.5.3 Sauf dans les cas où le partage des bénéfices vise toutes les activités de chacune des parties liées, les données financières devront être segmentées conformément à la ou aux transactions précisément délimitées soumises à l'approche du partage des bénéfices. Lorsque les comptes portant sur les lignes de produits ou les divisions existent, ceux-ci pourront être utiles pour déterminer les montants de bénéfices pertinents à répartir.

Mesures du bénéfice

4.6.5.4 La méthode PSM est la plus souvent utilisée pour partager les bénéfices nets ou d'exploitation. En appliquant la méthode ainsi, on expose uniformément toutes les parties liées aux revenus comme aux dépenses en rapport avec les transactions pertinentes. Toutefois, en fonction de la délimitation précise de la transaction, d'autres mesures des bénéfices peuvent être appropriées. Par exemple, si les bénéfices bruts sont partagés, chaque partie liée devra alors déduire ses propres frais d'exploitation. Cette façon de faire peut être appropriée lorsque les parties ne partagent pas les risques associés aux frais d'exploitation dans le cadre de la transaction contrôlée, mais plutôt les risques associés au volume des ventes et aux prix pratiqués, à la production ou, encore, à l'acquisition des produits ou des services.

Exemple : Mesures du bénéfice

Accelory Corp conçoit, met au point et fabrique des machines industrielles sophistiquées. Une de ses principales lignes de produits de nouvelle génération utilise un système de propulsion innovant qui a été conçu, mis au

point et fabriqué par TurboAcc Limited, une entreprise associée d'Accelory. Le système a été spécialement conçu pour les machines Accelory et ne serait pas compatible avec les machines produites par d'autres fabricants sans modifications supplémentaires importantes.

Les produits d'Accelory Corp sont bien établis sur le marché et devancent même la concurrence dans leur secteur, si bien que le système de propulsion innovant mis au point par TurboAcc est devenu un argument de vente clé pour la nouvelle génération de produits. Le succès des produits de nouvelle génération dépend dans une large mesure de l'efficacité des systèmes de propulsion de TurboAcc.

Les systèmes de propulsion ont été entièrement mis au point par TurboAcc. TurboAcc a également assumé tous les risques liés à la mise au point des systèmes, sans que d'Accelory n'intervienne directement dans les prises de décisions significatives à cet égard.

Accelory assume tous les risques liés à la production et aux ventes de la nouvelle génération de produits. Dans cet exemple, bien qu'Accelory et TurboAcc assument toutes les deux des risques distincts économiquement significatifs, ces risques sont fortement interdépendants. La méthode du partage des bénéfices s'avère donc la plus appropriée. Or, dans ce cas, bien que les sociétés dépendent fortement l'une de l'autre pour assurer leur succès individuel, elles fonctionnent toutes les deux de manière très indépendante et n'exercent aucun contrôle ni n'agissent sur les activités de l'autre. Par conséquent, le partage des revenus tirés des produits vendus par Accelory ou des bénéfices bruts pertinents tirés tant des transactions d'Accelory que de TurboAcc peut constituer le meilleur moyen d'appliquer la méthode du partage des bénéfices. De cette manière, chaque partie supportera les conséquences financières de la prise de risques liée à ses propres frais d'exploitation (et au coût des ventes dans le cas d'un partage des revenus).

Bénéfices réels ou anticipés

4.6.5.5 La méthode PSM est la plus souvent appliquée pour répartir les bénéfices réels pertinents de parties liées en rapport avec des transactions contrôlées. Puisque les bénéfices réels rendent compte de l'incidence de la prise de risque sur les transactions, un tel partage aura généralement pour conséquence d'assujettir chacune des parties liées à ces risques. Ce partage serait donc approprié lorsque la délimitation précise de la transaction montre que toutes les parties liées assument ces risques. Par exemple, lorsque les parties aux transactions contrôlées

partagent la prise en charge des risques économiquement significatifs ou assument séparément des risques économiquement significatifs étroitement interdépendants en rapport avec les transactions contrôlées, on s'attendrait à ce que la méthode du partage des bénéfices soit appliquée.

4.6.5.6 Par contre, lorsque la méthode du partage des bénéfices s'avère la plus appropriée, mais que la délimitation précise de la transaction montre qu'une ou que plusieurs parties liées ne participent pas à la prise en charge des risques économiquement significatifs, il convient probablement de recourir au partage des bénéfices anticipés.

4.6.5.7 Une application courante du partage des bénéfices anticipés consiste à utiliser une technique d'évaluation des flux de trésorerie actualisés, qui peut servir, par exemple, à déterminer la valeur actuelle d'un actif incorporel transféré ou d'un autre type d'actif. Ainsi, supposons que la société A transfère à la société B, son entreprise associée, tous les droits sur un actif incorporel (X) unique et de valeur dont la mise au point est achevée. La société B possède ses propres actifs incorporels uniques et de valeur, dont on s'attend qu'ils complètent l'actif X. La société A ne s'attend pas à participer de façon continue à l'exploitation de l'actif X, car les activités d'exploitation liées à cet actif incorporel seront entièrement exercées et contrôlées par la société B. Dans ce cas, supposons également qu'il soit déterminé que le partage des bénéfices est la méthode la plus appropriée puisque la société A et la société B apportent toutes les deux des contributions uniques et de valeur. Toutefois, comme la société A ne participera pas à l'exploitation permanente de l'actif incorporel après son transfert et qu'elle n'assumera aucun des risques liés aux activités d'exploitation s'y rapportant, son rendement, dans des conditions de pleine concurrence, ne devrait pas être touché par ces risques. Elle devrait plutôt recevoir de la société B une part des bénéfices anticipés générés par l'exploitation des actifs incorporels combinés des sociétés A et B, actualisés pour refléter leur valeur actuelle au moment du transfert. Cette somme pourrait être calculée en utilisant une technique d'évaluation des flux de trésorerie actualisés, qui permet d'analyser la valeur actuelle des revenus probables générés par l'exploitation de l'actif incorporel X. Les risques continus liés à l'exploitation des actifs incorporels étant uniquement assumés par la société B, aucun ajustement de la rémunération payable à la société A ne sera apporté si l'actif incorporel connaît effectivement un succès plus ou moins grand que prévu.

4.6.5.8 Il convient de noter que les mesures des bénéfices qui varient dans une certaine mesure en fonction de la concrétisation de risques, sans exposition totale à ces risques, peuvent également être utilisées. Dans tous les cas, la mesure des bénéfices pertinents à répartir devrait tenir compte de la délimitation précise de la transaction afin de produire un résultat de pleine concurrence.

4.6.5.9 Même lorsque l'on procède à un partage des bénéfices réels, la méthode devrait être appliquée sans évaluation a posteriori. En d'autres termes, à moins d'être en présence d'importants développements imprévus qui auraient pu entraîner la renégociation de tout arrangement entre parties indépendantes, il faut normalement s'appuyer sur les informations connues ou raisonnablement prévisibles au moment ou avant la conclusion de la ou des transactions pour déterminer comment calculer et répartir les bénéfices pertinents entre les entreprises associées. Il devrait en être ainsi même s'il pouvait s'écouler un certain temps avant de pouvoir procéder aux calculs réels. Par exemple, la société E et son entreprise associée, la société F, sont si fortement intégrées que la méthode PSM s'avère la plus appropriée pour évaluer les transactions contrôlées entre les deux. La manière dont les bénéfices pertinents à leurs transactions devraient être déterminés est fixée sur une base ex ante, c'est-à-dire au moment où elles s'engagent dans ces transactions ou avant. C'est à ce moment précis que les sociétés E et F déterminent également que la méthode du partage des bénéfices résiduels devrait être appliquée à leurs bénéfices nets réels, et que les bénéfices résiduels devraient être répartis entre elles sur la base des frais de commercialisation pour l'année en cours de chaque partie, après avoir attribué des rendements de base ou « courants » aux activités de vente et de distribution courantes exercées par les deux parties. Dans cet exemple, la manière dont la méthode du partage des bénéfices doit être appliquée est déterminée au début de la période. Toutefois, la méthode convenue ne peut être appliquée qu'à la fin de l'exercice, une fois que les ventes, les frais de commercialisation et les bénéfices nets réels pertinents ont été déterminés. Si, au cours d'une période ultérieure, ces transactions intragroupes font l'objet d'une vérification en matière de prix de transfert, cela n'empêchera pas l'administration fiscale d'examiner le choix de la méthode de prix de transfert ou la manière dont elle a été appliquée afin de vérifier la conformité au principe de pleine concurrence. Ce faisant, l'administration fiscale pourra également examiner les informations qui étaient effectivement connues ou raisonnablement prévisibles au moment de la transaction.

Critères ou clés de répartition des bénéfices

4.6.5.10 La méthode PSM vise à déterminer les prix de transfert en reproduisant la manière dont des parties indépendantes se partageraient les bénéfices si elles participaient à des transactions comparables. Toutefois, les informations provenant de comparables en matière de partage des bénéfices ou de mécanismes semblables ne sont pas disponibles la plupart du temps, de sorte que la méthode est appliquée le plus souvent en se référant à une autre mesure de la contribution relative de chaque entreprise associée à ces bénéfices, afin de reproduire les résultats qui auraient été obtenus entre parties indépendantes.

4.6.5.11 Il ne serait pas approprié de fournir des orientations prescriptives quant à la ou aux mesures à utiliser pour répartir les bénéfices pertinents, car cela dépendra des faits de chaque cas. Toutefois, quels que soient le ou les critères choisis, ils devraient pouvoir être utilisés de manière objective et ne pas eux-mêmes infléchir la fixation des prix ou l'évaluation dans un sens non conforme au principe de pleine concurrence. Les mesures devraient également être vérifiables et étayées par des données. Bien qu'il faille garder ces considérations à l'esprit, les chiffres basés sur les informations internes du contribuable (par exemple, celles provenant de ses comptes financiers) sont couramment utilisés.

4.6.5.12 Dans certains cas, on peut adopter une approche à critères multiples pour la répartition des bénéfices. Toutefois, il se peut aussi qu'une mesure unique des contributions clés de chaque entreprise à la valeur suffise pour approximer la valeur relative de sa contribution à la transaction.

4.6.5.13 À cet égard, l'analyse fonctionnelle procurera sans doute des renseignements particulièrement importants. D'autres informations contenues dans le fichier local du contribuable peuvent également être utiles. En outre, lorsque le fichier principal est disponible, les informations qu'il contient sur les générateurs de valeur clés, considérés dans le contexte de leur environnement commercial et industriel, peuvent également être utiles dans la mesure où les générateurs de valeur pour la transaction en cause sont semblables à ceux de l'EMN ou de la ligne de produits qui fait l'objet du fichier principal.

4.6.5.14 Selon les circonstances, les critères de répartition des bénéfices peuvent être fondés sur la valeur des actifs (certains types) ou du capital, lorsqu'il existe une forte corrélation entre, d'une part, des actifs corporels ou incorporels ou des capitaux employés et, d'autre part, la création de valeur dans le contexte de la transaction contrôlée. Dans de tels cas, il faudra veiller à ce que la valeur du ou des actifs concernés soit mesurée de manière fiable et uniforme.

4.6.5.15 Dans d'autres cas, des critères axés sur les coûts peuvent être jugés appropriés, par exemple les coûts liés aux contributions uniques et de valeur telles qu'en matière de R&D, d'ingénierie, de conception, de commercialisation, et ainsi de suite, ou la mise au point d'actifs incorporels uniques et de valeur. Notons que bien que le coût soit souvent une mauvaise mesure de la valeur absolue des actifs incorporels uniques et de valeur, les coûts relatifs supportés par les parties peuvent fournir une approximation raisonnable de la valeur relative de leurs contributions respectives. Dans certains cas, il peut être approprié d'ajuster les coûts, par exemple lorsqu'ils sont supportés à des périodes différentes, pour s'assurer qu'ils peuvent constituer une mesure fiable de la contribution respective de chacune des parties.

4.6.5.16 D'autres exemples de critères de répartition des bénéfices pourraient comprendre les ventes supplémentaires, la rémunération ou les primes des employés, le temps consacré aux fonctions exercées, l'effectif, et ainsi de suite. Ces critères peuvent être jugés appropriés lorsqu'ils présentent une corrélation forte et suffisamment cohérente avec la création de valeur représentée par les bénéfices (résiduels) pertinents.

4.6.5.17 **Exemple**

La société A conçoit et fabrique des composants électroniques, qu'elle transfère à une société liée, la société B. La société B utilise les composants pour fabriquer un produit électronique. La société A et la société B exploitent toutes les deux les solutions technologiques innovantes uniques et de valeur qu'elles ont mises au point elles-mêmes pour fabriquer les composants et le produit électronique, respectivement.

La société C, une société liée, se charge de la distribution des produits électroniques à des clients non liés. Le prix de transfert de pleine concurrence est établi sur la base de la méthode RPM, la méthode la plus appropriée pour les transactions entre la société B et la société C. La méthode PSM s'avère la plus appropriée pour déterminer les prix de transfert de pleine concurrence entre la société A et la société B, car les deux sociétés apportent des contributions uniques et de valeur en actifs incorporels.

À l'étape 1 de l'analyse résiduelle, les fonctions de fabrication respectives des sociétés A et B se voient attribuer un rendement de base. Plus précisément, une étude comparative permet de retrouver des fabricants indépendants comparables qui ne possèdent ni n'utilisent d'actifs incorporels uniques et de valeur. Le bénéfice résiduel, qui est le bénéfice pertinent en rapport avec les transactions des sociétés A et B, est ensuite réparti entre les sociétés A et B, après déduction du rendement courant (de pleine concurrence) des fonctions de fabrication. Il s'avère dans ce cas que les dépenses relatives de R&D peuvent servir à répartir les bénéfices résiduels d'une manière économiquement valable, car il est établi que celles-ci fournissent une mesure fiable de la valeur relative des actifs incorporels uniques et de valeur de chaque société. Les bénéfices nets des sociétés A et B sont ensuite calculés afin de parvenir à un prix de transfert à rebours.

Exemple : Critères de répartition des bénéfices

La société A est un concepteur, développeur et fabricant d'équipements de construction et d'articles de terrassement. La société B, une entreprise associée de la société A, développé, par ses propres moyens, une marque et un nom commercial uniques et de valeur pour appuyer la vente d'équipements de construction et d'articles de terrassement. La marque développée par la société B repose sur la fiabilité des équipements produits par la société A, ainsi que sur le vaste programme d'assistance à la clientèle fourni par la société B (y compris l'entretien proactif, qui garantit la fourniture de pièces de rechange pour les équipements utilisés, y compris dans les lieux éloignés). L'analyse des prix de transfert permet de déterminer que chaque partie apporte une contribution unique et de valeur. Par conséquent, le partage des bénéfices résiduels est jugé le plus approprié. Pour déterminer comment les bénéfices résiduels pertinents devraient être répartis, les principales contributions des sociétés A et B sont prises en compte. Cette analyse permet d'appliquer des critères fiables pour répartir les bénéfices en fonction des catégories de dépenses en R&D (pour la société A) en lien avec la mise au point des actifs incorporels uniques et de valeur intégrés dans les produits; et des dépenses de commercialisation et d'assistance à la clientèle (pour la société B).

4.7 La « Sixième méthode » ou « Approche fondée sur les produits de base »

4.7.1 Introduction

4.7.1.1 Les règles relatives aux prix de transfert exigent des entreprises associées qu'elles fixent le prix de leurs transactions intragroupes conformément au principe de pleine concurrence. Les cinq méthodes décrites dans les sections 4.2 à 4.6 de ce Manuel sont utilisées dans le cadre des transactions intragroupes pour calculer les prix ou les bénéfices intragroupes de pleine concurrence ou tester leur caractère de pleine concurrence. Comme on le décrit au paragraphe 4.1.2.1, le point de départ, dans le processus de sélection d'une méthode de prix de transfert, consiste à acquérir une bonne compréhension de la transaction contrôlée (entrante ou sortante) au moyen d'une analyse de comparabilité (ce qui comprend une analyse fonctionnelle). Cette étape est nécessaire, quelle que soit la méthode de prix de transfert choisie. La méthode CUP est une méthode appropriée lorsque les prix pratiqués dans les transactions comparables de produits identiques ou similaires sont disponibles. Par exemple, les prix cotés sur un marché ou sur une bourse de produits de base peuvent servir

de comparables pour les transactions portant sur des produits de base entre des parties liées dans des circonstances comparables.

4.7.1.2 Les autorités fiscales peuvent ne pas réussir à déterminer si une transaction contrôlée entre entreprises associées est comparable aux transactions observées sur le marché libre si le contribuable ne fournit pas suffisamment de pièces justificatives sur ses transactions contrôlées. Pour les pays en développement, cette problématique peut être encore plus critique que pour les pays développés. En effet, ils peuvent ne pas disposer des données sur les sociétés actives dans leur territoire qui leur permettraient de procéder à une analyse de comparabilité en plus de n'avoir potentiellement qu'un accès limité aux connaissances et aux ressources requises pour mener à bien des études de prix de transfert.

4.7.1.3 Compte tenu de ces difficultés, plusieurs pays ont mis en place une règle généralement appelée « sixième méthode » ou « approche fondée sur les produits de base », bien que le nom de la règle ou de la méthode appliquée peut varier d'un pays à l'autre. Cette approche est utilisée depuis longtemps pour les produits de base dans plusieurs pays. Un trait commun de ces règles, c'est qu'elles utilisent les prix cotés sur les marchés de produits de base pour fixer le prix des transactions entre entreprises associées. Pour des raisons pratiques, dans cette section, l'approche sera désignée sous le nom de « sixième méthode »⁴¹.

4.7.1.4 Étant donné que certaines variantes de la « sixième méthode » ont été plus largement adoptées et appliquées ces dernières années, cette section examine la raison d'être de la « sixième méthode » et les expériences des pays en la matière. Toutefois, cette section ne cherche pas à aborder la relation entre la sixième méthode – telle qu'elle est mise en œuvre dans une législation nationale particulière – et le principe de pleine concurrence, comme défini à l'article 9 du Modèle de convention des Nations Unies. La sixième méthode fonctionne de manière semblable à la méthode du prix comparable sur le marché libre (CUP). Pour qu'elle soit applicable à une transaction particulière, la sixième méthode formule généralement des exigences en matière de caractéristiques et de substance, telles que définies dans les pratiques nationales pertinentes. Ainsi, en l'absence d'une confirmation fiable et rapide de la part du contribuable sur les caractéristiques pertinentes de la transaction contrôlée, certains pays appliquent une règle par défaut qui leur permet de fixer le prix de transfert sur la base des informations publiques sur les prix et, habituellement, en fonction d'une hypothèse sur le moment où la transaction testée pertinente a eu lieu (qui correspond à la liste des prix cotés au cours d'une période de cotation des produits de

⁴¹ Comme l'approche est référencée sous le terme de « sixième méthode » en Argentine, d'où elle semble provenir, pour des raisons pratiques, ce terme et cette formulation seront utilisés dans cette section.

base). Malgré son titre général, compte tenu de son fonctionnement, la sixième méthode – selon la manière dont elle est appliquée – pourrait être considérée comme une règle anti-abus, une règle de présomption d’abus ou même une forme présumée de régime de protection. Certains pays considèrent la sixième méthode comme une application (imparfaite) de la méthode CUP⁴². Dans cette section, la pratique sera désignée comme « la sixième méthode » sans aborder la question de savoir si le terme « méthode », « règle anti-abus » ou « règle de présomption d’abus » ou, encore, « régime de protection » est plus approprié ou plus correct d’un point de vue juridique.

4.7.1.5 La sixième méthode présente des avantages et des inconvénients. L’un des avantages de la sixième méthode tient à sa relative certitude et à sa relative facilité d’application par les autorités fiscales, ainsi qu’à son efficacité en matière de perception de l’impôt. Parmi les inconvénients de la sixième méthode, on peut citer le fait qu’elle n’est pas l’une des méthodes traditionnelles fondées sur les transactions ou des méthodes transactionnelles de bénéfices traditionnelles décrites dans le présent chapitre et qu’elle peut donc ne pas être reconnue par le pays de l’entreprise associée à l’autre bout de la transaction. La méthode comporte certains autres inconvénients, par exemple son imperfection, compte tenu des normes générales d’application du principe de pleine concurrence, le fait qu’elle ne tient pas compte des circonstances économiques de la transaction réelle qui est testée et qu’elle peut donner lieu à une surcompensation pour une entreprise associée au détriment d’une autre, et donc aboutir à une double imposition potentielle. Les avantages et les inconvénients sont examinés plus en détail dans la section 4.7.5.

4.7.1.6 Ce chapitre décrit la sixième méthode telle qu’elle est concrètement appliquée dans plusieurs pays. Il aborde également les orientations de l’OCDE et une étude du Centre interaméricain des administrations fiscales (CIAT) concernant cette méthode (ou approche) généralement utilisée pour lutter contre les pratiques abusives en matière de prix de transfert. Le chapitre vise à fournir une description de base de l’application de la sixième méthode aux transactions de produits de base et des mesures qui peuvent être prises pour atténuer certains de ses inconvénients connus.

4.7.2 Fonctionnement de la sixième méthode en pratique

4.7.2.1 À la date de rédaction de cette section, la sixième méthode avait été adoptée en Argentine, en Bolivie, au Brésil, au Costa Rica, en République dominicaine, au Guatemala, au Honduras, au Pérou, en Uruguay et dans certains

⁴² Le Brésil applique la sixième méthode similaire aux opérations de prêt. Pour plus de détails, voir le chapitre 15.

pays des Caraïbes. L'expérience pratique de la mise en œuvre de cette règle existe principalement en Argentine, au Brésil, en Équateur et en Uruguay⁴³. Toutefois, il convient de noter que la méthode n'est pas du tout appliquée de la même manière dans tous ces pays. En Argentine, la méthode a été instaurée en 2004. Depuis son introduction en Argentine, d'autres pays ont suivi en mettant en œuvre (une variante de) la sixième méthode.

4.7.2.2 Le scénario factuel traditionnellement visé par la sixième méthode est celui où une entreprise associée active dans le secteur de l'exportation des produits de base – céréales, huile et oléagineux, pétrole et gaz, produits miniers et de la pêche – facture l'entreprise associée en rapport avec la vente, mais expédie les produits vers une juridiction (et une partie) différente de celle de l'entreprise associée facturée par le vendeur. La date réelle de livraison est généralement postérieure à la date de vente initiale entre les entreprises associées et à la date de facturation entre sociétés liées. En général, l'entreprise associée facturée est une entité de négoce qui n'obtient le titre de propriété à l'égard des biens livrés que pour une période limitée, la livraison ultérieure étant acheminée vers la destination (laquelle n'est pas le pays de résidence de l'entité de négoce) déterminé par la partie non liée qui a acquis les produits de base auprès de l'entité de négoce.

4.7.2.3 Si, sur la base de critères clairs et facilement vérifiables, il est établi que l'entité de négoce associée manque de substance afin d'exercer les fonctions pertinentes liées à l'acquisition et à la vente de produits de base et qu'elle est située dans une juridiction à faible imposition, il y a un risque que cette transaction érode la base d'imposition de la juridiction du vendeur des produits de base. Cette érosion peut résulter du fait que l'entité de négoce associée obtient un prix supérieur (relativement au prix payé) dans le cadre d'une vente ultérieure de produits de base à un tiers, bien que, en réalité, elle n'a pas la substance pour exercer les fonctions commerciales. Pour réduire ce risque, la sixième méthode permet de déterminer le prix de la transaction intragroupe par référence au prix coté à la date d'expédition, c'est-à-dire en passant outre l'entité de négoce associée, comme si la transaction s'était conclue sans intermédiaire entre le vendeur et le client tiers. Dans certains pays, la sixième méthode précise que le prix de vente intragroupe sera réputé correspondre au plus élevé des deux prix suivants: le cours boursier du produit de base à la date de la vente intragroupe ou à la date de livraison à l'acheteur non lié. Dans ces circonstances et de cette manière, la sixième méthode peut ainsi être considérée comme une règle anti-abus.

4.7.2.4 Comme on l'a indiqué plus tôt, les nombreux pays qui ont mis en œuvre la sixième méthode l'ont fait différemment. Le CIAT décrit comme suit

⁴³ Selon le CIAT, si la règle est en place dans plusieurs pays, l'expérience pratique de son application est tout de même encore assez limitée.

les permutations respectives de la sixième méthode observées dans la pratique en ce qui concerne les différents critères qui définissent la règle⁴⁴.

Tableau 4.T.10

Mise en œuvre de la sixième méthode

Critère	Approche adoptée
Transactions visées	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Uniquement les transactions d'exportation; ▪ Uniquement les transactions d'importation; ▪ Transactions d'importation et d'exportation.
Nature de la mesure	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Une façon d'appliquer la méthode CUP; ▪ Un moyen de déterminer un prix de pleine concurrence; ▪ Pas de détermination particulière.
Produits ou biens visés par la mesure	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ressources naturelles renouvelables; et/ou ▪ Ressources naturelles non renouvelables; et/ou ▪ Biens dont les prix sont cotés sur des marchés transparents; ▪ Non établi expressément par règlement. ▪ Certaines réglementations permettent aux administrations fiscales d'étendre la mesure à d'autres biens, pourvu que ceux-ci répondent à certaines exigences : <ul style="list-style-type: none"> ▫ L'intermédiaire international n'a pas de substance économique; et/ou ▫ L'administration fiscale le juge approprié.
Critère de relation	<p>Le critère qui détermine que l'exportateur et le négociant intermédiaire et/ou le destinataire effectif des biens sont des parties liées peut exister dans certains pays, mais pas dans tous.</p> <p>Au moins un pays (le Brésil) applique la méthode chaque fois que la société étrangère est une résidente d'une juridiction inscrite sur la liste (juridictions qui ne coopèrent pas, ont un faible taux d'imposition ou offrent un régime fiscal privilégié), que les sociétés concernées soient ou non des entreprises liées.</p>
Critère relatif à l'existence d'un intermédiaire international	<p>Le critère qui détermine si un intermédiaire international n'a pas de substance économique pour que la mesure soit appliquée est expressément établi dans certains pays, alors qu'il n'est pas requis dans d'autres.</p>

⁴⁴ CIAT (2013). *The Control of Transfer Pricing Manipulation in Latin America and the Caribbean*. Panama City: CIAT. Accessible en anglais à l'adresse : <https://www.taxcompact.net/sites/default/files/resources/2013-05-ITC-CIAT-Control-Transfer-Pricing-Manipulation-LAC.pdf>.

MANUEL PRATIQUE DES NATIONS UNIES SUR LES PRIX DE TRANSFERT À
L'INTENTION DES PAYS EN DÉVELOPPEMENT (2021)

Hierarchie de la méthode	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Obligatoire si les critères prévus par le règlement sont respectés; ▪ Optionnelle : cette mesure ou la méthode CUP peut être appliquée; ▪ Non établi expressément par le règlement.
Prix à prendre en considération	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Le prix le plus élevé : (1) Le prix coté des biens sur le marché transparent le jour de leur chargement (pour l'expédition) et (2) le prix convenu avec l'intermédiaire prévu; ▪ Les exportations et les importations font l'objet d'un traitement différent; ▪ Pour les exportations : recherche sur les prix internationaux conformément aux modalités convenues par les parties à la date de la dernière expédition, sauf s'il est prouvé qu'ils ont été acceptés à une autre date; ▪ Pour les importations: le prix ne peut pas dépasser le prix basé sur les paramètres internationaux à la date initiale d'achat. <ul style="list-style-type: none"> ▫ Plusieurs critères dans un seul règlement : (i) prix sur le marché transparent à la date de chargement ou de déchargement; (ii) prix moyen sur une période de 4 mois ou de 120 jours avant ou après le chargement; (iii) prix à la date d'exécution de l'accord; (iv) prix moyen sur la période de 30 jours ultérieure à l'exécution de l'accord; (v) prix coté sur le marché transparent à la date de chargement, à la date précédant celle lors de laquelle un prix coté était disponible ou au premier jour de chargement des produits (le critère retenu varie selon les pays). ▫ Certains pays acceptent le prix convenu par les parties lorsque l'accord est déclaré à l'agence fiscale ou à toute autre agence gouvernementale quelques jours après sa signature.
Ajustements de comparabilité	<p>Certains pays autorisent l'apport d'ajustements de comparabilité aux prix affichés publiquement afin de tenir compte des circonstances du marché, des modalités contractuelles, de la qualité et des spécifications des produits, tandis que d'autres pays n'acceptent aucun ajustement de comparabilité.</p>
Exceptions qui s'appliquent	<p>Certaines mesures mises en œuvre sur une base régionale offrent au contribuable local la possibilité de prouver que l'intermédiaire a une substance économique, même si les critères ne sont pas les mêmes dans tous les cas.</p>

4.7.2.5 Compte tenu du fait que le principe de pleine concurrence exige que les prix pratiqués entre entreprises associées et entre parties non liées soient comparables, il faudra généralement utiliser les prix de marché pratiqués dans des circonstances identiques ou semblables à celles qui entourent une transaction entre entreprises associées. Lorsque la sixième méthode offre aux contribuables la possibilité d'apporter des éléments de preuve attestant que les transactions intragroupes ne mènent pas à des abus et que les prix sont fixés dans des conditions de pleine concurrence, et qu'elle permet des ajustements de comparabilité selon les besoins, cette méthode peut, de façon plus générale, être conforme au principe de pleine concurrence et offrir une certitude juridique. Elle peut également être utile en offrant aux autorités fiscales plus de transparence sur la transaction entre les entreprises associées.

4.7.3 Orientations de l'OCDE

4.7.3.1 Le Groupe des Vingt (G20) et les pays de l'OCDE ont examiné les aspects prix de transfert des transactions transfrontalières de produits de base entre entreprises associées dans le cadre de l'Action 10 du BEPS. Par conséquent, le chapitre II des *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert* a été modifié afin d'inclure de nouvelles orientations applicables en particulier aux transactions portant sur les produits de base⁴⁵. Les nouvelles orientations comprennent une clarification des lignes directrices actuelles sur l'application de la méthode CUP aux transactions portant sur les produits de base. Les nouvelles orientations précisent que :

- 1) La méthode CUP peut généralement être une méthode appropriée pour déterminer les prix de transfert des transactions entre entreprises associées portant sur les produits de base;
- 2) Les prix cotés peuvent être utilisés dans le cadre de la méthode CUP, sous réserve de certaines considérations, à titre de référence pour déterminer le prix de pleine concurrence de la transaction contrôlée portant sur des produits de base;
- 3) Des ajustements suffisamment précis devraient être apportés, si nécessaire, pour veiller à ce que les caractéristiques économiquement pertinentes des transactions contrôlées et celles sur le marché libre soient suffisamment comparables.

⁴⁵ OCDE (2015). *Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices : Aligner les résultats des prix de transfert calculés sur la création de valeur, Actions 8-10 – Rapports finaux 2015*. Paris : Éditions de l'OCDE.

4.7.3.2 Les orientations comprennent également une disposition permettant de déterminer la date de fixation du prix des transactions portant sur des produits de base qui, sous certaines conditions, prévoit que les administrations fiscales peuvent imputer une date de fixation du prix. Cette disposition reconnaît les difficultés que peuvent rencontrer les administrations fiscales pour vérifier la date exacte de fixation du prix des produits vendus et sert à empêcher les contribuables d'utiliser des dates de fixation du prix qui permettent d'adopter les prix cotés les plus avantageux. Bien que la date de fixation du prix utilisée par les parties soit la date à première vue, dans certaines circonstances, par exemple si aucune preuve réelle de cette date n'existe, les autorités fiscales peuvent imputer une date de fixation du prix (par exemple, la date d'expédition) d'une manière similaire à la sixième méthode.

4.7.3.3 Les autorités fiscales des pays en développement peuvent trouver plus facile de vérifier le caractère de pleine concurrence des transactions intragroupes portant sur les produits de base lorsque les contribuables sont tenus de fournir davantage d'informations sur ces transactions. Les orientations de l'OCDE mentionnées ci-dessus soulignent que les contribuables peuvent aider les administrations fiscales à évaluer en connaissance de cause leurs pratiques de prix de transfert liées aux transactions portant sur des produits de base en fournissant⁴⁶:

- La documentation sur leur politique de fixation des prix pour les transactions portant sur les produits de base;
- Les informations requises pour justifier les ajustements de prix reposant sur des transactions sur le marché libre ou des accords comparables sur le marché libre, représentées par le prix coté; et
- 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.

⁴⁶ OCDE (2017). *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*. Paris : Éditions de l'OCDE. Accessible à l'adresse suivante : https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/principes-de-l-ocde-applicables-en-matiere-de-prix-de-transfert-a-l-intention-des-entreprises-multinationales-et-des-administrations-fiscales_20769723. Voir le paragraphe 2.21, section sur les transactions portant sur les produits de base.

4.7.3.4 Lorsque la transaction porte sur des produits de base, la date de fixation du prix revêt une importance particulière pour déterminer si le prix fixé entre entreprises associées est approprié. Les administrations fiscales devraient déterminer le prix des transactions portant sur des produits de base en se référant à la date de fixation du prix convenue par les entreprises associées, lorsque le contribuable peut fournir des preuves fiables attestant de la date de fixation du prix établie par ces entreprises associées dans une transaction contrôlée portant sur des produits de base. Ces preuves devraient comprendre :

- le moment où la transaction a été conclue (par exemple, des propositions et acceptations, des contrats ou des contrats enregistrés ou d'autres documents définissant les conditions de l'accord peuvent constituer une preuve fiable);
- l'indication que cela est conforme au comportement effectif des parties ou aux autres faits concernés.

4.7.3.5 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 dont auraient convenu des entreprises indépendantes 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 et lorsque l'administration fiscale ne peut pas établir par ailleurs une date de fixation du prix différente en délimitant une transaction avec précision, l'administration fiscale peut présumer la date de fixation du prix de la transaction en fonction des éléments probants dont elle dispose. Ces éléments probants peuvent comprendre la date d'expédition qui figure dans le connaissance ou dans tout document équivalent selon le moyen de transport utilisé. Par conséquent, le prix des produits de base qui font l'objet de la transaction serait dans ce cas déterminé par référence au prix coté moyen à la date d'expédition des produits, sous réserve de tout ajustement de comparabilité apporté en fonction d'informations mises 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 prix⁴⁷.

4.7.4 Orientations du CIAT

⁴⁷ *Ibid.* Voir le paragraphe 2.22, section sur les transactions portant sur les produits de base.

4.7.4.1 Le CIAT a réalisé une étude visant à analyser le fonctionnement de la sixième méthode dix ans après son introduction en Argentine⁴⁸. Plus particulièrement, il a mené une analyse comparative de l'application de la sixième méthode dans d'autres pays d'Amérique latine. L'étude souligne que les prix de transfert sont calculés en utilisant les méthodes élaborées dans le cadre des *Principes l'OCDE applicables en matière de prix de transfert* et que les méthodes sont fondées sur la comparabilité des transactions analysées et d'autres transactions semblables entre parties indépendantes ou avec celles-ci. On ajoute qu'un des principaux problèmes rencontrés est la difficulté d'évaluer les informations utiles et opportunes pour effectuer une telle comparaison.

4.7.4.2 L'étude du CIAT note que les autorités peuvent réagir différemment aux distorsions causées par les sociétés sous contrôle commun. Certaines autorités peuvent vouloir écarter une entité juridique qui utilise une analyse fondée sur la primauté du fond sur la forme dans le cas où une entreprise est sous le contrôle d'une autre entreprise sur les plans économique, financier et commerciaux. D'autres autorités peuvent souhaiter exploiter les règles de prix de transfert et déterminer le prix interentreprises applicable en éliminant toute distorsion de prix résultant de l'influence d'être des entreprises associées. Bien que l'approche traditionnelle à l'égard du principe de pleine concurrence puisse être préférée, l'étude du CIAT note également que la complexité et les difficultés pratiques liées à l'application des méthodes de prix de transfert et à la recherche de comparables devraient permettre d'envisager des solutions de rechange pour les pays en développement, qui sont susceptibles de disposer de peu de capacités pour faire face à la complexité de ces exercices ou pour surmonter les difficultés pratiques à cet égard.

4.7.4.3 En ce qui concerne la nature juridique de la sixième méthode, l'étude du CIAT souligne que la caractérisation de la méthode en vertu du droit interne des pays peut avoir des conséquences sur l'application d'une convention visant à éviter la double imposition. En d'autres termes, dans la mesure où la sixième méthode est qualifiée de méthode de prix de transfert, l'article sur les entreprises associées – généralement l'article 9 d'une convention visant à éviter la double imposition – peut régir les conséquences de son application à l'échelle internationale, et, dans la mesure où elle est considérée comme une règle nationale anti-abus, elle peut déborder du champ d'application d'une telle convention et empêcher les contribuables de réclamer avec succès un allègement de la double imposition. Si la méthode est considérée comme une règle anti-abus ou un régime de protection, il conviendra d'obtenir d'un partenaire de la convention de la reconnaître comme telle, avant qu'une convention puisse être invoquée

⁴⁸ Ci-après, référencée comme « l'étude du CIAT ». Accessible en anglais à l'adresse : <https://www.ciat.org/the-so-called-6th-method/?lang=en>.

avec succès pour réduire toute double imposition potentielle.

4.7.4.4 Dans de nombreux cas, la sixième méthode peut avoir été intégrée au droit interne pour aider à prévenir l'érosion de la base d'imposition et faciliter la perception de l'impôt sur les sociétés. Cette méthode est la plus souvent appliquée aux exportations et/ou importations intragroupes de produits de base et permet de fixer le prix de transfert à partir du prix du marché publiquement affiché du produit de base à la date réelle d'expédition. Généralement, la méthode n'aborde pas la question de savoir si les frais d'expédition sont acquittés par l'acheteur ou le vendeur et à quelle date la livraison des produits a finalement lieu. La méthode peut également appliquer une norme de comparabilité plus grossière, en ce sens que le grade ou la qualité du produit de base et, parfois même, le volume expédié peuvent ne pas devoir être nécessairement les mêmes que dans le cadre d'un contrat standard négocié en bourse. Toutefois, un certain nombre de pays et d'autorités autorisent des ajustements de comparabilité pour corriger cette situation. Pour que la méthode soit applicable, on tient généralement le manque de substance de l'intermédiaire pour acquis, bien que dans la pratique, dans certains pays, la méthode s'applique pour toutes les exportations et les importations indépendamment de : (i) la présence d'intermédiaires étrangers et/ou (ii) de la participation d'intermédiaires associés.

4.7.4.5 L'étude du CIAT va plus loin que la sixième méthode originale en ce sens qu'elle tient compte de la position de l'intermédiaire associé qui réalise la vente au tiers. Elle recommande aux autorités fiscales de tenter de comprendre la chaîne de valeurs liée au produit de base et le traitement (ou la transformation) que ce produit de base subit ultérieurement dans le but d'aider à déterminer la rémunération de pleine concurrence des fonctions exercées et des risques assumés par les entités qui interviennent dans cette chaîne de valeurs.

4.7.5 Considérations relatives à l'utilisation de la sixième méthode

4.7.5.1 L'utilisation de la sixième méthode offre certains avantages, mais comporte également certains inconvénients, comme nous l'avons vu plus haut. La sixième méthode, dans sa forme la plus rudimentaire, fonctionne comme un mécanisme de fixation des prix qui peut ressembler à peu près à la méthode CUP. Toutefois, selon la manière dont elle est appliquée, elle peut ne pas répondre aux exigences assez strictes traditionnellement imposées par la méthode CUP. Certains pays considèrent comme un avantage le fait que la méthode puisse être utilisée lorsque le prix de transfert exact ou les transactions comparables portant sur les produits de base ou les produits concernés ne sont pas disponibles. Cette méthode peut offrir un moyen pratique de générer des revenus et n'exige qu'un

contrôle fiscal relativement restreint des contribuables engagés dans les opérations de négoce intragroupes portant sur des produits de base. Selon la manière dont elle est appliquée, cette approche a comme inconvénient de présenter un risque potentiel de divergence avec le principe de pleine concurrence et, donc, de double imposition. Le fait que cette approche n'est ni une méthode traditionnelle fondée sur les transactions ni une méthode transactionnelle de bénéfices constitue un autre inconvénient, car elle peut donc ne pas être reconnue par le pays à l'autre bout de la transaction. À mesure que le système et les autorités fiscales se perfectionneront et tireront profit de la fonction de prix de transfert – sur le plan du savoir-faire et des ressources – la sixième méthode pourrait ne pas ou ne plus être aussi nécessaire ou, encore, pourrait être modifiée ou mise à jour pour atteindre une plus grande conformité avec le principe de pleine concurrence.

4.7.5.2 Toutefois, il faut souligner clairement et sans équivoque dans quelles situations on peut avoir recours à la sixième méthode, afin d'éviter de désavantager les contribuables et de favoriser la certitude juridique. Si un test de (manque de) substance est appliqué, des critères clairs et objectifs devraient être fournis. Lorsqu'un test de substance est applicable, la sixième méthode ne devrait être utilisée que là où le contribuable ne satisfait manifestement pas au test. Le risque de double imposition potentielle résultant du recours à la sixième méthode peut également constituer un inconvénient. Cet inconvénient pourrait être atténué dans la mesure où les autorités fiscales permettraient que toute double imposition résultant de l'application de la sixième méthode puisse potentiellement être alléguée en vertu d'une convention applicable.

4.7.5.3 Les prix publiquement affichés peuvent être basés sur des accords standardisés définissant les aspects fondamentaux de la transaction, tels que la qualité, la quantité et les modalités de livraison des produits de bases sur le marché. Une application fiable de la méthode CUP exigerait que les matières premières comparées soient suffisamment similaires. Par conséquent, une conformité plus étroite au principe de pleine concurrence est possible dans la mesure où la sixième méthode permet de procéder à des ajustements de comparabilité sur les prix cotés pour tenir compte d'éléments tels que les caractéristiques physiques et la qualité des produits de base, ainsi que des volumes échangés, des modalités des contrats, d'autres variables pertinentes, de la date et des modalités de livraison (coûts, assurance et fret, *franco à bord*, etc.) et si la transaction entre les entreprises associées se situe au même maillon de la chaîne d'approvisionnement que celui qui a servi à fixer le prix publiquement affiché.

4.7.5.4 Comme on l'a indiqué plus tôt, l'application de la sixième méthode dans certains pays est généralement conditionnée par l'absence de (preuves sur la) substance de l'entité de négoce intermédiaire. Dans la mesure où les contribuables peuvent fournir des preuves quant à la substance de l'entité intermédiaire (l'associée) pour se soustraire à l'application de la sixième méthode, on

peut s'attendre à ce qu'ils déploient beaucoup d'efforts pour fournir les informations supplémentaires requises. Par conséquent, la répartition des revenus la plus précise et la plus conforme au principe de pleine concurrence peut devenir celle qui s'applique entre les entreprises associées.

4.7.5.5 Il n'est pas rare que cette approche permette d'apporter des faits ou des preuves pour justifier la substance. Toutefois, cette pratique alourdit la charge administrative des contribuables et des autorités fiscales. À titre d'exemple, les lois et règlements d'un pays prévoient dans la partie pertinente :

« la [sixième] méthode ne s'applique pas si et quand : (a) l'entreprise (associée) qui constitue l'intermédiaire international a une présence réelle dans la juridiction de résidence, dispose d'un bureau commercial ou de locaux où l'entreprise est administrée et se conforme aux exigences juridiques relatives aux inscriptions et au dépôt des bilans; les actifs utilisés, les risques assumés et les fonctions exercées par l'intermédiaire international sont adéquats compte tenu de ses activités commerciales; (b) l'activité principale de l'intermédiaire international ne consiste pas à percevoir des revenus passifs ou à effectuer des échanges commerciaux à destination ou en provenance du pays d'origine des produits de base ou avec d'autres membres du groupe économique⁴⁹; (c) les échanges transfrontaliers de l'intermédiaire international avec d'autres membres du même groupe multinational ne dépassent pas 30 % du total des transactions annuelles effectuées par l'intermédiaire ».

4.7.5.6 Compte tenu des observations résultant de l'étude du CIAT mentionnées dans les paragraphes précédents et des orientations publiées par l'OCDE sur les transactions portant sur les produits de base, pour encourager l'accès aux dispositions des conventions prévoyant un allègement potentiel de la double imposition, deux observations peuvent être faites : tout d'abord, dans les situations où la règle tient compte du statut des intermédiaires (étrangers), il serait préférable que les contribuables soient autorisés à présenter des preuves attestant que leurs intermédiaires présentent la substance requise dans l'autre ou les autres juridictions. Deuxièmement, les contribuables pourraient être autorisés à fournir les preuves attestant que leurs prix intragroupes sont fixés conformément au principe de pleine concurrence, et des ajustements appropriés et raisonnables pourraient être apportés aux prix des produits de base publiquement affichés, afin de refléter les éventuelles différences entre les transactions et les produits. Cela est important, car on sait que les prix des produits de base fluctuent de manière importante et dépendent fortement du grade, de la qualité et

⁴⁹Le « groupe économique » peut être plus étendu qu'une EMN.

des spécificités des produits respectifs. En outre, les conditions d'importation et d'exportation sont susceptibles d'influer sur les prix.

4.7.5.7 Moins la sixième méthode et ses critères d'application peuvent être arbitraires, plus grande peut être la certitude juridique et plus efficaces et fructueux peuvent être les contrôles fiscaux des transactions et des contribuables soumis à la méthode. Clarifier la définition des intermédiaires assujettis à la sixième méthode (si et quand des intermédiaires sont en cause), préciser les types de transactions assujetties à cette méthode et spécifier ses critères d'application contribueront à réduire l'incertitude et les éventuels différends fiscaux. Dans la mesure où les contribuables pourraient fournir des preuves quant à la substance nécessaire des intermédiaires et de ce qui constitue un prix de pleine concurrence, et où la législation prévoirait des ajustements des prix des produits de base publiquement affichés pour assurer une meilleure comparabilité, la sixième méthode deviendrait de plus en plus sophistiquée et se conformerait davantage au principe de pleine concurrence. Dans ce cas également, les contribuables pourraient davantage bénéficier d'un accès (amélioré) à l'évitement de la double imposition.

5 Services intragroupes

5.1 Introduction

5.1.1 Le présent chapitre porte sur les prix de transfert des services intragroupes au sein des EMN. Tout d'abord, il présente les critères permettant d'établir si, à des fins de prix de transfert, des services ont effectivement été fournis par un ou plusieurs membres d'une EMN à une ou plusieurs entreprises associées. Dans l'affirmative, l'étape suivante consiste à déterminer les méthodes applicables pour fixer le prix de transfert de pleine concurrence de ces services. Ce chapitre s'intéresse également aux situations qui permettent aux autorités fiscales d'offrir aux contribuables la possibilité d'adhérer à un régime de protection pour les services à faible valeur ajoutée ou les dépenses minimales.

5.1.2 Conformément au principe de pleine concurrence, lorsqu'un service intragroupe est effectivement fourni entre entreprises associées, un prix de transfert de pleine concurrence devrait être facturé aux membres du groupe. L'avantage économique obtenu ou censé être obtenu par une ou plusieurs entreprises associées résultant de l'activité est le critère permettant de déterminer si des services intragroupes ont effectivement été fournis entre entreprises associées. Un tel avantage économique existe si une entité indépendante dans des circonstances identiques ou semblables était disposée à payer pour ces services ou à exercer l'activité elle-même. Ce principe est appelé dans ce chapitre le « critère de l'avantage » et est examiné plus en détail ci-après (voir la section 5.2.2).

5.1.3 L'analyse des prix de transfert des services intragroupes devrait être envisagée tant du point de vue du prestataire que du point de vue de l'entreprise associée bénéficiaire. L'autorité fiscale du pays du prestataire s'emploiera à assurer que si des services intragroupes ont effectivement été fournis, l'entreprise associée bénéficiaire a payé le prix de pleine concurrence pour ces services. L'autorité fiscale du prestataire serait préoccupée s'il y avait eu absence de paiements pour les services intragroupes transfrontaliers ou si les prix facturés pour ceux-ci avaient été inférieurs aux prix de pleine concurrence. Elle serait également préoccupée si les coûts de fourniture du prestataire avaient été engagés au profit d'entreprises associées étrangères sans remboursement

ou contre une contrepartie en-deçà du montant de pleine concurrence.

5.1.4 Inversement, l'autorité fiscale du pays du bénéficiaire s'emploiera à s'assurer que les services intragroupes en question satisfont au critère de l'avantage et que le bénéficiaire n'a pas payé un montant supérieur au prix de pleine concurrence. L'autorité fiscale du bénéficiaire envisagerait un ajustement si elle estimait que les services fournis au payeur local n'avaient pas respecté le critère de l'avantage ou que, bien qu'ils aient respecté ce critère, les frais de service étaient excessifs. Compte tenu de l'échelle des activités d'une EMN, les coûts engagés au titre des services et les frais de service peuvent être importants, de sorte que toute mauvaise répartition des coûts ou des dépenses en lien avec les services dans une EMN influera sur les résultats (profits ou pertes) des membres du groupe.

5.1.5 Il convient de souligner que la facturation de pleine concurrence n'a rien à voir avec le principe de déductibilité du paiement des services selon le droit interne applicable à l'entreprise associée bénéficiaire des services. Les règles relatives aux prix de transfert exigent que les services effectivement fournis soient payés à des prix de pleine concurrence. Que de tels paiements puissent ou non être déduits du revenu imposable du payeur dépend des principes du droit interne en vigueur. Dans certains pays, bien qu'une dépense puisse satisfaire au principe de pleine concurrence, elle peut ne pas être admissible à une déduction, en tout ou en partie, conformément aux règles nationales limitant les déductions.

5.1.6 Dans une économie mondialisée, les activités commerciales des EMN peuvent être fortement intégrées. Les entreprises associées membres de ces groupes cherchent à tirer des avantages commerciaux en exploitant conjointement des systèmes de communication, de technologie et d'information, ainsi que d'autres actifs. Les services intragroupes peuvent donc jouer un rôle important pour les EMN qui s'efforcent d'obtenir les services dont elles ont besoin au plus bas prix possible afin de préserver ou même d'améliorer leur position concurrentielle. Dans le contexte des prix de transfert, les analyses de ces relations de services devraient tenir compte du fait que les EMN cherchent à maximiser leur rentabilité et leur position concurrentielle en évitant généralement d'engager des coûts sans but commercial.

5.1.7 Un grand nombre des services requis par les EMN peut être fourni à l'intérieur même du groupe ou acquis par le groupe auprès d'un ou de plusieurs prestataires indépendants. De nombreux types de services ne font pas partie de l'activité principale de l'EMN, mais sont néanmoins nécessaires à ses activités commerciales. Les activités de services exercées pour les membres du groupe peuvent être agrégées et prises en charge par un seul d'entre eux ou

dispersées entre plusieurs. Dans certains cas, les EMN peuvent externaliser certains services à des entreprises indépendantes, puis facturer ensuite les coûts (sans marge) aux entreprises associées qui en tirent un avantage.

5.1.8 La plupart des services intragroupes sont facilement identifiables. Par exemple, lorsqu'un membre du groupe embauche et gère la paie pour le compte d'un autre membre du groupe, manifestement, un service spécifique a été fourni. Dans certaines situations, un service peut être associé à la fourniture de biens. Par exemple, une entreprise associée peut acquérir des biens, mais aussi des services lui permettant d'exploiter ces biens. Dans d'autres cas, les services intragroupes peuvent également être fournis conjointement avec des actifs incorporels ou d'autres actifs ou être intégrés à ces derniers.

5.2 Analyse des services intragroupes

5.2.1 Types de services intragroupes

5.2.1.1 Les entreprises associées membres d'une EMN peuvent s'échanger de nombreux types de services intragroupes. La CNUCED a noté dans son *Rapport sur l'investissement dans le monde, 2004 : La montée en puissance des services*, qu'il est difficile de formuler une définition claire des services. Il n'existe pas de définition communément acceptée⁵⁰. Une liste détaillée dans l'annexe 1 à la fin de ce chapitre (préparée par la Commission européenne) présente certains des types de services intragroupes qui sont courants dans les EMN. Cette liste se veut illustrative et n'est pas exhaustive. Les activités peuvent généralement être classées en services reconnus et non reconnus en matière de prix de transfert. Parmi les services reconnus en matière de prix de transfert, on distingue les services à faible valeur ajoutée du reste des services. Si des méthodes de prix de transfert simplifiées peuvent être appliquées aux services à faible valeur ajoutée (voir la section 5.5.2), par contre, tous les autres services peuvent exiger une analyse complète des prix de transfert.

5.2.1.2 La marge bénéficiaire qu'une entreprise associée peut réaliser dans des conditions de pleine concurrence varie selon le type de service intragroupe fourni. Les marges bénéficiaires associées aux services à faible valeur ajoutée, de nature administrative ou cléricale notamment, sont plus faibles. Les EMN ont besoin de ces services pour exploiter efficacement leurs activités internationales, mais ceux-ci ne créent pas de valeur significative. En revanche, les services associés à leurs activités principales, destinés à préserver

⁵⁰ CNUCED (2004). *Rapport sur l'investissement dans le monde : La montée en puissance des services*. New York: UN Publishing. Accessible à l'adresse : https://unctad.org/fr/system/files/official-document/wir2004overview_fr.pdf.

ou à améliorer leur rentabilité, leur viabilité ou leur position concurrentielle, peuvent créer une plus grande valeur et, à juste titre, être associés à des marges bénéficiaires plus élevées.

5.2.2 Le critère de l'avantage

5.2.2.1 Le critère de l'avantage permet de déterminer si un membre d'une EMN a obtenu un service reconnu aux fins de la fixation des prix de transfert de la part d'une entreprise associée. Le critère de l'avantage comporte deux exigences qui doivent toutes les deux être satisfaites. Premièrement, le service est censé fournir à son destinataire une valeur économique ou commerciale lui permettant d'améliorer ou de maintenir sa position commerciale. Deuxièmement, il doit être démontré qu'une entité indépendante aurait été disposée à payer pour le service ou à exécuter le service elle-même dans des circonstances identiques ou similaires à celles du destinataire. Une fois que ce critère a été satisfait, la question du prix de pleine concurrence du service peut être envisagée (voir la section 5.3).

5.2.2.2 Un examen des faits et des circonstances devra déterminer si le critère de l'avantage a été satisfait pour l'entreprise au profit de laquelle le service intragroupe a été rendu. Le niveau de détail requis par un tel examen factuel, ainsi que la quantité et la nature de la documentation exigée pour démontrer que le critère de l'avantage est satisfait, devrait dépendre de l'importance des frais de service.

5.2.2.3 Le principe qui sous-tend le critère de l'avantage, c'est que, pour être considéré un service reconnu en matière de prix de transfert, le service doit fournir ou être censé fournir au destinataire une valeur commerciale lui permettant d'améliorer sa position commerciale réelle ou attendue d'une manière identifiable. Par exemple, un programme de commercialisation peut être conçu par un membre d'une EMN au profit des entreprises associées du groupe agissant en tant que distributeurs de plein exercice, dans l'attente que chacune des entreprises désignées en tire des bénéfices sur son propre marché. Or, bien que la stratégie de commercialisation soit fructueuse dans la plupart des pays, elle peut ne pas apporter tous les résultats escomptés dans certaines juridictions. Toutefois, dans la mesure où une entreprise associée membre de l'EMN a réellement compté tirer parti de son adhésion à la stratégie, elle est réputée avoir obtenu un avantage conformément au critère de l'avantage, et ce, même elle compte parmi certaines des entreprises qui n'ont pas réalisé pleinement les résultats escomptés. Le critère de l'avantage n'est satisfait que si l'on s'attend à ce qu'un distributeur indépendant paie pour les services de commercialisation dans des circonstances semblables ou exerce lui-même les activités de commercialisation.

5.2.2.4 Le fait que le critère de l'avantage soit satisfait ou non ne dépend pas du niveau de risque lié à la concrétisation de l'avantage escompté. Certains services intragroupes, tels que la recherche et le développement, peuvent comporter un niveau de risque plus élevé que les services de comptabilité ou de tenue de livres, entre autres. Nonobstant le niveau de risque, les services de recherche et de développement intragroupes sont reconnus comme des services en matière de prix de transfert si l'on s'attend à ce qu'une partie indépendante soit disposée à rémunérer une autre partie indépendante pour exécuter ce service ou sinon, à ce qu'elle l'exécute l'activité elle-même. Si l'entreprise associée bénéficiaire attend un avantage économique potentiel de l'activité de recherche et de développement, le critère de l'avantage est satisfait et un service a effectivement été fourni, même si l'activité ne se traduit pas toujours par des avantages.

5.2.3 Activités de services orientées sur les besoins spécifiques d'une entreprise associée

5.2.3.1 Les entreprises associées peuvent demander que des services intragroupes spécifiques leur soient fournis. Les services fournis spécifiquement à un membre d'une EMN et conçus spécifiquement pour ses activités ou ses exigences satisfont généralement au critère de l'avantage. À titre d'exemple, une entreprise associée membre d'une EMN du domaine des télécommunications pourrait subir une atteinte à sa réputation et une perte potentielle d'occasions d'affaires si des problèmes de technologie de l'information (TI) empêchaient ses clients d'utiliser son système de télécommunications. Or, si un problème informatique survenait et qu'une assistance directe lui était fournie rapidement par un autre membre de l'EMN spécialisé en TI, le service fourni satisferait au critère de l'avantage, car l'entreprise associée aurait bénéficié d'un avantage économique lui évitant d'interrompre ses activités commerciales.

5.2.3.2 De même, lorsqu'une entreprise associée s'adresse à une partie liée spécialisée dans les stratégies et les pratiques de commercialisation pour obtenir des conseils en vue de concevoir une campagne de commercialisation ciblée, l'entreprise associée qui fournit ces conseils rend un service destiné à répondre aux besoins spécifiques du destinataire. Le critère de l'avantage est généralement satisfait dans ces circonstances parce que l'entreprise associée s'attend à tirer un bénéfice commercial du service et qu'une entreprise indépendante serait disposée à payer pour ces services ou entreprenne elle-même ces activités dans des circonstances identiques ou semblables.

5.2.4 Services centralisés

5.2.4.1 Une EMN centralisera souvent certaines fonctions commerciales au sein d'une entreprise associée prestataire de services au profit du reste

du groupe ou d'un sous-groupe d'entreprises associées, par exemple d'un sous-groupe régional. Une grande variété de services, tant à faible qu'à forte valeur ajoutée, peuvent être centralisés de cette manière. Chaque entreprise associée qui bénéficie des services fournis par un prestataire central devrait se voir facturer un prix de pleine concurrence pour les services qu'elle obtient, le mode de calcul du prix de pleine concurrence pouvant varier en fonction des faits. L'avantage économique est évident lorsqu'une entreprise associée aurait, en d'autres circonstances, à exercer l'activité elle-même ou fait appel à un prestataire de services externe.

5.2.4.2 Les EMN fournissent des services intragroupes sur une base centralisée pour diverses raisons. Les services peuvent être fournis par une entreprise associée au reste de son groupe pour réduire les coûts en tirant parti des économies d'échelle. Il sera alors possible pour l'EMN d'augmenter ses bénéfices ou d'améliorer sa position concurrentielle grâce aux baisses de prix qu'elle pourra consentir à ses clients. La centralisation des services permet une spécialisation qui peut également mener à la création de centres d'excellence. Certaines EMN mandateront parfois une société de gestion régionale pour fournir des services centralisés aux entreprises associées d'une région particulière afin d'harmoniser les responsabilités fonctionnelles et managériales. Dans d'autres cas, une entreprise associée qui ne dispose pas localement des compétences et des ressources dont elle a besoin pour assurer ses services peut s'adresser à des spécialistes desservant un large regroupement géographique ou fonctionnel d'entités. Un autre avantage que peut offrir la centralisation des services aux EMN a trait à la certitude que de tels services seront disponibles au moment voulu et que leur qualité sera constante à la grandeur de l'entreprise.

5.2.4.3 Exemple 1 : Transport aérien⁵¹

Une EMN, dont la société mère est située dans le pays A, exerce des activités de transport aérien commercial dans cinq pays (pays A, B, C, D et E). Les clients dans ces pays ont la possibilité de joindre le personnel par téléphone pour effectuer des réservations de voyages et obtenir des conseils au besoin. L'EMN décide de créer un seul centre d'appels pour le groupe afin de tirer parti des économies d'échelle. Le faible coût des télécommunications et le potentiel d'échange de renseignements commerciaux à l'intérieur du groupe permettent de mettre sur pied ce centre d'appels central dans n'importe quel pays d'exploitation de l'EMN. Le centre d'appels peut fonctionner 24 heures sur 24 et fournir des services sur tous

⁵¹ Les exemples contenus dans ce chapitre illustrent le principe étudié.

les fuseaux horaires de l'EMN. L'EMN conclut que la centralisation des fonctions de centre d'appels au sein de sa filiale du pays E permettra au groupe de bénéficier à la fois d'économies d'échelle et de faibles coûts. Les services de centre d'appels fournis à la société mère et aux autres membres du groupe par la filiale dans le pays E satisfont au critère de l'avantage. Sans le centre d'appels, les membres du groupe devraient soit mettre en place leur propre centre d'appels, soit s'adresser à une partie indépendante pour fournir ces services pour leur compte.

5.2.4.4 Dans l'exemple précédent de centre d'appels centralisé, une installation unique exploitée pour le compte de tous les pays d'exploitation de l'EMN remplace les installations locales utilisées dans chaque pays pour les activités de réservation par téléphone. Une part relativement petite et distincte des activités exercées dans chaque pays fait donc place à une activité centralisée, toujours distincte des autres activités de l'EMN. Ce changement n'altère pas les caractéristiques fondamentales de la conduite des affaires, notamment la manière dont l'EMN passe des contrats avec les clients ou les stratégies de commercialisation employées pour créer une demande. Il arrive cependant, occasionnellement, que la centralisation des activités altère les caractéristiques fondamentales des entreprises associées qui bénéficient des services, et cette centralisation peut alors être difficile à analyser à des fins de prix de transfert. Selon les circonstances, telle est la situation qui prévaut lorsque des activités de vente ou de commercialisation sont centralisées. Cette section fournit des orientations sur certains des facteurs à envisager dans l'analyse des activités centralisées de vente ou de commercialisation pour pouvoir délimiter et évaluer avec précision les modalités réellement mises en œuvre dans le contexte des activités de l'EMN. Cet objectif est commun à toutes les analyses de prix de transfert, mais les sociétés de commercialisation étrangères fournissent souvent, selon le paragraphe 13.2.2.16, un indice qui permet de supposer qu'une enquête approfondie est de rigueur. En outre, l'attribution de fonctions de vente et de commercialisation et des risques afférents à une entité centralisée devrait être soigneusement analysée, en particulier si les modalités ne sont pas courantes entre les entreprises indépendantes du secteur ou si le potentiel de transfert des bénéfices est significatif en raison du régime fiscal auquel l'entité centralisée est assujettie.

5.2.4.5 Les objectifs commerciaux particuliers à la centralisation des activités de vente et de commercialisation englobent les objectifs généraux soulignés dans le paragraphe 5.2.4.2 ci-dessus. Toutefois, ces centralisations peuvent aussi, plus spécifiquement, avoir pour objet de réduire les coûts (elles éliminent le dédoublement des coûts sur les petits marchés en coordonnant et

en regroupant les activités), de coordonner les activités de commercialisation tout en développant et en exploitant les actifs incorporels de commercialisation de manière uniforme, de normaliser les processus, les prix et autres conditions, de satisfaire les clients régionaux ou mondiaux susceptibles d'avoir centralisé leurs activités de manière similaire et de gérer plus efficacement les niveaux des stocks et l'entreposage. Dans certains cas, une société de vente centralisée peut exercer une série d'activités : elle peut être chargée de traiter les commandes de la société locale sur place; d'établir les stratégies de vente et de commercialisation; de développer et d'exploiter ses propres actifs incorporels de commercialisation; d'assumer les risques liés aux stocks et aux prix; et de diriger les activités de la société locale sur place. Dans d'autres cas, l'activité centralisée de vente et de commercialisation assure l'exercice d'une fonction de soutien aux entreprises locales sur place qui demeurent chargées d'une série d'activités.

5.2.4.6 Pour analyser les accords de prestation centralisée des services de vente et de commercialisation, il faut, dans un premier temps, replacer ces accords dans le contexte des activités de l'EMN et comprendre la nature des transactions réalisées. Un autre important aspect de la démarche analytique consiste à établir une claire distinction entre une fonction centralisée de vente et une fonction centralisée de commercialisation. Les fonctions centralisées de vente peuvent englober tous les processus allant du traitement des commandes jusqu'aux paiements effectifs, en passant par l'administration centralisée de la facturation et des paiements, et même, par la logistique liée à l'acheminement des produits aux clients, y compris l'entreposage et le transport. Les fonctions centralisées de commercialisation peuvent comprendre l'identification des opportunités de marché, la différenciation de l'offre sur le marché et la création des profils de préférences des consommateurs, y compris leur mise à jour. Tant les fonctions de vente que les fonctions de commercialisation peuvent être centralisées, et l'analyse des prix de transfert exigera de clarifier la nature des fonctions pertinentes, l'ampleur de la centralisation des fonctions en pratique, les risques et leur attribution aux parties aux accords et la contribution des fonctions aux moyens utilisés par l'EMN pour générer la valeur.

5.2.4.7 Certaines entreprises susceptibles de recruter une clientèle attirée par des produits de substitution peuvent se distinguer par l'attention qu'elles accordent à la commercialisation en tant que facteur différenciateur et contributif au rendement. Le secteur des biens de consommation de marque en fournit un exemple. Ce secteur peut nécessiter de vastes activités locales sur place lorsque l'entreprise doit connaître les spécificités de ce marché et mettre en œuvre des campagnes de commercialisation sur mesure pour se distancer de ses concurrents; il peut y avoir des différences entre les produits similaires

à travers le monde en raison des préférences des consommateurs sur ces différents marchés; et il peut y avoir des différences entre les canaux de distribution en raison des préférences des consommateurs ou de la maturité du marché. En pratique, l'entreprise locale sur place peut apporter des contributions sous la forme de ses connaissances du marché et des façons de cibler les ventes et de concevoir des campagnes de commercialisation, peut proposer des canaux de distribution, des prix de vente, des niveaux de stocks et des lignes de produits, et peut être le seul point de contact avec les clients. Dans ce cas, la fonction centralisée de vente peut apporter un soutien aux sociétés sur place en normalisant les processus et en réduisant les coûts des fonctions administratives et financières grâce à la centralisation de ces fonctions.

5.2.4.8 Ailleurs, notamment dans le secteur des produits de base (ou des marchandises de transformation), les produits peuvent être identiques ou presque identiques sur tous les marchés, les clients peuvent être extrêmement spécialisés et centralisés, les modalités des contrats peuvent être particularisées, les niveaux de stock peuvent être fixés globalement, les prix et autres conditions peuvent être négociés ou déterminés centralement et, si l'entreprise conclut des contrats à long terme avec un nombre relativement faible de clients, la mise au point des stratégies de vente et de commercialisation peut être semblable à travers le monde et de portée limitée. L'entreposage et la livraison peuvent être un des aspects clés du processus de vente (en particulier pour les biens qui nécessitent des installations ou des processus spécialisés tels que la maturation). En pareil cas, tandis que les activités de vente sont centralisées au sein d'une société, la contribution apportée localement est susceptible de différer de celle qui est illustrée dans l'exemple des biens de marque, car elle peut se limiter au développement et à la gestion des relations avec un petit nombre de clients.

5.2.4.9 Un enjeu particulier aux activités centralisées de vente et de commercialisation en matière d'éléments probants concerne les responsabilités relatives de prise de décision de la société locale sur place, des autres entreprises associées – notamment de la société de fabrication – et de la société prestataire des services centralisés. Un aspect de cet enjeu a trait à la détermination de la partie qui contrôle les risques importants associés aux activités de vente en se chargeant des prises de décision pertinentes: la société locale sur place, les autres entreprises associées – notamment de la société de fabrication – ou la société prestataire des services centralisés (voir les paragraphes 3.4.4.33 à 3.4.4.35). Un autre aspect de cet enjeu a trait à la détermination de la partie qui exerce les fonctions importantes liées au développement ou à l'acquisition, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation des actifs de commercialisation incorporels (voir la section 6.3.4). Lorsque la société de

vente non résidente du groupe se charge des ventes sur le marché local, il peut alors s'avérer judicieux d'examiner si cette activité de vente crée un établissement stable présumé aux termes de l'article 5 du Modèle de convention des Nations Unies concernant les doubles impositions.

5.2.4.10 Les principes énoncés dans les orientations sur les activités centralisées d'approvisionnement, qui se trouvent à la fin du présent chapitre (section 5.6 et les suivantes), peuvent également être instructifs pour l'analyse des activités centralisées de vente et de commercialisation. Ces orientations peuvent être particulièrement utiles pour analyser les situations où la société locale sur place vend à une société intermédiaire membre du groupe.

5.2.5 Services rendus « sur demande »

5.2.5.1 Les services intragroupes sur demande font référence aux situations où une entreprise associée accepte de fournir un type particulier de service rapidement ou dans un court laps de temps. Pour ce faire, cette dernière doit maintenir en place le personnel requis sur demande, même si l'EMN n'exploite pas pleinement tout ce personnel en tout temps. Les services sur demande peuvent également être appelés « marchés à commande » et « contrats stand-by ». Pour le destinataire, l'avantage économique escompté de ces services axés sur les besoins immédiats peut constituer un avantage commercial suffisant pour satisfaire au critère de l'avantage, même si les besoins d'urgence ne se présentent jamais et que les services ne sont jamais réellement ou que très peu fournis. On s'attendrait donc à ce qu'une entreprise associée pouvant potentiellement bénéficier de ces services sur demande paie le prestataire de services pour le maintien en place du personnel requis, même pendant les périodes où le destinataire potentiel ne fait pas appel à l'entreprise associée prestataire des services. L'existence d'un avantage économique au titre des services sur demande devra être examinée au cas par cas pour s'assurer qu'une entreprise associée tire réellement un avantage de la disponibilité d'un prestataire de services sur demande et qu'une entreprise indépendante dans des circonstances identiques ou similaires serait disposée à payer pour la prestation d'un tel service.

5.2.6 Activités non reconnues en matière de prix de transfert

5.2.6.1 Certaines activités de services intragroupes ne satisfont pas au critère de l'avantage pour une ou un certain nombre d'entreprises associées et ne justifient donc pas de facturation. Il est important de souligner que pour déterminer si un service intragroupe a été rendu à une entreprise associée particulière, il faut analyser les faits et les circonstances de chaque cas. La section suivante traite de quatre situations où le critère de l'avantage ne serait pas satisfait.

Activités exercées en qualité d'actionnaire

5.2.6.2 Les activités d'actionnariat fournissent un avantage économique uniquement à la société actionnaire en sa qualité d'actionnaire (société mère ultime ou tout autre actionnaire telle qu'une société de portefeuille intermédiaire, selon les circonstances). Par conséquent, le coût des activités d'actionnariat devrait être assumé exclusivement par l'actionnaire. Les activités d'actionnariat exercées par une entreprise associée pour le compte de sa société mère devraient être facturées à la société mère conformément au principe de pleine concurrence.

5.2.6.3 Les activités d'actionnariat peuvent comprendre celles que voici :

- La préparation et le dépôt des rapports nécessaires pour satisfaire aux exigences relatives à la structure juridique de la société mère;
- La nomination et la rémunération des administrateurs de la société mère;
- La participation aux réunions du conseil d'administration et aux assemblées des actionnaires de la société mère;
- La préparation et le dépôt des rapports financiers consolidés, des rapports à des fins d'examen réglementaire et des déclarations fiscales de la société mère;
- Les campagnes de financement menées par la société mère pour acquérir du capital-actions dans ses filiales;
- Les activités de la société mère liées à la surveillance de ses investissements en capital dans ses filiales.

5.2.6.4 Le droit des sociétés exige généralement qu'une société soit administrée par un conseil d'administration. Ce conseil est tenu de prendre les principales décisions de la société en matière d'affaires, d'investissement et de politiques. Les administrateurs de la société ont pour rôle d'agir de bonne foi dans l'intérêt supérieur de la société. En général, le droit des sociétés d'une juridiction prescrit les obligations juridiques du conseil d'administration. Les coûts du conseil d'administration d'une société mère peuvent constituer une dépense d'actionnariat et, dans ce cas, ils ne peuvent pas être imputés aux entreprises associées. D'ailleurs, dans cette situation, le seul membre de l'EMN qui satisfera alors au critère de l'avantage sera la société mère. Les coûts du conseil d'administration qui ne doivent pas être facturés comprendront les tantièmes (jetons de présence des administrateurs) et le coût associé à la tenue des réunions. Si la société mère d'une EMN supervise les investissements du

groupe par l'intermédiaire d'un conseil de surveillance, les coûts associés à ce conseil peuvent constituer une dépense d'actionnariat impossible à imputer à une entreprise associée.

5.2.6.5 Les administrateurs d'une société peuvent également exercer d'autres activités en lien avec les participations au capital de la société mère, ce qui entraîne des coûts qui doivent aussi être traités en tant que dépenses d'actionnariat. Toutefois, les administrateurs peuvent également offrir des services qui ont pour objet de procurer des avantages significatifs et identifiables aux membres d'une EMN autres que la société mère. Le facteur qui sera déterminant dans cette situation, c'est si un service a bien été rendu aux entreprises associées. Lorsqu'il est établi qu'un service a été rendu, il faut ensuite déterminer quels membres du groupe satisfont au critère de l'avantage obtenu de ce service.

5.2.6.6 Le coût d'accès au financement assumé par la société mère d'une EMN pour l'acquisition d'une société fournit un autre exemple de dépense d'actionnariat; ces coûts ne procurent pas d'avantage immédiat à l'entité acquise en tant que tel. En revanche, lorsqu'une société mère obtient d'un prêteur indépendant, pour le compte d'une entreprise associée tenant lieu de siège régional, des fonds destinés à l'acquisition d'une nouvelle société, cette activité peut constituer un service financier pouvant être facturé à la société qui tient lieu de siège régional. Ce service financier satisferait au critère de l'avantage si une partie indépendante était disposée à payer pour un tel service dans des circonstances comparables. Dans cette situation, il serait approprié pour la société mère de facturer des honoraires à l'entreprise associée pour le compte de laquelle elle obtient les fonds, puisqu'elle lui a fourni des services en tant qu'agent.

5.2.6.7 Exemple 2 : Société cotée en bourse

Controller Co., la société mère d'une EMN, est une résidente du pays A. Controller Co. est cotée en bourse dans le pays A et est tenue par la bourse et les autorités de réglementation des valeurs mobilières de faire rapport périodiquement sur sa situation financière. Ses obligations de déclaration comprennent ses comptes de résultat consolidés et son bilan à titre d'EMN, établis conformément aux Normes internationales d'information financière. Subsidiary Co., une résidente du pays B, est la filiale. Subsidiary Co. s'occupe de sa propre fonction comptable pour appuyer ses activités et est tenue, en vertu du droit interne du pays B, de dresser ses comptes conformément aux Normes internationales d'information financière et de déposer chaque année ses états financiers réglementaires. Le directeur financier de Subsidiary Co. fournit certains rapports et états

financiers à Controller Co., afin qu'ils soient intégrés dans les états financiers consolidés de l'EMN. L'intégration de ces informations dans les états financiers consolidés de Controller Co. est une activité que Controller Co. exerce elle-même en tant qu'actionnaire de Subsidiary Co. Par conséquent, Controller Co. ne peut pas facturer d'honoraires à Subsidiary Co. pour l'examen et l'intégration, à des fins de déclaration, des états financiers de cette filiale dans les états financiers consolidés de l'EMN, puisque cette activité ne procure aucun avantage à Subsidiary Co. Ces activités sont exclusivement dérivées des obligations imposées à Controller Co. en tant que société cotée en bourse. Si Subsidiary Co. prépare les états financiers requis pour les états financiers consolidés de l'EMN en engageant des coûts qui dépassent les sommes habituellement nécessaires pour répondre aux obligations de déclaration en matière de données financières du pays B, Controller Co. devrait rémunérer Subsidiary Co. sur une base de pleine concurrence pour ses activités supplémentaires.

Dédoublement d'activités

5.2.6.8 Un dédoublement se produit lorsqu'un service est fourni à une entreprise associée qui a déjà engagé des coûts pour la même activité, exercée soit par elle-même, soit pour son compte par une entité indépendante. Les activités exercées en double sont généralement des services non reconnus aux fins de la fixation des prix de transfert. La question de savoir s'il y a bien dédoublement sera examinée au cas par cas. Dans certaines circonstances, le dédoublement pourrait procurer un avantage à une entreprise associée si une partie indépendante était disposée à payer pour les services dédoublés dans des circonstances similaires. Par exemple, cette situation peut se présenter lorsqu'une entreprise associée reçoit un avis comptable interne sur une question, mais choisit de demander une contre-expertise pour minimiser le risque d'être pénalisée pour non-respect des normes comptables.

5.2.6.9 Il arrive également qu'une EMN offre différents services désignés par la même appellation ou encore, que les mêmes services soient fournis à différents paliers, ce qui n'entraîne donc pas de doubles emplois. Ces services peuvent être offerts à l'échelle du groupe, de la région ou de la localité. Par exemple, il peut arriver que les fonctions de commercialisation stratégiques soient exercées à l'échelle du groupe, car elles profitent à l'ensemble du groupe, tandis qu'à l'échelle locale, une filiale se charge de l'analyse des conditions du marché local à des fins de commercialisation. Dans cette situation, il n'y a pas de chevauchement des services de commercialisation, car ces services sont de différents types.

5.2.6.10 Exemple 3 : Services de technologies de l'information

La société X, une résidente du pays A, est membre d'une EMN. La société X utilise le système intégré de technologies de l'information (TI) du groupe, qui requiert les services de soutien en TI fournis par un prestataire de services du même groupe, la société T. Supposons que ces services satisfont au critère de l'avantage pour la société X. Les frais de pleine concurrence que la société X peut se faire facturer pour ces services sont de 60. Par conséquent, les comptes de la société X affichent des frais de 60 au titre des « Services TI » à payer à la société T. Parallèlement, la société X s'approvisionne en services TI auprès d'un prestataire tiers du pays X afin d'adapter son système informatique aux exigences locales. Il s'ensuit que les comptes de la société X affichent des frais supplémentaires de 40 à payer également au titre des « Services TI ».

Dans cet exemple, bien qu'ils soient désignés de la même manière dans les comptes de la société X, les deux montants de frais ont trait en fait à des services distincts qui seraient admissibles. Il en est ainsi parce que le montant des frais intragroupe porte sur un service qui satisfait au critère de l'avantage et est facturé à un prix de pleine concurrence, tandis que le service supplémentaire est fourni par une entreprise sans lien de dépendance avec le destinataire du service.

Si les services TI relatifs à l'adaptation (localisation) des systèmes de la société X étaient plutôt fournis par une entreprise associée, en supposant que les deux types de services satisfont au critère de l'avantage et que le montant des frais facturés est de pleine concurrence, le même résultat s'appliquerait.

5.2.6.11 Lorsqu'une activité est en cours de centralisation dans une EMN, des doubles emplois acceptables peuvent survenir pendant la phase de transition. Une EMN pourrait, par exemple, décider de centraliser les services de ressources humaines du groupe, ce qui nécessiterait la fermeture du service de chaque entreprise associée une fois que toutes les données requises auraient été intégrées dans la base centralisée des ressources humaines. Ce processus serait susceptible d'entraîner une période de chevauchement et de doubles emplois acceptables pendant la phase de transition. Dans une situation analogue, une entité indépendante qui procéderait à l'externalisation de ses services de ressources humaines à un prestataire indépendant de services connaîtrait une période de doubles emplois. Néanmoins, il conviendra de faire preuve d'une grande prudence lorsqu'on déterminera si le chevauchement est acceptable.

5.2.6.12 Exemple 4 : Filiale agro-industrielle d'une EMN

Subsidiary Co., une résidente du pays A, est membre d'une EMN. L'activité du groupe consiste à cultiver des denrées et à les distribuer sur les marchés locaux. La société mère, Parent Co., est située dans le pays B. Parent Co. exerce les fonctions de trésorerie du groupe. D'ailleurs, ses fonctions de trésorerie lui permettent de veiller au financement adéquat du groupe et de surveiller les niveaux d'endettement et de fonds propres dans ses livres comptables et ceux de ses filiales. Subsidiary Co. exerce ses propres fonctions de trésorerie et gère ses finances de manière indépendante. En gérant ses opérations de trésorerie, elle s'assure de disposer de fonds autant en interne qu'en externe. L'analyse fonctionnelle indique que Subsidiary Co. exerce ses propres fonctions de trésorerie afin de veiller à disposer de capitaux d'emprunt suffisants pour financer ses activités. Dans cette situation, il y a double emploi puisque Subsidiary Co. exerce les fonctions de trésorerie nécessaires à ses activités et que Parent Co. exerce les mêmes fonctions de trésorerie pour Subsidiary Co. Par conséquent, les activités de trésorerie de Parent Co. sont des activités qui font double emploi et ne répondent pas au critère de l'avantage. Conformément au principe de pleine concurrence, Parent Co. ne peut pas facturer d'honoraires à Subsidiary Co. pour les fonctions qu'elle exerce au profit de cette dernière.

5.2.6.13 Exemple 5 : Services de trésorerie

Parent Co., dans le pays A, est la société mère d'une EMN. Parent Co. exerce des fonctions de trésorerie pour elle-même et ses filiales. Ses fonctions de trésorerie consistent à lever des capitaux, mobiliser des financements et gérer la trésorerie. Subsidiary Company, dans le pays B, est une entreprise associée qui n'exerce aucune fonction de trésorerie elle-même. Dans cette situation, il n'y a pas de double emploi, car Subsidiary Company n'exerce pas de fonctions de trésorerie. Subsidiary Company est donc réputée tirer un avantage des fonctions exercées par sa société mère, Parent Co.

5.2.6.14 Exemple 6 : Services liés aux droits de propriété intellectuelle

Controller Co., dans le pays A, est la société mère d'une EMN. Controller Co. dispose de conseillers juridiques en interne spécialisés dans le domaine de la propriété intellectuelle. Cette expertise englobe l'enregistrement des brevets et la protection des droits de propriété intellectuelle. Property Co., une entreprise associée dans le pays B, est la propriétaire juridique et économique de brevets qu'elle a élaborés elle-même pour son propre bénéfice. Un différend oppose Property Co. à l'un de ses clients concernant l'utilisation abusive de sa propriété intellectuelle. Property Co. tente d'aborder le différend avec le client, mais ce dernier nie qu'il y ait violation du contrat de licence et refuse de négocier. Comme Property Co. n'a pas de conseiller juridique à son service, elle se tourne vers un cabinet d'avocats indépendant du pays B pour obtenir des conseils, à savoir si elle a droit à des dommages-intérêts de la part du client pour la violation présumée du contrat.

Selon l'avis juridique, le client est en violation du contrat de licence, de sorte que Property Co. devrait intenter une action en justice pour obtenir des dommages-intérêts substantiels de sa part. Comme les litiges sont coûteux, Property Co. demande à sa société mère une contre-expertise pour déterminer si elle devrait réellement intenter une action en justice contre le client. Les pays A et B ont des systèmes juridiques similaires en matière de propriété intellectuelle. La société mère fait à son tour appel à son conseiller juridique en interne pour savoir si et à quelle hauteur Property Co. pourrait être indemnisé pour la violation du contrat. Dans cette situation, le conseil juridique fourni par la société mère à Property Co. constitue un avantage économique, car il lui permet de bénéficier d'un second avis. Il n'y a pas de double emploi dans cette situation, car le recours à une contre-expertise juridique est une mesure justifiée pour gérer le différend avec le client. D'ailleurs, les différends juridiques entre des entreprises indépendantes donnent régulièrement lieu à des contre-expertises.

Association passive

5.2.6.15 Certains avantages pour les membres d'une EMN peuvent découler du seul fait de leur appartenance à l'EMN à titre d'entités associées. Ces avantages sont attribuables à l'association passive de ces entités avec l'EMN et ne constituent pas pour ces dernières un service reconnu en matière de prix de transfert. Ils peuvent apparaître, par exemple, lorsque des entreprises indépendantes traitant avec une entreprise membre d'une EMN sont disposées à

lui fournir des biens ou des services à des prix inférieurs à ceux facturés aux acheteurs indépendants. Ces remises peuvent être accordées parce que le prestataire indépendant espère pouvoir générer des ventes futures auprès d'autres membres du groupe s'il offre des prix avantageux et un service de qualité. En outre, toute entreprise associée peut être considérée par un prestataire indépendant comme un client à faible risque de défaillance en matière de crédit commercial. Il convient de souligner que dans cette situation, l'entreprise indépendante base sa décision sur une hypothèse concernant le risque de crédit, car elle ne peut pas intenter une action en justice contre la société mère en cas de défaillance de sa filiale. En effet, la société mère n'a fourni au prestataire indépendant aucune garantie formelle ni ne s'est engagée formellement à rembourser toute somme d'argent due par sa filiale.

5.2.6.16 Cela étant, l'appartenance d'une entreprise associée à une EMN ne donne pas lieu à un service pouvant être facturé par la société mère ou par tout autre membre de l'EMN. Le caractère accessoire de ce type d'avantage tient essentiellement à sa forme passive et à l'absence d'une action délibérée de la part de tout autre membre de l'EMN. En revanche, lorsqu'un membre d'une EMN garantit explicitement et formellement la créance commerciale d'une entreprise associée, cette garantie formelle peut constituer un service reconnu aux fins de la fixation des prix de transfert si une entité indépendante était disposée à payer pour une garantie formelle dans des circonstances similaires. (Des orientations sur les garanties financières intragroupes figurent au chapitre 9.) Un autre exemple de service reconnu en matière de prix de transfert : lorsqu'une entreprise associée a la possibilité d'obtenir des remises supplémentaires de la part d'un prestataire indépendant dans la mesure où les autres membres de l'EMN s'engagent à effectuer des achats supplémentaires auprès de ce prestataire.

5.2.6.17 Une entreprise associée pourrait tirer parti de son association passive avec une EMN dans la mesure où elle améliorerait, par exemple, sa cote de crédit. Cela se produit dans certaines circonstances, lorsqu'en raison de son appartenance à une EMN, une entreprise associée voit sa cote de crédit s'améliorer auprès d'un prêteur. En d'autres termes, si cette entreprise associée était évaluée sur une base purement autonome (c'est-à-dire comme si elle n'était associée à aucune entreprise), elle serait censée obtenir une cote de crédit plus faible de la part de ce prêteur. L'entreprise associée tire donc un avantage accessoire de son association passive avec l'EMN et, dans cette situation, il n'y a pas de service reconnu en matière de prix de transfert. Cet avantage accessoire ne peut pas être assujéti à des frais de service facturables par les autres membres du groupe. D'ailleurs, lorsqu'une société mère offre à un prêteur une garantie formelle pour un prêt accordé à une entreprise associée, c'est qu'elle tente activement d'obtenir un avantage, en l'occurrence un coût réduit de financement

pour l'entreprise associée, et la garantie peut, en conséquence, être considérée comme un service facturable à des fins de prix de transfert et nécessiter le paiement de frais de garantie de pleine concurrence. Sur ce sujet, il faut se reporter à l'analyse approfondie du rapport entre les synergies de groupe et les avantages de l'association passive (section 2.5.5) et aux orientations sur les garanties financières intragroupes (chapitre 9).

Avantages accessoires

5.2.6.18 Il peut arriver, dans d'autres situations, qu'une entreprise associée fournisse un service intragroupe à une autre entreprise associée dans des circonstances où ce service bénéficie accessoirement à des membres de l'EMN autres que le principal destinataire. Les faits justifieront si les bénéficiaires accessoires doivent acquitter des frais de service pour les avantages qu'ils tirent indirectement du service rendu aux autres membres du groupe. La question de savoir si des frais de service devraient être acquittés par les bénéficiaires accessoires du service intragroupe dépend de la mesure dans laquelle une partie indépendante dans les mêmes circonstances serait disposée à payer pour ce service. Dans certains cas, les avantages accessoires obtenus par une entreprise associée peuvent être quelconques et ne pas satisfaire au critère de l'avantage, puisqu'une partie indépendante ne serait pas disposée à payer pour ce service.

5.2.6.19 Exemple 7 : Services de commercialisation et de distribution

Une entreprise associée qui agit en tant que société de distribution dans le pays A de l'EMN X, un fabricant de motocyclettes, subit des pertes. La division de commercialisation de la société mère est invitée à fournir de l'aide et des conseils sur la manière de rentabiliser les activités de l'entreprise associée dans le pays A. Après avoir étudié le marché de consommation du pays A et l'avoir comparé aux autres marchés de motos de l'EMN X, la division de commercialisation de la société mère élabore une campagne de commercialisation pour le pays A, dans le cadre de laquelle un casque hautement stylisé est offert gratuitement avec chaque moto vendue dans le pays A. Aucune loi n'impose le port du casque de moto dans le pays A.

La campagne de commercialisation est couronnée de succès, de sorte que les ventes dans le pays A augmentent au cours de l'année suivante. Les casques sont en fait très populaires en raison de leur forme et de leurs qualités esthétiques. L'année suivante, une étude indépendante montre que les motos de l'EMN X sont moins susceptibles d'être impliquées dans des accidents mortels. Les résultats de cette étude ont un effet positif sur les ventes de motos de l'EMN X dans le pays A. La société mère impute le coût de la campagne de commercialisation à l'entreprise associée de distribution dans le pays A.

Toutefois, à la suite de l'étude indépendante sur la sécurité des motos, les ventes de l'EMN X augmentent également dans les pays B, C et D. Dans ces pays également, aucune loi n'impose le port du casque de moto. La question qui se pose est celle de savoir si le coût de la campagne de commercialisation mise en œuvre par la division de commercialisation de la société mère devrait également être imputé aux entreprises associées dans les pays B, C et D. Or, l'augmentation des ventes dans les pays B, C et D semble être un avantage accessoire de la campagne de commercialisation élaborée spécifiquement pour le pays A, et l'imputation des coûts aux entreprises associées dans les pays B, C et D ne serait donc pas conforme au principe de pleine concurrence.

5.2.6.20 Exemple 8 : Services aux entreprises

Supposons que la société tenant lieu de siège régional d'une EMN en Asie-Pacifique demande à la direction de sa société mère de revoir la structure et les activités des entreprises associées dans cette région pour veiller à ce que le groupe régional maintienne sa rentabilité. L'examen de gestion mené sur les entreprises associées peut aboutir à la décision de mettre fin à certaines activités commerciales qui ne répondent pas aux attentes en matière de bénéfices et qui ne sont pas susceptibles d'afficher des progrès. La réduction de la rentabilité pourrait résulter des changements structurels du marché causés par des développements technologiques. Dans cette situation, l'examen de gestion satisfait au critère de l'avantage pour la société de portefeuille régionale, car dans les mêmes circonstances, une entreprise indépendante aurait été disposée à obtenir les conseils d'une entreprise de gestion indépendante. Or, la décision résultante quant au choix des secteurs d'activité à conserver et à éliminer peut procurer des avantages accessoires aux entreprises associées tenant lieu de sièges régionaux dans d'autres régions, notamment en Amérique du Sud. Si les entreprises associées dans toutes les régions sont similaires sur le plan de leurs secteurs d'activité, le critère de l'avantage a été satisfait et les entreprises associées tenant lieu de sièges régionaux dans les régions autres que celle de l'Asie-Pacifique peuvent se voir imposer des frais de service. En revanche, si les secteurs d'activité diffèrent, les avantages accessoires découlant de l'examen de gestion ne peuvent pas être facturés. Dans ce cas, le critère de l'avantage ne serait pas satisfait puisqu'une partie indépendante ne serait pas disposée à payer pour une évaluation de secteurs qui ne sont pas pertinents pour ses activités.

5.2.6.21 Il y a des cas où un service fourni par un membre d'une EMN bénéficie ou est censé bénéficier seulement à certains membres, bien qu'il apporte accessoirement des avantages à d'autres membres. L'analyse de la question de savoir s'il faut réorganiser un groupe, acquérir de nouveaux membres ou éliminer une division pourrait en fournir des exemples. Cette activité pourrait représenter un service intragroupe pour les membres concernés de l'EMN, par exemple ceux qui procéderont à l'acquisition ou à l'élimination d'une division, mais elle peut aussi procurer des avantages économiques à d'autres membres de l'EMN qui ne sont pas directement concernés par la décision, dans la mesure où cette activité renforce l'efficacité, les économies d'échelle ou d'autres synergies. En général, ces autres membres de l'EMN ne seraient pas réputés bénéficier d'un service intragroupe du fait de ces avantages accessoires dans la mesure où l'activité qui procure ces avantages n'est pas celle pour laquelle une entreprise indépendante serait normalement disposée à payer.

5.3 Détermination de la rémunération de pleine concurrence

5.3.1 Analyse fonctionnelle

5.3.1.1 Lorsque des services intragroupes reconnus en matière de prix de transfert ont été rendus, l'étape suivante consiste à déterminer le montant de pleine concurrence à facturer à des fins de prix de transfert. Conformément au principe de pleine concurrence, ce montant devrait concorder avec ceux que des entités indépendantes auraient payés ou perçus dans des circonstances identiques ou similaires. Le prix de pleine concurrence d'un service devrait être considéré tant du point de vue du prestataire que du bénéficiaire du service. À cet égard, les facteurs à prendre en compte sont notamment la valeur du service pour le bénéficiaire et la rémunération qu'une entreprise indépendante comparable aurait été disposée à verser en contrepartie de ce service dans des circonstances comparables (compte tenu de l'ampleur de l'avantage qu'elle s'attend à recevoir du service), ainsi que les coûts engagés par le prestataire pour fournir le service.

5.3.1.2 Comme on peut le constater à l'examen des types de services répertoriés dans l'aperçu figurant à l'annexe 1 à la fin du présent chapitre, les prestations de services entre entreprises associées varient considérablement tant en nature qu'en valeur. Certains services peuvent être de nature courante ou administrative et peuvent être rémunérés de manière appropriée à des prix approximant leur coût, augmenté d'une modeste marge. D'autres services peuvent être uniques, exiger des compétences importantes, mettre à contribution certains actifs incorporels de valeur dont dispose le prestataire de service et contribuer considérablement à la rentabilité de l'EMN. Dans des conditions de pleine concurrence, ces services sont susceptibles d'être facturés à des prix

général d'importants bénéfices pour le prestataire de services. Par conséquent, pour déterminer les prix de pleine concurrence, aucune approche unique ne peut être utilisée en toutes circonstances. Plus précisément, la méthode du coût majoré (*Cost Plus Method* ou *CPM*) ne fournira pas toujours la meilleure estimation de la valeur de pleine concurrence des services fournis.

5.3.1.3 Pour déterminer le prix de pleine concurrence des services intragroupes, il faudrait procéder à une analyse fonctionnelle. L'analyse fonctionnelle permettra d'examiner les fonctions exercées, les actifs utilisés ou fournis et les risques assumés par le prestataire de services, ainsi que toute utilisation du service et toute contribution apportée par le bénéficiaire dans la conduite de ses propres affaires. L'analyse fonctionnelle fournira des éléments de preuve quant à l'avantage économique attendu ou obtenu par le bénéficiaire et concourra également à établir la fiabilité des comparables disponibles. Lorsqu'une activité de service est exercée de façon isolée au profit du groupe, l'analyse fonctionnelle du prestataire de services peut être relativement simple à réaliser. Lorsque les services sont en rapport avec la fourniture de savoir-faire ou d'autres actifs incorporels, l'analyse peut être plus complexe. Les actifs incorporels font l'objet du chapitre 6.

5.3.1.4 Les services de commercialisation fournis par une entreprise associée à son EMN sont un exemple de services reconnus en matière de prix de transfert. L'analyse fonctionnelle de ces services pourrait comprendre l'examen des activités exercées par le personnel de l'entreprise associée pour élaborer et mettre en œuvre les services de commercialisation. L'examen pourrait également porter sur les compétences et l'expertise du personnel du prestataire de services et le temps nécessaire à l'élaboration de la stratégie de commercialisation. Les actifs utilisés ou fournis peuvent inclure les locaux de l'entreprise ainsi qu'un bureau et du matériel informatique. Les éléments incorporels mis à contribution peuvent englober le savoir des entreprises indépendantes du domaine des services de publicité, des listes de clients et l'expertise développée dans le cadre d'autres campagnes de commercialisation. Une stratégie de commercialisation peut être associée à un élément de risque, car on ne peut prévoir que les résultats attendus.

5.3.2 Approches de facturation

5.3.2.1 Deux approches générales peuvent être utilisées pour la facturation des services : la méthode de facturation directe et la méthode de facturation indirecte.

5.3.2.2 Selon la méthode de facturation directe, le destinataire et le prix des services spécifiquement fournis doivent être identifiés. En général, dans le cadre

de la facturation directe, n'importe laquelle des méthodes de prix de transfert présentées dans la section suivante peut convenir pour déterminer le prix de pleine concurrence. Par exemple, une filiale étrangère pourrait être directement facturée pour la visite sur place, à sa demande expresse, d'un employé de la société mère, un ingénieur en logiciel, afin de fournir certains services de conseil ou d'assistance pendant deux jours. En pareil cas, la société mère facturerait directement à la filiale étrangère les coûts spécifiques de ces services de consultation, augmentés ou non d'une marge (ce qui convient selon le cas).

5.3.2.3 Or, l'approche de facturation directe peut être difficile à appliquer, et son coût administratif peut être disproportionné par rapport aux services fournis, en particulier si ces services visent plusieurs membres d'un groupe. De nombreuses EMN ont mis au point des méthodes de facturation indirectes fondées sur une formule de répartition qui traduit l'avantage relatif attendu du service intragroupe par chaque entreprise associée. Une approche judicieuse en matière de facturation indirecte emploierait des clés de répartition reposant sur des facteurs objectifs, c'est-à-dire sur des mesures indirectes de l'avantage économique relatif obtenu des services centralisés par chaque entreprise associée. Les clés de répartition sont examinées dans la section 5.4.8. Les clés de répartition sont acceptables à condition d'être raisonnablement conformes au principe de pleine concurrence. Ce qui caractérise les méthodes indirectes, c'est que les répartitions reposent sur l'estimation des avantages relatifs que les entreprises associées attendent des services. La répartition peut être basée sur un seul critère ou sur plusieurs critères utilisés conjointement. Par exemple, si dans une EMN, les services de ressources humaines sont centralisés, la répartition peut dépendre du nombre d'employés de chaque entreprise associée. Pour les services de commercialisation, le chiffre d'affaires peut servir de clé de répartition appropriée.

5.3.2.4 Dans certains cas, il peut être difficile de mesurer l'avantage économique attendu de certains services centralisés à l'intérieur d'une EMN. Par exemple, il pourrait être difficile d'estimer l'avantage procuré par une campagne de promotion lors d'un grand événement sportif national télédiffusé mondialement. Après le versement du paiement par suite de l'octroi des droits publicitaires, l'EMN est tenue de répartir le coût de la promotion centralisée de manière prospective sur la base de l'avantage économique escompté par les membres de l'EMN. Or, vérifier la validité de ces types de droits pose souvent des difficultés pour les administrations fiscales des pays en développement. En outre, vérifier le caractère de pleine concurrence de la répartition constitue une autre difficulté pratique, car les services intragroupes sont principalement facturés au moyen d'une méthode indirecte appuyée sur diverses clés de répartition. Lorsque la société mère est située à l'étranger, les filiales locales n'ont souvent accès qu'aux informations touchant leurs propres activités et

ne peuvent donc pas fournir une vision d'ensemble de la structure entière des services intragroupes. Ce qu'il serait peut-être utile de connaître, c'est la méthode de détermination des prestations payés par les entreprises associées étrangères bénéficiant des services de manière analogue et les montants réels qui leur sont facturés individuellement.

5.3.2.5 En règle générale, la méthode de facturation directe est préférée à la méthode de facturation indirecte dans les cas où les services rendus par une entreprise associée à d'autres membres de l'EMN peuvent être spécifiquement identifiés et quantifiés. Mais bien souvent, les EMN n'auront pas d'autre choix que de répartir les coûts de manière indirecte. Dans de tels cas, les services intragroupes facturés sur la base d'une répartition seront acceptables si cette répartition reflète raisonnablement les avantages escomptés (voir la section 5.4.8).

5.3.3 Fourniture d'actifs et de services auxiliaires

5.3.3.1 Il peut s'avérer nécessaire de distinguer les transferts d'actifs – corporels ou incorporels – de la fourniture de services auxiliaires. Par exemple, les services peuvent comprendre la prestation d'une formation ou de conseils sur l'utilisation et le fonctionnement de machines et de certains équipements. Dans les cas où ils sont rattachés à des actifs incorporels, les services peuvent prendre la forme d'une aide ou d'une formation sur l'utilisation de technologies protégées par des brevets, des droits d'auteur ou des connaissances poussées. Lorsque les services intragroupes sont fournis indépendamment des actifs corporels ou incorporels, il peut être approprié de les facturer de façon distincte, conformément au principe de pleine concurrence. Déterminer si un service est lié à un transfert d'actifs corporels ou incorporels dépend des faits et des circonstances entourant la transaction.

5.3.3.2 Lorsqu'un paiement au titre d'actifs corporels ou incorporels comprend déjà le prix des services auxiliaires complémentaires, il peut être inapproprié de prévoir des rémunérations distinctes pour ces services, car ils risquent alors d'être doublement facturés. Le prix de transfert de ces transactions peut être appuyé sur des comparables qui intègrent des services auxiliaires similaires, par exemple des comparables internes. Les comparables externes sont parfois difficiles à repérer. Par ailleurs, si le prix de transfert d'un actif corporel ou incorporel transféré ne comprend pas la prestation de services, il serait approprié de facturer ces services séparément.

5.3.3.3 Exemple 9 : Crimson Co.

Une résidente du pays A, est la société mère d'une EMN qui exerce une activité d'extraction et de traitement des minéraux. L'entreprise associée, Violet Co., une résidente du pays B, exerce également ce type d'activité. Crimson Co. a mis au point un système de traitement des minéraux qui réduit le coût et le temps de traitement. Crimson Co. n'a pas cherché à obtenir de brevet pour le savoir-faire intégré dans son système de traitement, mais accepte d'accorder à Violet Co. une licence qui lui confère le droit d'utiliser son savoir-faire pour le traitement des minéraux. La redevance en contrepartie de la licence s'élève à trois pour cent des revenus de Violet Co. provenant de la vente de minéraux à des clients indépendants. Conformément à cet accord, Crimson Co. accepte de fournir des services auxiliaires au personnel de Violet Co. sur l'utilisation du savoir-faire. Crimson Co. avait procédé à une analyse fonctionnelle et identifié des sociétés comparables adéquates pour fixer la redevance à trois pour cent, et avait confirmé la conformité de cette redevance au principe de pleine concurrence. En plus d'avoir accordé une licence pour l'utilisation d'actifs incorporels similaires, les sociétés comparables fournissaient des services auxiliaires identiques ou similaires qui étaient facturés à même la redevance. Dans ces circonstances, Crimson Co. a été entièrement rémunérée pour la fourniture de son savoir-faire et de tout service auxiliaire au moyen de la redevance de trois pour cent. Il serait inapproprié pour l'autorité fiscale du pays A de prétendre que le paiement au titre de la redevance ne s'applique qu'à la licence accordée pour les biens incorporels, et que Crimson Co. devrait recevoir un paiement supplémentaire pour la fourniture de services auxiliaires. Les redevances au titre des services auxiliaires sont intégrées dans le prix de transfert de la licence d'utilisation du savoir-faire. Par conséquent, il serait inapproprié d'imposer à l'entreprise associée des honoraires supplémentaires au titre des services auxiliaires.

5.4 Calcul de la contrepartie de pleine concurrence

5.4.1 Introduction

5.4.1.1 Peu importe l'approche de facturation adoptée – directe ou indirecte –, les méthodes de prix de transfert décrites dans le chapitre 4 de ce Manuel peuvent être utilisées pour déterminer les prix de pleine concurrence des services intragroupes, à condition qu'elles soient fiables. Lorsque les autorités fiscales d'un prestataire de services ne s'entendent pas avec celles du bénéficiaire quant aux frais de service intragroupes, une double imposition peut s'ensuivre. Il faut consulter le chapitre 4 pour une discussion détaillée des méthodes de prix de transfert pouvant convenir aux services intragroupes: soit la méthode du prix comparable sur le marché libre (*Comparable Uncontrolled*

Price Method ou *CUP*), la méthode du coût majoré (*Cost Plus Method* ou *CPM*), la méthode transactionnelle de la marge nette (*Transactional Net Margin Method* ou *TNMM*) et, dans certaines circonstances, la méthode du partage des bénéfices (*Profit Split Method* ou *PSM*).

5.4.2 Méthode du prix comparable sur le marché libre (CUP)

5.4.2.1 La méthode CUP (voir la section 4.2.1) exige un degré élevé de comparabilité entre les transactions contrôlées et celles sur le marché libre. Lorsque le prestataire de services d'une EMN fournit aux entreprises associées les mêmes services qu'à des entités indépendantes dans des circonstances comparables, ces services indépendants peuvent être considérés comme des comparables internes, ce qui rend possible l'application de la méthode CUP. En outre, on attend du prestataire de services qu'il ait mis en place un système de facturation. De la même manière, lorsqu'une entité associée obtient les mêmes services ou des services similaires à la fois d'une entreprise associée et de prestataires de services indépendants, cette entité peut utiliser ces services indépendants à titre de comparables internes pour l'application de la méthode CUP. Lorsque le prestataire ne fournit des services centralisés qu'aux membres du groupe, des comparables externes sur le marché libre peuvent être accessibles dans certains cas. Ces comparables potentiels peuvent être utilisés à condition qu'ils soient adéquats. Toutefois, pour que la méthode CUP soit applicable, il faut procéder à une analyse des types de services fournis dans le cadre des transactions contrôlées et sur le marché libre.

5.4.2.2 La méthode CUP peut ne pas être applicable lorsque les services ne sont fournis qu'à l'intérieur d'une EMN et qu'aucune transaction comparable sur le marché libre n'est conclue entre des parties indépendantes. En menant l'analyse de comparabilité, il faudrait comparer la transaction contrôlée aux transactions sur le marché libre sur la base des facteurs de comparabilité abordés dans le chapitre 3. Comme la méthode CUP exige un degré élevé de comparabilité, il peut être nécessaire de fournir des détails sur les services fournis, les fonctions exercées, les actifs utilisés ou fournis et les risques assumés dans le cadre de la transaction contrôlée et des transactions sur le marché libre. La comparabilité peut en outre être altérée lorsque la prestation de services est associée à l'exploitation d'actifs incorporels. D'autres facteurs de comparabilité peuvent influencer sur les prix pratiqués dans le cadre des transactions sur le marché libre, tels que les rabais de volume et les modalités contractuelles, y compris celles qui peuvent prévoir des délais de paiement prolongés pour les services rendus et les garanties associées.

5.4.2.3 S'il existe des différences significatives entre la transaction contrôlée et les transactions de services sur le marché libre, des ajustements de comparabilité raisonnablement précis doivent être apportés. Lorsqu'il n'est pas possible d'apporter ces ajustements, la méthode CUP peut perdre en fiabilité au point

de ne plus être la plus appropriée. Il arrive que des parties indépendantes concluent des transactions de services comparables, mais il est peu habituel que les informations essentielles entourant ces transactions (les prix facturés, les fonctions exercées, les actifs utilisés ou fournis et les risques assumés par les parties) soient accessibles à des fins de comparaison. Ce type d'information est souvent confidentiel et peu susceptible d'être accessible publiquement.

5.4.2.4 Exemple 10 : Services de logistique et de transport

Les sociétés Grain Co. et Shipper Co. sont des entreprises associées. Grain Co., une résidente du pays A, produit du blé pour l'exportation. Shipper Co., une résidente du pays B, fournit des services de transport de céréales, en particulier à quatre entreprises indépendantes qui comptent pour environ 60 pour cent de ses activités. Les services de transport similaires que Shipper Co. fournit à Grain Co. comptent pour le reste de ses activités (40 pour cent). Dans cette situation, il est probable que Shipper Co. puisse utiliser la méthode CUP, car elle dispose de comparables internes pour fixer ses prix de transfert applicables à Grain Co. La fiabilité des comparables sera déterminée par l'analyse de comparabilité. Supposons que le type de service fourni, le volume de transactions, les modalités contractuelles et les conditions économiques présentent un niveau élevé de comparabilité. Dans ce cas, Shipper Co. sera en mesure d'utiliser les comparables internes pour fixer les prix de transfert applicables aux services de transport fournis à Grain Co.

5.4.2.5 Exemple 11 : Prestataire de services de transport qui fournit également des services à des tiers

Les faits sont identiques à ceux de l'exemple 10, sauf que Grain Co. compte maintenant pour 90 pour cent des services de transport de Shipper Co. Les services de transport que Shipper Co. fournit à ses clients indépendants sur une base ponctuelle comptent pour le reste de ses activités, soit 10 pour cent. Supposons en outre que les clients indépendants ne font appel à Shipper Co. que lorsque les entreprises de transport indépendantes éprouvent des pénuries aiguës en matière de capacités. À ces occasions, les services de transport sont susceptibles d'être plus coûteux qu'en temps normal. L'analyse de comparabilité devrait donc mener à la conclusion que les comparables doivent être ajustés pour tenir compte de leurs différences significatives avec la transaction contrôlée, qui ont une incidence sur les frais de transport, ou encore, à la conclusion qu'en fait, les transactions ne sont pas comparables.

Puisqu'elles sont susceptibles d'avoir une incidence significative sur les

frais de transport, les principales différences factuelles devant être prises en compte ont trait au volume d'affaires (Grain Co. et les entités indépendantes se partagent le volume dans une proportion de 90-10), à la situation du marché et à la régularité des services de transport de céréales. Si on ne peut pas procéder à des ajustements de comparabilité raisonnablement précis pour tenir compte des différences significatives entre la transaction contrôlée et les transactions sur le marché libre, la fiabilité de la méthode CUP s'en trouvera réduite, et cette méthode pourra même ne pas être la plus appropriée.

5.4.3 Méthode du coût majoré (CPM)

5.4.3.1 Dans la pratique, il arrive souvent que la méthode CUP soit inapplicable. Dans cette situation, une EMN peut envisager la méthode CPM, qui dépend moins de la similitude entre les transactions de services contrôlées et celles sur le marché libre que la méthode CUP. Comme on l'indique au paragraphe 4.4.2.1, le ratio financier qui fait l'objet de l'analyse dans le cadre de la méthode CPM est la marge brute sur coûts. L'objectif de la méthode CPM est de déterminer la marge brute qui garantit que le bénéfice brut tiré de la transaction contrôlée est approprié à la lumière des fonctions exercées, des risques assumés, des actifs utilisés ou fournis et des conditions du marché. Dans la méthode CPM, le prestataire de services est la partie testée. La méthode CPM permet de calculer les frais de service de pleine concurrence sur la base de la marge brute des prestataires de services indépendants comparables. La méthode CPM est souvent utilisée pour déterminer les prix de transfert des services.

5.4.3.2 Bien que la méthode CPM dépende moins de la similitude entre les services contrôlés et ceux sur le marché libre que la méthode CUP, les services visés par les transactions contrôlées et les transactions comparables devraient être similaires. Lorsque les transactions contrôlées présentent des différences significatives avec les comparables, des ajustements peuvent être apportés à condition qu'ils soient raisonnablement précis.

5.4.3.3 La base de coûts des transactions contrôlées de services devrait être comparable à celle des transactions sur le marché libre. L'applicabilité de la méthode CPM est tributaire de la similitude des bases de coûts de l'entreprise associée et des comparables, car il arrive que les différences entre les bases de coûts traduisent l'utilisation de catégories de dépenses indirectes dissemblables. Certains types de coûts directs et indirects sont énumérés au paragraphe 5.4.4.1 ci-dessous. Les différences entre les bases de coûts pouvant résulter du recours à différentes catégories de dépenses indirectes peuvent compromettre la fiabilité de la méthode CPM.

5.4.3.4 En principe, la marge appropriée selon la méthode CPM devrait s'appuyer sur les transactions comparables des prestataires de services indépendants. Toutefois, il peut convenir, pour des raisons de simplicité, de recourir à un « régime de protection » pour les services à faible valeur ajoutée (tels que les services administratifs), qui est envisagé dans la section 5.5.2 ci-dessous. En effet, le coût de la recherche de comparables adéquats aux fins de la méthode CPM peut être disproportionné par rapport à l'obligation fiscale en jeu, et l'accès au régime de protection constitue donc un compromis qui limite les coûts de conformité et impose une marge fixe appropriée. En outre, la tâche consistant à trouver des marges brutes comparables peut s'avérer difficile dans de nombreuses juridictions, car les marges brutes ne font pas l'objet de rapports.

5.4.4 Coûts complets des services : coûts directs et indirects

5.4.4.1 Par « coût complet des services », on entend tous les coûts inclus dans le calcul du revenu d'exploitation. Les éléments dont on s'attendrait qu'ils soient inclus dans la base des coûts directs sont les suivants : salaires du personnel fournissant les services; primes; frais de voyage; biens utilisés pour la fourniture des services et dépenses de communication attribuables à la fourniture des services. Les dépenses indirectes peuvent comprendre les suivantes : amortissement des équipements et des bâtiments; loyer lié à des articles ou à des biens immobiliers; impôts fonciers; frais d'occupation et autres frais généraux; frais d'entretien; assurances; frais de personnel, comptabilité et charges salariales; et autres frais généraux, dépenses administratives et de gestion. Le coût complet des services ne comprend pas les intérêts et les impôts sur les revenus étrangers ou nationaux.

5.4.4.2 Exemple 12 : Services intragroupes « sur demande »

Une entreprise membre d'une EMN offre à ses entreprises associées un service sur demande qui satisfait au critère de l'avantage économique. Après avoir établi que le service sur demande procure un avantage aux membres du groupe, la question suivante à aborder a trait au montant des honoraires à facturer pour les services. Le paiement d'un service sur demande peut intégrer une partie des coûts du capital employé pour fournir le service, tels que les locaux et l'équipement de l'entreprise, ainsi qu'une marge bénéficiaire. Si les locaux et l'équipement sont loués, les frais facturés seront proportionnels aux loyers annuels. Si les locaux et l'équipement appartiennent à l'entreprise, il serait approprié d'imputer des frais d'amortissement aux bénéficiaires. Une entreprise indépendante fournissant de tels services tiendrait compte de ces dépenses dans les prix qu'elle facture à ses clients.

5.4.5 Méthode transactionnelle de la marge nette (TNMM)

5.4.5.1 La méthode TNMM peut, dans certaines circonstances, être utilisée pour les services (voir la section 4.5 pour plus de détails sur cette méthode). La méthode TNMM repose sur l'examen de la marge bénéficiaire nette dégagée par une entreprise associée (la partie testée) dans le cadre de ses transactions contrôlées, relativement à une base appropriée. La méthode TNMM est centrée sur le bénéfice net plutôt que sur les marges bénéficiaires brutes et repose sur l'examen des marges bénéficiaires nettes comparables des transactions sur le marché libre. La méthode TNMM peut parfois s'appuyer sur des comparables internes, par exemple sur les transactions sur le marché libre de l'entreprise associée. Sinon, les marges bénéficiaires peuvent être obtenues à partir des transactions réalisées entre parties indépendantes.

5.4.5.2 La méthode TNMM peut être utilisée pour les services intragroupes lorsque la méthode CPM est inappropriée en raison de l'absence d'informations fiables sur les marges brutes des prestataires de services comparables ou des différences entre les bases de coûts utilisées pour les transactions contrôlées et sur le marché libre. Comme la méthode TNMM est basée sur les bénéfices nets, cette méthode tolère mieux les incohérences comptables résultant des différences entre les bases de coûts des prestataires de services contrôlés et indépendants.

5.4.5.3 L'indicateur de rentabilité qui est souvent le plus approprié pour les services intragroupes fournis par une entreprise associée est le ratio du bénéfice d'exploitation sur la base des coûts de la fourniture des services, également appelé « rendement par rapport aux coûts complets des services ». Le rendement par rapport aux coûts complets des prestataires de services indépendants exerçant des activités comparables peut être disponible et peut fournir des comparables fiables pour l'application de la méthode TNMM.

5.4.5.4 Exemple 13 : Services de commercialisation

Service Provider Co., une société du pays A membre d'une EMN, fournit des services de commercialisation au groupe. Seller Co., une entreprise associée du pays B, demande à Service Provider Co. de concevoir un programme de commercialisation ciblant un de ses nouveaux produits. À la suite de recherches, Service Provider Co. conclut que la méthode CUP et la méthode CPM ne peuvent pas être utilisées. La méthode TNMM est choisie, tandis que les coûts de fourniture du service et les frais d'exploitation sont connus. La rémunération de pleine concurrence du service intragroupe est la variable inconnue.

Une analyse de comparabilité est ensuite menée pour déterminer la marge bénéficiaire nette de pleine concurrence applicable à Service Provider Co. En supposant que les coûts directs de fourniture du service s'élèvent à 80 000 \$ et que les frais d'exploitation afférents sont de 20 000 \$, on détermine que les coûts directs et indirects de fourniture du service totalisent 100 000 \$. On suppose que Service Provider Co. dégage un ratio bénéfice net/coûts de 5 pour cent.

Une recherche d'entreprises de commercialisation indépendantes comparables fait ressortir des ratios bénéfice net/coûts compris entre de 3 et 8 pour cent. Le pays A admet cet intervalle de comparables indicatifs. Les comparables sont des entreprises de commercialisation cotées en bourse dans le pays A qui fournissent des services de commercialisation similaires à ceux de Service Provider Co. Dans cette situation, le bénéfice net de 5 pour cent dégagé par Service Provider Co. se situe à l'intérieur de l'intervalle des ratios bénéfice net/coûts de pleine concurrence des services. Le prestataire de services est réputé dégager un bénéfice net de 5 000 \$ en fournissant le service intragroupe à l'entreprise associée.

5.4.6 Méthode du partage des bénéfices

5.4.6.1 La méthode du partage des bénéfices peut être utilisée pour les services dans certaines circonstances (voir la section 4.6 pour plus de détails sur la méthode du partage des bénéfices). La méthode du partage des bénéfices s'appuie sur une analyse bilatérale des bénéfices dégagés dans le cadre des transactions contrôlées de deux ou de plusieurs entreprises associées. La méthode du partage des bénéfices peut être la plus appropriée lorsque : les deux parties aux transactions contrôlées apportent une contribution unique et de valeur, par exemple sous la forme d'actifs incorporels uniques et de valeur ; les activités des parties sont fortement intégrées; ou encore, les parties partagent des risques significatifs. L'objectif de cette méthode est de répartir les bénéfices sur la base du partage dont auraient convenu des entreprises indépendantes comparables dans le cadre de transactions indépendantes comparables. Les bénéfices seraient alors répartis sur une base économiquement rationnelle qui traduirait la valeur relative des fonctions exercées, des risques assumés et des actifs utilisés ou fournis par chaque entreprise associée. La méthode du partage des bénéfices peut être appliquée sur la base d'une analyse des contributions ou d'une analyse résiduelle (voir la section 4.6.4 pour plus de détails).

5.4.6.2 Exemple 14 : Prestataire de services dont les filiales d'exploitation sont fortement intégrées

YZ Corporation, un groupe multinational, offre des services logistiques qui comprennent une gamme complète de services nationaux, internationaux et particuliers de manutention du fret. Le groupe compte deux entités d'exploitation, les sociétés Y et Z, qui exercent leurs activités commerciales dans les pays Y et Z, respectivement. Dans le cadre de leurs activités, Y et Z passent des contrats avec des tiers pour acheminer leurs cargaisons depuis la source jusqu'à la destination à l'étranger. Le travail consiste à charger la cargaison sur le lieu du client du pays d'origine en vue de son transport vers le pays de destination et de la récupérer à un port ou un aéroport pour l'acheminer vers l'acheteur final.

Les sociétés Y et Z exercent toutes les activités pertinentes sur leur propre territoire, et ce, de manière hautement intégrée. Les sociétés Y et Z sont fortement interdépendantes pour l'exécution de tous les contrats, puisque leurs clients peuvent être basés dans le pays de l'une ou de l'autre et passer des contrats avec l'une ou l'autre. Les deux entités exercent également des fonctions similaires en matière de commercialisation, de vente et de relations avec la clientèle, et ont mis au point et exploitent conjointement un système intégré de suivi des marchandises. Le YZ Corporation fait sa propre promotion en faisant valoir à ses clients que son réseau de filiales peut leur offrir un service intégré sans faille au-delà des frontières juridiques, en quelque lieu qu'ils soient.

Dans cet exemple, les activités commerciales des sociétés Y et Z sont fortement intégrées et interdépendantes, de sorte qu'aucune des deux ne peut être évaluée de manière fiable indépendamment de l'autre. La méthode du partage des bénéfices s'avère donc la plus appropriée dans ce cas. Cette méthode peut être appliquée en combinant les dépenses totales engagées dans les deux pays et en déduisant ensuite cette somme des recettes brutes totales. Le montant résiduel est ensuite partagé à égalité entre la société Y et la société Z.

5.4.7 Coûts répercutés sans marge (ou coûts intermédiaires)

5.4.7.1 Dans certaines circonstances, une EMN peut décider d'externaliser certains services vers une entité indépendante tout en affectant des fonctions d'agent à une entreprise associée du groupe pour régler les comptes et répartir ensuite les dépenses entre toutes les entreprises associées. Ces coûts peuvent être appelés « coûts répercutés sans marge ». En tant qu'agent, le seul rôle de

l'entreprise associée peut consister à rémunérer le prestataire de services indépendant et à répartir ensuite le coût total du service entre les membres du groupe sur une base objective. Dans ce cas, il pourrait ne pas être approprié pour l'entreprise associée agissant en tant qu'agent de se voir attribuer une marge sur le coût des services externalisés. La rémunération de l'agent pourrait plutôt être basée sur les coûts de la fonction d'agent elle-même, tandis que les coûts externalisés pourraient être répartis entre les membres de l'EMN sans majoration.

5.4.7.2 Exemple 15 : Ressources humaines et services de personnel

Controller Co. du pays A et Subsidiary Company du pays B sont la société mère et l'entreprise associée, respectivement, d'une EMN. Controller Co. possède dix filiales au total dans le monde. Après avoir procédé à l'analyse de ses activités, l'EMN décide de garder à l'intérieur du groupe les activités qui jouissent d'un avantage comparatif et d'externaliser celles que des entreprises indépendantes peuvent exercer à moindre coût. L'EMN décide d'externaliser les activités de ressources humaines de l'ensemble du groupe pour les confier à une entreprise indépendante du pays B, Independent Company. L'EMN décide d'externaliser la fonction par l'intermédiaire de sa filiale, Subsidiary Company, car elle est située dans la même juridiction que le prestataire de services. Le rôle de Subsidiary Company est de rémunérer l'entreprise indépendante et de répercuter les coûts engagés sur les membres du groupe. Dans cette situation, Subsidiary Company fonctionne en tant qu'agent. Subsidiary Company refile directement les coûts des services facturés par l'entreprise indépendante aux membres de l'EMN, sans majoration, en utilisant une clé de répartition reposant sur les équivalents temps plein. La dépense est répercutée sur la base d'une formule de transfert de coûts, car Subsidiary Company n'apporte pas de valeur ajoutée et n'est utilisée que par commodité pour répartir les coûts liés à l'externalisation des activités de ressources humaines vers la société indépendante. En outre, le service que Subsidiary Company fournit consiste à rémunérer la société indépendante et à répartir les coûts entre les membres de l'EMN.

5.4.8 Clés de répartition

5.4.8.1 Les clés de répartition peuvent servir d'indicateur utile pour estimer les parts proportionnelles des avantages escomptés d'une activité et, par conséquent, pour répartir les coûts ou la valeur de services à l'intérieur d'une EMN, une fois que le critère de l'avantage a été satisfait. Une clé de répartition devrait être définie de façon uniforme pour toutes les entreprises associées

visées et refléter raisonnablement la part relative de chaque entreprise associée dans les avantages escomptés des services intragroupes. À titre d'exemple, une clé de répartition incohérente reposerait sur des bases différentes pour répartir les dépenses de services entre entreprises associées dans différentes juridictions fiscales.

5.4.8.2 En choisissant une clé de répartition, il convient de tenir compte de la nature du service rendu et de l'utilisation qui en est faite. Par exemple, dans le cas des services de ressources humaines, les nombres proportionnels d'employés peuvent constituer une mesure appropriée de l'avantage obtenu par chaque membre de l'EMN, respectivement. En revanche, dans certaines situations, la part des services rendus à chaque bénéficiaire peut ne pas être facilement identifiable en se référant à la mesure exacte de l'avantage obtenu ou escompté (par exemple, dans les cas d'une campagne publicitaire centralisée). La clé de répartition servirait alors d'indicateur approximatif (par exemple, les coûts de mise en œuvre de la campagne publicitaire centralisée – mentionnée ci-dessus – seraient répercutés sur la base des ventes nettes proportionnelles des bénéficiaires de la campagne).

5.4.8.3 La mise en conformité nécessite un compromis entre la précision et la simplicité. Une clé de répartition complexe peut imposer une charge de conformité excessive aux EMN, mais n'apporter que des améliorations négligeables sur le plan de la répartition des dépenses à l'intérieur d'une EMN. Tout compromis bénéficiera de l'existence d'éléments de preuves démontrant que les dépenses ont été réparties sur une base appropriée. Pour déterminer si une clé de répartition est appropriée, il faut analyser les faits et les circonstances propres à l'EMN.

5.4.8.4 Afin d'être conforme au principe de pleine concurrence, une clé de répartition devrait satisfaire aux exigences suivantes :

- Être mesurable;
- Être applicable au type de service rendu, c'est-à-dire fournir une approximation raisonnable de la part proportionnelle des parties dans les avantages escomptés des services en question;
- Être définie de façon cohérente au sein d'une EMN;
- Être documentée.

En outre, il convient de faire preuve de prudence lorsque d'autres transactions intragroupes peuvent sensiblement influencer sur les résultats de la clé de répartition. Par exemple, la répartition des coûts des services sur la base des ventes proportionnelles des entreprises associées bénéficiaires à des parties liées et tierces peut ne pas être appropriée si certaines de ces entreprises réalisent un

pourcentage important de leurs recettes de ventes auprès d'entreprises associées. La raison en est que les prix pratiqués par les entreprises associées peuvent faire l'objet d'un ajustement en vertu des règles relatives aux prix de transfert.

5.4.8.5 Voici quelques exemples de clés de répartition :

- Ventes;
- Bénéfice brut ou net;
- Unités produites ou vendues;
- Nombre d'employés ou d'équivalents temps plein (ETP);
- Valeur des salaires et traitements;
- Nombre d'utilisateurs des technologies de l'information;
- Espaces de bureaux ou de planchers d'usines;
- Capitaux;
- Frais d'exploitation;
- Nombre d'ordinateurs personnels, de tablettes ou d'autres appareils.

5.4.8.6 La liste suivante, non exhaustive, répertorie les clés de répartition qui sont couramment utilisées par les EMN pour certains types de services⁵² (voir également les exemples de l'annexe 1 à la section 5.14.4) :

- Technologies de l'information : nombre d'ordinateurs personnels, de tablettes ou d'autres appareils; nombre d'utilisateurs;
- Logiciels de gestion d'entreprise : nombre de licences;
- Ressources humaines : nombre d'employés;
- Santé et sécurité : nombre d'employés;
- Formation du personnel : nombre d'employés;
- Fiscalité et comptabilité : ventes ou taille du bilan;
- Services de commercialisation : valeur des ventes aux clients indépendants;
- Gestion du parc automobile : nombre de voitures; distance parcourue.

Ces clés de répartition ne sont fournies qu'à titre d'exemple et d'autres clés de répartition peuvent être acceptables.

⁵² Commission européenne (2011). « *Lignes directrices relatives aux services intragroupes à faible valeur ajoutée* ». Bruxelles : EC. Accessible à l'adresse : https://ec.europa.eu/taxation_customs/system/files/2016-09/c_2011_16_fr.pdf.

5.4.8.7 Exemple 16 : Utilisation d'une clé de répartition appuyée sur les ressources humaines

Les entreprises associées Manufacturing Co., Distributor Co. et Personnel Co. sont membres d'une EMN. Manufacturing Co., une résidente du pays A, est la société mère. Distributor Co. est une résidente du pays B. Manufacturing Co. exerce une activité de fabrication d'articles de sport. La seule activité commerciale de Distributor Co. consiste à distribuer les produits de Manufacturing Co. dans le pays B. Personnel Co., une résidente du pays C, fournit des services de ressources humaines au groupe.

La centralisation des services a pour objet d'exploiter les économies d'échelle et de tirer parti des coûts de main-d'œuvre relativement faibles dans le pays C. Supposons que le coût total du service de ressources humaines fourni par Personnel Co. à Manufacturing Co. et à Distributor Co. s'élève à 454 545 \$. Supposons en outre que la marge de pleine concurrence est de 10 pour cent. La base des coûts comprend les coûts directs et indirects conformément aux normes comptables utilisées dans le pays C. Par conséquent, le coût total du service de ressources humaines fourni à Manufacturing Co. et à Distributor Co. s'élève à 500 000 \$. Manufacturing Co. compte 1 000 employés et Distributor Co. en compte 50. Il s'agit d'équivalents temps plein. Pour répartir les dépenses liées au service de ressources humaines, ce groupe multinational utilise une clé de répartition basée sur le nombre d'employés. Le choix de cette clé de répartition traduit les avantages que les entreprises associées escomptent tirer de la fourniture du service intragroupe de ressources humaines. Le coût à répartir par salarié est de $(500\ 000\ \$/1\ 050) = 476,19\ \$$. Sur cette base, la clé de répartition aboutit à la répartition suivante des dépenses liées au service de ressources humaines:

- Manufacturing Co. : 1 000 employés, 476 190,00 \$;
- Distributor Co. : 50 employés, 23 809,50 \$.

5.5 Régimes de protection

5.5.1 Introduction

5.5.1.1 Il est souvent lourd et coûteux pour une entreprise associée de déterminer ses prix de pleine concurrence lorsqu'elle fournit une gamme de services intragroupes. Une solution pratique pour une administration fiscale consiste à offrir aux contribuables la possibilité d'adhérer à un régime de protection

pour certains services à faible valeur ajoutée, à condition que cela aboutisse à un résultat largement conforme au principe de pleine concurrence. Le régime de protection peut être basé sur les taux de marge considérés comme acceptables. Plusieurs pays offrent un régime de protection pour certains services. L'avantage de ces régimes, c'est qu'ils offrent une certitude aux contribuables et aux autorités fiscales. En outre, les régimes de protection peuvent réduire les coûts de conformité en matière de prix de transfert dans tout pays. S'ajoute à cela le fait que toute recette fiscale supplémentaire perçue par une autorité fiscale en raison d'un ajustement des prix de transfert au titre de services à faible valeur ajoutée peut être neutralisée par les coûts administratifs liés à l'application du principe de pleine concurrence. Par conséquent, les régimes de protection permettent aux autorités fiscales de concentrer leurs ressources sur les vérifications de prix de transfert susceptibles de générer des recettes fiscales plus importantes. L'inconvénient de tout régime unilatéral, c'est que lorsque le pays du prestataire de services, qui n'offre pas de régime équivalent, insiste sur une marge plus élevée que celle prévue dans le régime de protection, cela peut entraîner une double imposition. Si le régime de protection bilatéral ou multilatéral est possible, il s'agit de l'option à privilégier pour réduire le risque de double imposition.

5.5.1.2 Ce chapitre présente deux « régimes de protection » qui peuvent être utilisés par les autorités fiscales :

- Les services de faible valeur qui ne sont pas liés à l'activité principale d'une entreprise associée. Ce régime de protection est généralement accessible pour les services à faible valeur ajoutée. Ce régime se justifie par le fait qu'il peut être difficile de trouver des transactions comparables pour les services à faible valeur ajoutée et que les coûts d'administration et de conformité peuvent être disproportionnés par rapport à l'impôt en jeu. En outre, ce régime de protection offre une certitude aux contribuables et aux autorités fiscales.
- Les régimes de protection pour les dépenses minimales (c'est-à-dire d'un montant inférieur à un seuil défini). Ils conviennent dans les situations où les coûts des services fournis ou obtenus sont relativement faibles, ce qui incite l'autorité fiscale à accepter de ne pas ajuster les prix de transfert lorsqu'ils se situent à l'intérieur d'un intervalle acceptable. L'argument avancé pour justifier ce régime, c'est que le coût des ajustements par l'autorité fiscale n'est pas proportionnel aux recettes fiscales en jeu et qu'il ne faut donc pas attendre du contribuable qu'il engage des coûts de conformité pour établir des prix de pleine concurrence plus précis⁵³.

⁵³ Ces deux « régimes de protection » sont basés sur les « régimes de protection » prévus par une décision de l'Office d'administration fiscale australien « *Taxa-*

5.5.2 Régime de protection pour les services à faible valeur ajoutée

5.5.2.1 Les services intragroupes à faible valeur ajoutée ne contribuent pas aux principales activités génératrices de bénéfices des EMN. Ces services jouent un rôle de soutien à l'exploitation pour les entreprises associées. Les services à faible valeur ajoutée d'une entreprise associée seront identifiés au moyen d'une analyse fonctionnelle. Cette analyse fournira des données probantes sur les principales activités commerciales d'une entreprise associée et la manière dont cette dernière génère ses bénéfices.

5.5.2.2 Les services intragroupes à faible valeur ajoutée sont des services assurés par un ou plusieurs membres d'un groupe multinational pour le compte d'un ou de plusieurs autres membres du groupe, qui :

- Relèvent d'une fonction de soutien;
- Ne font pas partie des activités essentielles du groupe multinational (par exemple, elles ne mènent pas à la création d'activités génératrices de bénéfices ni ne contribuent à des activités économiquement significatives pour le groupe multinational);
- Ne requièrent pas une utilisation d'actifs incorporels uniques et de valeur et ne mènent pas à la création de tels actifs;
- N'induisent pas le prestataire de services à prendre en charge ou à contrôler des risques substantiels ou importants et ne font pas apparaître de risque important pour ce même prestataire.

5.5.2.3 Les services suivants sont des exemples communs de services à faible valeur ajoutée pour la plupart des groupes d'EMN (sauf s'ils constituent l'activité principale du groupe) :

- Services de ressources humaines;
- Services de comptabilité;
- Services cléricaux ou administratifs;
- Services de conformité fiscale;
- Traitement des données.

Voir également l'annexe 1 pour la liste des services à faible valeur ajoutée préparée par la Commission européenne.

tion Ruling 1999/1 Income Tax: International transfer pricing for intra-group services, paragraphes 77-87. Disponible en anglais à l'adresse : <https://www.ato.gov.au/law/view/document?src=hs&pit=99991231235958&arc=false&start=1&pageSize=50&total=123&num=10&docid=TXR%2FTR19991%2FNAT%2FATO%2F00001&dc=false&style=find&tm=phrase-basic-1999%2F1>.

5.5.2.4 Dans le cas d'une entreprise associée qui distribue et commercialise les produits d'une EMN, les services de commercialisation ne peuvent pas être considérés comme des services administratifs puisqu'ils sont directement liés à l'activité principale de l'entreprise. De même, dans le cas d'une EMN dont l'activité principale consiste à recruter et à gérer des ressources humaines, les services de ressources humaines d'un type similaire à ceux fournis aux clients indépendants ne pourraient pas bénéficier d'un régime de protection axé sur les services à faible valeur ajoutée, malgré la mention relative aux services de ressources humaines qu'on peut trouver dans la section ci-dessus.

5.5.2.5 Les services suivants sont des exemples de services qui ne peuvent généralement pas être considérés comme des services à faible valeur ajoutée :

- Services liés aux principales fonctions commerciales exercées par une EMN;
- Services d'extraction et d'exploration;
- Services de fabrication;
- Services de construction;
- Services financiers;
- Services de recherche et de développement;
- Services de commercialisation et de distribution;
- Services de gestion stratégique.

5.5.2.6 La question de savoir si des services sont à faible valeur ajoutée peut nécessiter une analyse au cas par cas des principales activités commerciales exercées par une EMN.

5.5.2.7 Un régime de protection peut comporter les exigences suivantes :

- Le service doit être visé par le champ d'application du régime de protection;
- Le régime doit prévoir une marge bénéficiaire fixe;
- Le régime doit présumer que la même marge bénéficiaire est acceptée dans l'autre pays;
- Le régime est assujéti à des exigences documentaires.

5.5.2.8 Exemple 17 : Régime de protection pour les services à faible valeur ajoutée

Manufacturing Co., Distributor Co. et Services Co. sont des entreprises associées. Manufacturing Co., une résidente du pays A, exerce une

activité de fabrication. Distributor Co., une résidente du pays B, est un distributeur des produits achetés auprès de Manufacturing Co. Le groupe multinational décide de centraliser sa fonction de ressources humaines au sein de Services Co., une résidente du pays C, afin de réaliser des économies grâce aux économies d'échelle et aux coûts relativement faibles de la main-d'œuvre dans ce pays. Le coût total du service de ressources humaines fourni à Distributor Co. dans le cadre d'un système de facturation directe s'élève à 100 000 \$, et la marge bénéficiaire convenue dans le pays C pour cette fonction est de 7,5 pour cent. Distributor Co. se voit donc facturer 107 500 \$ par Services Co. Les déductions de Distributor Co. totalisent 2 millions de dollars et comprennent les coûts des services fournis par Services Co. Le pays B offre un régime de protection axé sur les services administratifs pour les services intragroupes entrants et sortants à faible valeur ajoutée.

En vertu des dispositions du régime de protection, une marge bénéficiaire de 7,5 pour cent est acceptable. En outre, les dépenses totales admissibles au régime de protection ne peuvent pas dépasser 15 pour cent des déductions totales du contribuable. Distributor Co. choisit d'adopter le régime de protection pour ses services administratifs à faible valeur ajoutée et demande une déduction de 107 500 \$. Distributor Co. dispose de documents attestant qu'elle a reçu des services de ressources humaines de Services Co. et qu'elle a utilisé le régime de protection pour ses services à faible valeur ajoutée.

Selon les faits, Distributor Co. serait en droit d'utiliser le régime de protection pour les services à faible valeur ajoutée, étant donné que les ressources humaines représentent moins de 15 pour cent de ses dépenses totales et que la marge sur les services est conforme aux exigences du régime de protection. Étant donné que l'activité principale de Distributor Co. consiste à distribuer des biens, les services de ressources humaines seraient considérés comme des services administratifs.

5.5.3 Régime de protection axé sur les dépenses minimales

5.5.3.1 Dans le cadre du régime de protection axé sur les dépenses minimales, une autorité fiscale accepte de s'abstenir de procéder à un ajustement des prix de transfert si le coût complet des services intragroupes requis ou fournis par une entreprise associée est inférieur à un seuil de coût et qu'une marge

bénéficiaire fixe est utilisée.

5.5.3.2 L'objectif est d'exclure des vérifications des prix de transfert les services relativement peu coûteux. Cette exclusion se justifie lorsque les coûts de conformité en matière de règles de prix de transfert sont supérieurs aux recettes en jeu. Cette exclusion se justifie également par les économies administratives que peut réaliser une autorité fiscale en évitant les vérifications de prix de transfert qui visent les dépenses minimales. Une obligation importante du régime: la marge bénéficiaire fixe applicable devrait être la même, que le service intragroupe soit entrant ou sortant pour un pays. Le régime de protection offre une certitude aux contribuables et aux autorités fiscales. Le régime de protection axé sur les dépenses minimales peut comporter les exigences suivantes :

- Le régime doit prévoir une restriction sur la valeur relative de la dépense de service (par exemple, elle constitue moins de X pour cent des dépenses totales de l'entreprise associée qui obtient le service) ou, sinon, la dépense de service est inférieure à X en valeur absolue;
- Le régime doit prévoir une marge bénéficiaire fixe;
- Le régime exige l'application de la même marge bénéficiaire dans l'autre pays;
- Le régime est assujéti à des exigences documentaires.

5.5.3.3 Voici un exemple de régime de protection axé sur les services.

Pour les services intragroupes entrants :

- Le coût complet des services fournis représente moins de X pour cent des déductions totales de l'entreprise associée dans une juridiction au cours d'un exercice fiscal ou est inférieur à un montant absolu en monnaie locale;
- Le prix de transfert correspond aux coûts complets des services (dépenses directes et indirectes), augmentés d'une marge fixe;
- Une documentation est préparée pour établir que les exigences relatives au régime de protection ont été satisfaites.

Pour les services intragroupes sortants :

- Le coût complet des services fournis ne représente pas plus de X pour cent du revenu imposable de l'entreprise associée qui fournit les services ou n'est pas supérieur à un montant absolu en monnaie locale;
- Le prix de transfert facturé est basé sur les coûts complets des services (dépenses directes et indirectes), augmentés d'une

marge fixe;

- La même marge bénéficiaire est utilisée dans l'autre pays;
- Une documentation est préparée pour établir que les exigences relatives au régime de protection ont été satisfaites.

5.5.3.4 Exemple 18 : Règle relative au régime de protection axé sur les dépenses minimales

Supposons que Subsidiary Co., une résidente du pays A, obtient des services de commercialisation de sa société mère, Parent Co., une résidente du pays B. Selon les dispositions du pays A, les dépenses de services peuvent être admissibles au régime de protection si elles s'élèvent à moins de 750 000 \$ et constituent moins de 15 pour cent des dépenses totales déductibles. Une marge sur coûts directs et indirects pouvant aller jusqu'à 7,5 pour cent est autorisée en vertu des règles du régime de protection. Le coût total direct et indirect de la prestation des services atteint 500 000 dollars.

Subsidiary Co. décide d'adhérer au régime de protection, car la préparation d'une analyse complète des prix de transfert pour ces services et la détermination de la marge de pleine concurrence conséquente seraient excessivement coûteuses, compte tenu de la faible ampleur des services concernés. Subsidiary Co. n'obtient pas d'autres services auprès d'entreprises associées, et ses dépenses totales déductibles s'élèvent à 10 millions de dollars. Les frais de 537 500 \$ facturés au titre du service sont inférieurs au seuil de 750 000 \$ et représentent 5,37 pour cent des dépenses totales déductibles de Subsidiary Co., un pourcentage également inférieur au seuil de 15 pour cent. Par conséquent, si Subsidiary Co. satisfait aux exigences en matière de documentation, elle peut déduire le montant de 537 500 \$ payé à Parent Co. en vertu des règles du régime de protection.

5.5.3.5 Les régimes de protection peuvent avoir des conséquences inattendues et devraient être soigneusement étudiés avant leur mise en œuvre. Si, dans l'exemple ci-dessus, une analyse complète des prix de transfert avait conclu que la marge bénéficiaire de pleine concurrence était de 5 pour cent, les frais de service auraient été de 525 000 \$. Dans le cadre du régime de protection, Subsidiary Co. a pu réclamer 537 500 \$ au titre des frais déductibles dans le pays A pour les services intragroupes. En outre, Subsidiary Co. n'a pas eu à assumer les coûts d'une analyse complète des prix de transfert (qui auraient pu dépasser 12 500 \$).

5.5.3.6 Fait à souligner, si les autorités fiscales du pays B avaient ignoré

l'existence du régime de protection, les règles relatives aux prix de transfert de ce pays auraient exigé la déclaration d'un revenu de pleine concurrence de 525 000 \$ au titre des services, un montant inférieur de 12 500 \$ au montant réclamé à titre de dépense déductible par Subsidiary Co. dans le pays A, créant en réalité un montant de revenu qui n'aurait été soumis à l'impôt ni dans un pays ni dans l'autre. Pour éviter ce résultat, il convient d'exiger une correspondance entre les revenus et les coûts en vertu des régimes de protection. Dans l'idéal, les « régimes de protection » devraient également être envisagés sur une base bilatérale ou multilatérale.

5.6 Activités centralisées d'approvisionnement intragroupe : Illustration du fonctionnement des règles sur les services

5.6.1 Cette section fournit des conseils supplémentaires sur la manière d'analyser les activités centralisées d'approvisionnement dans une EMN, les facteurs qui peuvent influencer sur la rémunération liée à ces activités et les méthodes de prix de transfert qui peuvent être applicables.

5.6.2 Il convient de fournir des orientations supplémentaires, car la plupart des EMN exercent une forme quelconque de fonction centralisée d'approvisionnement, bien que la nature précise de cette activité et sa contribution à la valeur peuvent varier considérablement. Les présentes orientations aideront à identifier les fonctions qui peuvent être exercées dans le cadre des activités centralisées d'approvisionnement et les facteurs qui peuvent distinguer les contributions plus faibles des contributions plus élevées à la valeur. Les pays en développement sont parfois confrontés à des dispositifs agressifs qui introduisent à l'intérieur d'une EMN des activités d'approvisionnement sans substance économique apparente; en illustrant les objectifs commerciaux des activités centralisées et des fonctions typiques d'approvisionnement, ces orientations devraient les aider à identifier les caractéristiques des dispositifs dotés de substance.

5.6.3 Les activités d'approvisionnement peuvent susciter l'intérêt des administrations fiscales. L'approvisionnement fait partie des activités qui doivent être divulguées dans une déclaration pays par pays⁵⁴. L'approvisionnement fait l'objet d'une attention particulière de la part du Forum sur l'administration fiscale dans son *Manuel pratique d'évaluation des risques fiscaux*, qui le

⁵⁴ OCDE (2015). *Documentation des prix de transfert et déclaration pays par pays, Action 13 - Rapport final 2015*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base et le transfert de bénéfices. Paris : OECD Publishing. Accessible à l'adresse : <https://www.oecd.org/fr/ctp/documentation-des-prix-de-transfert-et-aux-declarations-pays-par-pays-action-13-rapport-final-2015-9789264248502-fr.htm>.

décrit comme une activité potentiellement mobile qui peut se retrouver dans des juridictions où le groupe n'exerce pas de fonctions de fabrication significatives (c'est-à-dire les marchés clés pour les achats de biens) et qui peut réduire le niveau du revenu imposable dans les juridictions où les biens sont transformés ou vendus⁵⁵. Dans une évaluation des risques, l'approvisionnement à l'étranger est une activité qui doit être signalée, car elle doit faire l'objet d'un examen approfondi (paragraphe 13.2.2.16).

5.6.4 Toutefois, les activités d'approvisionnement peuvent être situées hors des marchés clés dans les cas où l'exploitation, ou un de ses éléments quelconques, doit se trouver à proximité des sources d'approvisionnement. Pour certains secteurs industriels, le vêtement ou l'alimentation de base par exemple, l'approvisionnement peut provenir des pays en développement et représenter une part importante du commerce d'exportation. Par conséquent, une évaluation incorrecte des activités d'approvisionnement peut avoir des conséquences fiscales préjudiciables tant pour la juridiction dans laquelle elles génèrent des revenus que pour la juridiction dans laquelle elles sont facturées. Ces orientations fournissent un cadre pour l'évaluation des activités d'approvisionnement, quel que soit leur lieu d'implantation. L'application de ce cadre est illustrée par un exemple élargi dans la section 5.14.4.

5.7 Questions d'économies découlant de la centralisation des fonctions d'approvisionnement

5.7.1 Les activités centralisées d'approvisionnement génèrent souvent des économies, dont on attend habituellement qu'elles apparaissent sous forme d'une réduction du coût unitaire des biens ou des services acquis. Toutefois, comme on l'explique dans la section suivante (section 5.8), la centralisation des activités d'approvisionnement dans une EMN peut répondre à de nombreux objectifs commerciaux, et les économies de coûts unitaires ne correspondent pas toujours à l'un d'eux. Les activités d'approvisionnement peuvent apporter et apportent effectivement une valeur autrement que par le biais des réductions de coûts unitaires.

5.7.2 En présence de réductions des coûts unitaires étayées par des preuves fournies par un contribuable, l'impact de tout effet de volume devra être envisagé, mais il importe de ne pas tirer de conclusions hâtives et de croire que les diminutions sont causées uniquement ou partiellement par un effet de

⁵⁵ OCDE (2017). *Déclaration pays par pays : Manuel pratique d'évaluation des risques fiscaux*. Paris: OECD Publishing. Accessible à l'adresse : <https://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/declaration-pays-par-pays-manuel-pratique-evaluation-risques-fiscaux.pdf>. Voir les paragraphes 70 et 71.

volume. Un fournisseur ne sera pas toujours disposé ou capable d'abaisser le prix en échange de volumes plus importants, et toutes les entreprises associées peuvent déjà disposer d'un volume suffisant pour obtenir le prix le plus bas. En l'absence d'une liste de prix affichée publiquement, il sera difficile pour les administrations fiscales d'évaluer si un volume supplémentaire a entraîné une réduction de prix conséquente. Des pressions commerciales peuvent également faire contrepoids en incitant un acheteur à adopter une politique de diversification des approvisionnements afin de répartir son volume entre plusieurs fournisseurs et de réduire son exposition au risque. Ces pressions peuvent également inciter un fournisseur à éviter une dépendance excessive à l'égard d'un seul client.

5.7.3 Les réductions de coût unitaire étayées par des preuves peuvent mettre en évidence non pas un effet de volume potentiel, mais plutôt l'interaction des diverses activités d'approvisionnement avec les fonctions du fournisseur, ce qui contribue à réduire ses coûts ou ses risques et peut donner lieu à des économies susceptibles d'être ensuite répercutées en partie sur l'acheteur : par exemple, une société d'approvisionnement du groupe peut assumer des fonctions de coordination des transports ou de conformité aux exigences d'étiquetage. Fait à souligner, les activités d'approvisionnement peuvent viser un éventail de produits auprès d'un fournisseur particulier; certains produits saisonniers, pour lesquels le facteur temps est important et la demande est imprévisible; et certains articles prévisibles qui peuvent être produits tout au long de l'année, permettant au fournisseur de planifier les calendriers de production plus efficacement et de réduire ou d'éliminer les temps d'arrêt et les coûts associés. Toute réduction des risques et des coûts du vendeur induite de cette manière peut donner lieu à des prix plus favorables pour l'acheteur. Dans un tel cas, le volume lui-même peut ne jouer qu'un rôle limité, voire nul, dans la réduction des coûts pour ce dernier; au contraire, les réductions de coûts sont obtenues par le biais de la coordination experte des exigences du vendeur et de l'acheteur par la partie qui exerce les activités d'approvisionnement.

5.7.4 La mesure des économies de coûts unitaires est parfois utilisée pour évaluer les commissions perçues sur les activités d'approvisionnement, comme on l'explique plus en détail dans la section 5.14. Il peut s'agir d'une mesure difficile à analyser pour une administration fiscale. Ainsi, il se peut que cette administration puisse déceler qu'au 12^e mois, une EMN payait 100 pour un article et qu'au 13^e mois, après l'introduction d'une société d'approvisionnement au sein du groupe, l'EMN paie 95 pour un article identique dans les mêmes conditions. Toutefois, à mesure que le temps passe, la pertinence d'utiliser 100 comme base de référence diminue, car d'autres facteurs peuvent avoir contribué aux changements de prix, et l'article peut ne plus être identique.

Dans un tel cas, le contribuable peut présenter une mesure des économies réalisées, par exemple, au cours du 37^e mois, sur la base d'une comparaison avec le prix hypothétique que l'EMN aurait payé au cours du 37^e mois si elle n'avait pas bénéficié des services de la société d'approvisionnement du groupe. Or, le contribuable devra étayer son affirmation au moyen d'une hypothèse rigoureuse avec preuves à l'appui, et, au bout du compte, la vérification pourra s'avérer difficile pour l'administration fiscale. Par conséquent, lorsque les économies de coûts sont pertinentes pour évaluer une commission perçue sur les activités d'approvisionnement, elles doivent être étayées par des preuves que l'administration fiscale pourra examiner. Il ne faudrait oublier que les activités d'approvisionnement peuvent apporter une valeur autrement que par le biais de réductions des coûts unitaires.

5.7.5 En pratique, l'EMN peut contrôler et mesurer de diverses manières le rendement des activités d'approvisionnement à des fins commerciales afin d'évaluer leur efficacité, et ces mesures peuvent être instructives dans une analyse des prix de transfert. En fonction des objectifs commerciaux de l'EMN, ce contrôle et ces mesures peuvent porter sur la qualité, la rapidité d'exécution, la normalisation de la gamme d'articles, la recherche de nouvelles sources d'approvisionnement, la gestion du fonds de roulement par le biais des modalités de crédit des fournisseurs et des niveaux des stocks, les coûts de traitement des commandes, la continuité de la production, l'intégration d'autres divisions ou d'entreprises nouvellement acquises, le respect de normes externes et internes (par exemple, commerce éthique, traçabilité, sécurité) et les projets d'amélioration précis auxquels la fonction d'approvisionnement contribue.

5.8 Objectifs commerciaux de la centralisation des fonctions d'approvisionnement

5.8.1 Divers objectifs commerciaux peuvent justifier la centralisation des activités d'approvisionnement. Un effet pur de volume n'est pas nécessairement l'objectif le plus important, en particulier lorsque les entreprises individuelles d'une EMN peuvent chacune disposer d'un fort pouvoir d'achat. Dans sa forme la plus simple, la centralisation peut réduire les coûts administratifs par le biais de la coordination et du regroupement des commandes lorsque, par exemple, les 25 entreprises associées d'une EMN qui passent séparément leurs commandes auprès de, disons, 10 fournisseurs – soit 250 commandes à chaque coup –, sont remplacées par une seule qui les agrège et les passe auprès de chacun des 10 fournisseurs. Ainsi, dans cette forme simple, les membres individuels du groupe multinational continuent de déterminer leurs besoins, et l'activité centralisée d'approvisionnement permet de gérer et de réduire les coûts administratifs liés au traitement des commandes et des

comptes fournisseurs.

5.8.2 L'uniformisation des modalités d'achat pourrait constituer un autre objectif commercial visé par la centralisation des activités d'approvisionnement; si les 25 entreprises ont chacune négocié des modalités différentes avec les fournisseurs dans le passé, l'encadrement offert par la coordination centrale de l'ensemble des achats permet d'étendre à toutes les entreprises associées les modalités les plus avantageuses négociées par certaines. La fonction centrale d'approvisionnement reste administrative; elle n'améliore pas en soi les modalités d'achat, mais permet aux membres de l'EMN de partager les informations et les meilleures pratiques. Dans certaines circonstances, il peut s'avérer utile pour un fournisseur de traiter avec un seul acheteur plutôt qu'avec 25 et le disposer à partager avec l'EMN les gains d'efficacité qui résultent de la réduction du nombre de commandes, de la normalisation des modalités et de la coordination des calendriers de production et des livraisons.

5.8.3 Dans certaines industries, notamment celles qui produisent ou utilisent des produits énergétiques, la centralisation des activités d'approvisionnement peut remédier aux coûts importants des infrastructures requises par ces activités: des plateformes d'échanges électroniques jusqu'aux actifs de transport et de stockage. Dans ce cas, la centralisation des activités d'approvisionnement vise principalement à assurer la meilleure utilisation possible des investissements.

5.8.4 Dans d'autres situations, la centralisation des activités d'approvisionnement peut être adoptée, ou évoluer, pour permettre à l'EMN de jouer un rôle plus actif et plus étendu dans la gestion de l'approvisionnement et la localisation des sources (sourçage) en vue d'améliorer la rentabilité et de maîtriser les risques. Ce rôle peut consister à renforcer les relations avec les fournisseurs ou à améliorer le rendement des entreprises associées acheteuses de biens et de services – ou les deux.

5.8.5 Une équipe d'acheteurs compétents analysera probablement la chaîne d'approvisionnement et cherchera à rationaliser le nombre de fournisseurs sans créer d'exposition inacceptable à un fournisseur unique ou à une région ou une monnaie particulière; s'efforcera d'approfondir la relation avec le reste des fournisseurs en collaborant à la gestion du calendrier de production, à la prévision de la demande et à l'amélioration des spécifications; surveillera la qualité; sélectionnera les meilleures sources d'approvisionnement ou de remplacement; et évaluera continuellement les tendances mondiales qui peuvent influencer sur la disponibilité de l'offre et les prix. Une équipe d'acheteurs compétents peut également chercher à comprendre et à anticiper les besoins des entreprises associées en biens ou en services.

5.8.6 L'équipe d'acheteurs peut travailler en étroite collaboration avec les équipes de production ou de développement des entreprises associées afin de leur proposer des composants de rechange ou moins chers. Elle cherchera également à bien connaître les prévisions et à contribuer à leur planification afin d'éviter les coûts et les risques de surstockage ainsi que les coûts et les risques potentiellement plus importants liés à un approvisionnement insuffisant.

5.8.7 Certains secteurs doivent se conformer aux exigences réglementaires relatives à la traçabilité des articles utilisés dans la production de biens et attirent l'attention des consommateurs en ce qui a trait au développement durable, aux impacts environnementaux et aux questions éthiques qui peuvent avoir des conséquences sur la réputation et le succès ultime de l'EMN. La fonction centrale d'approvisionnement et de sourcing peut avoir pour objectif commercial la coordination ou la mobilisation des efforts de l'EMN dans ces domaines.

5.8.8 En comblant ces rôles actifs et étendus, les activités centrales d'approvisionnement ne sont pas simplement administratives: elles ont pour objectif d'améliorer le rendement des activités commerciales de l'EMN. Puisque l'objectif ambitieux de ces activités d'approvisionnement risque d'exiger une évaluation plus élevée en matière de rémunération de pleine concurrence, des éclaircissements approfondis sur l'étendue de ces activités et la manière dont ces dernières contribuent au rendement de l'EMN devraient figurer dans la documentation des prix de transfert du contribuable.

5.9 Évaluation de la rémunération afférente aux activités d'approvisionnement

5.9.1 Toute évaluation de la rémunération afférente aux activités centralisées d'approvisionnement d'une EMN exige de bien comprendre la transaction délimitée avec précision, comme on l'indique dans la section 3.3.2 du présent Manuel. Trois questions sont susceptibles d'être particulièrement importantes : (i) le rôle et l'expertise du prestataire de services d'approvisionnement; (ii) la nature des articles fournis et les risques commerciaux associés à ces articles; et (iii) tous les risques potentiels assumés par le prestataire de services. Ces questions sont abordées dans les sections suivantes.

5.10 Le rôle et l'expertise du prestataire de services d'approvisionnement

5.10.1 Les activités d'approvisionnement comprennent un éventail de fonctions et, dans tous les cas, il faudra identifier les fonctions particulières réellement exercées et évaluer leurs objectifs commerciaux et leur contribution.

En procédant à cette analyse, il peut être utile de considérer deux catégories de fonctions liées à l'approvisionnement : les achats et le sourçage.

5.10.2 Lorsqu'elle fournit un service d'achat, la société d'approvisionnement d'un groupe peut agir sur instruction des entreprises associées pour combler leurs besoins, qui peuvent comprendre les spécifications relatives au produit ou au service, l'identification des fournisseurs et les paramètres qui touchent les volumes, les prix, le calendrier de livraison et d'autres modalités. Dans l'exercice de cette fonction d'achat, la société d'approvisionnement peut fournir une « exécution uniquement » ou exercer une fonction essentiellement administrative liée à la passation des commandes et à la gestion des comptes fournisseurs. Ce rôle ne nécessite pas nécessairement une expertise sur les produits ou les services achetés, les besoins des destinataires ou les capacités des fournisseurs. L'achat centralisé peut consister à transmettre les modalités révisées ou d'autres propositions aux destinataires à des fins d'approbation, mais ne pas comprendre la recherche active d'améliorations ou de solutions de remplacement. Les objectifs commerciaux d'une fonction d'achat centralisée peuvent inclure ceux qui sont décrits aux paragraphes 5.8.1 et 5.8.2.

5.10.3 Le rôle de la fonction de sourçage est plus étendu. Dans l'exercice d'une fonction de sourçage, la société d'approvisionnement peut, entre autres, accomplir certaines tâches conjointement avec les entreprises associées destinataires afin de définir les spécifications initiales et examiner des spécifications de remplacement, identifier les sources potentielles d'approvisionnement en tenant compte des avantages et des inconvénients de stratégies de sourçage particulières, travailler avec les fournisseurs pour comprendre leurs capacités et leurs options et proposer un calendrier d'approvisionnement et d'autres modalités selon les prévisions de production. Ce rôle peut nécessiter une expertise sur les produits ou les services achetés, les besoins des destinataires et les capacités des vendeurs. Il ne s'agit pas d'un rôle administratif d'« exécution uniquement », car il détermine la stratégie de sourçage et implique la gestion des fournisseurs et la prévision de la demande. En plus d'un savoir-faire spécialisé, une telle activité de sourçage peut nécessiter des outils logiciels propriétaires pour évaluer les fournisseurs et gérer la programmation des approvisionnements et les niveaux de stocks. Les objectifs commerciaux d'une fonction centralisée de sourçage peuvent comprendre ceux qui sont décrits aux paragraphes 5.8.4 et 5.8.5.

5.10.4 Les activités de sourçage font intervenir plus de fonctions et d'expertise que les activités qui se limitent aux achats. Par conséquent, l'activité achat et sourçage est généralement plus précieuse pour l'entreprise destinataire qu'un simple service d'achat et devrait donner lieu à une rémunération plus élevée. En évaluant une transaction contrôlée particulière dans le cadre

d'activités d'approvisionnement, il est donc utile de bien comprendre la portée des activités d'achat et l'étendue de toute activité de sourcing.

5.10.5 Bien que les fonctions d'achat aient été considérées séparément des fonctions de sourcing pour mettre en évidence les différences susceptibles d'influer sur les niveaux de rémunération, dans la pratique, les activités exercées peuvent inclure certains aspects des deux catégories de fonctions. Par exemple, il peut arriver qu'une fonction d'achat comprenne certains aspects d'une activité de sourcing, ce qui fait qu'il ne s'agit pas d'une activité d'« exécution uniquement ». L'activité sera donc alors généralement plus précieuse pour les entreprises destinataires qu'une activité limitée aux achats.

5.11 La nature des articles achetés et les risques commerciaux associés à ces articles

5.11.1 Il est important de déterminer, pour délimiter la transaction réelle avec précision, si les biens ou les services fournis par la société d'approvisionnement constituent des dépenses essentielles ou non essentielles pour les entreprises associées destinataires. Les dépenses non essentielles, parfois appelées dépenses indirectes, englobent les biens et les services qui soutiennent les activités commerciales des entreprises associées destinataires à titre accessoire et ne sont pas eux-mêmes transformés en produits finis ou revendus. Les dépenses essentielles, parfois appelées dépenses directes, comprennent les articles qui sont transformés ou revendus dans le cadre des activités des entreprises associées destinataires.

5.11.2 Les dépenses non essentielles – par exemple, la papeterie, l'équipement de bureau, les services téléphoniques, les camionnettes, l'espace médiatique et ainsi de suite – ne sont pas censées représenter un risque clé pour le destinataire ni contribuer notablement au rendement de l'entreprise : un facteur important à tester pour délimiter avec précision la transaction réelle. Ces biens et services sont susceptibles d'être offerts par une série de fournisseurs et, donc, à des prix déjà concurrentiels. Les spécifications devraient être relativement standardisées et inclure peu de possibilités de modifications ou d'améliorations. La fonction de la société d'approvisionnement en ce qui a trait aux dépenses non essentielles peut en grande partie s'apparenter à celle d'un coordinateur ou d'un agent (« *aggregator* ») et comporter comme principaux avantages commerciaux un pouvoir d'achat combiné et des gains d'efficacité à l'échelle de l'EMN en raison des économies de coûts administratifs.

5.11.3 En revanche, les biens et les services essentiels pour l'entreprise – par exemple, le lithium pour un fabricant de batteries lithium-ion, certains ingrédients pour un fabricant de produits alimentaires ou l'énergie pour une

fonderie – peuvent contribuer de manière capitale au rendement de l'entreprise et être associés à des risques cruciaux : un facteur important à tester pour délimiter avec précision la transaction réelle. Les articles peuvent avoir des sources très limitées, l'approvisionnement peut être imprévisible, les prix peuvent être volatils et il peut y avoir des spécifications particulières à respecter ou à contourner. Dans le cas des dépenses essentielles, la fonction de la société d'approvisionnement peut nécessiter une expertise spécialisée et des mesures d'atténuation des risques commerciaux importants pour les entreprises associées destinataires.

5.11.4 Ces facteurs laissent supposer que pour les entreprises associées destinataires, l'approvisionnement est généralement plus précieux lorsqu'il s'attache à des biens et des services essentiels plutôt qu'à des biens et des services non essentiels et, qu'en règle générale, sous réserve d'une détermination minutieuse des fonctions réellement exercées, des actifs réellement utilisés ou fournis et des risques réellement assumés dans le cadre d'une transaction contrôlée spécifique, on s'attend à ce que l'approvisionnement en biens et en services essentiels exige une rémunération plus élevée.

5.12 Risques assumés par la société d'approvisionnement du groupe

5.12.1 On avance parfois qu'une société d'approvisionnement devrait se voir attribuer une rémunération élevée en raison des risques qu'elle prétend assumer. S'il est vrai que l'acceptation d'un risque accru devrait être contrebalancée par une augmentation du rendement escompté, il convient d'être très attentif en examinant les risques assumés par l'entreprise associée qui exerce des activités centralisées d'approvisionnement.

5.12.2 Il est possible d'affirmer que la société d'approvisionnement assume, par exemple, les risques afférents à la possession des stocks (ce qui peut comprendre le risque de variation de la valeur des stocks lié aux fluctuations des prix ou à l'obsolescence ou le risque de coûts supplémentaires causés par le surstockage) puisqu'elle est la partie contractante qui acquiert les biens ou les services et les vend aux entreprises associées destinataires. Or, l'intégration d'une telle société dans le flux de biens ou de services n'est pas susceptible de constituer un accord d'approvisionnement typique, car elle peut potentiellement accroître le nombre de transferts transfrontaliers ainsi que la complexité des droits de douane, et entraîner des coûts supplémentaires de transaction. Par surcroît, avant de vendre directement à la société d'approvisionnement d'un groupe, les fournisseurs peuvent exiger des garanties de la part de la société mère ou des entreprises associées, en raison de craintes soulevées relativement à la solvabilité de la société d'approvisionnement; dans ce cas, il peut y avoir des

transactions intragroupes supplémentaires à examiner. Lorsqu'on établit que les stocks appartiennent à la société d'approvisionnement, il faut réaliser une évaluation du risque. Il conviendra de déterminer si la société d'approvisionnement du groupe ne prend qu'un « titre éclair » dans le cadre de contrats adossés avec les entreprises associées destinataires, ce qui réduit considérablement ou élimine son risque lié aux stocks. Dans la pratique, la société d'approvisionnement qui assume tous les coûts supplémentaires justifie une contrepartie de la part des entreprises associées destinataires, ce qui la protège de l'impact du risque lié aux stocks.

5.12.3 Il conviendra également d'examiner la flexibilité des contrats d'approvisionnement avec les fournisseurs, c'est-à-dire si les volumes d'achat peuvent être réduits lorsque la demande baisse, ce qui diminue ou élimine le risque. Néanmoins, s'il est possible que la société d'approvisionnement subisse des coûts supplémentaires en raison de l'impact du risque lié aux stocks qu'elle assume contractuellement, il faut alors délimiter l'exercice de contrôle du risque conformément aux orientations formulées dans les paragraphes 3.4.4.32 et 3.4.4.35. Conformément à ces orientations, si la société d'approvisionnement ne contrôle pas le risque lié aux stocks qu'elle assume contractuellement parce que, par exemple, elle ne détermine pas les quantités achetées, les niveaux de stocks, le calendrier de production ou les volumes de fabrication, il est peu probable que le risque lui soit attribué à des fins de prix de transfert.

5.12.4 Une société d'approvisionnement peut assumer contractuellement toute une série d'autres risques. Dans de tels cas, il faut mener une analyse similaire à celle décrite ci-dessus ainsi qu'aux paragraphes 3.4.4.32 à 3.4.4.45. Une société d'approvisionnement pourrait prétendre assumer un risque de prix lorsqu'elle s'engage vis-à-vis des entreprises associées destinataires à garantir un certain intervalle de prix ou encore, assumer un risque de volume lorsqu'elle s'engage à fournir un certain volume. Toutefois, ces risques peuvent être réduits ou éliminés si, en pratique, le risque de prix ou de volume retourne aux fournisseurs, conformément aux modalités convenues avec ces derniers. Toute affirmation à l'effet qu'une société d'approvisionnement est exposée au plein impact des risques cycliques liés à la demande et aux prix devrait être examinée avec soin, car il faudrait alors se demander si cette entreprise dispose de l'expertise nécessaire pour évaluer le risque, si elle prend des décisions en rapport avec le risque et si elle a la capacité financière de l'assumer.

5.12.5 Même si la société d'approvisionnement de l'EMN ne peut pas assumer les risques liés aux biens et aux services fournis, il sera nécessaire de déterminer si elle exerce des fonctions de contrôle relativement aux risques assumés par les entreprises associées, car ces fonctions de contrôle des risques doivent être prises en compte pour déterminer le montant et la forme appropriée de

la rémunération (voir le paragraphe 3.4.4.45). Tout particulièrement en ce qui concerne le sourçage d'articles essentiels, indispensables pour l'entreprise, la délimitation précise de la transaction réelle pourrait montrer que l'accès à l'approvisionnement est un risque clé pour l'EMN, et que la société d'approvisionnement du groupe atténue directement le risque de perturbation en acquérant des sources d'approvisionnement fiables ou en explorant des spécifications de remplacement.

5.12.6 Ainsi, en règle générale, les entreprises associées destinataires sont disposées à payer plus cher pour un service d'approvisionnement qui réduit ou élimine leurs risques, mais il faut veiller à ce que les risques aient effectivement été atténués au profit des entreprises associées destinataires et que la société d'approvisionnement du groupe s'en soit chargée en exerçant des fonctions de contrôle des risques.

5.12.7 Une société d'approvisionnement peut elle-même assumer des risques associés au développement et à l'entretien d'outils, de systèmes, de savoir-faire et d'investissements matériels.

5.13 Approvisionnement auprès d'entreprises associées

5.13.1 Il a été supposé dans ce qui précède que la forme d'activité d'approvisionnement intragroupe la plus typique repose sur des activités d'achat auprès de fournisseurs indépendants pour le compte d'entreprises associées destinataires. Il est toutefois possible qu'une EMN utilise une société d'approvisionnement membre du groupe pour effectuer des achats auprès d'autres entreprises associées du groupe. Dans ce cas, le potentiel de réduction des coûts de transaction et de gains d'efficacité découlant de la coordination et du regroupement pourrait s'appliquer à l'EMN de la même manière que dans la situation décrite dans le paragraphe 5.8.1. Comme on l'illustre dans ce paragraphe, au lieu de traiter avec dix fournisseurs indépendants, la société d'approvisionnement du groupe pourrait traiter avec dix entreprises associées, mais le gain d'efficacité lié à la consolidation du processus et à la réduction du nombre de commandes pourrait continuer de s'appliquer.

5.13.2 Toutefois, l'affirmation à l'effet que la société d'approvisionnement d'un groupe joue un rôle qui dépasse la simple fonction d'administration alors qu'elle agit en tant qu'acheteuse intermédiaire auprès d'entreprises associées pourrait ne pas être fondée. La prétention voulant que la société d'approvisionnement d'un groupe joue un rôle de sourçage en participant à la sélection et à la gestion de fournisseurs qui sont en fait des entreprises associées, est probablement difficile à justifier dans le cas d'une EMN intégrée regroupant des entreprises associées conscientes de leurs capacités individuelles et organisées pour accomplir un rôle spécifique dans la chaîne d'approvisionnement de l'EMN. Cette chaîne

d'approvisionnement peut bénéficier d'autres activités centralisées de gestion, mais tout paiement pour trouver un fournisseur déjà repéré et partie à la chaîne d'approvisionnement de l'EMN apparaît difficile à justifier.

5.14 Méthodes de fixation des prix

5.14.1 Aperçu

5.14.1.1 Les principes généraux énoncés dans ce chapitre en matière de prix des services intragroupes sont applicables aux services d'approvisionnement, quelle que soit l'approche intragroupe de facturation : directe ou indirecte (voir la section 5.3.2). En général, lorsque l'activité centralisée d'approvisionnement permet de fournir à de multiples entreprises associées d'une EMN des services qui peuvent être analysés et quantifiés séparément, alors une approche de facturation directe peut être appliquée de manière fiable. Toutefois, dans un grand nombre de ces cas, il n'y a parfois pas d'autre choix que de répartir les frais entre les entreprises associées au moyen d'une méthode indirecte. Une clé de répartition appropriée pourrait reposer sur les valeurs respectives des biens ou des services fournis à ces entreprises associées. En répartissant les frais de manière indirecte, il convient de veiller à ce que toutes les entreprises associées aient bénéficié du même type de service. Par exemple, il se peut que l'activité procure un service d'achat pour certaines entreprises associées, mais un service de sourcing et d'achat pour d'autres; ou encore, il se peut que l'activité d'approvisionnement soit consacrée à des dépenses non essentielles pour certaines entreprises associées, mais à des dépenses essentielles pour d'autres. Dans de tels cas, les frais peuvent différer selon la catégorie des services. Toute facturation indirecte doit tenir compte de ces différences en identifiant, par exemple, les entreprises associées qui utilisent la même catégorie de service, puis en affectant uniquement à ces entreprises associées une part indirecte des frais correspondant à cette catégorie de service.

5.14.1.2 Compte tenu de l'étendue des activités d'approvisionnement et de sourcing, il n'est pas surprenant d'observer toutes sortes de structures de prix dans les contrats conclus avec des prestataires indépendants externes. Ces structures de prix vont des frais liés aux coûts des intrants du prestataire, une structure particulièrement appropriée lorsque la décision d'externaliser vise à réduire les effectifs en transférant le personnel et les coûts associés au fournisseur externalisé; en passant par les frais fixes en pourcentage des dépenses gérées (semblables à une commission), qui peuvent susciter des investissements de la part du prestataire de services; jusqu'aux frais qui intègrent des incitatifs pour le prestataire externalisé sous forme d'un partage des gains. En pratique, on peut observer des structures hybrides, qui combinent une commission sur les dépenses gérées et un élément de partage des gains.

5.14.1.3 Lorsqu'il s'agit de déterminer le prix des activités centralisées d'approvisionnement d'une EMN, les méthodes de prix de transfert peuvent largement refléter toutes ces structures de prix au sein de l'industrie. Une fixation des prix reposant sur les coûts, augmentés d'une marge de pleine concurrence dans le cadre de la méthode CPM ou de la méthode TNMM peut être appropriée; ou des taux de commission comparables dans le cadre de la méthode CUP peuvent être appliqués; ou une forme d'analyse des bénéfices peut être élaborée pour mesurer les gains réalisés grâce aux activités d'approvisionnement et partager ensuite ces gains entre la société d'approvisionnement et les entreprises associées destinataires.

5.14.1.4 Comme dans toute analyse de prix de transfert, le bien-fondé de la méthode dépend essentiellement des faits et des circonstances entourant la transaction contrôlée et de la fiabilité avec laquelle elle peut être appliquée. Ces questions sont examinées plus loin, mais il est utile, au préalable, de rappeler que l'application d'une méthode plutôt qu'une autre peut donner des résultats sensiblement différents, surtout si cette méthode vise plusieurs années.

5.14.2 Exemple d'une activité centralisée d'approvisionnement

5.14.2.1 Les faits suivants sont hypothétiques et illustrent les coûts engagés dans l'exécution des activités (« coûts propres ») et les coûts des biens ou des services fournis dans le cadre de ces activités (« dépenses gérées ») :

Tableau 5.T.1

Exemple d'une activité centralisée d'approvisionnement

	Année 1	Année 2	Année 3
Coûts propres (A)	5 M \$	10 M \$	10 M \$
Dépenses gérées (B)	200 M \$	800 M \$	1600 M \$
<i>Approche du coût majoré</i>			
Exemple de coût basé sur la méthode CPM (A plus marge de 10 pour cent)	5,5 M \$	11 M \$	11 M \$
Bénéfice	0,5 M \$	1 M \$	1 M \$
Coût exprimé en pourcentage de B	2,75 %	1.375 %	0,6875 %
Approche CUP			
Exemple de coût basé sur la méthode CUP (B x 2 pour cent de commission)	4 M \$	16 M \$	32 M \$
Bénéfice	(1 M \$)	6 M \$	22 M \$
Coût exprimé en marge sur A	Non disponible	160 %	320 %

Pour les besoins de l'exemple, on suppose que selon la méthode CPM, la marge est fixée à 10 pour cent et que, selon la méthode CUP, la commission sur les dépenses gérées est fixée à 2 pour cent.

5.14.2.2 Dans cet exemple, il se peut qu'il y ait eu une certaine surcapacité ou que la société d'approvisionnement ait investi quelque peu dans la technologie au cours de sa première année d'existence, ce qui signifie que l'application de la méthode CUP se solde par une perte. Toutefois, à mesure que les dépenses gérées augmentent, l'écart se creuse considérablement entre les bénéfices réalisés selon la méthode CPM et la méthode CUP. Selon une méthode, la marge est fixée à 10 pour cent et, selon l'autre, la marge est fixée à 320 pour cent ; une méthode fixe la commission à 2 pour cent et l'autre, à moins de 1 pour cent. En d'autres termes, durant l'année 3, les entreprises associées destinataires versent à la société d'approvisionnement 32 millions de dollars selon une méthode et 11 millions de dollars selon l'autre. Des éléments de preuve solides et une d'analyse étoffée doivent donc démontrer que la société d'approvisionnement contribue suffisamment aux résultats commerciaux pour justifier le paiement de ces 21 millions de dollars supplémentaires. Puisque les différentes méthodes peuvent produire des résultats très divergents, les différends entre les contribuables et les administrations fiscales à l'égard de la fixation des prix dans le cadre des services d'approvisionnement peuvent porter sur des divergences de vues quant au choix de la méthode appropriée.

5.14.2.3 La méthode CPM et la méthode TNMM basée sur les coûts sont susceptibles d'être appropriées lorsque les activités d'approvisionnement sont constituées principalement de services d'achat plutôt que de services de sourcing (tout service de sourcing étant de portée limitée ou visant des dépenses non essentielles), sont généralement exercées conformément aux instructions des entreprises associées destinataires et ne comprennent pas de prise en charge des risques ni de fonctions de contrôle des risques en lien avec les biens ou les services fournis. Dans un tel cas, la valeur pour l'EMN, qui peut être mesurée de manière appropriée par les frais basés sur les coûts, provient principalement du déploiement efficace des ressources. La marge de pleine concurrence peut être déterminée de manière fiable en référence avec celles des prestataires indépendants de services comparables. À l'instar de nombreux services intragroupes qu'il convient de comparer à ceux des prestataires indépendants, les activités identiques sont rares. Néanmoins, on peut s'attendre à pouvoir identifier des prestataires indépendants de services administratifs largement similaires qui pourraient fournir des marges suffisamment fiables pour former un intervalle. Ces méthodes basées sur les coûts ne devraient pas nécessairement être rejetées même si les activités sont plus étendues et nécessitent plus de ressources, plus d'expertise et, peut-être, des investissements en outils et en logiciels. En pareil cas, la base de coûts de la société d'approvisionnement sera

probablement plus importante, de sorte que la marge calculée sur cette base générera des frais plus élevés.

5.14.2.4 Cependant, lorsque les activités d'approvisionnement sont constituées d'importantes activités de sourcing, ont trait à des biens et des services essentiels, nécessitent des décisions d'affaires cruciales et font intervenir une certaine prise de risque ou l'exécution de fonctions de contrôle des risques, alors les activités influent sur les résultats, ce qui fait que la valeur pour l'EMN peut être corrélée aux revenus ou aux bénéfices. La fiabilité de la comparaison entre la société d'approvisionnement et les prestataires indépendants de services selon une méthode CPM ou la méthode TNMM basée sur les coûts peut être réduite. En revanche, il peut être approprié d'appliquer des taux de commission de pleine concurrence selon la méthode CUP.

5.14.2.5 Dans d'autres situations, il peut y avoir des différences entre les activités d'approvisionnement sur le marché libre et contrôlées; par exemple, les articles fournis peuvent être liés à des dépenses non essentielles plutôt qu'essentielles pour l'entreprise; et la relation entre les taux de commission et les volumes peut ne pas être connue avec certitude. La fiabilité de la méthode CUP peut être améliorée dans ces situations, en gardant à l'esprit qu'en situation de pleine concurrence, les parties destinataires s'attendent de recevoir du prestataire des services d'approvisionnement externalisés des bénéfices supérieurs aux frais qu'elles sont disposées à acquitter. Dans la pratique, on peut donc interpréter et tester le bien-fondé des taux de commission établis par la méthode CUP au moyen d'une approche visant à identifier les bénéfices procurés par les activités d'approvisionnement, puis répartir ces bénéfices entre la société d'approvisionnement et les entreprises associées destinataires sur la base de leurs contributions respectives, y compris toute fonction de contrôle des risques.

5.14.2.6 L'identification des bénéfices ne devrait pas être spéculative ni expressément réalisée à des fins d'analyse des prix de transfert. Elle devrait reposer sur les mesures commerciales utilisées par l'EMN pour évaluer son rendement (voir les exemples illustratifs à la section 5.7.5). En effet, si les bénéfices ne sont pas mesurés par l'EMN autrement que pour les besoins de l'analyse des prix de transfert, cela peut laisser entendre qu'ils ne sont pas commercialement importants et que l'activité contribue peu au rendement de l'entreprise (et peut donc supposer qu'une méthode de prix de transfert basée sur les coûts est plus appropriée). Dans une telle analyse, il faudrait tout d'abord porter une attention particulière à la mesure des bénéfices résultant de l'agrégation des volumes, que l'on devrait attribuer aux entreprises associées qui contribuent au pouvoir d'achat. La part résiduelle des bénéfices peut corroborer les frais

de commission et peut raccourcir l'intervalle des frais potentiellement identifiés par l'analyse CUP. Il peut être difficile de prouver l'existence d'accords de partage des gains entre parties indépendantes s'il n'est pas possible de déterminer de manière fiable comment les paramètres de mesure des gains ont été fixés dans les contrats sur le marché libre, et comment ces paramètres pourraient être adaptés au contrat contrôlé.

5.14.3 Application et interprétation de la méthode CUP à l'aide d'un exemple

5.14.3.1 L'exemple suivant illustre la manière dont les résultats d'une méthode CUP peuvent être interprétés et testés pour justifier leur bien-fondé, puis corroborés par une approche fondée sur le partage des bénéfices. Supposons qu'une activité centralisée d'approvisionnement de la société A comporte des fonctions de sourcing et de gestion des achats pour les dépenses essentielles d'une entreprise de fabrication liée, la société B. La société B achète les marchandises directement auprès des fournisseurs localisés par la société A, de sorte que toute remise de prix attribuable à son volume lui est attribuée directement. Les deux sociétés font partie du groupe ABC. Les dépenses gérées par la société A représentent 80 pour cent du coût des marchandises de la société B. La société A engage des coûts qui se chiffrent à 5 dans le cadre de ses activités d'approvisionnement. La société B vend ses produits finis à des tiers ; les produits sont technologiquement avancés, mais le processus de fabrication lui-même n'est pas unique.

5.14.3.2 On suppose dans l'analyse de comparabilité que les activités de la société A contribuent de manière significative au rendement commercial de la société B, la société A exploitant son savoir-faire pour travailler en étroite collaboration avec les fournisseurs afin d'améliorer les spécifications, de contrôler la qualité, d'évaluer les sources d'approvisionnement de remplacement et d'assurer un approvisionnement ininterrompu. Récemment, le groupe ABC s'est engagé publiquement à recycler et à réutiliser des composants, et la société A s'est employée, dans le cadre de l'initiative avec les fournisseurs, à apporter les changements nécessaires et à atteindre les objectifs du groupe. La direction du groupe ABC suit de près le rendement de la société A au moyen d'indicateurs clés du rendement des activités commerciales de la société B et de ses risques, notamment en matière de niveaux de stock, d'arrêts de production dus à des problèmes d'approvisionnement, de défaillances des produits lors des contrôles de qualité et d'objectifs de recyclage. Le rendement de la société A peut contribuer positivement aux revenus et aux coûts, et donc aux bénéfices de la société B; un mauvais rendement risque d'éroder les bénéfices de la société B.

5.14.3.3 On suppose en outre que la méthode CUP est appropriée. Les taux de commission potentiellement comparables identifiés dans le cadre de transactions sur le marché libre se situent entre 1 et 7 pour cent des dépenses gérées. Il y a des différences entre les comparables potentiels et les activités de la société A, notamment parce que les comparables tendent à ne pas acquérir d'articles essentiels à l'entreprise ni à assumer la responsabilité d'initiatives clés comme le fait la société A, et qu'il n'est pas possible de déterminer de manière fiable comment le volume peut influencer sur les taux de commission.

Supposons que les indicateurs financiers importants de la société B présentent les éléments suivants:

5.14.3.4 Les activités de fabrication de la société B permettent de dégager un bénéfice de 200 avant les commissions, auquel contribue la société A par l'entremise de ses activités d'approvisionnement. Toutefois, les activités de

Tableau 5.T.2

Application et interprétation de la méthode du prix comparable sur le marché libre (CUP)

Ventes à des tiers			1 000	
Coût des marchandises vendues	(500)			Les dépenses gérées par la société A sont de 400. L'intervalle potentiel de prix comparables sur le marché libre compris entre 1 et 7 pour cent équivaut à un intervalle de commissions compris entre 4 à 28
Autres coûts	(300)			
Coûts complets		(800)		
Bénéfice avant les commissions			200	
		<i>Application corroborée par l'approche du partage des bénéfices, telle que décrite dans les paragraphes suivants.</i>		
		(80)		Rendement de référence pour la fabrication (10 pour cent des coûts complets)
			120	Bénéfices résiduels attribuables à la technologie de la société B et aux activités d'approvisionnement de la société A
		(5,25)		Commission courante de la société A (coûts propres de 5, augmentés d'une marge de 5 pour cent)

Table 5.T.2 (suite)

Bénéfices résiduels			114,75	
Redevance hypothétique de 10 pour cent au titre de la technologie			(100)	La société B a mis au point la technologie intégrée dans le produit. L'approche d'évaluation basée sur la méthode de l'allègement de la redevance (méthode des redevances ou <i>relief from royalty</i>) détermine les paiements de redevances hypothétiques qui seraient économisés en possédant l'actif, plutôt qu'en obtenant une licence d'un tiers.
			14,75	Bénéfice de la société B lié aux activités d'approvisionnement de la société A

fabrication de la société B sont renforcées par l'investissement en R&D, qui a amélioré ses produits sur le plan technologique. La société A a également réalisé des investissements incorporels, en particulier en perfectionnant son savoir-faire et ses systèmes propriétaires. Supposons qu'une analyse comparative attribue aux activités manufacturières courantes une marge sur coûts complets de 10 pour cent. En appliquant cette marge aux coûts complets de 800 engagés par la société B, on obtient un bénéfice de 80, ce qui laisse 120 à attribuer. Supposons également que la rémunération des services d'approvisionnement courants peut être évaluée en fonction des coûts augmentés d'une marge de 5 pour cent, ce qui se solde pour la société A par des frais courants de 5,25 relativement à ses coûts de 5. Le bénéfice résiduel de 114,75 est attribuable à l'effet combiné de la technologie de la société B et de la contribution supplémentaire de la société A au rendement commercial de la société B.

5.14.3.5 À ce stade, il peut être possible de partager le bénéfice résiduel de 114,75 en proportion de la part des deux sociétés dans l'investissement incorporel s'il est déterminé que les catégories d'investissement de la société A et de la société B sont suffisamment similaires sur le plan de leur valeur potentielle pour rendre ce partage fiable. Supposons, par ailleurs, que la technologie de la société B peut être évaluée de manière fiable en estimant le montant des redevances qui seraient payables dans des conditions de pleine concurrence si la société B ne possédait pas la technologie, mais devait au contraire obtenir une licence d'un tiers. Supposons en outre que cette évaluation débouche sur une redevance de 10 pour cent. Les bénéfices résiduels de 14,75 correspondent donc aux bénéfices dégagés par la société B par suite de la contribution

supplémentaire à son rendement commercial apportée par les activités d'approvisionnement de la société A.

5.14.3.6 Il peut être possible d'évaluer comment ces bénéfices résiduels de 14,75 devraient être partagés entre les sociétés A et B en se reposant sur les mesures utilisées par le groupe ABC pour surveiller le rendement de la société A. Pour ce faire, il faudrait probablement traduire en impact sur les bénéfices les mesures du rendement sur la base des niveaux de stocks, des arrêts de production dus à des problèmes d'approvisionnement, des défaillances des produits lors des contrôles de qualité et des objectifs de recyclage. Le calcul exigerait la préparation d'hypothèses sur le rendement de base et l'attribution d'une valeur en termes de bénéfices aux variations par rapport au rendement de base. Une telle analyse peut être instructive, mais ne peut être définitive.

5.14.3.7 S'il n'est pas possible de procéder à l'analyse décrite ci-dessus, il faudrait préparer des estimations raisonnables pour partager de façon appropriée le bénéfice résiduel de 14,75 entre les sociétés A et B. L'analyse laisserait immédiatement supposer qu'un paiement de 28 à la société A (une commission de 7 pour cent – au sommet de l'intervalle de prix comparables sur le marché libre – sur les dépenses gérées de 400) attribuerait un montant qui dépasse les bénéfices résiduels dérivés des activités d'approvisionnement (la société A se voit déjà attribuer un rendement de 5,25 pour ses activités courantes, ce qui fait que 22,75 de plus pour arriver à un total de 28 attribuerait près du double du bénéfice résiduel à la société A). Conformément à cette analyse, un taux de commission plus proche de la limite inférieure de l'intervalle de prix est davantage approprié. Si tout le bénéfice résiduel de 14,75 était attribué à la société A, alors la commission maximale serait de 5 pour cent (calculée sur la base du bénéfice résiduel de 14,75 et du rendement courant de 5,25, ce qui donne un paiement de 20, soit 5 pour cent des dépenses gérées de 400). Un paiement de 8 à la société A (ce qui représente une commission de 2,0 pour cent sur les dépenses gérées de 400) se situe au bas de l'intervalle de prix comparables sur le marché libre, mais semble instaurer un partage plus raisonnable des bénéfices résiduels entre les deux sociétés étant donné que c'est la société B qui assume la majorité des risques. Puisque dans le cadre du partage des bénéfices, la société A a déjà obtenu 5,25, les 2,75 supplémentaires à son profit instaurent un partage d'environ 20/80 des bénéfices résiduels de 14,75 en faveur de la société B.

5.14.3.8 Il convient de noter qu'une commission de 8 dans cet exemple correspond à une marge de 60 pour cent sur les coûts propres (5) de la société A. Cette marge est nettement supérieure, par exemple, au taux de rendement des activités de fabrication de la société B. Cette marge relativement élevée ne compromet pas le résultat de cet exemple. L'exemple se veut une illustration des orientations présentées au paragraphe 5.14.2.4, qui énonce que « lorsque

les activités d'approvisionnement sont constituées d'importantes activités de sourcing, ont trait à des biens et des services essentiels, nécessitent des décisions d'affaires cruciales et font intervenir une certaine prise de risque ou l'exécution de fonctions de contrôle des risques, alors les activités influent sur les résultats, ce qui fait que la valeur pour l'EMN peut être corrélée aux revenus ou aux bénéfices ».

5.14.3.9 La fiabilité de la comparaison entre la société d'approvisionnement et les prestataires indépendants de services dans le cadre de la méthode CPM ou d'une méthode TNMM basée sur les coûts peut être réduite. En revanche, l'application de taux de commission de pleine concurrence dans le cadre d'une méthode CUP est probablement appropriée. L'exemple indique comment, dans les circonstances où une méthode CUP est susceptible d'être plus fiable qu'une méthode basée sur les coûts, les intervalles de taux de commission, qui risquent d'être très étendus dans le cadre d'une méthode CUP, peuvent être raccourcis, testés pour justifier leur bien-fondé et corroborés par l'application d'une approche axée sur le partage des bénéfices.

5.14.3.10 En résumé, on peut rarement reproduire dans la pratique les structures de prix utilisées par les prestataires indépendants de services externalisés en raison des difficultés à repérer ces données, à les interpréter de manière fiable dans le contexte du contrat contrôlé et à apporter les ajustements appropriés. La méthode CPM et la méthode TNMM peuvent être appliquées dans la plupart des cas, même lorsque la société d'approvisionnement fournit des services d'experts et emploie un savoir-faire et des outils exclusifs.

5.14.3.11 Lorsque les activités contribuent de manière significative au rendement commercial de l'EMN et requièrent la maîtrise de risques économiquement importants pour cette dernière, d'autres méthodes peuvent être appropriées. Des taux de commission dans les contrats avec des tiers peuvent être disponibles, de sorte que la méthode CUP peut être appliquée de manière fiable. Les taux de commission indicatifs dans le cadre de cette méthode peuvent être corroborés par une approche qui partage les bénéfices soigneusement mesurés entre la société d'approvisionnement du groupe et ses entreprises associées. Des estimations raisonnables peuvent être préparées dans le cadre d'une approche du partage des bénéfices afin d'interpréter et de tester la position appropriée dans l'intervalle de taux de commission établi au moyen de la méthode CUP.

5.14.3.12 Cette section énonce les principes permettant de déterminer quand une méthode peut être plus appropriée qu'une autre pour estimer la commission qui aurait été acceptée par des parties indépendantes. Il faut bien comprendre ces principes pour pouvoir identifier les faits distinctifs pertinents

et en tirer des conclusions cohérentes. Leur application est importante lorsque les résultats peuvent considérablement différer selon la méthode de prix de transfert choisie. L'envergure de résultats considérablement différents est illustrée dans la section 5.14.4; l'exemple est inventé de toutes pièces, mais il est probable que la démonstration soit pertinente pour les activités d'approvisionnement lorsque le montant des dépenses gérées est si élevé par rapport au coût d'exécution des activités que l'écart entre les résultats des deux approches ne peut pas raisonnablement être résolu en adoptant, par exemple, soit des marges élevées dans le cadre de la première méthode soit des taux de commission bas dans le cadre de l'autre. Toutefois, dans la pratique, l'écart n'est pas toujours important, et il ne sert généralement à rien de faire preuve de dogmatisme quant à la méthode appropriée si les résultats obtenus avec chaque méthode convergent. Néanmoins, l'exemple de la section 5.14.4 rappelle également que si la convergence peut raisonnablement être réalisée au cours de la première année, ce résultat ne représente qu'un pragmatisme de court terme. La différence entre les résultats ne reste pas statique, et les années 2 et 3 indiquent qu'une approche fondée sur des principes doit être adoptée pour que les faits distinctifs pertinents puissent être identifiés afin de déterminer quelle méthode est la plus appropriée pour approximer des commissions de pleine concurrence, comme indiqué dans les présentes orientations.

5.14.4 Exemple élargi

Annexe 1 : Exemple de liste de services à faible valeur ajoutée

Exemple : liste de services à faible valeur ajoutée élaborée par la

L'exemple élargi suivant vise à illustrer l'application des orientations contenues dans cette section en démontrant le rôle et l'expertise des prestataires de services d'approvisionnement, la nature des articles fournis et les risques commerciaux associés, les risques assumés ou contrôlés par les sociétés d'approvisionnement d'un groupe et les implications en matière de prix de transfert.

Les faits supposés de l'exemple

Un groupe multinational engagé dans la transformation alimentaire a centralisé ses activités d'approvisionnement dans deux sociétés, la société A, basée en Europe, et la société B, basée en Afrique. Les activités des deux sociétés sont différentes, comme décrites ci-dessous, ce qui permet d'en arriver à des conclusions différentes quant à l'application de méthodes de prix de transfert fiables.

La société A emploie 50 personnes et veille à renforcer l'uniformité des produits et des services fournis au groupe par des fournisseurs indépendants, tout en assurant la meilleure surveillance et le meilleur contrôle possible des coûts. L'analyse montre qu'environ 60 pour cent des dépenses qu'elle gère pour le compte du groupe ne sont pas des dépenses de base : conditionnement, services logistiques, machines de production, équipements et services de technologie de l'information et des communications, équipement et fournitures de bureau. Dans le cadre de ses activités en lien avec ces dépenses, elle assure la liaison avec les autres sociétés du groupe pour comprendre leurs besoins, localiser, sélectionner et renforcer ses relations avec les fournisseurs et négocier les modalités. En pratique, les fournisseurs de matières de conditionnement communiquent régulièrement et directement avec le responsable du développement du groupe ainsi qu'avec le personnel de production des usines de transformation du groupe pour discuter des innovations, des réductions de coûts et des réglementations. Par conséquent, le rôle de la société A en matière d'approvisionnement de matières de conditionnement consiste à passer des commandes selon des spécifications préalablement convenues auprès de fournisseurs déjà sélectionnés et connus. Le groupe a récemment éprouvé des problèmes d'approvisionnement à la suite d'un changement de fournisseur de services logistiques à l'issue d'une procédure d'appel d'offres organisée par la société A. Conformément aux contrôles de gestion du groupe, la décision relative au choix du nouveau fournisseur a été prise par la société mère en fonction de l'analyse fournie par la société A. Les dépenses restantes (40 pour cent) gérées par cette dernière pour le compte du groupe sont essentielles (ingrédients alimentaires). Toutefois, pour ces articles, la société A coordonne et compile les commandes, en fonction des notifications que lui adressent les autres sociétés du groupe, et assure les fonctions administratives de traitement des commandes et des comptes fournisseurs. La société A n'assume aucun risque en ce qui concerne les biens et les services qu'elle achète et ne contrôle pas de risques importants. Le rendement de la société A est mesuré par sa direction sur la base du coût de traitement des commandes.

L'EMN dépend de la durabilité et de la qualité de ses principaux ingrédients de fabrication, et une autre entreprise membre de l'EMN, la société B, assure les fonctions d'approvisionnement et de sourcing pour ces articles essentiels. Cette société a besoin d'un contact permanent avec les sources d'approvisionnement et est basée en Afrique. Elle compte 20 employés. Les employés nouent des relations avec les agriculteurs et fournissent des conseils sur les techniques de culture pour

améliorer les rendements et la qualité. Pour accroître la sécurité de l'approvisionnement, la société B explore de nouvelles régions pour repérer des agriculteurs disposés à utiliser le savoir-faire technologique fourni par la société B. La société B travaille en étroite collaboration avec les sociétés de transformation du groupe pour prévoir la demande résultant de l'évolution des préférences des consommateurs ainsi qu'avec la fonction de développement pour prévoir les besoins de nouveaux ingrédients et repérer les sources d'approvisionnement. Les activités de la société B sont essentielles pour le rendement du groupe et le contrôle des risques économiquement significatifs. Le rendement de la société B est mesuré par sa direction par référence à l'approvisionnement ininterrompu et à l'atténuation des effets de la volatilité des prix pour l'EMN. La société B fait régulièrement rapport à la société mère sur les tendances, les possibilités d'approvisionnement et les risques, et demande l'autorisation d'investir dans de nouvelles régions. La société B satisfait également aux exigences réglementaires du groupe en termes de traçabilité des articles dont elle s'approvisionne. La société B exerce des fonctions administratives liées au traitement des commandes et aux comptes fournisseurs, sauf pour les achats de gros volumes, dont les détails sont transmis et traités par la société A.

Interprétation des faits supposés dans l'exemple à des fins de prix de transfert

La société A exerce une fonction utile pour le groupe, mais cette fonction ne semble pas suffisamment importante pour contribuer sensiblement au rendement de l'entreprise. La société A exerce une fonction administrative d'« exécution uniquement » en lien avec les dépenses essentielles de l'entreprise, sur la base de décisions prises ailleurs dans le groupe. En ce qui concerne les dépenses non essentielles, elles ne sont pas des dépenses de base pour l'entreprise, elles sont largement standardisées et elles peuvent être fournies par une série de fournisseurs facilement identifiables qui se font concurrence sur les prix. Le fait qu'un nouveau fournisseur de services logistiques ait causé des problèmes d'approvisionnement pour le groupe n'est pas attribuable à la société A, sauf si la procédure d'appel d'offres a présenté des failles. Lorsqu'une connaissance approfondie des produits est requise, comme dans le cas du conditionnement, la société A n'a aucun rôle à jouer, si ce n'est celui de traiter les commandes.

Si la société A était rémunérée par le biais de frais de commission (en référence à un pourcentage des dépenses gérées) conformément à la méthode

CUP, qui lui permettrait de réaliser des bénéfices représentant de nombreux multiples de sa propre base de coûts, alors en l'absence d'autres éléments probants, on pourrait craindre que ses activités ne justifient pas une telle évaluation. En l'absence d'éléments probants appropriés, on pourrait également s'interroger si la rémunération de la société A, sur la base de ses activités, comprenait une part des économies réalisées par l'EMN. Le rendement de la société A n'est pas mesuré par la direction par référence aux économies réalisées. Le calcul d'éventuelles économies nécessiterait des faits étoffés, et la société A ne semble pas fournir un apport spécialisé ni contrôler les risques qui justifieraient une participation à des économies quelconques dans le cas où celles-ci pourraient être mesurées de manière fiable. La méthode CPM ou la méthode TNMM basée sur les coûts semble plus appropriée en fonction des faits présentés, sous réserve de la fiabilité avec laquelle ces méthodes peuvent être appliquées dans un cas donné.

La société B est plus petite que la société A sur le plan des effectifs, mais elle se concentre sur les aspects commerciaux cruciaux qui peuvent influencer directement sur la rentabilité du groupe. La société B est profondément engagée dans la recherche de sources d'approvisionnement en éléments essentiels et collabore étroitement avec ses sociétés de transformation associées pour prévoir et satisfaire leur demande. Elle contribue à contrôler les risques économiquement significatifs pour le groupe en surveillant la continuité de l'approvisionnement et la volatilité des prix, et le groupe mesure son rendement en matière de gestion de ces risques.

Si la société B était rémunérée sur la base de ses coûts additionnés d'une marge calculée par référence à des entreprises indépendantes, on pourrait s'interroger sur la fiabilité du point de référence, et en particulier sur la question de savoir si les entreprises indépendantes potentiellement comparables assument la responsabilité de l'approvisionnement en articles essentiels pour leurs clients. Le résultat d'une méthode basée sur les coûts peut sous-estimer la valeur créée par la société B telle que mesurée par l'EMN. Au vu des faits présentés, il est plus probable qu'une méthode qui prend en compte la contribution à la valeur de l'entreprise B soit appropriée. Si des taux de commission négociés dans le cadre de contrats avec des tiers sont disponibles, la méthode CUP pourrait être appliquée de manière fiable. Les taux de commission indicatifs dans le cadre de cette méthode peuvent être corroborés en utilisant une méthode de partage des bénéfices qui repose sur des mesures commerciales des économies réalisées par la direction.

Commission européenne

La liste suivante de services intragroupes à faible valeur ajoutée potentielle est basée sur l'annexe I des « Lignes directrices relatives aux services intragroupes à faible valeur ajoutée » de la Commission européenne (Bruxelles, 25.1.2011 COM (2011) 16 final)⁵⁶. Pour plus d'informations sur les services à faible valeur ajoutée, voir la section 5.5.2.

- Services dans le domaine des technologies de l'information :
 - création, développement et gestion du système d'information;
 - étude, développement, installation et maintenance régulière/extraordinaire de logiciels;
 - étude, développement, installation et maintenance régulière/extraordinaire de matériel informatique;
 - fourniture et transmission de données;
 - services de soutien.

- Services dans le domaine des ressources humaines :
 - activités ayant trait à la législation, aux contrats, à l'administration, à la sécurité sociale et à la fiscalité en relation avec la gestion ordinaire et extraordinaire du personnel;
 - sélection et embauche du personnel;
 - assistance en matière d'orientation professionnelle;
 - assistance en matière de définition des rémunérations et des systèmes de prestations (y compris les plans d'attribution d'options d'achat d'actions);
 - définition du processus d'évaluation du personnel;
 - formation du personnel;
 - mise à disposition de personnel pour une période limitée;
 - coordination du partage des ressources en personnel sur une base temporaire ou permanente et gestion des licenciements.

- Services dans le domaine de la commercialisation :
 - étude, élaboration et coordination des activités de commercialisation;

⁵⁶ Commission européenne (2011). « Lignes directrices relatives aux services intragroupes à faible valeur ajoutée ». Bruxelles: EC. Accessible à l'adresse : https://ec.europa.eu/taxation_customs/system/files/2016-09/c_2011_16_fr.pdf.

- étude, élaboration et coordination des activités de promotion;
- étude, élaboration et coordination des campagnes de publicité;
- études de marché;
- développement et gestion de sites internet;
- publication de magazines distribués aux clients de la filiale (même s'ils concernent le groupe entier).

- Services juridiques :
 - aide à la rédaction et à la révision de contrats et d'accords;
 - consultation juridique permanente;
 - rédaction et commande d'avis juridiques et fiscaux;
 - aide au respect des obligations législatives;
 - assistance en matière de contentieux judiciaire;
 - gestion centralisée des relations avec les compagnies et les courtiers d'assurance;
 - conseil fiscal;
 - études sur les prix de transfert;
 - protection des biens incorporels.

- Services comptables et administratifs :
 - aide à la préparation du budget et des plans d'exploitation, tenue des livres obligatoires et des comptes;
 - aide à la préparation des états financiers périodiques, des bilans ou des relevés comptables annuels et extraordinaires (qui diffèrent des états financiers consolidés);
 - aide au respect des obligations fiscales, telles que la préparation des déclarations fiscales, le calcul et le paiement des impôts, etc.; le traitement des données;
 - audit des comptes de la filiale et gestion du processus de facturation.

- Services techniques :
 - assistance concernant les installations, les machines, l'équipement, les processus, etc.;
 - planification et exécution d'activités de maintenance ordinaires et extraordinaires dans les locaux et les installations;
 - planification et exécution d'activités de restructuration ordinaires et extraordinaires dans les locaux et les installations;

- transfert de savoir-faire technique;
 - communication de lignes directrices relatives à l'innovation en matière de produits;
 - planification de la production pour réduire au minimum la surcapacité et répondre à la demande efficacement;
 - assistance en matière de planification et de mise en œuvre de dépenses d'investissement;
 - contrôle de l'efficacité;
 - services d'ingénierie.
- Services de contrôle de la qualité :
- élaboration de politiques et de normes de qualité pour la production et la prestation de services;
 - aide à l'obtention de certifications de qualité (p. ex. ISO 9000);
 - élaboration et mise en place de programmes satisfaction client.
- Autres services :
- services d'élaboration de la stratégie et de développement des entreprises dans le cas où il existe un lien avec une filiale existante ou devant être établie;
 - sécurité des entreprises;
 - recherche et développement;
 - gestion des biens immobiliers et des installations;
 - services logistiques;
 - gestion des inventaires;
 - conseils relatifs au transport et à la stratégie de distribution;
 - services de dépôt;
 - achat de services et approvisionnement en matières premières;
 - gestion de la réduction des coûts;
 - services de conditionnement.
 - achat de services et approvisionnement en matières premières;
 - gestion de la réduction des coûts;
 - services de conditionnement.

6 Considérations de prix de transfert en matière d'actifs incorporels

6.1 Introduction

6.1.1 Au XXI^e siècle, les actifs incorporels touchent presque tous les aspects de l'activité économique. Ils constituent une source majeure d'avantage concurrentiel durable pour de nombreuses entreprises. Leur importance dans l'économie s'accroît depuis des décennies dans nombre de secteurs. Manifestement, la révolution des technologies de l'information et des communications (TIC) a rendu certaines technologies moins coûteuses et plus puissantes, ce qui a ouvert la voie à l'amélioration des processus d'affaires et à l'innovation dans pratiquement tous les secteurs d'activité. Du fait de cette évolution technologique, les actifs incorporels sont devenus des moteurs de profit de plus en plus importants pour de nombreuses entreprises individuelles. Il est donc impérieux de leur accorder une attention toute particulière dans les analyses des prix de transfert.

6.1.2 Les questions de prix de transfert surgissent de toutes parts lorsque les EMN mettent au point, acquièrent, exploitent ou transfèrent des actifs incorporels. Diverses entités membres d'une EMN peuvent participer à la mise au point des actifs incorporels en exerçant des fonctions de recherche, de développement et de commercialisation, et en finançant les acquisitions et la mise au point de ces actifs. Lorsqu'un membre d'une EMN exerce des fonctions qui contribuent à la mise au point ou rehaussent la valeur des actifs incorporels appartenant à un autre membre du groupe, ce membre doit être rémunéré conformément au principe de pleine concurrence pour ces fonctions.

6.1.3 Diverses entités membres d'un groupe d'EMN peuvent mettre les actifs incorporels à profit dans une large gamme d'activités commerciales. Les droits sur ces actifs peuvent appartenir à l'entité qui les exploite ou avoir été mis à sa disposition par d'autres membres de l'EMN. L'entité du groupe qui met un actif incorporel à la disposition d'un autre membre par transfert, octroi de licence ou par d'autres moyens, doit obtenir une rémunération de pleine concurrence en contrepartie.

6.1.4 La valeur des produits ou des services vendus ou mis à la disposition d'un membre de l'EMN par un autre membre de quelque autre manière peut être rehaussée à l'aide des actifs incorporels détenus ou utilisés par l'entité qui fournit le produit ou le service. Dans ce cas précis, la partie qui fournit le produit ou le service doit obtenir une rémunération de pleine concurrence correspondant à la valeur de ce produit ou de ce service, y compris la rémunération pour la valeur attribuable aux actifs incorporels utilisés pour fournir ce produit ou ce service.

6.1.5 Il convient de résoudre les problèmes de prix de transfert émanant des actifs incorporels en se reportant aux principes fondamentaux présentés dans les chapitres 2, 3 et 4 du présent Manuel. Toutefois, les actifs incorporels sont souvent uniques, il peut être difficile de les évaluer, et la réussite commerciale des EMN peut dépendre de leur rôle crucial. Ils sont donc susceptibles de présenter d'importants défis en matière de prix de transfert tant pour les administrations fiscales que pour les contribuables des pays développés et en développement. Le présent chapitre complète les principes généraux contenus dans les chapitres précédents de manière à fournir des conseils pratiques et ciblés sur les questions de prix de transfert liées aux actifs incorporels.

6.1.6 En procédant à l'analyse des prix de transfert des actifs incorporels il faut se pencher sur : (i) l'identification des actifs incorporels précisément concernés, (ii) la propriété des actifs incorporels au sein de l'EMN, (iii) la valeur des actifs incorporels identifiés, (iv) la manière dont les actifs incorporels contribuent à la création de valeur par l'EMN, et (v) l'identité des membres de l'EMN qui contribuent à la valeur incorporelle et la manière de rémunérer leur contribution. Ce cadre de référence pour l'analyse des prix de transfert en matière d'actifs incorporels est abordé dans les sections suivantes.

6.2 Identification des actifs incorporels

6.2.1 Définition des actifs incorporels

6.2.1.1 L'article 9 du Modèle de convention fiscale des Nations Unies a trait aux conditions applicables aux transactions entre entreprises associées, et ne vise pas à classer ces opérations dans telle ou telle catégorie. L'enjeu fondamental est de déterminer si une transaction se traduit par un transfert de valeur économique d'une entreprise associée à une autre et si ce bénéfice découle de biens corporels, d'actifs incorporels, de services ou d'autres activités. À l'instar d'autres sujets relatifs aux prix de transfert, l'analyse des cas d'utilisation ou de transfert d'actifs incorporels doit débiter par l'identification exhaustive des relations commerciales et financières auxquelles participent les entreprises associées et des aspects économiquement significatifs de ces relations.

Cette approche permet de délimiter avec précision la transaction réelle qui donne lieu à l'utilisation ou au transfert d'actifs incorporels. Toutefois, le fait qu'un élément particulier relève ou non de la définition d'un actif incorporel n'aura que peu de conséquences sur l'analyse, puisque les principes énoncés aux chapitres 2, 3 et 4 s'appliqueront dans tous les cas. La définition présentée ci-après a principalement pour but de faciliter la discussion plutôt que de créer une différence de fond entre les cas portant et ne portant pas sur des actifs incorporels.

6.2.1.2 Certaines difficultés peuvent se présenter dans une analyse des prix de transfert en raison de définitions trop restrictives ou trop générales du terme « incorporel ». Lorsque la définition est trop restrictive, les contribuables ou les gouvernements pourraient faire valoir, à tort, que certains éléments n'entrent pas dans la définition. L'objet de discordes tiendrait à l'absence de rémunération distincte en contrepartie de l'utilisation ou du transfert d'actifs, même lorsque cette utilisation ou ce transfert serait rémunéré s'il avait lieu entre des entreprises indépendantes. Lorsque la définition est trop générale, les contribuables ou les gouvernements pourraient faire valoir, à tort une nouvelle fois, que l'utilisation ou le transfert d'un élément compris dans une transaction entre des entreprises associées doit être rémunéré dans des circonstances où une telle transaction ne serait pas rémunérée entre des entreprises indépendantes.

6.2.1.3 Pour les besoins du présent chapitre, le terme « incorporel » désigne une chose qui n'est pas un actif corporel ni un actif financier, 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 comparables⁵⁷. Reconnaître qu'une chose est incorporelle à des fins juridiques ou comptables est instructif d'entrée de jeu, mais n'est pas déterminant. Les actifs incorporels de valeur ne sont pas tous légalement protégés, enregistrés ou reconnus à des fins comptables.

6.2.1.4 On constate que certains pays utilisent une définition différente dans leur droit interne. Toutefois, indépendamment du fait qu'un élément soit qualifié ou non d'actif incorporel dans le droit interne, l'analyse des prix de transfert sera basée sur la définition ci-dessus. Bien entendu, d'autres facteurs peuvent devoir être pris en compte s'ils ont une incidence sur la fixation des prix entre des parties non liées. Voir, par exemple, les facteurs abordés dans la section 6.2.5 ci-dessous.

⁵⁷Cette définition est la même que celle qui figure dans les rapports du G20 et de l'OCDE sur les actions 8 à 10 du BEPS publiés en octobre 2015. Elle figure maintenant aussi dans les *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert*. (Voir le paragraphe 6.6).

6.2.2 Classification des actifs incorporels

6.2.2.1 Nonobstant ce qui précède, on accole une étiquette à certains actifs incorporels dans certains pays, à l'exemple de celles décrites au paragraphe 6.2.2.3; ce traitement vise souvent les actifs incorporels bénéficiant d'un statut juridique. Bien qu'une telle catégorisation puisse être utile pour identifier les actifs incorporels comme point de départ de l'analyse, l'approche présentée dans ce chapitre pour fixer les prix de pleine concurrence des actifs incorporels n'est pas articulée autour de catégories. Par conséquent, aucune tentative n'est faite pour délimiter avec précision les diverses classes ou catégories d'actifs incorporels ou pour prescrire des résultats appuyés sur ces catégories. Les catégories d'actifs incorporels décrites ci-dessous sont celles qui sont souvent prises en compte dans les analyses de prix de transfert portant sur les actifs incorporels. Ces catégories sont données à titre d'exemple et ne sont pas censées être exhaustives.

6.2.2.2 Il convient de souligner que sur le plan de la fixation des prix de transfert, les renvois généraux à la catégorisation comme ci-dessous ne dispensent ni les contribuables ni les administrations fiscales de procéder à une analyse approfondie des prix de transfert. L'analyse doit identifier les actifs incorporels aussi précisément que possible, en tenant compte des risques effectivement assumés et contrôlés à l'égard des fonctions exercées et des actifs utilisés. Le principe de pleine concurrence est appliqué de la même façon, quel que soit le type d'actif incorporel en cause.

6.2.2.3 On fait couramment la distinction entre les actifs incorporels légalement enregistrés et non enregistrés. Un type d'actif incorporel concerne la propriété intellectuelle, par exemple les marques et les brevets, qui peuvent être enregistrés. D'autres types d'actifs incorporels, tels que les droits d'auteur ou les droits juridiques (y compris les licences) visant l'utilisation des brevets, des œuvres littéraires, des bases de données, des secrets commerciaux ou des dessins et modèles, peuvent être protégés légalement ou contractuellement, même s'ils ne sont pas enregistrés. Tous ces types d'actifs incorporels peuvent être expressément enregistrés, reconnus contractuellement ou protégés légalement, selon les lois et traités nationaux applicables.

6.2.2.4 Comme on l'indique ci-dessus, les actifs incorporels de valeur ne sont pas tous légalement protégés et/ou enregistrés. Le savoir-faire et les secrets commerciaux sont des informations ou des connaissances exclusives qui contribuent à une activité commerciale ou l'améliorent, mais qui peuvent – pour diverses raisons commerciales – ne pas faire l'objet d'un enregistrement de la part de l'entreprise, par choix. Ce savoir-faire peut néanmoins contribuer de manière substantielle au succès de l'entreprise et être important dans certaines situations de prix de transfert.

6.2.2.5 Nonobstant le fait que l'existence et l'étendue des diverses formes de protection contractuelles peuvent influencer sur la valeur d'un actif tel qu'un actif incorporel (et sur les rendements qui lui sont attribuables), l'existence d'une telle protection contractuelle n'est pas une condition nécessaire pour qualifier cet élément d'actif incorporel aux fins de l'établissement des prix de transfert.

6.2.2.6 Conceptuellement, les actifs incorporels peuvent couvrir un large spectre allant d'éléments légalement définis comme les brevets et les marques jusqu'à des catégories plus étendues: meilleures pratiques, procédures internes, capital humain, relations non contractuelles avec des clients ou des fournisseurs et effets de réseau. Ces dernières catégories d'éléments ne sont pas nécessairement définies légalement, mais peuvent, compte tenu des faits et circonstances du cas d'espèce, conférer une valeur qui donnerait lieu à une rémunération entre des parties sans lien de dépendance et, à ce titre, devraient être considérées comme une caractéristique économique pertinente dans toute analyse de comparabilité portant sur l'utilisation ou le transfert d'actifs incorporels.

6.2.2.7 Dans toute réflexion sur les prix de transfert, on peut traiter de certains actifs incorporels parfois qualifiés soit (i) d'actifs incorporels manufacturiers, soit (ii) d'actifs incorporels de commercialisation.

6.2.3 Actifs incorporels manufacturiers

6.2.3.1 Les actifs incorporels manufacturiers peuvent être créés au moyen d'essais et de travaux de recherche et développement (R&D). Le développeur peut tenter de recouvrer les coûts qu'il a engagés dans ces activités en obtenant un rendement sur la fabrication et la vente de produits, les contrats de service ou l'octroi de licences.

6.2.4 Actifs incorporels de commercialisation

6.2.4.1 Les actifs incorporels de commercialisation peuvent être créés au moyen d'activités de commercialisation, contribuer à l'exploitation commerciale d'un produit ou d'un service et/ou avoir une valeur promotionnelle importante pour le produit concerné. Suivant le contexte du cas d'espèce, les actifs incorporels de commercialisation peuvent comprendre, par exemple, des marques, des noms commerciaux, des listes de clients et des relations avec la clientèle, ainsi que des données exclusives sur le marché et la clientèle utilisées dans les activités de commercialisation et la vente de biens ou de services aux clients.

6.2.4.2 Plusieurs activités de commercialisation centrales et locales peuvent se dérouler concurremment au sein des EMN. Dans certains cas, l'équipe locale mène des activités de commercialisation comparables à celles des distributeurs indépendants comparables. En revanche, dans d'autres cas, l'équipe locale mène des activités de commercialisation plus étendues que celles des distributeurs indépendants. Par exemple, il se peut qu'elle élabore de manière autonome des campagnes de commercialisation ou personnalise les offres commerciales au-delà des lignes directrices en vigueur au niveau central. L'équipe locale engage alors des dépenses pouvant dépasser sensiblement celles des distributeurs indépendants comparables. Dans ce dernier cas, l'équipe de commercialisation locale pourrait réussir à mettre au point un actif incorporel de commercialisation.

6.2.4.3 Un concept distinct permet de qualifier un actif incorporel particulier en tant qu'actif « unique et de valeur ». Aux fins de la fixation des prix de transfert, un « actif incorporel unique et de valeur » est un actif incorporel qui ne peut être identifié dans aucune transaction sur le marché libre par ailleurs comparable (unique); et dont on s'attend à ce qu'il confère un important surcroît de valeur aux activités d'une entreprise (actif de valeur).

6.2.4.4 Lorsqu'on examine les activités de commercialisation d'un distributeur local, il faut déterminer :

- si les activités de commercialisation du distributeur X créent ou non un actif incorporel distinct de la marque étrangère;
- et, indépendamment de la réponse à la première question, si les activités de commercialisation du distributeur X en excédent de celles des distributeurs indépendants comparables devraient ou non générer un rendement supérieur à celui de ces comparables. Voir le paragraphe 6.2.4.2 ci-dessus.

6.2.4.5 En fonction du cas d'espèce, les activités de commercialisation complémentaires du distributeur local pourraient donner lieu aux divers résultats que voici :

- a) Les activités peuvent mener à la création d'un actif incorporel local de commercialisation, mais ne génèrent pas un rendement supérieur à celui des distributeurs indépendants par ailleurs comparables, par exemple si l'actif incorporel n'est pas unique, bien que les dépenses engagées soient supérieures à celles des distributeurs indépendants comparables;
- b) Les activités peuvent aboutir à la création d'un actif incorporel local de commercialisation (distinct de la marque étrangère) et générer un rendement supérieur à celui des distributeurs

indépendants par ailleurs comparables, par exemple si l'actif incorporel qui en résulte est unique et de valeur;

- c) Les activités peuvent ne pas donner lieu à la création d'un actif incorporel local de commercialisation et ne pas générer de rendement supérieur à celui des distributeurs indépendants par ailleurs comparables, par exemple si la valeur supplémentaire créée revient au distributeur grâce à une augmentation prévue des volumes de ventes; ou
- d) Les activités peuvent ne pas donner lieu à la création d'un actif incorporel local de commercialisation, mais génèrent un rendement supérieur à celui des distributeurs indépendants par ailleurs comparables, par exemple si les activités de commercialisation du distributeur apportent une contribution de valeur à la marque étrangère.

6.2.4.6 Exemple 1 : Le distributeur X commercialise des produits de marque. Cette marque appartient à une entreprise étrangère affiliée. Supposons que le distributeur X dispose d'une équipe de commercialisation innovante dont les activités vont au-delà de l'application des lignes directrices établies par le propriétaire de la marque. Le distributeur X élabore avec succès des campagnes personnalisées pour le marché local au sein duquel il exerce ses activités. Par conséquent, le distributeur X connaît un très grand succès sur son marché, et ses dépenses de commercialisation sont nettement supérieures à celles des distributeurs indépendants comparables. Supposons que les dépenses de commercialisation supplémentaires ne sont pas remboursées par le propriétaire de la marque étrangère. Dans ce cas, les résultats du distributeur correspondront à ceux du point (b) ou (d) de la liste au paragraphe 6.2.4.5 ci-dessus, c'est-à-dire que le distributeur X obtiendrait un rendement supérieur à celui des distributeurs indépendants par ailleurs comparables.

6.2.4.7 Exemple 2 : Le distributeur Y commercialise des produits de marque. Cette marque appartient à une entreprise étrangère affiliée. Supposons que le propriétaire de la marque étrangère gère une équipe de commercialisation mondiale complète et que le distributeur Y met en œuvre localement les campagnes de commercialisation conçues par le propriétaire de la marque étrangère. En outre, le propriétaire de la marque étrangère rembourse les dépenses de commercialisation du distributeur Y en excédent (le cas échéant) de celles des distributeurs indépendants comparables. Dans ce cas, les résultats du distributeur correspondront à ceux du point (a) ou (c) de la liste au paragraphe 6.2.4.5 ci-dessus, c'est-à-dire que le distributeur Y n'obtiendrait pas un rendement supérieur à celui de distributeurs indépendants par ailleurs comparables.

6.2.5 Autres aspects de l'identification des actifs incorporels

Caractéristiques du marché

6.2.5.1 Les spécificités du marché peuvent influencer sur les conditions de pleine concurrence d'une transaction entre entreprises associées sur ce marché particulier. En réalisant une analyse des prix de transfert qui tient compte des spécificités du marché au sein duquel une ou plusieurs des entreprises associées exercent leurs activités, il convient de faire une distinction entre les caractéristiques du marché local, qui ne sont pas des actifs incorporels, et d'autres caractéristiques – droits contractuels accordant l'exclusivité pour la commercialisation de certains produits ou octrois de licences gouvernementales – qui entrent dans le champ de la définition des actifs incorporels aux fins de la fixation des prix de transfert. Si certaines circonstances économiques prévalant dans un marché (par exemple les coûts de main-d'œuvre) peuvent donner lieu à des économies de localisation, d'autres peuvent exiger de centrer l'analyse sur les enjeux de comparabilité qui ne sont pas directement liés aux économies de localisation. Voir les paragraphes 3.4.5.15 à 3.4.5.17.

Survaleur

6.2.5.2 Les modalités de reconnaissance d'un actif incorporel du point de vue comptable ne sont pas pertinentes pour déterminer si l'actif est bien un actif incorporel dans l'optique des prix de transfert. D'ailleurs à cet égard, la survaleur fait souvent l'objet de grands débats lors des discussions sur les aspects prix de transfert des actifs incorporels dans le cadre des réorganisations d'entreprises.

6.2.5.3 Selon le contexte, les termes « survaleur » et « valeur d'exploitation » peuvent être utilisés pour désigner un certain nombre de concepts différents :

- Dans certains contextes d'évaluation d'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 (voir l'exemple au paragraphe 6.2.5.11);
- Par ailleurs, la survaleur est parfois décrite comme une représentation des avantages économiques futurs associés à des actifs commerciaux qui ne sont pas identifiables 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 » désigne parfois la valeur

supplémentaire rattachée à un bien en tant que partie intégrante d'une activité commerciale durable;

- Le terme renvoie aussi parfois à la valeur conférée par la capacité d'un commerce ou d'une entreprise (ou d'une partie d'un commerce ou d'une entreprise) à demeurer en exploitation ou à générer des revenus sans interruption, nonobstant tout changement de propriété et abstraction faite de tout actif incorporel; et
- Il arrive également qu'on le désigne comme la valeur de l'ensemble des actifs d'une entreprise en exploitation qui excède la somme des valeurs des différents actifs considérés séparément.

6.2.5.4 Il est généralement admis que la survaleur et la valeur d'exploitation ne peuvent être ni dissociées ni transférées séparément des autres actifs commerciaux.

6.2.5.5 Il n'est pas nécessaire, pour les besoins du présent chapitre, de définir de façon précise la survaleur ou la valeur d'exploitation dans l'optique des prix de transfert ni d'établir dans quelles circonstances la survaleur ou la valeur d'exploitation peut constituer ou non un actif incorporel. Il est toutefois important de reconnaître qu'une part importante et monétairement significative de la rémunération versée entre deux entreprises indépendantes pour le transfert d'une partie ou de la totalité des actifs d'une entreprise en exploitation peut représenter une rémunération au titre d'un élément évoqué dans l'une ou l'autre des descriptions de la survaleur ou de la valeur d'exploitation.

6.2.5.6 Lorsque des transactions similaires ont lieu entre des entreprises associées, cette valeur doit être prise en compte pour déterminer le prix de pleine concurrence applicable à ces transactions. 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 dans le cadre d'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.

6.2.5.7 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 ou d'un autre actif incorporel, cette valeur de notoriété doit être adéquatement prise en compte pour déterminer la rémunération versée à la contrepartie.

6.2.5.8 Si les caractéristiques d'une entreprise telles que sa réputation de produire des biens ou de fournir des services de très grande qualité lui permettent de facturer des prix plus élevés que ne le ferait une entité privée

d'une telle réputation, et si ces caractéristiques peuvent être considérées comme constitutives de la survaleur ou de la valeur d'exploitation conformément à l'une ou l'autre des définitions de ces termes, alors ces caractéristiques doivent être prises en compte en établissant le prix de pleine concurrence de ces biens ou services vendus entre entreprises associées, que ces caractéristiques soient ou non considérées comme des éléments de la survaleur. En d'autres termes, toutes les contributions à la valeur doivent être rémunérées conformément au principe de pleine concurrence, quelle que soit l'appellation qui leur est donnée.

Affectation du prix d'acquisition

6.2.5.9 Lorsqu'une EMN acquiert une société, un groupe de sociétés ou une activité commerciale, elle est susceptible de procéder à l'affectation du prix d'acquisition à des fins de comptabilité financière (fréquemment désignée sous le terme « PPA » ou *Purchase Price Allocation*). L'affectation du prix d'acquisition fournit généralement une évaluation financière des actifs corporels et incorporels sous-jacents ayant été identifiés. Dans les cas où un ou plusieurs actifs incorporels sont transférés une nouvelle fois après leur acquisition, par exemple dans le cadre d'une réorganisation d'entreprises, la question se pose de savoir dans quelle mesure l'affectation du prix d'acquisition peut fournir une base utile pour l'évaluation du ou des actifs incorporels transférés une nouvelle fois.

6.2.5.10 La survaleur selon la PPA à des fins de comptabilité financière est définie mécaniquement comme la différence entre le prix d'acquisition (généralement d'une société ou d'une activité commerciale) et l'évaluation des actifs corporels et incorporels sous-jacents identifiés. Si l'affectation du prix d'acquisition peut constituer un bon point de départ pour identifier les actifs incorporels et reconnaître leur valeur, il convient de noter que toute évaluation incorrecte d'un actif corporel ou incorporel sous-jacent identifié (due, par exemple, à des synergies non prises en compte, à d'autres sources de valeur non prises en compte ou à des erreurs de mesure) influe mécaniquement sur l'évaluation de la survaleur, comme illustré ci-dessous.

6.2.5.11 Exemple : Illustration de l'affectation du prix d'acquisition

Supposons que la société B acquiert la société A au prix de 1 000. Dans sa PPA pour les besoins des comptes financiers consolidés, la société B affecte aux actifs corporels et incorporels sous-jacents le prix d'acquisition qu'elle a payé pour acquérir la société A. Ce faisant, les actifs

PARTIE B : CONSIDÉRATIONS DE PRIX DE TRANSFERT EN
MATIÈRE D'ACTIFS INCORPORELS

identifiés de la société A font l'objet d'une évaluation. La survaleur sera comptabilisée au titre de la valeur résiduelle comme suit : Supposons que la société B acquiert la société A au prix de 1 000. Dans sa PPA pour les besoins des comptes financiers consolidés, la société B affecte aux actifs corporels et incorporels sous-jacents le prix d'acquisition qu'elle a payé pour acquérir la société A. Ce faisant, les actifs identifiés de la société A font l'objet d'une évaluation. La survaleur sera comptabilisée au titre de la valeur résiduelle comme suit :

Actifs corporels :	100
Somme des brevets 1, 2 et 3 (évalués séparément) :	150
Marque :	250
« Survaleur » non affectée	<u>500</u>
Affectation du prix total d'acquisition :	1 000

Supposons que dans le contexte post-acquisition, les brevets seront exploités ensemble afin d'en tirer des avantages synergiques. Supposons que la somme des valeurs individuelles des brevets 1, 2 et 3 est de 150, mais que s'ils étaient vendus en tant qu'ensemble, leur valeur serait de 250, en raison de la valeur accrue dérivée de l'exploitation interdépendante des brevets.

Dans un tel cas, si la transaction analysée est la vente des brevets 1, 2 et 3 en tant qu'ensemble, une partie de la survaleur mesurée par l'affectation du prix d'acquisition devrait être affectée à la valeur de cet ensemble. Le résultat serait le suivant:

Actifs corporels :	100
Brevets 1, 2 et 3 (évalués ensemble) :	250
Marque :	250
« Survaleur » non affectée	<u>400</u>
Affectation du prix total d'acquisition :	1 000

6.2.5.12 Exemple : Transfert de survaleur en lien avec les licences de forage de MineCo

Supposons que MineCo possède deux licences gouvernementales, la première pour ses activités de forage pétrolier en Ruritania et la deuxième, pour l'exploitation du réseau existant de plateformes pétrolières du pays. La licence de forage pétrolier a une valeur marchande autonome de 70, et la licence d'exploitation des plateformes pétrolières a une valeur marchande autonome de 30. MineCo ne possède aucun autre actif.

ExtraCo acquiert 100 % des participations dans MineCo, son concurrent indépendant, pour un prix de 150. En réalisant l'affectation du prix d'acquisition en lien avec l'acquisition, ExtraCo attribue 70 à la licence associée à l'activité de forage, 30 à la licence liée à l'exploitation des plateformes pétrolières et 50 (le montant restant) à la survaleur résultant de l'existence de synergies créées en considérant en tant qu'ensemble les licences de forage et d'exploitation.

Dans le prolongement direct de l'acquisition, MineCo transfère les deux licences susmentionnées à Extra1, une filiale d'ExtraCo. En procédant à une analyse des prix de transfert en vue de déterminer la contrepartie de pleine concurrence qu'Extra1 doit payer à l'égard de la transaction avec MineCo, le contribuable fixe la valeur de la transaction combinée à 100, soit la somme des valeurs marchandes des deux licences considérées séparément.

Dans ce cas, pour calculer la contrepartie de pleine concurrence, il convient de tenir compte de la survaleur présumée par suite du transfert groupé des licences par MineCo, car une partie agissant dans des conditions de libre concurrence serait prête à payer plus de 100 pour des actifs combinés d'une valeur de 150.

Synergies de groupe

6.2.5.13 Les entreprises associées membres d'une EMN peuvent, en raison de l'existence de l'EMN, bénéficier d'interactions ou de synergies qui ne sont généralement pas accessibles aux entreprises indépendantes : par exemple, une gestion rationalisée, l'élimination des doubles emplois coûteux, les économies d'échelle, les systèmes intégrés et le pouvoir d'achat ou d'emprunt. Ce type de synergie ne constitue pas un actif incorporel, car il ne peut pas être détenu ou contrôlé par une entreprise conformément à la définition au

paragraphe 6.2.1.3. Toutefois, les synergies de groupe peuvent influencer sur la détermination des prix et des autres conditions de pleine concurrence des transactions contrôlées. La section 2.5.5 fournit des orientations sur le traitement réservé aux synergies de groupe dans l'optique de la détermination des prix de transfert.

Effectifs en place

6.2.5.14 Un autre aspect important dont il faut tenir compte dans une analyse des prix de transfert peut être la présence d'effectifs qualifiés et compétents.

6.2.5.15 En général, la présence d'effectifs ne nécessite pas une rémunération distincte aux fins de la fixation des prix de transfert. En effet, la valeur fournie par la main-d'œuvre est généralement reflétée dans la contrepartie de pleine concurrence payée pour les biens qu'elle produit ou les services qu'elle fournit. En revanche, les droits découlant des contrats – qui peuvent englober l'utilisation des effectifs en place – pourraient constituer un actif incorporel au sens du paragraphe 6.2.1.3.

6.2.5.16 Une autre situation concerne le transfert d'un collectif de travail, par exemple dans le cadre d'une réorganisation d'entreprises. Un tel transfert peut être justifié pour diverses raisons, comme la possibilité pour le cessionnaire de ne pas avoir à embaucher et former un nouvel effectif. Toutefois, le transfert d'un collectif de travail peut entraîner certaines obligations pour le cessionnaire si certains contrats doivent être résiliés dans le cadre de la mise en œuvre du plan de réorganisation d'entreprises. Dans un tel cas, la méthode de prix de transfert la plus appropriée choisie ainsi que le calcul de toute indemnité potentielle doivent tenir compte de ces éléments.

6.2.5.17 Dans l'optique des prix de transfert, il est important de faire la distinction entre le transfert d'un collectif de travail en lien avec une réorganisation d'entreprises et le simple détachement d'employés qui se fait couramment dans toutes les EMN. En règle générale, il est très rare que le transfert d'un employé entre membres d'un groupe multinational soit rémunéré au-delà du simple remboursement des coûts salariaux et connexes ou de la rémunération des services fournis par l'employé en détachement.

6.2.5.18 L'utilisation ou le transfert d'une partie ou de la totalité des employés ne constitue pas, en soi, un transfert d'actifs incorporels. Toutefois, il peut également arriver que le transfert de certains employés s'accompagne d'un transfert d'actifs incorporels – tels que le savoir-faire – entre deux entreprises associées.

6.2.5.19 Exemple : Algorithme de fixation des prix

Supposons que plusieurs employés de la société G aient conçu au fil des ans un algorithme permettant d'établir avec précision les prix d'instruments dérivés. L'algorithme appartient à la société G puisqu'il a été conçu par des personnes en leur qualité d'employés de la société G. Supposons que ces employés soient détachés par la société G auprès de la société M associée. Le détachement du personnel de la société G auprès de la société M ne constitue pas un transfert de bien incorporel.

Supposons maintenant que, dans le cadre de leur détachement, les employés mettent l'algorithme à la disposition de la société M afin de l'aider dans ses activités commerciales, et que la société G y consente. Cela pourrait signifier que la société G met à la disposition de la société M un actif incorporel, c'est-à-dire l'algorithme, pour lequel celle-ci pourrait devoir verser une contrepartie de pleine concurrence à la société G.

6.3 Propriété des actifs incorporels et transactions portant sur des actifs incorporels

6.3.1 Cadre analytique pour l'utilisation ou le transfert d'actifs incorporels

6.3.1.1 L'application du principe de pleine concurrence aux transactions portant sur l'utilisation ou le transfert d'actifs incorporels n'est pas fondamentalement différente de celle qui porte sur des actifs corporels ou des services. En effet, le principe de pleine concurrence exige dans les deux cas une analyse de comparabilité approfondie axée sur l'identification des entités qui exercent des fonctions, utilisent ou apportent des actifs (y compris du financement) et assument des risques.

6.3.1.2 Sur la base de ce qui précède, les orientations sur les aspects des prix de transfert propres aux actifs incorporels doivent être placées dans un contexte élargi de compréhension de la transaction précisément délimitée, ce qui signifie qu'il faut identifier, dans la chaîne de valeurs, comment les entreprises associées contribuent aux fonctions exercées, aux actifs utilisés et aux risques assumés.

6.3.1.3 Le cadre employé pour l'analyse des transactions portant sur l'utilisation ou le transfert d'actifs incorporels entre des entreprises associées repose sur les étapes suivantes :

6.3.1.4 Recherche des faits relatifs à l'actif incorporel :

- Identifier les actifs incorporels spécifiques à la transaction entre les entreprises associées (voir le sous-chapitre 6.2);
- Identifier la propriété juridique des actifs incorporels sur la base des enregistrements, contrats et autres documents pertinents (voir la section 6.3.2 ci-après); et
- Identifier les contributions apportées en matière de DAEMPE (mise au point, acquisition, amélioration, entretien, protection et exploitation) aux actifs incorporels spécifiques à la transaction (voir les sections 6.3.3 et 6.3.4 ci-après).

6.3.1.5 Recherche des faits relatifs à la transaction portant sur *l'utilisation ou le transfert* des actifs incorporels :

- Identifier les autres modalités contractuelles associées aux transactions (le cas échéant), y compris les modalités de paiement et d'utilisation des actifs incorporels transférés ou utilisés; et
- Identifier les entreprises associées qui exercent les fonctions, utilisent les actifs et assument contractuellement les risques associés aux transactions portant sur les actifs incorporels. Les orientations des chapitres 3 et 4 devraient servir de référence.

6.3.1.6 Évaluation de la **conformité au principe de pleine concurrence de la rémunération** de la transaction portant sur l'utilisation ou le transfert des actifs incorporels entre les entreprises associées :

- Évaluer la concordance des modalités des accords contractuels pertinents avec la conduite réelle des parties : c'est-à-dire déterminer si la conduite des parties est conforme à la prise en charge contractuelle des risques économiquement significatifs liés à l'actif incorporel, et si ces parties contrôlent effectivement les risques et ont la capacité financière de les assumer (voir la section 3.4.3);
- Délimiter, compte tenu de ce qui précède, la transaction réelle portant sur l'utilisation ou le transfert de l'actif incorporel entre les entreprises associées; et
- Déterminer le prix de pleine concurrence des transactions mentionnées ci-dessus sur la base des contributions de chaque partie à la valeur économique générée par l'actif incorporel (sauf dans les circonstances exceptionnelles décrites dans le chapitre 3, au paragraphe 3.3.2.2, par exemple lorsque les accords considérés dans leur ensemble ne sont pas rationnels sur le plan commercial).

6.3.1.7 Il est important de noter qu'un résultat de pleine concurrence sera atteint en fixant le prix de la transaction délimitée avec justesse dans la vaste majorité des cas de transferts intragroupes d'actifs incorporels.

6.3.1.8 Toutefois, dans certaines circonstances exceptionnelles, les autorités fiscales peuvent éventuellement requalifier la transaction en fonction de ses caractéristiques économiques réelles. Pour une discussion plus détaillée sur ce risque, voir la section 3.3.2.

6.3.1.9 Du point de vue de l'administration fiscale, il est clair que la requalification des transactions en matière d'actifs incorporels pose des risques réels. En effet, cette solution peut éventuellement augmenter le risque de double imposition, sans qu'on puisse raisonnablement s'attendre à un allègement transfrontalier si les pays ne s'entendent pas sur un ensemble de principes communs. Les répercussions sur les coûts des activités commerciales dans le pays pourraient être suffisamment importantes pour décourager les échanges et les investissements transnationaux et nuire au développement. Comme on l'a déjà indiqué dans d'autres parties du présent Manuel, s'il est vrai que chaque pays est l'artisan de son propre système fiscal, le désir d'éviter la double imposition a été un facteur important dans la très large reconnaissance du principe de pleine concurrence à l'échelle internationale.

6.3.2 Propriété juridique et modalités contractuelles

6.3.2.1 Les droits légaux associés à un actif incorporel constituent le point de départ de l'analyse. On les découvre dans les enregistrements, les contrats ou d'autres écrits transmis entre les parties. Ils permettent d'identifier le propriétaire légal de l'actif incorporel et de clarifier les rôles, les responsabilités et les droits associés aux parties à la transaction portant sur l'actif incorporel. Les modalités contractuelles de paiement (par exemple, les accords de licence) peuvent indiquer comment les recettes et les dépenses de l'EMN sont réparties, ainsi que la forme et le montant des paiements. Il arrive aussi que ces modalités contractuelles désignent, par exemple, la ou les parties qui se verront attribuer les pertes ou les gains imprévus résultant de l'exploitation de l'actif incorporel.

6.3.2.2 L'actif incorporel sous licence prend deux formes distinctes, chacune étant associée à un titulaire différent : l'actif incorporel sous licence d'une part et les droits acquis par le cessionnaire d'autre part. Le fait qu'un actif incorporel soit sous licence ne change en rien sa propriété juridique, mais crée plutôt un droit d'utilisation distinct pour le cessionnaire.

6.3.2.3 Le ou les titulaires légaux seront considérés comme les seuls propriétaires de l'actif incorporel aux fins de l'établissement des prix de transfert. Si

aucun propriétaire légal n'est identifié, alors le membre du groupe qui contrôle les décisions concernant l'exploitation de l'actif et peut en pratique restreindre son utilisation par des tiers sera considéré comme le propriétaire légal.

6.3.2.4 La propriété légale ne confère en soi aucun droit de conserver in fine les revenus tirés de l'exploitation d'un actif incorporel, même si ces revenus pouvaient avoir été initialement attribués au propriétaire légal de cet actif, conformément aux modalités contractuelles. En d'autres termes, le propriétaire légal d'un actif incorporel n'aura pas droit, du seul fait de son droit de propriété, aux revenus tirés de cet actif. En effet, il ne serait pas conforme au principe de pleine concurrence de priver des fruits d'un actif les entités ayant contribué directement ou significativement à sa mise au point, en attribuant la propriété juridique à d'autres par une simple transaction sur papier. Toutes les parties qui ont apporté une contribution doivent être rémunérées de manière appropriée – non pas le propriétaire légal exclusivement.

6.3.2.5 Les actifs incorporels peuvent générer plusieurs types de rendements : rendement approprié des fonctions liées à la mise au point, rendement approprié lié au financement, rendement approprié lié à l'exploitation et rendement approprié lié à la prise de risque (le rendement dans ce dernier cas pouvant être positif ou négatif, dans la mesure où les risques se matérialisent et à quel degré).

6.3.2.6 Ainsi, supposons que le propriétaire légal d'un actif incorporel n'a pas financé son acquisition (que ce soit auprès d'un tiers ou d'une entreprise associée) ou sa mise au point. Supposons en outre que ce propriétaire légal n'assume aucun risque en lien avec cet actif incorporel. Supposons enfin, qu'exception faite de la protection juridique de l'actif, il n'exerce aucune autre fonction, et, tout particulièrement, aucune fonction liée à l'amélioration, l'entretien ou l'exploitation directe ou indirecte de cet actif. Dans un tel cas, le propriétaire légal ne devrait avoir droit à aucune part du rendement escompté (ex ante) pour la mise au point ou l'acquisition, l'amélioration, l'entretien ou l'exploitation commerciale de l'actif incorporel au-delà de la rémunération appropriée pour sa fonction de protection juridique. Cette situation est illustrée dans l'exemple ci-après.

6.3.2.7 Exemple : Financement de l'activité de R&D par RCo – Supposons que RCo est membre d'un groupe multinational exerçant des activités de R&D, de fabrication et de distribution d'accessoires électroniques. RCo finance ses propres activités de R&D. Lorsque les activités de R&D de RCo débouchent sur des inventions brevetables, tous les droits sur les brevets sont attribués sans contrepartie à une entreprise affiliée LCo, laquelle agit de facto en qualité de société de propriété intellectuelle du groupe. LCo concède des brevets sous licence à RCo pour ses activités de fabrication et de distribution. LCo n'exerce

aucune fonction liée à l'amélioration, l'entretien ou l'exploitation des brevets. LCo n'emploie que deux juristes chargés de l'administration de ses brevets aux fins d'enregistrement des actifs incorporels générés par les fonctions de R&D exercées couramment par la société RCo.

6.3.2.8 Dans cet exemple, en délimitant avec précision la transaction, on pourrait démontrer que RCo exerce toutes les activités à valeur ajoutée associées à l'actif incorporel et assume tous les risques significatifs. En particulier, une solution envisageable consisterait à considérer, compte tenu des faits et des circonstances du cas d'espèce, que le transfert de la propriété juridique des brevets à LCo conjugué à l'accord de licence simultané avec RCo traduit, dans sa véritable intention économique, un accord de service entre RCo et LCo pour l'administration des brevets. Il s'ensuivrait que RCo devrait avoir droit au rendement réel associé à l'exploitation commerciale de l'actif, duquel on retrancherait une rémunération de pleine concurrence pour les fonctions de protection juridique exercées par LCo.

6.3.3 Importance des activités « DAEMPE »

6.3.3.1 DAEMPE signifie « Mise au point (*Development*), Acquisition (*Acquisition*), Amélioration (*Enhancement*), Entretien (*Maintenance*), Protection (*Protection*) et Exploitation (*Exploitation*) » des actifs incorporels.

6.3.3.2 Les actifs incorporels sont généralement soumis au même parcours analytique que les autres types d'actifs, mais certains de leurs aspects justifient généralement un examen particulièrement minutieux lors de la collecte des faits. Il s'agit des aspects suivants :

- La mise au point ou, à défaut, l'acquisition d'actifs incorporels auprès de tiers (c'est-à-dire comment l'actif incorporel est devenu la propriété du groupe multinational);
- L'amélioration des actifs incorporels;
- L'entretien des actifs incorporels;
- La protection des actifs incorporels; et
- L'exploitation des actifs incorporels (qu'il s'agisse d'une exploitation directe ou indirecte, par le biais de licences).

6.3.3.3 Ces objets d'analyse sont parfois appelés les « contributions DAEMPE ». Pour évaluer les transactions portant sur des actifs incorporels, il est important de bien comprendre toutes ces contributions, car certaines d'entre elles, et parfois toutes, peuvent participer substantiellement à la création de valeur et exiger une rémunération conséquente. Si les activités DAEMPE

peuvent sembler se limiter à des fonctions, en fait, il arrive souvent qu'elles se traduisent également par des apports d'actifs et des prises en charge de risques. Par exemple, une société pharmaceutique peut s'engager à entreprendre des activités de R&D afin de mettre au point un médicament avec un potentiel de grand succès. Or, le « D » (mise au point) de DAEMPE traduit, en plus des fonctions de R&D, l'engagement à fournir des actifs pour financer le développement et la prise en charge de risques potentiellement significatifs.

6.3.3.4 Il convient de fournir une explication technique au sujet des termes « DAEMPE » et « DEMPE ». En faisant référence au terme « DAEMPE » dans le Manuel des Nations Unies, l'intention n'est pas de s'écarter des orientations du G20 et de l'OCDE contenues dans le rapport final sur les actions 8 à 10 du BEPS, mais plutôt de préciser que des actifs incorporels peuvent être acquis par un groupe multinational au moyen d'activités de mise au point ou d'une acquisition auprès d'un tiers. Voir par exemple le paragraphe 6.49 des Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert.

6.3.4 Fonctions, actifs et risques contribuant aux activités « DAEMPE »

6.3.4.1 Comme on l'indique au paragraphe 6.3.3.2, pour délimiter avec précision les transactions portant sur l'utilisation ou le transfert d'actifs incorporels entre entreprises associées, il faut déterminer lesquelles des entreprises associées contribuent à la mise au point ou à l'acquisition, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation des actifs incorporels (« DAEMPE »). Ce processus permet de déterminer quelles sont les entités qui exercent les fonctions, apportent les actifs et assument les risques dans les transactions portant sur les actifs incorporels.

6.3.4.2 L'identification des contributions importantes à la mise au point ou à l'acquisition, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation peut avoir un impact significatif sur le choix de la méthode de prix de transfert la plus appropriée. L'importance relative de ces contributions variera en fonction du secteur d'activité, du type d'actif incorporel, de l'étape du cycle de vie de l'actif incorporel et de la chaîne de valeurs de l'EMN en lien avec cet actif incorporel. Les fonctions importantes peuvent soit être exercées en interne, soit être externalisées par le propriétaire légal de l'actif incorporel.

6.3.4.3 Par exemple, un actif incorporel pleinement mis au point et immédiatement exploitable acheté auprès d'un tiers peut ne nécessiter aucune fonction de mise au point, d'entretien ou d'amélioration. Dans ce cas, les fonctions essentielles liées à l'acquisition de l'actif incorporel comprennent celles qui sont nécessaires pour choisir l'actif le plus approprié sur le marché; analyser ses bénéfices escomptés; prendre la décision de saisir l'opportunité

porteuse de risque en se portant acquéreur de l'actif; conclure la transaction d'acquisition comme telle. Le financement nécessaire à l'acquisition de l'actif incorporel est un actif clé.

6.3.4.4 Pour ce qui est des actifs incorporels mis au point en interne, les fonctions importantes en lien avec leur mise au point sont celles qui sont exercées pour choisir le projet de recherche et de développement le plus approprié, en analyser les bénéfices escomptés et prendre la décision de saisir l'opportunité porteuse de risque en finançant les activités de mise au point et en exerçant la fonction de R&D. Le financement nécessaire à la mise au point de l'actif incorporel est un actif clé.

6.3.4.5 Autant pour ce qui est des actifs incorporels acquis que pour ceux mis au point en interne, le type de rendement garanti par l'apport de fonds dépendra de l'étendue des fonctions exercées et du risque assumé par l'entité de financement. Voir les sections 6.3.5 et les suivantes pour plus de détails.

6.3.4.6 Dans certains cas, un actif incorporel acquis peut nécessiter une mise au point ultérieure avant d'être pleinement exploitable. Dans ces cas, une combinaison de contributions liées à l'acquisition et à la mise au point de l'actif incorporel sera nécessaire.

6.3.4.7 Exemple : MMD Co.

Supposons que MMD Co. est une société de vêtements de sport dans le pays Y. Elle possède la marque « MMD » pour laquelle elle conçoit et finance des campagnes de commercialisation mondiales. La marque MMD est bien connue sur le marché et génère un rendement supérieur à celui de ses concurrentes. MMD Co. mène des activités de R&D, et conçoit et fabrique des chaussures de sport sous la marque « MMD ». Les chaussures fabriquées par MMD Co. sont vendues sur différents marchés par l'intermédiaire d'un réseau de détaillants tiers. MMD Co. possède une entité de facturation affiliée, SCo. Supposons que SCo n'apporte aucune contribution DAEMPE en lien avec la marque MMD et la conception de la chaussure. SCo exerce uniquement des activités de facturation. Compte tenu des faits décrits ci-dessus, toute analyse des prix de transfert correctement menée conclurait que SCo n'a aucun droit sur le rendement tiré de l'exploitation des actifs incorporels associés à la marque « MMD », au-delà d'une rémunération appropriée pour ses activités de facturation.

6.3.5 Risques

6.3.5.1 Une analyse de comparabilité (y compris fonctionnelle) serait incomplète à moins que les risques économiquement significatifs assumés par chaque partie à la transaction contrôlée ne soient identifiés pour délimiter la transaction réelle portant sur l'utilisation ou le transfert d'actifs incorporels.

6.3.5.2 Les orientations du chapitre 3, en particulier sur le contrôle et l'atténuation des risques et sur la capacité financière à les assumer, sont applicables à l'analyse des actifs incorporels. Les risques susceptibles d'être particulièrement pertinents pour les transactions portant sur ce type d'actifs sont notamment les suivants :

- Risques liés à la mise au point de l'actif incorporel: afin de décider s'il convient ou non de prendre ces risques, il faut évaluer le potentiel de l'actif à créer des produits commercialement viables, les coûts prévus de mise au point et la possibilité que cette mise au point se solde par un échec;
- Risques liés à l'obsolescence technologique et à la perte de valeur de l'actif incorporel : afin de décider s'il convient de prendre ou non ces risques, il faut évaluer la probabilité que des concurrents lancent des produits ou des services pouvant éroder significativement le marché des produits qui dépendent des actifs incorporels soumis à l'analyse;
- Risques liés à la violation de droits sur l'actif incorporel: afin de décider s'il convient ou non de prendre ce risque, il faut évaluer la probabilité que des tiers puissent porter atteinte aux droits sur l'actif incorporel mis au point ou qu'ils obtiennent gain de cause après avoir fait valoir que les produits ou les services fondés sur l'actif incorporel ont porté atteinte à leurs propres droits incorporels, ce qui comprend une estimation des frais supportés pour la défense contre de telles réclamations;
- Risques liés à la responsabilité au titre des produits pouvant résulter de l'utilisation de l'actif incorporel;
- Risques liés à l'exploitation effective de l'actif incorporel, par exemple les incertitudes quant aux rendements générés par l'actif incorporel.

6.3.5.3 Ces risques sont souvent liés à des activités « DAEMPE » particulières. La délimitation précise de la transaction contrôlée permet d'établir si le propriétaire légal assume les risques ou si, au contraire, ce sont d'autres membres du groupe qui les assument.

6.3.5.4 Le contrôle et l'atténuation des risques peut être exercé par différentes entités à l'intérieur du groupe. Par exemple, supposons que le risque associé au contrat de R&D rempli par la société A au profit de la société B est adéquatement assumé par la société B, et que la société B a la capacité de déterminer les diverses étapes des processus de pair avec l'exécution efficace de la fonction décisionnelle. Par ailleurs, la manière dont le risque assumé par la société B au regard de l'activité de R&D est mitigé pourrait être subordonnée à une politique générale établie ailleurs au sein du groupe, en l'occurrence par la société C, qui fixe les niveaux globaux de financement rattachés aux projets de R&D du groupe sur les divers marchés en vue d'atteindre les objectifs stratégiques. Dans ce cas, l'activité qui consiste à établir une politique élargie ne peut en aucun cas signifier que le risque lié à l'activité de R&D est attribué à la société C. Au contraire, la société B assume ce risque.

6.3.5.5 Conformément aux orientations du chapitre 3, s'il est établi qu'une entreprise associée assumant contractuellement le risque contrôle effectivement le risque associé aux activités « DAEMPE » tout en ayant la capacité financière de l'assumer, alors les dispositions du contrat liées à l'allocation du risque sont respectées. Si, en revanche, il est établi qu'une entreprise associée assumant contractuellement le risque ne contrôle pas ou n'a pas la capacité financière d'assumer le risque associé aux activités « DAEMPE », alors le risque doit être alloué à l'entreprise qui exerce ce contrôle et a la capacité financière de l'assumer.

6.3.5.6 Dans ce dernier cas, s'il est possible d'établir que plusieurs entreprises associées exercent le contrôle du risque tout en ayant la capacité financière de l'assumer, le risque doit être alloué 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 sur la base de leurs contributions à la création de valeur incorporelle. Cette rémunération doit dépendre des accords conclus entre les entreprises et de l'importance des activités de contrôle qui sont exercées: il pourrait être approprié pour ces parties de prendre part aux conséquences potentiellement négatives ou positives des résultats liés au risque sous-jacent. La contribution pourrait également être rémunérée indépendamment de ce risque sous-jacent.

6.3.6 Actifs

6.3.6.1 Conformément au principe de pleine concurrence, les entreprises associées qui fournissent des actifs pour la mise au point ou l'acquisition, l'amélioration, l'entretien, la protection et 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), d'actifs corporels ou de financements.

6.3.6.2 Le financement et le risque sont intrinsèquement liés en ce sens que le financement coïncide souvent avec la prise en charge de certains risques. Par exemple, la décision de financer une activité de R&D en contrepartie de droits sur les bénéfices potentiels de cette activité comporte un risque, soit l'échec de l'activité de R&D et la perte financière qui en résulte. En outre, plus le montant des fonds fournis est élevé, plus l'impact potentiel du risque sur le bailleur de fonds est grand.

6.3.6.3 Il est important de faire la distinction entre le risque financier lié au financement fourni (comme, par exemple, le risque associé aux capitaux souscrits utilisés pour « investir » dans une opportunité de développement incorporel porteuse de risque) et les risques opérationnels associés à l'activité financée (par exemple, le risque associé à la bonne exécution de la fonction de R&D). Le contrôle d'un risque financier fait référence à la capacité de prendre les décisions pertinentes relatives à l'opportunité porteuse de risque, c'est-à-dire la décision de saisir, d'éviter ou de rejeter une opportunité d'investissement porteuse de risque et les décisions portant sur l'opportunité et la manière de répondre aux risques associés à cette opportunité.

6.3.7 Rendements « *ex ante* » et « *ex post* »

6.3.7.1 Il est important de distinguer les rendements *ex ante* des rendements *ex post*. Les rendements *ex ante* sont des rendements escomptés ou attendus au moment d'une transaction. Les rendements *ex post* font référence aux rendements réalisés. Comme on le verra plus loin, les rendements *ex ante* et les rendements *ex post* se distinguent sous deux aspects particulièrement pertinents dans le cas des actifs incorporels: le temps et le risque.

6.3.7.2 *Temps* : il peut souvent s'écouler un laps de temps important entre le moment où une transaction liée à un actif incorporel a lieu et le moment où l'exploitation de cet actif incorporel aboutit réellement à la réalisation d'un revenu. Par exemple, une société pharmaceutique peut décider, au cours de l'année zéro, d'engager des ressources importantes pour entreprendre des travaux de R&D qui, selon ses prévisions, permettront de créer un produit commercialisable au cours de l'année dix. Le risque est intimement lié à cet aspect temps en ce sens que, si les travaux de R&D échouent, l'entreprise subirait alors des pertes importantes.

6.3.7.3 *Risque* : la différence entre les rendements escomptés (*ex ante*) et les rendements réalisés (*ex post*) peut résulter de la matérialisation de divers

risques : travaux de R&D non concluants, risque de marché et autres. Les résultats escomptés peuvent s'écarter des résultats réalisés. Déterminer lesquelles des parties doivent supporter les conséquences de la matérialisation du risque et de l'écart, le cas échéant, entre les rendements *ex ante* et *ex post* dépend de la mesure dans laquelle ces parties assument ce risque. La transaction délimitée avec précision (par exemple, à l'égard de ses modalités contractuelles, en supposant qu'elles ne sont pas privées de substance) déterminera laquelle ou lesquelles des entités assument ces risques.

6.3.7.4 L'idée que toutes les contributions à la valeur doivent être rémunérées adéquatement, comme on l'a vu plus haut, est un concept *ex ante*. Voir l'exemple ci-après qui porte sur un contrat de R&D.

Une entreprise multinationale décide d'investir dans la mise au point d'un nouveau produit. La société mère P prend la décision d'investissement et fait appel à l'entreprise affiliée AE, qui exploite un centre de R&D, pour réaliser certaines activités de R&D en rapport avec ce projet. On s'attend à ce que le processus de R&D dure trois ans entre le moment où la décision d'investissement est prise et le moment où l'actif entre en exploitation. L'intention de P est d'exploiter l'actif incorporel qui résultera éventuellement du processus de R&D en le cédant sous licence à des tiers.

P et AE sont liées contractuellement par un accord contractuel de services de R&D en vertu duquel P rémunérera AE sur la base de ses coûts, majorés d'une marge de + x %, que ses travaux de R&D soient fructueux ou non. P assume le risque d'échec du processus de R&D. Supposons que la délimitation effective de la transaction est conforme aux modalités contractuelles.

Lorsque la décision de lancer l'activité de R&D est prise, le rendement escompté (*ex ante*) est de 100, soit 60 pour l'activité de R&D exercée par AE – ce qui comprend l'entretien futur de l'actif incorporel mis au point (par le biais de l'accord de service au « coût majoré ») – et 40 pour les fonctions « DAEMPE » exercées et les risques assumés par P, en tenant compte du passage du temps.

Trois ans plus tard, le rendement *ex post* réalisé est en fait de 120, en raison de la concrétisation d'une opportunité de marché imprévue. L'écart de 20 entre le rendement *ex ante* et le rendement *ex post* revient à la partie qui a assumé le risque de marché, en l'occurrence P. Ainsi, le rendement *ex post* de 120 se répartit comme suit : 60 rétribue l'activité contractuelle de R&D (par le biais de l'accord de service au coût majoré) et 60 rétribue l'exercice des fonctions « DAEMPE » exercées par P.

Par ailleurs, si le rendement *ex post* est en fait de 50, l'écart entre le rendement *ex ante* et *ex post* est négatif (-50), en raison de la concrétisation d'un risque de marché assumé par P. Ainsi, le rendement *ex post* de 50 se répartit comme suit : 60 rétribue toujours l'activité contractuelle de R&D (par le biais de l'accord de service au coût majoré), et P subit une perte (10).

Dans les deux cas, la rémunération de l'activité de R&D exercée par AE est adéquate et est la même *ex ante* et *ex post*. Cela s'explique par le fait que cette société ne supporte pas les conséquences (positives ou négatives) du risque de marché qu'elle n'a pas assumé.

6.3.8 Rendement lié au financement et risque financier associé

- 6.3.8.1 Supposons qu'une entité fournisse un financement et ait la capacité de contrôler le risque de son investissement financier :
 - Sur une base *ex ante* : cette entité a droit à un taux de rendement escompté approprié, ajusté en fonction du risque, sur son investissement.
 - Sur une base *ex post* : le rendement effectivement réalisé par cette entité dépendra des modalités de la transaction délimitée avec précision :
 - On pourrait éventuellement verser au bailleur de fonds une part de l'écart entre les rendements *ex ante* et *ex post* de l'investissement. De cette façon, ce type d'investissement équivaudrait à un investissement en capital.
 - Une solution de rechange serait d'offrir au bailleur de fonds un rendement prédéterminé (qui ne dépend pas des résultats *ex post* de l'investissement). De cette façon, ce type d'investissement équivaudrait à un investissement en titre de créance. En pratique, ce rendement serait calculé sur la base d'un taux fixe ou d'un taux variable qui dépendrait du loyer de l'argent, mais pas du succès de la mise au point, pourrait convenir.

Selon les modalités de la transaction délimitée avec précision, les deux types d'investissement seraient conformes au principe de pleine concurrence.

6.3.8.2 Par ailleurs, une entité qui fournit le financement, mais n'a pas la capacité de contrôler le risque de son investissement financier, c'est-à-dire qui agit en tant qu'entité « cash box », ne pourra compter que sur un modeste taux de rendement escompté moins élevé. Compte tenu de l'absence de risque, le rendement *ex post* sera égal au rendement *ex ante*.

6.3.8.3 Exemple : Mise au point conjointe de TechCo

Supposons que TechCo et High-Yield Co., entités membres d'une EMN, décident de mettre au point conjointement un actif incorporel, dont on attend qu'il soit très rentable grâce aux antécédents de TechCo et à l'expérience de son personnel de R&D. TechCo exercera, par l'intermédiaire de son propre personnel, toutes les fonctions attendues d'une entité désireuse d'acquiescer un droit d'exploitation de l'actif en résultant, y compris les fonctions requises pour exercer le contrôle des risques qu'elle aura assumés contractuellement. Supposons que la mise au point de l'actif incorporel dure sept ans, période au terme de laquelle l'actif incorporel pourra éventuellement être exploité commercialement avec succès.

En vertu de l'accord contractuel, High-Yield Co. fournira tout le financement requis pour la mise au point de l'actif incorporel, qui devrait, selon les prévisions, mobiliser 100 millions par an pendant sept ans. High-Yield Co. contrôlera le risque associé aux activités de financement à hauteur de 700 millions, tandis que TechCo apportera toutes les autres contributions « DAEMPE » restantes liées à l'actif incorporel. Une fois l'actif incorporel mis au point, High-Yield Co. sera le propriétaire légal de cet actif incorporel, qu'il concédera sous licence à des parties non liées.

On prévoit que l'actif incorporel générera, une fois mis au point, des bénéfices consolidés de 750 millions par an, en tenant compte des années 8 à 17.

Compte tenu des faits et circonstances de l'exemple, High-Yield Co. escompte un rendement ajusté du risque de 200 millions par an en contrepartie de son engagement à financer la R&D (supposons qu'il s'agirait d'un montant qui équivaut à un taux de rendement de pleine concurrence de 14 %). TechCo réalisera le bénéfice (ou la perte) associé à l'exercice de contrôle du risque opérationnel et à toutes les autres contributions « DAEMPE » et, conséquemment, sera en droit de bénéficier du rendement escompté restant (*ex ante*) de 550 millions annuellement. Ainsi, en plus de son engagement de financement à hauteur de 100 millions durant les années 1 à 7, High-Yield Co. devra verser à TechCo l'équivalent en valeur actuelle de 550 millions par an (années 8 à 17) en contrepartie de la valeur des contributions « DAEMPE » de TechCo. Cet exemple ne tient pas compte des rendements réels (*ex post*) de TechCo et de High-Yield Co.

6.3.9 Transactions d'actifs incorporels: Conseils pratiques pour la collecte des faits

6.3.9.1 La collecte des faits décrite dans la section 6.3.1 passe généralement par l'examen des documents écrits, complété par des entretiens avec le personnel concerné. Les étapes non obligatoires suivantes sont proposées :

- **Étape 1 : Demande de renseignements écrits**, l'objectif principal de cette étape étant de recueillir des renseignements aussi détaillés que possible sur la politique définie à l'échelle du groupe en matière de prix de transfert, si elle existe, et de rassembler des documents relatifs aux projets clés;
- **Étape 2 : Examen et analyse** des documents et des renseignements recueillis;
- **Étape 3 : Conduite d'entretiens** avec le personnel concerné. Les questions types sont les suivantes : « Qui fait quoi en lien avec les transactions de l'entité locale ? », « Qui fixe les étapes du projet ? » ou « Comment les primes de rendement sont-elles attribuées au personnel local ? »;
- **Étape 4 : Analyse** des renseignements recueillis aux étapes 1 à 3 pour déterminer s'il **existe une incohérence entre l'allocation contractuelle des risques et la conduite réelle des parties** qui risque de nuire à la délimitation précise de la transaction économique sous-jacente.

6.4 Comparabilité

6.4.1 Les orientations générales du chapitre 3 sur la comparabilité sont applicables aux transactions portant sur l'utilisation ou le transfert d'actifs incorporels. Au regard de l'analyse de comparabilité, les actifs incorporels présentent souvent des caractéristiques spécifiques. Lors d'une analyse de comparabilité, il est donc important de tenir compte de ces caractéristiques. Les caractéristiques suivantes peuvent être particulièrement importantes selon le cas :

- L'exclusivité (ou la non-exclusivité) des droits sur l'actif incorporel;
- Le territoire géographique dans lequel ces droits peuvent être exploités;
- L'étendue et la durée de la protection juridique de l'actif incorporel et/ou des droits concédés sur l'actif incorporel;

- Le stade de mise au point de l'actif incorporel au moment de la transaction;
- Tout droit d'amélioration (future) de l'actif incorporel;
- Les options réalistes qui s'offrent à chacune des parties à la transaction, compte tenu des avantages économiques futurs escomptés de la transaction;
- D'autres facteurs potentiels de comparabilité tels que les caractéristiques du marché local, les économies de localisation, les collectifs de travail et les synergies au sein du groupe multinational.

6.5 Choix de la méthode de prix de transfert la plus appropriée

6.5.1 Généralités

6.5.1.1 On applique les principes énoncés au chapitre 4 pour choisir la méthode la plus appropriée selon les circonstances propres à la transaction portant sur le transfert contrôlé d'un ou d'une série d'actifs incorporels.

6.5.1.2 En outre, le choix de la méthode la plus appropriée à une transaction portant sur un actif incorporel dépendra du type de transaction à l'étude, par exemple :

- En ce qui concerne les transactions portant sur des ventes d'actifs incorporels, la méthode du prix comparable sur le marché libre (*Comparable Uncontrolled Price Method* ou *CUP*) pour la valeur de l'actif incorporel transféré (y compris la méthode fondée sur le prix d'acquisition, une application particulière de la méthode *CUP*) ou la méthode fondée sur l'actualisation des flux de revenus ou de trésorerie futurs (« *Discounted Cash Flows* ») pourrait convenir. Voir la section 6.5.4;
- En ce qui concerne les transactions portant sur les droits d'utilisation d'actifs incorporels, la méthode *CUP* pour la valeur de ces droits (par exemple, la valeur d'une licence) pourrait convenir. Une méthode des prix de transfert unilatérale (la méthode du coût majoré (*Cost Plus Method* ou *CPM*), la méthode du prix de revente (*Resale Price Method* ou *RPM*) ou la méthode transactionnelle de la marge nette (*Transactional Net Margin Method* ou *TNMM*) pourrait être la plus appropriée si une analyse fonctionnelle bilatérale révèle que l'une des parties à la transaction contrôlée apporte toutes les contributions uniques et de valeur, tandis que sa contrepartie n'apporte aucune contribution unique et de valeur. Dans ce

cas, la partie testée doit être celle qui est la moins complexe;

- En ce qui concerne les transactions portant sur la mise au point d'actifs incorporels (par exemple par le biais de contrats de R&D à faible risque), une approche basée sur les coûts (qu'il s'agisse d'une méthode du coût majoré ou d'une méthode TNMM basée sur les coûts) pourrait être appropriée. Toutefois, des considérations spécifiques s'appliquent dans le cas des accords prévoyant le partage des risques liés à la mise au point (y compris les accords de partage des coûts ou les accords de répartition des coûts).
- 6.5.1.3 La méthode du partage des bénéfices (*Profit Split Method* ou *PSM*) peut être la méthode la plus appropriée si chaque partie à une transaction apporte une contribution unique et de valeur, si les parties sont fortement intégrées ou si elles partagent des risques significatifs.

6.5.1.4 Des orientations supplémentaires pour l'application des méthodes aux actifs incorporels sont présentées ci-après.

6.5.2 Méthode du prix comparable sur le marché libre (CUP) – méthode fondée sur le prix d'acquisition dans le cas de ventes d'actifs incorporels

6.5.2.1 En ce qui concerne l'application de la méthode CUP, il arrive que les actifs incorporels transférés entre entreprises associées aient fait partie d'une acquisition récente du groupe multinational auprès d'un tiers. Par exemple, un groupe acquiert une société qui possède des actifs incorporels. À la suite de cette acquisition, la décision est prise de transférer les actifs incorporels de la société acquise à une autre entité membre du groupe multinational, en vue de les intégrer aux autres actifs incorporels du groupe. Dans une telle situation, le paiement de contrepartie, c'est-à-dire le prix payé pour l'acquisition de la société auprès de tiers, peut constituer un point de départ utile pour déterminer, conformément à la méthode CUP, le prix de pleine concurrence des actifs incorporels transférés dans le cadre de la transaction contrôlée entre la société acquise et un autre membre du groupe. Une méthode de ce type est parfois appelée méthode fondée sur le prix d'acquisition.

6.5.2.2 Par exemple, supposons que PenCo acquiert pour un prix de 100 une participation de 100 % dans l'entreprise indépendante « Z ». Z dispose d'un important service de R&D qui met au point des appareils de technologie de pointe, mais n'a enregistré qu'un chiffre d'affaires minime jusqu'à ce jour. Le prix de 100 payé par PenCo reflète la valeur des technologies mises

au point par Z ainsi que les capacités de son personnel à poursuivre la mise au point de nouvelles technologies. Supposons qu'aucune autre source de valeur ne contribue à ce prix de 100 et que la valeur des actifs corporels de « Z » est négligeable.

6.5.2.3 Immédiatement après l'acquisition, Z transfère tous ses droits sur les technologies achevées et en voie de l'être, y compris les brevets, les secrets commerciaux et le savoir-faire technique, à « Y », une filiale de PenCo. Y conclut simultanément un accord contractuel de R&D avec Z, en vertu duquel la main-d'œuvre de Z continuera de travailler uniquement à la mise au point des technologies transférées et de nouvelles technologies pour le compte de la société Y. L'accord prévoit que la société Z sera rémunérée pour ses services de R&D sur la base du coût majoré, et que tous les droits sur les actifs incorporels mis au point ou améliorés dans le cadre de l'accord de R&D appartiendront à la société Y. La société Y financera toutes les activités de recherche futures et assumera le risque financier lié à la possibilité qu'une partie ou que la totalité des recherches futures ne débouche pas sur la mise au point de succès commerciaux.

6.5.2.4 En ce qui concerne les conséquences d'une telle réorganisation sur les prix de transfert, en gardant en tête le prix de pleine concurrence que doit payer la société Y pour les actifs incorporels transférés par la société Z, ainsi que le prix à payer pour les services courants de R&D que doit fournir la société Z, il est important d'identifier avec précision les actifs incorporels transférés à la société Y et ceux conservés par la société Z. L'évaluation des actifs incorporels réalisée dans le cadre de l'affectation du prix d'acquisition, bien qu'importante pour débiter l'analyse, n'est pas déterminante aux fins de la fixation des prix de transfert.

6.5.2.5 En particulier, compte tenu de l'hypothèse ci-dessus selon laquelle le prix de 100 payé par PenCo représente la valeur des technologies mises au point par Z et les capacités de son personnel à poursuivre la mise au point de nouvelles technologies, ce prix devrait traduire la somme de :

- La valeur des actifs incorporels transférés à la société Y; et
- La valeur des actifs incorporels et du personnel retenu par la société Z.

6.5.2.6 Conformément au principe de pleine concurrence et en fonction des faits et circonstances du cas d'espèce, la méthode CUP peut être utilisée pour déterminer la rémunération versée par la société Y à la société Z pour :

- Les actifs incorporels transférés; et

- La valeur actuelle de la rémunération versée pour les services de R&D rendus par la société Z.

6.5.3 Méthodes d'évaluation fondées sur les coûts: transferts d'actifs incorporels

6.5.3.1 On déconseille généralement de recourir à des méthodes de prix de transfert qui évaluent les actifs incorporels en fonction de leur coût de mise au point, car le coût de mise au point reflète rarement la valeur des actifs incorporels après leur achèvement. Par conséquent, les méthodes de prix de transfert qui reposent sur les coûts de mise au point devraient généralement être évitées. Cela étant dit, lorsque l'acquéreur a la possibilité de mettre au point lui-même un actif incorporel ou de confier sa mise au point à un tiers pour ses propres besoins, plutôt que d'en faire l'acquisition, le coût estimatif de reproduction ou de remplacement de cet actif (y compris la valeur du temps nécessaire pour le redévelopper plutôt que de l'acquérir) peut être utilisé pour estimer la valeur de l'actif incorporel.

6.5.4 Techniques d'évaluation (approche « DCF ») : transferts d'actifs incorporels

Généralités

6.5.4. Lorsqu'il est impossible d'identifier des transactions comparables fiables sur le marché libre, il convient, dans certaines circonstances, d'utiliser des techniques d'évaluation pour déterminer le prix de pleine concurrence des actifs incorporels transférés entre des entreprises associées. Plus précisément, les techniques d'évaluation fondées sur le calcul de la valeur actualisée des flux de revenus ou de trésorerie futurs (*discounted cash flows* ou « DCF ») tirés de l'exploitation de l'actif incorporel faisant l'objet de l'évaluation peuvent s'avérer utiles. Compte tenu des faits et des circonstances, les techniques d'évaluation peuvent être employées par les contribuables et les administrations fiscales soit dans le cadre de l'une des méthodes de prix de transfert décrites au chapitre 4, soit comme une approche de travail pouvant être utilement appliquée pour parvenir à un prix de pleine concurrence. Il convient de noter que l'examen des méthodes DCF dans cette section est nécessairement sommaire, car un exposé plus complet de la théorie et de l'application pratique des méthodes DCF dépasse la portée du présent Manuel. Les manuels de finance d'entreprise fournissent une base assez solide en la matière.

6.5.4.2 Certains transferts d'actifs incorporels comportent des risques liés à l'incertitude des résultats futurs. Par exemple, un transfert d'actif incorporel peut comprendre un brevet délivré à un stade précoce de mise au point

ou un actif pleinement achevé dont le potentiel de profit futur est très incertain. Généralement, pour ces types de transactions, de par leur nature même, aucune transaction comparable sur le marché libre n'est disponible pour établir directement un prix de pleine concurrence, de sorte qu'une méthode moins directe peut s'avérer nécessaire. En vertu de la méthode DCF, la valeur d'un bien incorporel est fondée sur la valeur actuelle des flux escomptés de revenus ou de trésorerie disponible futurs, générés par cet actif incorporel. Afin de calculer la valeur actuelle des flux de revenus ou de trésorerie futurs, il faut réaliser des projections financières et déterminer le taux d'actualisation approprié.

Circonstances dans lesquelles une méthode « DCF » peut être appropriée

6.5.4.3 Comme la méthode fondée sur l'actualisation des flux de revenus ou de trésorerie futurs (« DCF ») est prospective (puisque'elle s'appuie sur les revenus futurs projetés), on l'applique généralement davantage sur une base *ex ante* (voir le paragraphe 6.5.4.17 en ce qui concerne les analyses *ex ante* et *ex post*). En d'autres termes, les calculs dérivés de cette méthode sont généralement effectués au moment du transfert initial d'un actif incorporel et avant la réalisation effective des revenus attribuables à cet actif. Malgré les nombreux audits effectués plusieurs années après le transfert initial, il est difficile d'appliquer la méthode DCF de façon fiable sur une base *ex post*. Par conséquent, à titre de point de départ, il est important d'établir si le contribuable a entrepris, au moment du transfert d'un actif incorporel ou avant celui-ci, une analyse de la rentabilité escomptée de cet actif (c'est-à-dire des projections financières) et des risques inhérents à prévoir. Ce type d'analyse n'est pas réalisé pour tous les actifs incorporels. Toutefois, il est plus que probable que ce soit le cas lorsque les actifs incorporels sont relativement importants pour une EMN (c'est-à-dire susceptibles d'être d'une grande valeur) et/ou propres à faire l'objet d'un suivi financier raisonnablement direct. Par exemple, les EMN analysent souvent certains projets potentiels de mise au point d'actifs incorporels précis, notamment de produits pharmaceutiques élaborés à partir d'un composé moléculaire particulier ou de logiciels de « prochaine génération ». Les projections financières sont parfois utilisées – souvent pour des raisons non fiscales – pour mesurer la rentabilité prévue d'un projet afin d'en déterminer la viabilité. Ces évaluations peuvent être effectuées à n'importe quel stade, ou à plusieurs stades, de la mise au point. Ces dernières pourraient donc fournir des informations utiles pour déterminer la valeur de pleine concurrence de l'actif incorporel au moment du transfert et, par conséquent, le prix de pleine concurrence de la transaction.

6.5.4.4 Il arrive que les contribuables ou les administrations fiscales réalisent une analyse DCF après le transfert d'un actif incorporel afin d'être éclairés sur

la valeur de l'actif incorporel au moment du transfert, mais la fiabilité de cette approche pourrait être réduite. En effet, dans la mesure où l'analyse est menée après que les risques se sont concrétisés, il est difficile d'évaluer la perception de ces risques rétrospectivement, par exemple au moment du transfert. Voir le paragraphe 6.5.4.17.

6.5.4.5 En ce qui concerne les projections financières⁵⁸, elles doivent témoigner des meilleures estimations possibles pour les postes à prévoir, qui peuvent comprendre la valeur des ventes, les coûts de mise au point, le coût des ventes et les frais d'exploitation. Comme les résultats potentiels sont généralement incertains, les projections financières peuvent reposer sur la moyenne des résultats potentiels, pondérés selon leur probabilité d'occurrence, comme l'illustre l'exemple du paragraphe 6.5.4.7.

6.5.4.6 La durée de la période pour laquelle les flux de revenus ou de trésorerie doivent être déterminés dépend de la durée de vie utile de l'actif incorporel. Par exemple, si la période d'actualisation est de dix ans, les flux de revenus ou de trésorerie projetés doivent également porter sur dix ans. La durée de vie utile d'un actif incorporel est la période de temps pendant laquelle on envisage de l'exploiter. L'exploitation d'un actif incorporel se définit comme toute utilisation ou transfert direct ou indirect s'y rapportant, y compris son utilisation sans phase de mise au point ultérieure, son utilisation en vue d'une phase ultérieure de mise au point (et toute exploitation de l'actif incorporel au terme de cette phase ultérieure de mise au point) et son utilisation pour la mise au point d'autres actifs incorporels (et toute exploitation de ces autres actifs incorporels une fois achevés).

6.5.4.7 Supposons qu'un projet soit entrepris afin de concevoir de l'herbe génétiquement modifiée pour le pâturage des animaux. Le projet comprend des travaux de R&D d'une durée de deux ans. Si les travaux de R&D sont couronnés de succès, l'actif incorporel sera exploité entre la troisième et la cinquième année du projet, année au-delà de laquelle sa valeur sera nulle en raison des pressions concurrentielles escomptées. Si les frais de R&D à venir

⁵⁸ Les méthodes DCF sont généralement fondées sur les flux de trésorerie projetés. Les mesures du revenu tirées de la comptabilité d'exercice peuvent ne pas traduire correctement le calendrier des flux de trésorerie et donc différer des résultats basés sur les flux de trésorerie. Cependant, en pratique, l'utilisation des projections du revenu plutôt que des flux de trésorerie peut, dans certains cas, donner un résultat plus fiable dans un contexte de prix de transfert. Il faut cependant veiller à l'application des mesures du revenu et des flux de trésorerie de manière uniforme et dans des circonstances appropriées. Les références aux flux de trésorerie dans ce document doivent donc être interprétées de manière générale afin d'inclure à la fois les mesures des flux de trésorerie et du revenu, appliquées de manière appropriée.

sont relativement certains, les résultats des travaux de R&D le sont moins, ce qui rend les projections financières incertaines en ce qui a trait aux ventes. Par conséquent, le contribuable prépare trois projections de ventes: un résultat optimiste, un résultat attendu et un résultat pessimiste. Le contribuable croit que le résultat attendu est le plus probable et que les scénarios optimiste et pessimiste sont moins probables. En faisant appel à son jugement sur les plans technique et commercial, le contribuable établit à 50 % la probabilité de concrétiser le résultat attendu, à 25 % la probabilité de concrétiser le résultat optimiste et à 25 % la probabilité de concrétiser le résultat pessimiste, sur le plan des ventes. Supposons en outre que le coût des marchandises vendues (CMV) et les frais d'exploitation estimatifs correspondent à 40 % et 20 % de la valeur des ventes, respectivement. Le contribuable prépare les projections financières les plus fiables possible en procédant à un calcul pondéré selon les probabilités, de la façon suivante :

Tableau 6.T.1

Scénario attendu : 50 % probabilité de concrétisation

Année	1	2	3	4	5
Valeur des ventes			250	250	250
R&D	100	100			
CMV			100	100	100
Frais d'exploitation (frais de vente, frais généraux et dépenses administratives)			50	50	50
Bénéfice d'exploitation	(100)	(100)	100	100	100

Tableau 6.T.2

Scénario optimiste : 25 % probabilité de concrétisation

Année	1	2	3	4	5
Valeur des ventes			750	750	750
R&D	100	100			
CMV			300	300	300
Frais d'exploitation (frais de vente, frais généraux et dépenses administratives)			150	150	150
Bénéfice d'exploitation	(100)	(100)	300	300	300

Tableau 6.T.3

Scénario pessimiste : 25 % probabilité de concrétisation

Année	1	2	3	4	5
Valeur des ventes			0	0	0
R&D	100	100			
CMV			0	0	0
Frais d'exploitation (frais de vente, frais généraux et dépenses administratives)			0	0	0
Bénéfice d'exploitation	(100)	(100)	0	0	0

Tableau 6.T.4

Projections financières pondérées selon les probabilités

([Tableau 1 fois 50 %] PLUS [Tableau 2 fois 25 %] PLUS [Tableau 3 fois 25 %])

Année	1	2	3	4	5
Valeur des ventes			312	312	312
R&D	100	100			
CMV			125	125	125
Frais d'exploitation (frais de vente, frais généraux et dépenses administratives)			62	62	62
Bénéfice d'exploitation	(100)	(100)	125	125	125

Taux d'actualisation

6.5.4.8 On utilise le taux d'actualisation pour transposer en une valeur actuelle équivalente les résultats projetés durant les années futures. Le taux d'actualisation vise à refléter l'échelonnement dans le temps des flux de revenus ou de trésorerie projetés et les risques qui y sont associés. Un taux d'actualisation doit être utilisé pour traduire de la manière la plus fiable possible les risques corrélés avec le marché se rapportant aux flux de revenus ou de trésorerie projetés, ce qui fournit une mesure du rendement escompté adéquat par rapport au risque encouru. Par exemple, si un flux de revenus ou de trésorerie particulier peut être anticipé avec une certitude absolue, le taux d'actualisation ne doit tenir compte que du laps de temps requis pour percevoir ce flux de revenus ou de trésorerie. Dans ce cas, un rendement sans risque pourrait offrir le taux d'actualisation le plus fiable (notamment le rendement des obligations d'État à long terme) pour la valeur temporelle de l'argent investi. Par

ailleurs, si les flux de revenus ou de trésorerie projetés sont très incertains en raison des risques, ces risques devraient être pris en compte lors de la détermination du taux d'actualisation applicable. Dans de telles situations, le taux d'actualisation peut être calculé sur la base d'un rendement plus élevé que le rendement sans risque, afin d'intégrer une prime de risque.

Note technique : Projections financières *ex ante* et *ex post*

Bien entendu, les projections financières *ex post* ne sont pas vraiment des projections, mais les résultats financiers réels. Supposons, par exemple, que les résultats réels du projet dans l'exemple ci-dessus correspondent au scénario considéré comme optimiste au début du projet, tel qu'illustré au tableau 6.2. Dans la perspective *ex post* de la cinquième année, il n'y a pas de risque – seulement la certitude de ce qui s'est réellement passé. Si ces résultats financiers sont utilisés dans un modèle DCF pour déterminer la valeur de l'actif incorporel au début du projet, à l'année 1, deux biais potentiels apparaissent durant la première année au regard du risque.

Premièrement, l'utilisation des données financières réelles en fait suppose que les résultats concordent parfaitement avec les projections financières anticipées dès la première année. En d'autres termes, l'utilisation de ces données financières ne rend compte d'aucune incertitude réelle face au projet dès son lancement. Deuxièmement, le choix du taux d'actualisation qui doit être appliqué aux projections financières pose problème. Doit-on choisir le rendement sans risque, qui traduit la parfaite adéquation entre les projections et les résultats réels ? Il semblerait que non, car cela ne ferait qu'exacerber le biais à l'égard du risque. En bref, puisque le risque est un facteur central pour déterminer la valeur de la mise au point d'un actif incorporel, l'évaluation de ce risque après coup s'avère difficile et intrinsèquement subjective. En effet, il est difficile d'actualiser le risque rattaché à un événement passé. Pour illustrer ce concept, considérons le montant qu'une personne aurait dû verser hier pour un numéro de billet de loterie gagnant de 580 millions aujourd'hui ? La réponse réside dans le prix du billet de loterie (par exemple 1 \$). Une personne pourrait clairement établir que le billet de loterie acheté la veille valait bien plus (après tout, il s'est avéré être le billet gagnant). Toutefois, cela traduirait un biais *ex post* à l'égard du risque.

Il est important de noter que c'est une tout autre affaire que de savoir si les projections financières et l'évaluation du risque effectuées par un contribuable sont réellement fiables ou si elles traduisent une utilisation

opportuniste de l'asymétrie de l'information au détriment de l'administration fiscale, par exemple en sous-évaluant délibérément les projections financières ou en surestimant délibérément le risque anticipé. Dans ces situations très particulières, il pourrait être approprié d'utiliser des données financières réelles pour évaluer les actifs incorporels. Voir également les paragraphes 6.5.4.16 et 6.5.4.17. À titre d'exemple, si une personne était « informée » de manière fiable du fait qu'un certain numéro de billet de loterie serait choisi demain, elle serait certainement prête à payer plus – beaucoup plus – qu'un dollar pour ce numéro de loterie aujourd'hui!

Autres aspects des méthodes « DCF »

6.5.4.9 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 l'effet des impôts futurs projetés sur les projections financières. Les effets fiscaux à prendre en compte comprennent : (i) les impôts prévisionnels qui devraient grever les flux de trésorerie futurs, (ii) les déductions fiscales pour amortissement projetées pour le cessionnaire, le cas échéant, et (iii) les impôts prévisionnels que le cédant devrait, le cas échéant, acquitter au titre du transfert.

6.5.4.10 Pour appliquer des méthodes DCF il faut déterminer des projections financières, des taux de croissance et des taux d'actualisation réalistes et fiables, ainsi que la durée de vie utile des actifs incorporels et les incidences fiscales des transactions. Dans certaines circonstances, lorsqu'un actif incorporel continue d'alimenter des flux de trésorerie au-delà de la période pour laquelle on peut préparer des projections financières raisonnables, on pourra être amené à calculer la « valeur finale » des flux de revenus ou de trésorerie générés par cet actif. Lorsque les valeurs finales sont utilisées, les hypothèses formulées pour leur calcul doivent être documentées de façon claire, notamment en ce qui concerne les taux de croissance supposés. Il est important de noter que de légères modifications apportées à un ou plus d'un paramètre d'évaluation peuvent mener à d'énormes variations de la valeur de l'actif. Il est donc essentiel d'exiger des contribuables qu'ils énoncent clairement leurs présomptions à l'égard des paramètres importants et, au besoin, qu'ils mènent une analyse de sensibilité pour quantifier les incidences de diverses présomptions sur la valeur de l'actif.

Note technique : Valeur finale

Préparer des projections financières n'est pas une mince tâche, et plus la période de projection est longue, plus les projections ont tendance à perdre en fiabilité et à gagner en complexité. Toutefois, il n'y a pas lieu de préparer des projections financières à perpétuité. Après avoir préparé des projections pendant un certain nombre d'années, on peut utiliser une « valeur finale » dès que l'analyste prévoit des taux de croissance stables. Par exemple, après avoir préparé des projections financières d'année en année jusqu'à la dixième année, une valeur finale pour l'année 11 est actualisée au taux approprié – c'est-à-dire qu'elle est divisée par $(1+d)^{11}$, où d est le taux d'actualisation – pour déterminer la valeur finale actuelle. La valeur finale est définie par la projection financière d'un élément (par exemple le revenu net) pour l'année 11, divisée par $(d-g)$, où g est le taux de croissance supposé de l'élément. La valeur finale actuelle est ajoutée à la valeur actuelle des projections jusqu'à l'année 10.

Les valeurs finales sont mathématiquement équivalentes à des projections financières à perpétuité. Bien qu'elles puissent sembler à première vue surévaluer de manière irréaliste les actifs incorporels (après tout, il semble peu probable que les actifs incorporels aient une valeur à perpétuité), les valeurs finales offrent en fait un raccourci utile lorsque les projections financières détaillées lointaines sur une base annuelle ne sont plus fiables. D'ailleurs, il convient de garder à l'esprit deux caractéristiques de la valeur finale. Premièrement, la valeur finale même est actualisée, et plus l'année visée par l'estimation de la valeur finale est éloignée, plus ce facteur est important. Par exemple, à un taux d'actualisation de 10 %, le facteur d'actualisation à l'année zéro d'un montant terminal de 100 \$ à l'année 10 est de $1/(1.1)^{10}$, ce qui équivaut à 38,60 \$. Deuxièmement, des éléments tels que l'obsolescence prévue, les pressions concurrentielles prévues et d'autres aspects reflétant la diminution attendue de la valeur d'un actif incorporel au fil du temps peuvent influencer sur la valeur de « g », le facteur de croissance. Par exemple, une valeur négative pourra être utilisée pour g afin de traduire l'attente de voir la pression concurrentielle diminuer la rentabilité prévue de l'actif incorporel, et ce, de façon permanente.

6.5.4.11 En outre, il est nécessaire de tenir compte de la valeur actuelle calculée du point de vue des deux parties aux transactions contrôlées. Le prix de pleine concurrence doit se situer dans la fourchette des attentes des deux parties.

6.5.4.12 Supposons que les faits soient les mêmes que ceux de l'exemple du paragraphe 6.5.4.7. Supposons encore que :

- La société A vend l'ensemble des droits sur les semences génétiquement modifiées (potentielles) à la société B avant le début du projet de R&D, et la société B finance les activités de mise au point. Supposons que la société B puisse effectivement contrôler ce risque d'investissement financier et ait la capacité financière de l'assumer;
- Les travaux de R&D seront réalisés par la société A dans le pays A, et l'actif incorporel sera uniquement exploité dans le pays B;
- La société A est particulièrement qualifiée pour entreprendre les travaux de R&D en raison de sa main-d'œuvre hautement qualifiée et de l'exploitation qu'elle fait des actifs incorporels préexistants de valeur qui sont liés aux autres brevets de semences génétiquement modifiées qu'elle possède;
- La société B produira et vendra les semences. Supposons que la rémunération de pleine concurrence de cette activité correspond au coût total, majoré de 5,3 % (coût des marchandises vendues + frais de vente, frais généraux et dépenses administratives);
- L'analyse fonctionnelle détermine qu'une option alternative réaliste s'offre à la société A, soit d'envisager de mettre au point elle-même l'actif incorporel (c'est-à-dire qu'elle peut conserver les droits sur l'actif incorporel) et l'exploiter dans le pays B. Supposons en outre que la société B ait la capacité de contrôler son risque d'investissement;
- Le taux d'actualisation approprié, qui reflète les risques du projet corrélés avec le marché, est établi à 11 %. Ce taux est déterminé par référence au coût moyen pondéré des capitaux de sociétés non liées engagées dans des projets présentant des risques similaires.

6.5.4.13 Selon ces hypothèses, la société A ne renoncerait pas à ses droits sur l'actif incorporel pour une somme qui la défavoriserait par rapport à ses options réalistes. Cela apparaîtrait dans le tableau ci dessous :

Table 6.T.5
Calcul de la valeur actuelle

Année	Valeur actuelle au taux d'actualisation de 11 %	1	2	3	4	5
Valeur des ventes				312	312	312
R&D		100	100			
CMV				125	125	125
Frais d'exploitation (frais de vente, frais généraux et dépenses administratives)				62	62	62
Bénéfice d'exploitation	77	(100)	(100)	125	125	125
Rendement de pleine concurrence des activités de fabrication et de vente	24	0	0	10	10	10
Bénéfice d'exploitation attribuable aux actifs incorporels	53	(100)	(100)	115	115	115

Note technique : Hypothèses simplificatrices

Un certain nombre d'hypothèses simplificatrices importantes ont été formulées pour les besoins de l'exemple :

- Premièrement, par exemple, généralement, les taux d'actualisation sont déterminés après impôt et devraient donc être utilisés pour actualiser les flux de revenus après impôt. Dans cet exemple, le taux d'actualisation est appliqué aux flux de trésorerie avant impôt. Cette méthode n'est généralement pas appropriée, sauf dans des circonstances particulières.
- Deuxièmement, pour faciliter le calcul, tous les flux financiers sont censés se produire à la fin de chaque période.
- Troisièmement, les projections financières sont censées se terminer à la fin de la cinquième année. Souvent, les projections financières vont au-delà des années explicitement documentées grâce à l'utilisation d'outils tels que les calculs de la valeur finale.

6.5.4.14 La valeur actuelle du bénéfice d'exploitation, actualisé à un taux de 11 %, est de 77. Toutefois, de cette somme, la valeur actuelle du rendement estimé de pleine concurrence des activités de fabrication et de vente exercées par la société B est de 24. Compte tenu de ces hypothèses, la société A ne céderait pas les droits sur l'actif incorporel pour un montant inférieur à la valeur actuelle, qui est de 53.

6.5.4.15 Il est important d'examiner les hypothèses et les autres arguments qui sous-tendent toute application particulière des approches DCF. Par exemple, ces approches peuvent reposer sur des hypothèses prudentes en matière d'évaluation et d'estimation de la valeur des actifs figurant au bilan d'une entreprise. Cette prudence inhérente peut se traduire par des définitions trop restrictives dans le cadre de la fixation des prix de transfert ou par des approches en matière d'évaluation qui ne sont pas toujours conformes au principe de pleine concurrence. Il est donc recommandé de ne pas considérer que les évaluations réalisées à des fins comptables reflètent nécessairement les valeurs ou les prix de pleine concurrence pouvant servir de prix de transfert sans examen en profondeur de toutes les hypothèses sous-jacentes. Plus précisément, les évaluations d'actifs incorporels issues des affectations du prix d'acquisition effectuées à des fins comptables ne sont pas concluantes aux fins de la fixation des prix de transfert et ne devraient être utilisées qu'avec prudence, après un examen attentif des hypothèses sous-jacentes.

Utilisation des méthodes « DCF » par les administrations fiscales

6.5.4.16 Puisque les méthodes DCF peuvent être employées à bon escient sur une base *ex ante*, et que les contrôles fiscaux ont généralement lieu à un moment ultérieur, il arrive souvent que les administrations fiscales doivent s'appuyer au moins partiellement sur l'analyse DCF initiale du contribuable pour évaluer le caractère de pleine concurrence d'une transaction portant sur des actifs incorporels. Il est donc pertinent de déterminer comment ces informations peuvent être utilisées par les administrations fiscales et comment elles peuvent être complétées dans le cadre d'une collecte des faits.

6.5.4.17 Comme on l'indique au paragraphe 6.5.4.3, ce qui, d'emblée, rend plausible l'application d'une analyse DCF, c'est la capacité qu'offre l'actif incorporel de faire l'objet d'un suivi financier raisonnablement direct. Si cette supposition vaut pour les projections financières, il est probable que ce soit également le cas pour les résultats financiers réels tirés de l'actif incorporel (c'est-à-dire les résultats *ex post*). Grâce à ces renseignements, les administrateurs fiscaux devraient être en mesure de comparer la rentabilité escomptée à la rentabilité réelle. Il est important de noter qu'il y aura inévitablement des écarts entre les résultats escomptés et les résultats réels, car après tout, le

risque et l'incertitude existent bien. Toutefois, ces renseignements peuvent aider à établir les faits et soulever des enjeux que les administrations fiscales peuvent aborder avec les contribuables, tels que :

- Comment les résultats réels se comparent-ils aux résultats escomptés ? Les résultats réels se situent-ils à l'intérieur ou à l'extérieur d'un intervalle de résultats potentiels escomptés (par exemple, les divers résultats prévus dans les projections financières pondérées selon les probabilités dans l'exemple ci-dessus) ? Qu'est-ce qui explique cet écart ?
- Quels sont les antécédents de la société en ce qui concerne d'autres décisions pertinentes en matière de budget d'investissement (c'est-à-dire l'application de la méthode DCF *ex ante* à d'autres actifs incorporels) ? La société a-t-elle tendance à systématiquement sous-estimer ou surestimer la rentabilité escomptée ?
- Sur quelle base l'évaluation initiale du risque a-t-elle été réalisée, tant en ce qui concerne les projections financières pondérées selon la probabilité que la détermination d'un taux d'actualisation approprié ? Une documentation a-t-elle été préparée au moment de l'évaluation initiale ?
- L'écart entre les résultats escomptés et les résultats réels est-il susceptible de se maintenir au cours des années suivantes (c'est-à-dire au-delà de l'année de la vérification) ? Dans l'affirmative, pourquoi ou, sinon, pourquoi cet écart n'est-il pas susceptible de se maintenir ?
- Y a-t-il eu des événements imprévus après la transaction initiale qui expliquent l'écart en tout ou en partie ?

6.5.4.18 Ces questions peuvent aider l'administration fiscale à déterminer si l'analyse *ex ante* du contribuable traduisait réellement une évaluation appropriée de la rentabilité et du risque escomptés associés à l'actif incorporel. Il est important de souligner qu'il est généralement inapproprié pour un contribuable ou une administration fiscale de mener une analyse DCF à partir de données *ex post* en vue de formuler une évaluation de la valeur *ex ante* d'un actif incorporel. En effet, il est difficile et souvent subjectif d'obtenir une vision *ex ante* des risques après que ceux-ci se sont déjà matérialisés. Une telle analyse peut constituer un usage inapproprié d'une analyse rétrospective.

6.5.4.19 Toutefois, dans certaines situations, lorsqu'au moment où elles sont conclues, les transactions d'actifs incorporels ont une valeur hautement incertaine et sont susceptibles de donner lieu à une utilisation opportuniste

de l'asymétrie de l'information entre le contribuable et l'administration fiscale, les résultats *ex post* peuvent fournir aux administrations fiscales des indications sur la nature de pleine concurrence (ou non) de l'accord de prix *ex ante* convenu par les entreprises associées et sur la nature des incertitudes au moment de la transaction. La section D.4 du chapitre VI des Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert examine ces situations aux paragraphes 6.186 à 6.195. L'analyse présentée et les conclusions formulées dans cette section sont considérées comme valables dans le contexte du présent Manuel.

Autres applications des méthodes « DCF » – Paiements conditionnels : détermination *ex ante*

6.5.4.20 La méthode DCF peut être utilisée aux fins de la détermination *ex ante* d'un paiement conditionnel de pleine concurrence (par exemple, en appliquant un taux de redevance sur des ventes prévues), qui est ensuite ajouté à la base réelle des paiements conditionnels (par exemple, après calcul du même taux de redevance sur les ventes réelles). Comme toutes les méthodes, cette approche est subordonnée à la règle de la « méthode la plus appropriée ». Toutefois, lorsque l'on ne dispose pas de comparables plus directs (par exemple, de taux sur les droits de licence provenant de comparables non liés), on peut utiliser une mesure moins directe fondée sur la rentabilité escomptée de l'actif incorporel.

6.5.4.21 Supposons que les faits soient les mêmes que dans l'exemple des paragraphes 6.5.4.12 et 6.5.4.13. Cependant, la société B accepte de rémunérer la société A sur une base conditionnelle, en fonction de ses ventes. Suivant les résultats du tableau 6.T.5, un taux de redevance de 36,9 % sur les ventes escomptées se traduira par une valeur actuelle de 53 pour la société A. Autrement dit, un taux de redevance de 36,9 % appliqué sur les ventes prévues de 312 au cours de la troisième, de la quatrième et de la cinquième année se traduira par 115 au cours de chacune de ces années. En tenant compte du montant de 100 pour le coût des travaux de R&D entrepris par la société A au cours des première et deuxième années, la valeur actualisée de ce flux de revenus est de 53. Le taux de redevance de pleine concurrence est donc fixé à 36,9 %, et ce taux est appliqué aux ventes réelles (qui peuvent différer des ventes prévues).

Conclusion sur les techniques d'évaluation

6.5.4.22 Le présent Manuel n'a pas pour objet de présenter un résumé complet des techniques d'évaluation utilisées par les professionnels du domaine. De même, le Manuel ne cherche pas non plus à valider ou à rejeter

un ou plusieurs ensembles de normes en matière d'évaluation utilisées par les spécialistes ou les comptables ni à décrire en détail ou à endosser une ou plusieurs techniques ou méthodes d'évaluation qui seraient particulièrement adaptées à une analyse de prix de transfert. Cependant, lorsqu'on applique les techniques d'évaluation en tenant dûment compte des principes énoncés dans ce Manuel, des circonstances spécifiques au cas d'espèce, des pratiques et des principes d'évaluation reconnus, et en veillant à la validité des hypothèses qui sous-tendent la création de valeur et à leur conformité avec le principe de pleine concurrence, ces techniques peuvent s'avérer utiles pour effectuer une analyse des prix de transfert.

Méthode du partage des bénéfices (PSM)

6.5.4.23 Dans certaines circonstances, la méthode PSM transactionnelle peut être utilisée pour définir les modalités de pleine concurrence d'un transfert d'actif incorporel ou des droits sur un actif incorporel. Voir la section 4.6.3. Pour déterminer si une méthode PSM transactionnelle est la plus appropriée dans les circonstances, il convient d'établir si les données sur les bénéfices générés par la transaction sont fiables et suffisants, et de prendre en compte les facteurs utilisés pour les répartir, dans la mesure où ils peuvent mettre en doute la fiabilité de la méthode.

6.5.4.24 Lorsqu'une méthode PSM est la plus appropriée dans le cas d'une transaction portant sur le transfert d'un actif incorporel ou de droits sur un actif incorporel, les principales questions suivantes doivent être élucidées :

- Quels sont les bénéfices générés par la transaction qui feront l'objet d'un partage ? Cela peut nécessiter d'extraire les données sur les profits et les pertes du compte de résultat des parties pour se concentrer uniquement sur les résultats de la transaction;
- Le partage sera-t-il basé sur les bénéfices ex ante ou ex post ? L'approche choisie pour le partage des bénéfices doit tenir compte de la ou des parties qui assument le risque d'écart entre les résultats ex post et ex ante; et
- Quels sont les facteurs de partage appropriés ? Cela devrait dépendre des contributions attendues de chaque partie à la transaction.

6.5.4.25 Nonobstant ce qui précède, les méthodes de prix de transfert les plus susceptibles de s'avérer utiles dans les cas de transactions portant sur l'utilisation ou le transfert d'un ou de plusieurs actifs incorporels sont la méthode CUP et la méthode PSM transactionnelle. Les techniques d'évaluation peuvent être des outils utiles pour compléter l'application des méthodes susmentionnées.

6.5.4.26 Lorsqu'il est impossible d'identifier des transactions comparables fiables sur le marché libre, l'application du principe de pleine concurrence exige qu'une autre méthode soit utilisée pour déterminer le prix qu'auraient convenu des parties indépendantes dans des circonstances comparables. Dans cette situation, il est important de prendre en considération les éléments suivants :

- Les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques assumés par les parties à la transaction;
- Les motivations opérationnelles de la transaction;
- Les options réalistes offertes à chaque partie à la transaction, y compris les avantages économiques escomptés de la transaction;
- Les éléments de valeur ajoutée incorporés dans l'actif incorporel, et en particulier la rentabilité relative des produits ou services en lien avec cet actif incorporel; et
- D'autres facteurs de comparabilité tels que :
 - les caractéristiques du marché local;
 - les économies de localisation;
 - le collectif de travail;
 - les synergies de groupe au sein des EMN.

7 Accords de répartition des coûts

7.1 Introduction

7.1.1 Le présent chapitre fournit des orientations concernant l'utilisation des accords de répartition des coûts (ARC) et l'application du principe de pleine concurrence aux ARC dans le cadre des prix de transfert. Les ARC sont ces accords contractuels entre les entreprises associées d'une EMN qui permettent à ses participants de partager certains coûts et risques en échange d'un intérêt proportionnel dans les résultats escomptés de l'ARC. Des parties indépendantes peuvent également participer à des ARC. Les ARC sont utilisés à de nombreuses fins, notamment pour l'acquisition ou la mise au point d'actifs corporels, l'acquisition ou la mise au point d'actifs incorporels et, pour la prestation de services intragroupe. Au regard des actifs incorporels, l'ARC déterminera l'intérêt de chaque participant dans les actifs incorporels à mettre au point. Au regard des services, l'ARC déterminera les services que chaque participant sera en droit de recevoir. Au regard des actifs corporels, l'ARC déterminera l'intérêt de chaque participant dans ce type d'actif.

7.1.2 Un ARC sera conforme au principe de pleine concurrence si la part des contributions de chaque participant à l'ARC est proportionnelle à sa part des avantages escomptés dans le cadre de l'ARC.

7.1.3 Les ARC offrent d'importants avantages administratifs. Puisque les entreprises associées assurent des services intragroupes à d'autres membres du groupe et bénéficient également des services intragroupes assurés par d'autres membres, un ARC peut fournir un mécanisme permettant de remplacer un réseau de paiements intragroupe distincts, de pleine concurrence, par des paiements nets, simplifiés, et basés sur les bénéfices globaux et les coûts agrégés associés aux services. De même, un ARC relatif à la mise au point partagée d'actifs incorporels peut éliminer le besoin de paiements compliqués de licences réciproques pour le remplacer par un partage plus rationnel des contributions et des risques, ce qui permet de parvenir à la propriété conjointe de l'actif incorporel ainsi mis au point.

7.1.4 Les ARC sont utilisés pour créer des bénéfices futurs, par exemple ceux qui sont réalisés au moyen d'actifs corporels ou incorporels, ou pour fournir des services intragroupes. Les EMN y ont recours pour partager les coûts et les risques associés à la mise au point des actifs incorporels. Ces activités comportent des risques, car, parfois, les avantages escomptés ne se réalisent pas. Par exemple, il n'est pas certain que les travaux de recherche et de développement donneront lieu à la création d'actifs incorporels susceptibles d'être exploités par les participants. Étant donné le degré de risque encouru, le partage des coûts et des avantages escomptés semble une approche à privilégier. De plus, il se peut qu'une seule et unique entreprise associée ne dispose pas des ressources ou des capacités nécessaires pour mener à bien une activité de mise au point par elle-même. Un autre avantage qu'offre un ARC est la possibilité d'apporter des contributions sous la forme d'actifs corporels, d'actifs incorporels et de services. Un ARC peut octroyer à ses participants un droit exclusif d'utilisation à l'égard d'actifs incorporels dans des pays ou des régions en particulier. Un participant à un ARC doit pouvoir exploiter son intérêt dans les actifs incorporels et, par conséquent, les participants ne sont pas tenus de verser des redevances pour l'exploitation d'actifs incorporels mis au point dans le cadre d'un ARC.

7.1.5 De manière générale, il existe deux catégories distinctes d'ARC: les accords de partage des coûts et des bénéfices liés aux services entre sociétés (accords de partage de services intragroupes), et les accords concernant la mise au point, la production ou l'acquisition d'actifs incorporels ou corporels (accords pour la mise au point, majoritairement d'actifs incorporels). Ces deux types d'accords supposent le partage des contributions et des bénéfices escomptés. Les contributions peuvent être sous la forme monétaire, d'actifs corporels, d'actifs incorporels ou de services. Bien que les deux types d'ARC soient fondés sur le même cadre sous-jacent de partage des contributions relatives en proportion des bénéfices relatifs, il se peut que les motifs et certaines questions pratiques de mise en œuvre entourant ces accords diffèrent.

7.1.6 Dans les accords de partage de services, par exemple, une EMN peut décider de centraliser ses opérations en matière de ressources humaines ou sa fonction de technologie de l'information (TI) dans une entreprise associée pour que les participants puissent partager les coûts liés à la prestation de ces services. Un avantage des ARC de services intragroupes tient au fait qu'ils permettent aux participants de réaliser des économies d'échelle, ce qui entraîne un coût proportionnel plus faible par comparaison avec la prestation des services à l'interne par chaque participant. Par exemple, une EMN peut décider de confier ses services TI à un participant dans un pays à faible coût qui a fait ses preuves en tant que chef de file international en TI. La centralisation de la TI offre au groupe un accès à des services de qualité supérieure

assurés à un coût moindre grâce aux économies d'échelle et des économies potentielles de localisation.

7.1.7 Une partie des économies liées à la centralisation des fonctions peut être due à la prévention du double emploi des fonctions au sein d'une EMN. Les économies qui résultent de la centralisation des services fournis par une entreprise associée seront généralement immédiates. Les services qui peuvent faire l'objet d'un ARC comprennent les services de gestion, administratifs et techniques, la commercialisation et l'achat de matières premières ou de produits.

7.1.8 Par ailleurs, dans le cadre notamment d'un ARC de développement portant sur un actif incorporel, les participants d'une EMN peuvent décider de partager les coûts, les risques et les avantages potentiels d'un projet de mise au point d'un nouveau produit, comme un produit pharmaceutique. Les contributions peuvent comprendre des brevets et d'autres actifs incorporels existants pertinents pour la mise au point, des services de recherche et de développement et l'utilisation de laboratoires. Les avantages potentiels peuvent comprendre les droits exclusifs accordés à chacun des participants permettant l'exploitation de l'actif incorporel dans son propre marché. Il peut s'écouler un intervalle de temps important entre les activités de mise au point et l'exploitation des actifs incorporels créés par suite de cette mise au point.

7.2 Caractéristiques des ARC

7.2.1 La principale caractéristique des ARC réside dans le fait que les participants conviennent de partager les coûts proportionnels à la création ou à l'acquisition d'actifs corporels ou incorporels, et à la prestation de services. En conséquence, ces derniers conviennent de détenir des intérêts proportionnels correspondants dans les actifs corporels, les actifs incorporels ou les services créés par l'ARC. Les participants doivent donc partager les avantages d'une manière qui soit cohérente avec leurs contributions à l'ARC. La prévisibilité des avantages découlant d'une participation à un ARC varie. Dans certains ARC, les avantages peuvent être prévisibles dès le début, mais dans d'autres cas, le résultat peut être incertain. Par exemple, il n'est pas du tout sûr que des travaux de recherche et de développement donneront lieu à la création d'actifs incorporels tels que des brevets, du savoir faire ou des logiciels. En ce qui a trait aux services, il se peut qu'un ARC ne fournisse pas les avantages escomptés des économies d'échelle en raison de certains imprévus.

7.2.2 Les avantages que peut attendre une EMN qui utilise un ARC sont les suivants :

- Exploiter les économies d'échelle et l'efficacité générale de l'entreprise pour les services communément requis;

- Réduire le dédoublement au sein de l'EMN;
- Accroître l'efficacité opérationnelle grâce au partage des activités et aux synergies au sein de l'EMN;
- Répartir les risques entre les participants à l'ARC;
- Exploiter les connaissances des participants par le partage du savoir-faire et des meilleures pratiques.

7.2.3 Un participant à un ARC portant sur des actifs incorporels est en droit d'exploiter son intérêt dans ces actifs incorporels conformément à sa part dans ces actifs incorporels et ne peut être tenu de payer un droit ou une redevance pour exploiter son intérêt dans ces actifs incorporels. Ceci est le cas même lorsque la propriété légale est détenue par une entreprise associée pour le compte du groupe.

7.2.4 Les caractéristiques des ARC sont les suivantes :

- Ils réunissent au moins deux participants;
- Le partage des coûts ou d'autres contributions entre les participants est basé sur les bénéfices escomptés;
- Chaque participant doit avoir des attentes raisonnables qu'il tirera des avantages de sa participation à l'accord (avantage mutuel);
- Les détails de l'accord sont documentés;
- La forme de l'ARC et la substance économique sont cohérentes;
- Des dispositions existent pour le retrait des participants (sortie) et l'adhésion de nouveaux participants (entrée).

7.3 Participation à un ARC

7.3.1 Conformément au principe de pleine concurrence, un participant à un ARC doit s'attendre à profiter de sa participation à un ARC. En particulier, le participant doit détenir un intérêt précis dans les actifs corporels, les actifs incorporels ou les services liés à l'activité visée par l'ARC et doit être en mesure d'utiliser ces actifs corporels, ces actifs incorporels ou ces services. Les avantages que s'attend à recevoir un participant à un ARC sont basés sur des prévisions objectives. La décision repose tout de même sur une attente, à cause de l'incertitude du résultat, et il n'existe aucune exigence que les avantages de l'ARC soient réalisés, car les ARC comportent souvent des risques.

7.3.2 Les faits et les circonstances démontrent que dans certaines industries les projets de recherche et de développement sont risqués et qu'il est possible

qu'ils ne produisent pas de bénéfices. Par exemple, dans l'industrie pharmaceutique, de nombreux projets de recherche et de développement peuvent ne pas donner lieu à des brevets et des produits susceptibles d'être exploités commercialement. Néanmoins, l'industrie pharmaceutique est une industrie compétitive, et les EMN doivent continuer à s'engager dans la recherche et le développement pour demeurer concurrentielles, car les avantages découlant du développement d'un nouveau médicament peuvent être considérables. Or, même s'il existe un risque élevé qu'un ARC individuel en recherche et en développement pharmaceutique ne réussisse pas à offrir des avantages aux participants, comme le laissent supposer les faits et les circonstances, cela peut simplement refléter la concrétisation de ce risque et n'indique pas en soi que l'ARC n'est pas conforme au principe de pleine concurrence.

7.3.3 Les activités qui font l'objet d'un ARC peuvent être exercées par un ou plusieurs participants ou par une entreprise associée qui n'est pas un participant. Lorsqu'une entreprise associée non participante exerce l'activité qui fait l'objet de l'ARC, conformément au principe de pleine concurrence, elle exigera une contrepartie pour le travail qu'elle réalise, mais ne détiendra pas, par exemple, un intérêt dans les actifs incorporels ou corporels en résultant. La contrepartie sera déterminée au moyen d'une analyse fonctionnelle et de l'application des méthodes de prix de transfert appropriées du Manuel.

7.4 Évaluation des contributions à un ARC

7.4.1 Pour déterminer si un ARC est conforme au principe de pleine concurrence, il faut déterminer la valeur des contributions de chaque participant. Généralement, toutes les contributions doivent être identifiées et évaluées au moment où elles sont apportées. Un participant peut apporter des contributions sous forme monétaire ou sous la forme d'actifs corporels, d'actifs incorporels ou de services. Les orientations présentées dans ce Manuel doivent être appliquées pour évaluer les contributions et tenir compte du partage mutuel des risques et des avantages escomptés par les participants.

7.4.2 Les contributions à un ARC peuvent prendre plusieurs formes. Pour les accords de partage de services, les contributions consistent principalement en prestations de services. Pour les ARC de développement, les contributions comprennent généralement l'exécution d'activités de mise au point (par exemple, recherche et développement ou commercialisation), mais aussi souvent des apports supplémentaires pertinents pour ce type d'ARC, comme d'autres actifs incorporels préexistants qui contribueront à la mise au point de l'actif incorporel faisant l'objet de l'ARC.

7.4.3 Il existe une différence entre les contributions actuelles et les contributions préexistantes. Les exemples de contributions préexistantes comprennent

l'apport d'une technologie brevetée ayant une valeur préexistante utile pour appuyer la mise au point de l'actif incorporel faisant l'objet de l'ARC ou, encore, la contribution d'un actif corporel acquis par un des participants quelque temps avant le début de l'ARC. Les contributions d'actifs corporels et incorporels ayant une valeur préexistante doivent être évaluées conformément au principe de pleine concurrence décrit dans le chapitre 6 du présent Manuel.

7.4.4 Les contributions actuelles, en revanche, sont des contributions en cours. Un exemple serait la prestation de services de recherche et de développement dans le but d'atteindre l'objectif de l'ARC. De tels services sont évalués selon les fonctions exercées par les participants, en tenant compte des actifs utilisés ou apportés et des risques assumés. La valeur actuelle des contributions doit être déterminée conformément au principe de pleine concurrence énoncé dans le présent Manuel.

7.4.5 Bien que conformément au principe de pleine concurrence, toutes les contributions doivent être mesurées selon leur valeur, il peut être plus facile pour les participants de mesurer les contributions actuelles selon leur coût. En cas d'adoption de cette approche, la valeur attribuée aux contributions préexistantes doit faire en sorte de recouvrer le coût d'opportunité de l'engagement ex ante de contribuer à l'ARC des ressources au prix de revient. Par exemple, un accord contractuel (c'est à dire l'ARC) qui mobilise une équipe existante pour effectuer un travail au profit de l'ARC doit tenir compte du coût d'opportunité des travaux de recherche et de développement alternatifs (à savoir, la différence entre la valeur de l'utilisation alternative la plus valable du personnel de recherche et de développement et les coûts de recherche et de développement prévus) si l'activité de recherche et de développement dans le cadre de l'ARC doit être évaluée d'après le coût. En effectuant cette détermination, il est important de ne pas compter deux fois les différentes contributions de valeur (par exemple, la valeur des effectifs et la valeur des actifs incorporels).

7.4.6 Dans certaines situations, les contributions actuelles peuvent être évaluées sur la base des coûts, en tant que méthode pratique d'évaluation de la valeur relative de ces contributions actuelles, par exemple si la différence entre la valeur et les coûts est très peu significative. Toutefois, si les contributions comprennent une combinaison d'actifs corporels, d'actifs incorporels et de services, mesurer les contributions actuelles sur la base des coûts peut compromettre la fiabilité de l'évaluation des contributions relatives et aboutir à des résultats non conformes au principe de pleine concurrence. Si l'on estime que les modalités prévues dans un ARC concordent avec celles des transactions comparables sur le marché libre et que, pour ces transactions, le coût sert à évaluer les contributions, il faut examiner la comparabilité de toutes les caractéristiques économiques significatives des transactions contrôlées et

comparables sur le marché libre pour veiller à ce que l'ARC et les transactions sur le marché libre soient comparables. Une autre question dont il faut tenir compte en comparant un ARC à des transactions sur le marché libre est de savoir si d'autres paiements sont effectués dans le cadre des transactions sur le marché libre, comme des versements d'étape.

7.4.7 Dans certaines situations, les coûts prévisionnels peuvent être utilisés pour évaluer les contributions. Les coûts prévisionnels peuvent être justifiés par le fait que les contributions à un ARC traduisent les avantages attendus. Or, il existe généralement des différences entre les coûts prévisionnels et les coûts réels d'un ARC. Par conséquent, la question clé est de déterminer quels participants assument le risque lié à des coûts réels supérieurs ou inférieurs aux coûts prévisionnels. Des parties indépendantes détermineront normalement la façon de traiter les différences entre les coûts prévisionnels et les coûts réels. En outre, ces parties indépendantes seront susceptibles de s'entendre sur les facteurs à prendre en considération pour élaborer le budget et la manière dont les imprévus seront traités. S'il existe des différences majeures entre les coûts prévisionnels et les coûts réels, il faut examiner les raisons de ces différences pour s'assurer que l'ARC n'a pas été modifié au point de faire en sorte que les changements ne sont pas bénéfiques à certains de ses participants.

7.4.8 Comme on l'indique ci dessus, toutes les contributions des participants à un ARC doivent être reconnues. Les contributions à considérer sont celles qui sont utilisées exclusivement pour l'ARC et celles qui sont utilisées en partie pour l'ARC et en partie pour les autres activités commerciales du participant. La répartition de la valeur des contributions peut donc s'avérer difficile dans certaines situations. Un participant peut mettre ses locaux commerciaux à la disposition de l'ARC, y compris des actifs corporels comme une usine et de l'équipement, mais également lui offrir certains services. Un participant peut aussi utiliser simultanément ses locaux commerciaux et ses actifs corporels pour ses propres activités. Dans ces circonstances, la valeur de pleine concurrence liée à l'utilisation des locaux commerciaux et à l'accès à l'usine et à l'équipement doit être déterminée. L'évaluation appropriée serait le loyer de pleine concurrence pour l'occupation non exclusive des locaux commerciaux et l'utilisation de l'usine et de l'équipement. La répartition des contributions aux fins de l'évaluation doit être fondée sur les faits et les circonstances et sur des principes comptables reconnus. Si des changements significatifs se produisent pendant la durée de vie de l'ARC, des ajustements devront être apportés à la répartition. La façon dont ceux-ci seront traités à des fins fiscales dépendra de la législation nationale.

7.4.9 Dans de nombreuses juridictions, les gouvernements offrent certains incitatifs fiscaux et des subventions particulières pour la recherche et le

développement, de sorte qu'on peut se demander si ces incitatifs doivent être pris en considération pour déterminer les contributions d'un participant à un ARC de recherche et de développement. Les approches consistent à évaluer la contribution du participant et à ne pas tenir compte de la subvention, ou à évaluer la contribution en tenant compte de l'effet de la subvention. Dans la première approche, le participant bénéficie pleinement de la subvention. Dans la dernière approche, la contribution du participant est réduite par l'effet de la subvention et, dans les faits, tous les participants partagent les bénéfices de la subvention du participant. La détermination selon le principe de pleine concurrence dépend du choix qu'auraient fait des entreprises indépendantes dans les mêmes circonstances: se seraient-elles engagées ou non dans ces activités ?

7.5 Prévision des avantages escomptés

7.5.1 Pour qu'une entreprise associée participe à un ARC, elle doit anticiper des avantages escomptés et identifiables. Les avantages escomptés sont importants pour la détermination de sa contribution et l'acceptabilité de la méthode de répartition (par exemple, la clé de répartition) utilisée par l'EMN pour les actifs corporels, les actifs incorporels ou les services. Conformément au principe de pleine concurrence, les contributions d'une entreprise associée doivent traduire sa part anticipée des avantages escomptés. Une entreprise indépendante ne s'engagera pas dans un ARC à moins qu'elle ne soit en mesure de déterminer un avantage escompté proportionnel. La notion d'avantage escompté est vaste et désigne un avantage économique qui peut prendre la forme de coûts réduits, de revenus accrus ou du maintien d'une position commerciale et financière. En ce qui concerne les services intragroupes, l'un des principaux avantages que l'on pourrait attendre de la prestation centralisée des services serait la réduction des coûts obtenue grâce aux économies d'échelle. L'analyse des avantages escomptés doit être fondée sur les faits et circonstances propres à l'entreprise associée.

7.5.2 Les EMN utilisent souvent des « clés de répartition » comme méthode indirecte pour évaluer approximativement les bénéfices futurs respectifs de chaque participant à un ARC. Une clé de répartition peut être fondée sur divers facteurs comme le chiffre d'affaires, les bénéfices bruts, les bénéfices nets, le nombre d'employés et le capital. La clé de répartition utilisée est un indicateur qui sert à déterminer la connexion entre la contribution et le droit du participant aux avantages escomptés; les facteurs utilisés doivent être déterminés en fonction des faits et des circonstances de l'ARC.

7.5.3 La détermination des contributions d'un participant doit être fondée sur des projections objectives des bénéfices escomptés et des bénéfices respectifs qu'elles procureront aux participants. Les projections doivent refléter les

projections qui auraient été faites par des parties indépendantes dans des circonstances similaires. Une autorité fiscale qui examine les projections ne doit les évaluer que sur la base des informations dont disposaient les participants, plutôt qu'en recourant à une évaluation a posteriori, ce qui serait jugé injuste. En outre, les ARC doivent prévoir l'éventualité d'avoir à apporter des ajustements aux contributions pendant la durée de l'ARC sur une base prospective afin de tenir compte des changements dans le ratio des bénéfices escomptés des participants.

7.5.4 Dans le cas de certains ARC, qui portent par exemple sur la mise au point d'actifs incorporels, les avantages résultant de l'ARC seront réalisés dans l'avenir, et le délai entre le démarrage et la réalisation peut être considérable. Par conséquent, il peut s'avérer difficile de mesurer les avantages escomptés des ARC en recherche et en développement. Les méthodes fondées sur l'actualisation des flux de revenus (*Discounted income flow*) ou de trésorerie (*Discounted cash flow*) sont souvent utilisées (voir la section 6.5.4). Conformément au principe de pleine concurrence, les contributions d'un participant à un ARC doivent correspondre à sa part des avantages escomptés. Cela nécessite une approximation directe des avantages escomptés du participant et l'assurance que ses contributions relatives reflètent ses avantages escomptés relatifs. Par conséquent, lorsque l'on prévoit qu'un participant recevra des avantages directs considérables si les objectifs de l'ARC sont atteints, le participant doit apporter une contribution significative.

7.5.5 Exemple : Développement d'une nouvelle technologie

Supposons que la société A et la société B concluent un ARC au cours de la première année pour mettre au point une nouvelle technologie. À l'ouverture de l'ARC, on prévoit que le processus de développement durera cinq ans et que, une fois la nouvelle technologie commercialisée, la sixième année, les sociétés A et B recevront 75 pour cent et 25 pour cent des bénéfices, respectivement. Les coûts totaux de mise au point sont de 100 chaque année.

Au cours des trois premières années, la société A verse 75 au titre des coûts liés à l'ARC, et la société B, 25. À la fin de la troisième année, des changements réglementaires sont apportés dans le marché prévu pour la nouvelle technologie sur le territoire de la société A. À la suite de ces changements, on prévoit qu'au cours de la quatrième année et des années suivantes, les sociétés A et B se partageront chacune la moitié (50 %) des bénéfices totaux prévus pendant la durée de vie utile de la technologie en développement. En raison des changements dans les parts des bénéfices

totaux prévus, la société B doit effectuer un paiement compensatoire à la société A d'un montant égal à 75 (la différence entre 25 pour cent et 50 pour cent des coûts totaux engagés au cours des trois premières années). Ce paiement compensatoire doit être fait la quatrième année. En outre, au cours des quatrième et cinquième années, d'après le nouveau calcul du ratio des bénéfiques, la société A et la société B doivent chacune verser un montant de 50 au titre des coûts annuels actuels relatifs à l'ARC.

Par conséquent, à la fin de la période de mise au point, la société A et la société B auront toutes deux payé 50 pour cent des coûts de développement et chacune devrait s'attendre à recevoir 50 pour cent des bénéfiques liés à l'exploitation de la nouvelle technologie, comme suit :

Tableau 7.T.1

	1 ^e année	2 ^e année	3 ^e année	4 ^e année Paiement compensatoire	4 ^e année	5 ^e année	Total
Société A	75	75	75	(75)	50	50	250
Société B	25	25	25	75	50	50	250

7.6 ARC non conforme au principe de pleine concurrence

7.6.1 Généralités

7.6.1.1 Un ARC échouera au test de pleine concurrence si les contributions de certains participants ne correspondent pas à leur part des avantages escomptés. Par conséquent, les autres participants recevront une part correspondante excessive des avantages et, par le fait même, il faudra peut-être procéder à un ajustement fondé sur les faits et les circonstances du cas. Les ajustements potentiels qu'une autorité fiscale peut apporter dans le cas d'un participant qui ne se conforme pas au principe de pleine concurrence consistent à modifier les contributions ou à ne pas tenir compte des modalités de l'ARC.

7.6.2 Paiements compensatoires

7.6.2.1 Un ARC sera conforme au principe de pleine concurrence si la part de chaque participant dans la valeur des contributions totales est proportionnée en fonction de la valeur des bénéfiques qu'il escompte. Si la part d'un participant dans les contributions totales ne correspond pas à sa part des bénéfiques escomptés, les contributions d'au moins un participant sont excessives

et, par conséquent, les contributions d'au moins un autre participant sont insuffisantes. Dans une telle situation, conformément au principe de pleine concurrence, les participants dont les contributions sont insuffisantes doivent effectuer un paiement compensatoire. Ces paiements accroîtront la valeur des contributions des payeurs et diminueront la valeur des contributions des bénéficiaires.

7.6.2.2 Un participant peut également effectuer une contribution supplémentaire à un ARC si ses contributions proportionnelles sont trop faibles par rapport à ses bénéfices escomptés. Les ajustements peuvent résulter d'un examen périodique des contributions d'un participant et de sa part relative des bénéfices escomptés. Dans certains cas, la nécessité d'apporter des ajustements périodiques est prévue dès l'ouverture de l'ARC.

7.6.2.3 Les autorités fiscales peuvent également exiger des paiements compensatoires. Une autorité fiscale peut apporter un ajustement afin de remédier à un déséquilibre dans les contributions à l'ARC par rapport à la part des bénéfices escomptés du participant. Un ajustement peut s'avérer nécessaire si les contributions d'un participant sous la forme d'actifs corporels, d'actifs incorporels ou de services ont été sous évaluées. En outre, il peut falloir procéder à un ajustement lorsque la part des bénéfices escomptés d'un participant est trop faible par rapport à sa part des coûts prévus parce que la clé de répartition a donné lieu à une approximation inexacte de la répartition des bénéfices escomptés ou lorsque des changements surviennent pendant la durée de l'ARC qui donnent à penser que les parts initiales des bénéfices escomptés ont changé.

7.6.2.4 Lorsque de telles anomalies sont mises en évidence, celles-ci peuvent être corrigées au moyen d'un paiement compensatoire. Une autorité fiscale qui examine un ARC et constate qu'un ajustement est nécessaire peut considérer qu'un participant a reçu le paiement compensatoire théorique, ce qui peut conduire à un paiement correspondant entre les participants. Néanmoins, si l'ARC a été conclu de bonne foi, les administrations fiscales doivent faire preuve de prudence en matière d'ajustements, et ne les envisager que lorsque les contributions relatives du participant sont excessives par rapport à sa part des bénéfices escomptés sur plusieurs années de revenus plutôt que sur une seule année. Au besoin, des paiements compensatoires doivent être calculés pour veiller à ce que la part de chaque participant dans les contributions totales pendant la durée de l'ARC corresponde à sa part des bénéfices prévus pendant la durée de vie utile des actifs corporels et incorporels mis au point dans le cadre de l'ARC.

7.6.3 Non prise en compte des clauses de l'ARC

7.6.3.1 Si l'analyse d'un ARC révèle que les clauses de l'ARC ne traduisent pas la réalité économique, une autorité fiscale peut ne pas tenir compte de certaines des clauses de l'ARC conformément à la délimitation précise de la transaction. La section 3.3.2 traite de la capacité des autorités fiscales de ne pas tenir compte des dispositions d'un ARC dans certaines circonstances.

7.6.3.2 Une autorité fiscale peut conclure qu'il est peu probable qu'un participant bénéficie d'un ARC ou que les bénéfices escomptés seraient non significatifs, surtout si ses contributions sont significatives. Dans ce cas, l'autorité fiscale peut décider que l'accord n'est pas conforme au principe de pleine concurrence (étant donné qu'une entreprise indépendante ne participerait pas à un tel accord) et peut par conséquent ne pas tenir compte de l'ARC.

7.7 Adhésion à un ARC et retrait ou résiliation

7.7.1 Généralités

7.7.1.1 Au moment où un ARC est établi, un ou plusieurs participants peuvent être invités à effectuer un paiement correspondant à leur part des actifs corporels, des actifs incorporels ou d'autres apports à la valeur préexistante mis à la disposition de l'ARC par d'autres participants. De même, après l'établissement d'un ARC, une entreprise associée qui se joint à l'ARC à titre de nouveau participant peut être tenue d'effectuer un paiement en échange de l'acquisition d'un intérêt dans les avantages qui ont été créés dans le cadre de l'ARC. Un participant qui se retire d'un ARC est censé recevoir un paiement pour sa part de la valeur de l'ARC. En outre, les participants existants peuvent soit augmenter, soit diminuer leur participation à un ARC. Ces situations sont examinées ci-dessous.

7.7.2 Paiements d'entrée

7.7.2.1 Lorsqu'une entreprise associée se joint à un ARC, soit à l'ouverture, soit comme nouveau participant une fois l'ARC mis en œuvre, l'entreprise associée peut se voir attribuer un intérêt dans les contributions à la valeur préexistante apportées par d'autres participants ou dans les bénéfices réalisés dans le cadre de l'ARC grâce à ces participants. Il peut s'agir, par exemple, d'actifs incorporels, d'autres droits ou de travaux en cours. Comme le nouveau participant acquiert un intérêt dans ces bénéfices, le principe de pleine concurrence exige de ce participant qu'il effectue un paiement de pleine concurrence pour le transfert effectué par les participants ayant créé cette valeur préexistante. Le montant à payer au titre des avantages préexistants par un nouveau

participant lors de son adhésion à l'ARC est appelé « paiement d'entrée ».

7.7.2.2 Le paiement d'entrée doit être fondé sur la valeur de pleine concurrence des droits que le nouveau participant acquiert et de son intérêt dans les bénéfices escomptés de l'ARC. Si les travaux d'un ARC préexistant ont été infructueux et qu'un changement d'approche est envisagé, il se peut qu'il n'y ait pas de paiement d'entrée, car le nouveau participant n'acquiert pas d'intérêt dans des actifs corporels ou incorporels, des droits ou des travaux en cours. Le nouveau participant peut également apporter une contribution à l'ARC sous la forme d'actifs incorporels ou d'autres actifs corporels préexistants. Les éléments apportés doivent être évalués selon le principe de pleine concurrence et un paiement compensatoire doit être versé pour combler les différences si le paiement d'entrée exigé est supérieur à la valeur des éléments apportés par le nouveau participant. En revanche, si la valeur des actifs incorporels est supérieure au paiement d'entrée exigé, un paiement compensatoire doit être effectué par les participants existants en faveur du nouveau participant. Les paiements compensatoires ainsi requis pourraient être déterminé sur une base nette relativement au paiement d'entrée exigé.

7.7.2.3 Le traitement d'un paiement d'entrée à des fins fiscales doit être déterminé en vertu du droit interne et des conventions fiscales des pays des participants. Le paiement doit être traité au même titre que le paiement à une entreprise indépendante pour acquérir un intérêt dans des actifs incorporels, des droits ou des travaux en cours.

7.7.3 Paiements de sortie

7.7.3.1 Le retrait d'un participant à un ARC peut donner lieu à un paiement de sortie par lequel ledit participant vend aux participants restants ses intérêts dans les actifs corporels, les actifs incorporels et les droits dans le cadre de l'ARC. Le paiement de sortie correspond à la valeur de pleine concurrence des intérêts du participant à la date de son retrait de l'ARC. Dans certains cas, il se peut que les travaux liés à l'ARC n'aient pas permis de réaliser des bénéfices et, par conséquent, aucun paiement de contrepartie au participant sortant n'est nécessaire. Le traitement d'un paiement de sortie à des fins fiscales doit être déterminé en vertu du droit interne et des conventions fiscales des pays des participants. Le paiement doit être traité au même titre que le paiement d'une entreprise indépendante en vue d'acquérir des intérêts dans des actifs incorporels, des droits et des travaux en cours.

7.7.3.2 Lorsque de nouveaux participants se joignent à un ARC, ou lorsque des participants existants quittent un ARC, il se peut qu'il faille apporter un ajustement aux contributions des participants restants pour tenir compte des changements dans leur proportion des bénéfices escomptés.

7.7.4 Résiliation d'un ARC

7.7.4.1 Lorsqu'un ARC prend fin, les participants doivent recevoir leurs parts respectives des actifs corporels, des actifs incorporels et des droits acquis et créés dans le cadre de l'ARC. Si un participant renonce à ses droits dans le cadre de l'ARC, les autres participants doivent effectuer un paiement, conformément aux exigences relatives aux paiements de sortie énoncées ci-dessus.

7.8 Conditions générales d'un ARC

7.8.1 Les ARC doivent dresser la liste des participants et de leurs intérêts respectifs en vue de minimiser les risques de différends concernant la propriété des fruits de l'ARC et de conflits avec les autorités fiscales. Dans le cadre d'un ARC, une entreprise associée peut être le propriétaire légal des actifs corporels et incorporels, tandis que les participants partagent des intérêts communs dans les actifs corporels et incorporels. Un trait distinctif des ARC tient au fait que les participants doivent posséder un intérêt dans les actifs corporels ou dans les actifs incorporels ou, encore, bénéficiaire des services qui font l'objet de l'ARC. Dans le cas des actifs incorporels, un participant doit être en mesure d'utiliser son intérêt dans ces actifs.

7.8.2 En général, les ARC entre entreprises associées doivent respecter les conditions suivantes⁵⁹:

- Les participants doivent se composer exclusivement d'entreprises pouvant retirer des avantages mutuels et proportionnels de l'activité de l'ARC (et non uniquement de l'exercice de tout ou partie de cette activité);
- 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 escomptée des bénéfices;
- 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 services obtenus par le biais de l'ARC;
- La valeur des contributions des participants doit être déterminée

⁵⁹ OCDE (2017). *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*. Paris: OECD Publishing. Accessible à l'adresse <https://www.oecd.org/fr/fiscalite/prix-de-transfert/principes-de-l-ocde-applicables-en-matiere-de-prix-de-transfert-a-l-intention-des-entreprises-multinationales-et-des-administrations-20769723.htm>. Voir paragraphe 8.50.

de manière conforme au principe de pleine concurrence énoncé dans le présent Manuel, 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 bénéfices escomptés de la transaction;

- 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 significatifs dans la répartition des bénéfices escomptés entre les participants;
- 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 la résiliation de l'ARC.

7.8.3 Les participants à un ARC doivent préparer une documentation sur la nature de l'ARC, les modalités de l'ARC, les bénéfices escomptés et la conformité au principe de pleine concurrence. La documentation doit porter notamment sur⁶⁰:

- Les participants;
- Toute autre entreprise associée impliquée;
- Toute autre entreprise associée susceptible de bénéficier de l'ARC;
- Les activités de l'ARC;
- La durée de l'ARC;
- La mesure des parts des bénéfices escomptés des participants;
- Les contributions de chaque participant;
- Les conséquences de l'adhésion ou du retrait d'un participant à l'ARC, ou de la résiliation de l'ARC;
- Les paiements compensatoires et les ajustements aux modalités de l'ARC afin de refléter les changements dans la situation économique des participants.

7.8.4 En outre, les participants sont encouragés à surveiller le fonctionnement d'un ARC et à :

- Consigner les modifications à l'accord;

⁶⁰Ibid, paragraphe 8.52.

- Comparer les projections sur les bénéfices escomptés aux bénéfices réalisés;
- Enregistrer les dépenses annuelles des participants à l'ARC, la forme des contributions et les méthodes d'évaluation utilisées, ainsi que l'application cohérente des principes comptables aux participants.

7.8.5 Exemple : Prestation réciproque de services

La société A et la société B sont des membres d'un groupe multinational. Chaque société fournit des services différents (la société A fournit le service n° 1, et la société B fournit le service n° 2), et la société A et la société B bénéficient chacune des deux services (à savoir, la société A tire un avantage du service n° 2, et la société B tire un avantage du service n° 1).

Supposons que les coûts et la valeur des services sont les suivants :

Coûts de la prestation du service n° 1 (coûts encourus par la société A) : 100 par unité

Valeur marchande du service n° 1 : 120 par unité. Autrement dit, le prix de pleine concurrence que la société A facturerait à la société B pour la prestation du service n° 1 est de 120.

Coûts de la prestation du service n° 2 (coûts encourus par la société B) : 100 par unité

Valeur marchande du service n° 2 : 105 par unité (Remarque : supposons qu'il s'agit d'un service réputé de faible valeur.)

Au cours de la première année et des années suivantes, la société A fournit 30 unités du service n° 1 au groupe et la société B fournit 20 unités du service n° 2 au groupe. La société A et la société B concluent un ARC pour partager les coûts et les avantages du service n° 1 et du service n° 2.

En vertu de l'ARC, le calcul des coûts et des bénéfices est le suivant :

Coûts de la société A pour la prestation des services :	3 000 (60 % des coûts totaux)
Coûts de la société B pour la prestation des services :	<u>2 000</u> (40 % des coûts totaux)
Coûts totaux du groupe :	5 000

Contribution faite par la société A
(valeur marchande) : 3 600 (63 % des contributions totales)
Contribution faite par la société B
(valeur marchande) : 2 100 (37 % des contributions totales)
Contributions totales du groupe : 5 700

La société A utilise 15 unités du service n° 1 et 10 unités du service n° 2.
La société B utilise 15 unités du service n° 1 et 10 unités du service n° 2.

Bénéfice pour la société A :

$$1\ 800 + 1\ 050 = 2\ 850 \text{ (50 \% de la valeur totale de 5 700)}$$

Bénéfice pour la société B :

$$1\ 800 + 1\ 050 = 2\ 850 \text{ (50 \% de la valeur totale de 5 700)}$$

Contributions évaluées à leur valeur : En vertu de l'ARC, la société A doit supporter les coûts associés à 50 pour cent de la valeur totale des contributions (5 700), soit 2 850. La valeur marchande de la contribution en nature de la société A est de 3 600. La société B doit supporter les coûts associés à 50 pour cent de la valeur totale des contributions, soit 2 850. La valeur de la contribution en nature de la société B est de 2 100. Par conséquent, la société B doit effectuer un paiement compensatoire de 750 à la société A.

Il est difficile de faire la distinction entre un ARC et des services intragroupes attribués par l'entremise d'une clé de répartition. Les différences suivantes entre les ARC et les accords de prestation de services au sein d'un groupe multinational ont été relevées⁶¹:

⁶¹ Commission européenne (2012). *Rapport sur les accords de répartition des coûts sur services non générateurs de biens incorporels*. Bruxelles: EC. Accessible à l'adresse : https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum/jtpf/2012/2012-09_com516_fr.pdf.

7.8.5.1 Exemple : Rapport de l'UE sur les différences entre les ARC et les accords de prestation de services intragroupes

Tableau 7.T.2

Différences entre les ARC et les accords de services au sein d'un groupe multinational

ARC	Accords de services intragroupes
Un ARC est un accord relatif au partage des coûts, des risques et des bénéfices où les participants apportent une contribution monétaire, en biens ou en services.	Les services intragroupes se limitent à la fourniture ou à l'acquisition de services particuliers au sein d'un groupe multinational.
Le prestataire de services et les destinataires sont tous partie de l'ARC.	L'entreprise associée qui fournit les services peut conclure un accord distinct avec chaque entreprise associée. Le prestataire de services peut donc avoir négocié de nombreux accords bilatéraux pour la prestation de services intragroupes.
Si un participant se joint à un ARC ou s'en retire, un ajustement correspondant doit être effectué sur les contributions et les droits de chaque entreprise associée.	Si une entreprise associée décide d'élargir un accord de services ou de l'interrompre, cela n'a pas d'incidence sur les autres entreprises associées qui reçoivent les services.
Un accord écrit détaillé contenant les renseignements énoncés au paragraphe 7.8.3.	Dans certains cas, il se peut que des contrats écrits ne soient pas rédigés.
Les contributions des participants sont évaluées sur la base d'une contribution.	Des frais de service, incluant une marge bénéficiaire selon le principe de pleine concurrence pour le prestataire de services, seront facturés au destinataire du service.
ARC	Accords de services intragroupes
La répartition des coûts selon le principe de pleine concurrence doit être basée sur les bénéfices escomptés de chaque participant dans le cadre de l'ARC.	La clé de répartition est conçue comme une mesure approximative des bénéfices escomptés que l'entreprise associée destinataire recevra des services.

8 Aspects des réorganisations d'entreprises touchant aux prix de transfert

8.1 Établissement du cadre et problèmes de définition

8.1.1 Généralités

8.1.1.1 Ces dernières années, les aspects fiscaux des réorganisations d'entreprises réalisées par des entreprises multinationales (EMN) ont attiré l'attention des autorités fiscales du monde entier. Dans l'optique des prix de transfert, ces restructurations exigent que l'on examine de quelle manière il convient d'appliquer le principe de pleine concurrence à un redéploiement transfrontalier de fonctions, d'actifs et de risques au sein de la même EMN.

8.1.1.2 Il n'existe pas de définition juridique ou universellement admise de la notion de « réorganisation d'entreprises ». Dans un contexte de prix de transfert, il s'agit du redéploiement transfrontalier de fonctions, d'actifs (corporels ou incorporels) et de risques auxquels peut être rattaché un potentiel de perte ou de profits. À cet égard, les réorganisations d'EMN ne doivent pas être confondues avec l'acquisition ordinaire d'une société ou d'une entreprise en activité. Cependant, une restructuration des opérations de la chaîne d'approvisionnement d'une EMN peut être courante à la suite d'une acquisition, d'une cession de société ou d'un changement de contexte d'affaires.

8.1.1.3 Les réorganisations impliquant des transformations de l'élément de fabrication ou de distribution d'une EMN, telles que (i) la transformation d'un distributeur revendeur en agent ou en commissionnaire ou (ii) la transformation d'un fabricant de plein exercice en fournisseur de services de fabrication (par exemple, en fabricant sous-traitant ou façonnier), sont des exemples courants de restructurations. Certaines réorganisations d'entreprises peuvent impliquer le transfert de la propriété et de la gestion des droits sur des actifs incorporels comme des brevets, des marques, des noms commerciaux, etc.

8.1.1.4 En règle générale, les entreprises ont le droit d'organiser leurs activités comme elles l'entendent. Les réorganisations d'entreprises réalisées conformément au principe de pleine concurrence sont tout à fait appropriées. Cependant,

il peut arriver que des réorganisations facilitent le transfert inapproprié de revenu au moyen de prix non conformes au principe de pleine concurrence ou dans le cadre de structures commercialement irrationnelles. Les orientations données dans le présent Manuel, et notamment dans ce chapitre, s'appliquent aux réorganisations d'entreprises dans le but de veiller à leur conformité au principe de pleine concurrence.

8.1.1.5 L'application de l'article 9 du Modèle de convention des Nations Unies concernant les doubles impositions aux réorganisations d'entreprises exige que la contrepartie de pleine concurrence d'une fourniture, d'une acquisition ou d'un transfert de biens soit celle que l'on pourrait raisonnablement attendre d'un accord entre parties indépendantes traitant dans des conditions de pleine concurrence. Par conséquent, une réorganisation d'entreprises suppose généralement que l'on détermine si, dans des conditions de pleine concurrence, un paiement serait justifié pour le transfert d'un élément de valeur ou pour la rupture ou la renégociation substantielle d'accords commerciaux entre entreprises associées et, le cas échéant, quel serait le montant de cette contrepartie de pleine concurrence.

8.1.2 Réorganisations d'entreprises: considérations relatives aux pays en développement

8.1.2.1 Les changements déclenchés par la mise en œuvre d'une réorganisation d'entreprises peuvent avoir des effets significatifs sur la répartition des bénéfices (ou des pertes) entre les pays où les entités de l'EMN exercent leurs activités, peu importe que les économies d'impôts soient ou non l'une des motivations de la réorganisation. Lorsqu'une EMN modifie son modèle d'entreprise, la structure fiscale et juridique du groupe doit généralement s'aligner sur le nouveau modèle.

8.1.2.2 Les réorganisations d'entreprises touchent de plus en plus les pays en développement. Au cours des dernières années, un certain nombre de grandes EMN ont soit (i) transféré leurs installations de production dans des pays à faibles coûts, c'est-à-dire où le coût de la main-d'œuvre qualifiée est moins chère, soit (ii) transféré de la même manière certaines fonctions de distribution, soit (iii) transféré des biens incorporels de valeur en dehors du pays où ils ont été acquis, créés ou exploités. Le présent chapitre explique comment déterminer, au cas par cas, si les conditions de ces réorganisations sont conformes ou non au principe de pleine concurrence.

8.1.2.3 Dans un contexte de réorganisation d'entreprises, le principe de pleine concurrence nécessite une comparaison des modalités (y compris le prix) d'une transaction ou d'un arrangement entre entreprises associées à

celles qui auraient été convenues entre entreprises indépendantes traitant dans des conditions de pleine concurrence dans des circonstances similaires. Lorsqu'une transaction particulière fait partie d'un arrangement plus large dans le cadre d'une réorganisation d'entreprises, la fixation (ainsi que la vérification) de la contrepartie de pleine concurrence à l'égard de cette transaction exige que toutes les circonstances relatives à cet arrangement soient prises en compte dans l'évaluation des facteurs de comparabilité qui pourraient raisonnablement s'appliquer dans le cadre d'un accord entre parties indépendantes traitant dans des conditions de pleine concurrence.

8.1.2.4 En l'absence de données fiables comparables sur le marché libre, il faut évaluer si les modalités de la transaction contrôlée correspondent à celles auxquelles on pourrait raisonnablement s'attendre dans le cadre d'un accord entre parties indépendantes traitant dans des conditions de pleine concurrence.

8.1.2.5 Le processus décrit ci-dessus concernant l'application du principe de pleine concurrence fait ressortir la nécessité pour les autorités fiscales des pays en développement d'être attentives aux réorganisations d'entreprises et à leurs conséquences potentielles. Comme nous l'avons déjà indiqué dans le présent Manuel, même s'il appartient à chaque pays de déterminer son propre régime fiscal, le désir d'éviter la double imposition a été un facteur important dans l'acceptation très large du principe de pleine concurrence à l'échelle internationale.

8.1.3 Processus d'établissement ou de vérification du principe de pleine concurrence dans une réorganisation d'entreprises

8.1.3.1 Cette section décrit un processus type qui peut être suivi pour fixer ou vérifier les prix de transfert dans le contexte d'une réorganisation d'entreprises. Ce processus n'est ni normatif ni exhaustif.

8.1.3.2 Dans un premier temps, il est important de caractériser les transactions conclues par les entreprises associées, en tenant compte de l'environnement commercial dans lequel l'EMN exerce ses activités. Pour ce faire, il faut :

- Déterminer **la portée, le type** (par exemple, fourniture de biens, prestation de services, accords de licence) **et la nature économique des accords** entre les entreprises associées impliquées dans la réorganisation d'entreprises;
- Effectuer **une analyse fonctionnelle des activités exercées avant et après la réorganisation par les entreprises associées concernées**. Une telle analyse nécessite, tout d'abord, la prise en compte de tous les contrats pertinents, y compris ceux qui ont été signés

pour mettre en œuvre la réorganisation d'entreprises (par exemple, les contrats transférant la propriété juridique des actifs incorporels et, dans le cas d'activités commerciales touchées par la réorganisation, ceux qui attestent des modalités des accords conclus avant la réorganisation et ceux conclus par la suite), ainsi qu'un examen des risques assumés et des fonctions exercées par les entreprises associées;

- Examiner la **concordance des modalités contractuelles avec les résultats de l'analyse fonctionnelle** des entreprises associées participant à la réorganisation, afin de déterminer la véritable nature des transactions, y compris leurs effets juridiques, économiques et fiscaux. Il ne faut pas supposer automatiquement que les contrats, bien qu'ils soient le point de départ de toute analyse des prix de transfert, reflètent de manière précise ou complète les relations commerciales ou financières réelles entre les parties. La partie essentielle de cet examen touche à l'exécution de l'analyse fonctionnelle approfondie, qui est requise pour déterminer les activités et les fonctions à valeur ajoutée exercées, les actifs utilisés et les risques assumés en ce qui concerne les activités commerciales concernées par la réorganisation.

8.1.3.3 La sélection de la ou des méthodes les plus appropriées applicables aux transactions en jeu découle de l'analyse fonctionnelle et de la délimitation précise de ces transactions. Comme on le verra plus en détail ci-dessous, une réorganisation d'entreprises est généralement réalisée par une série de transactions interdépendantes. Par exemple, elle peut impliquer le transfert de fonctions, d'actifs et de risques vers un pays offrant un régime fiscal favorable. Cela ne devrait pas en soi permettre de conclure qu'un accord non conforme au principe de pleine concurrence a été mis en œuvre.

8.1.3.4 Dans la mesure où les conséquences en matière de prix de transfert de la réorganisation d'entreprises et des accords conclus par la suite correspondent à celles qui résulteraient d'un accord entre parties indépendantes dans des circonstances comparables, le principe de pleine concurrence et ses exigences sont respectés.

8.1.3.5 Par exemple, une entreprise associée pourrait transférer la propriété d'un actif incorporel à son donneur d'ordre étranger et également accepter de conclure un contrat de licence avec cette entreprise qui lui permettrait de continuer à utiliser l'actif incorporel dans ses activités commerciales courantes. Pour déterminer si ce transfert de propriété est conforme au principe de pleine concurrence, compte tenu du fait que la transaction résulte d'un accord plus large de réorganisation d'entreprises, la comparabilité doit être évaluée.

8.1.3.6 D'un point de vue pratique, les données pertinentes de tierces parties ne sont souvent pas disponibles car les types de réorganisations d'entreprises qui ont habituellement lieu sont en général propres aux différents modèles d'entreprise existant au sein des EMN. Toutefois, l'absence de données fiables provenant de tiers ne doit pas conduire les autorités fiscales à conclure automatiquement que la réorganisation d'entreprises dans son ensemble n'est pas conforme au principe de pleine concurrence. Lorsqu'il est impossible d'obtenir de données comparables fiables sur le marché libre, on peut déterminer le paiement de contrepartie qui pourrait raisonnablement être attendu dans des circonstances similaires en tenant compte des éléments suivants :

- Le résultat de pleine concurrence est celui qui est commercialement sensé, compte tenu des options réalistes offertes au contribuable concerné par la réorganisation d'entreprises;
- Une partie indépendante agissant dans des conditions de pleine concurrence chercherait à protéger son intérêt économique dans les accords, ou serait rémunérée de manière appropriée pour renoncer à cet intérêt; et
- Une partie indépendante agissant dans des conditions de pleine concurrence comparerait les options réalistes offertes dans des transactions comparables et chercherait à tirer parti de la valeur globale dérivée des ressources économiques mises à sa disposition. Dans certains cas, une option réaliste pourrait consister à ne pas conclure de transaction si celle-ci paraît dépourvue de sens sur le plan commercial.

8.1.3.7 Pour comprendre la justification commerciale sous-jacente d'une réorganisation d'entreprises, il est essentiel de déterminer les retombées économiques attendues. Pour les besoins du présent chapitre, les retombées attendues d'une réorganisation par une EMN peuvent prendre n'importe quelle forme d'avantage économique ou commercial.

8.1.3.8 Dans cette optique, une réorganisation d'entreprises peut être déclenchée en réponse à des changements de l'environnement commercial dans lequel une entreprise associée exerce ses activités, par exemple en raison de pressions concurrentielles, des conditions du marché ou des modifications de l'environnement réglementaire. À la lumière de ces changements, une EMN peut décider de se réorganiser pour réduire ses pertes ou pour conserver ou améliorer sa capacité à faire des profits ou sa solidité financière. Autrement dit, même si sa rentabilité globale est moins élevée après sa réorganisation qu'avant, sa décision peut être commercialement rationnelle compte tenu des solutions de rechange réalistes qui s'offrent à elle face aux changements de l'environnement commercial.

8.1.3.9 Les réorganisations d'entreprises peuvent comporter, ou être motivées par, l'externalisation. Les entreprises indépendantes recourent à l'externalisation, par exemple pour la gestion des stocks et la logistique, le soutien informatique, le service après-vente, la gestion des comptes clients et les activités de R&D. Le motif commercial sous-jacent à la conclusion d'un accord d'externalisation avec un tiers a trait aux avantages commerciaux que l'entreprise peut tirer en sous-traitant des activités, plutôt qu'en les exécutant elle-même. Ces avantages peuvent être liés à la réduction des coûts ou au maintien ou à l'augmentation des bénéfices.

8.1.3.10 Au moment d'une réorganisation, une EMN ou une ou plusieurs de ses entités peuvent entreprendre une analyse coûts-avantages. Si une telle analyse existe et est documentée (et est accompagnée de toutes les autres données financières et commerciales pertinentes à la réorganisation), elle peut être utile pour établir l'existence de la raison commerciale sous-jacente qui a déclenché la réorganisation.

8.1.3.11 Afin d'assurer l'efficacité, une EMN peut fragmenter ses fonctions entre plusieurs sociétés en tirant parti des fonctions de coordination exercées par la direction du groupe. Par exemple, il est assez courant, dans la réorganisation de la chaîne d'approvisionnement des groupes multinationaux fortement intégrés, d'attribuer des fonctions comme la logistique, l'entrepôt, la commercialisation et la vente à des entités juridiques différentes. Comme ces fonctions sont généralement au centre de la chaîne d'approvisionnement d'une EMN, elles peuvent nécessiter une coordination au niveau de la direction du groupe afin de favoriser les interactions fructueuses entre les activités distinctes.

8.1.3.12 Par conséquent, dans l'analyse fonctionnelle et l'analyse des risques liés aux transactions contrôlées entre les entreprises associées exerçant des activités fragmentées, les retombées économiques pour l'EMN attendues des activités menées séparément doivent être déterminées en se référant à l'ensemble plus large des dispositions qui les encadrent.

8.2 Types de réorganisations d'entreprises

8.2.1 Généralités

8.2.1.1 Bien que la liste ci-dessous ne soit pas exhaustive, les types courants de réorganisations effectuées par les EMN sont les suivants :

- En ce qui concerne les **activités de fabrication**, la transformation de fabricants de plein exercice en fabricants sous-traitants ou en façonniers (ou vice versa);

- En ce qui concerne les **activités de distribution**, la transformation de distributeurs de plein exercice en distributeurs à risque limité, en agents commerciaux ou en commissionnaires (ou vice versa);
- En ce qui concerne la **gestion des droits de propriété intellectuelle uniques et de valeur**, le transfert d'actifs incorporels manufacturiers ou de commercialisation à des sociétés de portefeuille étrangères gérant la propriété intellectuelle.

8.2.1.2 À la suite d'une réorganisation, l'entité restructurée peut finir par remplir des fonctions courantes limitées, détenir un minimum d'actifs, assumer des risques limités et avoir un potentiel de profits et de pertes plus faible. Ce potentiel devrait s'entendre des « résultats futurs escomptés ». Cette notion est pertinente dans la phase d'évaluation pour déterminer une rémunération de pleine concurrence au titre d'un transfert d'actifs corporels ou incorporels ou d'une activité, ou pour calculer l'indemnisation de pleine concurrence d'une résiliation ou d'une renégociation substantielle d'accords existants.

8.2.1.3 Dans une autre forme de réorganisation, que l'on appelle parfois « réorganisation inversée », les fonctions, les actifs et les risques peuvent être redéployés vers des pays à taux d'imposition élevé.

8.2.1.4 Les contribuables sont généralement libres d'organiser leurs activités commerciales comme ils l'entendent, mais les autorités fiscales ont le pouvoir de vérifier la conformité au principe de pleine concurrence. Toute réorganisation telle que décrite ci-dessus peut être commercialement rationnelle. Écarter ou requalifier un accord conclu par une entité membre d'un groupe multinational devrait être l'exception à la règle générale selon laquelle la structuration telle qu'adoptée par le contribuable doit être acceptée. Voir toutefois la section 3.3.2 et les suivantes en ce qui concerne la reconnaissance de la transaction effective.

8.2.1.5 Bien qu'il soit possible qu'un pays n'ait pas de dispositions précises en matière de prix de transfert concernant les réorganisations transfrontalières, les transactions conclues dans le seul but de réaliser des économies fiscales indues pourraient être remises en cause par l'application d'une règle anti-évitement générale ou spécifique (si elle existe dans le système fiscal du pays concerné).

8.2.1.6 Par conséquent, si une règle nationale anti-évitement générale ou spécifique est applicable à la réorganisation, il se peut que la transaction telle que conclue par le contribuable ne soit pas prise en compte. Dans ce cas, il ne serait probablement pas possible d'appliquer une disposition relative aux prix de transfert pour déterminer ou vérifier les conditions de pleine concurrence de la réorganisation.

8.2.2 Transfert de fonctions et de risques découlant des réorganisations d'entreprises

8.2.2.1 Les réorganisations d'entreprises doivent être conformes au principe de pleine concurrence. Cela vaut pour les « scénarios de sortie » comme pour les « scénarios d'entrée », c'est-à-dire indépendamment du fait que les fonctions, les actifs et les risques soient transférés à l'extérieur ou à l'intérieur d'un pays.

8.2.2.2 À cet égard, les considérations suivantes méritent réflexion.

- Une question importante est de savoir si un transfert de fonctions, d'actifs ou de risques représente une valeur et serait rémunéré dans des conditions de pleine concurrence. Voir le chapitre 6 sur les actifs incorporels à ce sujet.
- Par ailleurs, il pourrait être nécessaire de déterminer si la résiliation ou la renégociation substantielle d'accords existants justifierait une indemnisation dans des conditions de pleine concurrence. L'approche susceptible d'être suivie ici comporte deux volets, consistant (i) à analyser les accords contractuels sous-jacents afin de déterminer le contenu de toute clause de résiliation, et (ii) à déterminer si un tiers exigerait une indemnisation en cas de résiliation ou de renégociation substantielle comparables d'accords contractuels.

8.2.2.3 Certains contribuables ont entrepris des réorganisations d'entreprises afin d'attribuer contractuellement des risques économiquement significatifs à une entité de leur groupe, peut être située dans un pays à faible taux d'imposition. Compte tenu de cette allocation des risques, les risques économiquement significatifs (par exemple, les « principaux risques d'entreprise ») pourraient être prétendument alloués à une telle entité qui serait présentée comme un donneur d'ordre supportant contractuellement les risques qui justifient des rendements supérieurs. Il sera pertinent de déterminer si celui-ci a la capacité de contrôler, et contrôle effectivement, les risques économiquement significatifs qui lui sont attribués, et a la capacité financière d'assumer ces risques, qui concordent avec l'attribution d'un rendement pour ces risques. Voir la discussion sur les risques au chapitre 3 du présent Manuel, en particulier la section 3.4.4.21 et les suivantes.

8.2.2.4 Par exemple, supposons qu'une société A soit un fabricant à part entière de gadgets qui, entre autres, assume des risques de stocks économiquement significatifs. Au cours d'une réorganisation d'entreprise, la société B est créée comme donneur d'ordre. En vertu des nouveaux accords contractuels entre les deux sociétés, la société A est tenue de produire des gadgets selon les normes de qualité et le plan de production établis par la société B.

Selon les accords contractuels, la société B est responsable des risques liés aux stocks. Cependant, l'analyse fonctionnelle montre que celle-ci n'a en fait aucun contrôle sur ces risques, c'est à dire qu'elle ne prend pas les décisions clés concernant le plan de production et n'a aucune influence sur la mise en œuvre des stratégies d'atténuation des risques en cas d'augmentation des niveaux de stocks découlant d'un ralentissement des ventes, par exemple. Au contraire, les décisions importantes reviennent toujours à la société A. Dans une telle situation, la délimitation exacte de la transaction est telle que les risques et les conséquences associées sont effectivement assumés par la société A, c'est-à-dire celle qui, dans les faits, contrôle et gère les risques malgré les termes du contrat qui les attribuent à la société B.

8.2.3 Résiliation ou renégociation substantielle d'accords existants

8.2.3.1 Dans le cas d'une résiliation ou d'une renégociation substantielle de contrat, il convient de déterminer si une indemnité peut se justifier en vertu du principe de pleine concurrence. En fonction du droit commercial applicable dans le pays concerné, une indemnité peut être justifiée dans des conditions de pleine concurrence, par exemple dans le cas où une partie se retire d'un contrat de manière injustifiée et imprévisible. Cette indemnité peut, par exemple, englober la perte de la rentabilité future. Il existe une multitude d'éléments qui peuvent être pris en compte par les tribunaux ou les arbitres pour déterminer le bien-fondé, ou non, d'une indemnisation, par exemple la nature et les modalités des accords contractuels, les circonstances de la résiliation ou de la renégociation et/ou la dépendance économique d'une partie à l'égard d'une autre.

8.2.3.2 Par conséquent, lorsqu'un contrat entre entreprises associées comporte une clause de résiliation (et en supposant que les conditions qui y sont inscrites sont effectivement respectées au moment de la résiliation), il convient de déterminer si les conditions sont conformes au principe de pleine concurrence.

8.2.3.3 Dans l'optique des prix de transfert, un autre facteur pertinent concerne les possibilités pour la partie qui subit la résiliation de se voir octroyer d'autres occasions d'affaires. Autrement dit, il peut y avoir une contrepartie commerciale dans une réorganisation d'entreprises. Ce facteur est particulièrement pertinent car en pratique, il est fréquent que, dans le contexte d'un groupe multinational, la partie dont le contrat est rompu (ou renégocié en grande partie) conclue un autre accord avec la même société ou une autre société affiliée au sein du groupe. Les administrations fiscales doivent examiner l'ensemble des accords commerciaux pour déterminer si une réorganisation d'entreprises particulière a été effectuée dans des conditions de pleine concurrence.

8.2.4 Exemple : Considérations opérationnelles concernant les aspects des prix de transfert liés à une réorganisation d'entreprises

8.2.4.1 L'exemple suivant illustre l'application de l'approche adoptée dans le cadre d'une réorganisation d'entreprises, telle que décrite ci-dessus. L'exemple résume les questions qui pourraient être soulevées relativement à l'application du principe de pleine concurrence à tout arrangement particulier de réorganisation d'entreprises.

8.2.4.2 Résidente et contribuable du pays A, OpCo est une entreprise à part entière de fabrication et de distribution de produits chimiques. Compte tenu des accords contractuels existant au niveau du groupe, les droits et les responsabilités d'OpCo sont les suivants :

- OpCo possède ou détient les droits de licence sur tous les actifs incorporels (tels que les brevets, les marques et un savoir-faire spécifique de planification de la fabrication « juste à temps » protégé par la loi) dont elle a besoin pour exercer ses activités de fabrication et de distribution;
- OpCo organise l'approvisionnement de toutes les matières premières (ce qui englobe la sélection des fournisseurs et la qualification des matières premières);
- OpCo possède les stocks de matières premières, de produits en cours de fabrication et de produits finis, assume les risques liés aux stocks et exerce en fait les fonctions de gestion et de contrôle des risques;
- OpCo gère et contrôle la planification de la production, établit le budget de production et détermine les étapes du processus de la chaîne d'approvisionnement;
- OpCo vend les produits finis à des clients tiers sur son marché et à des entreprises associées agissant comme distributeurs sur les marchés étrangers.

8.2.4.3 En ce qui concerne les résultats financiers, OpCo a enregistré des bénéfices relativement solides et stables au cours de la plupart des dix dernières années, bien qu'ils aient progressivement diminué depuis trois ans à cause des conditions défavorables du marché économique mondial qui ont provoqué une forte augmentation des coûts de production. Les perspectives financières pour les cinq prochaines années laissent entrevoir une poursuite de la baisse de la rentabilité en raison d'une concurrence accrue.

8.2.4.4 En 2000+X, l'EMN dont OpCo fait partie décide de réorganiser le secteur de la fabrication de la chaîne d'approvisionnement, en centralisant ses activités de gestion et de contrôle dans un siège régional situé dans le pays B et administré par une entreprise associée, Principal Co. Au cours de la réunion des actionnaires, la haute direction de l'EMN souligne que la justification commerciale sous-jacente à la réorganisation est la réalisation estimée d'économies de coûts et de gains d'efficacité qui permettront au groupe d'obtenir une croissance soutenue de ses bénéfices au cours des cinq exercices suivants.

8.2.4.5 La réorganisation d'entreprises nécessite notamment la mise en œuvre des étapes suivantes.

- Au moyen d'une vente pure et simple, OpCo transfère à Principal Co. tous les droits incorporels qu'elle détenait sur les produits. Tous les accords de licence en vertu desquels OpCo avait des droits sur les actifs incorporels des produits (y compris le savoir-faire de la fabrication « juste-à-temps ») sont résiliés par un accord qui permet à Principal Co. de conclure des accords de licence similaires avec les propriétaires de ces actifs incorporels (c'est-à-dire que Principal Co. est le nouveau titulaire des licences).
- OpCo conclut avec Principal Co. un accord de façonnage en vertu duquel cette dernière aura les droits de propriété exclusifs et gèrera tous les risques associés à l'approvisionnement en matières premières et aux stocks. Dans le cadre de cet accord, OpCo continuera à utiliser les droits liés au savoir-faire de la fabrication « juste à temps » sans verser de redevances.
- Principal Co. est contractuellement responsable du calendrier et de la quantité de la production que doit fournir OpCo.
- Principal Co. a le droit de dicter les normes de conception des produits et d'exercer un contrôle sur la qualité des produits.
- Principal Co. paiera des frais de service pour la fabrication des produits fournis par OpCo. Ces frais sont calculés par l'ajout d'une marge de 10 % sur les coûts engagés par OpCo. De plus, en vertu de l'accord, OpCo n'assume aucun risque en ce qui concerne la possibilité de profits ou de pertes découlant de la vente des produits (c'est-à-dire que tous les risques de marché et de crédit sont censés être transférés à Principal Co.) et ne joue aucun rôle dans la détermination de la stratégie de commercialisation des produits.
- Les accords de distribution conclus par OpCo avec les distributeurs associés du groupe sont résiliés en vertu d'un accord signé avec

Principal Co permettant à cette dernière de conclure des accords identiques avec les mêmes entités.

- OpCo garde, sur son marché intérieur, ses activités de distribution pour lesquelles elle achètera désormais les produits finis de Principal Co. (y compris les produits qu'elle fabrique dans le cadre de ses fonctions de façonneur).

8.3 Approche modèle pour la vérification des questions de réorganisation d'entreprises

8.3.1 Une approche suggérée pour un agent du fisc d'un pays en développement chargé de contrôler ce type de réorganisation d'entreprises serait d'utiliser, comme point de départ, la documentation des prix de transfert préparée par le contribuable (voir chapitre 12) et à répondre aux questions suivantes :

- Quelle est la délimitation exacte, y compris les conditions et l'effet, de la réorganisation d'entreprises et des transactions d'OpCo avec des parties liées (dans ce cas avec Principal Co.) dans le cadre de cet accord ?
- Quelles sont les stratégies commerciales qui sous-tendent la décision de réaliser une telle réorganisation, et notamment quels sont d'une manière générale les avantages économiques attendus ?
- Les analyses fonctionnelles d'OpCo et de Principal Co., avant et après la mise en œuvre de la réorganisation d'entreprises, correspondent-elles aux changements et aux différences éventuelles dans les dispositions des accords contractuels ?

8.3.2 Lorsque le comportement réel des parties ne reflète pas leurs accords contractuels (par exemple, parce que contrairement à ceux-ci, les employés d'OpCo continuent à contrôler les calendriers de production, à élaborer les normes de qualité et de conception et à gérer en fait les accords avec les distributeurs affiliés), il convient alors de cerner les accords réels afin de délimiter avec précision la transaction et, à partir de là, de sélectionner la méthode de détermination du prix de transfert la plus appropriée dans les circonstances. Voir le chapitre 4 sur la sélection de la méthode la plus appropriée.

8.3.3 Des données comparables pertinentes dans l'exemple ci-dessus peuvent comprendre: (i) des accords similaires sur le marché libre portant sur une réorganisation d'entreprises qui implique la transformation d'une entité de fabrication en un façonneur; (ii) des accords similaires, sur le marché libre de transfert ou de vente de brevets et de marques ou d'actifs incorporels similaires (y compris les droits sur des actifs incorporels similaires); (iii) les conditions

régissant la résiliation d'accords de licence et de distribution sur le marché libre, semblables à celles qui étaient en place dans les accords contrôlés antérieurs à la réorganisation; et (iv) des accords de fabrication à façon sur le marché libre semblables aux accords contrôlés postérieurs à la réorganisation.

8.3.4 En fonction de l'étendue des données comparables, il convient d'obtenir toute autre information disponible permettant de déterminer si la réorganisation d'entreprises obéit à une logique commerciale à la fois pour le cédant (OpCo) et le cessionnaire (Principal Co.), en tenant compte des options réalistes dont chacun d'eux dispose dans des conditions de pleine concurrence.

8.3.5 En l'absence de comparables fiables, les autorités fiscales peuvent quand même parvenir à un résultat de pleine concurrence en formulant, de manière hypothétique, les conditions convenues auxquelles on pourrait raisonnablement s'attendre entre des entreprises indépendantes traitant dans des conditions de pleine concurrence dans des circonstances comparables.

8.3.6 La question qu'il convient plus précisément de se poser est celle de savoir si une rémunération devrait être attendue entre OpCo et Principal Co. si un accord similaire avait été conclu par des entreprises indépendantes traitant dans des conditions de pleine concurrence dans des circonstances comparables.

8.3.7 Cela supposerait, premièrement, de déterminer la nature juridique et la valeur économique du transfert de propriété entre OpCo et Principal Co. (c.-à-d. des brevets, des marques, du savoir-faire ou d'autres actifs incorporels, ainsi que des actifs corporels tels que les stocks) et, en cas de réponse affirmative, d'évaluer si l'on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'une partie indépendante paie ce transfert ou obtienne une rémunération pour le fournir.

8.3.8 Deuxièmement, il faudrait examiner si OpCo aurait droit, dans des conditions de pleine concurrence, à une indemnisation pour la résiliation de ses accords de licence relatifs à l'utilisation d'actifs incorporels et de ses accords de distribution, qui a entraîné une renégociation substantielle de son statut de fabricant.

8.3.9 Troisièmement, comme partie indépendante, OpCo aurait-elle, réalistement, le choix de continuer à fonctionner en vertu de ses accords précédents, ou d'entreprendre une réorganisation différente ? En particulier, compte tenu de toutes les circonstances juridiques, commerciales, économiques et financières, OpCo, comme partie indépendante, aurait-elle une autre solution réaliste que celle de participer à la réorganisation d'entreprises selon les conditions convenues ? Par exemple, aurait-elle légalement la possibilité de ne pas mettre fin à ses accords de licence et de distribution existants ? Une autre question connexe est de savoir si les conditions de résiliation des accords de licence avec OpCo sont conformes au principe de pleine concurrence.

8.3.10 Comme partie indépendante, Principal Co. disposerait-elle d'une autre solution réaliste que celle de participer à la réorganisation d'entreprises aux conditions convenues ? Aurait-elle la possibilité de conclure des accords similaires de licence, de distribution et de façonnage sans faire intervenir OpCo ?

8.3.11 En outre, Principal Co. a-t-elle la capacité décisionnelle et la capacité financière d'assumer et de gérer les risques qui lui sont transférés par OpCo ? Exerce-t-elle effectivement des fonctions de contrôle en ce qui concerne ses prétendus risques ? A-t-elle la capacité décisionnelle et la capacité financière d'assumer et de gérer les risques liés à la propriété des droits sur les brevets, les marques et le savoir-faire de la fabrication « juste à temps » ? Exerce-t-elle effectivement des fonctions de contrôle en ce qui concerne ces risques ?

8.3.12 Les réponses aux questions ci-dessus permettront de délimiter avec précision la réorganisation d'entreprises. En supposant que la réorganisation elle-même n'est pas irrationnelle d'un point de vue commercial, il devrait être possible de déterminer le prix de pleine concurrence tant pour la réorganisation elle-même (c'est-à-dire tout transfert de valeur ou toute indemnisation pour la résiliation ou la renégociation substantielle d'accords existants) que pour les transactions suivant la réorganisation.

9 Transactions financières intragroupes

9.1 Accords de financement conclus au sein des EMN

9.1.1 Divers facteurs d'ordre commercial motivent les transactions financières entre les entreprises indépendantes. Les membres d'une entreprise multinationale (EMN) ont toutefois la latitude voulue et peuvent agir à leur discrétion pour décider des modalités applicables à leurs transactions financières à l'intérieur du groupe. Il en résulte que, dans une situation intragroupe, la nature et la structure de ces transactions financières sont susceptibles d'être influencées par des considérations fiscales.

9.1.2 Les transactions financières jouent un rôle important dans les activités d'exploitation des EMN. C'est sur elles que repose généralement le processus de création de la valeur des EMN. Pour aider les EMN à faire face à leurs obligations et à répondre à leurs objectifs financiers et commerciaux, la bonne gestion des liquidités figure parmi les responsabilités des trésoriers d'entreprise. La fonction de trésorerie d'une entreprise vise à assurer la disponibilité des fonds et, souvent, ira jusqu'à l'évaluation des stratégies d'investissement en vue de veiller à un juste équilibre entre le risque et le rendement. La gestion de la dette fait partie intégrante de cette fonction, car il arrive fréquemment que les EMN financent une partie de leurs activités d'exploitation au moyen d'emprunts. De manière similaire, la fonction de trésorerie verra à la gestion des coûts du financement externe en faisant emploi des garanties intragroupes ou des accords de gestion de trésorerie centralisée. En ce qui concerne la gestion de trésorerie, les EMN peuvent fonctionner sur une base décentralisée en laissant à chaque entité ou groupe d'entités la responsabilité de ses propres accords de financement; ou elles peuvent décider plutôt de centraliser la fonction de trésorerie à l'échelle régionale ou mondiale.

9.1.3 Les transactions financières intragroupes doivent être tout aussi conformes au principe de pleine concurrence que les transactions de services, les transferts de produits et de composants et tous les autres types de transactions intragroupes. Comme c'est le cas pour tout autre arrangement intragroupe, l'application du principe de pleine concurrence débute par la délimitation précise de la transaction financière réelle (voir la section 3.3.2), notamment

l'examen de sa finalité dans le contexte de l'activité commerciale de l'EMN. La section 9.6 fournit des lignes directrices à ce titre.

9.1.4 Les entreprises financières réglementées comme les banques et les compagnies d'assurance sont régies par les organismes de surveillance, les banques centrales et les institutions financières transnationales, et ne peuvent fournir leurs services qu'en vertu d'une licence d'exploitation. Ces entreprises sont soumises à un régime de réglementation strictes (règles de Bâle III) susceptibles d'influer sur les transactions financières intragroupes qu'elles sont habilitées à conclure. Or, ce chapitre ne traite pas de la fixation des prix de transfert des transactions financières de ces entreprises financières réglementées. Les propos et les conseils présentés ici portent plutôt sur les transactions financières intragroupes des EMN non financières. Ce chapitre ne prétend pas non plus traiter de toute la gamme de transactions financières possibles. Toutefois, en principe, les prix de transfert des transactions financières intragroupes sont assujettis au même cadre d'examen que celui de tous les autres types de transactions intragroupes. Ces principes sont énoncés dans le chapitre 3 (Analyse de comparabilité), qui décrit le processus permettant de délimiter une transaction réelle avec précision et de déterminer son prix en conformité avec le principe de pleine concurrence.

9.1.5 Un ensemble de facteurs explique pourquoi les accords de financement intragroupes sont importants aussi bien pour les contribuables que pour les administrations fiscales :

- L'importance de ces transactions pour les EMN (en ce qui concerne leur fréquence et les sommes d'argent en jeu);
- Le fait que l'argent est mobile et fongible, ce qui rend relativement simple pour une EMN de déplacer ses dettes vers une de ses entités particulières; et de pair avec cette dette, la capacité de réclamer une déduction au titre des intérêts sur cette dette. Cela permet de réduire les bénéfices imposables de l'entité emprunteuse et peut, selon la situation des autres membres de l'EMN, alléger l'obligation fiscale globale du groupe;
- Les difficultés auxquelles sont confrontées les administrations fiscales pour établir les véritables finalités et les caractéristiques particulières de certains instruments financiers intragroupes;
- La crainte que des déductions excessives au titre des intérêts offrent des occasions d'éroder la base d'imposition;

Pour les raisons susmentionnées, de nombreux pays ont introduit des mesures fiscales visant à réduire les avantages fiscaux du financement par l'emprunt.

9.1.6 Ce chapitre présente les aspects de prix de transfert des transactions financières intragroupes. Il décrit d'abord les enjeux commerciaux liés aux décisions de financement des entreprises. Puis, il présente certains des types les plus courants de transactions financières intragroupes (section 9.3), ainsi que le fonctionnement des unités et des entités de financement d'un groupe (section 9.4). Ce chapitre passe également en revue diverses approches pertinentes adoptées par les administrations fiscales en matière d'impôt sur le revenu des sociétés (section 9.5). Enfin, il traite de l'application du principe de pleine concurrence aux transactions financières en général (sections 9.6 à 9.11). Les dernières sections du chapitre portent spécifiquement sur les prêts (section 9.12) et les garanties financières intragroupes (section 9.13)⁶².

9.2 Décisions de financement des entreprises

9.2.1 Les décisions de financement sont d'une importance vitale pour les EMN. Lorsqu'une EMN identifie une opportunité commerciale pour laquelle elle requiert un financement, elle doit se demander s'il lui faut recourir à un financement interne (dans la mesure où c'est possible) et/ou externe et, dans ce dernier cas, de trouver un équilibre entre le financement par fonds propres et par emprunt. Ces deux types de financement présentent à la fois des avantages et des inconvénients qui vont au-delà des considérations fiscales. Les paiements d'intérêts sur la dette sont généralement déductibles pour le payeur (emprunteur) et imposés à des taux ordinaires entre les mains du bénéficiaire (prêteur), tandis que les dividendes et certains autres rendements des fonds propres ne sont généralement pas déductibles pour le payeur, mais font souvent l'objet d'une forme d'allègement fiscal (exonération, crédit, etc.) entre les mains du bénéficiaire. Le présent chapitre n'a pas pour objet d'aborder les avantages et les inconvénients économiques des décisions de financement des entreprises.

9.2.2 Bien que de nombreuses théories tentent de formuler des hypothèses quant aux facteurs qui permettent d'optimiser la structure du capital des entreprises, il convient de noter que de nombreux éléments influent sur la décision d'un conseil d'administration lorsqu'il définit la structure du capital de sa société. Les règles de prix de transfert n'ont pas pour fonction de cerner la structure du capital pouvant être optimale pour une société.

9.2.3 En revanche, la structure du capital d'une entité membre d'une EMN peut avoir un impact sur l'analyse des prix de transfert des transactions financières intragroupes. Cela parce que, pour évaluer l'impact de la structure du capital d'une entité sur les transactions financières intragroupes, il peut être important d'analyser la capacité d'endettement de cette entité. Cet aspect

⁶² Ce chapitre ne traite pas des garanties de performance.

particulier n'est pas approfondi dans ce chapitre. Le Commentaire de l'article 9 est pertinent à cet égard.

9.3 Types courants de transactions financières intragroupes

9.3.1 Les EMN ont besoin de financement pour exercer plusieurs de leurs activités ordinaires. En voici quelques exemples : pour obtenir les liquidités nécessaires à leur fonctionnement quotidien, pour financer des fusions ou des acquisitions ou pour l'achat d'usines et d'équipements à des fins d'exploitation au moyen de facilités de crédit. En fonction des fonds requis et de la durée du financement, elles peuvent recourir à une variété d'instruments financiers. Un large éventail d'instruments peut être assimilé à des transactions financières. Les exemples typiques englobent les instruments de fonds propres (par exemple, les actions ordinaires), les instruments de dette (par exemple, les prêts bancaires ordinaires et spéciaux, les obligations ordinaires et spéciales, les effets de commerce et les instruments du marché monétaire, les titres obligataires et les titres d'État) et les produits financiers dérivés (par exemple, les transactions de change, les options sur actions, les contrats à terme, les contrats à principal notionnel et les produits dérivés et autres produits hybrides).

9.3.2 Dans un contexte intragroupe, parmi les transactions financières les plus courantes, on compte les prêts intragroupes, les garanties financières accordées par la société mère ou une société de financement du groupe pour des prêts contractés par des filiales auprès de tiers, les accords de gestion de trésorerie centralisée, le financement hybride, les produits dérivés et d'autres services de trésorerie (par exemple, la gestion du risque de change, l'affacturage et le forfaitage, les accords de compensation, les centres de paiement, la gestion du risque lié aux matières premières, l'assurance captive, la gestion d'actifs, le commerce du carbone et ainsi de suite). Les prêts et les garanties financières intragroupes sont examinés plus en détail dans les sections 9.12 et 9.13, respectivement.

9.3.3 Les trésoriers d'entreprise veillent généralement aux moyens d'assurer aux EMN l'accès aux fonds nécessaires à leurs besoins anticipés, un financement présentant un bon rapport coût/efficacité et une gestion des risques financiers adaptée au niveau souhaité. Par exemple, lorsqu'une EMN est active à l'échelle internationale, elle est susceptible de percevoir des recettes dans diverses devises, ce qui contribue à la variabilité des flux de trésorerie futurs (généralement à un coût) à des fins de planification et de budgétisation. Or, un contrat de change à terme peut offrir une couverture et effectivement figer les flux de trésorerie futurs. Se passer d'un tel instrument peut exposer la société aux fluctuations des devises et à l'incertitude quant aux flux réels de trésorerie futurs. Les fonctions de trésorerie du groupe ont trait à la surveillance des risques, à l'évaluation de l'éventuelle couverture naturelle au sein de l'EMN

et à la détermination des prix des contrats de couverture, le cas échéant. De manière similaire, les achats d'intrants de production tels que les produits de base dont les cours sont soumis à des fluctuations de prix peuvent entraîner une volatilité substantielle des profits et des pertes. Il n'est pas toujours possible de conclure des contrats à prix fixe pour les matières premières, et en pareil cas, ces contrats éliminent parfois toute possibilité d'obtenir des économies de coûts supplémentaires. Le service d'approvisionnement de la société peut donc décider de travailler avec l'unité responsable de la trésorerie pour procéder à l'évaluation des accords de couverture. Le présent chapitre sur les transactions financières ne traite pas des opérations de couverture.

9.3.4 Outre la gestion des flux de trésorerie qu'elles assurent, les prêts intragroupes qu'elles accordent et les lignes de crédit renouvelables qu'elles négocient, les EMN peuvent également émettre des obligations ou des titres sur le marché pour financer leurs activités ou refinancer des prêts existants. Afin de rendre les titres de société plus attrayants pour les investisseurs tiers, la société mère peut fournir une garantie en faveur de la filiale qui agit à titre d'émetteur officiel. Parallèlement, une société mère peut émettre une garantie en faveur d'une banque indépendante qui finance une filiale dont la notation de crédit est faible, afin d'améliorer les modalités d'un prêt bancaire contracté par cette dernière (par exemple pour réduire ses charges d'intérêts). Les garanties financières intragroupes se présentent sous de nombreuses formes et sont examinées plus en détail à la section 9.13.

9.3.5 Lorsqu'une EMN possède des filiales dans plusieurs pays, divers secteurs de l'entreprise peuvent être chargés, de façon indépendante, de la gestion de trésorerie de chaque entité ou groupe d'entités. Si les différents secteurs agissent de façon prudente, en veillant à ne pas manquer de liquidités, le groupe peut être amené à conserver globalement des liquidités plus importantes que celles qu'elles auraient pu dégager, aux fins d'exploitation, si les ressources avaient été mises en commun. Ainsi, lorsque les besoins de trésorerie individuels sont gérés par une unité centralisée qui dispose d'une facilité de crédit renouvelable auprès d'une banque tierce, il arrive que le total des retraits dépasse ce qu'il en serait autrement. Or, le trésorier d'entreprise d'une EMN peut décider de mettre en place une gestion de trésorerie centralisée aux fins d'imputation sur la facilité (c'est-à-dire une mise en commun des liquidités pour atteindre l'objectif d'équilibre ou un équilibre zéro). Cela réduit le coût de la facilité de crédit (ou évite d'avoir à contracter un prêt pour d'autres besoins) et permet une utilisation optimale des soldes moyens dormant dans les comptes de chaque zone.

9.3.6 Certains accords de gestion de trésorerie centralisée permettent également aux banques de regrouper les soldes débiteurs et créditeurs de différentes entités ou divisions de l'EMN de manière à générer des soldes nets sur une base effective ou théorique. Il en résulte que les intérêts sont crédités sur un solde

globalement positif et débités sur un solde globalement négatif (c'est-à-dire une mise en commun des liquidités notionnelle ou de « compensation d'intérêts »).

9.3.7 Un accord intragroupe de gestion de trésorerie centralisée peut générer de nombreux avantages pour ses participants. Parmi ceux-ci figurent des besoins de liquidités inférieurs, des coûts externes réduits au titre des intérêts, l'accès à un financement flexible au jour le jour, une réduction des frais de transaction pour les comptes bancaires locaux, un pouvoir de négociation accru auprès des banques externes pour tous les participants et donc, des conditions plus avantageuses (par exemple, de meilleurs taux d'intérêt) pour le compte bancaire commun, et la contribution à la centralisation des décisions de financement. Ce chapitre ne traite pas plus en détail des transactions relatives à la gestion de trésorerie centralisée.

9.3.8 L'assurance captive est un autre type courant de transaction financière intragroupe. Une EMN peut créer une compagnie d'assurance agréée afin de fournir une couverture à ses entités participantes. L'objectif principal est généralement d'éviter de traiter avec des compagnies d'assurance tierces, car elles exigent des primes parfois instables ou ne peuvent pas toujours répondre aux besoins particuliers de l'entreprise. En créant sa propre compagnie d'assurance, l'EMN peut stabiliser ses primes, réduire ses coûts, assurer les risques difficilement assurables, obtenir un accès direct aux marchés de la réassurance et renflouer sa trésorerie. Ainsi, une entreprise qui crée une compagnie d'assurance dite « captive » peut évaluer indirectement les risques de ses filiales, souscrire des assurances, fixer les primes et, finalement, soit rembourser les fonds inutilisés sous forme de bénéfices, soit les investir pour le règlement futur des sinistres. Parfois, les compagnies d'assurance dites captives sont également créées pour assurer les risques des clients de l'EMN. Il s'agit d'une autre forme de gestion des risques. Le présent chapitre sur les transactions financières n'entre pas dans le détail des activités des compagnies d'assurance dites captives.

9.3.9 Le champ d'application de ce chapitre est limité à l'analyse des prêts et des garanties financières intragroupes, car il s'agit des transactions financières les plus courantes dans la pratique. Toutefois, les orientations fournies pour ces types de transactions pourraient être pertinentes pour d'autres types de transactions financières.

9.4 Types courants d'unités ou d'entités de financement du groupe

9.4.1 Les transactions financières peuvent être réalisées et organisées de nombreuses manières au sein d'une EMN. L'organisation de la fonction de trésorerie dépendra de la structure de l'EMN et de la complexité de ses activités d'exploitation. Divers degrés de centralisation commanderont diverses

structures de trésorerie. Dans la forme la plus décentralisée, chaque entité de l'EMN disposera d'une pleine autonomie en ce qui a trait à ses ressources financières. À l'opposé, un service central de trésorerie exercera un contrôle total sur les ressources financières du groupe entier. Cela signifie qu'il centralisera une partie ou la totalité des activités liées à la gestion de trésorerie et des liquidités ainsi que le risque de change, de taux d'intérêt et ainsi de suite. Dans ces situations, les membres individuels du groupe demeurent chargés des questions d'exploitation, tandis que les questions de financement seront du ressort du service central de trésorerie. La centralisation des fonctions de trésorerie et de financement peut offrir à une EMN des économies d'échelle et des économies de coûts de financement considérables.

9.4.2 Il existe de nombreux modèles d'unités ou d'entités de trésorerie :

- Les unités ou les entités de trésorerie qui agissent en tant que centres de coûts : ces unités ou entités de trésorerie jouent essentiellement un rôle de fournisseurs de service en offrant des services courants aux sociétés du groupe et en organisant les transactions pour leur compte. Cependant, elles n'assument pas le risque lié aux fonds. Leur principale fonction est de veiller à l'utilisation efficiente des liquidités et à une certaine stabilité financière.
- Les unités ou les entités de trésorerie qui agissent en tant que centres de valeur ajoutée : ces unités ou entités de trésorerie fonctionnent en tant que centres d'économies. Elles sont plus tolérantes au risque que leurs pendants, les centres de coûts. En outre, elles mettent l'accent sur la consolidation des transactions et offrent leur expertise pour générer des économies nettes. Pour fonctionner de manière optimale, elles doivent être plus centralisées que les unités de trésorerie agissant exclusivement en tant que centres de coûts.
- Les unités ou les entités de trésorerie qui agissent en tant que centres de profit. Ces unités ou entités visent la recherche du profit en créant activement des marchés, ainsi qu'en gérant activement le risque opérationnel. Pour être en mesure de gérer le risque opérationnel, elles ont tendance à centraliser la structure et le contrôle des activités et des exigences financières. Elles peuvent fonctionner comme des banques internes, maximiser les bénéfices tirés de leurs propres activités et assumer le risque lié aux fonds.

Dans la pratique, on observe souvent une combinaison des profils ci-dessus.

9.4.3 Le type d'unité ou d'entité de trésorerie qui est chargé des activités financières peut être révélateur et fournir une première indication de la méthode la plus appropriée pour évaluer le caractère de pleine concurrence des

transactions financières intragroupes. Pour déterminer une rémunération de pleine concurrence au titre de services, il faut délimiter avec précision la transaction réelle (y compris en faire une analyse fonctionnelle). À cet égard, on peut se reporter au chapitre 5 sur les services intragroupes.

9.4.4 Les unités et les entités de trésorerie qui agissent en tant que centres de services sont généralement rémunérées sur la base de la méthode du prix comparable sur le marché libre (*Comparable Uncontrolled Price Method* ou *CUP*), de la méthode du coût majoré (*Cost Plus Method* ou *CPM*) ou de la méthode transactionnelle de la marge nette (*Transactional Net Margin Method* ou *TNMM*) basée sur les coûts. En revanche, les unités et les entités de trésorerie qui agissent en tant que centres de profit sont généralement rémunérées sur la base du prix des transactions réalisées et se voient attribuer le risque de crédit lié à ces transactions. Par conséquent, il peut être approprié d'attribuer une bonne partie de l'« écart » entre les coûts de financement et le rendement des liquidités investies à cette unité et entité. Pour déterminer la rémunération de pleine concurrence versée dans le cadre des transactions financières telles que les prêts et les garanties intragroupes, il convient de se reporter aux sections 9.12 et 9.13. En outre, il faut aussi se rappeler que la « substance » de ces activités centralisées doit généralement être examinée avec soin, car elle est centrale pour la délimitation précise des transactions.

9.5 Approches de l'impôt sur le revenu des sociétés : décisions en matière de financement des EMN

9.5.1 Les recettes tirées de l'impôt sur les sociétés peuvent être particulièrement importantes pour les pays en développement. Dans la mesure où le système fiscal d'un pays prévoit la déductibilité des intérêts au titre de l'impôt sur le revenu, et non pas des dividendes ou d'autres rendements des fonds propres, les entreprises sont incitées économiquement à recourir au financement par l'emprunt dans ce pays.

9.5.2 Pour réduire l'effet d'érosion sur la base d'imposition du financement par l'emprunt et la pertinence du facteur fiscal dans le choix entre le financement par fonds propres ou par emprunt, certains pays ont adopté une politique fiscale qui introduit dans leur législation fiscale nationale des mesures visant soit à réduire l'avantage du financement par emprunt, soit à augmenter les avantages du financement par fonds propres. Les mesures qui visent à limiter l'érosion associée à un financement par emprunt excessif peuvent être regroupées en deux catégories: les règles générales et les règles spécifiques anti-évitement. Pour une discussion approfondie des mesures spécifiques visant à contrer les déductions d'intérêt excessives réclamées par les résidents, il faut se reporter au document intitulé *United Nations Practical Portfolio on Protecting the Tax Base of Developing Countries against Base-eroding Payments:*

*Interest and Other Financing Expenses*⁶³. Ce document aborde les avantages et les inconvénients de diverses mesures⁶⁴ visant à contrer les déductions d'intérêt excessives.

9.5.3 La lutte contre l'érosion de la base d'imposition par les déductions d'intérêt excessives est une question pertinente pour les pays en développement. Toutefois, le choix et la mise en œuvre des règles nécessitent un examen minutieux et préalable des conséquences possibles des politiques fiscales.

9.5.4 Une approche courante consiste à instaurer une règle qui plafonne les déductions des intérêts débiteurs nets en proportion du bénéfice avant intérêts, impôts et amortissements (EBITDA)⁶⁵. Les banques, les compagnies d'assurance et d'autres entreprises financières (sociétés de crédit-bail, sociétés de gestion d'actifs, sociétés soumises à des régimes fiscaux spéciaux) pourraient nécessiter une attention particulière dans le cadre de ces régimes⁶⁶. Une autre approche courante consiste à mettre en œuvre des règles sur la sous-capitalisation qui plafonnent les déductions d'intérêt en fonction d'un ratio d'endettement maximum.

⁶³ Publication du professeur Brian J. Arnold, Association canadienne d'études fiscales, Toronto, Canada et de Peter Barnes, Duke Center for International Development, États-Unis.

⁶⁴ Ces mesures peuvent comprendre des règles de prix de transfert, le traitement de la dette des actionnaires en tant que fonds propres, des règles sur la sous-capitalisation, des règles sur le dépouillement des bénéficiaires, des mesures visant à empêcher les conventions fiscales d'interdire l'application de règles sur la sous-capitalisation ou le dépouillement des bénéficiaires et d'autres mesures.

⁶⁵ Comme recommandé par le Rapport final du projet BEPS (Action 4) de l'OCDE. Les mesures suivantes pourraient être complémentaires à cette règle :

- Les pays pourraient adopter une règle prévoyant un « ratio de groupe » afin de compléter la règle du ratio fixe et d'offrir une flexibilité supplémentaire aux groupes ou secteurs industriels à fort effet de levier;
- Les pays pourraient adopter des règles qui autorisent les charges d'intérêt de l'entité dont le ratio d'endettement n'est pas supérieur à celui du groupe mondial;
- Les pays pourraient autoriser un report prospectif ou rétrospectif des charges d'intérêt refusées ou la capacité d'intérêt non utilisée;
- Les pays pourraient autoriser les charges d'intérêts liées aux prêts qui financent des projets publics (tels que les projets d'infrastructure) et pour les entités dont les charges d'intérêts nettes sont inférieures à un certain seuil;
- Les pays pourraient prévoir des règles ciblées pour le reste des pratiques BEPS à cet égard.

⁶⁶ Comme recommandé par le Rapport final du projet BEPS (Action 4) de l'OCDE.

9.5.5 La façon dont les mesures fiscales appliquées aux décisions de financement comme les règles de sous-capitalisation interagissent avec les règles de prix de transfert pourraient nécessiter un examen attentif dans le cadre du droit interne, puisque les deux ensembles de règles risquent de traiter de la même question et en fin de compte de conduire au refus total ou partiel des déductions d'intérêts et des charges similaires des entreprises.

9.6 Application du principe de pleine concurrence aux transactions financières (en général)

9.6.1 L'évaluation du caractère de pleine concurrence d'une transaction financière intragroupe est fondée, pour l'essentiel, sur l'approche décrite dans la section 3.2, la même que pour toutes les autres transactions intragroupes. Elle requiert l'identification des relations commerciales ou financières entre les parties (y compris une bonne compréhension des caractéristiques économiquement significatives de la transaction contrôlée), puis la délimitation précise et la reconnaissance de la transaction réelle et, enfin, la sélection et l'application de la méthode de prix de transfert la plus appropriée. Dans ce chapitre, à des fins pratiques, il est souvent fait mention des transactions de prêt, car il s'agit d'un type de transaction financière intragroupe courant. Toutefois, des considérations similaires entrent en ligne de compte pour d'autres types de transactions financières intragroupes.

9.7 Caractère de pleine concurrence des transactions financières intragroupe

9.7.1 Généralités

9.7.1.1 Du point de vue des politiques, la question se pose souvent quant à savoir si l'érosion de la base d'imposition en raison de l'endettement excessif peut être contrée par l'application du principe de pleine concurrence. L'article 9 du Modèle de convention des Nations Unies enchâsse le principe de pleine concurrence. Le Commentaire de cet article fait référence au Commentaire de l'OCDE sur l'article 9, qui précise à son tour que l'article est pertinent non seulement pour déterminer si le taux d'intérêt prévu dans un contrat de prêt est de pleine concurrence, mais également si un prêt peut, à première vue, être considéré comme un prêt ou, à défaut, comme une autre forme de paiement, en particulier un apport de fonds propres. En se fondant sur l'analyse contenue dans le Commentaire de l'article 9 du Modèle de convention des Nations Unies, les pays (en développement) ont exprimé le souhait de recourir aux concepts employés dans l'article 9 tels qu'ils sont énoncés dans leurs règles nationales en matière de prix de transfert pour analyser le caractère de pleine concurrence des transactions financières intragroupes et déterminer non seulement si les

charges d'intérêt sont excessives, mais également si la délimitation de la transaction financière en tant que dette est exacte. À cet égard, il est également fait mention des paragraphes 3.1.4 à 3.1.9 du présent Manuel.

9.7.1.2 La décision de caractériser une transaction présentée comme un prêt (dans sa totalité ou en partie) comme autre chose qu'un prêt nécessite une analyse minutieuse et doit être fondée sur des informations adéquates, car une telle conclusion peut entraîner une double imposition (voir le paragraphe 3.3.2.2). L'approche adoptée pour analyser les transactions financières est du ressort des autorités fiscales de la juridiction concernée, bien qu'il leur soit recommandé de préciser celle qu'elles utilisent couramment dans le cadre de leurs règles et orientations nationales en matière de prix de transfert.

9.7.1.3 Compte tenu de ce qui précède, l'analyse du caractère de pleine concurrence des transactions financières peut de toute évidence être menée sous plusieurs angles. Premièrement, l'analyse pourrait supposer au départ que le contribuable est justifié, à prime abord, de caractériser sa transaction à titre de prêt, jusqu'à ce que les faits et les circonstances entourant cette transaction (et éventuellement des preuves supplémentaires ou le comportement des parties) permettent de conclure à son irrationalité sur le plan commercial. Si cette dernière conclusion est tirée, la transaction financière peut être écartée en tant que prêt intragroupe à des fins de prix de transfert. Toutefois, cette conclusion ne modifie pas nécessairement la désignation de la transaction selon le droit civil ou la *'common law'*. Elle n'influe que sur l'analyse des prix de transfert. Dans ce premier scénario, la transaction est essentiellement traitée de la façon dont elle est présentée, jusqu'à ce qu'elle puisse être, ou à moins qu'elle ne soit, considérée comme irrationnelle sur le plan commercial.

9.7.1.4 Dans un deuxième scénario, l'analyse pourrait avoir pour objet de déterminer si les caractéristiques économiquement significatives de la transaction financière permettent de conclure que cette dernière ressemble suffisamment à un prêt et présente les caractéristiques d'un prêt ou, encore, qu'elle ressemble davantage à autre chose qu'un prêt. L'examen des caractéristiques (conjuguées au comportement des parties ou à d'autres preuves disponibles) peut permettre, au bout d'un moment, d'en arriver à la conclusion que la transaction financière intragroupe n'est pas un prêt. En pareil cas, il arrive que la transaction financière, à des fins des prix de transfert, doit être traitée comme autre chose qu'un prêt. Toutefois, cette conclusion ne modifie pas nécessairement la désignation de la transaction financière selon le droit civil ou la *common law*, ni sa classification à des fins comptables. Elle n'influe que sur l'analyse des prix de transfert. En outre, si les faits et les circonstances entourant la transaction permettent de conclure que la transaction est irrationnelle sur le plan commercial, la transaction financière peut être écartée en tant que prêt intragroupe à des fins de prix de transfert.

9.7.1.5 Le troisième scénario fait appel au même processus que le deuxième en ce qui a trait à la détermination des caractéristiques de la transaction financière, mais tient compte de la possibilité que seulement une partie de la transaction doive être traitée en tant que prêt intragroupe. Les éléments de preuve pertinents pourraient inclure, par exemple, une analyse de la capacité d'endettement de l'emprunteur. En pareil cas, il se peut que la transaction financière, à des fins de prix de transfert, doive être traitée en partie comme un prêt et en partie comme quelque chose d'autre qu'un prêt, par exemple une contribution au capital (voir également les orientations au paragraphe 3.1.8). Dans ce dernier scénario également, cette conclusion ne modifie pas nécessairement la désignation de la transaction financière selon le droit civil ou la *common law*, ni sa classification à des fins comptables. Elle n'influe que sur l'analyse des prix de transfert. En outre, si les faits et circonstances entourant la transaction permettent de conclure que la transaction entière est irrationnelle sur le plan commercial, elle peut être écartée en tant que prêt intragroupe à des fins de prix de transfert.

9.7.1.6 Avant de décider de remettre en cause la nature d'une transaction financière et de la scinder en ses éléments constitutifs, les autorités fiscales sont censées avoir procédé à une analyse détaillée de la transaction et des entreprises associées impliquées. Cela peut inclure l'examen de la raison pour laquelle des fonds sont empruntés, de la situation économique, des stratégies d'entreprise pertinentes, de la solvabilité et de la capacité d'endettement et des garanties offertes et ainsi de suite, comme indiqué au point 9.7.2.2 ci-dessous. Dans les trois scénarios mentionnés ci-dessus, le traitement d'une transaction comme autre chose qu'un prêt entraînerait, à des fins fiscales, une limitation de la déductibilité des dépenses d'intérêts (entièrement ou partiellement), mais ne nécessiterait pas forcément de requalifier la transaction comme autre chose (par exemple, un instrument de fonds propres).

9.7.2 Caractéristiques économiquement significatives des transactions financières

9.7.2.1 Cette section donne un aperçu des caractéristiques économiquement significatives d'une transaction financière susceptibles d'être prises en compte lors de sa vérification à des fins de prix de transfert.

9.7.2.2 Voici certaines des caractéristiques économiquement significatives d'une transaction financière :

- Dispositions contractuelles. Les transactions financières entre parties non liées sont généralement documentées par renvoi aux modalités figurant dans un contrat rédigé par écrit. En revanche, les modalités d'une transaction entre entreprises associées

peuvent être beaucoup moins explicites. En pareil cas, il peut être nécessaire de consulter d'autres documents et sources de renseignements pour clarifier les modalités de la transaction financière et vérifier si ces modalités correspondent au comportement réel des parties. Les aspects pertinents généralement compris dans les dispositions contractuelles d'une transaction financière sont les suivants⁶⁷:

- a) Le prix du financement, qui est généralement défini comme les intérêts payables lorsque le financement prend la forme d'un prêt. Les intérêts peuvent être fixes, flottants ou variables; être payables annuellement, mensuellement, à l'avance, lors du remboursement du prêt ou sur demande. Le prix peut également être déterminé en fonction d'une participation aux bénéfices ou être nul;
- b) Toutes les obligations de remboursement et les conséquences d'un défaut de remboursement (défaut de paiement) par le bénéficiaire du financement;
- c) La durée (période) pendant laquelle le financement est accordé. Le financement peut être à court terme, à long terme, fixe, indéfini, perpétuel, renouvelable automatiquement, modifié périodiquement ou soumis au droit de remboursement anticipé (de la part de l'emprunteur ou du prêteur), en tout ou en partie;
- d) La possibilité que le financement accordé soit garanti par un nantissement ou une garantie, ou qu'il soit non garanti. En ce qui concerne les prêts, l'existence d'un nantissement ou d'une garantie peut réduire le risque pour le prêteur, car elle offre un recours supplémentaire pour le recouvrement des fonds en cas de défaut de l'emprunteur;
- e) La devise dans laquelle le financement est accordé (et doit être remboursé);
- f) Le statut (subordination ou statut privilégié) du prêteur par rapport aux autres prêteurs. La dette subordonnée est une dette qui se classe – en ce qui concerne l'ordre de remboursement du montant dû par l'emprunteur en défaut de paiement – derrière celle qui a été contractée auprès de prêteurs

⁶⁷ Il convient de noter que les exemples de dispositions contractuelles énumérées ne sont pas exhaustifs.

garantis. En d'autres termes, le créancier subordonné se voit accorder une priorité moindre relativement au recouvrement de sa créance sur les actifs du débiteur qu'un créancier privilégié;

- g) La convertibilité du financement, par exemple le droit de convertir la créance en fonds propres.
- Analyse fonctionnelle : Cette analyse permet d'identifier les fonctions exercées, les actifs utilisés ou apportés et les risques assumés par les parties respectives (le créancier et le bénéficiaire des fonds) dans le cadre de la transaction financière. Les faits et les circonstances qui peuvent aider à déterminer les fonctions et les responsabilités des parties peuvent comprendre ce qui suit :
- a) La possibilité pour le bénéficiaire d'obtenir du crédit/financement auprès d'autres sources (y compris l'examen éventuel de sa capacité d'endettement);
 - b) Les risques (de crédit et autres) assumés par le créancier lorsqu'il fournit un financement au bénéficiaire;
 - c) La personne chargée de la surveillance continue de la conformité aux modalités de l'accord de financement;
 - d) Pour le bénéficiaire, cette surveillance pourrait également englober l'examen des fonctions qui veillent aux moyens d'assurer la disponibilité des fonds pour rembourser le financement tel qu'exigible, c'est-à-dire l'examen de la source des fonds;
 - e) L'utilisation prévue et réelle des fonds fournis au bénéficiaire; et
 - f) L'examen possible de la finalité de la transaction financière dans le contexte des activités d'exploitation des parties; les actifs employés et les risques assumés en relation avec la transaction financière, y compris la manière dont ces risques sont contrôlés.

L'analyse ci-dessus doit tenir compte du rapport entre ces fonctions et la valeur que crée globalement l'EMN d'appartenance des parties, les circonstances entourant la transaction et les pratiques du secteur, par exemple :

- Les caractéristiques des produits ou des services financiers w: Comme on l'a déjà mentionné à la section 9.3 et indiqué dans les dispositions contractuelles présentées ci-dessus, il existe une

grande variété de produits et de services financiers. Pour délimiter avec précision la transaction financière réelle (ou le service financier) qui fait spécifiquement l'objet de l'examen, ses caractéristiques doivent être clairement définies et étayées par le comportement des parties et d'autres faits.

- Les circonstances économiques : Les modalités (y compris les prix) des transactions financières peuvent varier considérablement en fonction des circonstances économiques pertinentes au moment où elles sont conclues ou effectuées. Les aspects qui peuvent être importants comprennent les suivants : (a) la devise utilisée; (b) les juridictions géographiques des parties ou les juridictions géographiques visées par les modalités de la transaction financière; (c) le secteur d'activité précis ou l'industrie au sein de laquelle les parties exercent leurs activités; et (d) le moment de la transaction. En outre, les tendances macroéconomiques et les politiques gouvernementales peuvent se répercuter sur les taux d'intérêt interbancaires généraux et d'autres modalités et, à ce titre, influencer sur le coût des transactions financières.
- Les stratégies d'entreprise : Les politiques de financement d'une entité ou d'une EMN peuvent influencer sur le mode de structuration de la transaction de financement qui fait l'objet de l'examen. Tout en délimitant avec précision la transaction réelle, il sera utile de bien comprendre la stratégie de financement de la société, comme on l'aborde à la section 9.2. L'intention des parties à l'égard du financement fourni et toute participation à la gestion et aux droits de vote du bailleur de fonds peuvent être des considérations pertinentes.

9.7.2.3 Pour déterminer le caractère de pleine concurrence d'une transaction financière, il faut prendre en compte les perspectives des deux parties à la transaction. Dans le cas d'un prêt intragroupe, par exemple, cela signifie que les caractéristiques économiquement pertinentes de la transaction devraient être analysées tant du point de vue du prêteur que de celui de l'emprunteur. Dans des conditions de pleine concurrence, un prêteur évaluera la solvabilité de l'emprunteur pour décider s'il devrait lui octroyer un prêt, ainsi que le montant et les modalités du prêt. Un emprunteur évaluera généralement si la durée du prêt répond à ses besoins commerciaux et est conforme à sa capacité d'endettement. Il devra également avoir la capacité de prendre des décisions relatives aux risques qu'il est censé assumer.

9.7.2.4 Le caractère de pleine concurrence d'une transaction doit initialement être envisagé en se reportant à cette transaction telle qu'elle a été et structurée et réellement effectuée par les entreprises associées. Les administrations fiscales doivent se pencher sur le comportement des parties et fonder leur analyse de la transaction financière en cause sur l'examen du comportement réel de ces parties. Il se peut qu'à partir de considérations relevant du droit interne ou de dispositions d'une convention fiscale, l'« étiquette » appliquée à une transaction financière intragroupe soit incorrecte. En pareil cas, comme on l'indique au point 9.7.1 ci-dessus, l'application du principe de pleine concurrence peut aboutir à une caractérisation de la transaction financière intragroupe différente de celle qui est initialement présentée par le contribuable.

9.7.2.5 Par ailleurs, il convient de noter que dans de nombreuses juridictions, une jurisprudence interne sur les aspects susmentionnés peut exister et influencer sur la nature des transactions impliquant des fonds. La jurisprudence interne peut être pertinente, voire déterminante, pour la caractérisation d'une transaction financière. Toutefois, dans les cas où la caractérisation d'une transaction financière en tant que dette ou fonds propres n'est pas clairement établie et où la jurisprudence ne fournit pas d'indications convaincantes, la prise en compte des aspects pertinents mentionnés dans ce chapitre peut être utile pour l'analyse de la transaction.

9.7.2.6 Une fois la transaction financière délimitée avec précision, la méthode de prix de transfert la plus appropriée peut être sélectionnée et appliquée. Dans le cadre de ce processus, des transactions financières potentiellement comparables peuvent être identifiées et des ajustements de comparabilité peuvent être apportés afin de déterminer le prix ou le bénéfice (ou l'intervalle de prix ou de bénéfices) de pleine concurrence pour la ou les transactions financières examinées.

9.7.2.7 Exemple 1 : Délimitation précise de la transaction réelle (mise à disposition de fonds)

La société emprunteuse BCo obtient une avance de fonds en vertu d'un contrat de prêt conclu avec la société prêteuse LCo. BCo et LCo sont des entreprises associées. Le contrat de prêt ne comporte pas de date d'échéance ni de garantie, et les intérêts sont subordonnés à la réalisation de certains niveaux de bénéfices par BCo. Il n'est pas avisé de considérer que les caractéristiques en elles-mêmes supposent que l'avance de fonds est autre chose qu'un prêt, mais un examen approfondi des faits permet de constater que BCo utilise l'avance pour financer la mise au point d'un nouveau concept commercial, que ses affaires déclinent, qu'il est probable que ni ses activités existantes ni ses nouvelles activités d'exploitation ne soient en mesure

de générer des flux de trésorerie suffisants pendant un certain temps pour rembourser le prêt et que, par conséquent, des paiements d'intérêts inférieurs à ceux prévus dans le contrat seront effectivement payés.

Les orientations de la section 9.7.1 sont pertinentes pour cet exemple. Certaines caractéristiques de l'accord laissent entendre qu'il s'agit d'une participation plutôt que d'une dette et peuvent, de concert avec l'analyse de toutes les circonstances (par exemple, les activités d'exploitation de BCo), permettre de conclure que, à des fins de prix de transfert, l'accord pourrait ne pas être considéré comme un prêt, avec pour résultat que les déductions d'intérêt devront être refusées ou limitées. En outre, même si l'accord était défini en tant que prêt, en fonction des éléments de preuve, la rationalité commerciale de la transaction pourrait être remise en question et empêcher la détermination d'un prix mutuellement acceptable. En particulier, il est douteux que BCo et un prêteur tiers se soient entendus sur les modalités d'un prêt étant donné le niveau de risque très élevé pour le prêteur. Cette preuve peut conduire à la détermination, selon les indications des paragraphes 3.3.2.1 à 3.3.2.6, que l'accord de prêt pourrait ne pas être reconnu comme un prêt portant intérêt à des fins de prix de transfert.

9.7.2.8 Exemple 2 : Délimitation précise de la transaction réelle (reconnaissance du prêt)

L'entreprise associée Co1 est constituée dans le pays A, où elle possède un bureau et emploie de nombreux salariés. Elle y exerce une activité de fabrication. Elle acquiert des matières premières auprès de fournisseurs indépendants situés dans le pays C. Avant les événements décrits ci-dessous, les matières premières achetées par l'entreprise associée Co1 étaient généralement expédiées par les fournisseurs du pays C aux installations de fabrication de l'entreprise associée Co1 dans le pays A par l'intermédiaire de sociétés de transport indépendantes.

Après un examen approfondi des solutions de remplacement, la direction de l'entreprise associée Co1 conclut qu'elle pourrait réduire ses coûts en commandant la construction d'un navire spécialement conçu pour répondre à ses besoins en matière de transport plutôt que de s'en remettre à des sociétés maritimes indépendantes pour le transport des matières premières qu'elle achète. L'entreprise associée Co1 charge une société de design afin de préparer une conception unique de navire adaptée à ses besoins spécifiques et identifie une société de construction non liée dans le pays C pour construire le navire.

À la suite des négociations sur le contrat de construction par ses employés, mais avant que le contrat ne soit exécuté, l'entreprise associée Co1 crée l'entreprise associée Co2 dans le pays C. L'entreprise associée Co1 fournit à l'entreprise associée Co2 le capital statutaire minimum prévu par la loi du pays C, soit 1 000 dollars, en échange de 100 actions d'une valeur nominale de 10 dollars. L'entreprise associée Co2 doit être la partie contractante pour la construction du nouveau navire et, une fois le navire terminé, devenir le propriétaire du navire et l'expéditeur officiel de toutes les matières premières que l'entreprise associée Co1 achète auprès de fournisseurs du pays C.

Immédiatement après l'établissement de l'entreprise associée Co2, l'entreprise associée Co1 conclut un contrat de prêt avec cette dernière, aux termes duquel elle accepte de lui accorder une avance de 100 millions de dollars comme requis pour (i) financer ses obligations envers l'entreprise de construction en vertu du contrat de construction et (ii) financer ses dépenses quotidiennes de fonctionnement pendant la période où le navire sera en construction. Le contrat de prêt ne prévoit pas de versement d'intérêts périodiques par l'entreprise associée Co2. Aux termes du contrat de prêt, l'entreprise associée Co1 dispose de l'option de convertir la dette en actions supplémentaires de l'entreprise associée Co2 à un prix de conversion de 10 dollars par action à tout moment dans les cinq ans. Le contrat permet également à l'entreprise associée Co2 de rembourser la dette à tout moment dans les trois ans de l'exécution du contrat de prêt en contrepartie d'un paiement de 105 millions de dollars. L'entreprise associée Co1 se sert entièrement de ses propres fonds générés en interne pour avancer les 100 millions de dollars au titre du prêt. Les fonds sont avancés à l'entreprise associée Co2 au cours de l'année suivant la signature du contrat de prêt, car l'entreprise associée Co2 a besoin de ces fonds pour effectuer des paiements à l'entreprise de construction ou pour d'autres dépenses d'exploitation. L'entreprise associée Co1 n'emprunte pas auprès d'une autre partie pour financer le prêt.

L'entreprise associée Co2 signe le contrat de construction parallèlement à l'exécution du contrat de prêt. Parallèlement à l'exécution du contrat de construction, l'entreprise associée Co1 consent une garantie détaillée sous forme écrite au titre des obligations de l'entreprise associée Co2 prévues aux termes du contrat de construction en faveur de l'entreprise de construction. La construction du navire est achevée dans les délais prévus et le navire est mis en service par l'entreprise associée Co2 un an après la signature des contrats de prêt et de construction. Au moment de sa mise en service, la valeur marchande du navire est de 110 millions de dollars.

À la fin de l'année 3, l'entreprise associée Co1 exerce son option lui permettant de convertir la totalité du principal du prêt en actions supplémentaires de l'entreprise associée Co2. L'entreprise associée Co2 n'a effectué aucun versement à l'entreprise associée Co1 en guise de remboursement du principal ou des intérêts au titre du prêt.

Les pays A et C effectuent un contrôle simultané des déclarations de revenu de l'entreprise associée Co1 et de l'entreprise associée Co2 pour la période de trois ans suivant la signature du contrat de construction et du contrat de prêt. Au cours de la vérification, les autorités fiscales du pays A proposent de dûment requalifier l'avance de 100 millions de dollars en tant que prêt et d'apporter un ajustement des prix de transfert afin d'attribuer à l'entreprise associée Co1 un revenu d'intérêt calculé sur la base d'un taux d'intérêt de pleine concurrence pour chacune des trois années contrôlées. Les autorités fiscales du pays C estiment quant à elles que l'avance devrait être précisément délimitée, à des fins des prix de transfert, en tant que contribution de l'entreprise associée Co1 aux fonds propres de l'entreprise associée Co2 dès le départ et qu'aucun paiement d'intérêts à l'entreprise associée Co1 ne devrait être imputé en vertu des règles de prix de transfert.

En cherchant à résoudre les divergences de vues entre les autorités fiscales des pays A et C et à déterminer si l'avance de fonds de l'entreprise associée Co1 à l'entreprise associée Co2 doit être traitée en totalité ou en partie comme portant intérêt à des fins de prix de transfert, les réponses aux questions suivantes peuvent contribuer à éclairer certaines considérations pertinentes :

- i) Y a-t-il des caractéristiques des contrats dans leur totalité qui permettent de supposer qu'en vertu de pressions commerciales ou d'exigences légales, la partie au contrat de construction devait être située sur le même territoire que l'entreprise de construction, ce qui fait que l'entreprise associée Co2 devait être créée à titre de mandataire dans le pays C pour l'entreprise associée Co1 afin de satisfaire à ces exigences ?
- (ii) Certaines caractéristiques de l'avance de fonds permettent-elles de déterminer si elle présente les caractéristiques d'une dette ou d'une participation? Les considérations pertinentes peuvent inclure l'absence déclarée d'obligations en matière de versement d'intérêts ou de modalités de remboursement, l'absence effective de paiements d'intérêts et l'option de convertibilité. Quels sont les faits entourant les circonstances et expliquant les motifs qui ont donné lieu à la conversion au cours de l'année 3 ?

- (iii) Quelle est la capacité d'endettement de l'entreprise associée Co2 ? En d'autres termes, un tiers aurait-il accordé un prêt à l'entreprise associée Co2 dans les circonstances décrites ? Parmi les éléments pertinents, on peut citer les flux de trésorerie futurs potentiels générés par l'entreprise associée Co2 pour l'affrètement du navire (après son achèvement) à l'entreprise associée Co1, qui sont susceptibles d'être pris en compte par les prêteurs tiers, y compris les droits contractuels à ces flux de trésorerie; la durée prévue de matérialisation de ces flux; le risque que ces flux ne se matérialisent pas; le potentiel d'affrètement alternatif; et le risque que la date d'achèvement soit retardée (avec pour conséquence le report des flux de trésorerie). Il peut également être pertinent de considérer la garantie qui peut être prise en compte par les prêteurs tiers à l'égard des travaux en cours du navire aux étapes de la construction et de son statut de navire entièrement achevé. La conception spéciale du navire pour répondre aux besoins particuliers de l'entreprise associée Co1 peut influencer sur l'évaluation des attentes en matière de sécurité.
- (iv) Quels sont les risques de coûts supplémentaires dans le cadre du contrat de construction ? L'entreprise associée Co1 fournit une garantie à l'entreprise de construction, ce qui lui offre une certaine protection contre un non-paiement. Toutefois, la garantie ne signifie pas que, dans une situation de pleine concurrence, l'entreprise associée Co1 ne chercherait pas à recouvrer des montants supplémentaires auprès de l'entreprise associée Co2, ce qui pourrait obliger l'entreprise associée Co2 à mobiliser d'autres fonds. L'incapacité de l'entreprise associée Co2 à lever des fonds supplémentaires pourrait augmenter le risque de défaut. Les risques de dépassement de coûts doivent-ils être pris en compte dans la capacité d'endettement de l'entreprise associée Co2, ou le contrat de construction est-il un contrat à prix fixe ? Les retards potentiels dans l'achèvement des travaux sont-ils soumis à des pénalités payables par l'entreprise de construction, ce qui permettrait de compenser les retards dans le début des recettes d'affrètement ?
- (v) Est-il possible de calculer le prix que l'entreprise associée Co2 serait raisonnablement en mesure de payer pour le prêt (compte tenu de ses flux de trésorerie futurs potentiels) et qui rémunérerait correctement l'entreprise associée Co1 pour le risque qu'elle prend ? Les circonstances suggèrent que toute notation de crédit autonome de l'entreprise associée Co2

serait inférieure à la cote d'évaluation des investissements et que l'entreprise associée Co2 présenterait un risque de crédit important. Dans le cas contraire, est-il possible de calculer un prix sur la base du fait qu'une partie de l'avance de fonds est traitée en tant que fonds propres ?

Les orientations formulées à la section 9.7 sont généralement applicables aux considérations décrites ci-dessus, et celles au paragraphe 9.7.1.2 sont particulièrement pertinentes pour cet exemple.

9.8 Prise en compte de la solvabilité des entreprises associées

9.8.1 Afin de délimiter une transaction financière intragroupe réelle avec précision et de pouvoir rechercher des comparables fiables pour tester son caractère de pleine concurrence, il peut être nécessaire de prendre en compte la solvabilité des entreprises associées participantes, c'est-à-dire la possibilité que ces dernières ne soient pas en mesure d'honorer leurs obligations de paiement conformément aux modalités de cette transaction (à cet égard, il est également fait mention des cotes de crédit de « débiteur » ou d'« émetteur », le terme « émetteur » désignant le débiteur). Dans le cas des prêts intragroupes, cette prise en compte implique essentiellement, entre autres, l'examen de la sûreté du prêt (c'est-à-dire les garanties que l'emprunteur peut offrir) et des flux de trésorerie futurs probables de l'emprunteur pour payer les intérêts et rembourser le principal. Une façon d'évaluer la capacité d'endettement est d'examiner la cote de crédit du débiteur, qui reflète le risque de crédit auquel fait face le créancier qui lui accorde un prêt.

9.8.2 Le risque de crédit peut être mesuré en attribuant une notation (c'est-à-dire une cote de crédit) au débiteur ou à un instrument précis émis par un débiteur. Dans certains cas, ces notations peuvent provenir d'agences commerciales indépendantes de notation de crédit. La notation rend compte de la probabilité de défaut et donc du risque pour le prêteur potentiel. Outre les agences de notation spécialisées, certaines entreprises ont également mis au point des outils commerciaux internes destinés à des fins de notation de crédit. Les cotes de crédit fournies par les agences de notation indépendantes tiennent généralement compte de facteurs qualitatifs et quantitatifs. En revanche, les méthodologies de notation de crédit utilisées dans les outils commerciaux internes accordent généralement la priorité aux facteurs quantitatifs et peuvent ne pas tenir compte des facteurs qualitatifs tels que les prévisions du secteur, les stratégies de l'EMN ou le profil de risque résultant du style de gestion de l'EMN.

9.8.3 La détermination d'une notation de crédit n'est pas une science exacte et peut s'avérer particulièrement difficile pour certains types d'émetteurs tels que les « *start-ups* » (sociétés de jeunes promoteurs), « *special purpose vehicle* » (structure ad hoc) ou même les membres d'une EMN. Dans ce dernier cas, l'existence de transactions avec des parties liées peut influencer sur les paramètres financiers utilisés dans le processus.

9.8.4 Un processus rigoureux de détermination d'une notation de crédit prendra généralement en compte des facteurs quantitatifs et qualitatifs. Il est important de garder à l'esprit que les émetteurs affichant la même notation de crédit ne jouissent pas nécessairement du même degré de solvabilité. Il faut considérer que, bien qu'elles puissent être utiles, les notations de crédit ne donnent qu'un aperçu de la probabilité de défaut d'une entité et ne sont pas nécessairement parfaites. À preuve, lors de la crise financière de 2009, certaines entités jouissant d'une notation de crédit élevée n'ont pas pu rembourser leurs dettes et ont fini par tomber en faillite. En outre, dans certains pays en développement, le gouvernement peut avoir mis en place des taux d'intérêt réglementaires officiels et les approches commerciales internationales en matière de notation de crédit ne sont pas utilisées⁶⁸.

9.8.5 Un résumé des catégories de notation de crédit utilisées par les agences Moody's, Standard and Poor's et Fitch apparaît dans le tableau suivant.

Tableau 9.T.1

Notations de crédit

Moody's	S&P	Fitch	Interprétations ^a
Catégorie « investissement »			
Aaa	AAA	AAA	Qualité la plus élevée; extrêmement solide, très peu susceptible d'être altérée par des événements prévisibles.
Aa1	AA+	AA+	Qualité très élevée; la capacité de remboursement n'est pas significativement exposée aux événements prévisibles.
Aa2	AA	AA	
Aa3	AA-	AA-	
A1	A+	A+	Forte capacité de paiement; plus susceptible d'être altérée par les changements de circonstances économiques.
A2	A	A	
A3	A-	A-	
Baa1	BBB+	BBB+	Capacité de paiement adéquate; un changement négatif de l'environnement peut altérer la capacité de remboursement.
Baa2	BBB	BBB	
Baa3	BBB-	BBB-	

⁶⁸ On peut se reporter aux règles de notation de crédit qui sont applicables au Mexique et en Chine.

Tableau 9.T.1 (suite)

Notation inférieure au niveau « investissement »			
Ba1	BB+	BB+	Considéré comme spéculatif avec la possibilité de développer des risques de crédit.
Ba2	BB	BB	
Ba3	BB-	BB-	
B1	B+	B+	Considéré comme très spéculatif avec un risque de crédit important.
B2	B	B	
B3	B-	B-	
Caa1	CCC+	CCC	Considéré comme hautement spéculatif avec un risque de crédit substantiel.
Caa2	CCC	CCC	
Caa3	CCC-	CCC-	
Ca	CC	CC	Peut être en défaut de paiement ou purement spéculatif.
Ca	C	C	En faillite ou en défaut de paiement.
C	D	DDD	

Source : Bhatia, A. V. (2012). *Sovereign Credit Ratings Methodology: An Evaluation. Document de travail du FMI 02/170*. Washington: Fonds monétaire international. Tableau 2, page 8.

^a Il faut souligner que les interprétations fournies dans la colonne sont uniquement une indication et non pas une définition de la notation mentionnée. Les notations fournies sont une illustration des notations d'émetteurs/débiteurs à long terme, provenant de trois agences de notation publiques. Les notations peuvent être différentes pour les dettes à court terme.

9.8.6 Pour appliquer le principe de pleine concurrence, il faut partir du postulat suivant : les parties liées engagées dans la transaction financière doivent être traitées comme si aucun lien de dépendance n'existait entre elles, alors que, par ailleurs, les circonstances les entourant demeurent les mêmes. Toutefois, « les mêmes circonstances » doivent comprendre tous les avantages accessoires et les synergies de groupe qui découlent du fait que les entités liées appartiennent à une EMN. Cela inclut l'impact de tout soutien implicite (parfois aussi appelé « association passive », « soutien parental » ou « soutien du groupe »). Dans la mesure où un emprunteur membre d'une EMN bénéficie d'une meilleure notation de crédit uniquement sur la base d'un soutien implicite, aucun paiement n'est requis pour cet avantage.

9.8.7 Les notations de crédit des agences professionnelles indépendantes, telles que Standard & Poor's, Moody's ou Fitch, ne sont généralement disponibles que pour la société mère d'un groupe. Si aucune notation de crédit

indépendante n'est disponible pour l'emprunteur de fonds, il faudra réfléchir à la manière d'évaluer le risque de crédit de cet emprunteur. Les approches suivantes peuvent être envisagées⁶⁹.

- À partir du risque de crédit de la société mère, on peut procéder à un ajustement de ce risque de crédit (si nécessaire) pour approximer le risque de crédit de l'emprunteur;
- On peut déterminer le risque de crédit de l'emprunteur en utilisant divers outils d'évaluation du crédit.

L'effet de tout soutien implicite pour l'emprunteur devrait être pris en compte dans l'analyse, quelle que soit l'approche adoptée.

9.8.8 En évaluant la notation de crédit de l'entreprise associée et l'étendue de tout soutien implicite, il convient de tenir compte de certaines circonstances particulières, y compris (i) le fait que l'entreprise associée fait partie d'une EMN (qui peut avoir une notation plus élevée que l'entreprise) et (ii) le fait que l'on peut raisonnablement s'attendre à ce que la société mère ou d'autres sociétés du groupe soutiennent leurs sociétés affiliées (en particulier les affiliées principales) en ce qui a trait à leurs besoins financiers (ce que l'on appelle la « gestion par la société mère »). Ces facteurs peuvent influencer de manière significative sur l'analyse de conformité au principe de pleine concurrence de la transaction globale. L'amélioration de la notation de crédit d'une entreprise associée sur la base d'un simple soutien implicite ou d'une association passive n'exige pas de contrepartie ou de paiement de pleine concurrence.

9.8.9 En élargissant les facteurs à considérer pour évaluer le soutien implicite présenté ci-dessus, il pourrait être pertinent d'examiner les questions suivantes :

- Dans quelle mesure (le cas échéant) le soutien implicite serait pris en compte par des institutions indépendantes (par exemple, des agences de crédit ou des prêteurs indépendants) lors de l'évaluation du risque de crédit de l'emprunteur ?
- Comment le soutien implicite serait-il quantifié ?

9.8.10 En pratique, les réponses aux questions ci-dessus dépendront en grande partie du niveau d'importance stratégique de l'emprunteur au sein de l'EMN (y compris les conséquences potentielles d'un défaut de l'emprunteur sur le reste de l'EMN). À cet égard, les considérations suivantes pourraient être prises en compte :

⁶⁹ D'autres approches utilisées dans la pratique peuvent conduire à une notation approximative de l'emprunteur, notamment l'examen des prêts de l'emprunteur obtenus de tiers comme base de calcul de sa cote de crédit.

- Si le fait de ne pas soutenir l'emprunteur a des conséquences négatives sur d'autres parties du groupe (par exemple, en raison d'obligations légales, d'impacts opérationnels, d'effets sur la réputation du groupe et ainsi de suite);
- S'il existe des déclarations explicites de la politique ou de l'intention de la société mère ou du groupe de soutenir l'emprunteur;
- S'il existe un historique de soutien aux entités emprunteuses de l'EMN en difficulté financière.

9.8.11 Le tableau suivant illustre certains effets possibles sur la notation de crédit de l'entité emprunteuse d'une EMN en fonction de son importance stratégique pour l'EMN⁷⁰ :

Tableau 9.T.2

Approches de notation au sein d'un groupe

Importance stratégique de l'entité emprunteuse pour l'EMN	Brève explication de l'importance stratégique	Notation de crédit potentielle à long terme de l'entité emprunteuse
<i>Approches « descendantes » (top down)</i>		
<i>Fondamentale</i>	Elle fait partie intégrante de l'identité et de la stratégie future de l'EMN. Il est probable que les autres membres de l'EMN soutiennent ces entités dans toutes les circonstances prévisibles.	Généralement au même niveau que la notation de crédit de l'EMN
<i>Hautement stratégique</i>	Elle fait presque partie intégrante de l'identité et de la stratégie future de l'EMN. Il est probable que les autres membres de l'EMN soutiennent ces entités dans presque toutes les circonstances prévisibles.	Généralement, un cran en dessous de la notation de crédit de l'EMN

⁷⁰ Le tableau 9.T.2 est basé sur Standard & Poor's (2019). *General Criteria: Group Rating Methodology*. Accessible en anglais seulement à l'adresse : <https://www.maalot.co.il/Publications/GMT20190702155208.PDF>. Le tableau 2 n'est qu'un exemple pour évaluer les notations et ne doit pas être considéré comme une orientation prescriptive ou définitive. Il faut prendre note que le soutien implicite peut également être pris en compte et déterminé sur la base de données quantitatives.

Tableau 9.T.2 (suite)

<i>Approches « ascendantes » (bottom-up)</i>		
<i>Stratégiquement importante</i>	Elle fait moins partie intégrante de l'EMN que les entités hautement stratégiques. Il est probable que les autres membres de l'EMN fournissent un soutien supplémentaire en matière de liquidités, de fonds ou de transfert de risques dans la plupart des circonstances prévisibles. Cependant, certains facteurs soulèvent des doutes quant à l'étendue du soutien accordé par l'EMN.	Généralement, trois crans au-dessus de la notation « autonome » de l'entité emprunteuse ^b
<i>Modérément stratégique</i>	N'est pas assez importante pour justifier un soutien supplémentaire en matière de liquidités, de fonds ou de transfert de risques de la part des autres membres de l'EMN dans certaines circonstances prévisibles. Néanmoins, il est possible qu'un certain soutien soit obtenu de la part de l'EMN.	Généralement, un cran au-dessus de la notation autonome de l'entité
<i>Non stratégique</i>	N'a aucune importance stratégique pour l'EMN. Ces entités pourraient être vendues à court ou moyen terme.	Généralement, au même niveau que la notation autonome de l'entité
<p>^b La notation de crédit « autonome » (intrinsèque) d'un membre de l'EMN, telle qu'elle est mentionnée dans ce tableau, est la notation qui serait obtenue par l'entité emprunteuse (par exemple, en utilisant des modèles de notation de crédit, etc.) si elle n'était pas membre d'une EMN, c'est-à-dire si elle ne bénéficiait d'aucun soutien implicite.</p>		

Il convient de noter que le soutien implicite n'est pas équivalent à une garantie explicite et qu'il n'a généralement aucun caractère exécutoire pour le créancier d'un emprunteur. Voir la section 9.13 qui traite des garanties financières.

9.8.12 En outre, si le soutien implicite est généralement associé à l'amélioration de la notation de crédit de l'emprunteur, il arrive que le risque de crédit de l'EMN exerce une influence inverse (en raison de synergies négatives).

9.8.13 En plus de la notation de crédit de l'entité emprunteuse, aux fins d'une délimitation précise, la notation de crédit de l'instrument de dette spécifique est également pertinente. Voir la section 9.12⁷¹.

9.8.14 Lorsqu'il est très difficile de déterminer l'étendue et l'effet d'un soutien implicite, et en présence d'une forte asymétrie de l'information, l'analyse des prix de transfert peut se buter à des difficultés qui, si elles ne sont pas résolues, sont susceptibles de mettre en doute la fiabilité des résultats. Dans de tels cas, si les faits le justifient, la notation de crédit de l'EMN peut également être utilisée pour déterminer le prix du prêt délimité avec précision, en particulier dans les situations où l'entité emprunteuse est importante pour le groupe et où cette dernière affiche un degré de solvabilité que ne diffère pas sensiblement de celui de l'EMN.

9.8.15 Une autre question qui se pose est celle de savoir si la notation de crédit de l'entité emprunteuse doit être établie sur la base de sa solvabilité avant la conclusion de la transaction financière qui fait l'objet de l'examen ou après. Dans la plupart des cas, il convient d'examiner la situation qui prévautra par suite de la nouvelle transaction financière.

9.8.16 En plus de la prise en compte des considérations ci-dessus pour déterminer la notation de crédit de l'emprunteur, il peut également être pertinent d'envisager le risque encouru par une entité qui exerce des activités dans un pays à très haut profil de risque (c'est-à-dire le risque découlant de l'environnement commercial d'un pays, y compris l'environnement juridique, les niveaux de corruption et les variables socioéconomiques ayant trait notamment à la disparité des revenus), dans la mesure où cela n'est pas déjà reflété dans la notation de crédit de cette entité. Le risque lié au pays tend à être plus élevé dans les pays en développement que dans les pays développés en raison d'un plus grand risque perçu ou réel en matière de fluctuations monétaires, d'instabilité politique, d'instabilité économique (récessions ou inflation plus élevée), de défauts de paiement de la dette souveraine et de l'effet des contrôles des changes et autres. Un niveau élevé de risque lié au pays influera sur le risque commercial d'un emprunteur situé dans ce pays et, par conséquent, sur sa notation de crédit (qui diminuera probablement).

⁷¹ Pour plus d'informations sur la manière de mesurer le risque de crédit et de prendre en compte les composantes du risque de crédit, il est fait référence à Petruzzi, R. (2013). *Transfer Pricing Aspects of Intra-Group Financing*. Amsterdam: Kluwer Law International.

9.8.17 Exemple 3 : La pertinence du soutien implicite sur la notation de crédit d'un emprunteur

L'importance stratégique d'une entité du groupe peut découler du fait qu'elle exerce ses activités sous la même bannière que d'autres membres du groupe de l'EMN ou qu'elle exploite le même type d'entreprise. Par exemple, supposons qu'une EMN nommée « ABC » soit largement reconnue et respectée comme entreprise de confiance pour la manipulation et le transport sécurisé d'argent liquide et d'objets de valeur, une activité qu'elle exerce à l'échelle mondiale. L'EMN est également solide financièrement.

Supposons que ABC possède une filiale, ABC Concordia Limited, qui exerce des activités de manipulation et de transport sécurisé d'argent liquide et d'objets de valeur sous la même bannière que l'EMN en Concordia. En raison des politiques de la Banque centrale axées sur la réduction de l'argent liquide en circulation, du niveau élevé de criminalité organisée et de l'émergence de concurrents en Concordia, la rentabilité future attendue de la filiale est faible, voire négative. ABC Concordia Limited a des difficultés à payer les intérêts sur un prêt qu'une partie tierce lui a accordé et fait défaut sur ce prêt. Ce défaut de paiement, s'il n'est pas résolu, peut avoir un impact négatif sur la notation de crédit du groupe ABC, car les prêteurs tiers pourraient s'attendre à ce que la société mère de ABC soutienne sa filiale qui exerce la même activité sous la même bannière que l'EMN afin de préserver la réputation et l'activité clé de l'EMN.

En revanche, si la filiale avait exercé ses activités sous une autre bannière que le groupe, soit XYZ Limited, n'avait effectué que l'entretien de machines de tri des billets de banque – une activité commerciale de peu d'importance absente de la mission du groupe ABC sur d'autres marchés – et n'avait participé à aucune activité stratégique liée au transport sécurisé d'argent liquide et d'objets de valeur, l'impact d'un défaut aurait pu être moins important pour la réputation ou l'activité clé du groupe ABC.

Dans ces scénarios, la pertinence et l'impact du soutien implicite sont susceptibles d'être plus importants dans le cas d'ABC Concordia Limited et beaucoup plus limités dans le cas de XYZ Limited.

9.9 Prise en compte des risques inhérents à l'instrument financier

9.9.1 Outre l'examen de la solvabilité de l'emprunteur, afin de délimiter avec précision la transaction réelle et d'être en mesure de rechercher des comparables fiables, les caractéristiques précises de l'instrument financier doivent

également être prises en compte. Par exemple, si ACo consent un prêt à l'entreprise associée BCo et que ce prêt est subordonné aux trois autres prêts que BCo a contractés antérieurement (quelle que soit leur source), le « statut » du prêt de ACo à BCo est inférieur à celui des trois autres prêts contractés par BCo. En d'autres termes, si, en cas de faillite de BCo, ACo doit attendre le remboursement de ces trois autres prêts avant de réclamer le remboursement du sien, ACo est le titulaire d'un instrument de prêt subordonné qui comporte un risque plus élevé. Il peut donc être pertinent de prendre en compte la notation de crédit rattachée à un instrument financier particulier (par exemple un prêt) et non pas seulement la notation de crédit d'un emprunteur de manière plus générale.

9.9.2 Il est à noter que dans le cas des obligations (qui sont souvent utilisées à titre de comparables pour les prêts intragroupes), ce « statut » de risque est généralement exprimé sous le terme « notation d'une émission », c'est-à-dire la notation de crédit qui s'applique à une émission obligataire particulière plutôt qu'à une entité.

9.9.3 En pratique, la notation de crédit rattachée à un instrument financier particulier est généralement revue à la baisse relativement à la notation de crédit de l'entité emprunteuse, (généralement) sur la base de méthodologies fournies par les agences de notation. En d'autres termes, lorsque l'on recherche des comparables pour l'instrument financier, on considère d'abord la notation de crédit de l'emprunteur, puis on estime la notation de crédit rattachée à l'instrument financier particulier en ajustant la notation de crédit de l'emprunteur pour tenir compte des caractéristiques de l'instrument.

9.9.4 Par exemple, supposons que la notation de crédit de BCo est BBB, et que l'instrument financier fourni par ACo à BCo est subordonné. Supposons également que, conformément à la méthodologie fournie par les agences de notation, il est jugé approprié d'appliquer un abaissement de la notation de crédit d'un cran pour refléter la nature subordonnée de cet instrument financier. Maintenant, la notation de crédit de cet instrument financier est BBB-, ce qui correspond à un abaissement d'un cran de la notation de crédit sur la base des catégories « investissement » (dans cet exemple, de S&P et Fitch) présentées dans le tableau 9.T.1. Il faut souligner cependant que les différentes agences de notation adoptent des approches différentes. Bien qu'il n'existe pas d'approche universelle, l'effet de la subordination mérite d'être pris en considération. Voir également le paragraphe 9.7.2.2.

9.10 Méthodes potentielles de fixation des prix de transfert

9.10.1 N'importe laquelle des méthodes de prix de transfert décrites dans ce Manuel peut être utilisée pour déterminer les prix pratiqués dans les transactions financières. En ce qui concerne les prêts intragroupes, la méthode la

plus couramment employée est la méthode CUP. Cette méthode est applicable lorsqu'une transaction comparable existe entre une partie à la transaction de prêt intragroupe et une partie indépendante (« comparable interne ») ou entre deux parties indépendantes dont aucune n'est partie à la transaction de prêt intragroupe (« comparable externe »). Ce point est abordé plus en détail à la section 9.12.

9.10.2 Séparément et indépendamment de la fixation du prix des transactions ou des instruments financiers individuels, les services de trésorerie fournis au sein d'une EMN sont susceptibles d'exiger une rémunération de pleine concurrence (voir la section 9.3.3). La méthode CPM ou une méthode TNMM basée sur les coûts peut être appropriée pour ces services (ou, si l'entité de trésorerie est simplement une société relais qui n'apporte aucune valeur ajoutée, une rétribution basée sur ses coûts peut être adéquate). Il est courant de voir une entité du groupe (par exemple, l'unité ou l'entité de financement) agir en tant que fournisseur général des services de trésorerie ou en tant qu'intermédiaire pour les autres entités du groupe. Voir le chapitre 5 sur les services intragroupes. Cependant, si une unité ou une entité de financement fournit des fonds aux membres du groupe et les refinance au moyen des dépôts provenant d'autres membres du groupe ou de sources externes et qu'elle est exposée à des discordances dans les temporalités ou les devises utilisés ainsi qu'au risque de crédit, la méthode CPM pourrait ne pas être appropriée pour rémunérer la fonction de financement.

9.10.3 Une autre méthode qui pourrait être appropriée dans certains cas est la méthode PSM transactionnelle. Toutefois, dans la pratique, l'utilisation de cette méthode pour déterminer le prix des transactions financières est assez limitée (la négociation mondialisée d'instruments financiers ou certaines transactions de mise en commun des liquidités font parfois exception).

9.11 Mesures simplificatrices et « régimes de protection »

9.11.1 En vue de simplifier la détermination des prix de pleine concurrence des transactions financières intragroupes, certains pays ont introduit des « régimes de protection », la plupart axés sur les taux d'intérêt. Plus précisément, certains pays publient des taux ou des marges d'intérêt annuels officiels qui, utilisés dans le cadre des prêts intragroupes, évitent au contribuable d'avoir à prouver le caractère de pleine concurrence de la rémunération établie pour ce type de transaction, tout en fournissant une certaine assurance que le taux pratiqué est sans risque significatif d'érosion de la base d'imposition⁷².

⁷² À titre d'exemple, Singapour prévoit une règle d'exonération selon un régime de protection applicable aux taux d'intérêt intragroupes. Cette règle est basée sur une

Voir également le paragraphe 9.12.2.8 sur l'application de l'approche appelée « sixième méthode » aux prêts intragroupes.

9.11.2 Les notations de crédit des entreprises associées individuelles et l'incidence du soutien implicite sur les transactions financières intragroupes sont parfois complexes à déterminer et souvent basés sur des jugements ou des considérations très difficilement vérifiables pour les administrations fiscales. Par conséquent, une autre simplification consiste à utiliser la notation de crédit de l'EMN (ou de la société mère) à titre de base de comparaison lorsque les contribuables ne fournissent pas de preuves pour justifier la notation de crédit utilisée. Cette approche procure comme avantages supplémentaires d'assurer une certaine certitude et de réduire le fardeau administratif tant pour les administrations fiscales que pour les contribuables. Voir le paragraphe 9.8.14.

9.11.3 Le recours à des mesures simplificatrices ou à des régimes de protection doit être soigneusement examiné en déterminant la rémunération de pleine concurrence d'une transaction financière intragroupe. En outre, il convient d'examiner comment les mesures simplificatrices ou le régime de protection interagit avec la définition et l'application du principe de pleine concurrence, tant au niveau national qu'international. Dans certains pays, les contribuables conservent le droit de réfuter une règle de simplification ou d'exonération en

marge d'intérêt refuge au-dessus des taux de référence (par exemple, le taux interbancaire pratiqué à Londres ou *London Inter Bank Offered Rate - LIBOR*). Cette règle peut être réfutée par les contribuables à condition qu'ils justifient leur propre taux d'intérêt par une analyse économique adéquate et une documentation des prix de transfert appropriée. En général, la marge d'intérêt indicative prévue dans le régime de protection n'est applicable qu'aux prêts entre parties liées inférieurs à un certain seuil (c'est-à-dire 15 millions de dollars au moment où le prêt est obtenu ou fourni). La marge indicative est publiée sur le site Internet de l'administration fiscale et mise à jour au début de chaque année civile. Par exemple, si la marge indicative est de 250 points de base (c'est-à-dire 2,5 %) et que le taux de référence approprié est le LIBOR, cela signifie que si un contribuable utilise le LIBOR + 250 points de base pour ses prêts intragroupes, il n'a pas besoin de préparer la documentation des prix de transfert relative au prêt. Toutefois, si un contribuable choisit de ne pas appliquer la règle d'exonération prévue par le régime de protection, il doit justifier la conformité du taux d'intérêt utilisé au principe de pleine concurrence et conserver une documentation contemporaine relative à ses prix de transfert. La Nouvelle-Zélande a publié des lignes directrices à l'égard des prêts de faible valeur (jusqu'à 10 millions de dollars néo-zélandais au total) en fonction desquelles les contribuables peuvent utiliser un taux d'intérêt refuge équivalant à 300 points de base (3,0 %) de plus que l'indicateur de base pertinent, en l'absence d'un taux de marché facilement accessible pour un instrument de dette dont les modalités et les caractéristiques de risque sont similaires (ce taux refuge s'appliquait en 2019 et sa valeur indicative est réévaluée annuellement).

démontrant la conformité d'un autre montant au principe de pleine concurrence. Dans d'autres pays, cette option n'existe pas. En ce qui concerne l'utilisation des « régimes de protection », voir les sections 5.5 et 10.2.2.

9.12 Application du principe de pleine concurrence aux prêts intragroupes

9.12.1 Différents types de prêts intragroupes et caractéristiques pertinentes à considérer

9.12.1.1 Cette section présente un certain nombre de caractéristiques distinctives des prêts intragroupes. Un prêt intragroupe laisse à la disposition d'une partie liée (l'emprunteur) les ressources financières d'une autre partie liée (le prêteur) contre remboursement à une date ultérieure. Le prêt intragroupe permet à l'emprunteur d'obtenir des ressources financières; le prêteur assume généralement le risque de crédit lié à ce prêt et doit être rémunéré au moyen d'un paiement d'intérêts de pleine concurrence pour les liquidités fournies et le risque assumé. Dans l'idéal, les modalités pertinentes du prêt sont précisées dans le contrat de prêt et étayées par le comportement des parties. Si, et dans la mesure où une EMN a mis en place des politiques particulières (explicites) à l'échelle du groupe en ce qui concerne le coût du financement (cible), leur impact probable (le cas échéant) sur les caractéristiques d'un prêt particulier peut également être considéré comme pertinent.

9.12.1.2 Dans la pratique, il existe de nombreux types de prêts différents. Deux exemples sont fournis ci-dessous :

- Prêt à terme : prêt assorti d'une échéance allant d'un à dix ans ou plus et d'un calendrier précis pour le paiement des intérêts et du principal⁷³. Ces prêts sont souvent utilisés pour financer des actifs à moyen et long terme tels que des usines et des équipements. Un prêt à terme peut être garanti ou non, être assorti d'un taux d'intérêt fixe ou variable et contenir des clauses d'exécution générales ou spécifiques; et
- Prêt revolving ou facilité de crédit revolving : une ligne de crédit garantie ou non garantie assortie d'une échéance allant de six mois à cinq ans ou plus, qu'un emprunteur peut utiliser et rembourser plusieurs fois. Une facilité de crédit typique exige de l'emprunteur qu'il paie à la banque une commission d'engagement annuelle sur la totalité de la ligne de crédit afin de la garder accessible pour

⁷³ Un prêt dit « *in fine* », quant à lui, ne permet le remboursement du principal qu'en une fois, à l'échéance, plutôt que selon un calendrier de remboursement précis.

une utilisation future; les lignes de crédit sans commission ne suscitent généralement aucun engagement et peuvent être retirées par la banque à volonté. Dans certains cas, les banques exigent des emprunteurs qu'ils remboursent la totalité de la ligne de crédit avant d'autoriser d'autres prélèvements ou renouvellements (un processus connu sous le nom de « retrait anticipé »).

9.12.1.3 Outre le risque de crédit, les risques les plus courants liés à un prêt intragroupe sont le risque de taux d'intérêt, le risque de réinvestissement, le risque de remboursement anticipé, le risque inflationniste (ou de perte du pouvoir d'achat), le risque de liquidité, le risque de taux de change (ou de devise), le risque de volatilité, le risque politique ou juridique, les risques d'événements exceptionnels, le risque sectoriel et le risque lié au pays. Au cours du processus de délimitation précise, l'attribution de ces risques sera généralement prise en compte. Voir le tableau 3.T.1 au paragraphe 3.4.4.6.

9.12.1.4 Lors de l'analyse d'un prêt intragroupe, les caractéristiques pertinentes pouvant être prises en compte sont les suivantes : les droits de conversion, la devise, les garanties applicables, le calendrier et le calcul des paiements d'intérêts, les options, les dispositions de remboursement, la garantie fournie, le rang et les autres modalités du prêt. Les caractéristiques du prêt qui favorisent l'emprunteur ont généralement pour effet d'augmenter le taux d'intérêt, et celles qui favorisent le prêteur ont tendance à le diminuer.

9.12.2 Détermination du caractère de pleine concurrence des prêts intragroupes

9.12.2.1 Conformément à ce qui a été discuté dans la section 9.7, le point de départ de toute analyse des prix de transfert est la délimitation précise de la transaction réalisée. Cette étape exige d'identifier les relations commerciales ou financières entre les entreprises associées en analysant les caractéristiques économiquement pertinentes (ou les facteurs de comparabilité) de leur transaction. Voici quelques exemples de caractéristiques économiques notables en ce qui regarde les prêts :

- Les dispositions contractuelles du prêt (par exemple, le type de prêt); la durée du prêt – c'est-à-dire le temps écoulé jusqu'à l'échéance; l'obligation de payer les intérêts et de rembourser le principal, ce qui comprend les détails du calendrier de remboursement (par exemple, par le biais d'un paiement *in fine* à l'échéance ou de montants fixes tout au long de la durée du prêt); le caractère conditionnel ou non du prêt; le type de taux d'intérêt (par exemple, conditionnel aux bénéfices, variable ou fixe); la devise utilisée; les options incorporées,

comme le droit de convertir le prêt en actions, de prolonger sa durée ou d'y mettre fin prématurément et de le rembourser; le rang du prêt; la subordination du créancier par rapport aux autres; et le nantissement, les sûretés ou les garanties quelconques fournies au créancier. Il arrive que certaines caractéristiques pertinentes soient absentes des dispositions contractuelles, et il peut être nécessaire de se reporter à d'autres éléments de preuve, y compris le comportement des parties, pour délimiter avec précision les modalités du prêt;

- Les fonctions exercées, les actifs utilisés ou fournis et les risques assumés tant par l'emprunteur que par le prêteur, compte tenu de l'objectif du prêt et de toute interaction avec d'autres transactions intragroupes. L'analyse fonctionnelle tient compte tant du point de vue de l'emprunteur que de celui du prêteur et fait appel, par exemple, à une évaluation de la capacité d'endettement et du risque de crédit de l'emprunteur. Le comportement des parties doit également être examiné. Lorsque ce comportement n'est pas conforme aux dispositions contractuelles, le comportement des parties peut devoir devenir prioritaire;
- Les circonstances économiques de l'emprunteur comme du prêteur dans le contexte des industries et des marchés au sein desquels ils exercent leurs activités, y compris les circonstances qui ont une incidence sur le type de financement offert, les raisons du financement et également la capacité de l'emprunteur à obtenir un emprunt ou du financement par d'autres moyens ou auprès d'autres parties (tiers);
- Les stratégies d'entreprise adoptées par l'emprunteur et le prêteur, y compris les politiques de financement et les cibles d'endettement.

9.12.2.2 À ce stade, le processus de délimitation précise aura identifié les caractéristiques économiquement significatives de la transaction. Le prix de toute transaction de prêt délimitée avec précision doit ensuite être déterminé conformément au principe de pleine concurrence. Les caractéristiques économiquement pertinentes qui ont été identifiées doivent être prises en compte dans la recherche des transactions comparables sur le marché libre qui serviront à déterminer ce prix de pleine concurrence.

9.12.2.3 Une fois la transaction délimitée avec précision, l'étape suivante de l'analyse consistera à sélectionner et à appliquer la méthode de prix de transfert la plus appropriée. Étant donné que le prêt intragroupe induit principalement des paiements d'intérêts, il faudra déterminer l'intérêt de pleine concurrence. Il convient toutefois de considérer que certains autres éléments peuvent également faire l'objet d'une rémunération distincte (par exemple, au moyen de commissions).

9.12.2.4 Pour déterminer un taux d'intérêt de pleine concurrence, la méthode CUP est souvent utilisée. En d'autres termes, on se reportera aux taux d'intérêt négociés et convenus par des entités indépendantes dans leurs transactions comparables à la transaction examinée. La méthode CUP peut être appliquée de la manière suivante :

- Méthode CUP interne : taux d'intérêt applicable à des transactions similaires dans des circonstances similaires entre l'une des parties testées et une entité non liée.
- Méthode CUP externe : taux d'intérêt applicable à des transactions similaires dans des circonstances similaires entre des entités non liées ou taux d'intérêt rattachés à des instruments de dette similaires dans les bases de données publiques.
- Si des mesures simplificatrices sont en place ou si une approche similaire à la « sixième méthode » est envisageable, l'application de l'une d'elles (voir la section 4.7).

9.12.2.5 Lorsque l'on utilise une méthode CUP externe, les informations relatives aux prêts contractés et aux obligations émises par des tiers (syndiqués) et d'autres informations contenues dans les bases de données publiques peuvent être utiles. Il est possible de connaître les taux d'intérêt comparables sur le marché libre consentis à une palette d'emprunteurs aux notations de crédit diverses par le biais des bases de données mises à disposition par des vendeurs de données commerciales à des fins professionnelles⁷⁴. Ces bases de données consignent les taux d'intérêt sur les obligations et les prêts de pleine concurrence des emprunteurs aux notations de crédit diverses, assortis d'une série de conditions, y compris les modalités, la devise et le calendrier (dates d'émission des prêts ou des obligations).

9.12.2.6 En appliquant la méthode CUP, il est important de prendre en compte toutes les caractéristiques économiquement pertinentes qui ont un effet significatif sur le taux d'intérêt. Il peut être nécessaire d'envisager des ajustements de comparabilité pour cerner correctement l'incidence de ces caractéristiques, lorsque ces ajustements peuvent être apportés de manière fiable.

9.12.2.7 Outre la méthode CUP, comme on l'a mentionné précédemment, une méthode fondée sur les coûts pourrait être appropriée dans certains cas. On pourrait citer à cet égard les cas où une entité de l'EMN obtient des fonds d'une entité non liée en vue de les rétrocéder à une entité liée, c'est-à-dire dans le cadre d'un scénario « intermédiaire ». En substance, le prix du prêt intragroupe

⁷⁴ On peut se reporter, par exemple, à Bloomberg, Loan Connector, Thomson Reuters et S&P.

est fixé sur la base du coût des fonds pour le prêteur, auquel s'ajoutent 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 bénéficiaire⁷⁵. Cette approche doit être appliquée en mettant en parallèle le coût des fonds pour le prêteur et ceux d'autres prêteurs présents sur le marché. Sur un marché concurrentiel, un prêteur cherchera à proposer le taux le plus bas possible afin d'étendre ses activités. Il en sera de même pour l'emprunteur, qui cherchera à emprunter au taux le plus bas possible sur le marché. Comme dans le cas des autres méthodes, la méthode fondée sur les coûts exige également de tenir compte des options réalistes envisageables par l'emprunteur, qui ne conclura cette transaction que s'il n'y a pas de meilleure offre possible.

9.12.2.8 Pour déterminer le taux d'intérêt dans un contrat de prêt, certains pays appliquent une règle simplificatrice qui ressemble à la « sixième méthode » dont il est question à la section 4.7 (à cet égard, le taux d'intérêt pertinent pourrait être celui des émissions obligataires publiques sur les marchés internationaux, tel que le taux des bons du Trésor américain ou le taux interbancaire pratiqué à Londres [*London Inter Bank Offered Rate* ou *LIBOR*] ou même, le taux d'intérêt des obligations émises par le pays dans lequel la société prêteuse est résidente ou dans le pays dans lequel le prêt est négocié). Ces taux peuvent être utilisés comme des approximations des taux d'intérêt négociés dans le cadre des transactions financières entre parties non liées et peuvent ou non faire l'objet d'ajustements appropriés pour des situations spécifiques. Le résultat de cette approche offre un avantage similaire à celui de la sixième méthode applicable aux produits de base, c'est-à-dire qu'il élimine la nécessité de rechercher une transaction comparable⁷⁶.

9.12.2.9 D'autres informations pertinentes pour la détermination d'un taux d'intérêt de pleine concurrence dans un contrat de prêt intragroupe peuvent être tirées des contrats d'échange sur risque de défaillance (*Credit Default Swap* ou *CDS*) en vue de tenir compte du risque de crédit lié à un actif financier sous-jacent ou, encore, des modèles économiques de détermination du prix d'un prêt qui permettent de calculer un indicateur du taux d'intérêt de pleine concurrence.

⁷⁵ OECD Publishing (2020). *Instructions sur les prix de transfert relatives aux transactions financières*. Paris: OECD. Accessible à l'adresse : <https://www.oecd.org/fr/fisc-lite/beps/instructions-sur-les-prix-de-transfert-relatives-aux-transactions-financieres-cadre-inclusif-sur-le-beps-actions-4-8-10.htm>. Voir les paragraphes 10.97 et 10.98.

⁷⁶ Le Brésil applique actuellement cette méthodologie – voir le paragraphe 1.8.4 de la partie D de ce Manuel.

9.12.2.10 La fixation du prix de pleine concurrence des prêts intragroupes peut également comprendre l'évaluation de commissions et d'autres frais connexes. Il peut toutefois s'avérer nécessaire de tenir compte du fait que les entreprises associées peuvent ne pas engager des frais similaires à ceux des prêteurs indépendants (c'est-à-dire à ceux des banques) dans le cadre d'un processus de mobilisation de capitaux et de mise en conformité aux exigences réglementaires.

9.12.2.11 Exemple 4 : Délimitation précise de la transaction réelle (échéance du prêt)

Au cours de son exercice 2019, la société emprunteuse, BCo, paie des intérêts sur le prêt que la société prêteuse, LCo, lui a accordé. BCo et LCo sont des entreprises associées. Le contrat de prêt indique que le prêt a été consenti en janvier 2017 à un taux d'intérêt fixe de X %, et le contrat précise en outre que la durée du prêt est de douze mois, au terme desquels le principal est remboursable. Au moment de la signature du contrat de prêt, sur la base des flux de trésorerie projetés de BCo, il semblait très peu probable que BCo soit en mesure de rembourser le prêt au terme des douze mois.

Après un examen approfondi des faits, il s'avère que BCo a étendu ses activités depuis janvier 2017, en utilisant le prêt de LCo pour l'achat d'actifs immobilisés. Comme le principal a été utilisé à des fins d'achat d'actifs, un remboursement du principal ne pouvait pas être effectué. D'ailleurs, aucun remboursement n'a été effectué conformément aux modalités du prêt, et BCo a continué de payer des intérêts de X % sur le prêt durant ses exercices 2018 et 2019. BCo et LCo ont échangé des lettres en janvier 2018 pour confirmer la prolongation du prêt pour une nouvelle période de douze mois et ont répété cet échange en janvier 2019.

La délimitation précise de la transaction réelle permet de déterminer que le prêt n'est pas en fait traité comme un prêt à court terme de douze mois et que son prix doit conséquemment être déterminé en fonction d'une échéance plus longue. Aux fins de la fixation du prix, l'échéance est d'au moins trois ans – puisqu'en 2019, le prêt a été contracté trois ans auparavant – ou d'une période plus longue qui pourrait être attestée par l'objectif du prêt (dans ce cas, l'achat d'actifs immobilisés).

9.12.2.12 Exemple 5 : Délimitation précise de la transaction réelle (devise utilisée dans le prêt)

La société emprunteuse, BCo, paie des intérêts sur le prêt que la société prêteuse, LCo, lui a accordé. BCo et LCo sont des entreprises associées. Le contrat de prêt précise que l'avance est libellée dans la devise X. Après un examen approfondi des faits, il s'avère que l'avance a été faite dans la devise Y, et que des paiements d'intérêts réguliers ont été effectués dans la devise Y, sur la base du calcul du solde impayé exprimé dans cette devise.

La délimitation précise de la transaction réelle détermine que le prêt est traité comme ayant été effectué dans la devise Y. Aux fins de la fixation du prix, en déterminant le taux d'intérêt approprié, le prêt doit être considéré comme un prêt libellé dans la devise Y.

9.12.2.13 Exemple 6 : Délimitation précise de la transaction réelle (garantie de prêt)

Au cours de son exercice 2019, la société emprunteuse, BCo, paie des intérêts sur le prêt que la société prêteuse, LCo, lui a accordé. BCo et LCo sont des entreprises associées. Le contrat de prêt indique qu'une avance de fonds de 5 millions de dollars a été accordée le 3 mars 2019 à un taux d'intérêt fixe de 5 %, et le contrat de prêt précise en outre que la durée du prêt est de dix ans, au terme desquels le principal est remboursable. Le contrat de prêt ne fait pas référence à une quelconque garantie apportée par BCo au titre du prêt.

Après un examen approfondi des faits, il s'avère que BCo fait partie de l'EMN XtraStore, qui loue des locaux à des clients à des fins d'entreposage. BCo possède ce type de local et, le 3 mars 2019, elle procède à l'achat de deux locaux de plus au prix de 6 millions de dollars. Parallèlement, BCo rembourse le solde impayé (1 million de dollars) du principal d'un prêt auprès d'une banque tierce. Après le remboursement du prêt bancaire, BCo n'a plus d'emprunts auprès de tiers ni d'actif en garantie.

LCo a plusieurs prêts bancaires, qui sont tous (à l'exception des facilités à court terme) garantis au moyen de ses locaux d'entreposage. De même, la plupart des autres prêts à terme de l'EMN consentis par des banques sont garantis au moyen des actifs constitués des locaux d'entreposage de l'entité emprunteuse. Le précédent prêt bancaire que BCo a remboursé en mars 2019 était garanti au moyen de ses actifs détenus avant cette date.

La délimitation précise de la transaction permet de déterminer que BCo a contracté le prêt intragroupe au moment où elle a acquis de nouveaux actifs. Ces actifs sont en mesure de fournir une garantie au titre du prêt et peuvent être mis à disposition pour fournir cette garantie. L'EMN XtraStore offre habituellement ses actifs en garantie dans ses contrats avec des banques tierces, et BCo a également offert des actifs à des fins de garantie auparavant. Pour déterminer le prix du prêt, le prêt devrait être considéré comme garanti par des actifs appartenant à BCo en l'absence de preuve que l'avantage commercial apporté par les coûts d'intérêts inférieurs serait neutralisé dans des contrats comparables sur le marché libre par les désavantages commerciaux potentiels dérivés de la garantie adossée sur les actifs de BCo.

9.12.2.14 Exemple 7 : La méthode du prix comparable sur le marché libre (CUP) interne pour les prêts intragroupes⁷⁷

ACo, située dans le pays X, est une entreprise associée de BCo, située dans le pays Y. ACo et BCo négocient un contrat de prêt intragroupe en vertu duquel ACo fournit des fonds à BCo.

BCo obtient également des fonds d'un prêteur tiers assorti des mêmes modalités que celles convenues avec ACo⁷⁸. Si les deux prêts sont comparables (c'est-à-dire en considérant toutes les caractéristiques économiquement pertinentes), ACo et BCo pourraient envisager d'utiliser le taux d'intérêt réclamé à BCo par le prêteur tiers en vue de déterminer le taux d'intérêt intragroupe de pleine concurrence. Toutefois, il convient de noter que si l'impact du prêt consenti par la partie tierce est tel qu'il abaisse de façon pertinente la notation de crédit de BCo, le taux d'intérêt réclamé par ce prêteur tiers pourrait ne pas constituer un comparable approprié aux fins de l'application de la méthode CUP interne au prêt intragroupe.

⁷⁷ Les exemples 7, 8 et 9 partent de l'hypothèse que, sur la base de la délimitation exacte de la transaction réelle, les contrats intragroupes sont conformes au comportement des parties. Par conséquent, les exemples portent sur la question de la fixation du prix de l'accord intragroupe.

⁷⁸ L'une des hypothèses pertinentes suppose que les deux prêts obtenus par BCo sont *pari passu*. C'est-à-dire que les deux prêts ont le même rang et qu'aucun n'est subordonné à l'autre.

9.12.2.15 Exemple 8 : La méthode du prix comparable sur le marché libre (CUP) externe pour les prêts intragroupes

ACo, située dans le pays X, est une entreprise associée de BCo, située dans le pays Y. ACo et BCo négocient un contrat de prêt intragroupe en vertu duquel ACo fournit des fonds à BCo.

On dispose d'informations publiques sur les modalités conclues entre tiers pour des prêts comparables (c'est-à-dire en tenant compte de toutes les caractéristiques économiquement pertinentes).

ACo et BCo pourraient utiliser les taux d'intérêt négociés dans les contrats de prêt comparables entre tiers pour déterminer le taux d'intérêt intragroupe de pleine concurrence.

9.12.2.16 Exemple 9 : La méthode du prix comparable sur le marché libre (CUP) externe pour les prêts intragroupes – alternative

Co, située dans le pays X, est une entreprise associée de BCo, située dans le pays Y. ACo et BCo négocient un contrat de prêt intragroupe en vertu duquel ACo fournit des fonds à BCo.

Un taux d'intérêt de pleine concurrence pourrait être basé sur le rendement d'une transaction alternative réaliste présentant des caractéristiques économiquement pertinentes comparables. Selon les faits et les circonstances, une émission d'obligations pourrait, par exemple, constituer une alternative réaliste pour déterminer le prix du prêt intragroupe.

On dispose d'informations publiques sur les modalités conclues entre tiers pour des obligations comparables (c'est-à-dire en tenant compte de toutes les caractéristiques économiquement pertinentes).

ACo et BCo pourraient utiliser les taux d'intérêt pratiqués dans les contrats d'obligations comparables entre tiers⁷⁹ afin de déterminer le taux d'intérêt intragroupe de pleine concurrence⁸⁰.

⁷⁹ En pratique, l'utilisation des rendements à l'échéance pourrait être plus appropriée.

⁸⁰ Il faut considérer que, dans certaines situations, une prime pourrait être envisagée afin de tenir compte de la différence de liquidité entre les prêts et les obligations.

9.12.3 Interaction entre les prêts et d'autres transactions intragroupes

9.12.3.1 La section précédente a traité de la question du prix des prêts intragroupes, mais en préambule aux orientations présentées, l'importance de considérer l'interaction entre les prêts et d'autres transactions intragroupes a été soulignée. En effet, les accords de financement et les objectifs commerciaux qui sous-tendent l'affectation de fonds peuvent aider à identifier les fonctions et les circonstances économiques propres à l'EMN et à délimiter d'autres transferts intragroupes de biens ou de services pouvant faire l'objet d'accords de financement. Même si la transaction financière intragroupe examinée peut être délimitée avec précision et que le taux d'intérêt pratiqué pour cette transaction distincte peut être conforme au principe de pleine concurrence, l'existence de la transaction financière intragroupe peut révéler certaines caractéristiques économiquement significatives des entreprises associées qui peuvent aider à améliorer la fiabilité des comparaisons pour l'évaluation de ces autres transactions intragroupes.

9.12.3.2 Exemple 10 : Interaction entre les prêts intragroupes et d'autres transactions intragroupes

La société A, un distributeur dans le pays A qui est membre de l'EMN ABC, achète des produits à la société B, un producteur lié dans le pays B. Elle commercialise ces produits dans le pays A et les vend à des grossistes et à de grands détaillants indépendants. Certains de ses principaux clients font eux-mêmes partie d'une entreprise internationale avec laquelle ABC fait des affaires dans plusieurs pays. Les ventes connaissent des pics saisonniers au cours de l'année.

La société A utilise une méthode TNMM comme méthode la plus appropriée pour établir des points de comparaison de ses activités de distribution et assurer sa conformité aux règles de prix de transfert. Elle utilise à titre d'indicateur de la rentabilité le bénéfice d'exploitation (bénéfice avant intérêts et impôts) par rapport au chiffre d'affaires. Elle produit des études comparatives conformes aux meilleures pratiques pour démontrer que les entreprises comparables réalisent des marges bénéficiaires entre 1 % et 3 %, sur la base de l'intervalle interquartile des résultats, en ne prenant en compte aucun ajustement au fonds de roulement.

Au cours de l'année 4, les résultats du distributeur continuent d'afficher une marge bénéficiaire d'exploitation de 2 %, mais ses comptes font état d'une importante augmentation des charges d'intérêt. Ces charges réduisent à zéro le bénéfice déclaré après intérêts.

Dans sa documentation des prix de transfert pour l'année 4, la société A explique que les intérêts sont liés à un prêt auprès de la société C, une entreprise associée dans le pays C. La société A produit un rapport démontrant qu'elle bénéficie d'une notation de crédit élevée et que le taux d'intérêt facturé est conforme aux taux d'intérêt applicables aux parties indépendantes jouissant d'une cote de crédit similaire.

Lors de l'examen de la déclaration de revenu de la société A pour l'année 4, l'inspecteur des impôts s'inquiète du fait que les charges d'intérêts intragroupes neutralisent les bénéfices imposables. Il semble y avoir un problème.

L'inspecteur des impôts prend la décision d'exiger des informations au sujet du prêt, qui lui permettent de déterminer que le financement intragroupe a pour seul but de soutenir le coût de l'octroi de modalités de crédit plus avantageuses pour les clients. L'inspecteur des impôts établit également que le distributeur a prolongé la durée du crédit accordé à ses clients de 30 à 180 jours, sans modifier les prix facturés à ces derniers, mais qu'il a continué à payer son fournisseur lié dans un délai de 7 à 30 jours, conformément au cycle de traitement centralisé des paiements de l'EMN. Ces changements répondent en partie aux demandes des sièges sociaux des grands détaillants internationaux (indépendants) qui souhaitent augmenter leur chiffre d'affaires avec l'EMN ABC et normaliser les modalités à l'échelle mondiale; et doivent en partie permettre aux petits détaillants du pays A de conserver des stocks pour pouvoir offrir une gamme étendue de produits en vue de stimuler la demande.

En effet, la société A a offert une mesure incitative à ses clients en prenant en charge une partie des coûts de financement de leur fonds de roulement. Cela a eu pour effet d'augmenter sensiblement le fonds de roulement de la société A (en particulier ses comptes débiteurs). Toutefois, contrairement à d'autres types de mesures d'incitation à la vente, les coûts assumés par la société A (sous la forme de charges d'intérêts payés à des associés) ne sont pas inclus dans ses coûts d'exploitation et ne sont donc pas pris en compte dans les bénéfices d'exploitation utilisés pour calculer la marge bénéficiaire d'exploitation.

L'inspecteur des impôts conclut qu'il n'y a aucune raison de remettre en question la substance (par exemple, par la non-reconnaissance) ou le prix de pleine concurrence des accords de financement pris isolément. Toutefois, le financement met en évidence un aspect de comparabilité, puisque les circonstances de la société A avaient changé lorsqu'elle a prolongé ses modalités de crédit.

Ce qu'il faut examiner, c'est si la comparaison au moyen de la méthode TNMM tient compte de manière appropriée de toutes les circonstances économiquement significatives. En particulier, il a semblé approprié d'apporter des ajustements au fonds de roulement pour améliorer la comparabilité, conformément aux orientations du paragraphe 3.5.3.7 et les suivants. Ces ajustements ont été apportés par l'inspecteur des impôts pour tenir compte du fonds de roulement (plus élevé) de la société A par rapport aux sociétés comparables, ce qui a effectivement augmenté les bénéfices d'exploitation de pleine concurrence pour tenir compte des modalités de crédit plus généreuses du prêt (et les paiements d'intérêts associés).

9.12.3.3 Exemple 11 : Interaction entre les prêts intragroupes et d'autres transactions intragroupes

Les faits sont identiques à ceux de l'exemple 10, sauf que l'inspecteur des impôts n'est pas en mesure d'apporter des ajustements au fonds de roulement de manière fiable, car les variations du fonds de roulement de la société A dues aux pics saisonniers des ventes se produisent au deuxième et au troisième trimestre, de sorte qu'ils ne sont pas reflétés dans les bilans de fin d'année. Par conséquent, la fiabilité de la méthode TNMM pourrait être améliorée en comparant les bénéfices avant impôt plutôt que les bénéfices d'exploitation, puisque la société A et les sociétés comparables sont censées maximiser leurs bénéfices par le biais de leurs décisions commerciales collectives concernant les mesures d'incitation, les modalités de crédit et les coûts de financement, qui ne sont pas toutes reflétées dans les bénéfices d'exploitation.

Il est important de noter que la fiabilité de cette approche peut être réduite dans la mesure où le prêt n'est pas uniquement utilisé pour financer le fonds de roulement. Toutefois, la détermination de l'objectif du prêt peut contribuer à améliorer la fiabilité des comparaisons dans le cadre de la méthode TNMM. Par exemple, un prêt qui est utilisé pour acquérir des actifs fixes peut faire ressortir des fonctions supplémentaires qui altèrent la fiabilité d'une analyse comparative. Un prêt utilisé à cette fin peut également faire ressortir des changements dans l'intensité d'utilisation de l'actif. Des ratios de diagnostic peuvent être appliqués pour retenir les comparables présentant une intensité d'utilisation de l'actif similaire afin d'améliorer la fiabilité conformément aux orientations du paragraphe 3.5.2.34.

9.13 Application du principe de pleine concurrence aux garanties financières intragroupes

9.13.1 Différents types de garanties financières intragroupes et caractéristiques pertinentes à prendre en compte

9.13.1.1 Dans le cadre d'une garantie financière intragroupe, une partie liée (le garant) accepte d'assumer les obligations financières (à l'égard de l'instrument garanti) d'une partie liée (l'entité bénéficiant de la garantie) vis-à-vis d'un prêteur au cas où cette entité manquerait à ses obligations envers ce prêteur. Par conséquent, l'exposition au risque du prêteur est généralement réduite. L'entité bénéficiant de la garantie peut être en mesure d'obtenir, au moyen d'une garantie financière intragroupe, des modalités plus avantageuses (comme un taux d'intérêt inférieur) de la part du prêteur. Cependant, il faut déterminer si le garant fournira la garantie et assumera le risque de crédit lié à l'instrument garanti en échange d'un paiement, c'est-à-dire une commission de garantie, et dans l'affirmative, le montant de pleine concurrence de ce paiement. Parfois, aucune commission de garantie ne sera appliquée dans des conditions de pleine concurrence. Pour déterminer la rémunération de pleine concurrence associée à une garantie financière (le cas échéant), il convient de prendre en compte les modalités pertinentes de la garantie, ainsi que le comportement des parties.

9.13.1.2 Bien que la notion de garantie financière puisse sembler relativement simple, elle mérite d'être examinée de plus près. Certaines garanties financières peuvent être structurées ou fonctionner de manière extrêmement complexe. Pour déterminer la rémunération de pleine concurrence associée à une garantie financière, il faut examiner la situation avec beaucoup d'attention et procéder à une délimitation précise. Dans la pratique, il existe de nombreux types différents de garanties financières intragroupes, par exemple :

- Garanties de crédit explicites : un engagement juridiquement contraignant de la part, dans la plupart des cas, d'une société mère au profit d'une société membre d'une EMN, qui stipule que la première paiera à l'entité de financement tierce le montant impayé au cas où la seconde ne pourrait pas remplir ses obligations. Trois types de garanties explicites sont couramment utilisés :
 - Garanties en aval : une société mère émet une garantie à l'intention de créanciers externes au profit de l'une de ses filiales lorsque cette dernière conclue des contrats avec des créanciers externes (généralement utilisées dans les structures commerciales décentralisées ou lorsque l'emplacement de la filiale est plus intéressant pour obtenir un financement externe);
 - Garanties en amont : une société du groupe émet une garantie à l'intention de créanciers externes au profit de sa société mère

lorsque cette dernière conclue des contrats avec des créanciers externes (généralement utilisées lorsque le financement externe est obtenu au niveau de la société mère ou de la société de portefeuille ou lorsque la société mère exerce des fonctions de trésorerie centralisée);

- Garanties croisées : Plusieurs sociétés du groupe émettent des garanties à l'intention de créanciers externes les unes au profit des autres, de sorte qu'elles peuvent toutes être considérées comme un seul et même débiteur légal (généralement utilisées dans le cadre de la gestion de trésorerie centralisée).

9.13.1.3 On peut également mentionner les lettres de confort/lettres d'intention⁸¹ et les garanties de soutien financier d'une filiale (*keep-well agreements*)⁸², mais celles-ci ne transfèrent généralement pas le risque et ne sont généralement pas considérées comme des garanties financières nécessitant un paiement de pleine concurrence.

9.13.1.4 Le concept de « soutien implicite » pose un problème particulier pour les garanties financières intragroupes. Un prêteur peut être disposé à accepter les modalités du prêt qu'il octroie à un emprunteur en supposant que la société mère de l'emprunteur interviendra et assumera les obligations de ce dernier s'il ne respecte pas ses obligations, sans obtenir de la société mère une confirmation juridiquement contraignante à cet effet. Dans un tel cas, le prêteur suppose simplement qu'il est possible que la société mère assume les obligations de l'emprunteur. Le soutien implicite n'implique aucune prise en charge explicite du risque par la société mère réputée être le « garant » et aucun droit explicite pour le prêteur de réclamer de la société mère la prise en charge des obligations de l'emprunteur en cas de défaut de ce dernier. En tant que tel, le soutien implicite ne constitue pas une garantie financière. Voir également la section 9.13.2.10.

9.13.1.5 Une question importante dans l'examen d'une garantie financière est la mesure dans laquelle il y a un soutien implicite, puisque le soutien implicite a généralement pour résultat de réduire le coût du financement pour l'emprunteur. Si ni le prêteur ni l'emprunteur n'est en droit de contraindre la société

⁸¹ Il s'agit notamment d'une promesse (généralement non juridiquement contraignante) fournie, dans la plupart des cas, par une société mère à une société membre de l'EMN, qui stipule que la première surveillera les affaires de la seconde afin qu'elles soient conformes aux stratégies et règles du groupe, et s'abstiendra de prendre des mesures défavorables qui compromettraient la stabilité financière d'une autre société du groupe.

⁸² Il s'agit notamment d'une déclaration fournie, dans la plupart des cas, par la société mère à une société membre de l'EMN, qui stipule que la première fournira à la seconde des capitaux supplémentaires pour prévenir son risque de défaut.

mère à assumer les obligations de l'emprunteur, on peut s'attendre à ce qu'un emprunteur indépendant ne soit pas disposé à payer une commission de garantie (autrement dit, le prix de pleine concurrence serait nul). Néanmoins, du simple fait de son appartenance à l'EMN, l'emprunteur peut être en mesure d'obtenir des modalités de financement plus favorables que celles qu'il obtiendrait s'il était autonome. Cela étant parce que le risque pour le prêteur est perçu comme étant moindre que si l'emprunteur était véritablement une entité autonome.

9.13.2 Détermination du caractère de pleine concurrence des garanties financières intragroupes

9.13.2.1 Pour déterminer le caractère de pleine concurrence d'une garantie financière explicite (la commission), les caractéristiques économiquement pertinentes (ou facteurs de comparabilité) suivantes doivent être prises en compte :

- Les dispositions contractuelles de la garantie financière (y compris les modalités de l'instrument garanti), telles qu'étayées par le comportement des parties;
- Le profil de risque de l'emprunteur, après prise en compte de l'impact de tout soutien implicite, en considérant les fonctions exercées et les actifs utilisés ou apportés (toute notation de crédit externe disponible de l'emprunteur ou de l'instrument garanti et/ou des informations sur la probabilité de défaut de l'emprunteur peuvent être pertinentes à cet égard);
- Le profil de risque et la capacité financière du garant;
- Les caractéristiques de la garantie financière (y compris les bénéfices attribuables à la garantie financière, le cas échéant);
- Les circonstances économiques du garant et de l'entité bénéficiant de la garantie et du ou des marchés au sein desquels ils exercent leurs activités; et
- Les stratégies d'entreprise adoptées par le garant et l'entité bénéficiant de la garantie.

9.13.2.2 Les modalités de la garantie financière ainsi que le comportement des parties doivent être pris en compte pour délimiter avec précision la transaction réalisée.

9.13.2.3 Il faudra évaluer la raison sous-jacente de la garantie financière et vérifier si cette dernière a donné lieu à la création d'un bénéfice. En règle générale, cette étape comprendra une analyse de la forme de la garantie financière,

de son objectif, de la volonté du garant d'apporter son soutien à l'entité bénéficiant de la garantie et de toute demande de la part du prêteur à l'appui de la garantie financière, afin de déterminer clairement quelles obligations de l'emprunteur (le cas échéant) sont transférées au garant et à quelles conditions.

9.13.2.4 Une garantie financière intragroupe aura une valeur commerciale et nécessitera donc une commission de pleine concurrence si :

- Les obligations de l'emprunteur ont été transférées au garant dans les circonstances définies par la garantie financière;
- L'entité/emprunteur bénéficiant de la garantie obtient un meilleur prix (inférieur) pour le prêt intragroupe en raison de la garantie financière intragroupe; et
- Une partie indépendante serait prête à payer pour la garantie dans des circonstances comparables.

9.13.2.5 En revanche, une commission au titre d'une garantie financière intragroupe est susceptible d'être rejetée dans la mesure où :

- L'entité bénéficiant de la garantie est perçue comme disposant d'une meilleure solvabilité uniquement en raison de son appartenance au groupe (le soi-disant « soutien implicite »), c'est-à-dire que la garantie financière n'améliore pas la solvabilité de l'emprunteur au-delà des avantages qu'il obtient déjà par le biais du soutien implicite;
- Le débiteur n'a pas de capacité d'endettement ni de statut de crédit et, par conséquent, il ne pourrait pas accéder au marché des capitaux sans la garantie financière. En d'autres termes, un tiers n'accorderait jamais de prêt à ce débiteur en l'absence de la garantie, par exemple en raison de sa capacité d'endettement insuffisante. Dans des situations comme celle-ci, une délimitation précise de la transaction risque de porter à conclure que la garantie fournie par la société mère est une fonction exercée dans son propre intérêt et que la société mère, en fournissant la garantie, est essentiellement et en substance l'emprunteur⁸³;
- La garantie financière a été réclamée par le créancier dans le seul but de s'assurer que la société mère ne détourne pas les fonds de l'emprunteur, c'est-à-dire que le risque est d'ordre moral (bien que dans cette situation, l'emprunteur puisse en tirer un certain

⁸³ Par exemple, la délimitation précise de la transaction pourrait laisser entendre que la transaction n'est pas du tout un accord de garantie, mais que le prétendu garant est en fait l'emprunteur direct.

avantage dans la mesure où il obtient une meilleure notation de crédit).

9.13.2.6 L'étape suivante de l'analyse des prix de transfert consiste à sélectionner et à appliquer la méthode de prix de transfert la plus appropriée. La commission de garantie constitue la forme de rémunération la plus courante pour une garantie financière intragroupe. La commission de garantie de pleine concurrence peut être déterminée par référence aux commissions de garantie convenues ou envisagées par des entités non liées dans le cadre de transactions similaires et dans des circonstances similaires. Les facteurs suivants peuvent être pertinents pour la détermination d'une commission de garantie de pleine concurrence : la probabilité de défaut du débiteur; le montant garanti; le coût du capital du garant (puisque'il peut avoir besoin de mettre de côté un montant à titre d'imprévu en cas de défaut du débiteur); et le bénéfice (le cas échéant) pour l'emprunteur résultant de la garantie, après prise en compte de l'impact de tout soutien implicite. Voir le paragraphe 9.13.2.10.

9.13.2.7 La méthode CUP peut être appropriée si des transactions comparables sur le marché libre dans des circonstances comparables peuvent être identifiées. La méthode CUP peut être appliquée de la manière suivante :

- CUP interne : application basée sur les commissions de garantie associées à des transactions similaires dans des circonstances similaires entre une des entreprises associées et une entité non liée;
- CUP externe : application plus théorique, car les comparables externes sont très difficiles à obtenir. S'ils existent, ils offriront des informations sur les commissions de garantie associées à des transactions similaires conclues dans des circonstances similaires entre des entités non liées.

9.13.2.8 Les informations suivantes peuvent être utiles pour appliquer la méthode CUP : les informations relatives aux garanties financières entre tierces parties (si elles sont disponibles), les acceptations bancaires, les commissions relatives aux contrats d'échange sur risque de défaillance, les commissions versées pour les lettres de crédit, les commissions d'engagement, divers types d'assurance et les options de vente. Il peut être nécessaire d'envisager des ajustements de comparabilité lorsque des différences significatives existent entre la transaction testée et les comparables potentiels en ce qui a trait aux caractéristiques économiquement pertinentes.

9.13.2.9 D'autres approches sont plus couramment utilisées pour déterminer la commission de garantie de pleine concurrence, dont celles que voici :

- Approche du rendement. Cette approche est axée sur le bénéfice de

l'entité bénéficiant de la garantie. L'approche du rendement tente d'estimer les économies potentielles de taux d'intérêt réalisées par l'emprunteur grâce à la garantie explicite. Elle pourrait donc être utilisée pour déterminer la commission de garantie maximale qu'un emprunteur serait disposé à payer. Elle calcule l'écart entre le taux d'intérêt qui aurait été payable par l'emprunteur sans la garantie et le taux d'intérêt effectivement payable. Pour déterminer le premier élément, les coûts d'intérêt sont calculés pour l'emprunteur comme s'il devait contracter le prêt sans la garantie explicite (mais en bénéficiant d'un soutien implicite). On peut se reporter à la section 9.7.2 à cet égard. Ce taux est comparé au taux d'intérêt réel du prêt, c'est-à-dire qui tient compte du bénéfice attribuable à la garantie explicite. La différence des économies de taux d'intérêt est partagée entre le garant et l'emprunteur. Il convient de noter que la commission de garantie ne peut pas représenter 100 % de cette différence, car sinon l'emprunteur n'obtiendrait aucun avantage net et ne serait donc pas incité à réclamer la garantie. L'approche du rendement a été communément acceptée par diverses autorités fiscales et instances judiciaires;

- Approches fondées sur les coûts. Ces approches sont axées sur le coût de la garantie pour le garant. Elles pourraient donc être utilisées pour déterminer la commission de garantie minimale qu'un garant serait disposé à accepter. Les approches fondées sur les coûts quantifient le risque supplémentaire assumé par le garant ou la valeur de la perte attendue risquant d'être subie par le garant en fournissant la garantie. Ce ou ces risques peuvent être déterminés au moyen de l'une des méthodes suivantes :
 - En considérant la probabilité de défaut de l'entité bénéficiaire de la garantie ainsi que le taux de recouvrement attendu en cas de défaut;
 - En considérant le capital nécessaire pour supporter les risques supplémentaires assumés par le garant en fournissant la garantie. Ces sommes peuvent être approximées, à condition d'y prêter un soin particulier, en exploitant les moyens suivants : (i) un modèle de contrat d'échange sur risque de défaillance – la valeur de la garantie est déterminée indirectement, par approximation de la commission associée à un contrat d'échange sur risque de défaillance; (ii) une option de vente conditionnelle – la valeur du prix que paierait l'entité bénéficiaire de la garantie pour le droit hypothétique de vendre l'instrument garanti au garant à un prix spécifié (c'est-à-dire, la valeur nominale) et

dans certaines circonstances (c'est-à-dire, lors d'un événement de crédit) ou, en d'autres termes, une option de vente sur l'instrument garanti; (iii) une analyse du coût du capital – le coût des fonds propres supplémentaires hypothétiquement requis par l'entité bénéficiaire de la garantie pour atteindre le même niveau de solvabilité que celle offerte par la garantie en place; (iv) la prise en compte des primes d'assurance associées à la garantie financière.

- Il convient de noter que, pour déterminer une commission ou un intervalle de commissions de pleine concurrence, l'application de plus d'une approche n'est pas obligatoire.

9.13.2.10 Exemple 12 : Garantie financière et soutien implicite

ACo, située dans le pays A, est la société de portefeuille d'une EMN. ACo a besoin de ressources financières pour les activités du groupe auprès d'investisseurs externes. À ces fins, ACo crée une structure ad hoc (sans contrôle des risques), BCo, dans le pays B, dont la fonction exclusive est l'émission d'obligations, de titres et d'autres instruments financiers sur le marché pour le compte du groupe. Le groupe adopte une procédure commune consistant à utiliser BCo comme une simple entité financière intermédiaire pour obtenir des fonds sur le marché des capitaux. Cette procédure, en matière de processus, comporte certaines exigences légales et contractuelles standard, y compris une garantie formelle de la part de ACo au titre des obligations ou des titres émis.

Le marché est pleinement conscient, par le biais du prospectus et d'autres documents pertinents, que BCo émet des obligations ou des titres au nom du groupe et, par conséquent, considère BCo comme ayant la même solvabilité que ACo. Dans ce cas, l'effet du soutien implicite sur BCo est tel que l'ajout d'une garantie explicite par ACo au titre des obligations ou des titres n'apporte aucun avantage supplémentaire à BCo et, à ce titre, aucune commission de garantie ne doit être payée.

Il est approprié de rémunérer BCo pour son rôle dans l'émission des obligations ou des titres au nom du groupe au moyen de frais de service.

9.13.2.11 Exemple 13 : La méthode du prix comparable sur le marché libre (CUP) interne pour les garanties financières intragroupes⁸⁴

ACo, située dans le pays X, est une entreprise associée de BCo, située dans le pays Y. BCo demande à une tierce partie de lui accorder un prêt. ACo fournit une garantie financière intragroupe pour ce prêt.

BCo se voit également accorder une garantie sur un prêt différent (ayant les mêmes caractéristiques que le prêt consenti par la tierce partie et garanti par ACo) par une compagnie d'assurance tierce, aux mêmes conditions que celles convenues avec ACo. En supposant que la garantie financière intragroupe soit comparable à celle que fournit la compagnie d'assurance tierce (c'est-à-dire en considérant toutes les caractéristiques économiquement pertinentes), ACo et BCo pourraient utiliser la prime exigée de BCo par la compagnie d'assurance tierce pour déterminer la commission de garantie (intragroupe) de pleine concurrence.

9.13.2.12 Exemple 14 : La méthode du prix comparable sur le marché libre (CUP) externe pour les garanties financières intragroupes

ACo, située dans le pays X, est une entreprise associée de BCo, située dans le pays Y. BCo demande à une tierce partie de lui accorder un prêt. ACo fournit une garantie financière intragroupe pour ce prêt.

On dispose d'informations publiques sur les modalités des garanties financières comparables conclues entre tiers (c'est-à-dire en considérant toutes les caractéristiques économiquement pertinentes)⁸⁵.

ACo et BCo pourraient utiliser les commissions appliquées dans le cas des garanties financières comparables sur le marché libre pour déterminer la commission de garantie (intragroupe) de pleine concurrence.

⁸⁴ Les exemples 13 et 14 partent de l'hypothèse que, sur la base de la délimitation précise de la transaction réelle, les contrats intragroupes sont conformes au comportement des parties. Par conséquent, les exemples portent sur la question de la fixation du prix de l'accord intragroupe.

⁸⁵ Toutefois, ce type d'information n'est pas toujours disponible.

9.13.2.13 Exemple 15 : L'approche du rendement pour les garanties financières intragroupe⁸⁶

ACo, située dans le pays X, est une entreprise associée de BCo, située dans le pays Y. BCo demande un prêt sur 5 ans à un prêteur tiers. ACo fournit une garantie financière intragroupe pour ce prêt. Le prêteur tiers accorde le prêt à BCo à un taux d'intérêt de 2 %.

La cote de crédit d'ACo est A, tandis que celle de BCo (après prise en compte de l'effet du soutien implicite) est BBB.

Sur la base des informations disponibles auprès de sources publiques, un prêt comparable sur le marché libre (c'est-à-dire en tenant compte de toutes les caractéristiques économiquement pertinentes, à l'exception de la garantie financière intragroupe) aurait un taux d'intérêt de 3,25 %.

Selon l'approche du rendement, l'avantage en matière d'intérêts obtenu par BCo grâce à la garantie (c'est-à-dire son effet sur la réduction du coût de financement) s'élève à 1,25 % (soit 3,2 % - 2 %). Par conséquent, la commission de garantie (intragroupe) de pleine concurrence maximale pourrait être de 1,25 %. Toutefois, ce montant pourrait être réduit en considérant comment cet avantage devrait être partagé entre ACo et BCo⁸⁷. Les résultats de l'application d'une approche fondée sur les coûts (voir l'exemple 16) pourraient être utilisés pour déterminer cette répartition entre ACo et BCo. Il faut souligner cependant qu'il n'est pas nécessaire d'appliquer à la fois l'approche du rendement et l'approche fondée sur les coûts pour déterminer une commission de garantie de pleine concurrence.

⁸⁶ Les exemples 15 et 16 partent de l'hypothèse que, sur la base de la délimitation précise de la transaction réelle, les contrats intragroupes sont conformes au comportement des parties. Par conséquent, les exemples portent sur la question de la fixation du prix du contrat intragroupe.

⁸⁷ Une approche pragmatique serait de répartir cet avantage à parts égales entre ACo et BCo.

9.13.2.14 Exemple 16 : La méthode fondée sur les coûts pour les garanties financières intragroupes

Les faits sont les mêmes que dans l'exemple 15.

Le taux de probabilité de défaut⁸⁸ de BCo sur 5 ans est de 1,44 % et son taux de recouvrement attendu⁸⁹ (compte tenu de ses actifs immobilisés et de ses titres) est de 40 %.

L'approche fondée sur les coûts quantifie le risque supplémentaire supporté par le garant ACo en estimant la valeur de la perte attendue que ACo pourrait subir du fait de l'exercice de la garantie, en cas de défaut de BCo (perte attendue en cas de défaut de BCo). Le coût attendu de l'exercice de cette garantie est de 0,86 % (calculé comme suit : $1,44 \% \times (1 - 40 \%)$).

Par conséquent, la commission de garantie de pleine concurrence minimale pourrait être de 0,86 %. Cependant, ce montant pourrait être augmenté en considérant comment l'avantage apporté par la garantie devrait être partagé entre ACo et BCo⁹⁰. Les résultats de l'application de l'approche du rendement (voir l'exemple 15) pourraient être utilisés pour déterminer cette répartition entre ACo et BCo. Il faut souligner cependant qu'il n'est pas nécessaire d'appliquer à la fois l'approche du rendement et l'approche fondée sur les coûts pour déterminer une commission de garantie de pleine concurrence.

⁸⁸ La probabilité de défaut de paiement est un terme financier qui décrit la probabilité d'un défaut sur une période donnée. Elle fournit une estimation de la probabilité qu'un emprunteur ne soit pas en mesure d'honorer ses obligations en matière de dette au cours de cette période.

⁸⁹ Le taux de recouvrement est la mesure dans laquelle le principal et les intérêts courus sur la dette défaillante peuvent être recouvrés, exprimé en pourcentage de la valeur nominale.

⁹⁰ Une approche pragmatique serait de répartir cet avantage à parts égales entre ACo et BCo.

Part C

CONCEPTION DE LA LÉGISLATION RELATIVE AUX PRIX DE TRANSFERT ET MISE EN ŒUVRE PRATIQUE D'UN RÉGIME DE PRIX DE TRANSFERT

10 Environnement juridique général pour l'établissement et la mise à jour des régimes de prix de transfert

10.1 Introduction

10.1.1 Évolution historique des règles relatives aux prix de transfert

10.1.1.1 Les règles relatives aux prix de transfert ont été introduites dans la législation nationale du Royaume-Uni en 1915 et dans celle des États-Unis en 1917. Toutefois, les prix de transfert n'ont pas constitué un sujet de grande préoccupation jusqu'à la fin des années 1960, donc avant que le volume des transactions commerciales internationales ne s'accroisse considérablement. Par le passé, l'élaboration et la mise en œuvre de la législation en matière de prix de transfert ont été le fait des pays développés. Toutefois, depuis quelques années, en raison de la croissance et de la complexité des « transferts » internationaux au sein des EMN, tant les pays développés que les pays en développement adoptent une législation en la matière.

10.1.1.2 Les législations nationales en matière de prix de transfert montrent une certaine harmonisation des principes de base à l'échelle mondiale, conformément à la norme de pleine concurrence, même si l'application n'est pas identique dans tous les pays. L'introduction des règles relatives aux prix de transfert s'est faite dans différents cadres législatifs, et dans le contexte du droit souverain des pays sur le plan de la fiscalité. Les raisons pour lesquelles on constate une plus grande cohérence dans l'approche sont les suivantes :

- Les avantages que présentent les approches similaires d'un pays à l'autre pour éviter la double imposition ou la double non-imposition;
- L'acceptation générale du principe de pleine concurrence comme la meilleure solution actuelle pour le traitement des questions de prix de transfert;

- L'adoption par de nombreux pays des dispositions de l'article 9 des modèles de convention des Nations Unies ou de l'OCDE dans leurs conventions fiscales bilatérales, de sorte qu'ils se sont déjà engagés à respecter les principes fondamentaux qui y sont énoncés.

10.1.1.3 Avec l'augmentation des controverses concernant les ajustements apportés par les autorités fiscales aux prix de transfert entre entités liées, les contribuables recherchent de plus en plus des mécanismes pratiques de règlement des différends pour éviter la double imposition. Par conséquent, la procédure amiable, telle qu'elle est définie dans les conventions bilatérales⁹¹, est en voie de devenir un mécanisme plus efficace grâce à des règlements nationaux supplémentaires, ainsi qu'au développement de la pratique en matière de sa gestion.

10.1.1.4 De nombreux pays ont intégré les accords préalables en matière de prix de transfert (APP) dans leurs procédures juridiques et/ou administratives comme mécanisme bilatéral de prévention/règlement des différends pour éviter la double imposition. D'autres pays ont introduit une procédure d'arbitrage pour garantir le règlement d'un différend. Les avantages et les inconvénients de ces approches sont traités au chapitre 15; toutefois, leur application sera déterminée par les mécanismes législatifs de chaque pays, et se fera donc de diverses manières.

10.1.2 Principales considérations dans la conception d'un régime de prix de transfert

10.1.2.1 Le présent chapitre examine l'environnement juridique de la législation relative aux prix de transfert dans un contexte mondial et cherche à identifier les principaux problèmes pratiques du point de vue des pays en développement. Il convient de souligner qu'il n'existe pas de « modèle » ou de législation type qui fonctionne dans toutes les situations. La législation relative aux prix de transfert doit être adaptée aux besoins d'un pays particulier. Cela signifie que lorsque l'on étudie la législation d'un autre pays pour s'en inspirer, il convient d'examiner de près les raisons pour lesquelles elle a fonctionné (ou non) dans son contexte original. Il faut aussi analyser soigneusement la facilité d'administration pratique et la lourdeur de la conformité aux règles de tout modèle envisagé. Tous ces aspects et « l'environnement » de la législation doivent être comparés à ceux du pays qui introduit des règles relatives aux prix de transfert. Cette analyse aidera à déterminer les notions ou concepts, le cas échéant, pour lesquels les dispositions sont pertinentes et adéquates, et comment celles-ci pourraient fonctionner efficacement dans les conditions d'un pays particulier.

⁹¹ Fondée sur l'article 25 des modèles de convention des Nations Unies et de l'OCDE.

10.1.2.2 Les rédacteurs de textes législatifs en matière de prix de transfert doivent tenir compte des réalisations du projet BEPS, notamment en ce qui concerne les actions 8, 9, 10 et 13 (8 – actifs incorporels; 9 – risques et capitaux; 10 – autres transactions à haut risque; et 13 – documentation des prix de transfert et déclarations pays par pays⁹²). Ces aspects devraient permettre une approche juridique plus harmonisée dans l'après-BEPS.

10.1.2.3 Le présent chapitre traite également de la mise en œuvre pratique des règles relatives aux prix de transfert dans un pays donné. À cet égard, des conseils sont fournis relativement à :

- La façon dont les aspects et les éléments de fond de la conception législative peuvent être appliqués dans un régime national de prix de transfert au moyen de lois (substantielles) et de règlements subsidiaires;
- La manière dont les régimes nationaux de prix de transfert s'articulent avec les autres lois fiscales nationales;
- La position des règles de prix de transfert dans le cadre global des règles fiscales internationales au sein d'un régime national particulier;
- La façon de tenir à jour un régime de prix de transfert récemment mis en œuvre.

10.1.2.4 Les autres chapitres de la partie C traitent de manière plus approfondie d'aspects précis de la mise en œuvre et de l'administration. Le chapitre 11 présente des observations importantes concernant l'établissement d'une capacité en matière de prix de transfert dans les pays en développement. Le chapitre 12 porte sur les obligations de documentation qui sont au cœur d'un régime de prix de transfert, les questions de transparence et l'échange d'informations, dans un environnement commercial de plus en plus complexe. Le chapitre 13 fournit un cadre utile pour l'évaluation des risques en matière de prix de transfert, et le chapitre 14 traite des vérifications de prix de transfert et fournit des conseils sur les méthodes de gestion des programmes de vérification. Le chapitre 15 donne un aperçu des méthodes et des techniques de règlement des différends, et explique notamment la manière d'accéder aux systèmes de règlement des différends. La partie C vise donc à fournir un ensemble d'approches grâce auxquelles une administration fiscale d'un pays en développement peut mettre en place et maintenir un régime de prix de transfert conforme aux normes internationales.

⁹²Les rapports peuvent être consultés à l'adresse : <http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions.htm>.

10.1.3 Législation nationale relative aux prix de transfert : aperçu structurel

10.1.3.1 Comme nous l'avons déjà mentionné au chapitre 2, le concept de « prix de transfert » est essentiellement neutre. Toutefois, cette expression est souvent utilisée de manière incorrecte et péjorative pour désigner le transfert artificiel de revenus imposables d'une société membre d'une EMN à une autre société membre de la même EMN, dans un autre pays, au moyen de prix de transfert incorrects. L'objectif d'une telle pratique est de réduire la charge fiscale globale du groupe. Dans ce cas, le problème réside dans le fait que le prix de transfert n'est pas conforme au principe de pleine concurrence. Dans le présent Manuel, l'expression « prix de transfert erroné » est utilisée pour désigner les situations où le prix de transfert établi ne respecte pas le principe de pleine concurrence. Voir le paragraphe 2.1.1.6.

10.1.3.2 De nombreux pays ont établi des règles fiscales nationales précises afin d'empêcher une éventuelle érosion de la base d'imposition par une mauvaise évaluation des transactions entre parties liées. Comme on l'a fait remarquer plus haut, les mesures législatives exigent presque invariablement que les transactions intragroupes soient évaluées conformément au principe de pleine concurrence. Celui-ci est généralement accepté comme principe directeur pour la répartition des revenus non seulement entre les entités liées (sociétés membres d'une EMN) mais aussi entre les unités transfrontalières d'une même entité. En vertu du principe de pleine concurrence, il est généralement nécessaire de faire une analyse de comparabilité des transactions entre tierces parties. Toutefois, certains pays ont adopté une méthode d'imposition par présomption (abordée à la section 10.1.9) pour les situations où le contribuable ne fournit pas à l'autorité fiscale les renseignements requis pour permettre une détermination adéquate d'un prix de pleine concurrence dans des circonstances particulières. L'imposition par présomption est généralement susceptible d'être contestée par le contribuable, qui peut présenter des contre-preuves démontrant que les résultats de la transaction sont conformes au principe de pleine concurrence.

10.1.3.3 Une autre façon d'aborder la répartition des bénéfices en matière de prix de transfert est ce qu'on appelle la répartition globale selon une formule préétablie. Toutefois, un tel système ne peut fonctionner à l'échelle mondiale, d'une manière qui évite totalement la double imposition, sans un accord mondial préalable sur une formule uniforme appropriée, ce qui n'existe pas encore. Le présent Manuel traite des règles relatives aux prix de transfert fondées sur le principe de pleine concurrence. Pratiquement tous les pays en développement acceptent ce principe dans le cadre de leurs conventions fiscales bilatérales et l'ont adopté comme base de leur législation nationale

en matière de prix de transfert. Ce Manuel ne traite pas des avantages et des inconvénients, à long terme, des autres moyens possibles de fixer les prix de transfert, dont la répartition globale selon une formule préétablie.

10.1.4 Principales considérations dans la conception d'un régime de prix de transfert

10.1.4.1 Certains pays ont officiellement reconnu les orientations fournies dans le présent Manuel dans leur droit interne. Même lorsque ce n'est pas le cas, celles-ci peuvent constituer des références utiles pour l'application de la législation nationale, à moins qu'il n'y ait une incohérence entre les orientations présentées ici et les exigences de la loi.

10.1.4.2 Un exemple de mesures législatives d'un pays qui reconnaissent les orientations du Manuel est le Règlement sur les prix de transfert de 2018 de la Tanzanie, qui prévoit que son interprétation doit être conforme au principe de pleine concurrence énoncé à l'article 9 du Modèle de convention des Nations Unies et aux orientations du présent Manuel. Il prévoit également son interprétation conformément à l'article 9 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE et aux *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert*.

10.1.4.3 Un autre exemple est celui du Zimbabwe qui a adopté, en 2016, une loi sur les prix de transfert qui reconnaît officiellement le Manuel et les Principes de l'OCDE comme documents d'orientation.

10.1.4.4 On peut constater deux grandes approches différentes dans les législations nationales relatives aux prix de transfert. Toutes deux visent l'application du principe de pleine concurrence aux transactions contrôlées.

10.1.4.5 La première approche législative possible autorise simplement l'administration fiscale à distribuer, répartir ou affecter le bénéfice brut, les déductions, les crédits, et ainsi de suite quand elle détermine qu'une telle distribution, répartition ou affectation est nécessaire pour empêcher l'évitement fiscal ou refléter clairement le revenu de toute organisation, commerce ou entreprise⁹³. Dans ce système, aucune référence n'est faite à l'obligation de conformité du contribuable dans la détermination du prix de pleine concurrence, alors que le principe de pleine concurrence peut être stipulé soit dans la législation primaire, soit dans la législation secondaire ou dans les règlements d'application des lois primaires.

⁹³ Par exemple, *US Internal Revenue Code* (Code des impôts américains) §482.

10.1.4.6 Selon la deuxième approche législative, en fonction d'un système d'autocotisation, toute transaction avec une société affiliée à l'étranger est évaluée pour des fins fiscales comme si elle avait été réalisée dans des conditions de pleine concurrence⁹⁴. En d'autres termes, une transaction qui n'est pas conforme au principe de pleine concurrence est reconstruite comme une transaction conforme au principe de pleine concurrence pour le calcul du revenu imposable et l'imposition de ce revenu. Cette approche législative oblige en fait les contribuables à tenir leur comptabilité fiscale initiale selon le principe de pleine concurrence.

10.1.4.7 Le choix d'un pays entre ces deux approches dépend des principes de base du droit fiscal interne. Ceux-ci englobent notamment des aspects tels que la forme de toute mesure législative anti évitement applicable, les délais d'application de la législation et l'attribution de la charge de la preuve. Cependant, le choix des styles de législation nationale n'a généralement jamais eu d'effet notable sur la procédure juridique de mise en œuvre du principe de pleine concurrence. La manière dont les méthodes de pleine concurrence sont définies dans la législation de chaque pays diffère dans une certaine mesure, comme on l'explique ci-dessous.

10.1.4.8 Selon le système juridique du pays concerné, les lois fiscales peuvent établir de manière très détaillée des éléments tels que la définition des parties liées, les méthodes de fixation des prix de transfert, la documentation, les sanctions et les procédures d'accords préalables en matière de prix de transfert (APP). Certains pays peuvent se contenter de déterminer la structure fondamentale de la répartition de la base d'imposition entre les parties liées selon le principe de pleine concurrence. Dans ce dernier cas, des orientations pratiques détaillées seront normalement présentées dans des documents juridiques subordonnés, tels que des règlements, des règles administratives et des circulaires. Même si ces questions sont définies de manière très détaillée dans le droit fiscal primaire, il est nécessaire de fournir des orientations opérationnelles claires. Les administrations fiscales doivent examiner le niveau d'orientation offert dans leur pays et déterminer si des détails supplémentaires sont nécessaires.

10.1.4.9 Le risque de double imposition reste important même lorsque deux pays ont adopté la même approche du principe de pleine concurrence. Par exemple, une double imposition peut se produire lorsque les orientations particulières sur la mise en œuvre du principe de pleine concurrence sont différentes d'un pays à l'autre, et que les pays ne remédient pas à cette lacune par une entente spécifique ou une directive interprétative. Les paragraphes suivants montrent des différences significatives possibles dans le droit interne

⁹⁴ Par exemple, loi japonaise sur les mesures fiscales spéciales §66-4(1).

qui peuvent entraîner des différences majeures dans la façon dont les pays interprètent ou appliquent le principe de pleine concurrence.

10.1.5 Entreprises associées

10.1.5.1 La définition des personnes (sociétés, fiducies, individus et autres entités) et donc des transactions visées par la législation sur les prix de transfert est une question clé puisque le principe de pleine concurrence s'applique aux transactions entre parties liées. L'article 9 des modèles de convention des Nations Unies et de l'OCDE considère que des entreprises sont « associées » (c'est-à-dire des « parties liées ») si l'une d'elles remplit les conditions de l'article 9, alinéa 1 a) ou 1 b) par rapport à l'autre entreprise. Ces alinéas portent sur les relations « mère-filiale » et les relations entre sociétés sœurs.

10.1.5.2 L'obligation en matière de contrôle dans chaque alinéa est satisfaite lorsqu'une entité « participe directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une [autre] entreprise ». Il n'existe pas d'orientation commune précise à ce sujet, que ce soit dans les Commentaires sur l'article 9 des modèles des Nations Unies et de l'OCDE ou dans les *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert*. Cela s'explique principalement par le fait que les questions de prix de transfert ne sont pertinentes que si des conditions particulières ont été établies ou imposées entre deux parties. Donc, le degré de contrôle requis pour déclencher l'application de la législation en matière de prix de transfert a en fait été laissé à la discrétion des législations nationales.

10.1.5.3 Certains pays appliquent un seuil d'actionnariat de 50 % comme degré de participation requis pour le statut d'« associé »; d'autres utilisent un seuil plus bas ou se fient davantage à d'autres facteurs liés à la gestion ou au contrôle de fait. Toutefois, les pays qui appliquent des seuils élevés ont généralement recours ou s'en remettent à des règles de substance sur le contrôle comme critère subsidiaire. Celles-ci peuvent se concentrer sur des éléments autres que la participation, tels que la dépendance à l'égard des intrants, les réseaux de distribution, les droits de vote, les entités comprises dans les états financiers consolidés, les ressources financières et les ressources humaines par rapport aux autres membres du groupe. Ainsi, il peut y avoir plus de similitudes dans les pratiques des pays que ne le laisse supposer une comparaison superficielle des seuils de participation.

10.1.5.4 Néanmoins, des critères de seuil différents peuvent donner lieu à des litiges dans certaines circonstances. Par exemple, si dans un pays A, le droit interne prévoit qu'une participation de 50 % ou plus est le seuil à partir duquel on peut parler d'« entreprise associée », les transactions entre une entité

détenue à parts égales par deux parties par ailleurs indépendantes et l'un de ses actionnaires seraient visées par les règles relatives aux prix de transfert. Toutefois, si dans un pays B, le droit interne prévoit un seuil de participation supérieur à 50 %, la même transaction ne serait pas, à première vue, soumise aux règles relatives aux prix de transfert dans ce pays⁹⁵.

10.1.5.5 En Afrique du Sud, les règles relatives aux prix de transfert s'appliquent aux transactions transfrontalières entre personnes liées, que l'on définit, dans le droit interne, comme des « personnes rattachées ». Une personne rattachée est définie par rapport à des personnes physiques, des fiducies, des membres de sociétés de personnes et des sociétés de capitaux. Les sociétés peuvent être des personnes liées en fonction de critères prescrits si l'une des sociétés détient au moins 20 % des actions ou peut exercer au moins 20 % des droits de vote dans l'autre société.

10.1.5.6 Et voici un autre exemple: au Brésil, les sociétés étrangères et les sociétés domiciliées dans le pays sont réputées être des sociétés associées lorsqu'au moins 10 % du capital-actions de l'une d'elles (ou des deux) est détenu par la même personne physique ou morale. La législation en matière de prix de transfert applique aussi les concepts du droit des sociétés à d'autres situations pour qualifier deux sociétés en tant que sociétés associées ou contrôlées. En fait, la législation brésilienne en matière de prix de transfert est très vaste en ce qui concerne le concept de « personnes liées »; par exemple, elle prend également en considération le lien de parenté d'un individu résidant à l'étranger qui entretient des relations commerciales avec des sociétés au Brésil contrôlées ou gérées par ses proches (selon le degré de parenté); et toutes les transactions avec des personnes se trouvant sur une liste de pays (pays à faible taux d'imposition et pays non coopératifs) sont réputées être réalisées avec des personnes liées.

10.1.5.7 Pour les pays en développement, l'analyse du contrôle pourrait être un moyen important de garantir l'administration efficace des règles relatives aux prix de transfert. En outre, les facteurs d'identification du contrôle doivent être soigneusement examinés, car leur évaluation peut nécessiter des procédures complexes d'établissement des faits, qui peuvent varier en fonction du secteur industriel, des caractéristiques géographiques, du cycle de vie des produits, et ainsi de suite.

10.1.6 Transactions visées, disponibilité/priorité des méthodes de fixation des prix de transfert et conformité

⁹⁵ Un accord conclu sur un pied d'égalité n'est généralement pas considéré comme présentant un risque élevé de transfert de revenus, bien qu'il puisse y avoir une certaine marge de manœuvre pour la fixation de prix non-conformes au principe de pleine concurrence.

10.1.6.1 Les règles de prix de transfert portent généralement sur toutes les transactions transfrontalières intragroupes, que les participants soient résidents ou non-résidents du point de vue fiscal. Ainsi, les transactions entre un établissement stable d'une société étrangère situé dans un pays et une société affiliée située dans un autre pays sont également soumises aux règles relatives aux prix de transfert en vertu du droit interne de ce pays. En revanche, dans certains pays, comme le Japon, une transaction entre un établissement stable (ES) local d'une société étrangère et sa société affiliée résidant dans le pays peut ne pas être soumise aux règles de prix de transfert, car il n'y a pas de risque important de transfert de revenus en dehors des frontières du pays législateur (voir le paragraphe 10.2.1.1).

10.1.6.2 Toutefois, les transactions entre les succursales locales et leur siège (et vice-versa) peuvent être réglementées par des mesures législatives précises, telles que les règles d'imposition des sociétés non résidentes/étrangères, et par conséquent être touchées par l'article 7 des conventions fiscales (généralement fondées sur les modèles des Nations Unies ou de l'OCDE). Même si, dans de telles circonstances, le principe de pleine concurrence prévaut généralement, le cadre juridique de l'imposition pourrait être différent. Par exemple, le mécanisme de règlement des différends peut varier selon le droit interne de chaque pays et la convention applicable à ce type de transactions. Néanmoins, en général, la même législation nationale en matière de prix de transfert peut s'appliquer à la fois aux transactions entre une succursale locale (ES) et son siège (voir l'article 7 des modèles des Nations Unies et de l'OCDE) et aux transactions entre entreprises associées (voir l'article 9 des modèles des Nations Unies et de l'OCDE), même si une convention fiscale existe entre les pays impliqués dans la transaction.

10.1.6.3 La possibilité de recourir à différents types de méthodes de fixation des prix de transfert, le choix de la méthode et la priorité à accorder aux diverses méthodes sont des sujets généralement couverts par la législation nationale. Souvent, ces détails se retrouvent dans des directives administratives ou d'autres documents subsidiaires, plutôt que dans les lois fiscales. De nombreux pays ont suivi les *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert* et/ou le présent Manuel dans l'élaboration de leur cadre législatif national, et ont adopté les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions ainsi que les méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfices pour déterminer si un prix de transfert est conforme au principe de pleine concurrence. Voir le chapitre 4 pour une discussion détaillée des méthodes de fixation des prix de transfert.

10.1.6.4 La facilité d'administration est un autre aspect important de la conception des cadres juridiques. Les obligations de documentation, assorties

de pénalités ou d'autres mesures de dissuasion contre la non-conformité, sont les principaux instruments utilisés par les autorités fiscales pour recueillir suffisamment de renseignements destinés à vérifier si les contribuables ont réalisé ou non un résultat de pleine concurrence. La documentation des prix de transfert représente un coût de conformité important pour les EMN, surtout lorsqu'il existe des différences dans les exigences entre pays. Il serait judicieux de chercher à aligner les obligations de documentation sur celles des autres pays, à moins que de bonnes raisons en termes de réduction des coûts de conformité et de perception de l'impôt, ou des caractéristiques particulières de la législation locale, n'imposent des différences. L'Action 13 du projet BEPS de l'OCDE/G20 porte précisément sur la documentation des prix de transfert et la déclaration pays par pays, et des lignes directrices ont été publiées sur la mise en œuvre des mesures pertinentes⁹⁶. Voir le chapitre 12 pour des conseils à ce sujet.

10.1.6.5 Certaines différences dans les transactions visées ou dans la forme juridique (lois comportant des dispositions en matière de sanctions ou directives administratives en ce qui concerne l'autocotisation) subsisteront. Il convient donc d'évaluer en permanence l'efficacité et la proportionnalité de la législation relative à la documentation et aux sanctions. L'expérience des pays qui ont adopté des règles de prix de transfert peut être utile aux pays en développement qui commencent à instaurer une législation en la matière.

10.1.7 Informations insuffisantes

10.1.7.1 Un problème crucial auquel font face les pays en développement comme les pays développés dans l'application de toute méthode sera souvent l'insuffisance de comparables tierces, en particulier dans le marché intérieur. Toutefois, comme le montre ce Manuel, il arrivera dans de nombreux cas de prix de transfert que des comparables étrangers soient appropriés. Dans les autres cas, par exemple lorsqu'il s'avère que la méthode la plus appropriée pour une partie testée locale implique que, compte tenu des particularités du marché, les comparables étrangers ne sont probablement pas fiables, les cadres législatifs nationaux doivent mettre l'accent sur des conseils pratiques pour l'application du principe de pleine concurrence et des règles de prix de

⁹⁶ OCDE (2015) : Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices : *Documentation des prix de transfert et déclaration pays par pays: Action 13*. Paris: OECD Publishing. Accessible à l'adresse : <https://www.oecd.org/fr/fiscalite/documentation-des-prix-de-transfert-et-aux-declarations-pays-par-pays-action-13-rapport-final-2015-9789264248502-fr.htm>. D'autres lignes directrices ont été publiées depuis, voir : <https://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/instructions-relatives-a-la-declaration-pays-par-pays-beps-action-13.htm>.

transfert en l'absence d'informations locales suffisantes sur les comparables indépendants. Le présent Manuel dans son ensemble vise à apporter un éclairage particulier dans ce domaine; les lecteurs sont invités à consulter tout spécialement le chapitre 3 sur l'analyse de comparabilité. Les cadres législatifs et les directives administratives des pays devraient généralement porter sur l'analyse des comparables comme point de référence du principe de pleine concurrence. Ces cadres devraient chercher à définir des lignes directrices utiles et efficaces sur des aspects tels que l'analyse de comparabilité (utilisation de données étrangères, ajustement des différences, partage des bénéfices, etc.), l'accès aux données, les règles des régimes de protection, le cas échéant, et la charge de la preuve. Il convient de prêter attention à la sixième méthode décrite à la section 4.7 (chapitre 4).

10.1.7.2 De plus, la boîte à outils de la Plateforme de collaboration sur les questions fiscales (voir le paragraphe 2.5.3.2) contient un certain nombre de suggestions utiles qui peuvent être prises en considération dans les cas de problème systémique attribuable à un manque de comparables. Par exemple, la boîte à outils :

- Propose des moyens par lesquels les organismes publics peuvent enrichir l'ensemble des données comparables disponibles, par exemple en instaurant une obligation de publier des états financiers vérifiés;
- Recommande de se concentrer sur les approches d'évaluation des risques qui tiennent compte de la nature de pleine concurrence des transactions entre parties liées, de sorte que les rares ressources d'audit soient consacrées aux cas les plus susceptibles de donner des résultats;
- Recommande d'envisager des régimes de protection (voir la section 10.2.2), des marges fixes et d'autres approches normatives (voir la section 10.1.9);
- Examine l'application de la méthode du partage de bénéfices (*Profit Split Method* ou *PSM*) et l'utilisation des techniques d'évaluation qui ne reposent pas directement sur des données comparables lorsqu'il s'avère que ces approches constituent le moyen le plus approprié de déterminer des prix ou des bénéfices de pleine concurrence;
- Propose d'examiner des approches coopératives de conformité dans des situations appropriées afin d'aider les administrations fiscales à accéder à des informations sectorielles qui pourraient autrement être difficiles à obtenir;

- Suggère l'utilisation de mesures anti-évitement pour appuyer les règles relatives au prix de transfert dans les situations les plus critiques ou celles où il existe un risque élevé d'abus systémique.

10.1.8 Charge de la preuve

10.1.8.1 La charge de la preuve dans un litige fiscal désigne la nécessité de prouver de manière affirmative la véracité des faits allégués par une partie au litige selon le critère de la prépondérance de la preuve. On l'appelle aussi parfois le « fardeau de persuasion ». Une partie au litige s'acquitte de cette charge en convainquant l'enquêteur de comprendre les faits tels qu'elle les propose. La partie qui a cette charge risque de perdre si ses preuves ne parviennent pas à convaincre le juge lors d'un procès. Un concept qui précède la charge de la preuve, mais qui en diffère, est celui de la « charge d'allégation », c'est-à-dire le devoir d'une partie de plaider une affaire pour que celle-ci soit entendue dans le procès. Une partie qui intente un procès doit satisfaire à la fois à la charge de l'allégation et à la charge de la preuve pour le gagner.

10.1.8.2 La charge de la preuve intervient en cas de litige. Cependant, il est important de pouvoir déterminer à quelle partie incombe la charge de la preuve pendant un exercice de contrôle fiscal ou pendant l'évaluation des prix de transfert, car l'affaire peut finalement se retrouver devant un tribunal.

10.1.8.3 La charge de la preuve pour les litiges en matière de prix de transfert peut être déterminée conformément aux règles dans les procédures civiles ou les litiges fiscaux en général dans le pays concerné. S'il existe de nombreuses décisions de tribunaux concernant les prix de transfert, la charge de la preuve en la matière peut être formulée de manière plus détaillée grâce à ces précédents, en fonction de la valeur générale de la jurisprudence dans un pays donné. Les règles relatives à la charge de la preuve dans les affaires de prix de transfert diffèrent selon les pays.

10.1.8.4 Dans plusieurs pays, la charge de la preuve incombe d'abord au contribuable, puisqu'il est tenu de préparer, de conserver et de présenter une documentation démontrant que les modalités de ses transactions avec des parties liées sont conformes au principe de pleine concurrence. La position selon laquelle c'est au contribuable qu'incombe la charge de la preuve a été adoptée, par exemple, par l'Australie, le Brésil, le Canada, l'Inde, l'Afrique du Sud et les États-Unis.

10.1.8.5 Une fois que le contribuable s'acquitte de la charge de la preuve, il peut revenir aux autorités fiscales d'évaluer et de prouver si les prix contrôlés ont été déterminés conformément au principe de pleine concurrence ou si

les informations ou données utilisées pour le calcul ne sont pas fiables ou sont incorrectes, et d'en apporter la preuve. Par conséquent, les pays peuvent évaluer et déterminer des ajustements de prix de transfert dans les situations suivantes :

- La transaction entre parties liées n'a pas été déterminée conformément au principe de pleine concurrence;
- Le contribuable n'a pas fourni d'informations ou de preuves suffisantes pour que la transaction entre parties liées soit dûment examinée;
- Le contribuable n'a pas présenté de déclarations de revenu; ou
- Le prix de pleine concurrence ne peut autrement être déterminé.

10.1.8.6 Ensuite, la charge de la preuve peut retourner au contribuable afin qu'il explique et démontre que la détermination est incorrecte, infondée ou déraisonnable, et qu'il confirme que la transaction entre parties liées est conforme au principe de pleine concurrence. Cette situation peut se produire dans le cadre d'un processus de contrôle ou de procédures de défense (par exemple, processus de litige).

10.1.8.7 Les administrations fiscales et les contribuables peuvent se heurter à plusieurs difficultés pour s'acquitter de leurs charges de preuve respectives. En pratique, si les entreprises associées établissent normalement les conditions d'une transaction au moment où celle-ci est réalisée, l'administration fiscale peut être amenée quant à elle à s'engager dans un processus de vérification de transactions peut-être plusieurs années après leur réalisation. Qui plus est, les entreprises associées peuvent être tenues de prouver, à un moment ou à un autre, que leurs transactions sont conformes au principe de pleine concurrence. Or, dans le cadre du processus de diligence raisonnable, le principe de pleine concurrence peut entraîner un fardeau de conformité pour le contribuable et un fardeau administratif pour l'administration fiscale dans l'évaluation d'un nombre important de transactions de divers types. L'administration fiscale examinera tous les documents justificatifs préparés par le contribuable pour démontrer que ses transactions sont conformes au principe de pleine concurrence. Il se peut aussi qu'elle et le contribuable doivent recueillir des renseignements sur les transactions comparables sur le marché libre et sur les conditions du marché au moment où les transactions ont eu lieu, et ce, pour des transactions nombreuses et variées. Un tel exercice devient normalement plus difficile au fil du temps. Dans ce cas, tant les contribuables que les administrations fiscales peinent souvent à obtenir des informations adéquates pour appliquer le principe de pleine concurrence.

10.1.8.8 Il convient de noter qu'en pratique, la charge de la preuve n'est pas toujours un facteur décisif. Elle joue néanmoins un rôle important pour déterminer qui divulgue quoi. La charge de la preuve étant une notion générale présente dans le droit de chaque pays, la question de savoir si c'est au contribuable ou à l'administration fiscale qu'incombe la charge initiale de prouver que le prix est conforme au principe de pleine concurrence doit être traitée dans le cadre juridique national.

10.1.8.9 Un autre point important qui devrait être abordé dans la législation nationale en matière de prix de transfert est le « délai de prescription », c'est-à-dire le temps que prévoit le droit interne pour l'exercice des contrôles de prix de transfert et l'application des ajustements requis par l'administration fiscale. Étant donné qu'un contrôle de prix de transfert peut faire peser de lourds fardeaux sur les contribuables et les autorités fiscales, le délai normal de prescription est souvent prolongé par rapport aux règles générales en matière de fiscalité nationale. Toutefois, si la période visée par une possibilité d'ajustement est trop longue, elle peut dans certains cas occasionner des risques financiers potentiellement très importants pour les contribuables. Les différences entre les pratiques des pays en matière de prescription ne devraient pas conduire à une double imposition. Les pays doivent garder à l'esprit cette question d'équilibre entre les intérêts du fisc et ceux des contribuables lorsqu'ils établissent une période prolongée au cours de laquelle des ajustements peuvent être effectués.

10.1.9 Approche de l'imposition par présomption et principe de pleine concurrence

10.1.9.1 La législation de certains pays prévoit une approche d'« imposition par présomption ». Les dispositions relatives à l'imposition par présomption donnent aux autorités fiscales le pouvoir de « présumer » un prix de pleine concurrence en fonction de l'information qu'elles ont recueillie, et de rectifier le revenu imposable du contribuable en conséquence. Généralement, ces dispositions ne sont considérées comme applicables que si le contribuable ne fournit pas la documentation pertinente sur le prix de pleine concurrence dans un délai raisonnable (notamment lorsque des renseignements sont demandés au contribuable au cours d'un contrôle). L'imposition par présomption n'est généralement prévue qu'en dernier recours.

10.1.9.2 Cette méthode peut être courante dans la législation relative à la fiscalité intérieure et aux ajustements des prix de transfert. Toutefois, les ajustements des prix de transfert dans le contexte des transactions transfrontalières créent généralement un risque de double imposition internationale

et peuvent être contestés. Les pays devraient donc structurer la législation relative à l'imposition par présomption avec précaution et d'une manière qui soit aussi compatible que possible avec le principe de pleine concurrence.

10.1.9.3 L'efficacité de l'imposition par présomption dépend de l'approche adoptée par le pays concerné, c'est-à-dire du choix entre l'autocotisation et l'évaluation par l'administration fiscale. D'une part, dans le cadre d'un système d'autocotisation où les autorités fiscales ont la charge de la preuve chaque fois qu'elles proposent un ajustement, l'imposition par présomption peut sembler plus intéressante lorsqu'il n'y a pas suffisamment d'informations pertinentes pour calculer le prix de pleine concurrence. D'autre part, dans un système axé sur la lutte contre l'évitement fiscal, où les contribuables ont la charge initiale de la preuve en cas d'ajustements proposés par les autorités, un système de sanctions peut jouer un rôle plus efficace que l'imposition par présomption pour éviter la généralisation de mauvaises pratiques de fixation des prix entre parties liées.

10.1.9.4 Une autre question étroitement liée à l'imposition par présomption, mais également pertinente pour d'autres systèmes, est l'utilisation de « comparables secrets ». Voir la section 3.6.7.

10.1.10 Collecte de renseignements en matière de prix de transfert

10.1.10.1 D'un point de vue stratégique, les gouvernements doivent décider quand et comment ils souhaitent obtenir des renseignements sur les prix de transfert, et sous quel format. Celui-ci doit être le plus pratique possible pour permettre à l'administration fiscale de traiter l'information reçue et d'y répondre, le cas échéant.

10.1.10.2 Les renseignements exigés par la législation peuvent accompagner les déclarations annuelles à la fin des périodes comptables ou d'imposition ou être présentés après la conclusion d'une transaction. Dans ce cas, le contribuable est tenu d'informer l'administration fiscale de l'existence d'une transaction entre parties liées et d'en fournir les détails.

10.1.10.3 Par ailleurs, la législation peut exiger que le contribuable conserve les renseignements et ne les fournisse à l'administration fiscale que sur demande. Dans ce cas, le contribuable a la responsabilité de disposer d'une documentation adéquate pour prouver que la transaction est conforme au principe de pleine concurrence si l'administration fiscale en fait la demande ou si la transaction est l'objet de contestation de sa part.

10.1.10.4 À titre d'exemple de renseignements à fournir sur les prix de

transfert avec la déclaration annuelle de revenu, il y a le formulaire de déclaration des transactions entre parties liées. Plus précisément, l'*International Dealings Schedule* en Australie doit être déposé avec la déclaration annuelle de revenu des sociétés. Un autre exemple est celui de la comptabilité fiscale numérique certifiée du Brésil (*Escrituração Contábil Fiscal* – ECF), dans le cadre de laquelle le contribuable est tenu de déclarer toutes les transactions faisant intervenir des prix de transfert au cours d'une année. En Afrique du Sud, le questionnaire sur les prix de transfert, qui doit être remis avec la déclaration annuelle de revenu des sociétés, est un autre exemple pertinent.

10.1.10.5 La divulgation obligatoire de renseignements clés constitue la solution la plus adaptée pour les administrations fiscales soumises à des contraintes de capacité; la divulgation obligatoire peut, par conséquent, être la solution que privilégie le pays en développement doté de ressources limitées pour obtenir des renseignements auprès des contribuables. Lorsque cette solution est retenue, il est important que la divulgation de renseignements soit intégrée à la législation en matière de prix de transfert, conformément à la réglementation en vigueur, pour que l'obligation de déclaration découle directement de la législation principale (sans exigences administratives supplémentaires). Ainsi, les administrations fiscales disposeront d'informations sur les contribuables qui leur permettront de mieux cibler les procédures de contrôle. Elles devront s'assurer qu'elles disposent des ressources humaines et technologiques nécessaires pour traiter ces informations et en tirer profit, et trouver un équilibre entre la demande d'informations et le fardeau imposé aux contribuables.

10.1.10.6 Les obligations de documentation en matière de prix de transfert sont décrites plus en détail au chapitre 12.

10.1.11 Équilibre à établir entre loi et règlements subsidiaires

10.1.11.1 Comme on l'a mentionné au paragraphe 10.1.4.8 ci-dessus, certains systèmes fiscaux reconnaissent de manière générale les aspects fondamentaux d'une obligation fiscale, et établissent alors des règlements détaillés expliquant comment les règles doivent s'appliquer en pratique. Pour les besoins du présent chapitre, cela revient essentiellement à reconnaître le principe de pleine concurrence et les principes de base applicables aux prix de transfert dans la législation primaire.

10.1.11.2 Dans certains pays, toutes les règles relatives aux prix de transfert sont énoncées dans la législation fiscale primaire sans autres dispositions dans des règlements subsidiaires. Les règles établies sont contraignantes pour le contribuable et l'administration fiscale.

10.1.11.3 Dans d'autres pays, les dispositions de fond qui requièrent l'adhérence au principe de pleine concurrence sont intégrées dans une loi, mais les détails sont ensuite définis de manière plus complète dans des règlements subsidiaires. Selon le pays, ceux-ci peuvent avoir force de loi et sont donc contraignants pour les autorités fiscales et les contribuables.

10.1.11.4 Parfois, les systèmes fiscaux nationaux ne sont pas en mesure de conférer le poids d'autorité approprié aux règlements d'accompagnement (en raison de la manière dont le système fiscal national est organisé ou en raison du système juridique), ou bien la majeure partie des dispositions interprétatives sont uniquement prescrites par des directives administratives (notes de circulaires). Celles-ci peuvent être contraignantes pour les autorités fiscales, mais pas pour les contribuables. Autrement dit, le contribuable peut s'appuyer sur ces directives, mais ne peut pas être lié par celles-ci.

10.1.11.5 Les pays en développement devraient évaluer quel système leur convient le mieux compte tenu de leur propre législation fiscale. Des dispositions législatives objectives offrent généralement une plus grande certitude, car elles sont contraignantes pour toutes les parties. Il convient également de prendre en considération le statut des décisions prises à l'égard de certains contribuables, le cas échéant. Voir le paragraphe 10.3.2.2 et les suivants pour plus de détails sur les décisions anticipées.

10.2 Règles relatives aux prix de transfert dans les régimes fiscaux nationaux

10.2.1 Règles nationales

10.2.1.1 L'article 9 (Entreprises associées) des modèles de convention des Nations Unies et de l'OCDE établit les conditions de base pour les ajustements des prix de transfert et pour les ajustements corrélatifs en cas de double imposition économique. Bien que l'article 9 entérine l'application du principe de pleine concurrence, il n'énonce pas de règles détaillées en matière de prix de transfert. L'article n'est pas réputé créer un régime national de prix de transfert s'il n'en existe pas déjà dans un pays donné. Les pays doivent donc formuler une législation nationale pour mettre en œuvre les règles de prix de transfert. En général, les pays appliquent leurs règles nationales de prix de transfert aux transactions transfrontalières, mais certains choisissent de les appliquer également aux transactions intérieures. En effet, ces pays reconnaissent que leur base d'imposition peut également être érodée par des transactions intérieures entre parties liées à l'intérieur du pays, en particulier lorsqu'il existe un certain nombre de régimes fiscaux différents dans le pays (par exemple, certains types d'entreprises ou de transactions qui peuvent être soumis à des taux

d'imposition différents ou à des règles spéciales). Par conséquent, dans le cadre de l'élaboration d'une législation sur les prix de transfert, il convient d'accorder une attention particulière à la conformité au principe de pleine concurrence pour les transactions entre parties liées au sein du pays concerné.

10.2.1.2 Un autre aspect à prendre en considération dans la création ou la mise à jour d'une législation nationale en matière de prix de transfert concerne le délai entre la conception et l'introduction de la législation, son approbation par les organes législatifs et son entrée en vigueur.

10.2.1.3 Comme on l'a mentionné à la section 10.1.5, la définition d'une « entreprise associée » varie d'un pays à l'autre. Elle fait souvent appel à un certain nombre de facteurs tels qu'un niveau minimum de participation et/ou un contrôle effectif du personnel, des conditions financières ou commerciales, ou d'autres facteurs. Il peut également exister un critère de minimis, ce qui signifie que les transactions entre parties associées ne relèvent des règles de prix de transfert que si elles dépassent un certain seuil. Bien qu'une certaine uniformité internationale dans la définition d'une entreprise associée et l'application du principe de pleine concurrence soit bénéfique, chaque pays doit concevoir sa législation en matière de prix de transfert d'une manière qui soit compatible avec son cadre juridique et administratif, ses obligations conventionnelles et ses ressources. Il peut également s'agir d'un processus évolutif; à mesure que le pays élabore son régime de prix de transfert, il doit également veiller à ce que les règles administratives contenues dans les autres législations nationales pertinentes soient simultanément mises à jour.

10.2.1.4 Il arrive que des pays adoptent des régimes de protection pour exempter les contribuables qui satisfont à certains critères de l'obligation de se conformer à des aspects précis des règles de prix de transfert. Cela réduit les coûts de conformité des contribuables, accroît la certitude et réduit également les coûts de perception de l'impôt. L'administration fiscale peut concentrer ses ressources de vérification sur les cas présentant un risque plus élevé sur le plan des revenus en jeu et de la non-conformité. Un régime de protection peut toutefois encourager la planification fiscale et l'évitement fiscal s'il n'est pas soigneusement conçu du point de vue de son ampleur et de sa portée ou s'il est incompatible avec le principe de pleine concurrence. Il existe également un risque de double imposition et de double non-imposition lorsque les règles diffèrent entre les pays. Pour plus de détails, voir la section 10.2.2.

10.2.2 Régime de protection⁹⁷

⁹⁷ L'utilité et l'application des régimes de protection et d'autres approches normatives sont examinées dans la Plateforme de collaboration sur les questions fiscales (2017).

10.2.2.1 Un régime de protection est une mesure qui s'applique à une catégorie de transactions, en permettant la simplification des règles de prix de transfert, ou une exemption de ces règles. Dans d'autres cas, le régime de protection peut exempter certaines transactions ou certains contribuables de l'application des règles de documentation des prix de transfert, comme nous le verrons plus loin. Idéalement, les régimes de protection permettent de se rapprocher des résultats de pleine concurrence, afin d'éviter une double imposition ou une double non-imposition, ou de ne pas créer de distorsions sur le marché. Les règles d'un régime de protection pourraient être limitées aux contribuables dont le volume ou le montant des transactions contrôlées est inférieur à un seuil, exprimé en pourcentage ou en termes absolus. Un régime de protection peut être utilisé par un contribuable comme solution de rechange à une approche plus complexe et plus lourde, telle que l'application d'une analyse complète des prix de transfert, comprenant la recherche de comparables sur le marché libre appropriés. Il existe d'autres types de mécanismes simplifiés de fixation des prix de transfert que certains pays qualifient également de régimes de protection. Un régime de protection est normalement mis à la disposition du contribuable et est généralement considéré comme une condition que le contribuable peut choisir d'appliquer ou non; voir également le paragraphe 10.2.1.4. D'autres règles simplifiées ou normatives, dont le fonctionnement est similaire à celui des régimes de protection, mais qui reposent sur une présomption plutôt que sur le choix du contribuable, peuvent également s'appliquer.

10.2.2.2 Les régimes de protection ou d'autres règles normatives peuvent être une solution intéressante pour les pays en développement ayant un accès limité aux ressources et aux données (par exemple, aux comparables), principalement parce qu'en utilisant des procédures simplifiées pour établir les résultats, ils peuvent faciliter l'administration et la prévisibilité du régime des prix de transfert. Dans certains cas, les renseignements tirés des déclarations de revenu des contribuables peuvent contribuer à l'élaboration de régimes de protection, par exemple lorsque l'information est présentée sous forme agrégée et peut être rendue publique sans porter atteinte à la confidentialité. Les partisans de ces types de règles soulignent les avantages suivants: rationalisation de la conformité, concentration des efforts de conformité sur les transactions les plus risquées ou les plus complexes, certitude pour les contribuables et simplicité administrative pour les autorités fiscales.

10.2.2.3 On dit souvent que les régimes de protection permettent aux administrations fiscales (en particulier celles qui commencent tout juste à appliquer les lois sur les prix de transfert) de concentrer leurs ressources limitées, notamment en matière de vérification, sur les cas les plus complexes et les plus risqués. Compte tenu des difficultés liées à la disponibilité, à la collecte et à l'analyse des renseignements, un bon nombre de pays en développement pourraient

considérer que, du moins pour les PME ou les transactions moins complexes, les régimes de protection peuvent contribuer à réduire la complexité, et le fardeau associés à l'établissement des prix de transfert. Ces fardeaux peuvent être disproportionnées par rapport à la taille du contribuable ou au niveau de ses transactions contrôlées soumises aux règles des prix de transfert⁹⁸.

10.2.2.4 Malgré les notions reflétées dans les paragraphes ci-dessus, lorsqu'on envisage la mise en place d'un régime de protection, il faut analyser les avantages et les inconvénients de la mesure proposée. L'on peut procéder, par exemple, en soulignant le contraste entre les avantages sur le plan de la réduction des coûts administratifs et les niveaux prévus de perception des impôts, ainsi que le compromis et l'impact de la mesure sur des facteurs tels que l'investissement direct étranger, etc.

10.2.2.5 Les régimes de protection peuvent également être utiles pour soulager les PME des fardeaux de conformité qui les touchent de manière disproportionnée par rapport aux grandes EMN (et peuvent affecter leur capacité à soutenir la concurrence). Ces régimes peuvent également alléger les fardeaux de conformité similaires en ce qui concerne les petites transactions ou les transactions moins risquées des contribuables (p. ex., celles qui ne visent pas de biens incorporels uniques et de valeur ou de risques significatifs). Ainsi, les régimes de protection peuvent réduire, dans une certaine mesure, le fardeau de conformité en visant une catégorie de transactions se situant au dessous d'un seuil défini, comme les services à faible valeur ajoutée et les taux d'intérêt intragroupes imposés sur les prêts à court terme classiques (c'est-à-dire à des conditions standard) de valeur modérée.

10.2.2.6 Les régimes de protection font référence à au moins trois dispositions: la catégorie de transactions admissibles, la méthode de fixation des prix de transfert et l'intervalle ou le résultat correspondant à utiliser. Dans ce contexte, même si les deux premières peuvent être introduites par voie réglementaire, les administrations peuvent publier l'intervalle ou le résultat applicable dans des règlements administratifs, afin de garantir la mise à jour périodique du point de référence.

10.2.2.7 Les régimes de protection et les autres approches normatives peuvent présenter des inconvénients, notamment la possibilité d'abus ou de divergence par rapport au principe de pleine concurrence. La décomposition d'une

⁹⁸ OCDE (2017). *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*. Paris: OECD Publishing. Accessible à l'adresse : <https://www.oecd.org/fr/fiscalite/prix-de-transfert/principes-de-l-ocde-applicables-en-matiere-de-prix-de-transfert-a-l-intention-des-entreprises-multinationales-et-des-administrations-20769723.htm>. Voir les paragraphes 4.95 à 4.100.

transaction importante en plusieurs afin d'éviter le seuil du régime de protection illustrerait une telle situation. On pourrait également craindre que des pressions exercées par les contribuables rendent difficile la suppression d'un régime de protection qui n'est plus nécessaire ou approprié en raison d'un changement de situation. Il y a aussi une possibilité qu'un régime de protection soit trop généreux, ce qui pourrait entraîner un manque à gagner inutile. Ce serait également le cas lorsque des transactions qui auraient par ailleurs été conclues à la valeur marchande le seraient à la limite visée par le régime de protection. Ou encore, ce régime peut provoquer une distorsion sur le marché s'il favorise et perpétue une économie basée sur des transactions à petite échelle ou à faible rentabilité plutôt que sur des transactions à plus haut risque et à plus forte rentabilité (par exemple, axées sur la technologie) et donc, qui ne sont pas visées par les régimes de protection. Ceux-ci peuvent donc même décourager les investissements dans des activités à marge élevée par opposition aux activités à faible marge.

10.2.2.8 La section sur les régimes de protection au chapitre IV des *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert* aborde certains inconvénients potentiels de ces régimes, tels que la déclaration de revenus non conformes au principe de pleine concurrence, le risque accru de double imposition ou de double non-imposition s'ils sont adoptés de manière unilatérale, la création d'opportunités de planification fiscale induite et les problèmes d'équité et d'uniformité résultant de l'existence de deux ensembles de règles en matière de prix de transfert. En conclusion, lorsque les régimes de protection peuvent être négociés bilatéralement ou multilatéralement, ils peuvent apporter un allègement significatif des fardeaux de conformité et réduire la complexité administrative sans créer de problèmes de double imposition ou de double non-imposition. Cet objectif peut également être réalisé par des régimes de protection unilatéraux qui s'alignent sur le principe de pleine concurrence et entrent dans le champ d'application des conventions concernant la double imposition (ce qui permet, par exemple, à l'autre État de comprendre les détails techniques des régimes afin d'accorder un allègement total ou partiel si c'est nécessaire et possible). Les lignes directrices précisent également que les administrations fiscales doivent soigneusement évaluer les avantages et les préoccupations soulevées par les régimes de protection pour les appliquer dans les circonstances qu'elles jugent appropriées⁹⁹.

10.2.2.9 Bien que les régimes de protection puissent présenter certains désavantages, il convient de mentionner que, dans le contexte des petits

⁹⁹ OCDE (2013). *Section E révisée du chapitre IV des Principes applicables en matière de prix de transfert, relative aux régimes de protection*. Paris: OECD Publishing. Accessible à l'adresse : <https://www.oecd.org/fr/fiscalite/prix-de-transfert/Section-E-Revisee-Regimes-Protection-Prix-Transfert.pdf>.

contribuables ou des transactions les moins complexes, les inconvénients peuvent être compensés par les avantages. Pour autant que le régime de protection soit optionnel, les contribuables peuvent considérer que le niveau modéré de double imposition pouvant en résulter est acceptable étant donné la certitude accrue et la simplicité du régime. On peut affirmer que le contribuable qui choisit un régime de protection est capable de former sa propre opinion quant à savoir si l'éventualité d'une double imposition est acceptable ou non.

10.2.2.10 Dans la conception des régimes de protection, il importe d'examiner s'il faut prévoir une certaine souplesse quant au mécanisme d'adhésion ou de retrait : l'adhésion volontaire (« opt-in ») ou l'exclusion spécifique (« opt-out »). Dans un régime de protection à adhésion volontaire, le contribuable peut opter pour l'application du régime afin d'en bénéficier. Dans ce scénario, le contribuable qui choisit de ne pas adhérer au régime doit appliquer les règles ordinaires relatives aux prix de transfert et respecter les obligations de documentation connexes. Dans un régime à exclusion spécifique, le contribuable est tenu d'appliquer la méthode prévue par le régime aux transactions pertinentes sauf s'il choisit expressément de ne pas le faire. Si un contribuable refuse d'adhérer au régime de protection, il doit observer les règles applicables en matière de prix de transfert et respecter les obligations connexes en matière de documentation, ce qui signifie qu'il lui incombe de prouver que ses transactions contrôlées ont été réalisées conformément au principe de pleine concurrence. Un régime à exclusion spécifique pourrait donc être plus simple, car il offre la possibilité de réduire les frais administratifs. Il n'y a pas de différence intrinsèque dans l'option retenue, mais il est nécessaire de tenir compte de toute différence dans la charge de la preuve impliquée par le choix effectué.

10.2.3 Questions pratiques concernant les régimes de protection

10.2.3.1 En général, les régimes de protection offrent une option qui dispense les contribuables de se conformer aux règles générales en matière de prix de transfert pour certaines transactions. À cet égard, si les transactions restent dans les limites du régime de protection, il se peut qu'il ne soit pas nécessaire d'appliquer les méthodes de prix de transfert ou de conserver la documentation contemporaine prévue par la législation sur les prix de transfert.

10.2.3.2 L'OCDE a proposé une approche simplifiée et optionnelle sous forme de marge fixe (marge de 5 % sur coûts) pour les services à faible valeur ajoutée¹⁰⁰. L'OCDE définit les services à faible valeur ajoutée comme des

¹⁰⁰ OCDE (2016). *Aligner les prix de transfert calculés sur la création de valeur*, Actions 8-10 - *Rapports finaux*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices. Paris: OECD Publishing. <https://www.oecd-ilibrary.org/fr/taxation/projet-ocde-g20-sur-l-erosion-de-la-base-d-imposition-et-le-transfert-de>

services qui relèvent d'une fonction de soutien, ne font pas partie de l'activité principale de l'entreprise, n'utilisent pas des actifs incorporels uniques et de valeur et n'assument pas de risques significatifs.

10.2.3.3 De plus, la boîte à outils sur les prix de transfert de la Plateforme de collaboration sur les questions fiscales (voir le paragraphe 2.5.3.2) comprend une analyse comparative des pratiques nationales en matière de régimes de protection applicables aux services à faible valeur ajoutée (contenant de l'information sur (i) la définition des services à faible valeur ajoutée; (ii) les transactions exclues; et (iii) la marge pour les régimes de protection).

10.2.3.4 Voici quelques-unes des exigences les plus courantes pour un régime de protection :

- Les avantages sont destinés aux contribuables exerçant certaines activités;
- Le régime est limité à certaines conditions ou à certains seuils tels que le montant absolu ou relatif de la transaction;
- Des marges ou des résultats définis sont établis par une loi ou une pratique administrative;
- L'admissibilité est limitée aux transactions qui font intervenir une partie liée qui ne réside pas dans un pays à faible taux d'imposition.

10.2.3.5 Pour les transactions dépassant les limites du régime de protection ou n'y étant pas admissibles, les contribuables pourraient être tenus de se conformer à toutes les règles relatives aux prix de transfert.

10.2.3.6 Un autre aspect découlant de certaines expériences des régimes de protection à l'échelle internationale est l'établissement de marges fixes qui peuvent être perçues comme trop élevées, ce qui signifie que si elles sont facultatives, elles risquent d'être peu attrayantes pour les contribuables. En outre, lorsque la marge fixe est appliquée, l'autre État peut ne pas accepter les résultats comme étant conformes au principe de pleine concurrence. Dans ces cas, il peut y avoir un risque important de double imposition.

10.2.4 Ajustements à la baisse

10.2.4.1 Étant donné que l'application des règles en matière de prix de transfert peut aboutir à des ajustements qui augmentent le montant des impôts dus, un contribuable peut tenter, à l'occasion d'une vérification, d'obtenir un

benefices_23132639. De plus, la section sur les services à faible valeur ajoutée a été intégrée au chapitre VII des Principes applicables en matière de prix de transfert.

ajustement à la baisse du prix de transfert lorsqu'il a surévalué son revenu imposable de façon involontaire. L'orientation fournie par les *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert* indique que les administrations fiscales peuvent, à leur propre discrétion, accepter ou refuser la demande d'ajustement à la baisse¹⁰¹. Elles peuvent également examiner ce type de demande dans le contexte d'une procédure amiable et d'ajustements corrélatifs. Voilà un aspect que les pays en développement devraient également prendre en considération dans la conception de leur environnement juridique national en matière de prix de transfert.

10.2.4.2 L'expérience de la République de Corée peut être prise comme exemple à cet égard. En 2010, ce pays a précisé dans sa législation fiscale qu'un ajustement à la baisse devait être appliqué dans le cas d'un ajustement fiscal apporté au moyen d'une méthode de prix de transfert utilisant des données pluriannuelles. Par conséquent, lorsqu'elles ajustent le niveau de bénéfice du contribuable en utilisant cette méthode, les autorités fiscales n'ont plus la latitude de procéder à un ajustement uniquement pour les années où les bénéfices sont insuffisants, c'est-à-dire sans tenir compte des années où les bénéfices sont excessifs.

10.2.4.3 En Afrique du Sud, la disposition législative exigeant que les modalités soient ajustées à celles qui auraient existé si les parties avaient été des personnes indépendantes traitant dans des conditions de pleine concurrence, est limitée aux situations où il y a eu un avantage fiscal, et ne prévoit donc pas d'ajustements à la baisse.

10.2.4.4 L'administration fiscale mexicaine a publié des règles pour l'application des ajustements des prix de transfert (ajustements à la hausse et à la baisse) par les contribuables. Ces règles (i) définissent la notion et les types d'« ajustements des prix de transfert »; (ii) établissent le calendrier d'application; (iii) indiquent l'information qui doit être compilée par les contribuables relativement aux ajustements; (iv) expliquent les effets qui peuvent survenir en ce qui concerne les éléments liés à une retenue à la source; et (v) traitent des conséquences des ajustements sur les impôts indirects (TVA).

10.2.4.5 Il importe également que les dispositions relatives aux ajustements à la baisse ne créent pas de possibilités d'absence d'imposition. Par exemple, un contribuable A dans le pays A fait une demande de réduction du prix des marchandises vendues à une partie liée B dans le pays B de 100

¹⁰¹ OCDE (2017). *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*. Paris: OECD Publishing. Accessible à l'adresse : <https://www.oecd.org/fr/fiscalite/prix-de-transfert/principes-de-l-ocde-applicables-en-matiere-de-prix-de-transfert-a-l-intention-des-entreprises-multinationales-et-des-administrations-20769723.htm>. Voir le paragraphe 3.17.

à 80, conformément au principe de pleine concurrence, diminuant ainsi son revenu de 20. Le prix de pleine concurrence nouvellement déterminé signifie que le revenu de B doit être augmenté de 20. Toutefois, si cet ajustement corrélatif à la hausse n'est pas effectué, les 20 de revenu ne seront imposés dans aucun des deux pays. Ce risque de double non-imposition est le plus élevé lorsqu'un contribuable a présenté une demande en dehors d'une procédure d'accord amiable ou d'accord préalable en matière de prix de transfert et que l'information sur la position de la ou des parties liées dans l'autre ou les autres pays est manquante.

10.2.4.6 Quand un contribuable demande un ajustement à la baisse, et qu'une administration fiscale l'accepte en principe, il peut être tenu de fournir la preuve que le montant en question a été inclus dans le revenu d'une partie liée dans un autre pays. Par ailleurs, l'autorité compétente du pays qui accepte l'ajustement à la baisse devrait échanger spontanément les informations relatives à cet ajustement avec l'autorité compétente de l'autre pays, afin que cette dernière puisse examiner si un revenu supplémentaire doit être reconnu dans son pays.

10.2.5 Accords préalables en matière de prix de transfert (APP)

10.2.5.1 De nombreux pays ont adopté des procédures d'APP dans leur droit interne, bien que celles-ci puissent revêtir des formes juridiques diverses. Par exemple, dans certains pays, un APP peut être juridiquement contraignant pour les contribuables et les autorités fiscales, tandis que dans d'autres, l'arrangement entre les autorités fiscales et le contribuable peut être plus informel. Les APP sont des mécanismes utiles pour prévenir les litiges. Ils font l'objet d'une analyse détaillée au chapitre 15, notamment en ce qui concerne les caractéristiques propres à assurer leur bon fonctionnement, ainsi que leurs avantages et leurs inconvénients. La prise en compte des programmes d'APP peut être nécessaire à différentes étapes de la conception d'un cadre juridique relatif aux prix de transfert.

10.2.5.2 Lorsqu'elle met en œuvre des APP, une administration fiscale doit garder à l'esprit que cette procédure est, en pratique, un service aux contribuables. Par conséquent, elle doit disposer d'une capacité appropriée pour répondre adéquatement aux demandes d'APP, notamment en ce qui concerne les délais de réponse, le volume des demandes, la complexité des cas, etc. En outre, dans un contexte de nature législative, les contribuables peuvent être tenus de payer des frais lors du dépôt d'une demande d'APP afin de couvrir les coûts réels de traitement de la requête.

10.2.5.3 Certains pays estiment qu'un niveau d'expérience adéquat doit être atteint avant que la conclusion d'APP ne devienne appropriée, tandis que d'autres estiment que l'expérience gagnée en concluant ces types d'accords

est un élément important du renforcement des capacités en matière de prix de transfert. Faire correspondre la capacité opérationnelle permettant d'offrir des APP avec la capacité opérationnelle générale du régime de prix de transfert est donc un facteur important dans la conception du cadre juridique national.

10.2.5.4 Certains pays choisissent de ne pas offrir d'APP, du moins pendant un certain temps après la mise en place de leur régime de prix de transfert. Ils peuvent estimer, par exemple, qu'ils doivent renforcer leurs capacités et leurs compétences avant de pouvoir évaluer correctement ce qui constitue un système d'APP approprié pour eux¹⁰². D'autres pays craignent que les APP soient inutiles dans un régime de prix de transfert puisque ce sont souvent les entreprises qui sont généralement en conformité avec le principe de pleine concurrence qui y ont recours. Ils peuvent détourner l'attention des ressources rares des administrations fiscales nécessaires pour assurer la conformité dans les cas les plus sérieux d'évitement fiscal. Comme pour tout mécanisme de ce type, des contrôles doivent être prévus pour assurer l'application cohérente du processus d'un contribuable à l'autre et que ce processus soit exempt d'abus ou de problèmes liés à son intégrité. Elles ne doivent pas faire l'objet d'abus ou de problèmes d'intégrité. Les questions relatives à l'équilibre entre les problèmes de ressources et les priorités d'une part, et les avantages potentiels des APP d'autre part, sont examinées plus en détail à la section 15.3.4.

10.2.6 Interaction des dispositions relatives aux prix de transfert avec les règles fiscales nationales

10.2.6.1 Dans la conception d'un système fiscal national, il faut tenir compte de l'interaction des règles relatives aux prix de transfert avec les règles applicables aux sociétés étrangères contrôlées (SEC). Ces règles sont conçues pour empêcher les contribuables de reporter ou d'éviter l'impôt en tirant profit de leur participation majoritaire dans des sociétés étrangères situées dans des pays à faible taux d'imposition. Sans les règles applicables aux SEC, des revenus pourraient être laissés dans ces pays, hors du champ d'application des règles fiscales nationales. Les règles applicables aux SEC traitent ces revenus comme s'ils avaient été rapatriés et les imposent par conséquent entre les mains des actionnaires résidents. On estime généralement que les règles de prix de transfert devraient être prioritaires et que les règles applicables aux SEC devraient viser les bénéficiaires qui restent dans les sociétés étrangères contrôlées après l'application du principe de pleine concurrence.

¹⁰²Après près d'une décennie d'expérience de l'application de la réglementation des prix de transfert en Inde, le pays a introduit les APP dans sa loi de l'impôt sur le revenu, le 1^{er} juillet 2012. L'exercice 2013-2014 a été la première année de mise en œuvre des APP. Depuis lors, l'Inde a signé plus de 300 APP unilatéraux et bilatéraux.

10.2.6.2 Il peut parfois être plus avantageux, d'un point de vue fiscal, de financer une société au moyen d'une dette plutôt que de fonds propres, car les intérêts payés sur la dette peuvent être déduits à des fins fiscales, contrairement aux dividendes. De nombreux pays ont adopté des règles de sous-capitalisation ou d'autres dispositions visant à limiter la déduction d'intérêts excessifs. Ces règles prescrivent un ratio maximum endettement (ou intérêts nets) / EBITDA et en refusant la déductibilité d'une partie des paiements d'intérêts si ce ratio est dépassé (voir la section 9.5). Ces règles protègent la base d'imposition en décourageant le transfert des bénéfices à l'étranger par l'intermédiaire des paiements d'intérêts excessifs sur la dette. Du point de vue de la politique, le fait de ne pas s'attaquer aux paiements d'intérêts qui érodent la base d'imposition donne aux EMN un avantage sur les entreprises qui opèrent purement dans le marché intérieur, qui sont incapables de bénéficier de tels avantages fiscaux.

10.2.6.3 Certains pays qui ne disposent pas de règles détaillées en matière de prix de transfert peuvent combattre les fixations de prix de transfert abusives en recourant à une règle générale anti évitement (RGAE). Les transactions abusives non conformes au principe de pleine concurrence peuvent entrer dans le champ d'application de la RGAE. Les RGAE peuvent être utiles dans les premiers temps de la mise en place d'un régime de prix de transfert; toutefois, leur application aux questions de prix de transfert peut créer de l'incertitude pour les entreprises et par conséquent, une législation, une réglementation ou des orientations détaillées en matière de prix de transfert peuvent être préférables.

10.3 Tenue à jour des régimes de prix de transfert

10.3.1 Collecte de renseignements

10.3.1.1 Cette section présente, à l'intention des pays en développement, des renseignements sur les ressources mises à leur disposition pour suivre l'évolution en matière de règles et d'initiatives fiscales internationales. Elle leur fournit aussi une orientation sur les mécanismes dont ils disposent pour obtenir des formations et des mises à jour d'informations et pour se joindre au dialogue fiscal international lors de la mise en œuvre des règles de prix de transfert. Ces ressources aideront les pays à se tenir au courant de la situation, à échanger leurs expériences et à tenir à jour leur régime de prix de transfert.

Coordination régionale par l'intermédiaire d'organisations intergouvernementales existantes

10.3.1.2 L'une des méthodes préconisées pour se tenir au courant de l'évolution des règles internationales en matière de prix de transfert implique

l'établissement de contacts avec des organisations intergouvernementales régionales telles que le Cercle de réflexion et d'échange des dirigeants des administrations fiscales (CREDAF), l'Organisation intra-européenne des administrations fiscales (IOTA), le Centre interaméricain des administrations fiscales (CIAT), le Forum sur l'administration fiscale africaine (ATAF), le Groupe d'étude sur l'administration et la recherche fiscales en Asie (SGATAR), l'Association des administrateurs fiscaux des îles du Pacifique (PITAA), et l'Association des administrateurs fiscaux du Commonwealth (CATA).

10.3.1.3 Il s'agit d'organisations publiques internationales sans but lucratif qui peuvent être en mesure de fournir une aide technique spécialisée pour la modernisation et le renforcement des administrations fiscales dans différentes régions du monde, au moyen de conférences, de missions ciblées sur le terrain, d'échanges de renseignements, et parfois même de formations ciblées. Comme leur nom l'indique, ces organisations s'adressent généralement à une région géographique précise, ou à un groupe particulier de pays. Certains pays sont membres de plus d'une organisation régionale¹⁰³.

- Le CIAT est composé principalement de pays des Amériques¹⁰⁴;
- L'ATAF est composé principalement de pays africains;
- Les membres de la SGATAR se trouvent dans la région de l'Asie-Pacifique;
- Les membres de la PITAA proviennent des îles du Pacifique;
- Les membres de la CATA proviennent d'un certain nombre de pays du Commonwealth répartis dans toutes les régions géographiques du monde.

Participation des grandes institutions

10.3.1.4 Les Nations Unies, l'OCDE, le Groupe de la Banque mondiale et le FMI sont tous des organismes qui collaborent régulièrement avec les pays en matière de fiscalité internationale et offrent de l'aide pour le renforcement des capacités. Les pays ont généralement besoin d'une formation qui peut leur être spécifique ou qui peut être dispensée au niveau régional, dans le cadre d'un vaste regroupement d'administrateurs fiscaux.

¹⁰³ Par exemple, l'Australie est membre associé tant du SGATAR que de la CATA.

¹⁰⁴ L'organisation a une catégorie spéciale de membres associés. L'assemblée générale du CIAT peut accepter comme membres associés des pays de régions autres que les Amériques qui en font la demande et qui reçoivent l'approbation du Conseil exécutif. Actuellement, le CIAT compte cinq pays européens, deux pays africains et un pays asiatique parmi ses membres.

10.3.1.5 Les Nations Unies et l'OCDE ont des comités permanents qui se réunissent régulièrement pour discuter de questions courantes et émergentes en matière de prix de transfert. Il est indispensable de suivre leurs travaux pour tenir à jour les régimes nationaux de prix de transfert. Participer au dialogue fiscal international est également un moyen d'obtenir des informations à jour sur les derniers développements en matière de prix de transfert.

10.3.1.6 La Plateforme de collaboration sur les questions fiscales, initiative conjointe des Nations Unies, de l'OCDE, du Groupe de la Banque mondiale et du FMI, a publié un certain nombre de boîtes à outils sur des questions fiscales internationales intéressant particulièrement les pays en développement, notamment les prix de transfert.

10.3.1.7 Certaines administrations fiscales nationales et régionales offrent également une très bonne orientation en matière de fiscalité internationale en général, et de prix de transfert en particulier, dans des domaines où elles sont elles-mêmes confrontées à des difficultés de conformité et de formulation de politiques, et elles peuvent fournir leur interprétation de certaines dispositions fiscales internationales. Les pays en développement qui le souhaitent pourraient suivre les recommandations des administrations fiscales nationales, des organisations régionales et autres, et même les consulter, en vue de résoudre des problèmes peut-être similaires résultant de l'application de leurs propres règles en matière de prix de transfert.

10.3.1.8 Enfin, certains établissements universitaires, centres de recherche et groupes de réflexion disposent de fonds pour appuyer le renforcement des capacités des pays en développement et encouragent leurs experts à fournir l'assistance requise.

Création d'un centre d'échange d'informations et de renforcement des capacités pour les pays partageant les mêmes idées.

10.3.1.9 Les administrations fiscales aux vues similaires devraient se réunir pour faire part de leurs expériences et des informations fiscales qu'elles jugent utiles pour les autres. Ce serait particulièrement pertinent pour les pays qui ont des frontières communes, un contexte juridique semblable ou qui font partie d'un groupe économique régional.

10.3.1.10 En agissant au sein d'un groupe organisé, les administrations fiscales peuvent partager les dépenses de formation tout en favorisant le renforcement des capacités, en diffusant les connaissances et en transmettant le contenu des formations reçues des institutions intergouvernementales.

Participation au dialogue Sud-Sud pour le renforcement de la capacité

10.3.1.11 En général, les autorités fiscales des pays en développement n'ont pas suffisamment de personnel qualifié et expérimenté pour traiter des questions controversées touchant les prix de transfert, surtout dans le contexte des faits nouveaux entourant l'évolution rapide d'enjeux mondiaux comme celui du projet BEPS. Une formation régulière, l'échange d'informations, la mise en commun d'expériences, et même la maîtrise de langues étrangères, sont autant d'exemples d'aspects nécessaires au renforcement des capacités. Une plateforme de mise en commun des connaissances avec d'autres autorités fiscales (une institution régionale ou un centre d'échange) pourrait constituer une étape importante à cet égard. Des détachements à l'étranger permettant d'acquérir davantage d'expérience aux Nations Unies, à l'OCDE ou dans une autre administration fiscale devraient être envisagés si possible. Un organisme de conseil externe indépendant pourrait également être une solution, comme on l'explique ci-dessous. D'autres questions relatives au renforcement des capacités sont traitées en détail au chapitre 11.

10.3.1.12 Le risque de mauvaise communication entre les contribuables et les autorités fiscales est l'une des principales difficultés dans les pays où la réglementation en matière de prix de transfert est relativement récente. Un bassin plus important d'experts en matière de prix de transfert serait utile aux autorités fiscales et aux contribuables qui tentent de résoudre des problèmes complexes en la matière dans ces pays. Un bassin d'experts pourrait être constitué grâce à la collaboration d'organisations intergouvernementales régionales, de pays voisins, de pays partageant la même langue ou grâce à une participation active au dialogue Sud-Sud. Ces experts pourraient, par exemple, aider les autorités fiscales et les contribuables dans les procédures avancées de règlement des différends en offrant des perspectives spécialisées. Cela pourrait être une solution à court terme pour aider à réduire le nombre de demandes de renseignements qui n'en finissent plus lorsque les contribuables essaient d'appliquer des approches conformes aux principes internationaux.

10.3.1.13 L'initiative conjointe du PNUD et de l'OCDE appelée « Inspecteurs des impôts sans frontières » peut constituer une source supplémentaire d'expertise combinant le savoir-faire des administrations fiscales des pays développés et des pays en développement.

10.3.2 Exemples de mesures à prendre pour la mise à jour des régimes de prix de transfert

10.3.2.1 Cette section vise à fournir des conseils sur les instruments que les administrations fiscales peuvent utiliser pour mettre en place des politiques

qui s'inspirent des discussions internationales en cours, sans devoir passer par l'ensemble du processus législatif pour modifier la législation fiscale.

Décisions fiscales anticipées

10.3.2.2 Les décisions des autorités fiscales (rescrits fiscaux) et les accords préalables en matière de prix de transfert (APP) fonctionnent de manière très semblable. L'un des éléments qui les différencient est leur portée: la décision d'une autorité fiscale peut répondre à toute question de fiscalité tandis qu'un APP ne concerne que l'application des règles relatives aux prix de transfert. Une autre différence réside dans le fait que la décision d'une autorité fiscale est rendue unilatéralement, alors qu'un APP découle d'un accord entre le contribuable et l'autorité fiscale. Comme les APP, les décisions des autorités fiscales offrent généralement une plus grande certitude juridique en établissant, a priori, le traitement fiscal approprié à une situation ou à une transaction particulière. La décision d'une autorité fiscale peut également susciter des investissements directs étrangers, pour autant qu'elle soit remise pour apporter des certitudes.

10.3.2.3 Les décisions des autorités fiscales contribuent également à créer un dialogue fiscal actif avec les contribuables et peuvent favoriser une collaboration accrue en encourageant ces derniers à présenter des demandes de réponses à certaines questions fiscales pour obtenir rapidement des certitudes. Étant donné que ces décisions sont adaptées à un contribuable ou à un groupe de contribuables en particulier, elles peuvent également servir à clarifier l'interprétation de la législation fiscale nationale dans une situation donnée, sans qu'il soit nécessaire de modifier la loi ou les règlements d'application. Dans cette optique, et parce que le processus législatif est beaucoup plus lent que la remise d'une décision administrative, un programme de décisions fiscales pourrait être utile pour permettre aux pays de suivre les tendances établies sur la scène internationale. Un pays qui souhaite que les autorités fiscales rendent des décisions en matière fiscale doit disposer de la base juridique nécessaire dans sa législation fiscale interne.

10.3.2.4 Conformément au standard minimum, le Rapport final sur l'Action 5 du projet BEPS établit aussi un engagement pour la transparence par l'échange spontané obligatoire de renseignements pertinents sur les décisions rendues à des contribuables spécifiques.

10.3.2.5 En fonction de leur conception, les décisions des autorités fiscales peuvent constituer un point de départ utile pour éviter des différends entre contribuables et administrations fiscales, comme l'indique le chapitre 15.

Établissement d'un organisme de conseil international

10.3.2.6 Les pays en développement pourraient bénéficier de la création d'un organisme indépendant composé d'experts du milieu universitaire et de spécialistes du secteur et/ou de fonctionnaires, qui les conseilleraient sur les moyens d'améliorer ou d'actualiser leur législation. Un groupe consultatif indépendant pourrait suggérer des mises à jour, signaler les questions controversées dans la législation d'un pays, proposer des mesures à prendre dans certains domaines liés aux prix de transfert, et même vérifier la législation fiscale d'un pays pour l'améliorer.

10.3.2.7 Les pays en développement pourraient, en participant aux dialogues régionaux et mondiaux, bénéficier des services d'organes consultatifs existants utilisés par des pays ayant une législation similaire, ou des pays situés dans la même région géographique. Cette solution pourrait faciliter la gestion des coûts lorsque les pays choisissent d'être évalués simultanément. Le processus pourrait se dérouler au sein d'une organisation de coopération existante, comme on l'a mentionné plus haut, ou au sein d'une organisation spécialisée des Nations Unies, afin de mieux gérer les coûts. Les organisations régionales, telles que l'ATAF et le CIAT, sont connues pour avoir également fourni des services de ce genre à leurs pays membres.

11 Développement des capacités en matière de prix de transfert dans les pays en développement

11.1 Introduction

11.1.1. Ce chapitre porte sur les enjeux liés à la création, au sein de l'administration fiscale, d'une unité entièrement consacrée à l'administration des règles d'un pays en matière de prix de transfert. La mise en place d'une telle unité en partant de zéro présente des occasions intéressantes, ainsi que des défis. Pour la créer, élaborer ses énoncés de vision et de mission, et mesurer son efficacité, il faut obligatoirement tenir compte de facteurs tels que :

- La relation entre la fonction d'élaboration de la politique fiscale et la fonction d'administration de cette politique;
- La nécessité d'évaluer les capacités actuelles et les lacunes à combler;
- La nécessité d'une vision claire, d'une mission et d'une culture qui faciliteront l'administration efficace de la loi;
- La structure organisationnelle;
- Les approches adoptées pour bâtir les capacités de l'équipe;
- La nécessité de veiller à l'efficacité et à l'efficacité des processus opérationnels;
- Les avantages d'une approche en plusieurs étapes pour l'atteinte des objectifs à long terme;
- La nécessité d'un suivi (veille) pour évaluer l'efficacité et d'un ajustement en continu de la structure organisationnelle et des processus administratifs.

11.1.2. Ces éléments fournissent un cadre de référence utile pour la mise en place d'une unité consacrée aux prix de transfert. Il n'existe pas de modèle parfait pouvant convenir à tous les pays et à tous les cas de figure. Toutes ces questions devront être examinées dans le contexte de l'administration fiscale et des structures juridiques globales de chaque pays.

11.2 Relation entre les fonctions d'élaboration et d'administration de la politique fiscale

11.2.1 Dans la plupart des pays, l'élaboration de la politique fiscale incombe généralement au ministère des Finances plutôt qu'à l'administration fiscale. Les autres organes de gouvernement qui collectent des recettes (par exemple, les services douaniers¹⁰⁵) sont souvent distincts de l'administration fiscale. Il est toutefois nécessaire de jeter des ponts entre l'élaboration de la politique fiscale et l'administration de cette politique pour mettre en œuvre un régime de prix de transfert efficace. Cela est dû à plusieurs facteurs :

- L'administration d'un régime de prix de transfert est complexe et mobilise de nombreuses ressources;
- Les coûts potentiels de mise en conformité pour les contribuables et de perception de l'impôt pour les administrations fiscales;
- Les importantes sommes d'argent qui peuvent être en jeu;
- La dimension internationale, étant donné le lien avec les conventions fiscales juridiquement contraignantes, compte tenu des dispositions fondées sur l'article 9 des modèles de convention fiscale des Nations Unies et de l'OCDE, des problèmes de double imposition potentielle et des intérêts d'autres pays.

11.2.2 Les responsabilités et fonctions respectives de l'administration fiscale et des autorités chargées de l'élaboration des politiques doivent être claires. Les mécanismes de contact et de coordination entre elles doivent être bien compris. Les duplications et chevauchements de fonctions doivent être évités et les processus de coordination entre elles doivent être simplifiés.

11.2.3 Parmi les facteurs susceptibles d'améliorer la coopération entre domaines fonctionnels, on peut citer :

- La reconnaissance de la nécessité d'une « boucle de rétroaction » afin que les motifs de politique à l'origine d'un régime de prix de transfert soient correctement reflétés dans la conception de ce régime et dans son administration, et afin que les enseignements pratiques tirés de l'administration du régime puissent servir à l'ajustement de la politique. Exemples :
 - Lorsque l'administration de certains aspects de la politique est coûteuse ou nécessite de nombreuses ressources et que les

¹⁰⁵ OMD (2018). *Guide sur l'évaluation en douane et les prix de transfert*. Bruxelles: OMD. Accessible à l'adresse : wcoomd.org/-/media/wco/public/fr/pdf/topics/key-issues/revenue-package/guide-evaluation-en-douane-prix-de-transfert.pdf. En matière de prix de transfert, les services douaniers sont compétents pour ce qui est des questions d'évaluation. À titre d'exemple, voir la discussion présentée dans le paragraphe 3.6.6 et les suivants de ce Manuel.

recettes escomptées ne sont pas proportionnelles à ces coûts;

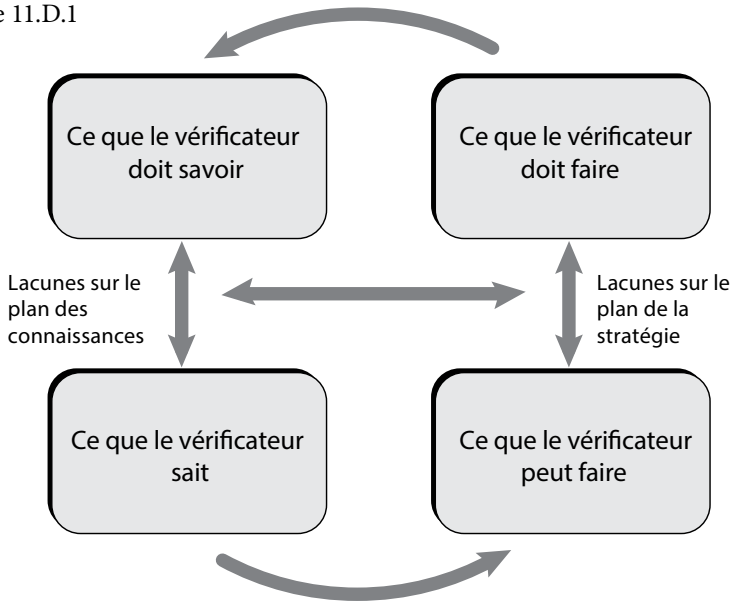
- Lorsqu'un cadre conventionnel plus large et des dispositions fortes en matière d'échange de renseignements seraient bénéfiques; ou lorsqu'il faut veiller à ce que le cadre régissant les seuils, les mécanismes de dissuasion et les pénalités soit efficace et à jour;
- Lorsque l'expérience de l'administration en matière de service aux contribuables, d'éducation, de mise en application des règles et de résolution des cas peut aider à améliorer la législation ou faciliter la mise en œuvre des règlements;
- Un détachement croisé de membres des deux équipes peut aider les administrateurs fiscaux à comprendre le processus d'élaboration des politiques et les objectifs de la législation, et les responsables politiques, à comprendre les aspects pratiques de l'administration fiscale. Une bonne politique fiscale doit pouvoir être administrée et une bonne administration doit reposer sur une politique bien conçue;
- La participation de l'administration fiscale à l'élaboration des politiques d'investissement, notamment sa participation aux discussions sur les mesures incitatives fiscales pouvant influencer sur les prix de transfert et d'autres aspects de l'administration fiscale.

11.3 Évaluer les capacités actuelles et les lacunes à combler

11.3.1 Différentes administrations fiscales exigent différents types d'arrangements administratifs pour mettre en œuvre les politiques de prix de transfert d'un pays. Au moment d'élaborer des politiques, le niveau de développement ou la capacité de l'administration fiscale est un élément d'appréciation essentiel. Très souvent, il est irréaliste de croire que des augmentations de capacité puissent être réalisées en peu de temps dans de nombreux domaines. Les aptitudes en matière d'administration des règles de prix de transfert ne peuvent être acquises que par une expérience pratique, c'est-à-dire par le traitement de cas réels de prix de transfert.

11.3.2 S'agissant de la mise en place d'une capacité en matière de prix de transfert, il est important d'évaluer de manière réaliste le niveau réel des connaissances existantes et la meilleure approche organisationnelle. Le présent manuel se concentre sur les pays ayant peu ou pas d'expérience en matière de prix de transfert, ce qui pose des problèmes de démarrage. Il faut aussi reconnaître que l'on ne peut pas tout accomplir en une fois et que le système et la capacité administrative devront évoluer au fil du temps, en fonction de l'expérience pratique et dans le cadre d'un plan de renforcement des capacités. C'est ce qu'on appelle parfois une « approche du cycle de vie ». Une approche possible est illustrée à la figure 11.D.1 ci-dessous.

Figure 11.D.1



Source : Choo, C. W. et Bontis, N. (éd.). (2002). *The Strategic Management of Intellectual Capital and Organizational Knowledge*. Oxford: Oxford University Press.

11.3.3 Les facteurs à examiner pour évaluer le niveau de développement ou la capacité de l'administration fiscale sont notamment :

- Les niveaux de scolarité et d'expertise du personnel intervenant dans l'administration des règles de prix de transfert;
- Le contexte ou le cadre juridique (tel qu'abordé au chapitre 10), y compris les caractéristiques de la législation, la portée des règlements en matière de prix de transfert et les responsabilités qui s'y rattachent. Un cadre juridique clair et transparent est important pour le fonctionnement de l'administration dans son ensemble¹⁰⁶;
- L'existence ou non d'un réseau de conventions fiscales bilatérales exhaustives, y compris d'articles relatifs aux entreprises associées (généralement, l'article 9), à la procédure amiable (généralement, l'article 25) et à l'échange de renseignements (généralement, l'article 26). En outre, l'existence d'accords d'échange de renseignements plus limités devrait être évaluée – en particulier avec les

¹⁰⁶ Baer, K., Benon, O. P. et Toro, R. J. (2002). *Improving Large Taxpayers' Compliance: A Review of Country Experience* (document hors série n° 215 du Fonds monétaire international). Washington: IMF. Accessible en anglais à l'adresse : imf.org/external/pubs/nft/op/215/.

pays de résidence d'acteurs économiques importants et de leurs parties liées;

- La disponibilité des informations économiques et financières nécessaires dans le pays ou l'administration fiscale;
- La disponibilité de systèmes informatiques permettant la mise en œuvre des stratégies les plus efficaces pour encourager la conformité, développer et appuyer les stratégies de vérification, et faciliter la perception de l'impôt et la gestion des litiges si nécessaire, ainsi que la disponibilité de ressources humaines sachant utiliser ces systèmes.

11.4 Développer la mission, la vision et la culture de l'unité des prix de transfert

11.4.1 Objectifs

11.4.1.1 Les objectifs de l'équipe chargée des prix de transfert doivent être clairs, aussi bien pour ses membres que pour leurs interlocuteurs, notamment les autres membres de l'administration, les personnes à l'œuvre dans l'élaboration des politiques fiscales et les parties prenantes comme les contribuables et leurs conseillers. À cet effet, on élabore souvent un « énoncé de mission », qui décrit les tâches courantes de l'unité des prix de transfert, et un « énoncé de vision », qui décrit le résultat escompté lorsque l'unité mènera à bien sa mission. De nombreuses administrations fiscales disposent également d'une « charte du contribuable », qui décrit ce que les contribuables peuvent attendre de l'administration et ce qui est attendu d'eux dans leurs relations avec l'administration.

11.4.1.2 Les énoncés de mission et de vision doivent faire partie intégrante de la culture de l'unité et être appliqués par elle au quotidien. À cet effet, on peut par exemple élaborer une charte d'équipe alignée sur la charte organisationnelle convenue entre les dirigeants de l'unité des prix de transfert et des intervenants clés de l'administration fiscale, de préférence avec la participation des parties prenantes. Il serait utile de s'inspirer de l'expérience d'autres pays, mais la charte doit être adaptée aux réalités nationales. Bien entendu, il faut vérifier si la mission et la vision ont été accomplies, et, dans le cas contraire, en déterminer la raison.

11.4.1.3 La définition des objectifs de l'unité consiste, en grande partie, à cerner et à reconnaître les limites des ressources disponibles. En précisant ce qui relève et ce qui ne relève pas de la compétence de l'unité, on pourra déterminer plus facilement les ressources nécessaires à l'atteinte des objectifs de l'unité et encourager la meilleure utilisation possible de ces ressources.

11.4.2 Orientation du client ou contribuable

11.4.2.1 Il est important de garder à l'esprit qu'une unité des prix de transfert exercera un important rôle de service et de sensibilisation auprès des contribuables, ainsi qu'une fonction d'application des règles. Ces fonctions sont interreliées: lorsque les contribuables sont mieux accompagnés et renseignés, cela réduit les coûts, l'intensité d'utilisation des ressources et le « poids » des mesures de conformité. De ce fait, l'observation des règles s'améliore (ce qui facilite la tâche des contribuables désireux de s'y conformer) et cela permet à l'administration de concentrer ses mesures de conformité sur les secteurs présentant le plus de risques (en particulier, sur les contribuables qui ne sont pas disposés à s'acquitter de leurs obligations).

11.4.2.2 La compréhension des fonctions et du contexte des EMN contribuera aux avancées de l'administration fiscale en matière de services, de sensibilisation et d'application des règles. Sa gestion des questions fiscales augmentera inévitablement les contacts entre les EMN et l'unité des prix de transfert. Ainsi, les EMN sont tenues de divulguer leurs documents et leurs systèmes, tandis que les administrations fiscales doivent être conscientes des dangers que représentent les lourds fardeaux administratifs (et de ce fait, les coûts de conformité) pour les EMN. Les coûts de conformité élevés sont inefficaces et peuvent donner inutilement une image négative du climat d'investissement d'un pays et donc dissuader les investisseurs potentiels.

11.4.2.3 D'autre part, le fait de porter une plus grande attention aux questions de prix de transfert entraînera inévitablement des différends avec des EMN et la possibilité d'une double imposition. Par exemple, dans une transaction entre parties liées faisant intervenir des entités de deux pays (A et B), le pays A pourrait faire valoir que, en vertu d'une convention bilatérale, une plus grande part du bénéfice issu de cette transaction relève de sa juridiction fiscale et que, par conséquent, une part plus modeste du bénéfice (de l'avis du pays A) relève des règles fiscales du pays B. Ce problème est de plus en plus fréquent en matière de prix de transfert, et les administrations fiscales doivent consacrer suffisamment de ressources à cette question pour éviter des divergences d'opinions inutiles. Elles doivent veiller, dans la mesure du possible, à ce que ces divergences n'entraînent pas de différends inutiles et, lorsqu'un différend ne peut être évité, mener les procédures formelles de résolution des différends aussi rapidement et efficacement que possible.

11.4.2.4 La plupart des conventions fiscales visant à prévenir la double imposition contiennent un article sur la procédure amiable (généralement l'article 25), fondé sur le Modèle de convention fiscale des Nations Unies ou de l'OCDE, qui vise à éviter la double imposition. Toutefois, la procédure

amiable peut être très gourmande en ressources et coûteuse, tant pour les autorités fiscales que pour les EMN. Il est donc particulièrement utile de consacrer suffisamment d'énergie et de ressources à l'évaluation des risques et à l'établissement de points de contact entre l'administration fiscale, les autorités compétentes en vertu des conventions fiscales et les responsables des politiques afin d'éviter les ajustements inutiles apportés aux impôts. Voir la section 15.5 pour plus de détails sur la procédure amiable.

11.4.2.5 Il est nécessaire d'instaurer un dialogue avec les contribuables et leurs conseillers fiscaux pour comprendre les systèmes et les pratiques des EMN en matière de prix de transfert, et pour veiller à ce que les EMN comprennent leurs obligations liées à un régime de prix de transfert nouvellement instauré. Cela aidera les contribuables et l'administration fiscale à explorer leurs intérêts communs en matière de clarté, de transparence et de certitude, à comprendre et à réduire les risques émanant des dispositifs de planification fiscale agressive, à accroître la sensibilisation aux réalités commerciales, à promouvoir l'équité et le traitement uniforme des contribuables, et à réduire les coûts de conformité et de perception de l'impôt.

11.4.2.6 Il est nécessaire d'investir largement et tôt dans la sensibilisation des contribuables. L'administration fiscale doit également veiller à établir des relations professionnelles et efficaces avec les contribuables dans le cadre de son service aux contribuables. Dans ce domaine, l'expérience d'autres administrations se trouvant dans une situation similaire peut être particulièrement utile.

11.4.2.7 Dans l'ensemble, un engagement soutenu est nécessaire à l'égard de cette partie du « processus de mise en place », qui vise à maximiser la conformité et à faciliter la gestion des risques (en aidant à faire la différence entre un non-respect dû à une mauvaise compréhension et un non-respect plus délibéré et donc plus risqué sur le plan systémique). D'un point de vue institutionnel, faire preuve de patience et d'un engagement soutenu est nécessaire pour que le régime de prix de transfert atteigne pleinement ses objectifs à moyen et long terme.

11.4.2.8 Pour y parvenir, les administrations fiscales peuvent adopter certains comportements et outils :

- Bonne connaissance des contribuables, de leur contexte commercial et de leurs principales difficultés et préoccupations, et instauration d'un dialogue continu avec les contribuables, les fiscalistes, ainsi que leurs associations ou les principaux groupes représentatifs en matière de fiscalité;
- Caractère raisonnable et mesuré de leurs actions; ouverture et transparence à l'égard des contribuables;

- Réponse rapide aux requêtes;
- Sensibilisation approfondie et compréhensible à la portée des contribuables, notamment mise à disposition de notes d'orientation fiscale, de circulaires d'information et d'autres conseils sur l'interprétation des lois fiscales afin d'éviter les malentendus, la confusion et les surprises aux contribuables disposés à s'acquitter de leurs obligations;
- Pages Web informatives et faciles à utiliser, dont la convivialité et la pertinence sont régulièrement testées et surveillées;
- Volonté d'éviter les différends inutiles, mais mise en place, pour le traitement des éventuels litiges, de systèmes clairs et équitables qui ne dissuadent pas injustement les contribuables d'intenter des recours légitimes;
- Processus permettant d'obtenir des décisions anticipées et des accords préalables en matière de prix sur des questions spécifiques, le cas échéant.

11.4.2.9 Exemples d'attitudes qui pourraient être encouragées chez les contribuables et leurs conseillers :

- Transparence et ouverture quant aux risques; par exemple, déclarations volontaires auprès de l'administration fiscale en temps opportun;
- Élaboration d'une documentation exacte et complète sur les prix de transfert, conformément aux lignes directrices relatives à la documentation (voir le chapitre 12 du présent manuel);
- Demande et obtention de décisions anticipées avant d'entreprendre des activités ayant d'importantes conséquences fiscales ou participation à des accords préalables en matière de prix de transfert, s'ils existent¹⁰⁷;
- Mise à disposition de la politique en matière de prix de transfert, parmi les documents requis, auprès de l'administration fiscale;
- Reconnaissance du caractère limité des ressources de l'administration et volonté de ne pas « s'amuser » à mobiliser

¹⁰⁷La détermination de l'utilité d'un APP est une question complexe, qui est traitée au chapitre 15 du présent manuel. Certains pays y voient une extension utile de l'approche axée sur la gestion des risques, même en phase de démarrage d'un régime de prix de transfert. D'autres préfèrent attendre que les problèmes de prix de transfert soient mieux connus et que l'équipe ait davantage d'expérience en la matière, et choisissent d'affecter les ressources, qui sont limitées durant la phase de démarrage, aux cas de non-respect les plus graves plutôt qu'à des contribuables susceptibles d'être largement en conformité avec les règles.

inutilement ces ressources au détriment de l'administration et des autres contribuables;

- Respect et compréhension des exigences et des limitations contenues dans la convention bilatérale visant la double imposition ratifiée entre le pays où les contribuables exercent leurs activités et celui de leur siège social ou de leurs sociétés associées.

11.4.3 Mise en application des règles – Une approche axée sur le risque

11.4.3.1 Il est recommandé d'axer le travail de l'unité sur la gestion des risques. Cela vaut pour l'administration fiscale en général, mais particulièrement dans le cas d'un nouveau régime de prix de transfert, habituellement complexe et coûteux en ressources. Il faut donc mettre en place des processus robustes pour :

- Déterminer les risques liés aux prix de transfert;
- Analyser les risques (notamment en les priorisant en fonction de leur probabilité et de leur impact s'ils venaient à se matérialiser);
- Déterminer ce qui peut être fait pour éliminer les risques ou pour limiter leurs conséquences négatives.

Le risque le plus flagrant est de voir les contribuables ne pas se conformer à la loi, mais d'autres risques doivent aussi être pris en compte, comme la perte de confiance envers le système si le public n'a pas l'impression que les contribuables s'acquittent de leurs obligations fiscales.

11.4.3.2 Les questions et procédures relatives à l'évaluation et à la gestion des risques sont examinées plus en détail au chapitre 13 du présent manuel. Lors de la création d'une unité des prix de transfert, il convient toutefois de reconnaître le rôle important que peuvent jouer les agents qui connaissent l'approche de l'organisation en matière de gestion des risques et sont en mesure de l'appliquer systématiquement à un nouveau domaine et d'en faire le suivi (veille). Des stratégies uniformes de gestion des risques seront souvent élaborées en collaboration avec d'autres secteurs de l'administration, par exemple avec les équipes chargées des conventions fiscales, spécialisées dans les questions de fiscalité propres à certaines industries ou réparties dans des bureaux en fonction de la taille des contribuables.

11.4.3.3 Dans cette approche axée sur la gestion des risques, il est important de cerner les domaines à prioriser. Par exemple, les pays développés dotés d'administrations et de régimes bien établis en matière de prix de transfert ont généralement mis en place des critères définissant les domaines qui

exigent le plus d'attention et ceux qui en exigent le moins dans l'immédiat. Parmi ces critères, on trouve souvent des seuils en dessous desquels on ne vérifie ou on n'ajuste généralement pas le prix de transfert d'une transaction contrôlée, en particulier dans le cas de petites et moyennes entreprises ou pour les transactions inférieures à certains montants¹⁰⁸.

11.4.3.4 Les critères mentionnés ci-dessus devront être évalués pour chaque pays en fonction de sa situation. Il faudra faire un suivi (veille) de ces critères pour éviter qu'ils ne fassent l'objet d'abus.

11.5 Structure organisationnelle de l'unité des prix de transfert

11.5.1 Introduction

11.5.1.1 Une part importante de la mise en œuvre d'un régime de prix de transfert consiste à déterminer le secteur de l'administration fiscale dont il devrait relever. Les options généralement observées sont les suivantes :

- Créer un service ou une division, qui traitera toutes les questions de prix de transfert;
- Confier les questions de prix de transfert à un groupe dédié aux activités internationales, au sein de l'administration fiscale; ou
- Considérer que le respect des règles de prix de transfert fait partie des obligations de conformité applicables à tous les contribuables assujettis à ces exigences, et s'efforcer de former tous les agents susceptibles de traiter des questions de prix de transfert.

11.5.1.2 Outre les trois options ci-dessus, les administrations fiscales ont également la possibilité de créer des équipes ou des divisions spécialisées au sein d'autres services, pour traiter les cas très médiatisés, les cas particuliers ou certains groupes de contribuables. Dans ce cas, les pays peuvent aussi envisager de :

- Confier les travaux à un bureau des gros contribuables et renforcer les capacités des fonctionnaires de cette équipe en matière de prix de transfert.
- Développer des capacités en matière de prix de transfert dans les unités chargées d'industries précises, que l'administration fiscale estime particulièrement importantes pour l'économie et/ou particulièrement susceptibles de fixer des prix de transfert inappropriés – par exemple, l'industrie pharmaceutique, l'industrie automobile,

¹⁰⁸ OCDE (2011). *Multi-country analysis of existing transfer pricing simplification measures*. Paris: OECD Publishing. Accessible en anglais à l'adresse : oecd.org/tax/transfer-pricing/48131481.pdf.

l'industrie pétrolière et gazière, les mines et les ressources naturelles, etc.

11.5.1.3 L'option choisie par chaque pays dépendra de sa situation et de ses capacités. Ce choix peut aussi être évolutif. Par exemple, durant les phases de démarrage du régime, on peut confier les questions de prix de transfert au secteur de l'administration fiscale qui traite les problèmes fiscaux internationaux. À mesure que l'on renforce les capacités et que le nombre de dossiers traités augmente, une nouvelle section peut être créée au sein du bureau des gros contribuables, où l'on peut s'attendre à voir apparaître les cas les plus médiatisés. Au fil du temps, on peut bâtir des connaissances plus spécialisées et les diffuser plus largement à l'échelle de l'administration fiscale.

11.5.1.4 Certaines administrations fiscales se sont organisées sur la base d'une segmentation des contribuables en fonction de leur taille ou de leur secteur industriel, ce qui permet la création de centres de compétences ou d'expertise pour régler les questions communes à un segment. Ces unités font souvent partie d'une administration structurée selon des lignes fonctionnelles, l'accent étant mis sur le service au contribuable, que l'on traite comme un « client ». Un des principaux objectifs de la segmentation des contribuables est la minimisation des coûts de conformité. Il arrive souvent que l'on crée, au sein du bureau des gros contribuables, une division des inspections, qui est alors considérée comme le centre d'expertise en matière de prix de transfert.

11.5.1.5 Une telle attribution de responsabilités peut favoriser le perfectionnement et le développement des méthodes d'apprentissage. Nous pouvons citer comme exemple le Brésil, où les vérifications en matière de prix de transfert menées par le service des gros contribuables (qui porte le nom de DEMAC) ciblent des secteurs particuliers comme les industries pharmaceutique et automobile. Au fil du temps, les équipes de vérification se sont étoffées, ont perfectionné leurs méthodes et ont gagné en expérience, et le champ des vérifications s'est élargi.

11.5.1.6 Enfin, une administration fiscale doit être dotée d'un programme de vérification efficace permettant d'identifier et de sanctionner les contrevenants. Un tel programme peut être mis en place au sein de l'équipe affectée au respect des obligations fiscales; il peut inclure des vérifications ciblant des secteurs ou des cas précis, des vérifications régulières et complètes visant des entreprises rencontrant des critères de risques préétablis, ainsi que des enquêtes exhaustives sur la fraude fiscale. Des programmes d'enquête conjoints portant sur des cas présumés de non-respect des exigences en matière d'impôt sur le revenu des sociétés et de taxes indirectes comme la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), peuvent également être envisagés par les

administrations fiscales plus expérimentées. Voir le chapitre 14 sur les vérifications en matière de prix de transfert.

11.5.1.7 Une consultation publique, menée auprès des entreprises et des parties prenantes avant la mise en œuvre ou la modification d'une mesure législative, d'une réglementation ou d'orientations peut faciliter un rapprochement des points de vue entre le contribuable et l'administration fiscale. Cela permettra probablement de réduire les différends potentiels en donnant aux contribuables le temps de réfléchir aux enjeux susceptibles de poser le plus de problèmes.

11.5.1.8 L'utilisation des technologies de l'information et de la communication (TIC) est au cœur des services fournis par l'administration fiscale. Il est recommandé aux administrations fiscales d'envisager l'utilisation des TIC pour accroître la transparence du système fiscal et automatiser les processus. Pour accroître la transparence, il faut rendre l'information plus accessible, sans qu'un contact personnel soit nécessaire. Un système de communication automatisé peut fournir aux parties prenantes internes un accès en ligne à des modèles, des études de cas, des guides détaillés et des explications sur des modifications de la législation et de l'information pertinente portant sur des industries ou des types de contribuables précis. L'automatisation des processus pourrait supposer notamment l'adoption ou l'élargissement des capacités de déclaration électronique en lien avec les obligations de conformité spécifiques aux prix de transfert et, potentiellement, le recours à des plateformes de tiers de confiance. De telles mesures peuvent réduire considérablement les coûts de conformité pour les entreprises, accroître la confiance des contribuables et simplifier les procédures; elles peuvent aussi appuyer les initiatives de lutte contre la corruption et améliorer les perceptions.

11.5.2 Développement des capacités en matière de prix de transfert : Structures possibles

11.5.2.1 On peut habituellement choisir entre deux grands modèles pour structurer les capacités en matière de prix de transfert : le modèle centralisé, selon lequel une seule unité est responsable des prix de transfert, tous secteurs et régions confondus, et le modèle décentralisé, dans lequel on trouve différentes unités des prix de transfert, réparties par secteur ou par région. Ces deux modèles présentent des avantages et des inconvénients, que nous allons présenter.

11.5.2.2 Avantages et inconvénients du **modèle centralisé** :

- *Avantages* – La coordination et les ajustements des procédés sont facilités durant la phase de démarrage; l'acquisition des connaissances est plus rapide; ce modèle est aligné sur la tendance à la centralisation que l'on observe dans les administrations fiscales

(attribuable, en partie, à un désir de stratégies globales en ce qui a trait aux moyens technologiques et à la conformité); la ligne hiérarchique et la chaîne de communication sont plus claires au sein de l'unité; et la communication avec les autres secteurs a tendance à être mieux coordonnée.

- *Inconvénients* – Risque de se bâtir une « tour d'ivoire », de se déconnecter des réalités du terrain; et risque d'une centralisation excessive, qui réduirait la transparence et ouvrirait la porte à la mauvaise gestion et à la corruption. Étant donné que, dans tous les cas, les spécialistes des prix de transfert auront à collaborer avec des experts extérieurs à ce groupe, par exemple avec des personnes ayant diverses compétences en vérification et avec des vérificateurs fiscaux dont le champ d'expertise est plus général, mais qui ont de l'expérience en matière de prix de transfert, il est pour le moins important de ne pas s'enfermer dans une « tour d'ivoire » (et de s'efforcer de ne pas donner cette impression) et de favoriser les interactions et les échanges d'idées fréquents, voire des échanges de personnel, entre ces groupes.

11.5.2.3 Avantages et inconvénients du **modèle décentralisé** :

- *Avantages* – La chaîne de communication avec les inspecteurs des impôts est plus courte; le modèle permet de combiner plus facilement les connaissances de l'industrie et des prix de transfert; et, à long terme, la diffusion plus large des connaissances en matière de prix de transfert est facilitée.
- *Inconvénients* – Il peut arriver que les membres de l'équipe ne partagent pas la même vision et qu'ils manquent de coordination, puisqu'ils doivent traiter toutes les questions fiscales plutôt que de se concentrer sur les prix de transfert. Ces problèmes de coordination peuvent entraîner des incohérences, nuire aux échanges d'expérience et laisser des dossiers passer entre les mailles du filet; de plus, certains contribuables peuvent exploiter ces problèmes de coordination en choisissant, par exemple, les interlocuteurs auxquels ils s'adressent pour obtenir des décisions.

11.5.2.4 Quel que soit le modèle choisi, il est important d'adopter une approche claire et coordonnée à l'égard des problèmes de prix de transfert et de leurs solutions possibles, d'autant plus que les EMN maîtrisent généralement beaucoup mieux ces questions que les agents d'une unité en phase de démarrage. Il est impossible pour une administration fiscale d'atteindre immédiatement un niveau élevé de connaissance dans tous les domaines applicables, surtout si elle s'occupe de nombreux secteurs d'activité. Il est nécessaire

d'établir de bonnes relations de travail, notamment au moyen de réunions régulières et de prises de « contact » formelles, avec les agents du fisc spécialisés dans les différents secteurs et avec ceux qui connaissent bien les régions dans lesquelles des problèmes de prix de transfert peuvent survenir. Cela permettra de mettre en place, dès que possible, les meilleures capacités possibles en ce qui a trait à la sensibilisation des contribuables et de l'administration au sujet des prix de transfert; de traiter les demandes des contribuables; de détecter les problèmes de conformité et leurs liens avec d'autres problèmes fiscaux; et de s'attaquer à ces problèmes.

11.5.2.5 Il est très important de garder à l'esprit la notion de service aux contribuables: il convient d'offrir aux contribuables un point de contact unique pour toutes les questions de prix de transfert. Le point de contact doit se charger de la coordination interne, évitant ainsi qu'il incombe au contribuable d'assurer la coordination pour le compte de l'administration. De plus, cela permet de favoriser une meilleure uniformité et cohérence au sein de l'administration.

11.5.2.6 Les avantages d'un point de contact unique expliquent aussi pourquoi de nombreuses administrations confient à un bureau des gros contribuables, souvent doté de points de contact sectoriels spécifiques, la gestion des relations avec les EMN et les autres gros contribuables, en particulier dans des secteurs clés de l'économie comme l'extraction des ressources. Ces bureaux sont en mesure de traiter de manière intégrée des questions diverses dans différents domaines (par exemple, l'impôt sur le revenu, la TVA et les redevances sur les ressources naturelles) et des questions qui revêtent une importance particulière pour certains contribuables, comme les prix de transfert et la sous-capitalisation. Ils exercent généralement des fonctions de vérification, d'enregistrement, de comptabilité fiscale, de perception de l'impôt et de service aux contribuables et sont parfois considérés comme particulièrement utiles lors de la mise en œuvre de nouvelles approches, notamment de réformes politiques ou administratives majeures telles que l'autocotisation ou la modernisation informatique de l'administration fiscale, en tant qu'incubateur de changement.

11.5.2.7 Du point de vue de la surveillance et de la collecte de renseignements, cette structuration permet aussi, grâce à une analyse et à une action plus proactives, de s'attaquer rapidement à des problèmes émergents comme une baisse inattendue des recettes fiscales provenant d'un secteur ou segment clé. Une telle baisse peut simplement être due aux conditions économiques, mais elle peut aussi indiquer l'émergence de risques de non-conformité¹⁰⁹. Enfin, la

¹⁰⁹ Nations Unies (2017). *United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries* (deuxième édition). New York: UN Publi-

réforme de l'administration dans son ensemble peut être un projet de longue haleine, en raison de problèmes systémiques à résoudre en matière de perfectionnement des compétences ou d'intégrité. Par exemple, la création d'un bureau des gros contribuables efficace, crédible et qualifié est parfois considérée comme le moyen le plus rapide de protéger et de surveiller les secteurs clés, tout en entretenant de bonnes relations avec les contribuables. De plus, on en tire des enseignements qui peuvent ensuite être appliqués de manière plus générale à la réforme de l'administration.

11.5.2.8 De nombreux pays adoptent un modèle très centralisé pour leur unité des prix de transfert, au démarrage. Cela reflète l'importance de la coordination et de l'uniformité des méthodes à cette étape; cela montre aussi qu'une unité des prix de transfert n'est pas censée avoir une durée de vie spécifique et qu'elle sera intégrée de façon permanente à la structure de l'administration fiscale. On peut utiliser plusieurs modèles pour développer les capacités en matière de prix de transfert après cette phase de démarrage. On peut créer des équipes régionales entièrement consacrées aux cas relevant des prix de transfert, par exemple. Ensuite, on assure la coordination nationale en veillant à ce que les membres de chaque équipe régionale collaborent et discutent des faits nouveaux en matière de prix de transfert.

11.5.2.9 Un autre modèle consiste à attribuer à tous les inspecteurs de l'impôt sur le revenu des sociétés la responsabilité des cas de prix de transfert. Dans cette situation, il convient de désigner certains points de contact régionaux, qui devront connaître tous les enjeux importants et assureront l'interface avec les responsables politiques.

11.5.2.10 Comme indiqué ci-dessus, certains pays ont mis sur pied un bureau distinct pour les grandes EMN en raison de leurs caractéristiques particulières, de leur importance en termes d'investissement, des recettes fiscales qu'elles peuvent générer et des questions fiscales connexes qui revêtent une importance spéciale. Un tel bureau peut être organisé au niveau national ou régional, selon le nombre d'EMN actives dans le pays. Comme indiqué ci-dessus, cette unité devrait, dans la mesure du possible, servir de point de contact central pour les questions relatives aux EMN et devra donc posséder une expertise en matière de prix de transfert ou, à tout le moins, travailler en étroite collaboration avec l'unité des prix de transfert.

shing. Accessible en anglais à l'adresse : <https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2017/08/handbook-tax-base-second-edition.pdf>.

11.6 Renforcement des capacités de l'équipe

11.6.1 Questions générales de gestion des ressources humaines

11.6.1.1 Souvent, le lancement d'un nouveau régime de prix de transfert découle de changements majeurs au sein d'une administration fiscale, notamment de la reconnaissance de l'effet de la mondialisation et des chaînes de valeurs internationales sur le pays. Comme c'est le plus souvent le cas, ces changements présentent des avantages et des inconvénients. S'il est nécessaire d'intégrer la stratégie de l'unité en gestion des ressources humaines à celle de l'organisation, certains aspects peuvent s'appliquer tout particulièrement à ce domaine, notamment l'importance des éléments que voici :

- La « culture » de l'unité, axée sur la réalisation de la vision, de la mission et des objectifs de l'équipe; la mobilisation et l'incitation au rendement; l'établissement d'objectifs mesurables; et la définition (d'un commun accord) et la mise à jour annuelle des objectifs et des normes de rendement. Dans une nouvelle équipe, l'importance de ce travail et de la qualité des chefs d'équipe ne doit pas être sous-estimée;
- Des agents ayant reçu une formation générale, qui comprennent l'importance de l'investissement pour le développement d'un pays (y compris l'importance d'éviter la double imposition) ainsi que l'environnement des entreprises et les moteurs de leur réussite, et qui, en outre, croient non seulement à l'importance cruciale de percevoir la juste part des recettes fiscales d'un pays, mais aussi à la nécessité de cultiver la confiance du public envers l'intégrité du système et leurs actions en tant qu'agents du fisc;
- Des agents à vocation internationale (y compris ceux qui connaissent les langues les plus utilisées par les entreprises internationales) qui répondent aux besoins courants des entreprises tout en étant proactifs, créatifs et capables de s'adapter à de nouvelles idées et à de nouveaux défis et qui voient le changement comme une occasion;
- Des agents désireux de développer et d'explorer les méthodes de travail les plus efficaces et efficaces et qui, au lieu de prendre des raccourcis, font preuve de minutie dans le traitement des dossiers de prix de transfert qui, étant volumineux et complexes, progressent souvent lentement;
- Une stratégie pour la sélection et le perfectionnement de dirigeants respectés, intègres et capables de motiver le personnel et de l'amener à adhérer à la vision de l'unité et de l'organisation;

- Une stratégie de recrutement et de maintien en poste de responsables techniques et de chefs d'équipe adéquats. Cette stratégie peut être renforcée par des discussions, l'adoption de règles, des rencontres en équipe avec les clients et la constitution d'une base de données d'expérience (à ne pas utiliser aveuglément, mais en vue d'encourager l'emploi de méthodes uniformes et appropriées pour analyser les enjeux et formuler des conclusions);
- Des perspectives de carrière et des mesures incitatives claires (par exemple, possibilités d'apprentissage, détachements) pour les agents performants, fondées sur des méthodes d'évaluation du rendement équitables et impartiales, conformes aux objectifs de l'unité. Cela signifie qu'il faut récompenser l'excellence des services aux contribuables, et non pas seulement les activités les plus directement génératrices de recettes. En particulier, les mesures incitatives fondées principalement ou exclusivement sur le niveau des ajustements effectués représentent un risque réel, car elles peuvent encourager des ajustements injustifiés ou inappropriés. En tout état de cause, il peut falloir des années pour établir si un ajustement était justifié ou non, peut-être longtemps après que l'agent a quitté son poste. Les ajustements injustifiés sont, en fait, contreproductifs: ils nuisent aux efforts déployés par l'unité pour susciter la confiance du public à l'égard du système et à sa mission de service aux contribuables.

11.6.1.2 Jusqu'ici, l'expérience a révélé deux risques particuliers en ce qui a trait aux ressources humaines. Premièrement, il peut arriver que les membres du personnel œuvrant dans des domaines plus « établis » éprouvent du ressentiment à l'égard de ceux qui interviennent dans la politique et l'administration des prix de transfert. S'agissant d'un domaine nouveau, les gens au sein de l'organisation en ont souvent une idée floue, ce qui crée de l'incertitude. Ils peuvent être réticents ou peu favorables à l'égard des travaux sur les questions de prix de transfert. En outre, la création d'une unité des prix de transfert peut nécessiter l'embauche d'experts externes à des postes clés. Le personnel en place peut avoir l'impression qu'il s'agit d'un domaine « vedette », qui prive leur domaine, pourtant tout aussi important, de ressources et de soutien ou qui récompense indûment des « personnes extérieures » et des « parvenus » qui n'ont pas « fait leurs classes ». Il convient de souligner l'interrelation et l'importance égale des différents aspects de la mission et de la vision de l'organisation, et d'obtenir l'adhésion des autres services. Toutefois, indéniablement, le renforcement des capacités dans ce domaine nécessitera l'adoption d'approches et de perspectives nouvelles, et l'acquisition de nouvelles compétences. Plutôt que de cultiver un sentiment de supériorité au sein de l'unité, il faut valoriser son travail et sa participation à l'atteinte des objectifs plus larges de l'organisation,

tout en favorisant le perfectionnement individuel.

11.6.1.3 On peut établir le lien entre une gestion efficace des dossiers de prix de transfert et un gain d'efficacité dans le traitement des questions fiscales plus générales au sein de l'organisation. Des efforts peuvent être consentis pour organiser des séances d'information et de formation sur les prix de transfert à l'intention des agents des autres services de l'organisation. Cela peut atténuer le sentiment que les prix de transfert sont une « boîte noire » seulement connue des membres de l'unité des prix de transfert (ou pire, que ces derniers souhaitent en faire leur chasse gardée) et mettre en valeur les liens naturels qui existent avec les autres secteurs de l'administration, par exemple les secteurs chargés de la sous-capitalisation ou de la négociation et de l'administration des conventions fiscales. À l'inverse, une formation sur le fonctionnement de certaines industries, en particulier celles qui prédominent dans un pays donné, permettra d'accroître grandement l'efficacité et de cibler le champ d'intervention des spécialistes des prix de transfert¹¹⁰.

11.6.1.4 Toutefois, il pourrait arriver que les employés de l'administration fiscale s'enthousiasment exagérément et considèrent la fixation des prix de transfert comme la panacée, ce qui pourrait les amener à proposer des ajustements fiscaux injustifiés ou disproportionnés, entraînant des litiges ou des procédures amiables chronophages. On dit souvent que la fixation des prix de transfert n'est pas une science exacte. Or, ce défaut d'exactitude peut être exploité de manière abusive, tant par les autorités que par les contribuables. Il est donc important de gérer ce processus et de veiller à ce que tout ajustement des prix de transfert proposé s'appuie sur des motifs uniquement liés aux prix de transfert. Il est aussi important de montrer que toute discrétion implicite exercée en présence d'une telle imprécision est appropriée. En effet, les questions d'intégrité qu'elle pourrait soulever nécessitent non seulement de vérifier et d'approuver adéquatement les décisions financièrement prépondérantes sur la base de motifs légitimes et équitables (dans la mesure du possible) envers les contribuables, mais de veiller à ce qu'elles soient perçues comme telles.

11.6.2 Bassin de compétences nécessaire à l'unité: Bâtir la meilleure équipe

11.6.2.1 Étant donné les aspects multidimensionnels des prix de transfert et les fonctions de sensibilisation et de service auprès des contribuables, ainsi que

¹¹⁰ Readhead, A. (2016). *Preventing Tax Base Erosion in Africa: A Regional Study of Transfer Pricing Challenges in the Mining Sector*. New York: Natural Resource Governance Institute. Accessible en anglais à l'adresse : resourcegovernance.org/sites/default/files/documents/nrgi_transfer-pricing-study.pdf.

le rôle de mise en application qu'elle doit assurer, une unité des prix de transfert devrait idéalement posséder les compétences suivantes ou y avoir accès facilement :

- Chefs d'équipe et de projet — Personnes ayant démontré leur capacité à bâtir de nouvelles équipes, qu'elles aient ou non une expertise spécifique en matière de prix de transfert;
- Économistes;
- Juristes;
- Comptables;
- Vérificateurs;
- Experts en bases de données;
- Experts en processus d'entreprise (utilisant les technologies de l'information pour évaluer, automatiser, intégrer, surveiller et aider à l'amélioration des processus d'entreprise);
- Personnes possédant des compétences spéciales en relations publiques et en communication, notamment : capacité d'écoute active et efficace, capacité à résoudre des problèmes, à expliquer des questions complexes en termes simples et à agir avec diplomatie dans le but de tisser des relations productives à long terme. Étant donné la vigilance croissante à l'égard des politiques et de l'administration des prix de transfert dans la plupart des pays, cet aspect est particulièrement important.

11.6.2.2 La cohésion de cette équipe aux compétences diversifiées devrait reposer non seulement sur des connaissances techniques et une volonté d'apprendre, mais aussi sur une adhésion collective aux objectifs et aux méthodes de travail de l'unité et de l'administration au sens large. En outre, le travail de l'unité doit s'appuyer sur une connaissance approfondie de ce qui motive les entreprises et des modes d'organisation qu'elles adoptent en vue d'atteindre leurs objectifs. Bien entendu, l'idéal est d'avoir un accès régulier à de telles compétences, et de nombreux pays dotés de régimes de prix de transfert assez récents se sont initialement concentrés, par nécessité, sur les compétences juridiques, économiques et comptables, et le savoir-faire en matière de vérification et de bases de données¹¹¹.

11.6.2.3 Traiter avec les EMN exige des qualités et des compétences particulières. Pour fixer des prix de transfert, il faut comprendre comment les entreprises fonctionnent et la manière dont les lois fiscales et les principes

¹¹¹Ibid, p. 24.

économiques complexes influencent leurs activités commerciales. Il faut avoir une bonne connaissance de la fiscalité internationale et un jugement sûr pour choisir les domaines à cibler et les cas à vérifier, car certaines transactions sont davantage motivées par des raisons fiscales que d'autres. Il est de plus en plus important de pouvoir interpréter l'information et de distinguer ce qui est pertinent de ce qui ne l'est pas, car les occasions d'obtenir des renseignements auprès des autres administrations fiscales et des EMN se multiplient. Une administration qui dispose de renseignements, mais n'arrive pas les interpréter correctement peut se retrouver en plus mauvaise posture (surtout devant les tribunaux) que si elle n'y avait pas accès.

11.6.2.4 On considère souvent que le personnel versé en comptabilité peut facilement être formé sur les prix de transfert en raison de son enthousiasme habituel à l'idée de se spécialiser dans ce domaine; toutefois, on trouve un enthousiasme similaire chez ceux qui ont d'autres compétences. D'autres, comme les juristes et les économistes, ont des compétences spécialisées leur permettant de traiter les questions juridiques et économiques souvent complexes inhérentes aux dossiers de prix de transfert, et l'un des défis dans ce domaine est justement de combiner efficacement toutes ces compétences.

11.6.2.5 Au stade initial, il se peut que le pays (ou du moins l'administration) ne dispose pas d'une expertise en matière de prix de transfert et qu'il faille la bâtir presque entièrement. À un stade ultérieur, l'administration fiscale pourrait chercher à attirer des experts externes en instaurant des classements de postes représentatifs de la rareté des compétences et en offrant de bons salaires – des salaires peut-être plus élevés qu'à l'habitude, bien que cela puisse créer du ressentiment chez les autres membres du personnel. Les mesures incitatives non financières pourraient aussi jouer un rôle important, par exemple le fait de pouvoir travailler du « côté » gouvernemental, d'être plus près des politiques ou des lois (y compris au niveau international) et de jouir d'un mode de vie amélioré (meilleur équilibre travail-famille pour les parents, par exemple). Les pays développés pourraient être disposés à détacher un de leurs experts dans un pays en développement dans le cadre de l'aide publique au développement (APD) ou à parrainer un agent prometteur d'un pays en développement en l'accueillant au sein de leur administration.

11.6.2.6 Selon une étude, il est avantageux de pouvoir compter sur des experts détachés par d'autres pays (parfois le même fonctionnaire, plusieurs fois par an) qui ont été confrontés à des problèmes similaires et ont mis au point des approches pragmatiques pour y remédier¹¹². Ces experts peuvent faire part de leur expérience et donner aux vérificateurs plus d'assurance pour réclamer de l'information aux contribuables.

¹¹²Ibid, p. 25.

11.6.2.7 L'un des principaux défis d'une collaboration étroite avec les contribuables tient aux départs potentiels de nombreux experts parmi les mieux formés de l'administration fiscale vers le secteur privé. Ces départs ont un effet sur les dossiers individuels et le fonctionnement général de l'unité. Comme indiqué plus en détail ci-dessous, un système conçu pour l'acquisition et le partage des connaissances en matière de prix de transfert au sein de l'unité, comprenant la participation de l'équipe, une gestion efficace et un examen régulier des dossiers, atténuera les effets de ces départs, tout comme un système efficace d'enregistrement et d'archivage des avis et documents pertinents en matière de prix de transfert relatifs à des dossiers particuliers. Quoi qu'il en soit, cette interaction des « cultures » de l'administration et du milieu des affaires peut être utile pour tous, au fil du temps, car elle permet à chacune des parties de comprendre ce qui motive l'autre et de connaître ses attentes.

11.6.2.8 Outre l'expertise technique, les compétences interpersonnelles des agents jouent un rôle important dans l'exercice de leurs fonctions. Des aptitudes pour la négociation et la communication sont essentielles, car les prix de transfert exigent de nombreuses interactions avec les EMN. Il y a souvent un éventail de résultats possibles en matière de prix de transfert et une place pour la discussion. Les compétences qui rendent ces discussions aussi professionnelles et efficaces que possible sont une composante clé d'une unité des prix de transfert performante.

11.6.2.9 Des problèmes d'intégrité peuvent surgir en raison des contacts étroits entre les entreprises et l'administration fiscale, des importantes sommes d'argent souvent en jeu, de l'exercice du pouvoir discrétionnaire et du jugement nécessaires pour formuler des conclusions adéquates en matière de prix de transfert, et du fait que cette analyse peut aboutir à un éventail de résultats au lieu d'une seule réponse claire. Ces problèmes peuvent être exacerbés par le fait que de nombreux agents du fisc chargés des questions de prix de transfert rejoignent ensuite le secteur privé. La meilleure façon de remédier à ces problèmes est de mener les discussions avec les EMN en équipe et de conserver les comptes rendus de ces discussions. Ceux-ci devraient pouvoir être examinés à l'intérieur de l'administration afin de vérifier si les politiques et les pratiques adéquates ont été suivies et qu'une approche uniforme a été appliquée d'un contribuable à l'autre. Cela permet de garantir que l'organisation des travaux est transparente et ouverte, et qu'elle prévoit des contrôles et contrepoids qui réduiront les risques de tentation, des deux côtés. De plus, il est important de reconnaître la nécessité de protéger les agents contre d'éventuelles accusations mensongères portées envers leur intégrité, qui peuvent ébranler leur volonté d'aborder chaque dossier de manière équitable et impartiale. Les contrôles et contrepoids devraient être conçus de manière à aider les agents à agir dans les règles et à préserver l'efficacité de l'unité. Il faudrait également envisager

un moyen pour les agents de porter les questions d'intégrité à l'attention de la direction (par des canaux sûrs qui donneront suite à ces signalements sans punir le dénonciateur ni décourager ce type de comportement à l'avenir).

11.6.2.10 Le système de contrôles et de contreponds peut comprendre des vérifications régulières internes visant des membres de l'unité. Ces vérifications pourraient inclure des examens de la qualité, de la cohérence et de la rapidité des décisions ainsi que, éventuellement, des biens personnels des agents (par exemple, vérification de l'exactitude des déclarations de situation financière et d'intérêts). Si les ressources le permettent, un mécanisme de double contrôle des vérifications, incluant une rotation des vérificateurs nouveaux dans leurs fonctions, peut s'avérer utile à cet égard.

11.6.2.11 Un examen des dossiers importants par un groupe de travail formel ou des examens informels par un groupe de haut niveau peuvent être un bon moyen d'assurer la cohérence, l'uniformité, le respect des décisions administratives, l'intégrité, la viabilité des normes techniques et une gestion efficace des dossiers. Dans une certaine mesure, cela peut aussi faire partie de la formation en cours d'emploi. Idéalement, le groupe chargé de l'examen devrait comprendre non seulement des agents de l'unité, mais aussi des agents d'autres secteurs pertinents. Le groupe pourrait être composé d'agents responsables d'un type d'entreprise ou d'industrie (par exemple, les agents du bureau des gros contribuables, s'il est distinct), d'agents de renseignements, d'agents de l'unité économique (s'il existe un groupe distinct d'économistes travaillant sur les questions de prix de transfert, mais ne faisant pas partie de l'unité des prix de transfert; cette question est abordée ci-après), d'experts des conventions fiscales et d'agents qui s'occupent de domaines potentiellement connexes, comme la sous-capitalisation. On peut s'attendre à voir augmenter les besoins en contrôles et contreponds, car les sociétés civiles et les parlements porteront plus d'attention aux questions de prix de transfert au cours des prochaines années, probablement dans la plupart des pays¹¹³.

11.6.2.12 Pour fonctionner efficacement, une unité des prix de transfert doit combiner des compétences juridiques et une expertise économique. Les questions de prix de transfert exigent une bonne compréhension de la fixation des prix, des principes économiques, du marché, des affaires et de l'industrie. Cela dit, il est également important de comprendre les enjeux de fiscalité internationale et la logique fiscale qui sous-tend les transactions concernées.

11.6.2.13 On se demande parfois s'il est préférable de répartir le personnel spécialisé, comme les économistes, dans plusieurs équipes ou de regrouper les

¹¹³ Ibid, p. 36 et les suivantes.

spécialités professionnelles, du moins au démarrage, dans une unité distincte. Plusieurs de ces mêmes questions se posent lorsqu'une unité des prix de transfert est créée. L'avantage tiré d'une distribution plus large de l'expertise économique (à titre d'exemple) tient au traitement des questions économiques comme un aspect, parmi d'autres, du régime de prix de transfert. Ainsi, l'expertise économique est diffusée plus largement au sein de l'administration fiscale, et l'optique économique est plus facilement intégrée dans le travail des équipes multidisciplinaires.

11.6.2.14 En revanche, un groupe d'économistes distinct permet un plus grand contrôle de la qualité en matière d'uniformité des analyses économiques, surtout durant la phase de démarrage. En outre, les économistes d'un nouveau domaine peuvent discuter de nouveaux enjeux et apprendre les uns des autres plus facilement. On peut aussi considérer que, comme pour toute compétence spécialisée, le fait de regrouper les économistes durant la phase de démarrage est une façon de préserver l'intégrité et d'encourager un traitement cohérent et uniforme des problèmes qui se posent.

11.6.2.15 Quelle que soit l'approche adoptée, il faudra prendre des mesures pour assurer des échanges et un partage des connaissances suffisants entre le groupe d'économistes et d'autres fonctionnaires appartenant à des équipes multidisciplinaires des prix de transfert. De plus, il peut être judicieux d'envisager la création d'un groupe distinct pour l'évaluation des risques.

11.6.3 Formation

11.6.3.1 Dans certains pays, le système éducatif génère un bassin constant de comptables, de vérificateurs, d'économistes et de juristes dans lequel l'administration fiscale peut puiser. Dans d'autres pays, la situation est plus difficile, soit parce que le système éducatif officiel ne forme pas suffisamment de diplômés qualifiés, soit en raison de la concurrence exercée par le secteur privé, notamment sur le plan des salaires. Cela influe sur le type de formation requise, et il est de la plus haute importance d'évaluer les connaissances, les capacités et les compétences des agents.

11.6.3.2 Avant d'élaborer ce que l'on pourrait appeler un « plan d'apprentissage » pour l'unité et ses membres, une évaluation des capacités existantes s'impose. Cette évaluation ne peut se faire sans un contexte, c'est-à-dire sans établir les objectifs à court, moyen et long terme de l'unité; il s'agit donc essentiellement d'une « analyse des lacunes », qui vise à déterminer les mesures à prendre pour passer de la capacité actuelle à la capacité souhaitée. Cette analyse déterminera la marche à suivre pour atteindre les objectifs à différents stades de la vie de l'unité et selon divers scénarios.

11.6.3.3 Il convient ensuite d'élaborer un programme de formation pour opérationnaliser les conclusions de l'analyse. Pour commencer, il est utile de pouvoir compter sur un groupe d'experts ayant des antécédents en droit et en comptabilité. Le groupe pionnier à former devrait être composé de hauts fonctionnaires des impôts issus de l'administration (et de préférence aussi du secteur de l'élaboration des politiques). Ce sont les pionniers et les mentors qui devront sensibiliser leurs collègues à l'importance d'une capacité en matière de prix de transfert. Ils organiseront des conférences et des séminaires internes pour former les fonctionnaires qui deviendront le prochain groupe d'experts et leur permettre de parfaire leurs compétences et connaissances.

11.6.3.4 Les cours de spécialisation seront un aspect important du programme de formation. Le domaine des prix de transfert étant hautement spécialisé, une formation donnée sur place par des experts internationaux et possiblement une formation à l'étranger seront nécessaires et viseront à assurer que les participants diffusent à une grande échelle leurs nouvelles connaissances à leur retour (par exemple, en adoptant une approche de formation des formateurs). Cette formation, à l'image de toutes les autres, doit répondre à une demande, satisfaire les besoins de l'unité des prix de transfert et s'ajuster à son niveau actuel de compréhension en vue de faire progresser les connaissances et de favoriser l'engagement. La formation axée sur la demande exige aussi de tenir les intéressés au courant du potentiel d'amélioration de leurs capacités et de leur rendement (ainsi que de leur satisfaction professionnelle) lié à une formation ciblée. Les organismes internationaux œuvrant pour le développement, les groupements régionaux d'administrations fiscales, les organisations internationales et les établissements de formation sont peut-être disposés à fournir de l'aide à cet égard.

11.6.3.5 L'étape suivante consiste à étendre ces connaissances et cette expertise en matière de prix de transfert. Une possibilité serait par exemple de dispenser la formation adéquate à plusieurs employés disposant des pouvoirs et des qualifications appropriés, dans chaque région, en vue de leur confier la poursuite la formation, qu'ils mèneraient de pair avec des activités opérationnelles. Toutefois, l'inconvénient de ce modèle serait le ressentiment éprouvé par les autres agents du fisc à l'égard des membres de ce groupe, surtout s'ils bénéficient d'incitations financières et non financières, comme cela arrive parfois. Au cours de cette période initiale, on s'attend à ce que seuls quelques dossiers soient traités; néanmoins, l'expérience en matière de prix de transfert est en train de se bâtir. Il est souhaitable que ces spécialistes rencontrent les responsables politiques pour leur faire part des faits nouveaux et discuter de ce qui se passe dans d'autres pays. Cela permettra aux responsables politiques de connaître les enjeux importants et d'être informés à l'avance des problèmes qui se profilent et qui pourraient nécessiter des interventions rapides, mais réfléchies.

11.6.3.6 Parallèlement à cela, cette même approche peut servir à former la prochaine génération de spécialistes. L'objectif ultime est de faire en sorte que tous les spécialistes de l'impôt sur le revenu des sociétés soient capables de traiter au moins certains aspects des dossiers de prix de transfert. Avant que cet objectif ne soit atteint, il faudra que le plus grand nombre possible de ces spécialistes des EMN sachent au moins *identifier* les dossiers présentant des problèmes de prix de transfert, qui seront ensuite examinés plus en détail par les spécialistes des prix de transfert. Même s'ils ne peuvent peut-être pas répondre eux-mêmes à toutes les questions, ils sauront comment identifier les problèmes et où chercher les réponses. De plus, en participant à ce processus, ils pourront approfondir leurs connaissances.

11.6.3.7 Bien entendu, la formation ne devrait pas porter uniquement sur les questions de prix de transfert, car une connaissance approfondie du fonctionnement d'une industrie, y compris de ses chaînes de valeur, peut être particulièrement importante pour l'expert des prix de transfert qui est principalement attiré à cette industrie¹¹⁴. Il est très important que la formation comprenne des aspects de gestion, de négociation et de développement des aptitudes interpersonnelles. Même chose pour la gestion des connaissances, la planification de projets, les bases de données et d'autres compétences informatiques. Une formation sur la déontologie peut aider à sensibiliser les agents aux questions éthiques liées à leurs nouvelles fonctions et aux règles de conduite juridiques plus formelles, ainsi qu'à la manière dont elles interagissent (notamment en ce qui a trait au pouvoir discrétionnaire).

11.6.4 Documents de recherche/Bases de données

11.6.4.1 L'unité devrait avoir accès aux ouvrages de base sur les prix de transfert et, si les finances le permettent, être abonnée à une revue spécialisée dans les prix de transfert qui traite de questions d'actualité intéressant les pays. Comme on l'indique ailleurs dans le présent Manuel, les bases de données sont utilisées par les administrations, les contribuables et leurs conseillers pour la recherche et l'évaluation d'éventuels comparables. Elles peuvent être utilisées pour l'analyse de documents tels que :

- Rapports annuels des entreprises;
- Rapports des vérificateurs;
- Comptes de résultat;
- Notes afférentes aux états financiers;
- Bilans financiers;

¹¹⁴ Ibid, p. 26.

- Documents indiquant la nature des transactions entre parties liées;
- Documents indiquant la nature des activités;
- Documents indiquant les marges bénéficiaires.

11.6.4.2 Ces bases de données peuvent donner accès à des données de sociétés privées qui ne sont pas accessibles au public, ainsi qu'à des données de sociétés publiques. Elles peuvent aussi être utiles pour systématiser la façon dont les données sont utilisées, pour garder une trace de ce qui est examiné, de qui l'a examiné et des décisions en résultant qui ont été prises, pour garantir que les documents sont facilement accessibles et consultables, pour fournir des sauvegardes régulières et pour offrir un service d'assistance, qui peut avoir un rôle éducatif.

11.6.4.3 Les bases de données privées sont généralement coûteuses, mais il est parfois possible de négocier un prix initial bien inférieur au prix habituel. On ne peut bien sûr pas présumer que le prix bas sera toujours proposé. Une mise en garde, cependant: il n'existe pas de données pertinentes provenant des sociétés locales pour de nombreux pays en développement et la pertinence des bases de données fondées sur d'autres marchés et contextes doit être évaluée avec soin – l'adaptation des données à vos besoins peut être très coûteuse en ressources. Cette question est traitée plus en détail au chapitre 3 sur l'analyse de comparabilité.

11.6.4.4 Quelles qu'elles soient, les ressources en matière de prix de transfert sont généralement coûteuses, et toute proposition sollicitant l'aide de donateurs pour la mise en place d'un régime de prix de transfert devrait prévoir un poste budgétaire pour ces ressources. Le document intitulé « *Boîte à outils pour faire face aux difficultés liées au manque de comparables dans les analyses de prix de transfert* », publié par La Plateforme de collaboration sur les questions fiscales, aborde certains des problèmes liés à l'utilisation des bases de données, en particulier en ce qui a trait à l'ajustement des comparables provenant d'autres marchés et à certaines des compétences nécessaires (voir le paragraphe 2.5.3.2).

11.6.5 Stratégies d'information

11.6.5.1 L'unité devra avoir accès au matériel informatique et aux logiciels nécessaires pour gérer la complexité et le volume des renseignements liés aux prix de transfert, ainsi qu'aux mesures de sécurité adéquates, étant donné la sensibilité commerciale de l'information qu'elle détiendra sur les contribuables.

11.6.5.2 Des stratégies de gestion de l'information seront nécessaires pour

encadrer cette technologie et la façon dont les renseignements sont conservés. Les dossiers des contribuables doivent être conservés de manière sécurisée, mais centralisée, afin que l'on sache clairement quels renseignements ont été demandés aux contribuables et quand, et quels renseignements ont été reçus et quand. De plus, on devrait pouvoir vérifier à quel moment les documents ont été consultés, par qui parmi les personnes autorisées à le faire et si des renseignements ont été téléchargés. Une politique de sauvegarde des données sera nécessaire, ainsi que des mesures visant à éviter toute perte de données en cas de corruption ou de perte de la sauvegarde (par exemple, conservation de doubles à différents endroits et conservation des sauvegardes immédiatement précédentes). Il est important d'éviter la perte ou la destruction de documents et de veiller à ce que le volume de documents habituellement élevé des dossiers de prix de transfert ne soit pas excessif et à ce qu'il soit conservé de manière sécurisée. Il faut toujours garder à l'esprit la possibilité d'un litige sur des questions de prix de transfert, même si les deux parties devraient le considérer comme un dernier recours.

11.6.5.3 Certains pays exigent des documents en format électronique, et d'autres exigent ou encouragent un système d'index et une description du système d'archivage. Lorsque cette information est consultable électroniquement, sous réserve de la disponibilité des logiciels et compétences nécessaires, on peut réaliser de grandes économies de ressources lors du traitement de dossiers souvent très volumineux, accélérer les temps de réponse et réduire les risques de perte d'information. Il faut toujours prendre en compte le coût que représentent pour les contribuables certains formats de documents au moment de définir les dispositions légales ou réglementaires applicables.

11.7 Des processus opérationnels efficaces et efficaces

11.7.1 La rationalisation et la simplification des procédures font partie de la réforme de l'administration fiscale visant à réduire les coûts de conformité pour les contribuables et les coûts de perception de l'impôt pour les administrations. Tout processus envisagé dans un pays devrait être pensé dans l'optique de la création d'une capacité en matière de prix de transfert. En effet, une complexité excessive des procédures peut ouvrir la porte à des processus plus informels, à des raccourcis ou à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire sans fondement juridique et/ou à un traitement non uniforme des dossiers. Cela représente une menace pour l'intégrité du système et augmente les coûts de conformité et de perception de l'impôt.

11.7.2 Il est utile d'examiner ce que font les autres administrations dans des cas similaires, en particulier les administrations de la même région, et de prendre exemple sur elles, à moins que cela s'avère inadéquat, après un

examen approfondi des options et la consultation des parties prenantes. En examinant d'abord ce qui se fait ailleurs, on peut réduire les coûts de conformité pour les contribuables et favoriser un climat d'investissement positif sans nuire à la capacité d'agir en cas de non-conformité. En fait, il s'agit de renforcer cette capacité, car l'utilisateur peut s'inspirer des pratiques d'autres administrations et probablement traiter avec elles plus efficacement grâce à des points communs.

11.7.3 Dans tous les cas, la législation ou la réglementation en matière de prix de transfert prévoit généralement une certaine latitude. Ce pouvoir discrétionnaire est un compromis entre, d'une part, un système flexible qui tient compte des circonstances particulières et reconnaît la possibilité de différences dans l'analyse des prix de transfert et, d'autre part, le risque de donner lieu au traitement inégal de cas similaires (favorisant ainsi un contribuable par rapport à un autre) ou de soulever des problèmes d'intégrité. Des directives claires sur l'exercice du jugement discrétionnaire et un système de supervision seront nécessaires.

11.7.4 En raison des sommes d'argent en jeu dans de nombreux dossiers de prix de transfert, et peut-être parce que les experts gouvernementaux en la matière quittent souvent leurs fonctions au profit du secteur privé, des contrôles et des contrepoids solides sont nécessaires lorsque les décisions concernent les obligations fiscales des contribuables. Par ailleurs, il est important de préciser que l'unité ne cherche pas à nuire aux entreprises, mais qu'elle reconnaît la façon dont elles fonctionnent, la nécessité de respecter la loi et l'obligation de fournir un service aux contribuables et d'appliquer des mesures d'application strictes uniquement lorsqu'elles sont justifiées et de manière équitable.

11.8 Prise en compte des considérations précédentes dans la mise en œuvre

11.8.1 Au vu de ce qui précède, la phase de démarrage d'une unité des prix de transfert nécessite :

- Un regard critique sur la disponibilité des ressources humaines au sein de l'administration fiscale. Il est essentiel d'établir des priorités et de faire des choix concernant l'attention à accorder aux différents types d'impôts. Une politique de prix de transfert n'atteindra pas son objectif si l'administration fiscale ne dispose pas de ressources suffisantes pour la mettre en œuvre;
- Une compréhension des caractéristiques économiques du pays. Il sera utile de s'informer des volumes d'échanges et d'autres indicateurs liés aux transactions transfrontières. En phase de démarrage,

de nombreux pays se concentrent sur leurs principales industries (par exemple l'exploration minière, les produits pharmaceutiques, les télécommunications, les brasseries et l'automobile) et généralement sur les principaux acteurs de ces industries;

- De bonnes relations professionnelles avec les entreprises. Si la politique est acceptée et comprise, elle réduira les coûts de conformité et de perception de l'impôt. La tenue de réunions avec toutes les parties prenantes permettra de bâtir et d'améliorer efficacement la politique et les capacités en matière de prix de transfert. De plus, ces réunions réduiront les non-conformités dues à une mauvaise compréhension des exigences du régime et mettront à disposition plus de renseignements à jour sur les problèmes existants et émergents. Cela permet de mieux cibler les directives et les mesures d'application et d'accroître leur efficacité;
- Une bonne compréhension de ce que d'autres pays ont fait à un stade similaire, de ce qu'ils font aujourd'hui et l'évolution que cela représente. À cet effet, on peut :
 - Inviter des représentants d'autres pays ayant traité des questions de prix de transfert à présenter leur point de vue et leur expérience;
 - Planifier des détachements réciproques avec des pays offrant une expérience adéquate et disposés à apporter leur aide; cela peut être un excellent moyen d'apprendre. Au préalable, il faudra définir clairement les connaissances recherchées, les raisons pour lesquelles le pays d'accueil est bien placé pour transmettre ses connaissances, ainsi que l'impact et les effets d'entraînement attendus;
 - Rechercher le soutien de donateurs pour organiser des visites dans ces pays. Prévoir une sélection rigoureuse et stratégique des participants, un programme de travail solide et une obligation de rendre compte des résultats et des connaissances acquises. Tout cela permettra d'éviter que la visite soit perçue, y compris par l'autre pays ou les donateurs potentiels, comme une visite d'agrément. Une telle formation peut offrir d'importants avantages supplémentaires en gestion du personnel, car elle pourrait être offerte aux personnes les plus disposées à apprendre et les plus susceptibles de demeurer au sein de l'organisation un certain temps et d'exercer des fonctions de direction technique ou de gestion en matière de prix de transfert;
 - Étudier les possibilités d'aide à la formation offertes par les organisations internationales comme les Nations Unies, l'OCDE, le

Groupe de la Banque mondiale et le FMI, et par les organisations régionales comme le Forum africain sur l'administration fiscale (ATAF) et le Centre interaméricain des administrations fiscales (CIAT).

- Une capacité à définir, avec les responsables politiques et les administrateurs intervenant dans le processus, les axes importants d'intervention, en tenant compte des éléments suivants :
 - Principales caractéristiques des industries du pays, par exemple les activités de fabrication ou de distribution;
 - Principaux types de dossiers traités par l'administration fiscale;
 - Principaux types d'activités à intégrer en priorité dans la mise au point des politiques, en reconnaissant la nécessité d'ancrer les politiques dans la réalité; et
 - Études de cas pratiques pouvant servir à l'élaboration des politiques et aux discussions sur les questions d'administration.

11.8.2 Après le lancement de l'unité des prix de transfert, les domaines d'intervention évolueront en fonction de facteurs tels que le stade de développement de la politique de prix de transfert et de l'administration. Les premières années, il est souvent jugé utile de se concentrer sur des activités moins complexes comme la fabrication en sous-traitance, les services intragroupes, etc. Le niveau d'expérience augmentant, l'accent sera souvent mis sur des domaines plus complexes et exigeants comme les biens incorporels et les réorganisations d'entreprises. C'est ce qu'ont fait les pays développés. Toutefois, cela ne signifie pas que les cas flagrants d'erreurs de fixation des prix dans ces domaines plus complexes ne doivent pas être traités à un stade précoce.

11.9 Évaluation de l'efficacité et perfectionnement de l'approche

11.9.1 Il est préférable de créer un système de suivi (veille), fondé sur un cadre de référence définissant les principaux indicateurs et résultats de rendement. Il est important de ne pas imposer trop de formalités administratives au personnel, qui risque de manquer de temps et de ressources. Toutefois, les éléments à vérifier (certains au moyen de données brutes, d'autres au moyen de questionnaires et d'entretiens) sont notamment :

- Délais associés aux différends en matière de prix de transfert;
- Rendement des vérifications axées sur les risques et pourcentage de vérifications fructueuses;
- Ajustements apportés au calcul de l'impôt;

- Capacité à réagir rapidement aux nouveaux problèmes, notamment au moyen d'effets dissuasifs mesurables sur le comportement des contribuables;
- Nombre de procédures amiables;
- Efficacité des campagnes de sensibilisation et contact permanent avec les groupes d'entreprises et leurs conseillers; preuves telles que l'augmentation de la fréquentation du site Web;
- Pourcentage de communications par écrit et d'appels téléphoniques traités par rapport aux normes de service à la clientèle préalablement établies;
- Total des frais administratifs de l'unité en pourcentage des perceptions brutes de l'impôt;
- Améliorations apportées au processus et à la législation découlant des domaines de travail;
- Formation suivie et donnée, et son incidence mesurable;
- Preuve du partage des meilleures pratiques avec d'autres services de l'administration publique et d'autres autorités fiscales dans le cadre d'une stratégie d'amélioration continue.

11.9.2 Comme pour tout processus de mesure de ce type, si les données collectées ne sont pas utilisées par la direction pour évaluer les progrès, il faudrait en examiner les raisons et modifier les exigences relatives aux données ou améliorer l'utilisation des données. En d'autres termes, il faudrait revoir régulièrement le processus d'examen pour en vérifier l'efficacité.

11.10 Exemples de renforcement des capacités en matière de prix de transfert par pays

11.10.1 Le Japon a commencé à administrer les prix de transfert en créant une petite unité à la fin des années 1980. Après avoir cerné les besoins rapidement croissants en matière de gestion des prix de transfert, l'Agence fiscale nationale a progressivement instauré à l'échelle nationale une formation sur la fiscalité internationale, dont profitent aujourd'hui environ 100 stagiaires chaque année; elle a également réorganisé et progressivement agrandi la division des examens nationaux et régionaux. Actuellement, l'administration centrale comprend des sections des prix de transfert et un bureau des procédures amiables, tandis que dans les quatre principaux bureaux régionaux, des divisions spéciales sont dédiées aux prix de transfert (dont deux divisions spécialisées dans les APP). Bien que certains documents essentiels relatifs aux prix de transfert doivent, en vertu de la loi, être traduits en japonais, les

spécialistes des prix de transfert possèdent généralement des connaissances linguistiques suffisantes pour examiner les livres comptables et autres documents originaux rédigés en anglais.

11.10.2 En **Inde**, le renforcement des capacités s'est fait principalement par la formation en cours d'emploi. La Direction générale des prix de transfert s'est étoffée, car le nombre de dossiers soumis à une vérification augmente chaque année depuis 2004, année de sa création. L'Académie nationale des impôts directs, organisme responsable de la formation, donne des cours spécialisés aux agents. La Direction générale a organisé des séminaires et des conférences pour que les agents chargés des vérifications puissent échanger leurs points de vue et pour renforcer les capacités des agents qui entrent au service de la Direction.

11.10.3 En **Malaisie**, en réaction à l'augmentation des enjeux entourant les transactions transfrontières entre parties liées dans les dossiers de vérification et d'enquête, l'*Inland Revenue Board Malaysia* (IRBM) a créé une unité de vérification des prix de transfert, connue sous le nom d'Unité spéciale de vérification, le 1^{er} août 2003.

11.10.4 À ses débuts, l'unité comptait cinq agents, en poste au siège de l'IRBM, qui relevaient du directeur du service de la conformité. De 2004 à 2009, l'IRBM disposait également de deux vérificateurs, en poste dans chacun des bureaux des États de Penang et de Johor, qui traitaient les dossiers de prix de transfert avec l'aide de l'unité spéciale de vérification. En 2007, les dossiers de prix de transfert étaient devenus plus complexes et l'unité spéciale de vérification comptait 12 membres; cependant, d'autres services continuaient de traiter des questions de prix de transfert, ce qui nuisait à l'uniformité du traitement des dossiers. L'IRBM a alors décidé de centraliser la vérification des prix de transfert afin d'accroître l'expertise des agents et de normaliser l'approche utilisée.

11.10.5 Le service de l'IRBM chargé de l'imposition des EMN a vu le jour avec l'adoption de la réglementation sur les prix de transfert en vertu des sections 140A et 138C de la Loi de l'impôt sur le revenu de 1967 de la Malaisie, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009. En 2008, des mesures visant à centraliser les activités entourant les prix de transfert ont été proposées; elles sont entrées en vigueur le 1^{er} mars 2009, lorsque l'unité a été séparée du service de la conformité pour former un service indépendant. Dirigé par un directeur principal, le service de l'imposition des EMN relève aujourd'hui directement du directeur général adjoint de la conformité. L'équipe est encore relativement petite, car l'intention est de développer l'expertise d'un petit groupe de personnes, qui seront ensuite dispersées pour fournir une assistance et des connaissances aux autres services de l'IRBM. Le service compte quatre sections, chacune dirigée par un directeur de section :

PARTIE C : DÉVELOPPEMENT DES CAPACITÉS EN
MATIÈRE DE PRIX DE TRANSFERT

- Section de la politique (un vérificateur), responsable des questions de règlement et de procédure;
- Section des vérifications multinationales (huit vérificateurs), qui effectue des visites de vérification;
- Section des vérifications de conformité (quatre vérificateurs), qui examine la conformité des dossiers vérifiés précédemment;
- Section des accords préalables en matière de prix de transfert (un vérificateur), qui s'occupe des demandes et du traitement des APP, y compris des APP bilatéraux et multilatéraux.

11.10.6 Les vérificateurs ont suivi diverses formations, en Malaisie et à l'étranger, dès la création de l'unité spéciale de vérification. Le service continue de donner aux vérificateurs accès à diverses formations pour leur permettre de parfaire leurs connaissances et leur expertise en matière de prix de transfert, et de faire profiter la communauté des prix de transfert de leurs connaissances et expériences.

11.10.7 Au **Kenya**, bien que l'administration fiscale ait encore des défis à relever en matière de ressources et de compétences, elle a pris des mesures énergiques pour renforcer les capacités de son unité des prix de transfert en la dotant d'un personnel suffisant, doté des compétences requises; en renforçant les capacités par la formation continue et le renouvellement des outils; en cultivant la motivation du personnel par la reconnaissance et les promotions, les formations et l'apprentissage au niveau international et en maintenant en poste les membres de l'unité qui ont des compétences multiples. L'unité des prix de transfert du Kenya comprend des membres hautement qualifiés dans le domaine des prix de transfert, notamment différents spécialistes comme des juristes, des comptables, des économistes et des analystes commerciaux, afin de garantir une bonne compréhension des activités commerciales.

11.10.8 Le principal défi que le Kenya ait à relever en ce qui a trait à la détermination des bénéfices de pleine concurrence est le manque de comparables dans le pays. Il n'existe pas de bases de données contenant des comparables spécifiques au Kenya ou, d'ailleurs, à l'Afrique. Par conséquent, l'administration fiscale et les contribuables s'appuient sur des bases de données européennes pour établir les niveaux de bénéfices conformes au principe de pleine concurrence. Les ajustements liés aux différences géographiques ou aux risques liés aux pays (par exemple, différences économiques, politiques et de marché) posent des défis.

11.10.9 S'inspirant des pratiques de l'Inde et de la Chine, l'administration fiscale kényane est en train de réfléchir aux économies de localisation, aux avantages spécifiques de localisation et aux primes de marché dans certaines industries, et ces facteurs seront pris en compte lors des vérifications.

12 Documentation

12.1 Introduction

12.1.1 Une documentation adéquate en matière de prix de transfert peut avoir plusieurs utilités. Une documentation de qualité sur les prix de transfert vise à : i) garantir que les contribuables prennent dûment en considération les exigences relatives aux prix de transfert lorsqu'ils établissent les prix des transactions entre entreprises associées; ii) fournir aux administrations fiscales l'information nécessaire pour qu'elles puissent évaluer en connaissance de cause les risques liés aux prix de transfert; et iii) fournir aux administrations fiscales des renseignements utiles afin de permettre l'évaluation de la situation d'un contribuable en matière de prix de transfert lors d'une vérification, contribuant ainsi à éviter les différends et à résoudre en temps utile tout différend éventuel en matière de prix de transfert.

12.1.2 Le Projet BEPS de l'OCDE/G20 a créé une norme de documentation plus uniforme et utile à l'intention des pays. Dans la mesure du possible, les obligations de documentation des prix de transfert adoptées par un pays devraient être compatibles avec les normes internationales établies afin d'alléger les contraintes de conformité imposées aux contribuables. Lorsque ces normes internationales sont appliquées, la documentation i) est suffisamment détaillée pour démontrer que le contribuable respecte le principe de pleine concurrence et ii) garantit la remise en temps utiles de ces renseignements aux autorités fiscales, leur permettant d'évaluer les risques fiscaux et d'entamer des enquêtes de vérification, le cas échéant. Un contribuable devrait déployer des efforts raisonnables pour enrichir sa documentation d'une analyse adéquate des prix de transfert de ses transactions significatives avec des entreprises associées et ainsi démontrer qu'il a déployé des efforts de bonne foi pour se conformer au principe de pleine concurrence.

12.1.3 Ce chapitre résume d'abord les évolutions récentes concernant l'établissement de principes directeurs internationaux en matière de documentation des prix de transfert. Ensuite, il examine de manière approfondie plusieurs enjeux d'actualité auxquels les pays en développement devront s'attaquer pour adapter les normes internationales à leurs besoins. Ce chapitre fournit des conseils pratiques sur les questions liées à la documentation des prix de transfert.

12.2 Principes directeurs internationaux en matière de documentation des prix de transfert

12.2.1 Norme de l'OCDE et du G20 relative à la documentation des prix de transfert

12.2.1.1 L'OCDE a publié ses premières orientations sur la documentation des prix de transfert en 1995, peu après l'élaboration des premières règles nationales en matière de documentation. Au départ, les principes directeurs de l'OCDE en matière de prix de transfert contenaient des principes généraux, mais ne précisaient pas d'éléments spécifiques à inclure dans la documentation des prix de transfert. Depuis, de nombreux pays ont adopté des règles en matière de documentation des prix de transfert et ont acquis de l'expérience dans l'administration de ces règles. Plusieurs organismes multinationaux ont également cherché à élaborer des normes uniformes en matière de documentation des prix de transfert. Malgré les mesures déployées par les organismes multinationaux pour encourager l'uniformité, les règles diffèrent d'un pays à l'autre à de nombreux égards, ce qui nuit aux efforts de conformité des contribuables à l'égard des obligations de documentation mondiales. C'est pourquoi, en 2015, dans le cadre du Projet BEPS mené avec le G20, l'OCDE a actualisé ses orientations en matière de documentation des prix de transfert afin d'établir une norme uniforme¹¹⁵.

12.2.1.2 Le Rapport final sur l'Action 13 (2015) du projet BEPS de l'OCDE/G20 propose une approche normalisée à trois niveaux pour la documentation des prix de transfert. Il recommande d'inclure les éléments suivants dans la documentation : i) un **fichier principal** contenant de l'information générale sur le groupe multinational, pertinente pour tous les membres du groupe; ii) un **fichier local** portant spécifiquement sur les transactions significatives des membres de l'EMN résidant dans la juridiction locale et décrivant la méthode de détermination des prix de transfert utilisée par le contribuable pour ces transactions significatives; et iii) une **déclaration pays par pays** (« déclaration PpP ») contenant certains renseignements relatifs à la répartition mondiale des bénéfices de l'EMN et des impôts qu'elle acquitte, ainsi que certains indicateurs généraux de la localisation de l'activité économique en son sein. Le Rapport final sur l'Action 13 comprend également des orientations sur la mise en œuvre des nouvelles règles de documentation et de déclaration. Les travaux de l'OCDE s'appuient sur des travaux antérieures, réalisées par d'autres organismes, comme ceux de l'UE.

¹¹⁵ OCDE (2015). *Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices : Documentation des prix de transfert et déclaration pays par pays – Action 13*. Paris: OECD Publishing. Accessible à l'adresse : https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/documentation-des-prix-de-transfert-et-aux-declarations-pays-par-pays-action-13-rapport-final-2015_9789264248502-fr#page1.

12.2.1.3 **Fichier principal.** Le fichier principal vise à fournir un aperçu général des activités mondiales de l'EMN. En vertu de la nouvelle norme sur la documentation de l'OCDE/G20, l'information suivante doit figurer dans le fichier principal :

- Schéma illustrant la structure juridique et actionnariale de l'EMN ainsi que la situation géographique des entités opérationnelles.
- Description générale des activités de l'EMN comprenant :
 - (a) Les sources importantes de bénéfices de l'entreprise;
 - (b) Une description (qui peut prendre la forme d'un diagramme) 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 ou service représentant plus de 5 % du chiffre d'affaires du groupe;
 - (c) Une liste et une brève description des accords importants de prestation de services entre membres de l'EMN, autres que les services de recherche et de développement (R&D), incluant une description 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 intragroupes;
 - (d) Une description des principaux marchés géographiques pour les biens et services du groupe auxquels il est fait référence au point b) ci-dessus;
 - (e) Une brève analyse fonctionnelle écrite décrivant les principales contributions des différentes entités du groupe à la création de valeur;
 - (f) Une description des opérations importantes de réorganisation d'entreprises ainsi que d'acquisition et de cession d'actifs intervenant au cours de l'exercice fiscal.
- Une description des actifs incorporels de l'EMN comprenant :
 - (a) Une description générale de la stratégie globale de l'EMN 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;
 - (b) Une liste des actifs incorporels de l'EMN qui sont importants pour l'établissement des prix de transfert et une indication des entités propriétaires de ces actifs incorporels;

- (c) Une liste des accords importants entre les entreprises associées identifiées relativement aux actifs incorporels, y compris les accords de répartition des coûts, les principaux accords de services de R&D et les accords de licence;
 - (d) Une description générale des politiques du groupe en matière de prix de transfert relatives à la R&D et aux actifs incorporels;
 - (e) Une description générale des transferts de parts d'actifs incorporels entre entreprises associées au cours de l'exercice fiscal, mentionnant les entités, les pays et les rémunérations correspondantes.
- Une description des dispositions financières interentreprises de l'EMN, y compris :
 - (a) Une description générale de la façon dont le groupe est financé, y compris des accords de financement importants conclus avec des prêteurs indépendants de l'EMN;
 - (b) L'identification de tous les membres de l'EMN exerçant une fonction centrale de financement pour le groupe, y compris du pays de constitution des entités considérées et de leur siège de direction effective;
 - (c) Une description générale des politiques de l'EMN en matière de prix de transfert relatives aux accords de financement entre entreprises associées.
 - Les états financiers consolidés annuels de l'EMN pour l'exercice fiscal considéré s'ils sont préparés par ailleurs à des fins d'information financière, réglementaires, de gestion interne, fiscale ou autres.
 - Une liste et une description brève des accords préalables en matière de prix de transfert unilatéraux conclus par l'EMN et autres décisions des autorités fiscales concernant la répartition des bénéfices entre pays.

12.2.1.4 **Fichier local.** La nouvelle norme de l'OCDE/G20 sur la documentation recommande d'inclure l'information suivante dans le fichier local :

- Une description de l'entité ou des entités de l'EMN qui ont des activités dans le pays, y compris :
 - (a) Une description de la structure de gestion de l'entité locale, un organigramme local et une description des personnes dont relève l'encadrement local et du pays dans lequel se trouvent les bureaux de ces personnes;

- (b) Une description précise des activités et de la stratégie d'entreprise de l'entité locale, indiquant notamment si cette entité locale a été impliquée dans des réorganisations d'entreprises ou des transferts d'actifs incorporels pendant l'année en cours ou l'année précédente, et expliquant les aspects qui affectent l'entité locale;
 - (c) Une description des principaux concurrents de l'entité locale.
- L'information relative aux transactions contrôlées significatives dans lesquelles l'entité locale intervient, notamment les renseignements que voici :
- (a) Une description de la transaction et du contexte dans lequel elle se déroule;
 - (b) Le montant des paiements ou des recettes interentreprises pour chaque catégorie de transactions contrôlées impliquant l'entité locale, ventilés en fonction de la juridiction fiscale du payeur ou du bénéficiaire étranger;
 - (c) Une identification des entreprises associées impliquées dans chaque catégorie de transactions contrôlées et de la manière dont elles sont liées;
 - (d) Une copie de tous les accords significatifs conclus par l'entité locale;
 - (e) Une analyse de comparabilité et une analyse fonctionnelle détaillée 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 précédentes;
 - (f) 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;
 - (g) Une indication de l'entreprise associée choisie comme partie testée, le cas échéant, et une explication des raisons de ce choix;
 - (h) Une synthèse des hypothèses importantes qui ont été posées pour appliquer la méthode de fixation des prix de transfert retenue;
 - (i) Une explication des raisons pour lesquelles une analyse pluriannuelle a été réalisée, le cas échéant;
 - (j) Une liste et une description de certaines transactions comparables sur le marché libre, le cas échéant, et des renseignements

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 cette information;

- (k) Une description de tout ajustement de comparabilité effectué;
 - (l) 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;
 - (m) Une synthèse de l'information financière utilisée pour appliquer la méthode de détermination des prix de transfert;
 - (n) Une copie des accords préalables en matière de prix (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 en cours d'analyse.
- Information financière pertinente, y compris :
- (a) Les comptes financiers annuels de l'entité locale pour l'exercice fiscal considéré;
 - (b) Des renseignements et des tableaux de répartition montrant comment les données financières utilisées pour l'analyse de détermination des prix de transfert peuvent être reliées aux états financiers annuels;
 - (c) Tableaux synthétiques des données financières se rapportant aux comparables utilisés dans le cadre de l'analyse et des sources d'où provient cette information.

12.2.1.5 Déclaration PpP. La déclaration PpP vise à fournir un aperçu général de la répartition mondiale des bénéfices de l'EMN et des impôts qu'elle acquitte dans les différents pays. Elle est destinée à l'évaluation des prix de transfert et d'autres risques fiscaux. Le Projet BEPS de l'OCDE/G20 prévoit un modèle de formulaire de déclaration PpP. Sur la première page du formulaire, l'EMN doit indiquer, juridiction par juridiction, les renseignements suivants pour les entités constitutives résidant dans la juridiction concernée :

- Total des revenus, ventilés selon le lien entre les parties (liées et non liées);
- Bénéfice (perte) avant impôt sur le revenu;
- Impôt sur le revenu payé (sur la base des règlements effectifs);

- Impôts sur les bénéfices dus pour l'année en cours;
- Capital social;
- Bénéfices non distribués;
- Nombre d'employés;
- Actifs corporels hors trésorerie et équivalents de trésorerie.

La deuxième page du formulaire impose à l'EMN les exigences déclaratoires suivantes, juridiction par juridiction :

- Le nom de chaque entité constitutive résidente de la juridiction;
- La juridiction d'organisation ou de constitution en société de chaque entité constitutive si celle-ci est différente de la juridiction de résidence;
- Les principales activités de chaque entité constitutive de l'EMN.

12.2.1.6 En plus de prévoir la normalisation du contenu du fichier principal, du fichier local et de la déclaration PpP, les orientations du Projet BEPS de l'OCDE/G20 abordent plusieurs questions importantes de mise en œuvre¹¹⁶.

- Il est recommandé dans le Rapport final sur l'Action 13 que les éléments relatifs au fichier principal et au fichier local de la norme sur la documentation soient mis en œuvre au moyen de la législation ou des procédures administratives nationales, et que le fichier principal et le fichier local soient déposés directement par le contribuable auprès des administrations fiscales de chaque juridiction concernée;
- Il est recommandé dans le Rapport final sur l'Action 13 que la déclaration PpP soit déposée auprès de la juridiction de résidence fiscale de la société mère de l'EMN et partagée par ce pays avec d'autres pays intéressés dans le cadre de l'échange automatique de renseignements, conformément à la Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, aux conventions fiscales bilatérales ou aux accords d'échange de renseignements fiscaux (AERF). On reconnaît toutefois que des mesures de substitution pour le dépôt local peuvent être nécessaires dans les cas où le pays de la société mère ne prévoit pas d'exigences relatives à la déclaration PpP ou lorsque d'autres circonstances précises empêchent la juridiction locale d'accéder à cette déclaration par le biais des mécanismes d'échange conventionnels. Par conséquent, si les pays

¹¹⁶ Ibid, annexe IV.

en développement doivent accéder à la déclaration PpP, ils devront soit adhérer à la Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, soit conclure une série de conventions fiscales bilatérales et/ou d'AERF permettant l'échange automatique des déclarations PpP déposées dans les juridictions des sociétés mères. Dans les deux cas, les pays devraient également mettre en place des mécanismes pour appliquer des mesures de substitution pour le dépôt local dans les cas où les membres de l'EMN opérant dans leur juridiction n'ont pas accès à toutes les données mondiales sur l'EMN contenues dans la déclaration PpP à laquelle les administrations fiscales ont droit. Des modèles d'accords entre autorités compétentes ont été élaborés pour mettre en œuvre l'échange de déclarations PpP et de nombreux pays ont déjà adopté l'accord de mise en œuvre dans le cadre de la Convention multilatérale. Il est attendu de la plupart des pays qu'ils choisissent d'adhérer à la Convention multilatérale¹¹⁷.

- Il est reconnu que la déclaration PpP peut soulever d'importantes questions de confidentialité. Les administrations fiscales devraient prendre toutes les mesures nécessaires pour qu'il n'y ait aucune divulgation au public de l'information confidentielle figurant dans la déclaration PpP ou d'autres éléments de la documentation des prix de transfert, notamment d'adopter des mesures juridiques appropriées pour protéger la confidentialité. La protection de la confidentialité est l'une des principales raisons pour lesquelles les pays ont accepté d'utiliser les mécanismes prévus par les conventions comme mécanisme principal d'échange des déclarations PpP;
- Il est reconnu que la déclaration PpP serait utile pour 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 renseignements figurant dans la déclaration PpP ne sauraient se substituer à une analyse des prix de

¹¹⁷ Les orientations de l'OCDE concernant les déclarations PpP, publiées depuis l'achèvement du Rapport final sur l'Action 13 du projet BEPS, contiennent des suggestions détaillées sur le dépôt des déclarations PpP, l'échange de ces déclarations entre pays concernés, la nécessité de préserver la confidentialité des déclarations PpP obtenues par des procédures d'échange de renseignements, et l'usage approprié des déclarations PpP. Ces orientations figurent dans les documents décrits aux paragraphes 12.2.1.7 et 12.2.1.8.

transfert réalisée pour chaque transaction et prix, fondée sur une analyse fonctionnelle et une analyse de comparabilité. Les renseignements figurant dans la déclaration PpP ne permettent pas en soi de déterminer de manière concluante si les prix de transfert sont adéquats ou non. La déclaration PpP ne devrait pas être utilisée par les administrations fiscales pour proposer des ajustements de prix de transfert fondés sur une méthode de répartition mondiale des bénéfices selon une formule préétablie. Si de tels ajustements de la répartition des bénéfices sont proposés sur la base des renseignements de la déclaration PpP, les pays participant au projet BEPS s'engagent à renoncer promptement à ces ajustements en cas de procédure devant une autorité compétente. Toutefois, cela ne signifie pas que les juridictions ne peuvent pas utiliser les données contenues dans la déclaration PpP pour mener des enquêtes supplémentaires sur les accords de prix de transfert conclus par les EMN ou sur d'autres questions au cours d'un contrôle fiscal;

- Il est recommandé d'imposer la déclaration PpP seulement aux EMN dont le chiffre d'affaires annuel consolidé est supérieur ou égal à 750 millions d'euros (ou son équivalent dans la monnaie locale, au taux de change en vigueur en janvier 2015);
- Les juridictions devraient utiliser le modèle de formulaire contenu dans le Rapport final sur l'Action 13 pour l'établissement de la déclaration PpP et s'en tenir à ces renseignements;
- Il a été convenu que tous les aspects de la déclaration PpP, y compris son contenu et sa mise en œuvre par les contribuables et les autorités fiscales, seraient réexaminés en 2020 après que l'on aurait acquis une certaine expérience dans la préparation et l'utilisation de la déclaration PpP. Au début de 2020, l'OCDE a publié une liste de questions qui seront étudiées dans le cadre de cet examen et a demandé aux personnes intéressées de transmettre leurs commentaires sur ces questions; et
- Les travaux de l'OCDE et du G20 ont également porté sur la question des normes technologiques de haut niveau pour le format des déclarations PpP afin de faciliter l'échange de ces déclarations¹¹⁸.

¹¹⁸ OCDE (2016). *Country-by-country Reporting XML Schema: User Guide for Tax Administrations and Taxpayers*. Paris: OECD Publishing. Accessible en anglais à <https://www.oecd.org/tax/country-by-country-reporting-xml-schema-user-guide-for-tax-administrations.htm>.

12.2.1.7 Depuis la publication du Rapport final sur l'Action 13, l'OCDE a, de temps à autre, publié des orientations sur la mise en œuvre du nouveau régime de déclaration PpP. Ces orientations figurent principalement dans deux publications intitulées *Déclaration pays par pays : Manuel pratique de mise en œuvre*, publiée en septembre 2017¹¹⁹, et *Instructions relatives à la mise en œuvre de la déclaration pays par pays : BEPS Action 13*, publiée en décembre 2019¹²⁰. Ces documents contiennent des suggestions détaillées à l'intention des pays qui exigent la déclaration PpP et des contribuables qui cherchent à se conformer à cette obligation.

12.2.1.8 Les orientations contenues dans ces deux documents traitent de sujets divers comme les options de déclaration transitoires pour les EMN, les obligations de notification des EMN pendant une période transitoire, les conséquences du non-respect des conditions de confidentialité, de cohérence et d'usage approprié par les pays et les contribuables, la mise en œuvre appropriée de l'obligation de dépôt local, le traitement des sociétés de personnes, des fonds d'investissement et autres entités spéciales, l'agrégation des données dans un pays particulier, le traitement des dividendes aux fins de la détermination du seuil déclenchant l'obligation de déposer la déclaration PpP et de nombreuses autres questions.

12.2.1.9 Ces documents contiennent aussi des orientations techniques à l'intention des gouvernements sur les mesures à prendre pour mettre en œuvre et simplifier le dépôt et l'échange des déclarations PpP entre les gouvernements, et des suggestions détaillées sur la formation du personnel gouvernemental concerné sur une base multilatérale. Il est important de souligner que les orientations de mise en œuvre précisent que le régime de la déclaration PpP est fondé sur l'utilisation des données comptables des entreprises et que la résolution de la plupart des questions détaillées de la déclaration repose sur les conventions comptables utilisées par les contribuables.

12.2.1.10 Pour les pays en développement, les orientations de mise en œuvre contiennent des conseils utiles sur le respect des conditions de confidentialité, le signalement du non-respect des règles d'utilisation des données des déclarations PpP, la possibilité de suspendre l'échange des déclarations PpP à la suite de consultations en cas de non-respect de ces mêmes règles, la résolution des

¹¹⁹ OCDE (2017). *Déclaration pays par pays : Manuel pratique de mise en œuvre*. Paris: OECD Publishing. Accessible à l'adresse : www.oecd.org/fr/ctp/beps/declaration-pays-par-pays-manuel-pratique-de-mise-en-oeuvre.pdf.

¹²⁰ OCDE (2019). *Instructions relatives à la mise en œuvre de la déclaration pays par pays – BEPS Action 13*. Paris: OECD Publishing. Accessible à l'adresse : www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/instructions-relatives-a-la-mise-en-oeuvre-de-la-declaration-pays-par-pays-beps-action-13.pdf.

cas d'ajustements improprement fondés sur les données des déclarations PpP, le schéma technologique à utiliser pour acheminer et recevoir les déclarations PpP dans le cadre du mécanisme d'échange de renseignements, et d'autres sujets importants liés à l'échange des déclarations PpP entre administrations fiscales.

12.2.2 Mise en œuvre des normes documentaires mondiales dans les pays en développement

12.2.2.1 Les pays participant au Projet BEPS ont élaboré les principes directeurs internationaux ci-dessus en vue de les adopter en fonction de leurs législations, priorités, capacités et expériences respectives en matière de prix de transfert. On ne peut pas automatiquement supposer que ces principes de l'OCDE/G20 doivent être adoptés dans leur intégralité par chaque pays en développement. Il est donc important, au moment de les examiner, de réfléchir à la manière dont elles peuvent être appliquées dans le contexte d'un pays en développement, en gardant à l'esprit les contraintes administratives pouvant exister au sein des administrations fiscales et des EMN. Toutefois, en examinant ces principes de l'OCDE/G20, tous les pays devraient également tenir compte du grand avantage que représente l'harmonisation des règles de documentation d'un pays à l'autre, car elle permet d'alléger le fardeau de conformité en matière de prix de transfert.

12.2.2.2 Les pays en développement peuvent supposer que, à l'avenir, les EMN produiront le fichier principal et que les grandes EMN produiront la déclaration PpP. Par conséquent, l'obligation de remettre ces documents à l'administration fiscale d'un pays en développement ne devrait infliger aucun fardeau administratif supplémentaire à l'EMN. L'important pour les pays en développement sera donc probablement de déterminer si le fichier local mentionné dans les orientations de l'OCDE/ G20 devrait être adopté tel quel dans le pays.

12.2.2.3 Les normes internationales ne sont pas directement applicables en droit interne. Comme indiqué ci-dessus, chaque pays doit adopter des lois et/ou des exigences administratives pour exiger le dépôt local du fichier principal et du fichier local. Comme de nombreux pays en développement ont entrepris une modernisation de leur administration fiscale et ont, dans la plupart des cas, largement investi dans l'automatisation, les pays peuvent examiner les nouvelles technologies disponibles à cet égard pour alléger les coûts de conformité, tant pour les administrations fiscales que pour les contribuables.

12.2.2.4 Les transactions entre entreprises associées ne sont pas toutes suffisamment significatives pour justifier l'inclusion d'une documentation complète dans le fichier local. Les obligations de documentation des prix de transfert prévues par chaque pays, fondées sur les orientations de l'OCDE/G20 relatives au contenu du fichier local, devraient intégrer des seuils d'importance précis

qui tiennent compte de la taille et de la nature de l'économie locale, de l'importance de l'EMN dans cette économie, de la taille et de la nature des entités d'exploitation locales, ainsi que de la taille globale et de la nature de l'EMN. Cette importance 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 une valeur fixe déterminée des transactions). Chaque pays devrait établir ses propres critères objectifs d'importance aux fins de la constitution du fichier local, en fonction des spécificités locales. Comme nous le verrons plus en détail ci-dessous, il conviendrait également d'envisager une dispense, pour les petites et moyennes entreprises (PME), de l'obligation de produire une documentation ou des règles limitant le volume de documentation à fournir.

12.2.2.5 De même, au moment d'établir les conditions imposées par le droit interne à l'égard du fichier principal, il conviendrait de reconnaître que les contribuables doivent faire preuve de jugement prudent pour déterminer le niveau adéquat de précision de l'information à fournir. Il conviendrait de garder 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 de l'EMN en cause. Des renseignements devraient être considérés comme importants si leur omission risque d'affecter la fiabilité des résultats en matière de prix de transfert.

12.2.2.6 La déclaration PpP est susceptible d'être transmise à la juridiction locale de la société mère de l'EMN et acheminée ensuite aux pays en développement dans le cadre des mécanismes d'échange prévus par les conventions. Toutefois, comme indiqué ci-dessus, il faudra peut-être que les pays en développement adhèrent à la Convention multilatérale d'assistance mutuelle en matière fiscale ou étendent leurs réseaux de conventions fiscales bilatérales et d'AERF pour avoir accès aux déclarations PpP. Les documents de mise en œuvre figurant dans le Rapport final sur l'Action 13 contiennent des modèles de législation et d'accords entre autorités compétentes, qui peuvent être adaptés aux besoins des différents pays souhaitant mettre en œuvre les exigences de la déclaration PpP. Des orientations détaillées substantielles sur la mise en œuvre du régime de la déclaration PpP ont été élaborées et publiées dans les documents cités aux paragraphes 12.2.1.7 et 12.2.1.8 ci-dessus, et devraient être prises en compte par les pays en développement dans leur mise en œuvre des déclarations PpP.

12.2.2.7 En envisageant la mise en œuvre de règles de documentation, les pays en développement pourraient choisir d'utiliser un formulaire de déclaration au lieu de la liste de documents requis figurant dans la description du fichier local de l'OCDE/G20. Si un tel formulaire de déclaration était utilisé en remplacement du fichier local, il devrait ménager un équilibre entre l'effort requis du contribuable et son utilité pour les autorités fiscales aux fins d'une

évaluation appropriée. Le formulaire devrait être utilisé seulement pour les transactions importantes entre les sociétés du groupe. Voir la discussion sur l'importance relative, au paragraphe 12.2.2.4. ci-dessus. Le formulaire dûment rempli (accompagné du fichier principal et de la déclaration PpP autrement préparés par le contribuable) pourrait suffire pour satisfaire aux obligations de documentation initiale. Dans ce cas, la production d'une déclaration complète et détaillée des prix de transfert ne serait requise qu'uniquement sur demande, au lieu d'avoir à être déposé systématiquement avec la déclaration de revenus.

12.2.2.8 L'utilisation d'un tel formulaire peut réduire le fardeau et les coûts de conformité pour les EMN, sans porter indûment atteinte à l'information ultimement communiquée aux autorités fiscales. Les formulaires utilisés au Canada et au Nigéria peuvent servir de modèles. S'il est convenu d'utiliser des formulaires de déclaration au lieu du fichier local, les autorités fiscales pourraient tenir compte du fait que, dans la mesure où ces formulaires de déclaration peuvent suivre un format cohérent (c'est-à-dire contenir les mêmes renseignements que ceux requis dans les formulaires de déclaration utilisés par les pays voisins dans lesquels le contribuable peut exercer des activités), le fardeau du contribuable lié à la préparation des formulaires pourrait s'en trouver allégé. Cela peut aider le contribuable à se conformer à ses obligations.

12.3 Expérience des EMN avec les principes directeurs internationaux en matière de documentation

12.3.1 Le fardeau de conformité en lien avec la documentation s'est considérablement accru ces vingt dernières années, car de plus en plus de pays ont instauré des exigences spécifiques en matière de documentation des prix de transfert. En 2000, une quinzaine de pays imposaient de telles exigences. En 2012, ce nombre est passé à près de 60 et, depuis, d'autres pays ont suivi. Comme il a été mentionné, il peut arriver que les obligations de documentation de prix de transfert diffèrent sensiblement d'un pays à l'autre, ce qui peut entraîner une augmentation substantielle des coûts de conformité pour les EMN.

12.3.2 Les EMN accueillent favorablement les initiatives qui instaurent des obligations de déclaration applicables dans plusieurs pays pour réduire le fardeau de conformité et les coûts connexes. Les principes directeurs internationaux susmentionnés devraient contribuer à l'harmonisation des règles pour éviter que la production de la documentation devienne une activité en soi au lieu de faciliter la tâche des EMN et la conformité fiscale internationale.

12.3.3 Actuellement, un grand nombre de rapports sur les prix de transfert sont préparés chaque année, uniquement pour répondre aux exigences locales, par exemple en ce qui a trait aux nuances spécifiques à un pays, à la langue locale, aux recherches annuelles et à l'attention croissante portée aux comparables

locaux. Comme de nombreuses entreprises ne subissent pas de modifications et/ou de réorganisations majeures chaque année, on peut s'interroger sur la valeur ajoutée d'un rapport annuel sur les prix de transfert. 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 détermination des prix de transfert appliquée. En règle générale, le fichier principal, le fichier local et la déclaration pays par pays devraient faire l'objet d'un nouvel examen ou d'une mise 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. Afin d'alléger le fardeau de conformité qui est imposé aux contribuables, l'administration fiscale peut déterminer, pour autant que les conditions d'exploitation demeurent inchangées, que la recherche dans les bases de données de comparables étayant en partie le contenu du fichier local soit actualisée tous les trois ans et non chaque année. Les données financières relatives aux comparables devraient cependant être actualisées tous les ans, afin d'assurer une application fiable du principe de pleine concurrence¹²¹.

12.3.4 L'uniformisation des renseignements requis peut permettre aux EMN d'élaborer un mécanisme qui récupère automatiquement (une partie de) cette information dans leurs systèmes d'information financière, réduisant considérablement leurs coûts de conformité.

12.3.5 Il est important que les règles en matière de documentation soient suffisamment générales pour refléter la réalité des transactions entre parties liées sans pour autant créer de contraintes excessives parce qu'un renseignement particulier serait censé être utile, bien que cela soit peu probable.

12.4 Guide pratique sur les règles et procédures de documentation

12.4.1 Charge de la preuve

12.4.1.1 Dans certains pays, c'est à l'administration fiscale qu'incombe la charge de la preuve en matière de calcul de l'impôt, sauf si une loi fiscale prévoit expressément le contraire. En règle générale, cela signifie que les contribuables

¹²¹ OCDE (2015). *Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices : Documentation des prix de transfert et déclaration pays par pays – Action 13*. Paris: OECD Publishing. Accessible à l'adresse : https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/documentation-des-prix-de-transfert-et-aux-declarations-pays-par-pays-action-13-rapport-final-2015_9789264248502-fr#page1. Des orientations supplémentaires ont été publiées depuis à l'adresse : <https://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/instructions-relatives-a-la-declaration-pays-par-pays-beps-action-13.htm>.

n'ont pas à prouver l'exactitude de leurs prix de transfert, à moins que l'administration fiscale ne l'exige pour des motifs concrets et précis. Pour de plus amples renseignements, il faut consulter le chapitre 10.

12.4.1.2 Toutefois, lorsque la législation ou la réglementation fiscale d'un pays prévoit des règles spécifiques en matière de documentation, il se peut que la charge de la preuve en matière de prix de transfert dans le cadre d'un transfert de biens ou de services à des parties liées incombe au contribuable, à moins que celui-ci ne soit réputé avoir rempli les obligations imposées par ces règles. Même lorsque la charge de la preuve incombe à l'administration fiscale, celle-ci peut exiger du contribuable qu'il fournisse une documentation sur ses prix de transfert, car, sans documentation adéquate, elle ne peut pas analyser le dossier correctement. Dans certains pays, lorsque le contribuable ne fournit pas de documentation adéquate, un régime de présomption réfragable permet de renverser la charge de la preuve et d'accueillir l'ajustement proposé par l'administration fiscale.

12.4.1.3 Dans les pays où elle incombe généralement au contribuable, la charge de la preuve peut être transférée à l'administration fiscale si le contribuable présente à l'administration fiscale (ou à un tribunal) un argument et des preuves raisonnables indiquant que le prix de transfert est conforme au principe de pleine concurrence. En outre, dans certains pays ayant des règles spécifiques en matière de documentation, la charge de la preuve est transférée à l'administration fiscale si le contribuable a raisonnablement respecté les règles en matière de documentation.

12.4.1.4 Les pays en développement devraient veiller à ce que, dans leur droit interne, les relations entre les règles en matière de documentation et la charge de la preuve soient claires. L'administration fiscale ou le contribuable ne devraient pas faire un usage abusif des règles de preuve pour se livrer à des assertions qui peuvent être difficiles à étayer au moyen d'une documentation standard des prix de transfert. En d'autres termes, tant l'administration fiscale que le contribuable devraient faire preuve de bonne foi en fournissant une documentation raisonnable attestant que leur fixation des prix de transfert est conforme au principe de pleine concurrence, quelle que soit la partie à qui revient la charge de la preuve.

12.4.2 **Calendrier de production de la documentation des prix de transfert**

12.4.2.1 Les pays ont des exigences différentes en matière de calendrier pour la production de la documentation des prix de transfert. Lorsque le contribuable a l'obligation de préparer la documentation au moment de la transaction, lors du dépôt de la déclaration de revenus ou au début d'une vérification, on parle d'obligation de produire une documentation « contemporaine ». Toutefois, le

Comité s'est abstenu d'utiliser le terme « contemporaine » pour décrire l'obligation de documentation dans ce chapitre afin d'éviter toute confusion, car les règles en matière de calendrier diffèrent d'un pays à l'autre. Les pays devraient déterminer les exigences en matière de calendrier qui répondent le mieux à leurs besoins et sont compatibles avec leurs procédures administratives. Les exigences en matière de documentation utilisées dans le monde entier peuvent comprendre un ou plusieurs des éléments suivants :

- Préparer l'information au moment de la transaction et la communiquer lors du dépôt de la déclaration de revenus;
- Préparer l'information au moment de la transaction et la communiquer sur demande, en cas de vérification;
- Préparer l'information au moment du dépôt de la déclaration de revenus;
- Préparer l'information uniquement si elle est demandée lors d'une vérification;
- Aucune exigence en matière de documentation.

12.4.2.2 Dans certains cas, les contribuables établissent une documentation de leurs prix de transfert pour démontrer qu'ils ont déployé des efforts raisonnables pour se conformer au principe de pleine concurrence au moment où leurs transactions intragroupes ont été effectuées, sur la base des renseignements dont ils pouvaient raisonnablement disposer à ce moment-là (ci-après « approche de la fixation de prix de pleine concurrence »). Cette information englobe non seulement des renseignements sur des transactions comparables des années antérieures, mais également des renseignements sur les changements qui peuvent s'être produits dans l'économie et sur le marché entre ces années antérieures et l'année de la transaction contrôlée. Dans de nombreux pays, les contribuables sont 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 (ci-après « approche du test du résultat de pleine concurrence »). Habituellement, ce test a lieu lors de l'établissement de la déclaration de revenus en fin d'exercice. Voir la section 3.6.2 pour une discussion détaillée de cette question. Voir également les *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert*, paragraphes 3.69 à 3.71.

12.4.2.3 Un pays qui souhaite établir une règle de documentation des prix de transfert devrait tenir compte de l'existence des deux approches de fixation des prix mentionnées ci-dessus. Que l'on utilise la méthode de la fixation de prix de pleine concurrence ou l'approche du test du résultat de pleine concurrence, il se peut que les données relatives aux comparables externes ne soient pas facilement accessibles au moment de l'analyse.

12.4.2.4 Les normes de l'OCDE/G20 en matière de documentation n'imposent pas de règles spécifiques concernant la date de production de la documentation ou sa date de remise aux autorités fiscales¹²². Selon les orientations contenues dans le Rapport final sur l'Action 13, la déclaration PpP doit être produite dans l'année suivant le dernier jour de l'exercice fiscal de l'EMN auquel elle se rapporte.

12.4.2.5 Selon les *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert*, il serait contraignant d'exiger une documentation détaillée pour toutes les transactions transfrontières entre entreprises associées et de la part de toutes les entreprises participant à ces transactions. Par conséquent, il serait déraisonnable d'exiger du contribuable qu'il joigne à sa déclaration de revenus des documents démontrant spécifiquement le bien-fondé de toutes les déterminations de prix de transfert. En particulier, le fichier local devrait être limité aux transactions significatives. Comme indiqué ci-dessus, en vertu des orientations de l'OCDE/G20, la définition de « transaction significative » relève du droit interne et devrait être adaptée aux circonstances du pays.

12.4.3 Sanctions

12.4.3.1 Un pays qui exige de ses contribuables qu'ils préparent la documentation des prix de transfert peut mettre en place un régime de sanctions afin d'assurer le respect de ses règles relatives à la documentation. Les sanctions liées au régime des prix de transfert peuvent généralement être réparties en deux groupes constitués en fonction des cas de non-conformité : i) les sanctions pour paiement insuffisant de l'impôt exigible; et ii) les sanctions pour non-respect des exigences relatives à la documentation.

12.4.3.2 Toutefois, un certain nombre de pays ont également adopté des mesures incitatives qui éliminent les sanctions liées au paiement insuffisant

¹²² En fin de compte, les questions d'archivage des documents pertinents peuvent dépendre du droit interne. La plupart des pays peuvent demander aux contribuables de conserver les documents sur support papier. Toutefois, suivant leur degré d'avancement technologique, certains pays peuvent demander au contribuable de conserver les documents dans un format électronique consultable plutôt que sur papier. Par exemple, en vertu de l'article 85-3 de la loi sur les impôts de la République de Corée (NBTA), les contribuables doivent préparer et conserver scrupuleusement les livres et documents pertinents relatifs à toutes les transactions jusqu'à l'expiration du délai de prescription. Toutefois, en vertu de la NBTA, les contribuables sont également autorisés à préparer les livres et documents pertinents susmentionnés au moyen d'un système électronique et, dans ce cas, ils sont tenus de conserver ces renseignements sur une bande magnétique, un disque ou tout autre support électronique. Voir les *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert* (2017), paragraphes 5.35 et 5.36.

de l'impôt lorsque les contribuables ont satisfait aux obligations de documentation, même si le revenu imposable s'avère être ajusté à la hausse à la suite d'un contrôle fiscal. L'idée, ici, c'est qu'aucune sanction n'est imposée en l'absence de faute.

12.4.3.3 En général, les sanctions peuvent être civiles (ou administratives) ou pénales. Le non-respect des obligations de documentation des prix de transfert donne généralement lieu à des sanctions pécuniaires civiles ou administratives, plutôt que pénales. Dans certains pays, le non-respect par le contribuable des règles en matière de documentation peut entraîner un examen plus minutieux de la part de l'administration fiscale ainsi qu'une évaluation des risques et des ajustements sur la base d'autres renseignements dont dispose l'administration fiscale ou sur la base d'autres méthodes de détermination des prix de transfert. Ces dossiers font l'objet d'une attention particulière et peuvent également être considérés comme présentant des risques accrus de non-conformité.

12.4.3.4 Il serait injuste d'imposer des sanctions importantes aux contribuables qui déploient des efforts raisonnables et de bonne foi pour effectuer une analyse adéquate des prix de transfert afin de déterminer les prix de pleine concurrence, même s'ils ne satisfont pas pleinement aux exigences en matière de documentation. En particulier, il serait improductif d'imposer des sanctions aux contribuables qui ne soumettent pas des données auxquelles l'EMN n'avait pas accès au moment de la documentation, ou qui n'ont pas appliqué une méthode de détermination des prix de transfert qui aurait nécessité l'utilisation de données auxquelles l'EMN n'avait pas accès. Toutefois, cela ne signifie pas qu'un prix de transfert ne peut pas être ajusté rétroactivement, des intérêts étant alors perçus sur ce montant.

12.4.3.5 Certains pays considèrent qu'une sanction appliquée pour documentation insuffisante peut être abordée dans le cadre de la procédure amiable entre autorités compétentes prévue par une convention fiscale applicable, dans la mesure où cela concerne les impôts visés par la convention en cause. D'autres pays considèrent que la question des sanctions, notamment en lien avec la documentation, est distincte des ajustements effectués et de la question de savoir si les impôts ont été exigés conformément à la convention fiscale applicable.

12.4.3.6 Toutefois, même si une telle sanction n'entre pas dans le cadre de la procédure amiable prévue par une convention fiscale, elle ne devrait pas être appliquée d'une manière qui freinerait gravement ou remettrait en cause le recours raisonnable des contribuables aux avantages prévus par la convention fiscale. Cela inclut le droit de commencer la procédure amiable prévue par la convention fiscale applicable.

12.4.3.7 Par exemple, les exigences d'un pays concernant le paiement d'une sanction pécuniaire en souffrance ne devraient pas, pour les contribuables, représenter un coût plus élevé dans le cadre de la procédure amiable que dans le cadre d'un examen relevant du droit interne initié par le contribuable.

12.4.4 Considérations particulières pour les petites et moyennes entreprises

12.4.4.1 L'obligation de fournir une documentation détaillée et les sanctions correspondantes imposées aux contribuables en situation de non-conformité dans un pays peuvent représenter un fardeau significatif pour les contribuables, en particulier pour les petites et moyennes entreprises (PME) ou les entreprises qui effectuent un nombre limité de transactions transfrontières avec des parties liées domiciliées à l'étranger. Un certain nombre de pays ont donc introduit des considérations particulières pour les PME dans leurs règles de documentation des prix de transfert (voir le paragraphe 11.4.3.3). Les pays qui ont adopté des considérations particulières pour la documentation des prix de transfert dans le cas des PME sont notamment le Brésil, la Chine, l'Allemagne, l'Inde, la Corée, le Mexique, le Nigéria, les Pays-Bas, la Pologne et le Portugal.

12.4.4.2 En vertu des instructions du Projet BEPS de l'OCDE/G20 relatives à la documentation, les EMN dont le chiffre d'affaires global est inférieur à 750 millions d'euros ne sont pas tenues de présenter la déclaration PpP, mais les règles permettant de déterminer si les PME devraient préparer ou non le fichier local et le fichier principal relèvent du droit interne.

12.4.4.3 Les aménagements varient d'un pays à l'autre, mais peuvent inclure une exemption des obligations de documentation pour les petites entreprises ou pour les entreprises dont les activités commerciales transfrontières sont limitées, un report du délai de production et de dépôt de la documentation jusqu'à ce que les questions de prix de transfert soient soulevées lors de la vérification, ou une réduction du niveau de détail imposé aux petites entreprises. Ces aménagements peuvent être intégrés dans la législation ou dans les pratiques administratives.

12.4.5 Langue à utiliser pour la documentation des prix de transfert

12.4.5.1 Selon le Rapport final sur l'Action 13, l'obligation de fournir une documentation des prix de transfert dans la langue locale peut compliquer l'exercice de conformité avec les règles relatives aux prix de transfert en raison des délais et des coûts associés à la traduction des documents. La langue dans laquelle la documentation des prix de transfert devrait être soumise devrait

relever du droit interne. Le Rapport final sur l'Action 13 encourage les pays à autoriser le dépôt 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 des documents est nécessaire, elles doivent en faire spécifiquement la demande. Lorsqu'une traduction est nécessaire, l'administration fiscale devrait accorder un délai suffisant pour alléger la charge administrative que représente cette obligation de traduction.

12.4.5.2 De nombreux pays exigent des contribuables qu'ils présentent une documentation sur les prix de transfert rédigée dans la langue locale (du pays) et exigent une traduction, si la documentation a été rédigée dans une autre langue. En vertu des lignes directrices égyptiennes en matière de prix de transfert, si les documents sont fournis dans une langue autre que l'arabe, le contribuable peut être tenu d'assumer le coût d'une traduction officielle. Toutefois, certains pays comme la France, l'Allemagne, les Pays-Bas et la République de Corée autorisent le dépôt de documents rédigés dans une autre langue que la leur, du moins à titre exceptionnel. Il arrive fréquemment que l'on autorise une documentation rédigée en anglais.

13 Évaluation des risques

13.1 Introduction

13.1.1 Le présent chapitre et les deux suivants traitent de certains aspects de la mise en application des règles relatives aux prix de transfert par l'administration fiscale. Le présent chapitre (13) porte principalement sur l'évaluation des risques liés aux prix de transfert habituellement effectuée par l'administration fiscale au début d'une vérification. Le chapitre 14 traite de certains aspects de la vérification des prix de transfert proprement dite. Le chapitre 15 concerne la résolution des différends en matière de prix de transfert.

13.1.2 Un processus d'application efficace vise à obtenir deux résultats importants :

- Améliorer et encourager la conformité future (ce qui contribue indirectement aux recettes fiscales futures et à la protection de la base d'imposition);
- Augmenter les recettes fiscales actuelles par des ajustements appropriés des revenus déclarés par les contribuables lorsque de tels ajustements sont nécessaires.

Ces résultats ne seront obtenus que si le processus de vérification et de règlement des différends est géré avec succès.

13.1.3 Les vérifications des prix de transfert exigent généralement beaucoup de temps et de ressources. Le dur labeur qu'implique une vérification des prix de transfert peut aboutir à la perception de recettes fiscales importantes susceptibles de bénéficier à un pays en développement. Toutefois, de tels résultats ne sont pas obtenus rapidement et facilement.

13.1.4 Le succès d'une vérification dépend souvent de la préparation et de la planification qui ont tout d'abord lieu, en particulier dans la phase d'évaluation des risques. Les administrations fiscales n'ont pas les ressources nécessaires pour contrôler chaque transaction transfrontalière ou chaque contribuable. Une évaluation précise des risques permet de faire un choix éclairé des cas,

évitant ainsi à l'administration fiscale de gaspiller ses ressources en matière d'application. Il est donc important de consacrer suffisamment de temps et de ressources à l'évaluation des risques.

13.1.5 L'évaluation des risques doit être la première étape d'une vérification et se poursuivre tout au long des étapes suivantes. L'évaluation des risques se fait au moyen d'une analyse coûts/bénéfices continue, qui contribue à garantir l'utilisation la plus efficace et la plus efficiente possible du temps et des ressources de l'administration fiscale et à éviter d'importuner les contribuables dont le respect des règles relatives aux prix de transfert est évident. L'évaluation des risques doit être intégrée au processus de vérification et incorporée dans un programme de vérification.

13.1.6 L'OCDE a publié un manuel sur l'évaluation des risques liés aux prix de transfert¹²³. Ce manuel fournit des orientations sur la manière dont le contenu de la documentation relative aux prix de transfert du contribuable peut être utilisé efficacement pour évaluer les risques qui s'y rapportent. Le présent chapitre ne cherche pas à reproduire toutes les informations contenues dans le manuel de l'OCDE sur l'évaluation des risques. Les administrations fiscales sont donc fortement encouragées à télécharger le manuel de l'OCDE et à l'utiliser pour développer leurs propres programmes d'évaluation des risques.

13.2 Sélection des contribuables en vue de la vérification des prix de transfert : Évaluation des risques

13.2.1 Principes généraux d'évaluation des risques

13.2.1.1 L'identification et l'évaluation efficaces des risques sont déterminants pour garantir les choix de contribuables les plus appropriés aux fins de vérification. Compte tenu de leurs ressources très limitées, il est important pour toute administration fiscale de ne pas laisser les cas de prix de transfert à haut risque « passer à travers les mailles du filet fiscal ». Toutefois, même les plus robustes outils et processus d'identification et d'évaluation des risques ne garantissent pas toujours le succès de la vérification. En effet, les renseignements dont dispose l'administration fiscale au stade de l'évaluation des risques ne sont pas toujours suffisamment détaillés pour tirer des conclusions fiables sur le caractère de pleine concurrence des bénéfices et des prix. Pour déterminer si les prix utilisés par le contribuable sont effectivement conformes au principe de pleine concurrence, il faut procéder à une analyse fonctionnelle

¹²³ OCDE (2017). *Déclaration pays par pays : Manuel pratique d'évaluation des risques fiscaux*. Paris: OECD Publishing. Accessible à l'adresse : <https://www.oecd.org/fr/ctp/beps/declaration-pays-par-pays-manuel-pratique-evaluation-risques-fiscaux.pdf>.

complète (fondée sur les fonctions exercées, les actifs utilisés ou apportés et les risques assumés par chaque partie) et prendre en compte les méthodes de prix de transfert appliquées, etc. L'évaluation des risques ne requiert pas d'analyse fonctionnelle complète. Elle vise plutôt à déterminer si une telle analyse complète est justifiée compte tenu des contraintes qui pèsent sur les ressources de l'administration fiscale.

13.2.1.2 Une administration fiscale peut procéder à l'identification et à l'évaluation des risques de plusieurs manières, et l'approche adoptée dépend largement du type de renseignements et de données disponibles et accessibles. Par exemple, les autorités chargées du contrôle des changes dans certains pays peuvent travailler main dans la main avec l'administration fiscale, ce qui permet un partage de renseignements entre elles. Dans d'autres pays par contre, une telle collaboration peut être interdite. Certains pays appliquent des exigences strictes en matière de dépôt et de documentation afin de garantir la déclaration de renseignements pertinents et appropriés. La nouvelle norme mondiale de documentation décrite au chapitre 12 fournira à la plupart des administrations fiscales de l'information utile pour évaluer les risques liés aux prix de transfert.

13.2.1.3 Il est important de faire ici une distinction entre les renseignements liés à la production d'une déclaration de revenu et ceux contenus dans la documentation relative aux prix de transfert. Cette distinction peut varier d'un pays à l'autre mais, pour l'essentiel, elle est la suivante :

- Dans une déclaration de revenu, les renseignements demandés se limitent généralement aux questions y figurant. Cela peut supposer de cocher une case (oui ou non) ou d'entrer une réponse dans un champ à remplir (par exemple en insérant un montant ou une valeur);
- Dans le contexte des prix de transfert, la documentation comprendra généralement des renseignements plus substantiels, comme des réponses à des questions sur la politique de l'entreprise en matière de prix de transfert, l'identification des transactions avec des entreprises associées, les contrats juridiques, les évaluations, l'identification des méthodes de prix de transfert utilisées et les renseignements financiers. Pour les contribuables concernés, la documentation relative aux prix de transfert devrait dorénavant inclure également l'accès à la déclaration PpP consignnant les revenus, les impôts payés et certaines mesures de l'activité économique ventilées par pays.

13.2.1.4 L'Action 13 du projet BEPS de l'OCDE¹²⁴ fournit des orientations détaillées sur la manière dont les renseignements fournis aux termes de la norme de documentation, notamment dans la déclaration PpP, peuvent être utilisés par les administrations fiscales pour mener à bien des évaluations des risques.

13.2.1.5 Les administrations fiscales pourraient tirer profit d'une approche fondée sur un processus d'identification et d'évaluation des risques, suivi d'une interaction avec le contribuable. Cela permet de mieux comprendre les risques identifiés et donne au contribuable la possibilité d'expliquer le contexte commercial des transactions et risques qui ont été identifiés. Une telle approche vise à faire ressortir les profils de risques de la manière la plus rigoureuse possible avant que des ressources ne soient engagées pour réaliser une vérification approfondie.

13.2.2 Catégories de risques et identification des risques

Aperçu

13.2.2.1 Les transactions intragroupes, par exemple les paiements au titre de biens, de services et d'actifs incorporels ou la fourniture d'aide financière, posent un risque en matière de prix de transfert. Bien souvent, ces transactions ou catégories de transactions sont facilement identifiables dans l'état des résultats et/ou la déclaration de revenu ou encore dans la documentation requise en matière de prix de transfert.

13.2.2.2 Il peut être utile d'essayer de classer les risques liés aux prix de transfert en catégories afin de donner une valeur ajoutée et un contexte au processus d'identification et d'évaluation des risques. Une telle catégorisation peut aider les profileurs et évaluateurs de risques à évaluer le degré d'agressivité des positions des contribuables et la complexité du risque, le montant possible de l'impôt en jeu et la probabilité de générer des recettes fiscales importantes par le biais d'une vérification. Cette catégorisation peut aider à déterminer si un cas mérite d'être retenu et si les ressources et l'expertise requises sont disponibles.

13.2.2.3 Parmi les types de risques liés aux prix de transfert pouvant être pris en compte dans une évaluation des risques, on peut citer les suivants :

- Catégorie 1 : Transfert de bénéfices par le biais de nouvelles transactions ou structures;
- Catégorie 2 : Transfert de bénéfices par la restructuration des activités commerciales;

¹²⁴ Ibid.

- Catégorie 3 : Autres types de transfert intentionnel de bénéfices, par exemple par une classification fonctionnelle incorrecte ou l'utilisation de mauvaises méthodes ou clés de répartition, etc.;
- Catégorie 4 : Questions entourant une surcapitalisation ou une sous-capitalisation;
- Catégorie 5 : Transfert involontaire de bénéfices.

13.2.2.4 Les exemples de catégorisation des risques fournis dans le paragraphe précédent peuvent aider le profileur ou l'évaluateur de risques à évaluer chacun des facteurs suivants :

- La probabilité de détection par les autorités fiscales;
- La valeur ou le montant possible du transfert de bénéfices (et donc la valeur potentielle du risque);
- Le temps et les ressources nécessaires pour vérifier le risque (y compris le niveau d'expertise requis pour tirer parti de ces ressources).

Catégorie 1 : Transfert de bénéfices par le biais de nouvelles transactions ou structures

13.2.2.5 Cette catégorie comprend les nouvelles transactions et structures commerciales mises en œuvre par les EMN dans le but de réduire le plus possible les impôts en transférant les bénéfices. On suppose que les réductions d'impôt potentielles pour les groupes mettant en œuvre ces types de transactions ou structures peuvent être importantes, et donc que le risque fiscal est élevé.

13.2.2.6 Aux termes de la norme recommandée sur la documentation relative aux prix de transfert, les changements importants dans la structure d'entreprise doivent désormais être divulgués (voir le chapitre 12). La connaissance qu'à une administration fiscale des stratagèmes et structures de planification fiscale possibles et sa propre analyse des lacunes potentielles du système fiscal peuvent aider à identifier des pistes de vérification utiles.

Catégorie 2 : Transfert de bénéfices par la restructuration des activités commerciales

13.2.2.7 Cette catégorie est différente de la catégorie 1 en ce qu'une structure de réduction de l'impôt ou de transfert de bénéfices est mise en œuvre à un certain moment, ce qui entraîne une modification d'une structure ou d'un modèle opérationnel existant. C'est pourquoi on parle de « restructuration ». Les risques associés à une restructuration sont différents pour les diverses

juridictions concernées. Le pays où l'EMN a son siège (et éventuellement celui où les actifs incorporels ont été développés et/ou possédés à l'origine) serait confronté à des risques différents de ceux d'un pays dans lequel l'EMN possède une filiale de fabrication, de distribution ou de commercialisation.

13.2.2.8 Dans cette situation, la juridiction où l'EMN a son siège social serait confrontée à des problèmes comme l'évaluation des actifs incorporels externalisés, les cessions présumées d'actifs aux fins de l'impôt sur les gains en capital, etc. En outre, la juridiction où l'entreprise a son siège social pourrait avoir à traiter la classification et la comparaison des bénéfices de l'entité « principale/ entrepreneuriale » restante ou créée à la suite de la restructuration.

13.2.2.9 En revanche, dans la catégorie 2, la ou les juridictions dans laquelle se trouve la filiale seraient principalement préoccupées par le dépouillement des risques et la perte de bénéfices. Ce qui préoccupe le plus à cet égard, c'est qu'une entité ait été dépouillée de ses risques et responsabilités sur papier (c'est-à-dire contractuellement), mais qu'elle continue en pratique à exercer les mêmes fonctions ou à assumer les mêmes risques. L'entité est dans les faits moins bien rémunérée pour faire les mêmes activités qu'avant la restructuration.

Catégorie 3 : Autres types de transfert intentionnel de bénéfices

13.2.2.10 Les EMN peuvent intentionnellement déplacer leurs bénéfices en recourant à une classification erronée des entités ou en appliquant des politiques de prix ou des clés de répartition incorrectes. Par exemple, une entité pourra, pendant une période de reprise économique, être classée à titre de distributeur à risque limité et être rémunérée à hauteur d'une marge bénéficiaire fixe (mais relativement faible), alors qu'elle remplit en réalité un rôle de distribution/commercialisation de plein exercice et devrait recevoir une part des bénéfices économiques réalisés par l'EMN dans son ensemble. Dans un autre cas, une EMN pourrait de manière inappropriée répartir les frais de service au lieu d'évaluer les services réellement fournis, ce qui lui permettrait de réaliser des bénéfices par le biais de frais de service excessifs.

13.2.2.11 Il peut se révéler difficile pour une administration fiscale de détecter les types d'activités de transfert intentionnel de bénéfices d'une EMN relevant de la catégorie 3. Cela pourra supposer par exemple d'évaluer les marges bénéficiaires sur une longue période par rapport aux tendances du marché ou du secteur, de procéder à une analyse fonctionnelle approfondie des entités qui sont parties aux transactions et d'acquérir une compréhension détaillée des politiques de prix. La déclaration PpP et d'autres éléments de documentation relative aux prix de transfert pourraient être utiles pour soutenir ce type d'analyse.

Catégorie 4 : Transactions financières et autres questions entourant une surcapitalisation ou une sous-capitalisation

13.2.2.12 Cette catégorie de risque comprend les transferts de bénéfices intentionnels et non intentionnels des EMN qui utilisent la dette et le capital intentionnel pour transférer des revenus vers des juridictions à faible taux d'imposition. Dans bon nombre de pays, la sous-capitalisation est réglementée par voie de limitation des niveaux acceptables d'endettement par rapport aux capitaux propres. Lorsque c'est le cas, la probabilité que les profileurs et évaluateurs de risques détectent ces abus est élevée, car il est facile d'effectuer ou même d'automatiser ces calculs pour repérer les entités sous-capitalisées. Lorsque les pays n'ont pas de limites prescrites, il est possible de fixer des paramètres ou des seuils à des fins d'évaluation des risques. Les risques liés à la surcapitalisation peuvent être plus difficiles à mettre au jour et à contrer, car il n'existe généralement pas de critères clairs en la matière. Il convient également de noter que le traitement de la sous-capitalisation se situe ici à un niveau général et ne vise pas les déductions d'intérêts ne reposant pas sur le principe de pleine concurrence de manière plus générale. Voir également les orientations sur les transactions financières présentées à la partie B, au point 9.5.

13.2.2.13 Les lois et règlements locaux influenceront les niveaux et les quantités de ressources nécessaires pour vérifier ces cas. Ces niveaux et quantités pourront aller de très faibles à très élevés, mais leur quantification devrait être relativement simple (dans les cas où il existe des régimes de protection ou des seuils d'évaluation des risques). Les pays en développement appliquant des règles simples en matière de sous-capitalisation devraient se concentrer sur ce point, car cela leur permettrait d'identifier ce que l'on appelle souvent les « fruits à portée de main », c'est-à-dire que les mesures de vérification dans de tels cas peuvent être rapidement et facilement récompensées par l'identification de montants d'impôt à payer¹²⁵.

Catégorie 5 : Transfert involontaire de bénéfices

13.2.2.14 Cette catégorie résulte de cas où des erreurs de détermination des prix de la part des contribuables se sont produites mais n'étaient pas intentionnelles. Une autorité fiscale peut être en désaccord avec les politiques appliquées en matière de prix de transfert, que ce soit au regard de la classification fonctionnelle, des méthodes appliquées ou d'autres facteurs.

¹²⁵ En ce qui concerne les questions liées à la capitalisation des membres de l'EMN et aux prêts et autres transactions financières entre les membres d'un groupe, voir le chapitre 9, qui contient des orientations détaillées sur l'application des règles relatives aux prix de transfert à l'égard des transactions financières.

13.2.2.15 Lorsque cela se produit, il est possible que les montants en cause soient significatifs. Le niveau et la quantité des ressources nécessaires à la vérification du cas dépendront de la nature et de l'étendue de la transgression perçue de la part du contribuable.

Indices possibles justifiant une vérification plus approfondie

13.2.2.16 Le tableau suivant résume certains des types de risques liés aux prix de transfert qui peuvent être identifiés dans une évaluation des risques liés aux prix de transfert. Ces facteurs peuvent suggérer la nécessité d'une enquête de vérification plus poussée.

Tableau 13.T.1

Risques liés aux prix de transfert à l'égard des transactions entrantes et des transactions sortantes

Type	Transactions Entrantes/EMN	Transactions Sortantes/EMN
Financement	Sous-capitalisation	Prêts sans intérêt
Taux d'intérêt	Taux d'intérêt excessivement élevés	Taux d'intérêt excessivement bas
Biens	<ul style="list-style-type: none"> Recours à des sociétés étrangères de passation de marchés et d'approvisionnement pour conserver les bénéfices à l'étranger Erreurs générales d'établissement des prix (intentionnelles/non intentionnelles) 	<ul style="list-style-type: none"> Recours à des sociétés de commercialisation étrangères pour conserver les bénéfices à l'étranger Erreurs générales d'établissement des prix (intentionnelles/non intentionnelles)
Services	<ul style="list-style-type: none"> Frais excessivement élevés par rapport à la prestation fournie Facturation en l'absence de services Double emploi / services fournis en qualité d'actionnaire 	<ul style="list-style-type: none"> Aucuns frais Frais excessivement faibles par rapport à la prestation fournie
Actifs incorporels/ Propriété intellectuelle	<ul style="list-style-type: none"> Charges excessivement élevées Dédoublage des charges par le biais de redevances au-delà des prix gonflés 	<ul style="list-style-type: none"> Ne pas faire payer les actifs incorporels mis au point localement Externaliser la propriété intellectuelle sans contrepartie
Structures	<ul style="list-style-type: none"> Restructuration Nouvelles structures 	<ul style="list-style-type: none"> Restructuration Nouvelle structure Pour éviter ou réduire au minimum l'imputation par le biais d'une société étrangère contrôlée Recours à des succursales étrangères situées dans des juridictions à faible taux d'imposition ayant conclu des conventions de double imposition

13.2.3 Approches possibles en matière d'évaluation des risques

Aperçu

13.2.3.1 Différentes approches peuvent être adoptées pour identifier les sociétés ou les groupes présentant des risques en matière de prix de transfert. Ces approches sont les suivantes :

- L'approche transactionnelle;
- L'approche juridictionnelle;
- L'approche fondée sur les risques.

13.2.3.2 Lorsque des risques particuliers liés aux prix de transfert sont identifiés, l'administration fiscale peut concevoir un programme de vérification qui permettra de déterminer efficacement si des ajustements doivent être apportés au revenu en vertu des lois et règlements applicables en matière de prix de transfert.

Approche transactionnelle

13.2.3.3 Pour commencer à renforcer les capacités et l'expertise par une formation en cours d'emploi, il peut être utile d'adopter une approche transactionnelle, laquelle consiste à vérifier d'abord les transactions simples, pour lesquelles les prix peuvent être plus faciles à déterminer. Certaines transactions sont plus facilement identifiables, mais pas nécessairement faciles à vérifier en toutes circonstances. Les restrictions en matière d'accès à l'information dans une juridiction donnée peuvent limiter les types de transactions qui peuvent être facilement vérifiées.

13.2.3.4 L'accent pourrait également être mis sur les transactions à haut risque présentant un revenu potentiel supérieur, comme les restructurations d'entreprises, par exemple. Enfin, la vérification d'une combinaison de transactions plus complexes et plus simples peut être envisagée afin de garantir un flux de travail et de revenu plus stable.

Approche juridictionnelle

13.2.3.5 Une autorité fiscale peut adopter une approche consistant à vérifier d'abord les transactions conclues avec des entités situées dans des juridictions fiscales déterminées. Un élément crucial de cette approche est l'inclusion des transactions directes et indirectes conclues avec ces juridictions, par exemple des stratagèmes ou structures qui au bout du compte font intervenir ou avantagent ces mêmes entités. Pour ce faire, l'unité chargée des prix de transfert

devra identifier les juridictions qu'elle considère comme présentant un risque supérieur, compte tenu des taux d'imposition nationaux, des flux commerciaux, des conventions fiscales et des politiques économiques.

13.2.3.6 Il arrive que l'on priorise certaines transactions conclues avec des parties liées situées dans des juridictions à taux d'imposition élevés lorsque ces dernières sont réputées comme étant dotées de règles ou de pratiques de mise en application en matière de prix de transfert particulièrement agressives. En effet, les EMN pourraient alors fixer les prix de transfert de manière à favoriser la juridiction la plus agressive (afin d'éviter d'éventuelles vérifications dans ces juridictions) au détriment de la juridiction où les pratiques en matière de prix de transfert ne sont pas aussi agressives. En adoptant cette approche, il convient de veiller à ne pas enfreindre les règles internationales de non-discrimination, telles qu'elles peuvent être énoncées dans les conventions fiscales et/ou le droit interne applicables.

Approche fondée sur les risques

13.2.3.7 Constituant essentiellement un hybride des approches transactionnelle et juridictionnelle, cette approche pourrait également tenir compte de facteurs autres que la juridiction de la ou des parties liées et le type de transactions.

13.2.3.8 D'autres facteurs d'intérêt peuvent par exemple être pris en compte :

- La situation au regard de la conformité fiscale de l'entité locale ou de l'EMN à laquelle l'entité appartient, c'est-à-dire le degré de conformité générale de la société ou du groupe avec les exigences en matière de prix de transfert et les autres exigences fiscales et réglementaires dans ce pays ou ailleurs dans le monde. Lorsque des groupes ou entités ont été examinés avec succès par d'autres autorités fiscales, cela pourrait indiquer que le groupe présente un risque plus élevé en matière de prix de transfert;
- Un groupe qui a récemment subi une réorganisation d'entreprises, en particulier lorsque l'entité locale a été « dépouillée » de certains risques et/ou fonctions dans le cadre de la réorganisation;
- Les sociétés qui déclarent des pertes comptables ou fiscales excessives et/ou continues même en présence de bénéfices au niveau du groupe dans son ensemble.

13.2.4 Sources d'information pour l'évaluation des risques

13.2.4.1 Les autorités fiscales doivent exploiter autant que possible les

renseignements fournis par le contribuable. La déclaration de revenu devrait ultimement viser à obliger le contribuable à inclure les renseignements les plus utiles à l'autorité fiscale pour évaluer efficacement des risques. Les renseignements fournis dans la documentation relative aux prix de transfert du contribuable constitueront une source d'information importante pour l'évaluation des risques. L'utilisation de données quantitatives plutôt que qualitatives contribuera à l'automatisation des outils d'évaluation des risques. Parmi les exemples de renseignements utiles sur les transactions, on peut citer la valeur des transactions suivantes avec toute partie liée transfrontalière :

- Ventes;
- Achats;
- Prêts, y compris les intérêts perçus et/ou courus;
- Paiement de redevances;
- Frais de service;
- Transactions sur produits dérivés;
- Transactions d'affacturage ou de titrisation de créances;
- Transactions de rémunération en actions.

La plupart de ces données seront incluses dans la documentation relative aux prix décrite au chapitre 12.

13.2.4.2 Les données accessibles au public peuvent se révéler utiles. Cela comprend les journaux, les sites Web, les bases de données et les publications telles que *Who Owns Whom* ou les bases de données financières sur les entreprises. Malheureusement, l'accès aux bases de données et publications dans ce domaine peut être coûteux, et les pays en développement doivent souvent s'appuyer davantage que leurs collègues des pays développés sur les renseignements fournis par les contribuables.

13.2.4.3 Les jugements publiés concernant des affaires entendues dans d'autres pays peuvent contenir des renseignements utiles concernant les activités, les transactions et les politiques de prix d'un groupe. Ils pourraient également fournir des indications utiles sur les structures ou stratagèmes mis en œuvre dans certains secteurs. Les analyses de ces jugements fournies par les cabinets d'avocats et de comptables à leurs clients sont souvent disponibles gratuitement et peuvent également être utiles pour repérer les problèmes similaires dans une autre juridiction. L'accès à des bases de données d'information sur les prix de transfert résumant et souvent incluant les jugements

complets, tels que celles publiées par des éditeurs commerciaux, peut également être utile si le coût d'au moins une licence peut être pris en charge par le budget de l'administration ou grâce au soutien de donateurs. Les bases de données complètes sur les prix de transfert utilisées dans les analyses des prix de transfert comportent souvent aussi une base de données consultable sur les nouveaux développements.

13.2.4.4 Une attention particulière doit être accordée à toute note aux états financiers concernant les transactions et les prêts ou l'aide financière entre parties liées.

13.2.4.5 Les données douanières peuvent, dans certains cas, être utiles pour obtenir des renseignements sur les transactions intragroupes. Il arrive parfois que le prix à l'importation déclaré soit un indicateur du prix de transfert réel. Voir le chapitre 3, Comparabilité, et plus particulièrement la partie 3.6.6, pour plus de détails sur l'utilisation des données douanières à des fins liées aux prix de transfert.

13.2.4.6 Comme indiqué ci-dessus, les renseignements figurant dans la documentation relative aux prix de transfert du contribuable peuvent être très utiles.

13.2.5 Facteurs de risque

13.2.5.1 Certains facteurs de risque ou indices peuvent signaler la nécessité d'une vérification plus approfondie. Toutefois, ces facteurs ne doivent pas être considérés comme décisifs pour déterminer s'il y a eu fixation des prix non conforme au principe de pleine concurrence. Ils permettent plutôt de croire que la probabilité d'erreur de fixation des prix est élevée et que, par conséquent, un examen plus approfondi est justifié. Les facteurs de risque identifiés peuvent inclure les suivants :

- Pertes constantes ou continues;
- Transactions significatives avec des parties liées dans des pays où les taux d'imposition effectifs ou marginaux sont plus faibles, en particulier dans les « juridictions opaques » à partir desquelles les renseignements fiscaux ne sont pas susceptibles d'être communiqués;
- Présence de sociétés locales à faible bénéfice ou déficitaires concluant des transactions transfrontalières significatives avec des parties liées étrangères, ces dernières étant relativement beaucoup plus rentables;
- Existence de chaînes d'approvisionnement centralisées dans des juridictions fiscales favorables, c'est-à-dire qui comprennent des

sociétés d'approvisionnement ou de commercialisation centralisant leurs activités dans des juridictions à imposition faible ou nulle et hors des pays ou régions des principaux clients et/ou fournisseurs du groupe;

- Piètres antécédents en matière de conformité fiscale;
- Manque de documentation pour étayer les prix de transfert;
- Incohérences significatives entre les bénéfices d'une entité individuelle du groupe et les bénéfices du groupe;
- Toute réduction significative des bénéfices d'une entité locale après son rachat par une EMN;
- Relations commerciales significatives avec des parties liées dans des juridictions dotées de pratiques de mise en application agressives ou strictes en matière de prix de transfert (voir le paragraphe 13.2.3.5 ci-dessus). Cela s'applique également aux relations commerciales significatives avec des sociétés situées dans la juridiction de domiciliation de l'EMN ou dans la juridiction où la société de portefeuille est cotée;
- Relations commerciales significatives avec des entreprises dans des juridictions dotées de régimes de protection ou de règles similaires qui ne sont pas toujours conformes au principe de pleine concurrence.

13.2.6 Processus d'évaluation des risques

13.2.6.1 Comme on l'a déjà indiqué, le processus d'identification et d'évaluation des risques peut varier d'une administration fiscale à l'autre en fonction de l'approche adoptée, des capacités en ressources et du stade à partir duquel les problèmes potentiels sont examinés. Certaines administrations fiscales emploient des processus très élaborés reposant sur des systèmes et des analyses informatiques, tandis que d'autres adoptent plutôt un processus plus simple. En fin de compte, le processus d'identification et d'évaluation des risques dépendra de ce dont dispose une administration fiscale en termes d'information, de capacité et de systèmes ou de technologie. On peut toutefois dire que plus le processus d'identification et d'évaluation des risques sera affiné et sophistiqué, plus il sera facile de garantir que les transactions à haut risque sont identifiées et vérifiées en temps utile.

13.2.6.2 Les principales étapes du processus d'évaluation des risques peuvent être décrites comme suit :

- Examen initial et identification des risques possibles;
- Quantification de haut niveau des risques possibles;
- Rassemblement d'autres renseignements;
- Décision d'aller de l'avant ou non;
- Examen plus approfondi des risques, y compris un examen de haut niveau de la documentation et une analyse fonctionnelle pour confirmer les conclusions initiales;
- Quantification plus détaillée des risques possible;
- Premières interactions avec le contribuable;
- Décision de procéder ou non à une vérification par voie d'examen spécialisés ou d'examen par des comités ou groupes.

Le manuel d'évaluation des risques de l'OCDE mentionné à la partie 13.1.6 contient des suggestions détaillées sur la manière de mener le processus d'évaluation des risques.

13.2.7 Outils d'évaluation des risques

13.2.7.1 Parmi les outils d'identification et d'évaluation des risques les plus courants, on trouve des modèles de calcul des principaux ratios pertinents pour les prix de transfert. Relativement élémentaires, ces outils sont basés sur des renseignements quantitatifs facilement accessibles aux inspecteurs des impôts dans les secteurs autres que les prix de transfert et sur la documentation relative aux prix de transfert. Il peut s'agir, par exemple, de renseignements tirés des déclarations de revenu et des états financiers vérifiés dont les inspecteurs fiscaux se servent pour identifier ou signaler les cas présentant des risques probables en matière de prix de transfert ou de sous-capitalisation.

13.2.7.2 Lorsque les capacités et ressources spécialisées en matière de prix de transfert sont limitées, on peut obtenir l'aide d'inspecteurs ou de vérificateurs généralistes des impôts pour identifier et évaluer les risques. Dans de tels cas, l'utilisation d'outils élémentaires n'exige pas, en théorie, que les vérificateurs exercent leur pouvoir discrétionnaire ou possèdent des connaissances particulières en matière de prix de transfert. Elle exige simplement que les vérificateurs saisissent certaines données, effectuent des calculs (si ces derniers ne sont pas automatisés) et communiquent les résultats (lorsqu'ils sont supérieurs ou inférieurs à certains seuils préétablis) à l'unité chargée des prix de transfert. La décision de faire intervenir ou non le vérificateur devrait alors être prise au cas par cas par les personnes qui ont une expertise particulière en matière de prix de transfert dans le cadre du processus de vérification.

13.2.7.3 Les outils élémentaires pour l'évaluation quantitative des risques sont particulièrement efficaces pour identifier les risques liés à la sous-capitalisation, car ils comportent généralement un test quantitatif des données financières et font intervenir dans la plupart des cas, selon la législation locale, des questions de fait objectives plutôt que des opinions subjectives. Les outils automatisés d'évaluation des risques permettant de passer en revue de grands ensembles de données disponibles peuvent être utilisés très efficacement dans ce domaine.

13.2.8 Résultats de l'évaluation des risques

13.2.8.1 Il importe que les résultats d'un processus d'identification et d'évaluation des risques soient documentés et approuvés à des fins de gouvernance et de contrôle et, de préférence, enregistrés dans un répertoire central, c'est-à-dire une base de données des cas évalués et ce, qu'ils donnent lieu ou non à une vérification détaillée ou à une évaluation fiscale.

13.2.8.2 L'administration fiscale doit concevoir des modèles de formulaire permettant de consigner les renseignements clés pertinents pour ses besoins internes. Dans l'idéal, ces renseignements comprennent ce qui suit :

- Exigences légales en matière de déclaration (numéro d'identification fiscale, etc.);
- Nature des transactions et des risques identifiés;
- Quantification du risque, lorsque c'est possible;
- Juridictions avec lesquelles les transactions ont eu lieu;
- Renseignements examinés, par exemple les états financiers, la déclaration de revenu, etc.;
- Résultat du processus d'identification et d'évaluation des risques, c'est-à-dire ce qui a été recommandé et pourquoi;
- Questions et transactions particulières identifiées en vue d'une vérification plus approfondie.

14 Vérification des prix de transfert

14.1 Planification d'une vérification des prix de transfert

14.1.1 Aperçu

14.1.1.1 L'administration fiscale doit constituer une équipe de vérification et lancer une vérification lorsqu'elle conclut à l'issue de l'évaluation des risques (abordée au chapitre 13) qu'une vérification complète des prix de transfert s'impose sous un ou plusieurs aspects. La présente partie précise les considérations à prendre en compte au moment de mener une telle vérification.

14.1.2 Création de l'équipe de vérification

14.1.2.1 Lorsque l'unité compétente de l'administration fiscale (voir la section 11.5) décide de vérifier les prix de transfert, elle doit mettre sur pied une équipe de vérification composée dans l'idéal des personnes suivantes :

- Un gestionnaire, qui a généralement la responsabilité de plus d'une vérification;
- Un chef d'équipe, qui gère au jour le jour la vérification d'un contribuable;
- Un vérificateur chargé de la vérification nationale, qui est responsable des activités de vérification entourant principalement les questions nationales;
- Un vérificateur chargé de la vérification internationale, qui est responsable des activités de vérification entourant principalement les questions internationales, y compris les prix de transfert;
- Un économiste spécialiste des prix de transfert, qui fournit une analyse économique et un soutien à la vérification;
- Un avocat, disponible pour des consultations sur les aspects juridiques et pouvant prendre part à la planification et la mise en œuvre de la vérification;
- Un spécialiste de la vérification informatique, qui apporte son aide concernant le ou les logiciels nécessaires à l'analyse des

données lisibles par ordinateur obtenues du contribuable et à l'organisation des données, afin d'aider les vérificateurs chargés des vérifications (nationale et internationale) ainsi que les économistes dans l'analyse des questions de prix de transfert;

- Dans la mesure du possible, l'équipe doit également comprendre un spécialiste du secteur.

14.1.2.2 Les personnes susmentionnées ne sont pas toujours présentes dans une équipe de vérification et peuvent être consultées selon les besoins. Les ressources mises à disposition peuvent dépendre du stade du processus de vérification, de la structure organisationnelle adoptée par l'administration fiscale concernée et des contraintes de personnel et de capacité de l'administration fiscale (voir les sections 11.5 et 11.6 pour plus de détails). Une même personne peut être en mesure de remplir efficacement deux ou plusieurs fonctions. Les groupes de compétences susmentionnés illustrent les connaissances et l'expertise que doit posséder une équipe de vérification des prix de transfert.

14.1.2.3 Le vérificateur chargé de la vérification internationale, l'économiste spécialiste des prix de transfert et l'avocat seront probablement présents dans la plupart des cas. Les vérificateurs chargés de la vérification internationale sont indispensables compte tenu de la nature internationale des prix de transfert. Ils reçoivent une formation spéciale sur les questions internationales et, dans bon nombre de cas, ils sont plus expérimentés que les vérificateurs chargés des vérifications nationales. D'ailleurs, le chef d'équipe les consulte souvent.

14.1.2.4 Un économiste spécialisé dans les prix de transfert doit être présent dès le début de la vérification. Un économiste a presque toujours un rôle à jouer dans :

- L'analyse fonctionnelle des activités d'entreprise du contribuable;
- La sélection de comparables;
- La sélection de la méthodologie à appliquer;
- La préparation d'une analyse permettant de déterminer si les prix pour les transactions en question respectent la norme de pleine concurrence;
- Le soutien à l'équipe de vérification en ce qui concerne les arguments économiques lors des discussions avec le contribuable;
- La préparation ou le soutien à la préparation d'un rapport traitant des conclusions de l'équipe.

14.1.2.5 L'avocat interviendra souvent, à un stade précoce, dans l'examen des décisions de fond ou de procédure importantes. En outre, l'avocat sera consulté

sur les procédures à suivre pour la collecte de renseignements, pourra participer à la rédaction des questions posées dans les demandes de renseignements et pourra également prendre part aux entretiens avec le personnel de l'entreprise. On attend de l'avocat qu'il contribue à la préparation des demandes de renseignements plus élaborées et à la résolution de questions administratives et de fond. De plus, la participation de l'avocat au processus de vérification peut accélérer et rendre plus efficace la préparation du dossier en vue d'un éventuel litige.

14.1.3 Supervision de la vérification

14.1.3.1 Une question primordiale pour une administration fiscale est de s'assurer que les méthodes de vérification des prix de transfert sont uniformes à l'échelle du pays. Il s'agit d'un problème particulièrement important pour un pays qui couvre une vaste zone géographique. Le cas du Japon apporte un exemple des efforts déployés pour résoudre le problème de l'« uniformité ».

14.1.3.2 Lorsque le Japon a adopté sa législation en matière de prix de transfert en 1986, il a fait face à la question de l'uniformité dans l'administration des règles. Les évaluations des prix de transfert étaient effectuées par douze bureaux fiscaux régionaux sous la supervision d'une seule unité. Dès le départ, on a établi une règle exigeant l'approbation préalable du directeur (vérification internationale) de la division de la vérification des grandes entreprises de l'administration fiscale nationale avant qu'une division des prix de transfert puisse transmettre un premier avis de rectification (« *correction notice* ») visant à ajuster les prix de transfert d'un contribuable. Une telle demande d'approbation devait être accompagnée d'une explication des faits en cause et des raisons de l'ajustement. Les divisions des prix de transfert étaient également encouragées à consulter le directeur (vérification internationale) au cours de la vérification.

14.1.3.3 L'approbation préalable du directeur était possible aux premiers temps de l'application des règles relatives aux prix de transfert, car le nombre de cas était modeste. Toutefois, à mesure que le nombre de ces cas a augmenté, il est devenu impossible pour le directeur (vérification internationale) de superviser tous les cas. C'est pourquoi, progressivement, le pouvoir de supervision a été délégué au vérificateur principal (fiscalité internationale) de chaque bureau fiscal régional. Le directeur (vérification internationale) ne supervise plus que les vérifications de prix de transfert les plus importantes. La supervision des vérifications de prix de transfert peut maintenant se faire à l'échelon des bureaux fiscaux régionaux, car le nombre d'agents de l'administration fiscale partageant le même bassin de connaissances et d'expertise en matière de prix de transfert a considérablement augmenté.

14.1.4 Questions à vérifier/ Plan de vérification

14.1.4.1 Il est nécessaire de décider des questions à aborder lors d'une vérification de prix de transfert¹²⁶. Ces décisions se fondent sur l'évaluation des risques et supposent l'établissement d'un plan de vérification des prix de transfert.

14.1.5 Calendrier de vérification

14.1.5.1 Une vérification des prix de transfert prend généralement plus de temps qu'un contrôle fiscal ordinaire, car l'étendue des éléments factuels à vérifier est beaucoup plus vaste. Le temps et les efforts nécessaires à l'analyse des prix de transfert sont également beaucoup plus importants. En général, le temps requis est en moyenne d'un à deux ans.

14.1.5.2 L'expérience a montré que les vérifications se déroulent rarement conformément au calendrier prévu dans le plan de vérification. Cela s'explique principalement par le fait que l'avancement des travaux dépend du respect des exigences en matière de renseignements énoncées dans le plan de vérification. Malheureusement, les renseignements requis ne sont pas toujours obtenus à temps. Il faut parfois vérifier périodiquement l'avancement de la vérification en vue de revoir le calendrier de vérification et l'étendue des renseignements dont l'équipe de vérification a besoin.

14.1.6 Délai de prescription prévu par le droit interne

14.1.6.1 Le délai de prescription pour les cas de prix de transfert peut être le même que dans les affaires fiscales ordinaires, ou être différent. Les États-Unis appliquent le même délai de prescription de trois ans aux différends fiscaux ordinaires et aux différends relatifs aux prix de transfert. Le Royaume-Uni (six ans), l'Allemagne (quatre ans) et la France (quatre ans) appliquent également le même délai de prescription pour les deux types de différends. En revanche, le Japon applique un délai de prescription de six ans aux cas relatifs aux prix de transfert, tandis que le délai de prescription à l'égard des charges ordinaires liées à l'impôt sur le revenu des sociétés est de cinq ans. Au Canada, le délai de prescription est de six ans pour les cas relatifs prix de transfert et de trois ans pour les affaires fiscales ordinaires.

14.1.6.2 Un autre aspect du délai de prescription a trait à sa durée, c'est-à-dire

¹²⁶ Les vérifications de prix de transfert peuvent également être décrites comme des programmes d'« examen », bien qu'il soit aussi possible d'utiliser le terme « examen » dans un sens plus large, par exemple pour couvrir les contrôles de conformité des processus de prix de transfert ne comportant pas une vérification en bonne et due forme.

s'il est fixe ou si le contribuable peut renoncer au bénéfice qui lui est accordé. Par exemple, aux États-Unis, un contribuable peut renoncer au bénéfice de la prescription, mais dans d'autres pays, dont le Japon, le délai de prescription est fixe.

14.1.7 Approbations et autorisation formelle

14.1.7.1 Une fois qu'une vérification des prix de transfert a commencé, les vérificateurs doivent y consacrer beaucoup de temps et d'efforts. Il est préférable d'obtenir l'approbation et l'autorisation formelle d'un haut fonctionnaire ou du comité de l'administration fiscale chargé des vérifications de prix de transfert avant de commencer la vérification. Ceci est important pour assurer l'utilisation efficace des ressources humaines et autres de l'administration fiscale.

14.2 Examen préliminaire

14.2.1 Contrôle sur pièces (sur dossier)

14.2.1.1 Normalement, l'autorité fiscale sera en possession de certains renseignements sur les prix de transfert avant le début d'une vérification (voir la section 14.3.3.2). Il faut effectuer un contrôle de ces renseignements, en particulier des états financiers, pour déterminer s'il existe des problèmes de prix de transfert. Par exemple, il peut être utile de calculer les ratios financiers suivants à partir des données fiscales et financières :

- Bénéfice brut par rapport à la valeur des ventes nettes;
- Bénéfice d'exploitation par rapport à la valeur des ventes nettes;
- Frais d'exploitation par rapport à la valeur des ventes nettes;
- Rapport entre la marge brute et les frais d'exploitation (ratio de Berry); et
- Bénéfice d'exploitation par rapport à l'actif total moyen.

14.2.1.2 Il est utile de comparer les ratios financiers du contribuable aux ratios standard applicables du secteur, s'il est possible de trouver de tels ratios. Des écarts marqués par rapport aux ratios standard du secteur peuvent indiquer un problème de prix de transfert. Il faut analyser les résultats sur pièces afin de déterminer les mesures supplémentaires à prendre, le cas échéant.

14.2.2 Compréhension des activités d'entreprise du contribuable

14.2.2.1 Une partie essentielle de la vérification des prix de transfert consiste à acquérir une compréhension des activités commerciales du contribuable.

Cela peut commencer avant le début de la vérification des prix de transfert et doit inclure les éléments suivants :

- Les activités du contribuable;
- Les activités des sociétés affiliés du contribuable (locales et étrangères);
- Les relations entre le contribuable et ses sociétés affiliés (locales et étrangères);
- Les principaux facteurs créateurs de valeur de l'entreprise;
- Le rôle que joue chaque entité dans la réalisation des activités et l'exercice des fonctions commerciales du groupe contrôlé;
- L'étendue, le volume et la nature des fonctions contrôlées;
- Le degré de contrôle et de direction auquel le contribuable est soumis de la part du siège du groupe.

14.2.2.2 Les sources suivantes peuvent être utiles pour comprendre les activités commerciales du contribuable :

- Documentation relative aux prix de transfert;
- Rapports annuels;
- Rapports sur les valeurs mobilières;
- Publications décrivant les activités du contribuable;
- Rapports publiés par les sociétés de valeurs mobilières;
- Rapports de vérification interne et de gestion;
- Organigrammes et schémas opérationnels de l'organisation (l'accès à ceux-ci peut nécessiter la collaboration du contribuable);
- Procès-verbaux des réunions du conseil d'administration, des réunions des comités et des assemblées des actionnaires;
- Contrats importants entre les filiales locales de l'EMN et d'autres entités au sein de l'EMN;
- Manuels de politique et de procédure;
- Documents d'approbation internes;
- Politiques écrites de fixation des prix interentreprises;
- Documents de déclaration de douane;
- Catalogues de vente, brochures et dépliants;
- Courriels et autres correspondances écrites entre le contribuable et ses entreprises affiliées.

14.2.2.3 Au nombre des questions qui peuvent être posées pour comprendre les activités du contribuable figurent les suivantes :

- Si le contribuable est engagé dans la *distribution* de produits :
 - Les sociétés affiliées fabriquent-elles des produits identiques ou similaires à ceux que distribue le contribuable ?
 - Y a-t-il des transferts de technologie entre les sociétés affiliées et le contribuable ?
 - Les marques et autres actifs incorporels de commercialisation sont-ils utilisés pour commercialiser le produit ?
 - Quels membres de l'EMN ont conçu les marques et autres actifs incorporels de commercialisation ?
 - Quels membres de l'EMN conçoivent et réalisent les activités publicitaires ?
 - Quels membres de l'EMN ont créé les outils de vente ?
 - Quels membres de l'EMN ont dressé et tenu à jour la liste des clients ?
- Si le contribuable est engagé dans la fabrication de produits :
 - Les sociétés affiliées distribuent-elles ou vendent-elles des produits identiques ou similaires à ceux que fabrique le contribuable ?
 - Le contribuable utilise-t-il des actifs incorporels de fabrication identiques ou similaires à ceux qu'utilisent ses sociétés affiliées ?
 - Quels brevets et/ou quel savoir-faire entrent en jeu dans le processus de fabrication ?
 - Existe-t-il un accord de répartition des coûts ?
 - Les sociétés affiliées ou le contribuable ont-ils souscrit à un accord de répartition des coûts ?
 - Quelles activités de recherche et développement sont menées ?
 - Quels membres de l'EMN dirigent et réalisent les activités de recherche et de développement ?
 - Comment les résultats de la recherche et du développement sont-ils diffusés parmi les membres de l'EMN ?

14.2.2.4 Les actifs incorporels pouvant constituer un aspect important de l'activité du contribuable, il peut également être utile d'acquérir une connaissance de ces actifs :

- Actifs incorporels de fabrication et de commercialisation;
- Brevets nationaux et étrangers;
- Licences et attributions;

- Litiges relatifs à des brevets, des marques ou d'autres propriétés intellectuelles impliquant le contribuable;
- Conception et enregistrement de marques nationales et étrangères;
- Création et enregistrement de droits d'auteur.

14.2.3 Compréhension du secteur dans lequel le contribuable exerce ses activités

14.2.3.1 Les éléments suivants peuvent être utiles pour comprendre le secteur du contribuable :

- Identifier toute association sectorielle pertinente;
- Examiner les publications et le site Web de l'association professionnelle;
- Examiner les lignes directrices destinées au secteur appliquées par le contribuable;
- Consulter divers experts du secteur;
- Consulter divers livres et articles sur le secteur;
- Identifier les concurrents dans le même secteur;
- Comparer les activités des concurrents à celles du contribuable;
- Comparer les données financières des concurrents à celles du contribuable.

14.2.4 Approbation

14.2.4.1 Il faudra généralement obtenir l'approbation d'un fonctionnaire supérieur, conformément au modèle fonctionnel de l'administration chargée des prix de transfert, avant de se lancer dans une vérification complète des prix de transfert du contribuable à l'issue de l'examen préliminaire.

14.3 Procédure de vérification

14.3.1 Approche de vérification

14.3.1.1 Les vérificateurs doivent établir le plan de vérification des prix de transfert, qui peut être divisé en deux parties :

- La première partie décrit l'équipe de vérification, les renseignements qu'elle compte recueillir et le calendrier de vérification. Cette partie peut être divulguée au contribuable faisant l'objet de la vérification.
- La deuxième partie décrit les ressources de l'administration

fiscale qui seront consacrées à la vérification, les comptes et les questions de prix de transfert à examiner, les procédures prévues pour l'examen de chaque question, le personnel responsable des différentes étapes et les procédures de gestion à suivre par l'équipe de vérification. La deuxième partie n'est pas généralement communiquée au contribuable.

14.3.2 Notification au contribuable

14.3.2.1 Dans le cadre d'une vérification des prix de transfert, les vérificateurs communiquent généralement avec le contribuable par téléphone pour fixer un premier rendez-vous. Si ce contact ne peut être établi, les vérificateurs envoient une lettre indiquant qu'ils vont procéder à la vérification du contribuable. C'est à ce moment-là que les vérificateurs envoient la demande initiale de renseignements au contribuable. Si une documentation contemporaine doit être soumise, la demande marque le début de la période de dépôt.

14.3.2.2 Une vérification des prix de transfert ne porte généralement que sur les aspects liés aux prix de transfert. Toutefois, un contrôle fiscal ordinaire de l'impôt sur revenu d'une société peut se transformer en une vérification des prix de transfert ou l'inclure si nécessaire. Le nombre d'exercices fiscaux donnant lieu à une vérification est généralement limité par le délai de prescription. Par exemple, si le délai de prescription est de six ans, les exercices fiscaux donnant lieu à une vérification peuvent aller jusqu'aux six années antérieures.

14.3.2.3 Les vérificateurs proposent généralement une réunion avec le contribuable, afin de discuter du calendrier de vérification et de certaines règles de base. Si le contribuable a soumis certains documents demandés, les vérificateurs peuvent également discuter du contenu de ces documents.

14.3.3 Collecte de renseignements

14.3.3.1 Dans une vérification de prix de transfert, la principale activité porte sur la collecte des renseignements jugés nécessaires par les autorités fiscales pour décider s'il y a lieu d'accepter les déclarations de revenu telles quelles ou de proposer des ajustements de prix de transfert. Les autorités fiscales comptent principalement sur le contribuable pour fournir ces renseignements.

14.3.3.2 Certains renseignements nécessaires à la vérification des prix de transfert peuvent être déjà entre les mains des autorités fiscales :

- **Déclarations de revenu** : les déclarations de revenu du contribuable sont les documents d'information les plus fondamentaux;

- **États financiers** : les états financiers du contribuable établis selon les principes comptables généralement reconnus (*generally accepted accounting practice*, ou GAAP) doivent souvent être soumis aux autorités fiscales en même temps que les déclarations de revenu et constituent des documents financiers importants pour la vérification des prix de transfert;
- **Documents joints aux déclarations de revenu** : les contribuables peuvent être tenus de joindre à leurs déclarations de revenu des annexes ou d'autres formulaires contenant des renseignements sur leurs pratiques en matière de prix de transfert;
- **Autres déclarations de renseignements** : des déclarations de renseignements peuvent être exigées à des fins liées aux prix de transfert.

14.3.3.3 L'équipe de vérification peut demander d'autres renseignements utiles. Le pouvoir de l'équipe de vérification de demander des renseignements découle du pouvoir général d'enquête des autorités fiscales ou des pouvoirs en matière de renseignements prévus par la législation fiscale du pays. Certains pays ont adopté des dispositions législatives particulières régissant les demandes de renseignements en matière de prix de transfert.

14.3.3.4 Il convient de noter que la collaboration du contribuable en ce qui concerne la remise des renseignements requis est essentielle dans une vérification des prix de transfert. À cet égard, la vérification diffère de bon nombre de contrôles fiscaux ordinaires, car dans ces cas, le contribuable n'a généralement pas l'obligation de créer un document pour les vérificateurs. De plus, dans le cadre d'une vérification des prix de transfert, le contribuable doit souvent expliquer le fonctionnement de ses activités commerciales. On s'attend des contribuables qu'ils collaborent avec l'équipe de vérification en fournissant les données et explications nécessaires. Une atmosphère de collaboration lors des vérifications de prix de transfert est souhaitable et doit être encouragée.

14.3.3.5 L'équipe de vérification effectue la collecte des renseignements principalement au moyen de demandes de renseignements écrits. Des sanctions civiles ou pénales sont généralement prévues en cas de défaut de répondre à une demande de renseignements. L'équipe de vérification pourra présenter plusieurs demandes de renseignements au cours d'une vérification des prix de transfert. Le délai de réponse est généralement de quelques semaines, sauf si on prévoit qu'il faudra plus de temps au contribuable pour obtenir et/ou préparer les renseignements requis. Les autorités fiscales peuvent également recourir à la disposition relative à l'échange de renseignements prévue dans une convention fiscale applicable.

14.3.3.6 Il convient de noter qu'un problème courant tient à la difficulté de faire exécuter une demande de renseignements visant un document ou un renseignement qui n'est pas en possession du contribuable faisant l'objet de l'investigation, mais plutôt d'une partie liée juridiquement distincte située en dehors du pays. Dans le cas du Japon, par exemple, le contribuable japonais est tenu de faire des efforts pour obtenir les documents et les livres comptables en possession d'une partie liée située hors du Japon. Les autorités fiscales japonaises ont le pouvoir légal de recourir à l'imposition par présomption si le contribuable ne soumet pas les données demandées.

14.3.3.7 Les États-Unis disposent de moyens plus forts pour obtenir des documents situés en dehors du pays. Tout d'abord, après l'échec des procédures normales de demande, l'Internal Revenue Service (IRS) peut adresser à un contribuable, en vertu de l'article 982 de l'*Internal Revenue Code* (IRC), une demande officielle de documents (« *Formal Document Request* », ou FDR) accessibles à l'étranger. Si le contribuable ne se conforme pas pour l'essentiel à la FDR dans les 90 jours, il peut être privé du droit de déposer comme preuve lors d'un procès toute documentation pertinente accessible à l'étranger visée par la FDR. Deuxièmement, l'IRS peut demander à un contribuable d'obtenir l'autorisation d'une entité étrangère liée d'agir à titre d'agent de cette entité aux fins d'une assignation en vertu de la disposition 6038A(e) de l'IRC. Si le contribuable n'obtient pas cette autorisation, l'IRS peut déterminer le montant en cause en se fondant uniquement sur les renseignements dont il dispose. Troisièmement, l'IRS peut recourir à la procédure d'assignation d'un tiers en vertu de l'article 7602 de l'IRC. L'IRS doit fournir un préavis raisonnable (« *reasonable notice* ») au contribuable avant de contacter toute autre partie concernant l'impôt à payer du contribuable, et il doit, périodiquement ou à la demande du contribuable, fournir au contribuable une liste des personnes contactées par l'IRS.

14.3.3.8 Il peut être utile d'interroger le personnel du contribuable chargé de la commercialisation et des ventes ainsi que celui des services comptables et financiers. Il est souvent opportun de visiter les locaux du contribuable (les ateliers et les usines, par exemple) pour comprendre l'activité du contribuable. Au cours de la vérification, l'équipe de vérification pourra vouloir organiser une telle visite avec le contribuable.

14.3.3.9 Les renseignements nécessaires peuvent également être recueillis auprès d'autres sources comme le site Web du contribuable, les données financières fournies périodiquement par le contribuable à l'organisme de réglementation des valeurs mobilières (le cas échéant), les journaux d'affaires ou d'autres déclarations fiscales (liées ou non au contribuable). Si les renseignements sont accessibles au public, l'équipe de vérification peut les utiliser librement, mais

s'ils sont confidentiels, elle doit faire preuve de prudence dans la divulgation de ces renseignements.

14.3.4 Sources de renseignements

14.3.4.1 Comme indiqué précédemment, la principale source de renseignements provient du contribuable. Les livres, registres et autres documents écrits du contribuable, ainsi que ses administrateurs et employés sont les principales sources de renseignements.

14.3.4.2 Un ancien employé ou dirigeant du contribuable peut également agir comme source, au besoin. Dans ce cas, l'ancien employé ou dirigeant pourra s'être engagé par contrat avec le contribuable à ne pas divulguer des renseignements secrets. Cela soulève souvent une question juridique délicate, à savoir si l'ancien employé est obligé de divulguer les renseignements demandés aux autorités fiscales. Cette question doit être résolue à la lumière du droit interne du pays concerné.

14.3.4.3 Les renseignements peuvent également provenir de tiers. Par exemple, la législation fiscale japonaise autorise les autorités fiscales à demander des renseignements à une société exerçant une activité commerciale du même type ou à examiner les livres et documents comptables de cette personne ou société¹²⁷. Les déclarations de revenu d'un tiers exerçant la même activité seront également des sources de renseignements utiles. Lorsque les renseignements d'un tiers sont utilisés, les autorités fiscales sont assujetties à une obligation légale de confidentialité dans leurs rapports avec le contribuable. Cette question est souvent abordée dans le contexte des comparables secrets.

14.3.5 Langue

14.3.5.1 Les documents que possède un contribuable concernant ses transactions avec une partie liée étrangère sont souvent rédigés dans une langue étrangère que les vérificateurs fiscaux peuvent ne pas comprendre. Dans la plupart des pays, le droit fiscal ne précise généralement pas quelle partie doit traduire les documents de langue étrangère nécessaires à une vérification des prix de transfert. Si les documents sont volumineux, la traduction peut se révéler onéreuse.

14.3.5.2 Lorsque les documents pertinents sont rédigés dans une langue étrangère, les vérificateurs demandent souvent au contribuable de fournir une traduction dans la langue nationale, à ses propres frais. En pratique, le

¹²⁷ Loi japonaise sur les mesures fiscales spéciales, voir le paragraphe 8 de l'Article 66-4.

contribuable se montre souvent coopératif. Toutefois, le fondement juridique de cette façon de procéder n'est pas toujours clair (voir la section 12.4.5).

14.3.5.3 Si un document nécessaire à une vérification des prix de transfert est rédigé dans une langue étrangère et ne peut être compris par les vérificateurs, c'est généralement la partie ayant la charge de la preuve qui s'en trouve désavantagée.

14.3.5.4 La langue anglaise peut occuper une position unique en tant que langue étrangère dans ce contexte. Dans la plupart des pays non anglophones, les contrôleurs fiscaux chargés des prix de transfert sont formés à la langue anglaise et peuvent être en mesure de lire des documents dans cette langue.

14.3.6 Types de renseignements à recueillir

14.3.6.1 Les renseignements généraux requis pour une vérification des prix de transfert comprennent :

- Un profil de l'entreprise;
- L'organisation du contribuable et des parties liées;
- Les transactions ou les flux commerciaux;
- Une liste des installations de fabrication et/ou de vente;
- Une liste des administrateurs et des employés;
- Un diagramme des filiales du groupe indiquant les liens capitalistiques.

14.3.6.2 La plupart de ces renseignements peuvent désormais être trouvés dans la documentation relative aux prix de transfert du contribuable, à condition qu'elle ait été préparée conformément à la norme recommandée, décrite au chapitre 12.

14.3.6.3 Les états financiers du contribuable fournissent des renseignements financiers élémentaires. Cependant, la vérification des prix de transfert est souvent axée sur les ventes ou les achats de produits particuliers, la prestation de services particuliers ou la concession de licences portant sur des actifs incorporels particuliers. Il devient alors nécessaire de segmenter les recettes, les dépenses, le bénéfice brut et/ou le bénéfice d'exploitation. On procède donc souvent à une segmentation de l'état des résultats centrée sur les transactions examinées par les vérificateurs fiscaux. L'établissement d'états de résultats segmentés nécessitera un surcroît de travail de la part du contribuable, qui connaît les détails des états des résultats. Il sera souvent impossible de réaliser avec précision l'examen et l'évaluation des résultats financiers en l'absence d'états segmentés des profits et pertes.

14.3.6.4 Les renseignements requis de tiers servent essentiellement de données comparables. Les sources des renseignements de tiers peuvent varier en fonction de la capacité de trouver des comparables appropriés. Voir le chapitre 3 sur l'analyse de comparabilité, pour plus de détails.

14.3.7 Points à examiner au stade initial

14.3.7.1 Pour déterminer avec exactitude si les transactions soumises aux vérifications soulèvent des problèmes, il faut examiner chaque cas attentivement, en tenant compte des circonstances entourant chaque transaction. Lors d'une vérification des prix de transfert, on doit prendre en considération les points suivants, ainsi que les fonctions exercées, les risques assumés et les actifs utilisés ou apportés par le contribuable et les personnes comparées :

- La question de savoir si les marges brutes et d'exploitation réalisées sur les transactions entre parties liées du contribuable sont sensiblement différentes de celles que ce dernier réalise avec des personnes non liées sur d'autres transactions semblables quant à la quantité, au niveau du marché et à d'autres aspects, et dans un marché semblable;
- La question de savoir si les marges brutes et d'exploitation réalisées sur les transactions entre parties liées du contribuable sont sensiblement différentes de celles que des personnes non liées exerçant des activités dans la même catégorie d'entreprises réalisent sur des transactions semblables quant à la quantité, au marché et à d'autres aspects;
- La question de savoir si les marges brutes et d'exploitation du contribuable réalisées sur des transactions entre parties liées sont sensiblement différentes de celles qui sont réalisées par les personnes liées parties à ces mêmes transactions.

14.3.7.2 Avant de calculer les prix de pleine concurrence, il faut mener des examens sous différents angles pour déterminer s'il existe des problèmes quant à la fixation des prix de transfert et pour s'assurer que l'exécution est menée efficacement. Les approches suivantes peuvent être utilisées :

- Vérification quant à savoir si les marges brutes et d'exploitation réalisées sur les transactions entre parties liées qui font l'objet de l'examen se situent ou non à l'intérieur de l'intervalle des marges réalisées sur les transactions sur le marché libre assez semblables à celles des parties liées sur le plan de la quantité, du marché et d'autres aspects et provenant de la même catégorie d'entreprises;
- Utilisation de la valeur moyenne de la rémunération ou des marges réalisées sur les transactions entre parties liées ou sur les transactions jugées comparables aux transactions entre parties

liées pendant une période de temps raisonnable, avant et après l'exercice fiscal soumis à la vérification. Cela peut se faire si l'on considère qu'il serait inapproprié de vérifier le prix des produits en stock et d'autres aspects des transactions entre parties liées en se fondant uniquement sur les renseignements relatifs à chaque exercice fiscal visé, en raison de fluctuations considérables des prix reflétant des changements dans la demande du public, le cycle de vie des produits ou d'autres facteurs de ce type.

14.3.7.3 Une fois la vérification des prix de transfert lancée, divers aspects de la fixation des prix de pleine concurrence doivent être pris en compte, ce qui demande un temps considérable. Après les examens susmentionnés, il peut être utile de prendre du recul pour réfléchir à la vérification en général. Cela se fera avant de commencer le calcul d'une valeur de pleine concurrence, qui mobilisera la plus grande partie des ressources consacrées à la vérification des prix de transfert. Le vérificateur doit établir si la poursuite de la vérification des prix de transfert est susceptible de produire un bon résultat du point de vue de l'efficience.

14.3.7.4 La documentation contemporaine est expliquée en détail au chapitre 12. La documentation contemporaine que le contribuable a préparée sera importante pour les vérificateurs et doit figurer parmi les premiers éléments qu'ils demanderont.

14.3.7.5 Le contribuable est généralement tenu de fournir aux vérificateurs la documentation contemporaine dans un nombre de jours déterminé après une demande des autorités fiscales. Cette documentation doit démontrer que la méthode de détermination des prix de transfert et son application fournissent la mesure la plus fiable d'un prix de pleine concurrence. Il s'agit de la première occasion pour le contribuable de persuader les vérificateurs que les prix de transfert sont appropriés.

14.3.8 Demande de renseignements / Renseignements supplémentaires

14.3.8.1 Voici un exemple de liste des documents qu'une entreprise de distribution de produits doit transmettre, en supposant que la période imposable faisant l'objet de la vérification est de cinq ans. Sauf indication contraire, les renseignements demandés doivent être les plus récents.

- Informations sur le profil d'entreprise (y compris l'historique du groupe);
- Organigramme (indiquant le nombre d'employés);

- Structure transactionnelle : un diagramme des activités liés à l'entreprise (facturation et règlement, et flux de livraison réel);
- Liste des canaux de distribution et des points de vente au détail, le cas échéant : emplacement, taille, heures d'ouverture, chiffre d'affaires, effectifs, prix, modalités contractuelles avec les clients (consignation/vente au comptant, etc.), y compris des données sur les trois dernières années concernant les ventes, le chiffre d'affaires et les effectifs;
- Liste des administrateurs;
- Structure du capital des sociétés du groupe;
- Principaux accords commerciaux, accords de distribution et autres accords avec des parties liées;
- Profil d'entreprise des parties liées;
- Documents relatifs à la détermination des prix de pleine concurrence;
- Méthode de détermination des prix de transfert et liste des marges selon les catégories de produits pour cinq ans;
- Données financières les plus récentes concernant les ventes, le coût des marchandises vendues, les frais d'exploitation, le bénéfice d'exploitation et le bénéfice avant impôt pour les cinq années précédentes;
- État des résultats consolidés global du groupe et ratio des ventes du contribuable sur les ventes globales du groupe pour les cinq années précédentes;
- États des résultats segmentés en fonction des transactions entre parties liées de la partie liée (si le contribuable est l'acheteur) ou du contribuable (si le contribuable est le vendeur) pour les cinq années précédentes;
- Liste des bénéfices bruts et d'exploitation par catégorie, par produit et par canal de distribution, avec le détail des pertes sur cession d'actifs et des pertes dues à l'obsolescence pour les cinq années précédentes;
- Liste des dix premiers produits en termes de ventes par catégorie (nom du produit, prix d'achat et prix de détail, dépenses de personnel, dépenses de publicité et dépenses de promotion des ventes) pour les cinq années précédentes.

14.3.8.2 Au fur et à mesure que la vérification des prix de transfert progressera, de nombreuses autres questions surgiront, de sorte que l'équipe de vérification devra probablement présenter des demandes de renseignements supplémentaires. Cette partie du processus de vérification a tendance à être longue.

14.3.9 Demande d'entretiens

14.3.9.1 Lors d'une vérification des prix de transfert, il est courant que l'équipe de vérification demande des entretiens avec le personnel clé de la société engagée dans les transactions avec les parties liées. Ces entretiens contribuent à l'analyse fonctionnelle menée par l'équipe de vérification pour cerner les fonctions exercées par le contribuable et les parties liées et à évaluer de possibles transactions comparables. Les économistes spécialisés dans les prix de transfert et les vérificateurs chargés de la vérification internationale qui font partie de l'équipe de vérification participeront presque toujours aux entretiens, et un avocat pourra également y prendre part. Les aspects mentionnés ci-dessous sont pertinents en ce qui a trait aux réponses du contribuable aux demandes d'entretiens.

14.3.9.2 L'équipe de vérification choisit le personnel à interroger après avoir examiné les organigrammes. Elle décide du personnel à interroger après une discussion sur les fonctions du personnel figurant dans les organigrammes.

14.3.9.3 Il faut expliquer le processus aux personnes interrogées et s'assurer qu'elles comprennent le déroulement, le but et l'importance de l'entretien.

14.3.9.4 Les entretiens se tiennent généralement dans un esprit de collaboration. Le contribuable peut s'entendre au préalable avec l'équipe de vérification quant aux règles de l'entretien afin d'éviter toute confusion. Par exemple, le contribuable pourra souhaiter que l'équipe de vérification rencontre un groupe d'employés, plutôt que de rencontrer chaque personne séparément. De cette façon, chaque employé aura la possibilité de prendre en compte les réponses des autres personnes. Par contre, l'équipe de vérification pourra vouloir interroger chaque personne séparément.

14.3.9.5 Si la personne à interroger n'est pas un locuteur natif de la langue de l'entretien, il est conseillé de faire appel à un interprète, même si cette personne maîtrise assez bien cette langue. Le recours à un interprète permet d'éviter de possibles malentendus et donne à la personne interrogée le temps de formuler des réponses raisonnées.

14.3.9.6 Si l'entretien est enregistré, les deux parties doivent conserver une copie de l'enregistrement. Il peut être utile de rédiger une transcription de l'enregistrement de l'entretien plutôt qu'un simple enregistrement audio, ce qui en facilitera la consultation ultérieure. Si l'entretien n'est pas enregistré, l'équipe de vérification peut rédiger un résumé de l'entretien et le remettre à la personne interrogée. Dans ce cas, un examen attentif du résumé écrit s'impose.

14.3.10 Demande de visite d'installations

14.3.10.1 Le degré de collaboration en ce qui a trait à la visite des installations d'un contribuable par les vérificateurs fiscaux variera selon les cas. Les représentants de l'équipe de vérification peuvent être accompagnés lors de la visite par un employé du contribuable, qui peut décrire les activités menées sur certains sites et répondre aux questions. Cet accompagnateur devrait considérer la démarche comme similaire à un entretien ou comme une occasion de présenter des éléments factuels du dossier du contribuable, les éclaircissements à fournir pouvant influencer sur le contexte choisi pour décrire les objets ou les opérations au moment de la visite. Garantir l'intégrité de ces contacts avec les contribuables est aussi important ici que dans les autres types de rapports avec les contribuables.

14.3.11 Comparables secrets

14.3.11.1 La question des comparables secrets se pose souvent dans le cadre des vérifications de prix de transfert. Il est possible d'examiner les renseignements confidentiels d'autres contribuables pour obtenir des renseignements généraux ou des indices quant à la pertinence d'une enquête plus poussée. Cependant, l'utilisation de ces renseignements pour établir des comparables posera problème. Les comparables secrets sont examinés en détail à la section 3.6.7.

14.3.11.2 Le privilège avocat-client et le privilège relatif aux travaux juridiques préparatoires de l'avocat sont bien établis aux États-Unis et dans d'autres pays, mais il est possible qu'ils n'existent pas ou ne soient pas aussi bien établis dans d'autres pays. Le privilège avocat-client protège la confidentialité des communications entre le client et l'avocat ou les mandataires de l'avocat. Lorsqu'un conseil juridique est sollicité auprès d'un avocat, les communications faites à ce sujet à titre confidentiel par le client sont protégées contre toute divulgation par le client ou par l'avocat, sauf si le client renonce à cette protection.

14.3.11.3 Le privilège relatif aux travaux juridiques préparatoires de l'avocat protège les documents préparés en prévision d'un procès ou d'un litige par un avocat ou son mandataire. Lorsqu'on peut raisonnablement anticiper un litige dans le cadre d'une vérification des prix de transfert, il est important de prendre en considération le privilège avocat-client et le privilège relatif aux travaux juridiques préparatoires de l'avocat, quand ils sont applicables.

14.3.12 Tableau comparatif

14.3.12.1 Au cours du processus de vérification, il peut être utile de préparer un tableau comparant la partie assujettie à la vérification à un ou plusieurs

PARTIE C : VÉRIFICATION DES PRIX DE TRANSFERT

comparables possibles. Un exemple simple de comparaison est présenté dans le tableau 14.T.1 ci-dessous.

Tableau 14.T.1
Tableau comparatif

	Société testée	Société comparable
Code d'activité		
Dernier jour de la période comptable		
Teneur de l'activité		
Principaux produits commercialisés		
1. _____ (_ %)		
2. _____ (_ %)		
3. _____ (_ %)		
Principaux fournisseurs		
Principaux acheteurs		
R&D « maison »		
Nombre d'employés		
Territoire		
Capital libéré		
Montant des emprunts		
Ventes (cinq ans)		
Bénéfices et marges bruts (cinq ans)		
Bénéfices et marges d'exploitation (cinq ans)		
Marges bénéficiaires brutes après ajustements		

14.4 Délimitation des questions: Élaboration de la position de l'autorité fiscale

14.4.1 Amélioration de la compréhension des activités d'entreprise du contribuable

14.4.1.1 Au cours du processus de vérification, l'équipe de vérification doit examiner les renseignements qu'elle a obtenus concernant les activités d'entreprise du contribuable en réponse aux demandes de renseignements et à l'issue des autres activités de collecte de renseignements. Cela permet d'affiner la compréhension des activités du contribuable, et ces renseignements auront une incidence sur la sélection de possibles transactions ou entreprises comparables et le choix de la méthode de détermination des prix de transfert la plus appropriée.

14.4.2 Amélioration de la compréhension du secteur d'activité du contribuable

14.4.2.1 Des efforts similaires sont nécessaires pour affiner la compréhension du secteur d'activité du contribuable. L'équipe de vérification examinera généralement des renseignements supplémentaires, y compris par exemple les états financiers sur plusieurs années des gammes de produits, afin de détecter les fluctuations ou écarts inhabituels par rapport aux normes du secteur d'activité qui peuvent ne pas résulter des cycles de vie de l'entreprise ou des produits.

14.4.3 Amélioration de l'analyse fonctionnelle

14.4.3.1 L'équipe de vérification doit délimiter avec précision les transactions vérifiées. Il lui faut notamment comprendre les fonctions, les actifs et les risques pertinents avant de chercher des comparables appropriés ou d'évaluer le choix de la méthode de prix de transfert du contribuable. Les vérificateurs doivent identifier les caractéristiques économiquement pertinentes de la transaction, en se concentrant sur celles qui sont les plus importantes pour la création de valeur. Les vérificateurs utilisent les renseignements obtenus en réponse aux demandes de renseignements et lors des entretiens pour remonter et comprendre le fil des transactions.

14.4.3.2 Les vérificateurs doivent cerner l'effet sur les transactions de tout actif incorporel particulier de valeur. Comme un niveau de risque supérieur justifie un rendement attendu supérieur, l'équipe de vérification doit prendre en compte les risques économiques importants en relation avec la ou les transactions vérifiées. Au nombre de ceux-ci peuvent figurer les risques de marché (découlant des fluctuations des coûts, de la demande, des prix, etc.), les risques

de change, les risques de crédit et de perception, les risques de responsabilité liés aux produits et les risques commerciaux généraux.

14.4.3.3 Une fois que les transactions pertinentes ont été délimitées avec précision, les vérificateurs cherchent à identifier des transactions comparables sur le marché libre (ou, plus souvent, des sociétés indépendantes engagées dans de telles transactions). Le contribuable cherchera généralement à participer à cette étape pour s'assurer que seuls les comparables appropriés sont utilisés. Voir les chapitres 3 et 4 pour plus de détails.

14.4.4 Choix de la méthode de prix de transfert

14.4.4.1 Après avoir délimité avec précision la transaction, il convient de sélectionner la méthode de prix de transfert la plus appropriée. Voir le chapitre 4 pour plus de détails.

14.4.5 Avis provisoire ou prise de position préliminaire des vérificateurs

14.4.5.1 Vers la fin de la procédure de vérification, l'équipe de vérification produit souvent un rapport écrit ou un avis provisoire, à moins que les vérificateurs ne jugent qu'aucun ajustement n'est nécessaire. Il est souvent utile de résoudre les questions factuelles importantes pour l'analyse ou de constater un désaccord sur certaines questions pendant que les renseignements sont frais, plutôt que de retarder la résolution jusqu'à la fin de la procédure de vérification. Cela permet de limiter autant que possible l'étendue des points de désaccord.

14.4.5.2 Le contribuable peut contester le rapport ou l'avis, suggérer des modifications ou reconnaître l'exactitude du rapport.

14.4.6 Projet d'ajustements proposés

14.4.6.1 Une fois que l'équipe de vérification estime comprendre suffisamment bien les questions relatives aux prix de transfert et qu'elle a conclu les discussions avec le contribuable, elle peut faire connaître les ajustements proposés, le cas échéant. Dans certains pays, les ajustements proposés peuvent être combinés avec le rapport provisoire susmentionné.

14.4.6.2 Dans certaines juridictions, il s'agira de la dernière occasion pour le contribuable de décider s'il souhaite ou non conclure un règlement avec l'équipe de vérification.

14.4.7 Notification officielle au contribuable de l'ajustement proposé

14.4.7.1 À moins que le contribuable et l'équipe de vérification ne parviennent à un accord, une notification officielle de l'ajustement proposé sera émise.

14.4.7.2 Dans certains pays, l'émission d'une notification officielle à l'égard de l'ajustement proposé est obligatoire, et le contribuable a la possibilité d'accepter la proposition de notification dans un délai déterminé (par exemple, 30 jours) et/ou d'aviser de l'existence de compensations.

14.4.8 Émission d'une proposition de rectification/lettre de notification

14.4.8.1 L'étape finale du processus de vérification est l'émission d'une proposition de rectification ou « *adjustment notice* (i.e. *notice of deficiency*) ». Dans certains pays, cette lettre de notification finale ou notification finale de redressement fiscal (« *final notice of correction* ») peut être émise sans passer par un avis officiel à l'égard de l'ajustement proposé, alors que dans d'autres, le processus peut inclure cet avis officiel. L'émission d'une proposition de rectification peut également entraîner l'obligation pour le contribuable de payer l'impôt supplémentaire dû dans un certain délai.

14.4.8.2 Des mécanismes d'appel et de règlement des différends s'appliquent généralement par la suite (voir le chapitre 15 pour plus de détails). Il peut également y avoir suspension ou report de la perception de l'impôt supplémentaire dû, selon les règles internes du pays concerné.

14.4.9 Possibilités de règlement

14.4.9.1 Il doit être possible d'en arriver à un règlement avec l'équipe de vérification tout au long du processus de vérification des prix de transfert. Une planification et une documentation appropriées, combinées à une participation active au processus de vérification, peuvent faciliter la conclusion d'un règlement avec l'équipe de vérification.

14.4.9.2 Les processus de règlement peuvent être expressément prévus dans les règles de détermination des prix de transfert, ou ils peuvent s'appliquer dans le cadre d'un mécanisme plus large de règlements des différends fiscaux. La procédure amiable et d'autres aspects du règlement des différends sont traités au chapitre 15 du présent Manuel.

14.5 Clôture du dossier

14.5.1 La clôture du dossier doit être correctement documentée, car chaque décision prise pourrait faire l'objet d'un litige. Le tableau ci-dessous énonce un processus de documentation clair permettant d'assurer que les renseignements nécessaires sont consignés et que le processus requis a été suivi. Le rapport de vérification est également repris dans le tableau, avec tous les détails requis.

14.5.2 Modèle de clôture de vérification

Tableau 14.T.2

Modèle de clôture de vérification

Équipe de vérification :		Date :
Nom du contribuable :	NIF :	
	Période d'imposition :	
Adresse physique :	Type de vérification :	
Date de début :	Date d'achèvement :	

Nature de l'entreprise et activités principales du contribuable :			
Membres de l'équipe de vérification			
Nom	Titre	Numéro d'employé	
1			
2			
3			
4			
5			
Types d'impôts visés	Périodes fiscales vérifiées		
1. Objectif de la vérification			
2. Étendue de la vérification			

**MANUEL PRATIQUE DES NATIONS UNIES SUR LES PRIX DE TRANSFERT À
L'INTENTION DES PAYS EN DÉVELOPPEMENT (2021)**

3. Risques identifiés au stade de la création du profil et de la planification

4. Risques identifiés pendant la vérification

5. Dossiers examinés et méthode de vérification utilisée (travail effectué)	Renvoi aux documents de travail
<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>	

6. Constatations à l'issue de la vérification, c'est-à-dire les observations sur la conformité (exactitude, exhaustivité et validité)	
<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>	

7. Résumé des rectifications/redressements révisés et de l'impôt à payer						
Type d'impôt	Période vérifiée	Impôt révisé	Pénalité	Intérêt	Impôt payé	Impôt dû

7A. Résumé des pertes reportées/déductions pour amortissement non utilisées		
Année	Allègements liés aux pertes reportées	Allègements liés aux déductions pour amortissement non utilisées
2014		
2015		
2016		
2017		
2018		
2019		

8. Coordonnées du ou des comptes bancaires du contribuable	
Nom de la banque	Numéro de compte

9. Accord, recommandations ou réponses du contribuable

PARTIE C : VÉRIFICATION DES PRIX DE TRANSFERT

10. Recommandations internes (à exclure de la copie du rapport de vérification destinée au contribuable)

11. Difficultés rencontrées et limites de la vérification

12. Observations selon le superviseur hiérarchique

Nom, signature et date

13. Observations du chef d'équipe

14. Approbation des membres de l'équipe

Nom	Titre	Signature	Date

14.6 Contrôles fiscaux et règlement des différends

14.6.1 Certains aspects des vérifications de prix de transfert (et des contrôles fiscaux en général) sont pertinents dans le contexte du règlement des différends. Il est crucial pour les autorités fiscales et les contribuables de comprendre comment les pratiques de contrôle fiscal, les ententes de vérification et les vérifications conjointes peuvent être utiles pour éviter et résoudre les litiges fiscaux. Ces questions sont abordées au chapitre 15.

15 Prévention et règlement des différends

15.1 Introduction

15.1.1 Les procédures de prévention et de règlement des différends sont essentielles au fonctionnement efficace et efficient de toute administration fiscale. Quand elles sont bien conçues et mises en œuvre, ces procédures peuvent permettre un règlement équitable et efficace des différends qui surgissent entre les administrations fiscales et les contribuables concernant l'interprétation et l'application des règles en matière de prix de transfert.

15.1.2 Les procédures de prévention et de règlement des différends ont pour but de faciliter la détermination et la perception efficaces et équitables des recettes fiscales dûment exigibles. Dans l'idéal, cela devrait se faire de telle sorte que les controverses, les coûts, les incertitudes et les retards soient réduits au minimum, tant pour les administrations fiscales que pour les contribuables. La méthode la plus efficace pour éviter les différends est de les prévenir. Les administrations fiscales doivent donc faire porter leurs efforts sur la prévention. Elles doivent également veiller à ce que des procédures appropriées de règlement des différends soient accessibles en cas de besoin.

15.1.3 Dans le contexte transfrontalier, les procédures de prévention et de règlement des différends sont particulièrement importantes pour éviter la double imposition du revenu d'un contribuable ou d'entreprises associées. Ces procédures peuvent également contribuer à éviter une imposition non conforme aux dispositions de la convention fiscale applicable, le cas échéant. En fait, lorsqu'une convention fiscale s'applique, les dispositions de cette convention devraient être reconnues par les deux administrations fiscales touchées par le différend fiscal. Elles devraient aussi fournir des règles et des procédures pour s'écarter du résultat du droit interne lorsque nécessaire pour résoudre les litiges conformément aux dispositions pertinentes des conventions fiscales.

15.2 Considérations particulières liées aux pays en développement

15.2.1 Le nombre de différends soumis à la procédure amiable (PA) dans le

monde a augmenté rapidement selon les données publiées par l'OCDE dans son site Web¹²⁸.

15.2.2 Cependant, les administrations fiscales sont souvent confrontées à des contraintes de ressources dans le traitement des différends fiscaux (transfrontaliers). Ces contraintes peuvent être encore plus importantes pour les administrations fiscales de bon nombre de pays en développement. Elles peuvent concerner les effectifs, les budgets de formation, l'accès aux bases de données commerciales nécessaires aux analyses des prix de transfert et à d'autres documents de recherche, l'accès à des experts externes, le financement des voyages et d'autres facteurs. Il convient de reconnaître que ces contraintes de ressources peuvent placer les administrations fiscales dans une situation de désavantage réel (ou perçu) lorsqu'elles traitent avec des administrations mieux dotées en ressources. Il est donc particulièrement important pour les pays en développement de veiller à ce que les procédures de prévention et de règlement des différends soient conçues pour fonctionner aussi efficacement que possible. Des procédures efficaces de prévention et de règlement des différends devraient également profiter aux contribuables. L'accès à des procédures fonctionnelles est particulièrement important pour les entreprises multinationales, car on leur demande de se conformer aux lois fiscales et aux exigences en matière de déclaration de nombreux pays, et elles doivent faire face aux vérifications ou aux différends susceptibles de survenir dans l'un ou l'autre des pays où elles exercent leurs activités.

15.2.3 Diverses procédures administratives peuvent être appliquées pour limiter le plus possible et aider à régler les différends en matière de prix de transfert entre les contribuables et leurs administrations fiscales ainsi qu'entre différentes administrations fiscales. 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. La double imposition n'est pas souhaitable et doit être éliminée dans la mesure du possible, car elle peut faire obstacle au commerce international et aux flux d'investissement.

15.2.4 Le présent chapitre aborde plusieurs approches pour régler les différends découlant des ajustements de prix de transfert et éviter la double imposition. Les différentes procédures font toutes appel aux ressources de l'administration fiscale nationale. Si la mobilisation des ressources est une

¹²⁸ Le rapport le plus récent est intitulé *Statistiques 2019 sur la procédure amiable* de l'OCDE. Accessible à l'adresse <https://www.oecd.org/fr/fiscalite/resolution/statistiques-sur-la-procedure-amiabile.htm>.

préoccupation majeure ou un facteur contraignant pour l'administration fiscale d'un pays, celui-ci doit envisager les approches appropriées qui peuvent être mises en pratique de manière réaliste et les investissements dans les ressources qui peuvent être nécessaires pour élargir les procédures de règlement des différends existantes.

15.3 Procédures de prévention des différends

15.3.1 Législation et orientations

15.3.1.1 Comme dans d'autres domaines du droit, des orientations claires fournies à l'avance concernant les exigences juridiques applicables en matière de prix de transfert peuvent contribuer à limiter les différends fiscaux. Cela revêt de l'importance tant pour les administrations fiscales, qui ont besoin de telles orientations pour appliquer la loi correctement et équitablement, que pour les contribuables, qui doivent se conformer à la loi. Des orientations claires peuvent aider à éviter des résultats inattendus et donc à limiter les controverses.

15.3.1.2 Les orientations ne peuvent répondre à ces objectifs que si elles sont suffisamment claires et détaillées pour être comprises à la fois par les administrations fiscales et les contribuables. Les pays qui ont légiféré en matière de prix de transfert doivent viser un équilibre entre principes généraux et règles détaillées dans la législation et dans les orientations qui l'accompagnent. Lorsqu'on privilégie les principes généraux, il est souvent conseillé, dans un souci de clarté, de les compléter par des exemples illustrant leur application.

15.3.1.3 Comme il a été décrit au chapitre 10, les pays en développement qui souhaitent légiférer en matière de prix de transfert ou réviser la législation existante se fondent généralement sur le principe de pleine concurrence, qui est à la base des modèles de convention des Nations Unies et de l'OCDE comme de la plupart des législations nationales à travers le monde. Tant que pareille situation perdurera, les dérogations au principe de pleine concurrence créeront un risque accru de double imposition ou d'imposition inattendue, sans perspective réaliste d'allègement transfrontalier. Toute dérogation pourrait rendre prohibitif le coût de la conduite des affaires dans le pays concerné et décourager les échanges et les investissements transfrontaliers, avec des effets négatifs sur le développement durable. Bien que chaque pays soit l'artisan de son propre système fiscal, le désir d'éviter la double imposition a été un facteur important dans l'acceptation généralisée du principe de pleine concurrence à l'échelle internationale.

15.3.1.4 Les pays en développement dont les systèmes fiscaux sont à un stade précoce de développement ou qui sont confrontés à de graves contraintes de

ressources peuvent choisir, pour des raisons pratiques, d'adopter en matière de prix de transfert une approche simplifiée par rapport à celle retenue par les pays plus développés et recommandée dans les *Principes de l'OCDE applicable en matière de prix de transfert*. Lorsqu'une approche simplifiée est adoptée, il faut veiller, pour les raisons précitées, à éviter des résultats qui s'écartent du principe de pleine concurrence. Quand un pays opte pour une approche simplifiée, il peut être judicieux de réévaluer cette décision périodiquement. Il se peut qu'une approche simplifiée ne réponde plus aux besoins de l'administration fiscale lorsqu'elle aborde des transactions plus complexes, ou que l'approche ne soit plus nécessaire pour des raisons pratiques.

15.3.1.5 La détermination des priorités législatives est évidemment une question que chaque pays doit trancher pour lui-même, en tenant compte de sa situation et de ses politiques particulières. La législation sur les prix de transfert peut, par exemple, ne pas être considérée comme une priorité par les pays en développement dont les systèmes fiscaux se trouvent encore à un stade relativement précoce de développement juridique, notamment si le volume des échanges et des investissements transfrontaliers n'est pas encore significatif.

15.3.1.6 Toutefois, lorsqu'un pays qui n'a pas adopté de législation particulière en matière de prix de transfert décide qu'il y a lieu de contester les prix intragroupes d'une société, il pourra constater qu'il ne dispose pas d'un fondement juridique clair pour le faire. Bien que certains pays puissent compter sur des dispositions ou principes juridiques de portée globale, tels que des règles générales anti-évitement ou des doctrines privilégiant le fond sur la forme, il pourra leur être difficile de contester sur un tel fondement la détermination des prix intragroupes, car les prix de transfert sont une question fiscale centrée sur des faits particuliers.

15.3.1.7 Une telle approche peut également soulever des problèmes d'équité envers le contribuable, si l'application des principes généraux à la détermination des prix intragroupes n'est pas suffisamment claire et prévisible. Dans un tel cas, cette absence de certitude peut créer de vives controverses.

15.3.1.8 Pour les raisons susmentionnées, il est normalement souhaitable que les pays en développement adoptent des orientations en matière de prix de transfert dès qu'ils sont en mesure de le faire et d'examiner les pratiques en matière de prix de transfert dans la mesure du possible.

15.3.2 Pratiques et processus officiels

Pratiques de contrôle fiscal

15.3.2.1 Les pratiques et les politiques en matière de contrôle fiscal jouent

un rôle essentiel dans tout effort déployé par une administration fiscale pour prévenir les différends avec les contribuables ou les limiter le plus possible. Dans la mesure où les contribuables sont d'avis que les politiques et pratiques en matière de vérification d'une administration fiscale sont justes et qu'elles sont appliquées de manière équitable, ils seront moins susceptibles de ressentir le besoin de recourir à des mécanismes de règlement des différends.

15.3.2.2 À l'inverse, lorsqu'une administration fiscale a des problèmes systématiques d'intégrité ou de confidentialité, qu'elle applique la loi d'une manière qui n'est pas considérée comme juste et équitable, ou qu'elle est considérée comme imprévisible, les contribuables sont plus susceptibles de vouloir chercher à régler les différends ailleurs. Toute administration fiscale qui souhaite éviter ou limiter les différends avec les contribuables doit donc accorder une grande attention au fonctionnement de ses pratiques et politiques en matière de contrôle fiscal. Les questions relatives aux contrôles fiscaux sont examinées plus en détail au chapitre 14.

Décisions anticipées en matière d'impôt

15.3.2.3 Certains pays ont pour pratique de rendre des décisions anticipées concernant l'application des lois nationales à la situation particulière d'un contribuable (parfois structurées sous la forme d'accords préalables en matière de prix de transfert ou APP unilatéraux dans certains pays; ce point est examiné plus en détail ci-après, dans la partie sur les procédures de prévention des différends transfrontaliers). Voir à ce sujet la section 15.3.4. Ces décisions anticipées peuvent souvent être très utiles pour éviter les différends entre le contribuable et l'administration fiscale.

15.3.2.4 Lorsqu'elles abordent de nouvelles questions, les administrations fiscales peuvent préférer, dans un premier temps, fournir des orientations suivant un mécanisme de décisions propres à chaque cas, afin d'avoir la possibilité d'examiner les questions de manière plus approfondie avant d'adopter une approche générale. En revanche, lorsqu'il s'agit d'une question d'application générale, il peut être plus efficace pour l'administration fiscale de publier des orientations générales.

15.3.2.5 Le fait de recourir largement à des décisions ad hoc peut également susciter des préoccupations en matière d'intégrité et donc d'équité, à moins qu'un processus solide de révision ne soit en place. Lorsque des orientations sont régulièrement fournies par le biais de décisions, il peut s'avérer difficile d'atteindre un équilibre approprié entre les préoccupations légitimes des contribuables en matière de confidentialité et le niveau de transparence qui peut être souhaité pour rendre une décision efficace.

15.3.2.6 Bien que la maximisation de la transparence constitue généralement une bonne pratique, il serait normalement inapproprié pour l'administration fiscale de publier des décisions particulières dans leur intégralité, car cela risquerait d'entraîner la divulgation de renseignements sensibles sur le contribuable aux concurrents. De nombreux pays ont pour politique de publier les décisions après avoir supprimé les renseignements sensibles sur les contribuables. Cette approche peut toutefois ne pas protéger l'identité du contribuable qui exercerait ses activités sur des marchés plus restreints et, par conséquent, pourrait nuire à sa position concurrentielle. Il peut donc s'avérer judicieux pour les administrations fiscales d'utiliser les décisions sur des cas particuliers principalement pour fournir des orientations au sujet de questions uniques, nouvelles ou particulièrement difficiles, ou encore, de les utiliser de façon provisoire avant que des orientations adéquates ne soient élaborées.

15.3.2.7 Un autre moyen de promouvoir la transparence et le traitement cohérent des contribuables, utilisé par exemple par le Nigéria, consiste à publier des orientations générales sur des questions d'application étendue après les avoir analysées dans le contexte d'une relation de collaboration avec un contribuable particulier. Une autre possibilité consiste à mettre en place des processus de consultation auprès des secteurs commerciaux ou industriels concernés.

15.3.2.8 Afin de donner des orientations sur les interprétations actuelles de la loi tout en assurant la transparence, certains pays publient des copies caviardées des décisions anticipées. Dans le cas de décisions anticipées unilatérales (y compris les APP unilatéraux), il convient de noter que les pays membres du Cadre inclusif sont tenus d'informer le ou les États concernés.

Relations coopératives en matière de conformité

15.3.2.9 En outre, les administrations fiscales pourront souhaiter s'interroger quant à la possibilité de s'orienter vers une relation plus coopérative (parfois appelée « relation renforcée ») avec certains contribuables et leurs conseillers afin de mieux comprendre leurs activités et leurs pratiques en matière de prix de transfert. Les Pays-Bas et le Royaume-Uni sont généralement considérés comme ayant déjà mis en œuvre avec succès des programmes de relations coopératives, et d'autres pays (comme le Nigéria) testent actuellement cette approche.

15.3.2.10 Une relation de coopération peut profiter aux administrations fiscales et aux contribuables en offrant une plus grande certitude et une plus grande transparence ainsi qu'en ouvrant la voie à une discussion et une

résolution plus rapides et plus efficaces de tout problème fiscal ainsi qu'à une réduction des coûts administratifs et de conformité. Elle peut également aider à régler plus efficacement les différends ou les incertitudes d'ordre fiscal concernant les années antérieures.

15.3.2.11 Du point de vue de l'administration fiscale, l'intérêt pour une relation de coopération découle de la compréhension des faits suivants :

- Une gestion efficace des risques nécessite des renseignements à jour, pertinents et fiables concernant la situation du contribuable et les problèmes fiscaux potentiels, pour lesquels le contribuable constitue la meilleure source;
- Une relation de coopération rend la perception des impôts dus plus efficace, ce qui permet d'économiser des ressources en matière de vérification et de litiges;
- Les paiements d'impôts seront reçus plus rapidement si les différends sont évités ou résolus au début du processus.

15.3.2.12 Du point de vue du contribuable, une relation de coopération peut être intéressante parce qu'elle offre les possibilités suivantes :

- Apporter plus de certitude et de prévisibilité concernant l'imposition du contribuable, ce qui est particulièrement crucial lorsque des investissements importants sont envisagés;
- Accélérer la résolution des problèmes fiscaux;
- Réduire les coûts en simplifiant les processus de conformité et de règlement des différends.

15.3.2.13 Une initiative axée sur des relations coopératives peut toutefois être gourmande en ressources administratives, et sa mise en œuvre doit se faire avec soin pour garantir l'application cohérente des dispositions juridiques, protéger les droits des contribuables et éviter les problèmes d'intégrité. Même si les rapports entre les administrateurs fiscaux, les contribuables et les conseillers fiscaux changent, les dispositions fiscales applicables doivent continuer à être appliquées de manière impartiale. Il est également important de mettre en œuvre efficacement les initiatives de relations coopératives afin que des ressources adéquates en matière de vérification puissent être consacrées aux contribuables les moins respectueux des règles.

15.3.2.14 Le développement d'une relation de coopération fructueuse exige que toutes les parties s'engagent par rapport aux paramètres suivants :

- Un véritable engagement à développer une relation de confiance mutuelle;
- Une approche transparente et ouverte;
- Une compréhension des aspects commerciaux et sectoriels;
- Un processus de mise en œuvre convenu au départ, comprenant la désignation de personnes responsables aux échelons pertinents de l'administration fiscale et du contribuable;
- Un accord préalable clair sur la période à couvrir.

15.3.2.15 Les administrations fiscales peuvent juger utile d'adopter une approche sectorielle lorsque cela est possible, afin de tirer parti de l'expérience acquise et de la mettre à profit pour offrir un traitement cohérent et transparent aux contribuables se trouvant dans une situation similaire (tout en tenant compte des différences pertinentes).

15.3.3 Ententes de vérification

15.3.3.1 De nombreuses administrations fiscales, tant dans les pays en développement que dans les pays développés, comptent largement sur les ententes de vérifications au cas par cas avec les contribuables pour régler les différends. Dans la mesure où ces ententes sont conclues à partir de faits pertinents plus clairs et mieux compris, elles peuvent constituer une utilisation efficace de ressources limitées.

15.3.3.2 L'un des inconvénients de ces ententes de vérification tient au fait que bien souvent, elles ne sont pas très transparentes ni nécessairement coordonnées de manière à offrir un traitement similaire aux contribuables se trouvant dans une situation similaire. Par conséquent, elles ne sont pas toujours perçues comme équitables par les parties prenantes. Ces ententes peuvent également soulever davantage de problèmes d'intégrité que d'autres procédures de règlement des différends.

15.3.4 Accords/arrangements préalables en matière de prix de transfert

15.3.4.1 Les entreprises multinationales s'appuient depuis longtemps sur des accords préalables en matière de prix de transfert (APP) – ce que certains pays appellent des arrangements préalables en matière de prix de transfert – avec les autorités fiscales, notamment dans le cadre de la procédure amiable. Les APP sont appelés ainsi parce que les méthodes de détermination des prix sont convenues à l'avance pour certains types de transactions, souvent nommées

« transactions visées ». Les APP offrent au contribuable une plus grande sécurité quant à l'imposition de certaines transactions transfrontalières, de sorte que ces accords représentent pour lui le moyen le plus sûr d'éviter la double imposition, notamment lorsqu'ils sont bilatéraux ou multilatéraux. Les avantages et les inconvénients possibles des APP pour les administrations et les contribuables des pays en développement, y compris certains aspects liés à la mise en œuvre, sont abordés ci-dessous.

15.3.4.2 Les APP ont été initialement créés par l'Agence nationale des impôts du Japon, en 1987. Les accords conclus avec les contribuables dans le cadre du système de pré-confirmation étaient essentiellement unilatéraux. *L'Internal Revenue Service* (IRS) des États-Unis a introduit les APP en 1991. Ceux-ci pouvaient être de nature bilatérale et mettaient à contribution la procédure amiable prévue dans les conventions fiscales applicables en vue de conclure un accord bilatéral ou multilatéral.

15.3.4.3 De nombreux pays ont adopté les APP. Lorsque les APP sont bilatéraux ou multilatéraux, ils confirment à l'avance le résultat de pleine concurrence par le biais d'un accord entre les contribuables et les autorités fiscales des pays concernés. Ils définissent des résultats convenus en fonction de certaines séries de critères (les méthodes de détermination des prix de transfert, les comparables et les ajustements à y apporter, les hypothèses principales quant à l'évolution future et ainsi de suite). Les APP sont utilisés non seulement par les pays membres de l'OCDE, mais aussi par des pays non membres. Les *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert* souscrivent résolument aux APP bilatéraux et multilatéraux en tant que complément aux mécanismes administratifs, judiciaires et conventionnels traditionnels pour résoudre les problèmes de prix de transfert¹²⁹.

15.3.4.4 Certains pays négocient également des APP unilatéraux. Étant donné que ces derniers visent l'administration fiscale d'un seul pays, ils sont considérés comme des solutions partielles à la double imposition. Les APP unilatéraux peuvent se révéler utiles dans des cas particuliers, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances, mais ils ne constituent généralement pas une solution complète au problème de la double imposition.

¹²⁹ OCDE (2017). *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*. Paris: OECD Publishing. Accessible à l'adresse : <https://doi.org/10.1787/tpg-2017-fr>. Voir le paragraphe 2.21 (section sur les transactions de produits de base), ainsi que les paragraphes 4.134 à 4.176 et l'Annexe II du chapitre IV. Voir de plus les principes directeurs dans le même document : Principes pour la conclusion d'accords préalables en matière de prix dans le cadre de la procédure amiable (« APP PA »).

15.3.4.5 L'un des principaux avantages qu'offre un régime d'APP tient à l'incertitude qu'il permet d'éliminer et à la prévisibilité améliorée de l'imposition des transactions internationales. Les pays en développement ont ainsi une bonne occasion d'accéder à la documentation pertinente pour leurs activités locales. Le deuxième avantage a trait à la possibilité qu'offre l'APP tant aux administrations fiscales qu'aux contribuables de se consulter et de coopérer dans un esprit et un environnement non conflictuels. Troisièmement, un APP peut éviter aux contribuables et aux administrations fiscales des vérifications et des litiges coûteux en temps et en argent sur des questions importantes en matière de prix de transfert. Quatrièmement, les aspects divulgation et information d'un tel régime et l'esprit de collaboration à la base des négociations d'un APP peuvent aider les administrations fiscales à mieux comprendre les transactions internationales complexes des EMN.

15.3.4.6 Les administrations fiscales considèrent généralement que les APP constituent un processus plus cordial que celui d'une vérification suivie d'une procédure amiable. S'il existe un accord préalable sur les questions clés en matière de prix de transfert, aucun des deux pays n'est confronté à la perspective de rembourser des impôts déjà perçus. En outre, comme le contribuable fournit de nombreux renseignements à l'avance, la procédure d'APP est généralement efficace pour établir les faits pertinents. C'est peut-être pour cette raison que de nombreuses administrations fiscales ont pour pratique générale de suspendre les activités de vérification pendant les discussions sur les APP. Les administrations fiscales pourront souhaiter préciser dans leurs procédures d'APP que tous les renseignements relatifs à une demande d'APP doivent être communiqués simultanément aux deux pays.

15.3.4.7 Les administrations fiscales estiment également que les APP sont des outils utiles pour acquérir une meilleure compréhension des activités sectorielles ou commerciales, ce qui peut éclairer leurs processus généraux en matière d'orientations et de vérification. La plupart des administrations fiscales constatent que les APP sont plus largement adoptés si l'on maintient une séparation entre les fonctions d'APP et de vérification. Par ailleurs, elles peuvent imposer des limites à l'utilisation à d'autres fins d'une partie ou de la totalité des renseignements fournis par le contribuable dans le cadre de discussions sur l'APP, par exemple lors de vérifications ultérieures ou de litiges futurs si un APP ne peut être conclu.

15.3.4.8 Les administrations fiscales dont les ressources sont fortement limitées pourront souhaiter mettre en balance les avantages des APP avec d'autres besoins en ressources. Une administration fiscale qui est encore en train de développer ses capacités générales de vérification pourra ne pas se sentir à l'aise de consacrer des ressources importantes à un programme d'APP à ce stade. Les pays se trouvant dans cette situation pourront en outre craindre d'être

désavantagés dans la négociation d'APP avec des EMN ou des pays plus expérimentés jusqu'à ce qu'ils acquièrent plus d'expérience, y compris en ce qui a trait à la procédure amiable. Par contre, les APP peuvent être utiles à titre provisoire en tant que moyen efficace de percevoir l'impôt à court terme, en particulier dans les pays comptant un petit nombre de grands investisseurs étrangers. Un APP permet d'économiser des ressources, mais ne peut suppléer à la nécessité d'un personnel de vérification dûment formé. Par conséquent, il peut être utile que la formation se déroule en parallèle, pendant que l'assistance technique extérieure et l'expertise liées aux APP sont disponibles.

15.3.4.9 Les pays ayant une expérience limitée de l'application d'un régime de prix de transfert pourront préférer, dans un premier temps, limiter la durée de leurs APP, ce qui leur permettra alors d'évaluer l'expérience plus rapidement et de revoir leurs pratiques au besoin. On pourrait envisager une durée de trois ans, plutôt que les cinq ans plus couramment utilisés par les pays expérimentés. Une autre option pourra consister à négocier quelques APP dans le cadre d'un programme pilote, avant de s'engager dans un programme permanent plus étendu.

15.3.5 Élaboration et mise en œuvre d'un programme d'APP

15.3.5.1 Il est important d'assortir un programme d'APP d'un cadre opérationnel approprié de manière à promouvoir une approche cohérente et fondée sur des principes et à garantir un examen adéquat. Les programmes d'APP devraient dans l'idéal relever d'une section spéciale composée d'un personnel dûment formé et affecté uniquement à cette fonction. Cela permet de maximiser les avantages et de promouvoir une attitude de coopération et de transparence. Si, en raison de contraintes de ressources, un programme d'APP doit faire appel à l'expertise d'autres services de l'administration fiscale, il est important de mettre en place des mesures de précaution afin que la procédure d'APP ne soit pas gérée de la même manière qu'une vérification ordinaire, faute de quoi l'administration fiscale pourrait perdre bon nombre des avantages qui découlent généralement de cette procédure.

15.3.5.2 Parallèlement, il est important de veiller à ce que le programme d'APP s'insère de manière appropriée dans le cadre de l'administration fiscale dans son ensemble. Des procédures doivent être mises en place, par exemple, pour éviter que le programme d'APP soit utilisé principalement pour contester la position d'une équipe de vérification à l'égard d'années antérieures. Cela peut se faire en exigeant que les APP portent principalement sur les années futures plutôt que sur les années passées. Sur le plan organisationnel, la plupart des administrations fiscales ont tendance à gérer leurs programmes d'APP en parallèle avec leurs programmes de procédure amiable et à les organiser de manière à ce que tous les cas impliquant le même partenaire conventionnel

soient traités par la même équipe. Cela facilite l'établissement de relations de travail plus étroites entre les équipes des deux pays et favorise une meilleure compréhension de l'économie, des dispositions juridiques et des procédures administratives de l'autre pays. Par contre, il peut être également très profitable de comparer les expériences acquises dans différents cas au sein d'un même secteur industriel ou les approches de partenaires conventionnels différents sur des questions similaires. Il est également important d'établir des procédures pour faciliter le partage des connaissances, renforcer l'analyse technique et assurer un traitement cohérent.

15.3.5.3 La plupart des administrations fiscales constatent qu'un APP qui s'étale sur les cinq années futures environ offre le meilleur équilibre entre l'utilisation efficace des ressources et les incertitudes liées aux accords à caractère prospectif. Il est possible de réduire les risques associés aux incertitudes en précisant les hypothèses principales, sur la base desquelles l'APP sera renégo-cié au besoin. Il est justifié de s'attendre à une renégociation de l'APP si la loi applicable ou les transactions visées changent de façon significative, mais il faut veiller à ne pas subordonner la continuation d'un APP à des conditions trop strictes.

15.3.5.4 Les ressources d'une administration fiscale sont normalement utilisées au mieux pour conclure des APP portant sur les questions complexes. Toutefois, dans un souci d'équité envers les petits contribuables, qui ont également besoin de certitude, les administrations fiscales peuvent envisager d'établir des procédures d'APP simplifiées spéciales pour les PME. Une enquête menée par l'OCDE en 2011 auprès des pays membres et des pays observateurs de l'OCDE a révélé qu'un certain nombre de pays ont adopté des mesures simplifiées pour les PME (voir le paragraphe 11.4.3.3), les petites transactions et/ou les services à faible valeur ajoutée, et aussi que le Canada, la France, l'Allemagne, les Pays-Bas et les États-Unis ont mis en place des procédures d'APP simplifiées pour les PME. Ces programmes exigent généralement des PME contribuables qu'elles fournissent moins de renseignements, et les frais de demande, le cas échéant, peuvent être moindres¹³⁰.

15.3.5.5 Certaines administrations financent le programme en facturant aux contribuables des frais pour la conclusion d'un APP. S'ils sont d'un montant raisonnable, ces frais sont généralement bien acceptés par les contribuables, qui considèrent que le coût est compensé par l'avantage découlant de la certitude apportée par l'APP. Pour éviter les problèmes d'intégrité, il est important

¹³⁰ *Fiches pays en matière de prix de transfert*, l'OCDE. Accessible à l'adresse : <https://www.oecd.org/fr/fiscalite/prix-de-transfert/fiches-pays-en-matiere-de-prix-de-transfert.htm>.

que les frais soient facturés sur une base cohérente (ils devraient dans l'idéal être réduits pour les petits contribuables), qu'ils soient versés dans le trésor public et qu'ils soient remboursés dans les rares cas où un APP ne peut être conclu. Le guide de la procédure amiable dans le cadre des conventions fiscales (*Guide to the Mutual Agreement Procedure under Tax Treaties*) fournit d'autres conseils sur les bonnes pratiques en matière de conception et de fonctionnement des programmes d'APP. Ce guide a été approuvé par le Comité en octobre 2012¹³¹. Les administrations fiscales peuvent également se reporter au manuel sur les procédures amiables efficaces (*Manual on Effective Mutual Agreement Procedures*)¹³², aux Principes pour la conclusion d'accords préalables en matière de prix dans le cadre de la procédure amiable (« APP PA ») figurant à l'annexe II du chapitre IV des *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert*¹³³, ainsi qu'aux travaux du forum conjoint de l'UE sur les prix de transfert concernant le règlement des différends et les APP¹³⁴. Enfin, certaines administrations fiscales nationales, notamment celles du Canada, de l'Inde¹³⁵, du Japon, du Royaume-Uni¹³⁶ et des États Unis¹³⁷, ont publié des procédures internes détaillées en matière d'APP. Celles-ci peuvent également fournir des informations comparatives utiles.

15.3.6 Mise en œuvre de vérifications conjointes

15.3.6.1 Les pays en développement peuvent également envisager de parti

¹³¹ Nations Unies (2012). *Guide to the Mutual Agreement Procedure Under Tax Treaties*. New York: UN Publishing. Accessible en anglais à l'adresse : https://www.un.org/esa/ffd/tax/gmap/Guide_MAP.pdf.

¹³² OCDE (2007). *Manual on Effective Mutual Agreement Procedures (MEMAP)*. Paris: OECD Publishing. Accessible en anglais à l'adresse : <https://www.oecd.org/tax/dispute/manu-aloneffectivemutualagreementproceduresmemap.htm>.

¹³³ OCDE (2017). *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*. Paris: OECD Publishing. Accessible à l'adresse : <https://doi.org/10.1787/tpg-2017-fr>.

¹³⁴ Commission européenne (2007). *Forum conjoint de l'UE sur les prix de transfert dans le domaine de la prévention et du règlement des différends et concernant des lignes directrices relatives aux accords préalables sur les prix dans l'UE*. Bruxelles: CE. Accessible en anglais à l'adresse : https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/company_tax/transfer_pricing/sec%282007%29246_en.pdf.

¹³⁵ Voir <http://www.itatonline.org/info/index.php/cbdts-advance-pricing-agreement-guidance-with-faqs/> (en anglais).

¹³⁶ Voir <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm422010> (en anglais).

¹³⁷ Voir <https://www.irs.gov/pub/irs-drop/rp-06-9.pdf> (en anglais).

ciper à des vérifications conjointes. Menées de concert par deux ou plusieurs administrations fiscales, celles-ci visent à partager des informations, économiser des ressources et limiter les controverses ou en accélérer la résolution.

15.3.6.2 Encore relativement nouvelles, les vérifications conjointes peuvent s'avérer utiles pour les administrations fiscales des pays en développement qui ont moins de ressources et moins d'expérience ou d'expertise en ce qui a trait au secteur ou aux questions en jeu. Il peut cependant être nécessaire de régler des questions telles que les différences de langues, le droit d'accès aux renseignements portant sur les contribuables étrangers et les différences dans les exercices comptables et les cycles de vérification.

15.4 Procédures de règlement des différends au niveau national

15.4.1 Recours administratifs

15.4.1.1 Une procédure de recours administratif bien conçue peut contribuer à garantir l'efficacité et l'équité des règlements que l'administration fiscale conclut avec les contribuables. Les investisseurs y trouveront une assurance supplémentaire. Pour bien fonctionner et être perçue comme équitable, une procédure de recours doit être indépendante des autres services de l'administration fiscale, afin de pouvoir assurer l'examen des différends en toute autonomie. D'un point de vue institutionnel, il peut ne pas être aussi efficace de permettre aux personnes chargées d'établir le montant de l'impôt ou à leurs pairs d'entendre les causes en recours administratif.

15.4.1.2 Les pays qui cherchent à éviter les problèmes d'intégrité peuvent envisager de recourir à des comités de décideurs, comme dans le cadre du programme de règlement des différends de l'Inde (*Dispute Resolution Panel*), ou d'instaurer des niveaux supplémentaires d'examen, comme dans le cadre de la pratique en matière de décisions fiscales (*rulings practices*) au Nigéria. Au Brésil, la Cour administrative d'appel en matière fiscale offre un exemple de procédure d'appel administratif réussie. Les recours sont traités en trois étapes, la première étant effectuée au sein de l'administration fiscale, tandis que la deuxième (l'appel) et la troisième (l'appel spécial, accepté sous certaines conditions) relèvent de la Cour administrative. Cette dernière est logée au sein du ministère des Finances, mais est distincte de l'administration fiscale, même si celle-ci fait partie du même ministère.

15.4.2 Médiation et conciliation

15.4.2.1 La médiation et la conciliation sont parfois mentionnées comme moyens potentiels de régler les différends. La médiation s'est révélée efficace pour régler les différends fiscaux dans les économies développées. Le principal

avantage de cette approche tient à sa rapidité. L'option de la médiation peut être proposée en tant que processus administratif au sein de l'administration fiscale, plutôt qu'en tant que procédure indépendante et distincte du processus administratif.

15.4.2.2 Le processus peut être particulièrement prometteur dans les situations où le vérificateur fiscal et le contribuable ne sont plus disposés à communiquer entre eux et à régler ensemble un différend. Dans ce contexte, un médiateur peut être en mesure d'aider à surmonter les difficultés relationnelles qui empêchent les parties de parvenir à un accord. S'il peut être intéressant de tester ces approches, il convient de noter qu'elles ne sont pas toujours efficaces dans un contexte transfrontalier, car elles supposent tout de même une étape administrative supplémentaire pour éviter la double imposition. Le recours possible à des processus similaires dans le cadre du règlement des différends prévu aux conventions fiscales est mentionné à la section 15.5.6 ci-dessous.

15.4.3 Système judiciaire

15.4.3.1 Un système judiciaire indépendant offrant une tribune pour l'examen impartial des différends, y compris les différends fiscaux, peut faire beaucoup pour améliorer la réputation d'un pays auprès des investisseurs en tant que juridiction où il est possible de régler équitablement les différends fiscaux.

15.4.3.2 Toutefois, étant donné que le monde des affaires d'aujourd'hui réclame une certitude immédiate en matière d'obligations fiscales, l'avantage perçu d'un tel système judiciaire diminue à mesure que s'allonge le délai d'obtention d'une décision finale. Il est donc important de veiller à ce que le système judiciaire dispose de ressources adéquates et que sa charge ne soit pas indûment alourdie par des différends fiscaux dus à des lacunes réelles ou perçues aux stades de la vérification et des recours administratifs.

15.5 Procédures de règlement des différends: Dispositions des conventions fiscales

15.5.1 Répartition des droits d'imposition

15.5.1.1 Les conventions fiscales réduisent considérablement les possibilités de différends transfrontaliers. En l'absence de conventions fiscales, un même revenu réalisé dans le cadre d'une transaction ou d'un investissement avec l'étranger risque d'être imposé deux fois toutes les fois que les lois de l'État de la source diffèrent de celles de l'État de résidence. Les conventions fiscales visent à éliminer cette double imposition en répartissant entre les États contractants les droits d'imposition à l'égard de ces revenus et en prévoyant des procédures d'allègement de toute double imposition résiduelle. En outre, les conventions

exigent généralement que les lois fiscales soient appliquées sans discrimination fondée sur la nationalité ou la propriété du capital et sans discrimination à l'égard de la conduite des affaires par le biais d'un établissement stable.

15.5.1.2 Les conventions offrent donc une assurance et une certitude importantes aux investisseurs potentiels, ainsi qu'une plus grande certitude aux administrations fiscales, en réduisant le risque de différends transfrontaliers. Lorsqu'ils déterminent s'ils doivent prioriser la négociation de conventions fiscales et quelles conventions méritent préséance, les pays en développement peuvent vouloir mettre en balance ces avantages, d'un côté, et les ressources et concessions bilatérales nécessaires pour parvenir à conclure une convention, de l'autre.

15.5.2 La procédure amiable

15.5.2.1 Les conventions fiscales prévoient également la tenue d'une procédure amiable, qui permet le règlement des différends transfrontaliers en vertu de l'article 25 des modèles de convention fiscale des Nations Unies et de l'OCDE. La procédure amiable est gérée par des fonctionnaires désignés de l'administration fiscale de chaque pays, appelés « autorités compétentes », et elle permet aux administrations fiscales de parvenir à un accord bilatéral sur des questions d'interprétation ou d'application générale et d'éviter ainsi la double imposition à l'égard des transactions transfrontalières et les différends qui en découlent. La procédure amiable est distincte et complémentaire des voies de recours du droit interne pour le règlement des différends. Toutefois, dans de nombreux pays, le droit interne (et en particulier une décision judiciaire définitive) peut limiter les solutions disponibles dans le cadre de la procédure amiable.

15.5.2.2 Les accords amiables peuvent ne concerner que la fixation des prix des années antérieures ou prendre la forme d'un APP prévoyant un accord sur une méthode de fixation des prix de transfert pour les années futures (et dans de nombreux cas pour les années antérieures également), comme expliqué à la section 15.3.5. La procédure amiable sert également à régler les différends transfrontaliers dans des cas particuliers.

15.5.2.3 Le Commentaire sur l'article 25 (Procédure amiable) du Modèle de convention des Nations Unies fournit des orientations utiles sur le règlement des différends par le biais de la procédure amiable, qui sont pertinentes tant pour la fixation des prix de transfert que pour d'autres questions fiscales. Le Comité d'experts de la coopération internationale en matière fiscale des Nations Unies (le Comité des Nations Unies) a adopté un guide de la procédure amiable dans le cadre des conventions fiscales, qui fournit des orientations supplémentaires sur les bonnes pratiques en matière de conception et de

fonctionnement des programmes de procédure amiable. Les pays en développement pourront souhaiter évaluer et utiliser ces orientations fondées sur l'expérience pratique¹³⁸.

15.5.2.4 Certaines administrations fiscales, dont celles du Canada¹³⁹, de l'Allemagne¹⁴⁰, de l'Inde, du Japon¹⁴¹, des Pays-Bas, des États-Unis¹⁴² et du Royaume-Uni, ont publié des orientations internes détaillées sur la procédure amiable. Celles-ci peuvent également fournir des informations comparatives utiles aux administrations fiscales qui souhaitent en savoir plus sur cette procédure. Il est utile pour les administrations fiscales de faire connaître leur intention de suivre les orientations publiées ou de faire paraître leurs propres orientations sur la procédure amiable. Cela favorise la cohérence dans le traitement des cas et la transparence quant aux attentes de l'administration fiscale. Il peut être judicieux d'adopter des dispositions de droit interne autorisant la procédure amiable et les procédures d'APP et, si cela est nécessaire et possible, un amendement à la constitution, afin de donner à ces procédures une assise juridique solide.

15.5.2.5 L'objectif d'un programme de procédure amiable est de fournir un moyen efficace de concilier les positions divergentes des États parties à une convention, de sorte que cette convention puisse comme prévu éliminer

¹³⁸ Nations Unies (2012). *Guide to the Mutual Agreement Procedure Under Tax Treaties*. New York: UN Publishing. Accessible en anglais à l'adresse : https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/10/ta-Guide_MAP.pdf. Le Comité des Nations Unies fera paraître en 2021 des orientations plus générales sur la prévention et le règlement des différends. Les administrations fiscales peuvent également se reporter au *Manual on Effective Mutual Agreement Procedures (MEMAP)* de l'OCDE, accessible en anglais à l'adresse : <https://www.oecd.org/ctp/dispute/manualoneffectivemutualagreementproceduresmemap.htm>. L'objectif du Manuel est de mettre à la disposition des administrations fiscales et des contribuables des informations de base sur le fonctionnement de la procédure amiable dans le cadre des conventions fiscales bilatérales et d'identifier les bonnes pratiques en la matière.

¹³⁹ Voir <https://www.canada.ca/fr/agence-revenu/services/impot/impot-international-non-residents/services-autorite-competente/procedure-amiable-rapport-programme-2014-2015.html>.

¹⁴⁰ Voir https://www.nta.go.jp/english/publication/map_report/index.htm (en anglais).

¹⁴¹ Voir http://www.irs.gov/irm/part4/irm_04-060-002.html (en anglais).

¹⁴² Voir <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm42210> (en anglais).

la double imposition ou toute autre imposition non conforme à ses dispositions. L'expérience a montré que le meilleur moyen d'atteindre cet objectif est de structurer le programme de procédure amiable de manière à ce que les fonctionnaires des administrations fiscales qui le mettent en œuvre soient en mesure de prendre des décisions indépendamment de ceux qui exécutent le programme de vérification et soient exempts de toute influence extérieure.

15.5.2.6 L'indépendance structurelle peut être plus difficile à atteindre dans les petites administrations fiscales, qui peuvent disposer d'un nombre limité d'experts pour les conseiller sur ces questions. Lorsque, du fait de contraintes de ressources ou autres, les mêmes experts doivent s'occuper à la fois du programme de vérification et du programme de procédure amiable, il est important de prévoir une procédure d'examen indépendant efficace des positions proposées dans le cadre de la procédure amiable afin de garantir qu'elles ne sont pas indûment influencées par les opinions des vérificateurs.

15.5.2.7 L'absence d'influence politique sur la procédure amiable est tout aussi importante. De nombreuses administrations fiscales ont constaté que le meilleur moyen d'y parvenir est de loger la fonction liée à la procédure amiable au sein de l'administration fiscale, plutôt qu'au sein du ministère des Finances ou d'une autre fonction d'élaboration de la politique fiscale. Ces administrations fiscales estiment qu'il est utile d'établir des procédures ou pratiques empêchant l'intervention de personnes extérieures à l'administration dans les décisions concernant des cas particuliers de procédure amiable. D'autres pays estiment qu'il est préférable de loger la fonction liée à la procédure amiable au sein du ministère des Finances, afin de réduire l'influence induite de l'administration fiscale ou de faciliter la coordination entre les décideurs.

15.5.2.8 L'importance de l'élaboration et de l'exploitation d'une procédure amiable fonctionnelle a été reconnue et soulignée dans l'Action 14 du Projet BEPS OCDE/G20, qui a débouché sur la parution du rapport intitulé *Accroître l'efficacité des mécanismes de règlement des différends, Action 14 - Rapport final 2015*¹⁴³. Le rapport énonce un certain nombre de normes minimales et de conseils sur les bonnes pratiques, dont certaines sont examinées dans la mise à jour de 2021 du Commentaire sur l'article 25 du Modèle de convention des Nations Unies.

15.5.3 Considérations opérationnelles associées à la procédure amiable

¹⁴³ OCDE (2015). *Accroître l'efficacité des mécanismes de règlement des différends, Action 14 - Rapport final 2015*. Paris: OECD Publishing. Accessible à l'adresse : <https://doi.org/10.1787/9789264252370-fr>.

15.5.3.1 Compte tenu de leur objectif, il est important de gérer les procédures amiables de manière cohérente plutôt que de traiter chaque cas de manière individuelle. Cela permettra un traitement similaire des contribuables se trouvant dans la même situation et contribuera à ce que le programme de procédure amiable soit considéré comme équitable et efficace. Tant la structure opérationnelle que la formation et le renforcement des capacités du personnel peuvent jouer un rôle important dans la promotion de cette cohérence. Pour des raisons similaires, il est important qu'un programme de procédure amiable applique des approches fondées sur des principes pour régler les cas. Les approches adoptées au départ doivent être conformes aux dispositions de la convention et à toute orientation interprétative pertinente. Il est essentiel que les contribuables étrangers et nationaux et les transactions « entrantes » et « sortantes » soient traités de la même manière. Cette uniformité permet d'obtenir des résultats cohérents et prévisibles et renforce encore davantage la perception de la procédure amiable en tant que programme équitable et efficace. La formation et les autres mesures de développement des compétences seront également importantes.

15.5.3.2 En outre, afin que la procédure amiable soit utile pour régler les différends transfrontaliers et soit perçue comme étant équitable et efficace par les investisseurs potentiels, il est essentiel de mettre en œuvre une politique qui en facilite largement l'accès. Il faut donc éliminer les facteurs qui pourraient autrement empêcher ou décourager le recours à la procédure amiable, notamment les délais déraisonnables ou les tentatives unilatérales d'exclure certaines questions de son champ d'application. Il convient d'envisager de suspendre la perception à l'égard de l'imposition contestée en attendant l'issue de la procédure amiable, car ces perceptions pourraient autrement entraîner de graves problèmes de trésorerie pour les contribuables qui ont déjà été imposés sur le même montant dans l'autre pays. Au besoin, on pourra demander en contrepartie une garantie bancaire pour assurer le paiement de tout impôt dû à l'issue de la procédure amiable. De même, il convient d'envisager d'empêcher pendant la procédure amiable l'imposition d'intérêts, ou à tout le moins de taux d'intérêt supérieurs qui peuvent dans les faits agir comme des sanctions.

15.5.3.3 La procédure amiable commence généralement quand un contribuable soumet une demande à l'autorité compétente désignée d'un pays pour faire examiner une question en vue du règlement d'un différend et/ou de l'élimination de la double imposition, parce qu'il estime que son traitement fiscal n'est ou ne sera pas conforme à la convention. Le processus peut également être engagé parce que des questions d'interprétation ou d'application de la convention doivent être éclaircies ou pour éliminer la double imposition dans des cas non prévus par la convention.

15.5.3.4 La procédure amiable est destinée à être utilisée également pour éliminer la double imposition économique, par exemple dans le cas de différends relatifs aux prix de transfert. Le différend doit être soumis à l'autorité compétente du pays de résidence du contribuable dans un délai de trois ans à compter de la (première) notification reçue par la personne concernée (par exemple au moyen d'une proposition de rectification ou « notice of assessment ») par la mesure qui entraînera une imposition non conforme à la convention. Le délai de trois ans est déterminé par la disposition pertinente de la convention et peut être différent dans certains cas. La définition de ce qui constitue une (première) « notification » peut être établie dans la réglementation nationale. La forme que doit prendre la demande de procédure amiable peut également être prescrite par la réglementation nationale. On pourra aussi se reporter sur ce point au commentaire sur la convention ou le modèle de convention, ou encore au manuel de l'OCDE sur les procédures amiables efficaces¹⁴⁴.

15.5.3.5 Une fois que la demande de procédure amiable a été reçue, il faut s'assurer que l'autorité compétente étrangère en est aussi dûment informée et que toutes les informations pertinentes pour prendre une décision et arriver à un accord sur la question sont mises à la disposition des deux autorités compétentes. Tout en tenant compte du délai dans lequel les autorités compétentes sont censées traiter et résoudre une demande, il est pertinent de déterminer si des renseignements supplémentaires sont requis du ou des contribuables concernés et, le cas échéant, de demander ces renseignements dès que possible. Il ne serait pas prudent d'attendre à la dernière minute pour demander ces renseignements et de prolonger ou laisser expirer le délai prévu par la convention applicable. Les autorités compétentes pourront vouloir tenir une rencontre en personne afin de permettre un échange de vues sur la question et d'explorer les solutions possibles, ou elles pourront souhaiter traiter la question par correspondance (électronique) ou encore opter pour une combinaison de ces deux approches.

15.5.3.6 Il est généralement admis que l'autorité compétente du pays qui a procédé à l'ajustement primaire à l'origine d'une double imposition (ou d'une imposition non conforme à la convention) a le fardeau de prouver à l'autorité compétente que l'ajustement primaire est justifié. L'autorité compétente du

¹⁴⁴ OCDE (2007). *Manual on Effective Mutual Agreement Procedures (MEMAP)*. Paris: OECD Publishing. Accessible en anglais à l'adresse : <https://www.oecd.org/tax/dispute/manualoneffectivemutualagreementproceduresmemap.htm>. L'objectif du manuel est de fournir des informations de base sur le fonctionnement de la procédure amiable dans le cadre des conventions fiscales bilatérales et d'identifier les bonnes pratiques en matière de procédure amiable. Le Comité des Nations Unies fera paraître en 2021 des orientations plus générales sur la prévention et le règlement des différends.

pays ayant fait l'ajustement envoie généralement une lettre (appelée « exposé de position ») à l'autre autorité compétente pour l'informer de sa position concernant la question pour laquelle la demande a été déposée. En se fondant sur l'exposé de position, l'autre autorité compétente peut déterminer dans quelle mesure elle est d'accord avec la position et si elle peut éviter ou non la double imposition, pour ensuite formuler une réponse en conséquence.

15.5.3.7 Si les autorités compétentes s'entendent sur un moyen d'éviter la double imposition et que le contribuable accepte lui aussi la solution proposée, un accord bilatéral est conclu entre les deux autorités fiscales et un accord est conclu entre le contribuable et l'autorité compétente du pays où l'ajustement primaire a été effectué. Il convient de porter attention à la manière dont la solution devra être mise en œuvre, à l'année d'imposition où elle s'appliquera et à la question de savoir si le délai de prescription est toujours en vigueur pour cette année-là dans l'autre juridiction ou si la convention permet de passer outre les dispositions nationales en matière de prescription. Il faut aussi déterminer si la question résolue est récurrente (c'est-à-dire si elle s'applique également aux années suivantes). Si c'est le cas et que des ajustements supplémentaires sont à prévoir pour les années ultérieures, le contribuable pourra souhaiter examiner avec les autorités compétentes dans quelle mesure elles ont le pouvoir et les moyens d'appliquer la solution à ces années également, ou si une nouvelle demande de procédure amiable devra être déposée pour les années ultérieures.

15.5.4 Procédure amiable dans le contexte du Cadre inclusif

15.5.4.1 Conformément au mandat de l'Action 14 du Projet BEPS, les pays concernés ont travaillé à « [t]rouver des solutions pour lever les obstacles qui empêchent les pays de régler les différends relatifs aux conventions en recourant à la procédure amiable, notamment le fait que la plupart des conventions ne prévoient pas de clause d'arbitrage et que le recours à la procédure amiable et à l'arbitrage peut être refusé dans certains cas ».

15.5.4.2 Les mesures convenues dans l'Action 14 visaient à renforcer l'efficacité et l'efficacité de cette procédure en réduisant au minimum les risques d'incertitude et de double imposition involontaire et en assurant une application cohérente et appropriée des conventions fiscales.

15.5.4.3 À la suite du rapport final sur cette action, un nombre considérable de pays ont accepté de modifier de manière importante leur position sur le règlement des différends concernant les conventions fiscales. L'engagement des pays à cet égard représente une norme minimale, laquelle garantira ce qui suit :

- Les obligations des conventions fiscales relatives à la procédure

amiable sont pleinement mises en œuvre, de bonne foi, et les cas de procédure amiable sont résolus en temps utile (en 24 mois en moyenne);

- Les processus administratifs qui favorisent la prévention et le règlement rapide des différends relatifs aux conventions fiscales, tels que les guides destinés aux contribuables sur les conditions d'accès à la procédure amiable, sont mis en œuvre;
- Les contribuables ont accès à la procédure amiable lorsqu'ils y sont admissibles.

15.5.4.4 Étant donné qu'il s'agit d'une norme minimale du Cadre inclusif, la mise en œuvre de cet engagement par les pays fait l'objet d'un suivi (veille) constant par le biais d'un examen par les pairs, lequel vise à garantir que tous les pays prenant part au projet respectent cette norme.

15.5.4.5 La Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (l'Instrument multilatéral), élaborée conformément à l'Action 15 du Projet BEPS, facilitera le respect de la norme minimale de l'Action 14 puisqu'elle permet aux pays signataires d'incorporer dans leurs conventions existantes, entre autres mesures, celles découlant de l'Action 14 du Projet BEPS, qui supposent des modifications de l'article sur la procédure amiable. En d'autres termes, l'Instrument multilatéral permettra de modifier les accords existants entre pays signataires en leur évitant nombre de négociations bilatérales et le fardeau que peuvent représenter les formalités de signature et de ratification de modifications distinctes aux conventions.

15.5.5 Arbitrage

15.5.5.1 Le Modèle de convention des Nations Unies prévoit un texte de convention facultatif qui permet aux autorités compétentes de régler les différends par voie d'arbitrage si aucune solution ne peut être obtenue dans le délai prévu par l'article sur l'accord amiable. Les autorités compétentes qui, dans un différend, n'arrivent pas à trouver une solution acceptable dans le délai prescrit sont tenues de recourir aux procédures d'arbitrage si ce texte est inclus dans la convention pertinente ou si les parties à la convention se sont entendues pour recourir à l'arbitrage conformément à cet article. Les procédures à suivre sont celles prévues par le Modèle de convention des Nations Unies ou celles qui ont pu être convenues autrement par les parties à la convention.

15.5.5.2 Ces dernières années, des dispositions sur l'arbitrage obligatoire ont été ajoutées à de nombreuses conventions en tant que moyen de dernier recours pour régler les questions soumises à la procédure amiable qui ne peuvent être

résolues par les autorités compétentes dans le délai prescrit. L'Union européenne a amorcé cette tendance en 1990 avec la Convention d'arbitrage multilatérale de l'Union européenne, et l'OCDE a modifié son Modèle de convention et son commentaire en 2008 pour recommander l'inclusion de dispositions d'arbitrage obligatoire dans les conventions fiscales bilatérales.

15.5.5.3 Les statistiques de l'OCDE montrent que la procédure amiable permet d'éviter la double imposition dans 90 à 95 % des cas auxquels ses pays membres sont parties. S'il s'agit d'un taux de réussite impressionnant pour un programme de règlement des différends qui n'oblige pas juridiquement les parties à parvenir à un accord, le risque de double imposition dans les cas restants reste une préoccupation sérieuse pour les contribuables et les autorités fiscales, compte tenu tout particulièrement des montants croissants associés aux différends. Tant les contribuables que les autorités compétentes ont tendance à considérer l'arbitrage comme une méthode de dernier recours. Toutefois, l'inclusion de dispositions sur l'arbitrage obligatoire dans les conventions a été largement soutenue par les contribuables, car elles garantissent un règlement dans un délai déterminé et confèrent la certitude que la double imposition sera évitée. Dans la grande majorité des cas, l'effet pratique des dispositions sur l'arbitrage obligatoire a été d'encourager les autorités compétentes à parvenir à un accord dans le délai prescrit. Seuls quelques cas sur les centaines qui ont été soumis à la procédure amiable ont été envoyés en arbitrage aux termes des accords conclus jusqu'à présent.

15.5.5.4 Des dispositions sur l'arbitrage obligatoire ont déjà été ajoutées à de nombreuses conventions entre les pays membres de l'OCDE, même lorsqu'un des pays a une préférence générale pour l'imposition basée sur la résidence, et l'autre pour l'imposition basée sur la source. Toutefois, le Comité des Nations Unies n'a approuvé l'arbitrage qu'à titre d'option et non pas comme une recommandation affirmative. Le processus d'arbitrage envisagé est décrit dans le Commentaire sur l'article 25 du Modèle de convention des Nations Unies.

15.5.5.5 Comme le reflète le Commentaire des Nations Unies sur l'article 25, les membres du Comité des Nations Unies ont identifié des arguments à la fois pour et contre l'adoption par les pays en développement de l'arbitrage obligatoire dans le cadre des conventions fiscales. Ces arguments sont résumés ci-dessous.

15.5.5.6 Il a été avancé que l'arbitrage obligatoire dans le cadre des conventions fiscales peut présenter les inconvénients suivants du point de vue des pays en développement :

- Seul un petit nombre de cas sont soumis à la procédure amiable en vertu des paragraphes 1 et 2 de l'article 25, et très peu d'entre eux restent non résolus;

- Les recours juridiques internes peuvent résoudre les quelques cas que les autorités compétentes n'arrivent pas à régler par la procédure amiable;
- Comme de nombreux pays en développement ont peu d'expérience de la procédure amiable, l'arbitrage serait injuste pour ces pays lorsque le différend survient avec des pays plus expérimentés;
- Les intérêts des pays, si cruciaux pour leur politique publique, pourraient difficilement être défendus par des arbitres privés en matière fiscale; on ne peut attendre des arbitres qu'ils compensent le manque d'expertise dans de nombreux pays en développement;
- La neutralité et l'indépendance des éventuels arbitres semblent difficiles à garantir;
- Il est très difficile de trouver des arbitres expérimentés;
- L'arbitrage obligatoire est coûteux et ne convient donc pas aux pays en développement ni aux pays en transition;
- Il n'est pas dans l'intérêt d'un État de limiter sa souveraineté en matière fiscale par l'arbitrage obligatoire.

15.5.5.7 Les tenants de l'inclusion de dispositions d'arbitrage obligatoire dans les conventions fiscales ont fait valoir que ces dispositions auront certains avantages pour les pays en développement et peuvent être conçues de la manière suivante pour répondre à leurs préoccupations :

- Même si seul un petit nombre de cas restent non résolus, chacun de ceux ci représente une situation où une autorité compétente considère qu'il y a une imposition non conforme à la convention et où il peut y avoir une double imposition importante;
- L'arbitrage apporte aux contribuables une plus grande certitude que leurs cas peuvent être résolus dans le contexte de la procédure amiable et contribue à la promotion des investissements transfrontaliers;
- Les voies de recours internes pourraient ne pas permettre de régler de manière adéquate et rapide les différends relatifs à l'application des conventions bilatérales (risque de décisions judiciaires incohérentes entre les deux pays et d'interprétation unilatérale de la convention sur la base du droit interne);
- L'obligation de soumettre les cas non résolus à l'arbitrage après une période donnée peut faciliter les efforts des autorités compétentes pour parvenir à un accord dans ce délai;

- Compte tenu de l'expérience acquise dans le cadre de la Convention d'arbitrage de l'UE, le recours à l'arbitrage obligatoire devrait être plutôt inhabituel, et les coûts qui y sont associés devraient être faibles; en outre, comme l'arbitrage apporte plus de certitude aux contribuables, il réduit le nombre de procédures de recours dites de « protection » coûteuses et de procédures nationales incertaines;
- Les arbitres doivent parvenir à une décision fondée et impartiale; par conséquent, ils peuvent s'adapter au niveau d'expertise des pays et surmonter un possible manque d'expérience de certains pays;
- Des arbitres compétents et impartiaux peuvent provenir de divers horizons (fonctionnaires, juges, universitaires et praticiens) et de diverses régions (y compris de pays en développement);
- Il est dans l'intérêt d'un État de limiter sa souveraineté en matière fiscale par l'arbitrage obligatoire.

15.5.5.8 L'un des principaux défis dans le cadre de l'Action 14 avait trait à l'arbitrage obligatoire comme moyen d'assurer le règlement des différends. Ce mécanisme apporte une sécurité juridique aux contribuables quant à la résolution des situations où, à leur avis, une mesure non conforme à la convention a été appliquée. De même, il encourage les autorités compétentes à ne pas reporter l'examen des cas, afin d'éviter l'arbitrage obligatoire. Nonobstant ce qui précède, la plupart des pays participants au Projet BEPS ont choisi de ne pas inclure cette option, pour des raisons largement similaires dans certains cas à celles abordées ci-dessus. Il convient de noter que la disposition sur l'arbitrage peut être adoptée en tant qu'option dans le cadre de l'Instrument multilatéral et qu'elle offre une grande souplesse quant aux cas admissibles à l'arbitrage en offrant aux pays un mécanisme de réserve pour exclure certains cas de son application.

15.5.6 Procédures non contraignantes de règlement des différends

15.5.6.1 En octobre 2015, le Comité des Nations Unies a approuvé la formation d'un sous-comité chargé d'aborder et de considérer les aspects de la prévention et du règlement des différends liés à la procédure amiable, et d'en faire rapport au Comité, en vue d'examiner, de rendre compte et, s'il y a lieu, d'envisager d'éventuels textes à insérer dans le Modèle de convention des Nations Unies et ses Commentaires, ainsi que les orientations se rapportant à ces questions :

- Options permettant de garantir que la procédure amiable prévue à l'article 25 (dans l'une ou l'autre de ses variantes présentées dans le modèle des Nations Unies) fonctionne de manière aussi efficace et efficiente que possible;

- Autres options possibles pour améliorer ou compléter la procédure amiable, y compris le recours à des formes non contraignantes de règlement des différends telles que la médiation;
- Examen des questions liées à l'acceptation de dispositions d'arbitrage entre les pays développés et les pays en développement;
- Nécessité d'une mise à jour ou d'une amélioration du guide de la procédure amiable dans le cadre des conventions fiscales (*Guide to the Mutual Agreement Procedure under Tax Treaties*)¹⁴⁵.

15.5.6.2 Créé le 20 octobre 2017, le Sous-comité chargé de la prévention et du règlement des différends a discuté de la prévention et du règlement des différends sans mettre l'accent sur les prix de transfert. Les travaux du Sous-comité aboutiront à la production d'un manuel sur le règlement des différends, qui sera utile aux pays en développement dans la conception et la mise en œuvre de divers mécanismes de règlement des différends.

15.6 Approches multilatérales

15.6.1 Les approches multilatérales sont des outils importants pour éviter les différends transfrontaliers sur les prix de transfert et les risques de non-élimination de la double imposition qui en découlent.

15.6.2 Comme il a déjà été indiqué, bon nombre de pays se sont dans le passé appuyés principalement sur les orientations fournies par les *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert*, qui apportent une interprétation de l'article 9 (Entreprises associées) du Modèle de convention de l'OCDE et ont été élaborés par des experts en prix de transfert au cours des dernières décennies. Un certain nombre d'économies en transition et de pays en développement ont adopté des lois nationales sur les prix de transfert qui s'inspirent largement des dispositions des *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert*. Il s'agit, par exemple, de la Chine, de l'Égypte, de l'Inde, de la Malaisie et de l'Afrique du Sud.

15.6.3 Bien que les dispositions de l'article 9 du Modèle de convention des Nations Unies soient très similaires à celles de l'article 9 du Modèle de l'OCDE, l'interprétation fournie par les *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert* peut ne pas être totalement compatible avec les positions

¹⁴⁵ Nations Unies (2012). *Guide to the Mutual Agreement Procedure Under Tax Treaties*. New York: UN Publishing. Accessible en anglais à l'adresse : https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/10/ta-Guide_MAP.pdf.

politiques de tous les pays en développement. Cependant, ces dernières années, des représentants de la Chine, de l'Inde et d'autres économies non membres de l'OCDE ont commencé à participer activement, en tant qu'observateurs, à l'élaboration des orientations en matière de prix de transfert au sein de l'OCDE. Des pays non membres de l'OCDE/G20 ont également participé sur un pied d'égalité à la révision des orientations de l'OCDE en matière de prix de transfert en tant que participants à l'initiative du Cadre inclusif OCDE/G20.

15.6.4 Le Commentaire sur l'article 9 du Modèle des Nations Unies, dans sa version révisée de 2017, reconnaît également l'importance de maintenir une compréhension commune de la manière dont le principe de pleine concurrence doit être appliqué afin d'éviter la double imposition internationale des bénéfices des sociétés. À cette fin, le Comité d'experts a estimé que les *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert* contiennent des orientations précieuses pour l'application des deux modèles de convention. En outre, dans l'élaboration du présent manuel, la cohérence avec ces principes directeurs de l'OCDE a été recherchée. Par conséquent, au moment d'établir leurs propres politiques nationales et transfrontalières en matière de prix de transfert, les pays en développement souhaitent peut-être examiner la pertinence des *Principes de l'OCDE en matière de prix de transfert*, ainsi que le corpus croissant d'orientations des Nations Unies et d'autres sources disponibles.

15.7 Coordination des procédures de règlement des différends nationaux et transfrontaliers

15.7.1 Chaque pays disposera de ses propres procédures nationales de règlement des différends, en sus des procédures transfrontalières. Il est important que celles-ci soient correctement coordonnées, cela pour deux raisons.

15.7.2 Premièrement, les administrations fiscales, en particulier celles des pays en développement dont les ressources sont limitées, pourront vouloir limiter le plus possible les doubles emplois en évitant le fonctionnement simultané de deux processus parallèles de règlement des différends. La plupart des administrations fiscales préfèrent traiter une question par le biais soit de la procédure amiable, soit de procédures nationales, mais ne mettront généralement pas en œuvre deux procédures simultanément (sauf dans le cas de certains programmes de procédure amiable et de recours nationaux simultanés).

15.7.3 Deuxièmement, nonobstant ces préoccupations en matière de ressources, il est important de gérer les problèmes de double emploi sans obliger les contribuables à faire un choix prématuré entre les procédures nationales et transfrontalières. Par exemple, les contribuables ne devraient pas être obligés de renoncer aux droits associés à la procédure amiable que leur confèrent

les conventions fiscales afin d'accéder aux procédures de recours administratif nationales. Pour éviter de telles situations tout en tenant compte des contraintes de ressources, bon nombre d'administrations fiscales permettent aux contribuables de préserver leurs droits aux procédures nationales pendant le déroulement de la procédure amiable en demandant de tenir ces droits en suspens (généralement après avoir déposé un avis initial d'opposition ou « *notice of objection* ») afin qu'ils puissent ultérieurement se prévaloir de leurs droits nationaux si aucun accord n'est conclu à l'issue de la procédure amiable. Ou encore, les administrations fiscales peuvent souhaiter offrir une certaine souplesse dans le calendrier des procédures amiables en ne fixant pas de date limite pour les demandes en vertu de leurs conventions ou de leur législation nationale, afin que les procédures nationales appropriées puissent être explorées en premier lieu. Certaines administrations fiscales préfèrent tout de même fixer une date limite pour le dépôt d'une demande de procédure amiable.

15.7.4 Les contribuables devraient toutefois être autorisés à soumettre à l'examen une ou plusieurs questions transfrontalières pertinentes dans le cadre de la procédure amiable tout en s'engageant dans des procédures nationales de règlement des différends concernant des questions distinctes qui ne se prêtent pas à la procédure amiable.

15.7.5 Dans certains pays, on estime que l'administration fiscale, y compris l'autorité compétente, est liée par une décision finale d'un tribunal national et que le recours à la procédure amiable n'est pas possible dans ces circonstances. D'autres pays considèrent que cela est incompatible avec les obligations qui découlent des dispositions de la convention relatives à la procédure amiable. Lorsqu'une autorité compétente estime qu'elle ne peut ou ne doit pas s'écarter des décisions des tribunaux nationaux, elle doit clairement indiquer cette position dans des orientations publiques destinées à informer les parties aux conventions et les contribuables.

15.7.6 L'autorité compétente d'un pays n'est certes nullement obligée d'accepter une décision judiciaire ou un règlement administratif d'un autre pays. L'autorité compétente peut toutefois choisir d'accorder un allègement de manière unilatérale si elle est d'accord avec le résultat obtenu, mais on ne devrait pas s'attendre à ce qu'elle le fasse uniquement parce que l'allègement ne serait pas possible autrement.

Partie D

PRATIQUES NATIONALES

Préambule du Sous-comité dans le cadre de l'article 9 (Entreprises associées) : Prix de transfert

Dans les autres parties du présent Manuel, le Sous-comité a cherché à fournir des orientations pratiques sur l'application des règles de prix de transfert fondées sur le paragraphe 1 de l'article 9 du Modèle de convention fiscale des Nations Unies et sur le principe de pleine concurrence énoncé dans cet article. En ce qui concerne les parties A à C, le Sous-comité a discuté et débattu du bien-fondé des orientations présentées et, bien qu'il y ait peut-être désaccord sur certains points, le Sous-comité a convenu que les orientations contenues dans ces chapitres reflètent pour l'essentiel l'application du principe de pleine concurrence tel qu'il est énoncé dans le Modèle de convention fiscale des Nations Unies.

Le Sous-comité reconnaît que divers pays, notamment les pays émergents et en développement, éprouvent parfois des difficultés à appliquer les principes issus des traités (conventions) dans une grande variété de situations concrètes. Il demeure donc approprié et instructif d'offrir à leurs représentants l'occasion d'exposer le point de vue et l'expérience de leur pays afin d'en informer les lecteurs. Ces points de vue nationaux sont présentés dans la présente partie.

Il convient de souligner que, dans ce contexte, cette partie du Manuel n'est pas le reflet d'un consensus ni d'une vision cohérente du Sous comité. La façon dont cette partie doit être lue est indiquée dans l'avant-propos de cette édition du Manuel :

L'avant-propos de la première édition de ce Manuel [...] reste pertinent quant au fond. En particulier, il reconnaît que : « Même si l'objectif était de parvenir à un consensus aussi large que possible, il a été considéré comme le plus approprié, pour un manuel pratique, d'inclure certains éléments pour lesquels aucun consensus n'a pas pu être atteint. Toutefois il s'ensuit que les opinions particulières exprimées dans ce Manuel ne doivent aucunement être attribuées à quiconque ayant participé à sa rédaction. [La partie D] diffère cependant des autres chapitres sur le plan de la conception. Elle offre un aperçu des pratiques administratives de certains pays sur la base des descriptions assez détaillées fournies par leurs représentants, et il n'a pas été jugé possible ni approprié de rechercher un consensus sur la manière dont ces pratiques nationales sont décrites. [La partie D] doit être lue avec cette différence à l'esprit. »

Si les pays fournissent des versions actualisées de leurs pratiques nationales après la publication de la présente édition du Manuel, elles seront publiées sur le site Web du comité en matière fiscale au sein des Nations Unies :

<https://www.un.org/development/desa/financing/fr/what-we-do/ECOSOC/tax-committee/tax-committee-home>

1 Brésil – Pratiques nationales¹⁴⁶

1.1 Introduction : explications générales

1.1.1 Le Brésil a introduit une loi en matière de prix de transfert, soit la loi n° 9,430/1996, en 1996¹⁴⁷. Cette loi a été proposée dans le but de lutter contre l'évasion fiscale par l'entremise de stratagèmes de prix de transfert et, conformément à cette proposition, le principe de pleine concurrence a été adopté.

1.1.2 La méthodologie introduite par la loi retient les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions (méthode du coût majoré ou *CPM* et méthode du prix de revente ou *RPM*), mais écarte les méthodes transactionnelles de bénéfices (méthode du partage des bénéfices ou *PSM* et méthode transactionnelle de la marge nette ou *TNMM*) et la répartition des bénéfices selon une formule préétablie. En ce qui concerne la méthode du prix comparable sur le marché libre (méthode *CUP*), tant pour les exportations que pour les importations, la loi a introduit une méthodologie semblable aux pratiques de l'OCDE; en outre, le Brésil a également adopté ce qu'on appelle la sixième méthode (soit la méthode *CUP* appliquée spécifiquement aux produits de base). Toutefois, en ce qui a trait à la méthode *CPM* et la méthode *RPM*, plutôt que de mettre l'accent sur les transactions comparables, la loi a établi des marges fixes (bénéfices bruts et marges).

1.1.3 En 2012, la loi a été modifiée en adoptant différentes marges pour certains secteurs précis, appropriées à la méthode *RPM*. Du point de vue du Brésil, l'utilisation conventionnelle de la méthode *RPM* et de la méthode *CPM* génère une certaine incertitude et de l'instabilité juridique, étant donné que ces méthodes sont mises en œuvre par le contribuable sans consentement

¹⁴⁶ [Notez que cette contribution est inchangée par rapport à la version 2017 du Manuel.] Par Marcos Aurélio Pereira Valadao, ancien membre brésilien du Comité d'experts des Nations Unies sur la coopération internationale en matière fiscale; Président de la première section de la Cour administrative d'appel brésilienne (CARF) du ministère des Finances; Vérificateur fiscal (RFB); Professeur à la *Getulio Vargas Foundation*, Brasília, Brésil; S.J.D. (SMU, É.-U.), L.L.M. (UnB, Brésil), L.L.B. (PUC-GO, Brésil), B.S. (UnB, Brésil).

¹⁴⁷ La loi no 9,430/1996 a été modifiée par la loi n° 9,959/2000, la loi n° 10,451/2002, la loi n° 11,727/2008, la mesure provisoire no 499/2008, convertie en loi n° 11,941/2009, la mesure provisoire n° 478/2009, la mesure provisoire n° 563/2012, convertie en loi n° 12,715/2012, la mesure provisoire n° 575/2012, convertie en loi n° 12,766/2012 (celle-ci ne touchant que les intérêts). Ces lois sont consolidées et expliquées par des règlements administratifs publiés par le Secrétariat fédéral du revenu du Brésil : Instructions normatives RFB n° 1,312/2012, accessible à l'adresse : <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=39257&visao=anotado> (texte en portugais).

préalable ni examen sommaire par les autorités fiscales. Cela influe sur la stabilité des relations économiques et fiscales ainsi que sur les attentes à ce chapitre.

1.1.4 La méthode RPM et la méthode CPM avec marges fixes du Brésil sont applicables aux transactions d'exportation et d'importation. Pour faciliter leur compréhension, elles sont présentées dans les paragraphes suivants sans tenir compte de distinctions pratiques. Une explication plus détaillée visant à différencier l'application aux importations et aux exportations et la façon de traiter cette question sera abordée séparément. En effet, la loi brésilienne en matière de prix de transfert détaille l'application des deux méthodes (méthode RPM et la méthode CPM) pour les exportations et les importations dans des ensembles de règles distincts. Des méthodes propres aux produits de base négociables et aux intérêts existent également et sont abordées au paragraphe 1.8.2 et dans les paragraphes suivants du présent chapitre.

1.1.5 La méthode RPM et la méthode CPM avec marges fixes du Brésil ne sont pas des méthodes « axées sur les régimes de protection ». À ces fins, les régimes de protection autorisent des dispositions qui s'appliquent à une catégorie définie de contribuables ou de transactions qui les exemptent, à leur choix, de certaines obligations en matière de fixation de prix à l'égard de transactions contrôlées applicables par ailleurs en vertu de la norme de pleine concurrence. La méthode RPM et la méthode CPM avec marges fixes peuvent être appliquées par les contribuables comme des méthodes normales, et non comme des méthodes axées sur les régimes de protection. Les marges fixes sont assujetties à des modifications autorisées par le ministre des Finances, à la demande du contribuable ou d'office, comme indiqué ci-dessous.

1.2 Méthode du prix de revente avec marges fixes

Explication de la méthodologie

1.2.1 Le mécanisme de la méthode RPM employant des marges bénéficiaires brutes fixes est considéré par le Brésil comme semblable à la méthode RPM traditionnelle avec marges, sauf que les marges brutes figurent dans les règles, plutôt que d'être fondées sur des comparables (voir la figure 1.1 ci-dessous). Afin de déterminer le prix de transfert (prix réputé de pleine concurrence ou prix paramétrique, comme il est appelé dans la législation brésilienne des prix de transfert), le prix de revente facturé par la société de revente (entreprise associée 2) à son client non lié (entreprise indépendante) est amputé d'une marge bénéficiaire brute fixe. Le reste est le prix de transfert acceptable entre les parties associées (entreprise associée 1 et entreprise associée 2), qui est le prix paramétrique.

1.2.2 Il est fait référence ci-dessous à deux modes d'application de cette méthode pour les prix de transfert des produits, y compris à des cas où le produit fait l'objet d'activités de fabrication (coûts à valeur ajoutée) avant d'être revendu.

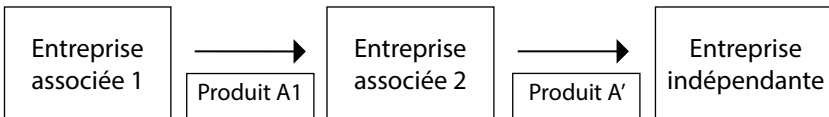
1.2.3 Cette méthode repose sur la participation de biens transférés dans le produit qui est revendu (qui est de 100 pour cent dans une revente simple). Le prix paramétrique sera alors la participation au prix de revente moins une marge de profit, déterminée par la loi. Conséquemment, cette méthodologie peut également s'appliquer lorsque d'autres intrants (achetés à des sociétés indépendantes) sont combinés à des intrants échangés entre des entreprises associées et que les biens finaux, fabriqués à partir de ces différentes sources d'intrants, sont revendus par une entreprise brésilienne.

1.2.4 Prix de revente (sans opération de fabrication)

Si le produit échangé entre les parties liées ne fait l'objet d'aucune modification de fabrication, la formule adoptée sera la même et le ratio de participation sera de 100 pour cent, car le prix du produit A1 sera égal au coût de revente du produit A' :

Figure 1.1 :

Méthode du prix de revente (RPM) (sans opération de fabrication)



Prix approprié ? Prix donné

Prix de revente (net)	=	10 000 \$
Ratio de participation (du produit A1 au produit A')	=	100 %
<u>Valeur de participation (du produit A1 au produit A')</u>	=	10 000 \$
Marge sur le prix de revente (20 %)	=	2 000 \$
Prix paramétrique	=	8 000 \$

1.2.5 Dans ce cas, le calcul est simple, car le prix paramétrique (prix réputé de pleine concurrence) est le prix de revente du même produit (facturé entre parties indépendantes) moins les remises inconditionnelles accordées, les taxes et contributions sur les ventes, les commissions et frais de courtage payés, et une marge bénéficiaire fixe, par exemple, de 20 pour cent (conformément à la loi brésilienne en vigueur en septembre 2016).

PT (prix paramétrique) = PRN — MBB x PRN, où :

- PT (prix paramétrique) = prix de transfert déterminé par la loi brésilienne. Le prix maximum sur les importations ou le prix minimum sur les exportations;
- PRN = prix de revente net;
- MBB = marge bénéficiaire brute = la valeur du ratio de la marge bénéficiaire brute, telle que déterminée par la loi ou les règles fiscales (20 pour cent dans cet exemple simplifié);
- $PT \text{ (prix paramétrique)} = PRN - MBB \times PRN = PRN - 20\% \times PRN = 80\% PRN.$
- Donc :
- Prix de revente (net) 10 000 \$
- - Marge sur le prix de revente (20 %) 2 000 \$
- = Prix de transfert de A1 selon la loi brésilienne = 8 000 \$

1.2.6 Prix de revente (avec opération de fabrication)

Selon cette méthodologie, le prix de transfert serait calculé en tenant compte de la participation proportionnelle des biens échangés entre les parties associées (produit A + intrant) dans les biens revendus à une entreprise indépendante (produit B). Cette méthodologie remédie à certaines faiblesses de la méthode RPM lorsque le revendeur ajoute des coûts substantiels au produit échangé entre les parties associées. Le prix de revente à prendre en considération est le prix convenu par la société de revente avec une entreprise indépendante. De plus amples détails sont donnés ci-dessous.

1.2.7 Dans cette approche plus élaborée, le prix paramétrique (prix réputé de pleine concurrence) serait la différence entre la *valeur de participation* du prix de vente des biens (produit A) dans le prix de revente net (produit B) moins la participation de sa « *marge bénéficiaire brute* ». À cette fin, la *valeur de participation* du produit A au prix de revente net (produit B) serait : l'application du *ratio de participation* de l'intrant (produit A) au coût total du produit B multiplié par le *prix de revente net* (du produit B)¹⁴⁸.

1.2.8 *Le ratio de participation mentionné ci-dessus est déterminé comme suit* : le rapport entre le prix du produit A (intrant) et le coût total des biens revendus (produit B), calculé selon la feuille de calcul de la société. *Le prix de revente net* est le prix moyen pondéré des ventes des biens revendus (produit

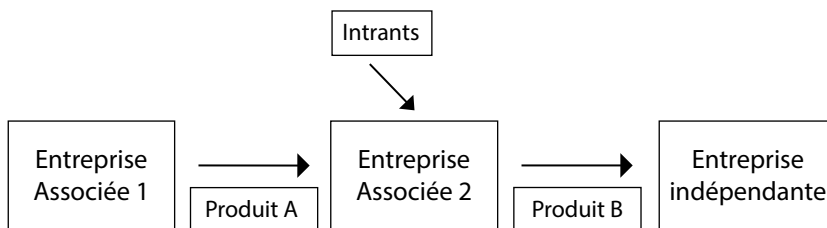
¹⁴⁸ Il convient de noter que le ratio de participation n'a rien à voir avec la marge fixe, mais dépend du coût des intrants importés et du coût des marchandises vendues. Voir le paragraphe 1.2.8.

B), moins les remises inconditionnelles accordées, les taxes indirectes sur les ventes et les commissions et frais de courtage payés. « Les remises inconditionnelles » sont celles qui ne dépendent pas d'événements futurs et qui sont détaillées dans la facture.

1.2.9 *Le bénéfice brut* du produit A (dans la revente du produit B) est l'application, par exemple, de 30 pour cent (marge bénéficiaire brute) sur la *valeur de participation* indiquée ci-dessus. Comme il est mentionné précédemment, dans cette approche, la marge bénéficiaire brute sera fournie par la loi. Voir la figure 1.1. La marge de 30 pour cent peut varier en fonction du secteur économique d'activité exercée par l'entreprise associée 2.

Figure 1.2 :

Méthode du prix de revente (RPM) (avec opération de fabrication)



Prix approprié ? Prix donné

(Où le produit A est un intrant pour le produit B)

Prix de revente (net)	=	10 000 \$
<u>Ratio de participation (du produit A au produit B)</u>	=	60 %
Valeur de participation (du <u>produit A au produit B</u>)	=	6 000 \$
Marge sur le prix de revente (30 %)	=	1 800 \$
Prix paramétrique	=	4 200 \$

1.2.10 Afin d'éviter les distorsions entre les sociétés qui exercent des activités au Brésil, il faut garantir l'uniformité comptable entre les contribuables du pays. Si certaines dépenses sont traitées comme « frais d'exploitation » par certaines sociétés et comme « coûts des marchandises vendues » par d'autres, le système ne sera pas mis en œuvre de manière satisfaisante.

La formule générale pour calculer le prix de transfert entre sociétés liées serait (pour obtenir une marge de 30 pour cent) :

PT (prix paramétrique) = VP — VMBB, où :

- PT (prix paramétrique) = prix de transfert réputé de pleine concurrence déterminé selon la loi brésilienne. Le prix maximum sur les importations ou le prix minimum sur les exportations.

- $VP = \text{valeur de participation des biens transférés à l'entreprise associée dans le prix de revente net} = (\text{prix du produit A} \div \text{coût total du produit B}) \times (\text{prix de revente net du produit B}).$
- $MBB = \text{marge bénéficiaire brute} = \text{valeur du ratio de la marge bénéficiaire brute, telle que déterminée par la loi ou les règles fiscales (30 \% dans cet exemple).}$
- $VMBB = MBB \times VP = MBB \times (\text{prix du produit A} \div \text{coût total du produit B}) \times (\text{prix de revente net du produit B}) = 30 \% (\text{prix du produit A} \div \text{coût total du produit B}) \times (\text{prix de revente net du produit B}).$
- $PT (\text{prix paramétrique}) = VP - VMBB = ((\text{prix du produit A} \div \text{coût total du produit B}) \times (\text{prix de revente net du produit B})) - 30 \% \times ((\text{prix du produit A} \div \text{coût total du produit B}) \times (\text{prix de revente net du produit B})) = VP (1 - MBB).$

Marges fixes pour la méthode du prix de revente (RPM)

1.2.11 La législation brésilienne en matière de prix de transfert établit des marges différentes pour des secteurs économiques précis en ce qui concerne la méthode RPM pour les importations, comme suit (y compris les transactions de revente simples et les opérations de fabrication) :

1. **40 pour cent**, pour les secteurs suivants :
 - Produits chimiques pharmaceutiques et produits pharmaceutiques;
 - Produits du tabac;
 - Équipement et instruments optiques, photographiques et cinématographiques;
 - Machines, appareils et équipement utilisés dans les domaines dentaire, médical et hospitalier;
 - Pétrole et gaz naturel (industrie minière); et
 - Produits pétroliers (dérivés des raffineries de pétrole et autres);
2. **30 pour cent** pour les secteurs suivants :
 - Produits chimiques (autres que les produits chimiques pharmaceutiques et les produits pharmaceutiques);
 - Verre et produits en verre;
 - Pâte à papier, papier et produits du papier;
 - Métallurgie;
3. **20 pour cent** pour les secteurs restants.

1.2.12 Afin d'appliquer ces marges, la loi stipule également que dans les cas

où la société exerce des activités décrites dans plusieurs des catégories mentionnées ci-dessus (1-3), la marge convenant à la méthode RPM est la marge correspondant au secteur d'activité où les biens importés sont destinés à être utilisés. Lorsque les mêmes biens importés sont vendus pour être utilisés dans la production d'un ou de plusieurs produits, ou si les biens importés sont soumis à différents processus de fabrication au Brésil, le prix paramétrique final est la moyenne pondérée des valeurs obtenues en appliquant la méthode RPM, selon leurs destinations respectives.

1.2.13 Pour les exportations, les marges applicables dans le pays étranger sont les suivantes : 15 pour cent pour la vente en gros et 30 pour cent pour la vente au détail.

1.2.14 Le ministre des Finances, d'office (à savoir, de sa propre volonté), ou sur demande, est autorisé par la loi à modifier ces marges. Une demande de modification présentée par un contribuable doit être pleinement justifiée, et accompagnée de la documentation pertinente, conformément à la loi.

1.2.15 Exemple 1 : Revente du même produit

Une entreprise manufacturière domiciliée dans le pays X, MCO, vend le produit A sans produit similaire disponible dans le monde, à un distributeur exclusif domicilié au Brésil, YD, 16 000 \$ l'unité. YD, à son tour, revend le même produit A à des clients 18 750 \$. Selon les règles brésiliennes en matière de prix de transfert, la méthode RPM prévoit une marge bénéficiaire brute de 20 pour cent (3 750 \$). Le prix de transfert de pleine concurrence applicable à la transaction entre MCO et YD serait donc de 15 000 \$ sur les importations du produit A. Pour YD, l'acheteur, le prix de transfert sera ajusté de 1 000 \$ par unité (16 000 \$ – 15 000 \$).

1.2.16 Exemple 2 : Différents produits, avec opération de fabrication

Une entreprise de contrôle domiciliée dans le pays A, HOLDCO, vend des intrants à une filiale domiciliée au Brésil (une usine de produits chimiques autres que pharmaceutiques) 400 \$ l'unité. À son tour, la filiale fabrique des produits finis qui doivent être vendus à des clients locaux 1 200\$ l'unité (prix de revente net). Outre les intrants acquis auprès de HOLDCO, la filiale utilise également d'autres intrants, acquis dans le pays hôte, dans le processus d'industrialisation du produit fini. Le coût de ces intrants additionnels correspond à 60 pour cent du coût total du produit final, et par conséquent, le ratio de participation de l'intrant vendu par HOLDCO est de 40 pour cent (400 \$) et donc, le coût

total est de 1 000 \$. La méthode RPM dans le pays B impose une marge fixe de 30 pour cent pour calculer le prix de transfert applicable. En se basant sur les informations ci-dessus, le calcul est le suivant :

- $VP = \text{valeur de participation des biens transférés à l'entreprise associée dans le prix de revente net} = (\text{prix du produit A} \div \text{coût total du produit B}) \times (\text{prix de revente net du produit B}) = 400 \$ / 1\ 000 \$ \times 1\ 200 \$ = 480 \$;$
- $MBB = 30 \%$ dans cet exemple
- $VMBB = MBB \times VP = 480 \$ \times 30 \% = 144 \$$
- Donc, le prix paramétrique (prix réputé de pleine concurrence) = $VP - VMBB = 480 \$ - 144 \$ = 336 \$.$

Conséquemment, la filiale doit payer pour les intrants importés vendus par HOLDCO jusqu'à 336 \$ par unité pour se conformer aux règles de fixation des prix de transfert. Il y aura donc un ajustement de 64 \$ par unité (400 \$ - 336 \$).

1.2.17 Exemple 3 : Licences de logiciels intragroupes

SIRFRO, un fournisseur de services domicilié dans le pays A, en Europe, exporte des licences de logiciels uniques à sa filiale établie au Brésil, nommée SARPRO. Chaque contrat de licence de logiciel accorde à la société affiliée le droit de le sous-licencier sur son territoire respectif. Par conséquent, SIRFRO facture à SARPRO une redevance mensuelle de 140 000 \$, tandis qu'elle engrange 160 000 \$ par mois grâce aux accords de sous-licence. Selon les règles de fixation des prix de transfert du Brésil, le prix paramétrique (prix réputé de pleine concurrence) pratiqué dans des transactions comme celle effectuée par SIRFRO est calculé en soustrayant une marge brute fixe de 20 pour cent du prix de la sous-licence revendue. Le prix paramétrique sera donc égal à 160 000 \$ moins 160 000 \$ x 20 %, à savoir 128 000 \$. Ainsi, l'ajustement du prix de transfert sera de 12 000 \$ par mois (140 000 \$ - 128 000 \$) sur la base fiscale de SARPRO, au Brésil.

Remarque importante : Ceci s'applique uniquement aux actifs importés pour la revente; pour les autres transactions d'importation d'actifs incorporels, voir le paragraphe 1.8.2.

1.3 Méthode du coût majoré avec marges fixes

1.3.1 Explication de la méthodologie : Comme la méthode RPM avec marges fixes, la méthode CPM peut être utilisée avec une marge brute prédéterminée. La fonctionnalité de base de cette méthode est similaire à celle de la méthode

CPM (traditionnelle) sans marge prédéterminée, sauf que les marges brutes figurent dans les règles plutôt que d'être fondées sur des comparables. La méthode est centrée sur la société de fabrication de produits ou de prestation de services liée qui détermine les prix de transfert des transactions avec des entreprises associées. Comme il est expliqué ci-dessus, le prix paramétrique (prix réputé de pleine concurrence) est obtenu en ajoutant une marge prédéterminée au coût du produit ou du service. Il s'agira d'une valeur maximale sur les importations ou d'une valeur minimale sur les exportations.

1.3.2 Contrairement à la méthode RPM, la méthode CPM avec marges brutes fixes prédéterminées n'oblige pas le contribuable à calculer le rapport entre certains intrants et le produit final. Par conséquent, la marge brute est appliquée à l'ensemble des coûts pour déterminer le prix paramétrique. Voir la figure 1.3 ci-dessous.

La formule de calcul est la suivante :

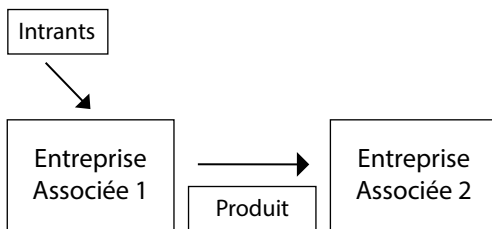
$$\text{PT (prix paramétrique, prix réputé de pleine concurrence)} = \text{CP} + \text{MBC} \times \text{CP} \\ = \text{CP} \times (1 + \text{MBC})$$

Où

- PT (prix paramétrique) = prix de transfert déterminé par la loi brésilienne. Le prix maximum sur les importations ou le prix minimum sur les exportations;
- CP = coût du produit; et
- MBC = marge brute sur coûts, déterminée par la loi ou par les règles fiscales (20 pour cent dans cet exemple simplifié, qui utilise une marge brute fixe pour les transactions d'exportation selon la loi brésilienne).

Cette méthode peut également être appliquée dans les cas où le produit n'est pas soumis à une modification substantielle, à savoir, lorsque l'entreprise associée 1 ne fait que revendre le produit à l'entreprise associée 2. Cette méthode peut également être utilisée pour les services et les actifs incorporels; toutefois, son application sera plus complexe dans ce dernier cas en présence d'accords de partage des coûts.

Figure 1.3 :
Méthode du coût majoré (CPM)



Prix approprié ?

Coûts de l'entreprise associée 1	=	5 000 \$
+ <u>Marge brute sur coûts (20 %)</u>	=	1 000 \$
Prix paramétrique (prix de pleine concurrence)	=	6 000 \$

Marges fixes pour la méthode du coût majoré (CPM)

1.3.3 La loi brésilienne en matière de prix de transfert prévoit deux marges brutes fixes pour la méthode CPM, la première pour les transactions d'exportation et la deuxième, pour les transactions d'importation : soit de 15 pour cent (transactions d'exportation du Brésil) dans le premier cas et de 20 pour cent dans l'autre (marge brute sur coûts requise pour le pays d'exportation).

1.3.4 Le ministre des Finances, d'office ou sur demande, est autorisé par la loi à modifier ces marges. Une demande présentée par un contribuable doit être pleinement justifiée et accompagnée de la documentation pertinente prévue par la loi.

1.3.5 Exemple : Distribution entre sociétés liées

PHARMAX, une industrie pharmaceutique dont le siège est au Brésil, acquiert l'ingrédient actif d'un médicament produit dans ses laboratoires d'une entreprise indépendante (située au Brésil ou à l'étranger). Le prix payé pour l'acquisition de l'ingrédient actif est de 100 \$ l'unité, tandis que PHARMAX exporte le médicament à des sociétés du même groupe multinational pour 120 \$ l'unité. La méthode CPM au Brésil oblige l'exportateur à fixer les prix en tenant compte d'une marge brute de 15 pour cent afin de respecter les règles de fixation des prix de transfert. Par conséquent, du point de vue du Brésil, PHARMAX ne doit pas vendre de médicaments à ses filiales dans les autres pays à un prix inférieur à 115 \$ l'unité (100 \$ + 15 pour cent de 100 \$). Il n'y aurait donc pas d'ajustement des prix de transfert (120 \$ > 115 \$).

1.3.6 Exemple : Méthode du coût majoré (CPM) appliquée aux importations

PHARMCO est une EMN de l'industrie pharmaceutique dont le distributeur au Brésil se nomme BRAZDIST. BRAZDIST importe un médicament produit par PHARMCO dans le pays B. PHARMCO acquiert l'ingrédient actif de ce médicament d'une entreprise indépendante, et engage d'autres coûts d'exploitation qui correspondent à un montant (coût des marchandises vendues) de 100 \$ par unité. Le prix payé par BRAZDIST lors de l'importation de ce médicament de PHARMCO est de 150 \$ l'unité. La méthode CPM, dans ce cas, exige une marge brute de 20 pour cent afin de respecter les règles de fixation des prix de transfert. Par conséquent, du point de vue du Brésil, PHARMCO ne doit pas vendre ce médicament à ses filiales au Brésil plus de 120 \$ l'unité (100 \$ + 20 % de 100 \$). Il y aurait donc un ajustement du prix de transfert de 30 \$ par unité applicable à BRAZDIST.

1.4 Différences entre l'application des méthodes aux transactions d'importation et d'exportation

1.4.1 La méthode RPM et la méthode CPM avec marges fixes sont applicables tant aux transactions d'exportation que d'importation¹⁴⁹. Si l'on examine la méthode RPM avec marges fixes, décrite dans les figures 1.1 et 1.2 du présent chapitre, elle serait applicable dans le pays de l'entreprise 1 pour les transactions d'exportation, et dans le pays de l'entreprise 2 pour les transactions d'importation, par conséquent :

- Pour les exportations: PT (prix paramétrique) $>$ $VP-MBC$, ce qui signifie que $(VP-MBC)$ est le prix de transfert minimal acceptable aux fins du calcul de la base d'imposition; et
- Pour les importations: PT (prix paramétrique) $<$ $VP-MBC$, ce qui signifie que $(VP-MBC)$ est le prix de transfert maximal acceptable aux fins du calcul de la base d'imposition.

1.4.2 En ce qui concerne la méthode CPM avec marges fixes, dans la figure 1.3 de la présente section, elle serait applicable dans le pays de l'entreprise 1 pour les transactions d'exportation, et dans le pays de l'entreprise 2 pour les transactions d'importation, par conséquent :

¹⁴⁹ La loi et les règlements administratifs (les instructions normatives) traitent séparément les opérations d'importation et d'exportation, en tenant compte des aspects propres à chaque type et en permettant des ajustements particuliers.

- Pour les exportations : PT (prix paramétrique) $>$ $CP (1 + MBC)$, ce qui signifie que $CP (1 + MBC)$ est le prix de transfert minimal acceptable aux fins du calcul de la base d'imposition; et
- Pour les importations : PT (prix paramétrique) $<$ $CP (1 + MBC)$, ce qui signifie que $CP (1 + MBC)$ est le prix de transfert maximal acceptable aux fins du calcul de la base d'imposition.

Toutefois, en raison de l'accessibilité des renseignements, la méthode RPM est généralement plus appropriée pour les importations de la société brésilienne, et la méthode CPM est généralement plus appropriée pour les exportations de la société brésilienne, comme on l'explique ci-dessous.

1.5 Importations

1.5.1 Dans le cas où le produit revendu est subordonné à des coûts apportant une valeur ajoutée ou à une activité de fabrication par l'entreprise associée revendeuse, la méthode RPM est généralement plus utile pour les importations que pour les exportations. Cela est dû au fait que les sociétés peuvent ne pas divulguer leurs coûts de production ou de fabrication, même à d'autres sociétés associées situées au Brésil. Cela compromettrait l'applicabilité de la méthode pour les exportations, parce que les données nécessaires sur les coûts de fabrication engagés par l'entreprise importatrice associée ne seraient pas disponibles pour l'entreprise exportatrice brésilienne associée et l'administration fiscale brésilienne. Même si les entreprises concernées avaient pleinement accès à leurs registres comptables respectifs, l'accessibilité de l'information demeure un problème pour l'administration fiscale brésilienne. En outre, les règles sur les prix de transfert permettent l'utilisation d'un comparable en appliquant les ajustements nécessaires.

1.5.2 Si la méthode RPM est utilisée pour déterminer le prix de transfert des importations, l'importateur de produits manufacturés se sert de ses propres coûts comptables pour calculer le juste prix de transfert sans devoir demander les données sur les coûts engagés par l'entreprise associée exportatrice. En outre, dans le cas des importations, l'administration fiscale dispose d'un accès complet aux données pour évaluer les transactions sur le marché libre (avec les entreprises indépendantes). Par conséquent, la méthode RPM avec marges fixes est recommandée pour les transactions d'importation

1.6 Exportations

1.6.1 Pour les raisons correspondantes mentionnées ci-dessus en ce qui concerne la méthode RPM, la méthode CPM est plus pratique pour les exportations que pour les importations. Les sociétés peuvent ne pas divulguer leurs coûts de production ou de fabrication, même à d'autres sociétés associées situées

au Brésil. Cela compromettrait l'applicabilité de la méthode pour les importations, parce que les données nécessaires sur les coûts de fabrication engagés par l'entreprise exportatrice associée peuvent ne pas être disponibles pour l'entreprise importatrice brésilienne associée. Même si les entreprises concernées avaient pleinement accès à leurs registres comptables respectifs, l'accessibilité de l'information demeure un problème pour l'administration fiscale brésilienne.

1.6.2 Si la méthode CPM est appliquée pour déterminer le prix de transfert des exportations, l'exportateur de produits manufacturés brésilien utilise ses propres coûts comptables pour calculer le juste prix de transfert, sans devoir demander des données à sa filiale non brésilienne. En outre, dans le cas des exportations, tous les renseignements nécessaires peuvent être consultés et vérifiés par l'administration fiscale brésilienne. Par conséquent, la méthode CPM avec marges fixes est habituellement appliquée pour les transactions d'exportation brésiliennes.

1.7 Forces et faiblesses des méthodes brésiliennes avec marges bénéficiaires prédéterminées

1.7.1 Les forces des marges bénéficiaires prédéterminées du Brésil lors de l'utilisation de la méthode RPM et de la méthode CPM, qui mettent l'accent sur la simplicité, sont les suivantes :

- Elles évitent d'avoir recours à des comparables particuliers;
- L'utilisation des méthodes RPM et CPM traditionnelles dépend de la disponibilité de certaines données, bases de données ou rapports permettant de déterminer de manière empirique la marge bénéficiaire brute et la marge brute sur coûts. En général, ces éléments ne sont pas faciles à trouver;
- Elles libèrent des ressources humaines rares et peuvent être appliquées sans connaissances techniques sur des questions précises en matière de prix de transfert;
- Elles stabilisent les attentes des contribuables en ce qui concerne leurs obligations fiscales brésiliennes associées aux transactions entre sociétés liées;
- Elles offrent un système à faible coût pour les sociétés et l'administration fiscale en supprimant un volet de l'analyse des prix de transfert, soit la nécessité de déterminer empiriquement les marges brutes;
- Elles mettent l'accent sur l'aspect pratique;
- Elles ne faussent pas la concurrence entre les entreprises situées là où la méthodologie est appliquée, étant donné qu'elles sont toutes soumises au même fardeau fiscal, et qu'elles ne tirent pas avantage de renseignements différents;

- Elles permettent une mise en œuvre simple par les autorités fiscales lors de du contrôle des contribuables;
- Elles sont simples à appliquer pour les contribuables.

1.7.2 Les faiblesses des marges bénéficiaires prédéterminées du Brésil lors de l'utilisation de la méthode RPM et de la méthode du coût majoré sont les suivantes :

- Elles peuvent entraîner une double imposition s'il n'est pas possible d'avoir recours aux autorités compétentes afin de négocier un allègement à la double imposition;
- Elles exigent des classifications claires et une conformité comptable en ce qui concerne la répartition des dépenses entre le coût des marchandises vendues et les frais d'exploitation;
- Inévitablement, certaines entreprises brésiliennes seront taxées à des marges bénéficiaires (plus ou moins élevées) incompatibles avec leur rentabilité. Cela est dû au fait que la méthode de la marge fixe s'applique, peu importe la structure des coûts des contribuables. Par exemple, des contribuables économiquement identiques pour lesquels le coût des marchandises vendues est élevé par rapport aux frais d'exploitation seront soumis à une charge fiscale plus élevée que les contribuables pour lesquels le coût des marchandises vendues est faible par rapport aux frais d'exploitation.

1.8 **Autres explications sur la méthodologie du Brésil en matière de prix de transfert**

1.8.1 La loi et les règlements établissent un nombre précis de méthodes pour les transactions d'importation et d'exportation qui sont, en fait, des versions particulières de la méthode CUP, de la méthode CPM et de la méthode RPM, comme suit:

- **pour les transactions d'importation :**
 - La méthode du prix comparable sur le marché libre (CUP) ou soumis à cotation (PIC et PCI utilisée pour les transactions de produits de base) (équivalente à la méthode CUP);
 - La méthode du prix de revente (RPM) (généralement, une marge bénéficiaire brute (PRL) de 20 pour cent) (équivalente à la méthode RPM) + autres marges pour des secteurs précis (voir le paragraphe 1.2.11 ci-dessus); ou
 - La méthode du coût majoré (CPM) (marge sur coûts de 20 pour cent) (CPL) (équivalente à la méthode CPM).

- **pour les transactions d'exportation :**
 - La méthode du prix comparable sur le marché libre (CUP) (PVEx et PECEX utilisées pour les transactions de produits de base) (équivalente à la méthode CUP);
 - La méthode du prix de gros dans le pays de destination moins le bénéfice (marge de 15 pour cent) (PVA) (équivalente à la méthode RPM);
 - La méthode du prix de détail dans le pays de destination moins le bénéfice (marge de 30 pour cent) (PVV) (équivalente à la méthode RPM); ou
 - La méthode du coût majoré (CPM) (marge bénéficiaire de 15 pour cent) (CAP) (équivalente à la méthode CPM).

1.8.2 Dans le cas de l'importation ou de l'exportation de produits de base faisant l'objet d'échanges sur des bourses commerciales et dans des contrats à terme reconnus à l'international, la méthode à utiliser pour les importations est la méthode avec prix des importations soumis à cotation (PCI), qui est une version simplifiée de la méthode CUP pour les importations, telle que définie dans la loi, et la méthode à utiliser pour les exportations est la méthode avec prix des exportations soumis à cotation (PECEX), qui est une version simplifiée de la méthode CUP pour les exportations, telle que définie dans la loi. Cette méthodologie obligatoire pour ces produits considère le prix moyen de cotation sur le marché mondial comme le prix de pleine concurrence. La loi a établi que le prix dont il faut tenir compte est le prix quotidien moyen des biens ou des droits soumis à des prix publics dans les contrats à terme de produits de base sur les marchés boursiers reconnus internationalement (prix coté). Toutefois, la loi permet d'ajuster le prix en fonction de la prime du marché à la date de la transaction, et d'autres ajustements tels que la qualité des biens échangés et les modalités de paiement. S'il n'y a aucune transaction sur le marché organisé à une date précise, le prix dont il faut tenir compte est la dernière information disponible sur le marché. Si aucun prix n'est disponible, le contribuable et l'autorité fiscale peuvent utiliser une base de données internationalement reconnue comme moyen d'établir un prix. Cette approche pour les produits de base est conforme à la version actualisée des *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert* consécutive au projet sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS)¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Le rapport final du BEPS sur les actions 8 à 10 a ajouté des paragraphes au chapitre II des *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert*, immédiatement après le paragraphe 2.16 sur cette question. Pour plus de détails, voir Valadão, M.A.P (2016). « Prix de transfert au Brésil et actions 8, 9, 10 et 13 du Plan d'action de l'OCDE concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices ». *Bulletin for International Taxation*, pages 296 à 308.

1.8.3 La législation brésilienne en matière de prix de transfert ne s'applique pas aux paiements de redevances et aux activités d'assistance technique, scientifique, administrative ou similaire (sur les importations), qui restent soumis aux conditions de déductibilité établies par la législation fiscale. À cet égard, la législation en matière de prix de transfert s'applique, en général, uniquement aux transactions d'exportation, et de manière limitée, aux actifs incorporels importés en vue de leur revente (voir l'exemple au paragraphe 1.2.17 ci-dessus.)

1.8.4 La législation brésilienne en matière de prix de transfert comporte des règles particulières pour les intérêts (payés ou crédités), qui sont semblables à l'approche de la marge fixe si l'on considère la question du point de vue de la prévisibilité et de la clarté. La législation actuelle stipule que dans le cas d'une transaction contrôlée portant sur un prêt (entre parties liées), ou d'une transaction similaire, le taux d'intérêt à appliquer à la transaction est :

- (i) Dans le cas de transactions en dollars américains avec un taux préétabli : le taux du marché des obligations souveraines de la République fédérative du Brésil émises sur le marché étranger en dollars américains;
- (ii) Dans le cas de transactions en réaux brésiliens avec un taux préétabli : le taux du marché des obligations souveraines de la République fédérative du Brésil émises sur le marché étranger en réaux;
- (iii) Dans tous les autres cas, le taux LIBOR pour les dépôts de six mois;

Ce taux étant augmenté d'une marge déterminée par une règle administrative fiscale émise par le ministre des Finances. Si le taux d'intérêt effectif de la transaction est différent, il peut être ajusté en conséquence. En ce qui concerne les frais d'intérêt, la marge à ajouter aux taux d'intérêt comme indiqué ci-dessus est de 3,5 pour cent; en ce qui concerne les intérêts crédités (reçus de l'étranger), la marge à ajouter aux taux d'intérêt comme indiqué ci-dessus est de 2,5 pour cent.

1.8.5 Le taux d'intérêt calculé selon ces règles est réputé être le taux de pleine concurrence. Les règles s'appliquent également aux transactions entre une société résidente et un résident dans un pays à faible imposition non coopératif conformément à la définition prévue par la loi, que la partie résidente à l'étranger soit ou non une partie liée.

1.8.6 Les règles brésiennes de fixation des prix de transfert stipulent que si le contribuable constate un écart de 5 pour cent, ou moins, entre le prix de transfert effectif et le prix paramétrique calculé selon ces règles, le contribuable n'est pas tenu d'apporter un ajustement. Par conséquent, dans la pratique, un

intervalle existe pour chaque prix. Le taux équivalent n'est que de 3 pour cent lorsque la méthode employée est la méthode CUP pour les produits de base (la méthode appelée sixième méthode, qui correspond à la PCI, pour les importations, et à la PECEX, pour les exportations, dans la nomenclature brésilienne).

1.8.7 La législation brésilienne en matière de prix de transfert comporte une définition large de « parties liées », qui vise à contrecarrer les stratagèmes de planification fiscale (à titre de règle anti-évitement particulière), ce qui touche également les transactions entre particuliers et sociétés ainsi que certaines transactions précises (transactions adossées, personnes interposées). La législation en matière de prix de transfert s'applique également à toutes les transactions avec des résidents brésiliens et des résidents de pays à faible imposition, tel que déterminé par la loi, que les personnes et les sociétés concluant la transaction soient liées ou non. Le Brésil adopte une liste de juridictions telle que prévue par la loi et détaillée par des règlements administratifs qui englobent les juridictions à faible imposition, les juridictions non coopératives et les régimes fiscaux privilégiés.

1.9 Commentaires à l'intention des pays envisageant l'adoption de marges fixes

1.9.1 Pour calculer le prix paramétrique (prix réputé de pleine concurrence), les pays peuvent établir des marges bénéficiaires différentes par secteur économique, domaine d'activité ou même, des marges plus précises, selon le type de biens ou de services. Plus ces marges sont calculés avec précision et plus nombreuses sont les marges mises en œuvre, plus il est probable que l'utilisation des marges ne faussera pas le système ou les décisions des parties concernées.

1.9.2 Il se peut qu'il soit impossible de justifier la mise en œuvre de nombreuses marges différentes en fonction du montant réel et des types de biens et services exportés et importés par un pays. Cela est dû au fait qu'il est possible que le pays n'exporte ou n'importe pas une quantité suffisamment grande ou de types suffisamment nombreux de biens et de services, de sorte que la détermination de ces marges, voire leur applicabilité, pourrait occasionner certaines difficultés.

1.9.3 Lorsqu'un pays opte pour l'application de marges différentes, celles-ci peuvent être établies à des niveaux de spécificité différents. Autrement dit, ces marges pourraient être déterminées par secteur économique (par exemple, le secteur primaire, comme l'extraction ou la production de matières brutes; les secteurs secondaires, comme la fabrication; et les secteurs tertiaires, comme les services). Un pays peut introduire une différenciation plus marquée, de manière à établir les marges par domaine d'activité à des niveaux de spécificité différents

selon ses besoins et sa capacité à le faire. Par exemple, un pays pourrait utiliser une marge pour l'ensemble de l'industrie chimique, ou des marges différentes pour différents types de produits de l'industrie chimique (agrochimique, pétrochimique, explosifs, cosmétiques, et ainsi de suite). Les possibilités sont presque infinies. La différenciation en types de produits par industrie est adoptée par le Brésil, où, pour la méthode RPM des importations, la marge, pour le secteur des produits chimiques en général, est de 30 pour cent, tandis que la marge pour les produits chimiques pharmaceutiques et les produits pharmaceutiques est de 40 pour cent. Voir le paragraphe 1.1.3 ci-dessus.

1.9.4 Chaque pays doit déterminer, selon sa situation particulière, les montants en jeu et les types de biens et services, à quel point les marges doivent être propres à chacun et si des marges additionnelles sont nécessaires. Un pays peut également combiner différents niveaux de spécifications de marges si cela lui semble approprié ; il peut fixer certaines marges générales pour un domaine d'activité en plus de marges plus précises pour certains biens.

1.9.5 En vue de déterminer ces marges fixes, les autorités fiscales devront faire des recherches sur les prix ou acheter ces informations à même des bases de données (publiques) existantes, afin de trouver des prix appropriés qui pourraient être utilisés comme comparables. S'il semble nécessaire par la suite de préciser des marges bénéficiaires additionnelles, les autorités fiscales devront déterminer un intervalle de marges bénéficiaires, à savoir, une marge bénéficiaire maximale et une marge bénéficiaire minimale qui correspondent statistiquement aux données pertinentes des transactions sur le marché libre. Les marges bénéficiaires maximales et les marges bénéficiaires minimales représentent simplement une marge de divergence acceptable.

1.9.6 Il est recommandé que les contribuables concernés ou les groupes qui les représentent vérifient les recherches, et que la marge trouvée pour chaque secteur, domaine d'activité, produit ou service puisse être applicable à l'une ou à la grande majorité des transactions dans cette situation. Bref, cette méthode suppose qu'une marge utilisée pour un secteur, un domaine d'activité ou des biens et services précis puisse être utilisée lors de situations similaires dans le même secteur d'activité.

1.9.7 Il est important de souligner que dans les faits, ce ne sont pas des « marges » mais bien des « intervalles » qui seront appliqués. Par conséquent, ce qui sera déterminé pour un secteur précis sera une moyenne. Ainsi, certaines sociétés peuvent réaliser qu'elles se situeront en dessous de la moyenne, tandis que d'autres se situeront au dessus de cette moyenne. Par exemple, supposons qu'en se fondant sur une étude de marché dans un pays donné, la marge bénéficiaire brute moyenne du marché pour les transactions de revente dans le secteur

pharmaceutique est de 30 pour cent. Il peut être établi que certaines sociétés ont une marge de 25 pour cent et d'autres, de 38 pour cent. Par conséquent, il serait souhaitable de disposer d'un intervalle, dans ce cas ci disons de 28 à 35 pour cent, qui soit considéré comme acceptable. Le calcul exact de l'intervalle dépendra de la distribution des marges; dans tous les cas, la marge fixée doit être comprise dans l'intervalle. Les détails sont tributaires du marché, et si l'intervalle est très large, ce fait indique en soi qu'il faut une spécification plus marquée pour une gamme de produits, ou même pour un produit en particulier.

2 Chine – Pratiques nationales¹⁵¹

Occasions et défis en matière de fixation des prix de transfert pour les pays en développement dans un environnement post-BEPS

2.1 Introduction

2.1.1 Le 5 octobre 2015, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a publié 15 rapports finaux ainsi qu'une déclaration explicative sur le projet sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS). À la suite d'un processus intensif qui a duré deux années, la réforme fiscale internationale demandée par les leaders du G20 et coordonnée par l'OCDE avait finalement porté ses fruits. On a donc pu entrer dans l'ère post-BEPS, celle de la mise en œuvre des résultats du projet BEPS. Un des éléments qui distingue cette réforme des réformes antérieures est la participation de nombreux pays en développement, et ce, des premières étapes du processus (quand on élaborait les mesures) jusqu'à l'étape ultérieure de la mise en œuvre. Les voix des pays en développement ont pu se faire entendre par la communauté internationale quand les politiques fiscales internationales étaient en phase d'élaboration. Ce fait sans précédent a permis aux pays en développement et développés de tous partir sur un pied d'égalité. Cependant, cette occasion s'accompagne aussi de défis. Avoir le droit de parole ne signifie pas nécessairement que l'on est prêt à prendre la parole. Et être prêt à participer ne veut pas nécessairement dire que l'on est prêt à devenir un leader. Après tout, il est impératif que les pays en développement continuent à renforcer leurs capacités en matière d'administration fiscale, afin de mieux se préparer à prendre la parole et d'agir en tant que leader.

2.1.2 La Chine, en tant que membre du G20, en tant que grande économie mondiale et en tant que plus grand pays en développement, a participé activement, depuis 2013, aux travaux du projet BEPS. L'Administration nationale de taxation (*State Taxation Administration ou STA*) s'est efforcée de participer

¹⁵¹ Contribution de l'Administration nationale de taxation de la République populaire de Chine.

à toutes les réunions pertinentes du projet BEPS, de surveiller les progrès du projet et de mener des recherches sur de nombreux sujets, par exemple sur les actifs incorporels aux fins de la fixation des prix de transfert et des analyses de comparabilité. Tout au cours de ce processus, la STA a présenté la position de la Chine sur différents enjeux comme les avantages spécifiques de localisation, l'exploitation des actifs incorporels et l'application de la méthode du partage des bénéfices (*Profit Split Method* ou *PSM*). Durant cette période post-BEPS, la Chine accorde une grande valeur aux résultats du projet BEPS, et elle a intégré bon nombre de ceux-ci dans ses lois nationales. La Chine accueille avec plaisir les efforts consentis par l'OCDE pour élaborer le Cadre inclusif en invitant un grand nombre de juridictions, notamment celles des pays en développement, à s'engager à assurer le suivi des travaux – par exemple les travaux de recherche futurs sur des thèmes particuliers – et la mise en œuvre connexe, ce qui inclut les efforts de révision et de suivi (veille). Cette démarche conduira à une meilleure coordination et coopération à l'échelle mondiale. En revanche, la Chine souhaite voir davantage de respect envers la souveraineté des juridictions lors des processus d'examen et de surveillance. Compte tenu de la nature des pays en développement, ceux-ci auront besoin d'une flexibilité accrue s'ils veulent rivaliser avec les pays développés sur la base de règles du jeu équitables. Un régime fiscal international juste et équitable, qui profite à tous ses participants, ne peut être atteint que si les juridictions demeurent autonomes et informées, même si elles peuvent faire l'objet d'examens. Comme le communiqué du Sommet des leaders du G20 de Hangzhou l'a énoncé, tous les membres « vont continuer d'appuyer la coopération fiscale internationale afin d'en arriver à un régime fiscal international qui soit juste et moderne, et qui favorise la croissance ».

2.1.3 La fixation des prix de transfert est une composante importante de la réforme fiscale internationale, puisque 10 des 15 plans d'action y font référence. Le projet BEPS visait à améliorer une situation épidémique où les bénéfices n'étaient pas imposés parce que les entreprises multinationales (EMN) réussissaient à transférer les revenus vers des juridictions sans imposition ou à faible imposition. Historiquement, l'administration des prix de transfert portait principalement sur la façon de répartir les droits d'imposition entre les juridictions et sur la prévention/élimination de la double imposition par l'entremise de procédures amiables. Cependant, la priorité de l'actuelle réforme fiscale internationale est de s'attaquer aux situations de double non-imposition où les EMN ne paient pas d'impôts ou moins que leur juste part dans des juridictions dotées de régimes bien établis d'impôt sur le revenu des sociétés. L'appui démontré par plus de 100 pays et régions au projet BEPS suggère que cet objectif commun a pu réunir les juridictions fiscales intéressées des pays développés et en développement autour d'une cause commune. Malgré tout, d'importantes questions demeurent sans réponse. Par exemple, le projet a-t-il réglé

tous les différends entre les pays développés et en développement en matière de prix de transfert ? Ou les règles fiscales internationales sont-elles devenues plus justes et moins biaisées à la suite de cette réforme ? Grâce aux efforts concertés des pays développés et en développement dans la lutte contre l'évitement fiscal, la réforme doit maintenant reconsidérer, en termes de fixation des prix de transfert, la question classique suivante : comment répartir les bénéfices récupérés des paradis fiscaux ? Les règles doivent être justes et claires quant à savoir qui crée de la valeur, et comment on devrait répartir les bénéfices entre les pays. Le principe directeur du projet BEPS – que les bénéfices devraient être imposés là où les activités économiques ont lieu et où la valeur est créée – a guidé les efforts des juridictions afin d'élaborer des mesures pour lutter contre l'évitement fiscal par le biais des paradis fiscaux. Ceci étant dit, les pays en développement doivent établir des règles plus précises et fournir des orientations utiles sur des questions importantes comme la façon de déterminer où sont exercées les activités économiques et où la valeur est créée; comment répartir les bénéfices récupérés des paradis fiscaux entre les pays dotés de régimes d'impôt sur le revenu des sociétés; comment effectuer le partage quand plusieurs pays sont à la fois des lieux d'activités économiques et de création de valeur; et, par-dessus tout, comment intégrer le principe de pleine concurrence dans les lois et les pratiques en matière de fixation des prix de transfert. C'est dans ces situations qu'il est utile de se référer au *Manuel pratique des Nations-Unies sur les prix de transfert à l'intention des pays en développement*.

2.1.4 Parmi les 15 actions du projet BEPS, l'Action 1 a attiré une attention particulière. Cependant, le rapport final de 2015 n'a pas permis d'en arriver à une solution pour les défis fiscaux plus larges associés à la numérisation de l'économie. Depuis lors, les membres du Cadre inclusif, y compris la Chine, travaillent ensemble pour en arriver à une solution s'appuyant sur un consensus. Comme la solution est encore en voie d'élaboration, il reste à voir comment elle interagira avec les règles fiscales internationales actuelles, et comment elle influera sur l'environnement fiscal international post-BEPS émanant des 14 autres actions. Néanmoins, les pays en développement doivent être prêts pour les nouveaux défis et les nouvelles occasions découlant de ce développement, y compris dans le domaine des prix de transfert.

2.2 Première partie : Développements récents en Chine en matière de pratiques de fixation des prix de transfert

2.2.1 En Chine, le régime de prix de transfert a d'abord été introduit en 1991. Au cours des trois dernières décennies, la STA a examiné des moyens d'améliorer l'administration des prix de transfert, et elle a apporté des améliorations significatives depuis une dizaine d'années. S'inspirant de l'expérience pratique

et des meilleures pratiques internationales, la STA a pu établir un régime exhaustif pour la fixation des prix de transfert, qui inclut un cadre juridique, des principes directeurs, des processus administratifs et des mécanismes opérationnels. Des équipes dédiées aux prix de transfert ont été formées et déployées dans les bureaux fiscaux à différents niveaux. La Chine veut mettre fin au transfert de bénéfices et protéger ses droits d'imposition, et la STA reconnaît également qu'il est important de respecter les faits et les données quand il s'agit d'analyser tout prix de transfert.

2.2.2 L'administration des prix de transfert a été placée au centre des efforts anti-évitement de la STA au cours des dernières années. La STA reconnaît que les mesures préventives sont aussi importantes que les vérifications des prix de transfert, et elle a donc élaboré un système à trois volets de prévention et de surveillance en matière d'évitement fiscal, conformément à son approche normalisée pour ce qui est de l'administration, des services et des enquêtes. En effet, il est important de s'efforcer de prévenir l'évitement fiscal en parallèle avec les activités d'enquête en matière de prix de transfert. Parmi les moyens mis en œuvre pour empêcher les contribuables de se soustraire à leurs obligations fiscales, mentionnons une administration fiscale renforcée et un meilleur service aux contribuables. Les enquêtes ne servent qu'à des fins dissuasives, afin de promouvoir la conformité volontaire des contribuables. L'établissement du système à trois volets de prévention et de surveillance en matière d'évitement fiscal repose sur différentes mesures. Le premier volet porte sur l'administration. Un système de surveillance a été mis en place pour surveiller et veiller les bénéfices des EMN étrangères faisant affaire en Chine. La STA a mis un accent particulier sur l'examen routinier des déclarations relatives aux parties liées et de la documentation contemporaine des prix de transfert. Des activités de suivi (veille) suite aux vérifications des prix de transfert ont aussi été mises en œuvre, afin d'encourager les contribuables à veiller à la conformité de leur rentabilité aux principes de pleine concurrence. En ce qui concerne le deuxième volet, celui du service, des séances de formation et d'information sont offertes aux contribuables afin de les aviser des plus récents règlements et politiques en matière fiscale. La prévention et l'élimination de la double imposition sont assurées grâce à des APP unilatéraux et bilatéraux et par le règlement des différends par procédure amiable. En ce qui concerne le dernier volet, celui des enquêtes, des vérifications à caractère anti-évitement sont réalisées, tant isolées que coordonnées, à titre de mesures de dissuasion et afin d'encadrer la rentabilité d'entreprises individuelles ou d'industries particulières. Par-dessus tout, les bureaux fiscaux dans tout le pays ont coordonné leurs actions afin que les lois nationales et les politiques internationales soient respectées de manière cohérente et uniforme. Par conséquent, les incohérences attribuables aux différences dans les méthodes de travail ont été réduites à un strict minimum. Ces

progrès que la STA a accomplis dans le domaine des prix de transfert peuvent donc être résumés à l'aide des huit rubriques suivantes.

2.3 Législation nationale et orientations concrètes

2.3.1 La législation vient toujours au premier plan dans les prix de transfert. La loi sur la perception et l'administration des impôts et son règlement de mise en œuvre, la loi sur l'impôt sur le revenu des sociétés et son règlement de mise en œuvre et la loi sur l'impôt sur le revenu des particuliers contiennent toutes des dispositions sur les prix de transfert. La première fois que la Chine a inclus un régime compréhensif de lutte à l'évitement dans un instrument juridique fut en 2008. À cette époque, la Chine a ajouté la notion *d'ajustement fiscal spécial* au chapitre 6 de la loi sur l'impôt des sociétés (et dans son règlement de mise en œuvre). À ce chapitre se sont ajoutées non seulement des dispositions sur les prix de transfert et sur les APP (avec lesquelles la Chine avait davantage d'expérience), mais aussi des dispositions sur les accords de partage des coûts, la sous-capitalisation, les sociétés étrangères contrôlées, une règle générale anti-évitement et la perception des intérêts par suite d'ajustements des prix de transfert; la Chine a pu tirer parti de l'expérience internationale dans tous ces domaines. En janvier 2009, la STA a publié la version provisoire de ses *Mesures de mise en œuvre des ajustements fiscaux spéciaux* (mieux connue sous l'appellation « Circulaire 2 »). Ce document a depuis servi de guide pratique pour les prix de transfert en Chine et, de manière plus générale, à la lutte contre l'évitement. La circulaire a également fourni la base juridique des évaluations faites par l'administration fiscale, et de la mise en conformité des contribuables. En août 2018, les règles relatives à la fixation des prix de transfert, les règles sur les sociétés étrangères contrôlées et les règles générales anti-évitement ont été insérées dans la loi sur l'impôt des particuliers, qui venait d'être révisée. Depuis 2016, la STA a publié une série de règlements afin de réviser et de mettre à jour la Circulaire 2. En premier lieu, *l'Avis public sur les précisions relatives à la déclaration des transactions entre entités liées et l'administration de la documentation contemporaine des prix transfert* (Avis public de la STA [2016] 42, ci-après appelé « Avis public 42 ») est entré en vigueur en juin 2016. Comme cela est prévu dans l'Action 13 du projet BEPS, l'Avis public 42 a adopté des dispositions qui obligent les contribuables visés à déposer une déclaration pays par pays en Chine. *L'Avis public sur les questions concernant le renforcement des accords préalables en matière de prix de transfert* (Avis public de la STA [2016] 64, ci-après appelé « Avis public 64 ») a ensuite été publié afin de fournir des orientations plus précises sur la procédure d'APP. *L'Avis public sur les mesures administratives relatives aux enquêtes fiscales spéciales, aux ajustements et à la procédure amiable* de la STA (Avis public de la STA [2017] 6, ci-après appelé « Avis public 6 ») a remplacé les orientations sur la fixation des prix de transfert qui avaient été établies dans la Circulaire 2.

2.4 Système d'approbation centralisé visant à assurer l'uniformité et la normalisation

2.4.1 Il y a plus de 720 000 agents de l'administration fiscale et 36 bureaux fiscaux provinciaux en Chine. Il est primordial, pour un énorme pays comme la Chine, de miser sur des pratiques uniformes et normalisées en matière de mise en application des lois, notamment en matière de fixation des prix de transfert. Une EMN pourrait établir une trentaine de filiales en Chine. En l'absence d'une norme cohérente, les administrations fiscales des différentes régions pourraient identifier des ensembles de comparables disparates et calculer différents niveaux de bénéfices pour des cas semblables de prix de transfert. Afin de prévenir ceci, la STA a établi un système national de lutte à l'évitement, qui oblige les bureaux fiscaux provinciaux à faire rapport au bureau central de la STA depuis 2015 et à obtenir l'aval de celui-ci, quand ils souhaitent initier ou clore un dossier portant sur l'anti-évitement (y compris les dossiers de prix de transfert). Une ligne hiérarchique a été mise en place afin de normaliser les procédures de vérification, améliorer la qualité des dossiers fermés, renforcer les efforts de vérifications et organiser des enquêtes nationales coordonnées. En 2012, la STA a publié la version provisoire des *Procédures internes approuvées pour les importants dossiers spéciaux d'ajustements fiscaux* (Guoshuifa [2012]16), ci-après appelées les *Procédures internes approuvées*, afin de simplifier les procédures, y compris l'examen des documents produits par les parties liées, analyser la documentation contemporaine des prix de transfert, identifier les contribuables à haut risque, initier des dossiers, procéder à des contrôles fiscaux et à des analyses, fermer des dossiers et assurer un suivi (veille) de la surveillance des contribuables ayant fait l'objet d'un contrôle fiscal. Comme cela est prescrit par les *Procédures internes approuvées*, un système de vérification des prix de transfert à trois paliers a été établi. Le système comprend la prise de décision collective et l'approbation des éléments pénaux. En premier lieu, pour chaque dossier, l'administration fiscale compétente doit mettre sur pied une équipe de projet spéciale qui va mener l'enquête. Ensuite, l'équipe de projet doit formuler l'évaluation préliminaire et la transmettre au bureau fiscal provincial, qui demandera à son comité de spécialistes d'approuver le dossier ou non. De plus, lorsqu'un dossier est considéré comme « substantiel » (surtout quand un dossier nécessite une coordination nationale), le bureau central de la STA fait appel à un comité d'experts nationaux qui prendra la décision finale sur ce dossier. En septembre 2016, la STA a publié les *Procédures internes pour l'ajustement fiscal spécial* (Shuizongfa [2016]137), qui prescrit les rôles et responsabilités des administrations fiscales à divers niveaux; elle a également précisé davantage le système de révision et d'approbation collectives. Ce système a permis aux administrations fiscales des différentes régions de travailler de manière à assurer l'uniformité de la sélection des méthodes de prix de

transfert et de la détermination des niveaux appropriés de bénéfiques. On a par conséquent établi une norme de travail unifiée pour tout le pays. Cette uniformité a rendu les évaluations fiscales plus efficaces en termes de dissuasion. Les responsables fiscaux sont mieux protégés des risques liés à l'application de la loi grâce aux systèmes de contrôle interne découlant des *Procédures internes pour l'ajustement fiscal spécial*.

2.5 Surveillance des bénéfiques des EMN en Chine

2.5.1 L'administration des prix de transfert doit renforcer ses actions défensives. La prévention peut s'avérer très efficace quand il s'agit de favoriser la conformité volontaire des contribuables au principe de pleine concurrence et leur respect des obligations fiscales. Ce n'est que lorsque les contribuables ne se conforment pas que l'on devrait entreprendre des contrôles fiscaux. Afin de mieux tirer parti des actions de prévention, la STA a lancé un système de surveillance afin de demeurer au fait des bénéfiques des EMN en Chine. Les sources de données principales sont les déclarations annuelles de revenus des sociétés, ainsi que les déclarations connexes relatives aux parties liées. L'information est compilée, comparée et analysée par année, par industrie et par région géographique. On a élaboré un système de surveillance pour combiner les analyses industrielles avec celles portant sur les contribuables individuels. Les bureaux fiscaux reçoivent une alerte quand un risque est identifié. On peut aussi consulter, dans le système, le dossier historique et l'évaluation de rendement que l'autorité fiscale possède vis-à-vis d'un contribuable donné. De plus, en exigeant des contribuables qu'ils préparent la documentation contemporaine de leurs prix de transfert et en surveillant les contribuables dans les années qui suivent un contrôle fiscal, les contribuables peuvent mieux comprendre l'approche de l'administration fiscale en matière de prix de transfert.

2.6 Intensification des efforts de vérification

2.6.1 On a intensifié les efforts de vérification pour les dossiers coordonnés à l'échelle nationale qui mettaient en cause plusieurs entreprises d'une même industrie ou plusieurs filiales d'un même groupe d'EMN, afin d'améliorer la qualité des dossiers fermés. Les enquêtes sont menées de façon uniforme et normalisée afin d'éviter que les vérifications manquent d'uniformité parce que les bureaux fiscaux procèdent de différentes manières dans des dossiers mettant en cause des entreprises dans la même industrie ou des filiales d'un même groupe. Les contrôles fiscaux peuvent donc être plus efficaces comme mesure de dissuasion de l'évitement fiscal. Au cours des dernières années, la Chine a lancé de nombreux contrôles fiscaux coordonnés à l'échelle nationale, qui visaient des industries comme la fabrication de chaussures et d'ordinateurs,

la construction d'autoroutes, les magasins de vente au détail, les hôtels et les biens de consommation à circulation rapide. En plus d'être assujettis aux contrôles fiscaux nationaux coordonnés, le secteur de l'automobile, l'industrie des produits de luxe et les sociétés pharmaceutiques ont également fait l'objet d'analyses du point de vue industriel. L'approche des « revenus » a été élaborée et mise en œuvre dans de nombreux dossiers afin de relever les défis connexes au transfert de capitaux propres et d'actifs incorporels entre parties liées. La STA a accordé une grande importance à de nombreux secteurs industriels clés et a porté une attention particulière aux transactions pouvant favoriser l'érosion de la base d'imposition, y compris les paiements sortants et le transfert de capitaux propres. Dans l'intervalle, l'utilisation et le transfert d'actifs incorporels, les services intragroupes et les transactions financières sont devenus le point focal des travaux de la STA, qui a contribué à l'analyse quantitative des avantages spécifiques de localisation.

2.6.2 Les travaux de lutte à l'évitement ont rapporté en recettes fiscales 679 millions de yuans en 2006 et 64,634 milliards de yuans en 2019, soit 94 fois plus, ce qui représente un taux annuel de progression de 41,97 pour cent. Les recettes issues des mesures administratives ont atteint 56,872 milliards de yuans, tandis que celles issues des mesures liées aux services ont atteint 2,719 milliards de yuans. Le reste des recettes s'explique par les ajustements liés aux contrôles fiscaux.

2.7 Programme d'APP et de Procédure amiable

2.7.1 La Chine a mis en place un mécanisme de procédure amiable afin d'éliminer les cas de double imposition qui résultent des vérifications de prix de transfert, et un programme bilatéral d'APP afin de fournir une certitude rapide aux contribuables transfrontaliers. Des APP unilatérales peuvent également être conclues entre la STA et les contribuables. À la fin de 2019, la Chine avait signé 76 APP bilatéraux et clos 113 procédures amiables avec 15 pays. Lors des négociations, lorsque le contexte s'y prêtait, les discussions ont porté sur des concepts reconnus de longue date par la STA comme l'analyse de la chaîne de valeur et les facteurs qui contribuent à la création de la valeur – ce que certains partenaires conventionnels ont reconnu. Afin de mieux informer le public sur le programme d'APP de la Chine, la STA a commencé à publier le *Rapport annuel de la Chine sur les APP* en 2010. À ce jour, elle a publié 10 rapports sur le site Web officiel de l'OCDE, et les rapports ont été bien reçus par la communauté internationale.

2.8 Expansion des sources de données pour l'analyse comparative

2.8.1 Les données internes extraites des déclarations de revenus des sociétés et de la base de données sur le remboursement de la TVA ont joué un rôle de

premier plan dans l'identification des contribuables à haut risque. Au même moment, des données externes reçues du Bureau national de la statistique, de l'Administration générale des douanes et de l'Administration nationale des opérations de change, ainsi que des données commerciales compilées dans la Base de données nationale des entreprises du secteur secondaire, *Bureau van Dijk et Standard & Poor's Net Advantage* ont également servi lors des analyses comparatives.

2.9 Renforcement de la communication et de la coopération internationales

2.9.1 La STA a activement participé à des réunions organisées par les Nations Unies et l'OCDE. Elle a également présenté la position de la Chine sur d'importants enjeux comme les actifs incorporels, la documentation des prix de transfert et les analyses de comparabilité, et elle a introduit des concepts comme l'exploitation des actifs incorporels, la quantification des facteurs spécifiques de localisation et la contribution à la valeur dans la prise de décision, qui ont plus tard été ajoutés dans la mise à jour des *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert*. En profitant des occasions d'échanger avec des responsables fiscaux d'autres pays et des représentants des EMN, la STA a pu favoriser une compréhension mutuelle. Au surplus, la STA a toujours été prête à partager avec d'autres pays en développement l'expérience de la Chine en matière de lois et de pratiques de fixation des prix de transfert. À ces occasions, des discussions productives se sont déroulées sur l'application des économies de localisation et sur les primes du marché dans la fixation des prix de transfert.

2.10 Établissement d'une équipe professionnelle dédiée aux prix de transfert

2.10.1 La mise sur pied d'une équipe spécialisée en prix de transfert a toujours été une priorité pour la STA. Des formations sur la lutte contre l'évitement ont été dispensées sous diverses formules : discussions sur les lois nationales, partage de dossiers entre pairs, tenue de colloques par des experts de l'OCDE et d'autres pays, séances de formation spéciales sur des sujets difficiles comme la fixation des prix de transfert des actifs incorporels, des services financiers et de l'industrie pharmaceutique. La combinaison de formation en salle de classe et de formation en cours d'emploi a produit d'excellents résultats, comme en témoigne l'amélioration notable des capacités des responsables fiscaux. D'autre part, l'administration des prix de transfert a également mobilisé des ressources. Des services fiscaux spécialisés dans les travaux sur la lutte contre l'évitement ont été mis sur pied à Beijing, dans la province de Jiangsu et à Shenzhen. L'objectif était de réunir les talents locaux et de leur permettre de se concentrer

sur les prix de transfert et sur d'autres efforts de lutte anti-évitement. De plus, en réponse à la charge de travail accrue en vérification des prix de transfert et aux négociations bilatérales dans un environnement post-BEPS, la STA a intensifié ses efforts de formation et de perfectionnement consacrés aux prix de transfert, afin de s'assurer qu'un nombre suffisant de ressources et d'effectifs soient alloués à ce travail.

2.11 Deuxième partie : le système chinois de prix de transfert

2.11.1 Tel que le prévoit la loi sur la perception et l'administration de l'impôt, la loi sur l'impôt sur le revenu des sociétés et la loi sur l'impôt sur le revenu des particuliers, le principe de pleine concurrence est au cœur du système chinois des prix de transfert. Comme c'est le cas dans de nombreux pays, la Chine a déployé beaucoup d'efforts pour faire respecter le principe de pleine concurrence, malgré les nombreuses difficultés rencontrées en cours de route. Cela étant dit, le système de prix de transfert en Chine s'est inspiré de certaines normes reconnues à l'échelle internationale, en plus du principe de pleine concurrence. La fixation des prix de transfert est essentiellement une question de répartition de droits d'imposition entre pays qui, dans le cadre de vérifications, peut éventuellement entraîner des ajustements susceptibles d'aboutir à une double imposition pour un groupe d'EMN. Autant le pays qui entreprend la vérification que le pays de résidence de la partie liée doit s'assurer du respect des obligations conventionnelles, afin de prévenir et d'éliminer la double imposition. Les questions de double imposition ne peuvent être résolues que si les deux pays entrent en négociation. Et, pour arriver à une entente, les deux parties doivent s'appuyer sur les mêmes principes, règles et méthodes. Il est donc nécessaire d'avoir un ensemble de règles internationales sur la fixation des prix de transfert qui soient respectées par tous les pays.

2.11.2 On ne peut cependant ignorer la disparité inhérente entre les pays. Les pays peuvent être assujettis à différentes conditions nationales ou posséder un régime fiscal unique. Des différences sur le plan du développement économique et social peuvent également poser des défis uniques en leur genre. Il faut tenir compte de tous ces facteurs dans la conception de règles internationales. Les pays développés et en développement peuvent conclure que les règles sont équitables et plus faciles à accepter si elles reflètent les besoins et les conditions des pays. Au moment de rédiger le présent chapitre, la Chine avait signé des conventions de double imposition avec 108 pays, et seuls le Royaume-Uni et la France en ont signées davantage. En outre, la Chine est le principal pôle d'attraction des investissements étrangers, et le volume de ses investissements hors Chine n'est dépassé que par les États-Unis. Le large réseau de conventions et le besoin sans cesse croissant d'investissement transfrontalier ont incité la Chine

à s'engager dans la négociation de conventions bilatérales avec de nombreux pays. La situation l'enjoint à se conformer aux normes internationales relatives à la fixation des prix de transfert ou à d'autres enjeux de fiscalité internationale. La croissance économique et le développement social rapides des 40 dernières années ont également fait de la Chine un pays unique en son genre. Ce caractère distinct est également évident dans les pratiques chinoises de fixation des prix de transfert. Voilà pourquoi la Chine doit trouver l'équilibre lui permettant de se conformer aux conventions internationales tout en demeurant capable de gérer ses enjeux uniques sur le plan de la fixation des prix de transfert.

2.12 Déclarations relatives aux parties liées

2.12.1 L'article 43 de la loi sur l'impôt sur le revenu des sociétés stipule que les contribuables doivent joindre un rapport sur les transactions entre parties liées à leur déclaration annuelle d'impôt sur le revenu des sociétés. Les contribuables résidants et non résidants tenus de produire une déclaration annuelle d'impôt sur le revenu des sociétés doivent produire une déclaration relative aux parties liées. L'Avis public 42 a ajouté certains formulaires, y compris pour les déclarations PpP, au formulaire original appelé « *Formulaire annuel sur les transactions entre parties liées* », ce qui porte à 19 le nombre de documents requis. En plus de remplir les six formulaires exigés pour les déclarations PpP (trois en chinois et trois en anglais), les sociétés doivent déclarer les transactions entre parties liées par type (c'est-à-dire actifs corporels et incorporels, actifs financiers, financement intragroupe, prestation de services, etc.). Aux termes de l'Avis public 42, les sociétés résidentes chinoises qui sont comprises dans l'une des deux catégories suivantes doivent produire la déclaration PpP : (1) société résidente qui est la société mère d'un groupe d'EMN dont les revenus consolidés totaux dépassent 5,5 milliards de yuans au cours de l'exercice fiscal précédent l'année fiscale sur laquelle porte la déclaration, tel qu'indiqué dans ses états financiers consolidés pour ledit exercice fiscal; (2) société résidente qui a été désignée par le groupe d'EMN pour produire la déclaration PpP. L'introduction de l'obligation de produire une déclaration PpP, comme indiqué dans l'Avis public 42, fut l'une des mesures prises par la Chine pour mettre en œuvre les quatre normes minimales du projet BEPS.

2.13 Relations entre parties liées

2.13.1 L'existence de relations entre parties liées, un élément prérequis pour la production de la déclaration relative aux parties liées, est le fondement des ajustements des prix de transfert par l'administration. L'article 109 du règlement de mise en œuvre de la loi sur l'impôt sur le revenu des sociétés stipule que la relation d'apparement fait référence au contrôle direct ou indirect des

capitaux, des activités commerciales, des achats et des ventes. La définition est précisée davantage dans l'Avis public 42, qui indique sept types de relations d'apparement. Par exemple, une participation de 25 pour cent en actions constitue le seuil prescrit pour l'existence d'une relation entre parties liées.

2.14 Obligations en matière de documentation contemporaine des prix de transfert

2.14.1 La loi exige que les sociétés chinoises préparent une documentation contemporaine des prix de transfert pour chaque exercice fiscal, et qu'elles la soumettent à la demande de l'administration fiscale. La documentation contemporaine des prix de transfert peut inclure le fichier principal, le fichier local et un fichier sur des questions particulières. Toute entreprise qui satisfait à l'un des critères suivants doit soumettre un fichier principal : (1) l'entreprise s'est engagée dans des transactions transfrontalières avec une partie liée au cours de l'exercice fiscal visé, et le groupe d'EMN auquel appartient la société mère à l'origine de la consolidation de l'entreprise a préparé un fichier principal; (2) la valeur annuelle totale de l'ensemble des transactions de l'entreprise avec des parties liées dépasse 1 milliard de yuans. Le fichier principal doit fournir un aperçu des activités commerciales mondiales du groupe d'EMN auquel appartient la société de portefeuille. Le fichier principal soumis à la STA diffère du modèle de législation proposé dans l'Action 13 du projet BEPS, car il doit aussi inclure (1) une description des réorganisations d'entreprises, des restructurations industrielles et des transferts de fonctions, de risques ou d'actifs au sein du groupe au cours de l'exercice fiscal; (2) les fonctions, les risques, les actifs et le personnel des principales installations de R&D; (3) le nom et l'emplacement de l'entité qui soumet la déclaration PpP au nom du groupe d'EMN; et (4) la liste des APP unilatéraux et bilatéraux existants du groupe d'EMN.

2.14.2 Toute société qui satisfait à l'un des critères suivants au cours de l'exercice fiscal doit préparer un fichier local : (1) la valeur des transferts d'actifs corporels entre parties liées au cours de l'exercice dépasse 200 millions de yuans (pour les transactions relatives au travail à façon, le montant est calculé en utilisant les prix indiqués sur la déclaration douanière d'import/export); (2) la valeur des transferts d'actifs financiers entre parties liées au cours de l'exercice dépasse 100 millions de yuans; (3) la valeur des transferts d'actifs incorporels entre parties liées au cours de l'exercice dépasse 100 millions de yuans; (4) la valeur des autres transactions entre parties liées au cours de l'exercice dépasse 40 millions de yuans. En plus de ce qui est demandé dans l'Action 13, les contribuables doivent fournir : (1) une analyse de la chaîne de valeur qui mesure la création de valeur issue des facteurs spécifiques de localisation et attribue la contribution de chaque facteur à cette création de valeur; (2) des informations sur les investissements à l'étranger; (3) des informations sur les

transferts de capitaux propres entre parties liées; et (4) des informations sur la prestation et l'obtention de services entre parties liées. De plus, l'Avis public 42 a établi les obligations déclaratives détaillées en ce qui concerne la description des activités commerciales, des parties liées et des transactions entre parties liées des entités locales. Les contribuables doivent également décrire les contributions des entités locales au bénéfice global du groupe ou au bénéfice résiduel, peu importe la méthode choisie pour la fixation des prix de transfert. En plus du fichier principal et du fichier local, les contribuables chinois doivent préparer un fichier sur des questions particulières dans le cadre de leur documentation contemporaine des prix de transfert si certains critères sont remplis. Ces fichiers comprennent des rapports sur les accords de répartition des coûts et sur la sous-capitalisation. Une entreprise qui fait partie d'un accord de partage des coûts devra préparer ce type de fichier. De même, l'entreprise dont le ratio d'endettement dépasse le seuil prescrit devra préparer ce fichier.

2.15 Vérifications des prix de transfert

2.15.1 Les contribuables chinois qui, dans leurs transactions avec des parties liées, pratiquent des prix de transfert non conformes au principe de pleine concurrence peuvent être assujettis à des vérifications de la part de l'administration fiscale. Les procédures relatives aux vérifications des prix de transfert sont énoncées de façon très explicite dans l'Avis public 6. Cet avis comprend l'essence des normes minimales prévues par l'Action 14 du projet BEPS (*Accroître l'efficacité des mécanismes de règlement des différends*) et constitue le point culminant des efforts chinois visant à réviser et à mettre à jour la Circulaire 2. L'Avis public 6 prend aussi en compte les résultats des actions 8 à 10 du rapport final du projet BEPS (*Aligner les prix de transfert calculés sur la création de valeur*).

2.15.2 En examinant les déclarations relatives aux parties liées et la documentation contemporaine des prix de transfert des contribuables, et en surveillant la rentabilité des EMN en Chine, la STA a pu identifier les contribuables présentant des risques sur le plan des prix de transfert, et les aviser de ces risques. Les contribuables sont autorisés à apporter eux-mêmes des ajustements quand ils reconnaissent l'existence des risques, soit par suite d'une alerte lancée par l'administration fiscale, soit par un système efficace de contrôle interne. Dans les cas où les résultats ajustés ne sont pas conformes au principe de pleine concurrence, l'administration fiscale peut entreprendre, auprès des contribuables, des vérifications des prix de transfert.

2.15.3 Les contribuables faisant partie des catégories suivantes sont davantage susceptibles d'être identifiés et ciblés pour des vérifications des prix de transfert, lors du processus de tri : (1) les entreprises réalisant de nombreuses

transactions avec des parties liées, ou de nombreux types de transactions avec des parties liées; (2) les entreprises subissant des pertes à long terme, des marges bénéficiaires très minces, ou des niveaux de bénéfices fluctuants; (3) les entreprises dont les bénéfices sont inférieurs aux moyennes de leur industrie; (4) les entreprises dont les niveaux de bénéfices ne sont pas alignés sur leur profil opérationnel et de risque, ou celles dont les déclarations ne concordent pas avec l'affectation des coûts; (5) les entreprises qui réalisent des transactions avec des parties liées situées dans des pays (ou régions) à faible imposition; (6) les entreprises qui omettent de déclarer leurs transactions avec des parties liées ou qui ne préparent pas de documentation contemporaine comme cela est exigé; (7) les entreprises dont le ratio d'endettement auprès de parties liées dépasse le seuil prescrit; (8) les entreprises appartenant à des sociétés résidentes chinoises ou sous leur contrôle ou, encore, sous le contrôle conjoint de sociétés résidentes chinoises et de résidents chinois, qui sont établies dans un pays (région) pratiquant un taux d'imposition effectif inférieur à 12,5 pour cent et ne distribuent pas de bénéfices ou les sous-distribuent sans raison commerciale; et (9) les entreprises qui mettent en œuvre d'autres stratagèmes ou arrangements fiscaux sans fondement commercial justifiable.

2.16 Méthodes de fixation de prix de transfert

2.16.1 Comme c'est le cas dans la majorité des pays, la STA et les contribuables peuvent choisir parmi les six méthodes suivantes de fixation des prix de transfert : la méthode du prix comparable sur le marché libre (*Comparable Uncontrolled Price Method* ou *CUP*), la méthode du prix de revente (*Resale Price Method* ou *RPM*), la méthode du coût majoré (*Cost Plus Method* ou *CPM*), la méthode transactionnelle de la marge nette (*Transactional Net Margin Method* ou *TNMM*), la méthode du partage des bénéfices (*Profit Split Method* ou *PSM*) et d'autres méthodes appropriées. Aucune des méthodes n'a priorité sur les autres, et il n'est pas nécessaire de démontrer que la méthode utilisée est la meilleure. D'autres méthodes appropriées peuvent être utilisées, y compris les méthodes d'évaluation basées sur les coûts, la valeur marchande ou les revenus; ou d'autres méthodes qui peuvent démontrer que les bénéfices sont imposés dans la juridiction où se déroulent les activités économiques et où la valeur est créée.

2.17 Programme d'APP

2.17.1 Conformément au règlement de mise en œuvre de la loi sur la perception et l'administration des impôts, et à la loi sur l'impôt sur le revenu des sociétés et à son règlement de mise en œuvre, les contribuables chinois peuvent conclure avec l'administration fiscale un APP qui prescrit les principes de fixation des prix et les méthodes de calcul à l'égard des transactions entre parties liées pour les années futures. La procédure d'un APP se déroule en six étapes :

rencontre préliminaire; avis d'intention; analyse et évaluation; demande officielle; négociation et signature; mise en œuvre et suivi (veille). Trois types d'APP sont possibles : unilatéral, bilatéral et multilatéral. Un APP régit généralement les transactions entre parties liées pendant 3 à 5 ans suivant sa signature. À la demande du contribuable, l'APP peut être mis en œuvre de façon rétroactive (jusqu'à concurrence de 10 ans). En général, un contribuable doit réaliser des transactions de plus de 40 millions de yuans par année avec des parties liées avant de présenter une demande d'APP, et ce, au cours des trois années précédant l'année de la présentation de la demande.

2.17.2 La STA peut établir un ordre de priorité pour l'acceptation d'une demande d'APP présentée par un contribuable, si la demande fait partie de l'une des catégories suivantes : (1) les transactions du contribuable avec des parties liées sont déclarées et la documentation contemporaine des prix de transfert est bien remplie, avec les déclarations appropriées; (2) le contribuable possède une cote de crédit de niveau A; (3) le contribuable a fait l'objet d'une enquête fiscale spéciale qui a pris fin; (4) la demande de renouvellement du contribuable est présentée à l'expiration de l'ancien APP, sans changement substantiel aux faits et circonstances dans l'APP reconduit; (5) les informations et les documents soumis par le contribuable sont complets et adéquats; l'analyse de la chaîne de valeur et d'approvisionnement est claire et exhaustive; les facteurs spécifiques de localisation, y compris les économies de localisation et les primes du marché, etc. ont été suffisamment pris en compte; et la méthode proposée pour la fixation des prix de transfert ainsi que la méthode de calcul connexe sont appropriées; (6) le contribuable peut coopérer activement avec les autorités fiscales lors de la procédure d'APP; (7) pour les contribuables qui présentent une demande d'APP bilatérale, l'autorité compétente du partenaire de convention pertinent a démontré une intention claire de faire progresser les négociations relatives à l'APP et attache une grande importance au dossier; (8) tout autre facteur important militant pour la négociation ou la signature de la demande d'APP du contribuable.

2.17.3 La STA accorde une grande importance à la mise en œuvre des APP. À l'expiration d'un APP, si la rentabilité d'exploitation moyenne pondérée de la société pendant la durée de l'APP est inférieure à la médiane de l'intervalle interquartile et n'est pas ajustée par rapport à la médiane, alors les autorités fiscales refusent la demande de renouvellement.

2.18 Procédure amiable

2.18.1 Conformément aux dispositions pertinentes des conventions fiscales, la STA offre à tout contribuable tout comme à l'autorité compétente de tout partenaire conventionnel qui en ferait la demande la tenue d'une procédure

amiable (PA). Afin de prévenir ou d'éliminer la double imposition qui peut résulter des ajustements de prix transfert, la STA consulterait les autorités compétentes du partenaire conventionnel afin de régler les différends. Les PA visent notamment l'imposition qui résulte des ajustements de prix de transfert qui peut donner lieu à des ajustements corrélatifs de la part du partenaire conventionnel. On peut aussi recourir aux PA pour négocier des APP bilatéraux ou multilatéraux.

2.18.2 Les contribuables qui souhaitent recourir à la procédure amiable doivent remplir le formulaire de demande, puis le transmettre, avec la documentation requise, au bureau central de la STA dans les délais prescrits par les différentes conventions fiscales. La STA peut entreprendre la procédure amiable une fois qu'elle a reçu les documents susmentionnés, à condition que ces documents soient conformes aux dispositions des conventions fiscales pertinentes. La STA peut demander au contribuable de fournir des informations additionnelles si elle estime que la documentation présentée est insuffisante. Dans les cas où l'autorité compétente de l'autre État contractant présente une demande, la STA entreprend la procédure amiable à la réception de la notification officielle, si la demande est conforme aux dispositions des conventions fiscales pertinentes. La STA doit notifier par écrit le bureau fiscal local pertinent de sa décision d'entreprendre la procédure amiable, le cas échéant, et informer l'autorité compétente de l'autre pays contractant de sa décision.

2.18.3 Lorsqu'un accord est conclu dans le cadre de la procédure amiable entre la STA et l'autorité compétente de l'autre État contractant, alors cet accord est transmis au bureau fiscal local pertinent. Le bureau fiscal local doit ensuite le communiquer au contribuable dans les 15 jours suivant la réception de la notification écrite du bureau central de la STA. Si des paiements fiscaux additionnels (ou remboursement) sont requis, le bureau fiscal local doit également communiquer aux contribuables une « Notification de paiement fiscal additionnel (remboursement) résultant d'une procédure amiable visant un ajustement fiscal spécial ou une « *Notification de paiement fiscal additionnel (remboursement) résultant d'un accord préalable en matière de prix de transfert* ». Les bureaux fiscaux locaux sont également chargés d'assurer la mise en œuvre des accords.

2.19 Partie trois : les défis auxquels font face la Chine et d'autres pays en développement

2.19.1 La Chine doit relever, tout comme bien d'autres pays en développement, de nombreux défis en matière d'administration des prix de transfert. La Chine est arrivée un peu tard à cet exercice, mais elle s'est appuyée sur les *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert* et sur l'expérience des pays

développés. Dans l'intervalle, la Chine a fait face à de nombreuses difficultés, y compris le manque de comparables adéquats, la quantification et la ventilation des avantages spécifiques de localisation, l'identification et l'évaluation des actifs incorporels, autant de facteurs pour lesquels il n'y avait pas de réponse dans les Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert. Aujourd'hui, les pays en développement se tournent vers le Manuel pratique des Nations Unies sur les prix de transfert à l'intention des pays en développement afin de trouver des solutions aux défis communs chez nombre d'eux.

2.20 Défis principaux

Principe de pleine concurrence

2.20.1 Le principe de pleine concurrence est au cœur des Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert. La plupart des pays, y compris la Chine, estiment qu'il est fondamental pour la fixation des prix de transfert. Le principe de pleine concurrence exige que les transactions entre sociétés associées d'un même groupe d'EMN soient comparées à des transactions réalisées sur le marché libre, dans des conditions comparables. Or, il est souvent difficile d'identifier, dans la vraie vie, des transactions comparables sur le marché libre. Dans les faits, les données des sociétés qui effectuent des fonctions similaires, assument des risques similaires, possèdent des actifs similaires et fonctionnent dans des conditions similaires à celles des sociétés testées sont davantage utilisées à titre de comparables. Cependant, la plupart du temps, la comparabilité des sociétés dites « comparables » est quand même susceptible d'être remise en question.

2.20.2 Le principe de pleine concurrence date du début des années 1920, quand il y avait très peu d'EMN, et donc peu de transactions entre parties liées. Il était beaucoup plus facile de trouver des comparables indépendants à cette époque. L'introduction du principe de pleine concurrence a fourni une direction pratique qui a aidé les fiscalistes à régler l'épineux problème de la fixation des prix de transfert. Cependant, près d'un siècle plus tard, l'application du principe de pleine concurrence est devenue plus complexe, au fil de la hausse du nombre d'EMN. Les statistiques montrent qu'aujourd'hui, les EMN participent à plus des deux tiers du commerce mondial et que les parties liées y contribuent à plus de 50 pour cent. Comme de plus en plus d'entreprises peuvent mener leurs affaires au sein d'un groupe, il est de plus en plus probable que les activités économiques en viennent à se dérouler au sein de cercles restreints de groupes multinationaux. Il est presque impossible d'isoler un maillon de la chaîne de valeur d'un groupe d'EMN et de le faire correspondre à des transactions avec des tiers ou des entreprises indépendantes. Prenons, par exemple, un groupe pharmaceutique. Supposons que la société mère a mis au point une nouvelle formule médicamenteuse, et qu'elle a passé un contrat avec

une filiale pour que celle-ci fabrique le médicament. Il s'agit alors de déterminer le montant des redevances que la filiale doit payer pour l'utilisation de la formule lors du processus de fabrication. Or, il est difficile d'appliquer dans ce cas le principe de pleine concurrence, car il n'y a pas de transactions comparables sur le marché – la société mère n'a pas mis la formule à la disposition des sociétés tierces pour fabriquer le médicament.

2.20.3 Les défis associés au principe de pleine concurrence ne sont pas uniques aux pays en développement. Les pays développés y sont également confrontés, puisque la tendance incitant les sociétés à conclure leurs transactions transfrontalières au sein de groupes multinationaux ne fait aucune distinction entre pays développés et en développement. Cependant, les pays en développement ont davantage de difficulté à relever ces défis, comme on l'expliquera plus tard dans le présent chapitre.

2.20.4 Le plus grand problème posé par l'application du principe de pleine concurrence tient au fait qu'il peut laisser les contribuables dans l'incertitude quant au caractère raisonnable des prix pratiqués dans leurs transactions avec des parties liées ou des bénéficiaires qui leur sont attribués. De fait, personne n'a vraiment une réponse définitive. La plupart des contrôles fiscaux et des cas de procédure amiable se soldent par des compromis entre les bureaux fiscaux et les contribuables ou les autorités compétentes de deux pays ou plus.

Insuffisance de comparables fiables

2.20.5 L'insuffisance d'informations publiques fiables en matière de comparables représente un des plus grands défis pour les pays en développement. Dans ces pays, on ne dénombre généralement qu'un petit nombre de sociétés ouvertes, tandis que les informations sur les sociétés privées locales sont insuffisantes ou inadéquates. Ces lacunes limitent la quantité d'information publique sur les sociétés locales qui pourraient servir aux analyses de prix de transfert. Prenons la Chine, par exemple. À la fin de 2019, on y dénombrait quelque 4 000 sociétés cotées, alors même que les sociétés privées ne sont pas tenues légalement de diffuser publiquement leurs informations financières. Il n'est pas réaliste de penser que l'on pourrait trouver, parmi les 4 000 sociétés cotées, des comparables fiables pour les sociétés testées. Il existe notamment peu de comparables pour les sociétés innovantes d'une industrie qui n'a pas atteint sa maturité. Dans les faits, les sociétés étrangères sont souvent utilisées en tant que solution de rechange. Par conséquent, les comparables sont souvent dominés par des sociétés situées dans les pays développés, simplement parce qu'on y trouve un nombre beaucoup plus grand de sociétés ouvertes et donc un plus grand volume d'informations financières accessibles au public.

2.20.6 Si la mondialisation et la libre circulation des capitaux fournissent l'assise à l'usage des comparables étrangers, le contrôle des changes dans de nombreux pays en développement contrevient, par contre, à cette situation préalable. Par conséquent, il peut être nécessaire d'apporter des ajustements significatifs lorsque des sociétés de pays développés sont utilisées à titre de comparables par des sociétés situées dans des pays en développement. Dans certains cas, lorsqu'il n'est pas possible de procéder à des ajustements de comparabilité fiables, il faudra peut-être utiliser une méthodologie différente, par exemple le partage des bénéfiques.

2.20.7 En Chine, la prise en compte des différences géographiques donne lieu à un des ajustements de comparabilité les plus fréquents dans le cadre des méthodes de fixation des prix de transfert fondées sur les bénéfiques, notamment la méthode TNMM, à des fins de détermination des prix de pleine concurrence. Par exemple, quand un groupe de sociétés de l'Asie-Pacifique sert de référence pour fixer les prix de transfert d'un contribuable chinois, il comprend souvent des sociétés provenant à la fois de pays développés (Japon et Corée) et en développement (Indonésie et Vietnam). En termes généraux, le groupe Asie-Pacifique est davantage susceptible d'inclure des sociétés provenant de pays développés, car un plus grand nombre de sociétés sont cotées dans ces pays, et par conséquent, il y existe un plus grand volume d'information financière publiquement disponible.

2.20.8 La Chine estime que dans certaines circonstances, les différences entre les marchés géographiques sont si significatifs qu'elles exigent des ajustements de comparabilité pour être neutralisées. En effectuant de tels ajustements de comparabilité, les contribuables des pays en développement peuvent surmonter les difficultés pratiques dans l'application du principe de pleine concurrence lors de leurs analyses des prix de transfert.

Avantages spécifiques de localisation

2.20.9 La mondialisation du commerce a donné lieu à des concepts comme « économie de localisation », « prime du marché » et plus généralement « avantage spécifique de localisation ». Ce sont des avantages de production qui émanent des actifs, des richesses en ressources, des politiques et des mesures incitatives gouvernementales et ainsi de suite, et qui existent à des endroits spécifiques. Par exemple, les fabricants d'appareils électroniques investissent en Chine afin de tirer parti d'un large bassin de main-d'œuvre peu coûteuse et bien formée et d'un large réseau de fournisseurs, ou, encore, les EMN du secteur automobile établissent des associations de participation (coentreprises) en Chine afin d'assembler les voitures localement, pour être près des consommateurs et profiter de coûts plus bas. Les *Principes de l'OCDE applicables en*

matière de prix de transfert offrent des orientations limités sur ces concepts. On a vu que certaines questions comme les économies de localisation et les primes du marché sont plus fréquentes en Chine et dans d'autres économies en développement, comparé aux économies établies et développées (qui forment la majorité des pays de l'OCDE). Les économies de localisation sont les économies nettes de coûts réalisées par une EMN qui établit ses opérations dans une juridiction à faible coût. Les économies nettes de coûts sont souvent réalisées grâce à des dépenses moindres sur des éléments comme les matières premières, la main-d'œuvre, le loyer, le transport et l'infrastructure, et ce, même si des dépenses additionnelles peuvent être occasionnées par la relocalisation, par exemple des coûts de formation accrus attribuables à l'embauche de travailleurs moins qualifiés.

2.20.10 La prime du marché correspond aux bénéfices additionnels dégagés par une EMN lorsqu'elle exerce ses activités dans une juridiction aux qualités uniques qui influent sur la vente d'un service ou d'un produit, et sur la demande pour ceux-ci.

2.20.11 Quand elle traite avec les contribuables chinois, la STA adopte une approche en quatre temps en ce qui a trait aux avantages spécifiques de localisation :

- i. Identifier si un tel avantage existe.
- ii. Déterminer si l'avantage génère des bénéfices additionnels.
- iii. Quantifier et mesurer les bénéfices additionnels découlant de l'avantage.
- iv. Déterminer la méthode de fixation des prix de transfert pour attribuer les bénéfices découlant de l'avantage.

2.20.12 Pour identifier ces avantages et leur impact sur les prix de transfert, il importe de miser sur des analyses industrielles et quantitatives de bonne qualité.

2.20.13 L'industrie de l'automobile est un bon exemple d'un secteur misant sur plusieurs avantages spécifiques de localisation qui ont permis aux contribuables chinois de dégager, à juste titre, de très importants bénéfices. Ces avantages incluent :

- i. La politique industrielle des « marchés pour la technologie », qui oblige les fabricants étrangers d'automobiles à établir des associations de participation (coentreprises) afin d'assembler leurs voitures en Chine, ce qui force ces fabricants à livrer concurrence pour des occasions limitées d'accès aux marchés en offrant des conditions favorables, y compris la fourniture de technologies à des prix inférieurs à ceux du marché;

- ii. La préférence des consommateurs chinois pour les marques étrangères et les produits importés – cette préférence générale, contrairement à la fidélité à une marque, offre aux EMN l’occasion d’exiger des prix plus élevés et de dégager des bénéfices additionnels sur les produits de l’automobile vendus en Chine;
- iii. Une demande gigantesque et peu élastique pour les automobiles en Chine, attribuable à une grande population et à la richesse croissante de celle-ci;
- iv. Une capacité limitée de l’offre des automobiles assemblées en Chine;
- v. Des économies émanant des droits de douane moins élevés sur les pièces d’automobile (10 pour cent, par exemple) comparativement aux véhicules importés (25 pour cent, par exemple) – lorsque les EMN fabriquent des produits en Chine (qui se substituent aux produits étrangers importés), elles peuvent générer des économies globales en raison des tarifs douaniers moins élevés, même si elles doivent engager plus de coûts de fabrication et vendre ces produits à un prix inférieur à celui d’une voiture fabriquée à l’étranger;
- vi. Une quantité importante de pièces de qualité élevée à bas prix fabriquées par des fournisseurs chinois.

2.20.14 Lorsqu’une association de participation (coentreprise) 50/50 est établie avec un partenaire ayant des intérêts conflictuels dans le secteur automobile chinois, le partenaire chinois apporte généralement des contributions sous la forme d’un réseau local de distribution, de connaissances intimes du marché local et d’accès à ce marché. Cependant, le partenaire chinois n’a typiquement pas le contrôle de l’association de participation – le contrôle est habituellement entre les mains du partenaire étranger. Ce partenaire étranger contrôle également la chaîne d’approvisionnement en pièces. Dans la mesure où des questions pourraient toujours se poser en matière de prix de transfert, la première porterait manifestement sur l’éventualité de prix exagérément élevés au titre des pièces et des services facturés à l’association de participation par les parties liées. En l’absence d’une telle surfacturation, les résultats financiers de l’association de participation ressembleraient généralement aux résultats de pleine concurrence, qui, à leur tour, traduisent les avantages spécifiques de localisation des associations de participation.

2.20.15 Autre exemple : un contribuable chinois exécute, au profit d’une société affiliée étrangère, un contrat de service en recherche et en développement (« R&D ») pour lequel il utilise la marge sur coûts complets d’un ensemble de sociétés étrangères comparables situées dans des pays développés, en tant

qu'indicateur de la rentabilité (lesquelles encourent des coûts plus élevés). L'exemple suivant indique les étapes à suivre pour calculer la marge sur coûts complets ajustée pour tenir compte des économies de localisation.

2.20.16 On suppose que la base de coûts du contribuable chinois est de 100, que la moyenne des bases de coûts des centres de R&D dans les pays développés est de 150 et que la médiane des marges sur coûts complets des comparables est de 8 pour cent. La comparaison entre la base de coûts du contribuable chinois et celles des sociétés étrangères est établie sur un élément commun, par exemple les coûts totaux (main-d'œuvre, matières premières, terrain et loyer, etc.) par unité de production.

Étapes de calcul

	Étapes	Calculs
i	Calculez l'intervalle des marges de pleine concurrence à partir des comparables étrangers, provenant surtout des pays développés	Tenez pour acquis que la médiane des marges sur coûts complets est de 8 %
ii	Calculez la différence entre la base de coûts du contribuable chinois (100, par exemple) et la base de coûts moyenne des sociétés étrangères (150, par exemple)	$150 - 100 = 50$
iii	Multipliez la marge sur coûts complets de pleine concurrence (8 %, par exemple) par la différence dans les bases de coûts (50)	$8 \% \times 50 = 4$
iv	Le bénéfice résultant est le bénéfice additionnel (c'est-à-dire 4) attribuable aux économies de localisation dans le marché chinois	4
v	Déterminez le bénéfice total de pleine concurrence pour le contribuable chinois	$4 + 8 \% \times 100 = 12$
vi	Déterminez la marge sur coûts complets de pleine concurrence ajustée pour le contribuable chinois	$12/100 = 12 \%$

2.20.17 La STA a constaté de nombreux autres cas d'expositions à la prime du marché au profit des contribuables chinois, notamment pour les produits de luxe, l'industrie pharmaceutique et les automobiles. Ces trois industries ont connu un important essor au cours de la dernière décennie, par suite d'une demande en forte croissance dans les marchés. De nombreuses EMN ont établi des filiales de vente qui ont participé à d'intenses activités de commercialisation et de vente afin de renforcer l'image de marque parmi les consommateurs chinois, et d'aiguiser leur appétit pour les produits des EMN. La croissance

exponentielle des recettes de vente a apporté des bénéfices additionnels aux EMN. Comme l'imposition devrait être en relation avec la création de la valeur, la STA estime que les bénéfices additionnels devraient être imposés en Chine s'ils sont dérivés des caractéristiques uniques du marché chinois. Par exemple, les filiales en Chine de certaines marques de luxe ont entrepris d'importantes activités de promotion pour sensibiliser les consommateurs chinois qui ignoraient tout de ces marques auparavant. Comme de plus en plus de consommateurs chinois connaissent maintenant ces marques et ces produits, les recettes de vente ont connu de fortes hausses pour les filiales en Chine. Parallèlement, certains consommateurs chinois, rebutés par les prix élevés exigés par les EMN dans les magasins chinois, choisissent d'acheter leurs produits de luxe à l'étranger plutôt qu'en Chine. Les sommes dépensées par les consommateurs chinois à l'étranger pour des produits de luxe augmentent rapidement et constituent une part appréciable des recettes des filiales à l'étranger. Cette portion des recettes de vente, ainsi que les bénéfices réalisés, devraient être imputés à l'apport en commercialisation des filiales en Chine.

2.21 Actifs incorporels

2.21.1 Les actifs incorporels constituent un enjeu de taille pour les pays développés comme pour les pays en développement. Les EMN des pays développés bénéficient souvent de technologies supérieures sous forme d'actifs incorporels, mais elles ont besoin des marchés en croissance rapide des pays en développement et des contributions des filiales situées dans ces pays, afin d'ouvrir des marchés et de tirer profit de ces actifs incorporels. Pour les pays en développement, les actifs incorporels de commercialisation sont souvent étroitement intégrés aux avantages spécifiques de localisation, de sorte qu'il faut analyser soigneusement la rémunération de la contribution des filiales situées dans ces pays.

2.21.2 Afin de bien implanter leurs affaires en Chine, les EMN fournissent souvent des actifs incorporels à leurs filiales en Chine lors des premières étapes des opérations locales. Ces actifs peuvent prendre différentes formes, par exemple une marque de commerce reconnue mondialement, du savoir-faire technique ou des processus d'affaires. Au fil du temps, ces filiales locales développent leurs propres compétences et acquièrent de l'expérience grâce à leurs opérations chinoises, et peuvent même contribuer à l'amélioration des actifs incorporels originaux de l'EMN. L'enjeu dans ce scénario est de déterminer si la filiale locale en Chine devrait avoir droit à des bénéfices additionnels et dans l'affirmative, quelle est la méthode appropriée pour calculer ce bénéfice additionnel ?

2.21.3 Par exemple, si l'on avait demandé à une filiale en Chine, au moment du démarrage des opérations chinoises il y a dix ans, de payer une redevance de 3 pour cent pour l'utilisation d'un processus de fabrication, alors il ne serait

peut-être pas raisonnable, pour cette filiale, de continuer à payer la même redevance sans que l'on réexamine si le bien incorporel a continué à fournir la même valeur tout au long de cette décennie. Ce cas est encore plus pertinent lorsque la filiale a amélioré le processus de fabrication fourni par la société mère, au moyen d'un procédé d'essai-erreur et par la réalisation d'activités de fabrication sur la période des dix années. La STA demanderait si la filiale devrait continuer à payer des redevances à la société mère pour le processus de fabrication, ou si la filiale en Chine devrait avoir droit à une rémunération pour les actifs incorporels qu'elle a mis au point et partagés avec les autres sociétés du groupe.

2.21.4 La STA est heureuse de voir que, dans la version révisée des *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert* portant sur les actifs incorporels, on précise que les parties qui participent à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation des actifs incorporels devraient être rémunérées pour leurs contributions. La valeur d'un bien incorporel mis au point par la société mère pourrait être augmentée, maintenue, protégée et exploitée par les filiales locales. Les pays en développement doivent accorder une attention particulière à la création de valeur tirée des actifs incorporels, une plus-value fournie par les activités économiques des filiales locales.

2.22 Enjeux pratiques et solutions

2.22.1 Dans une économie mondialisée, les EMN établissent habituellement des opérations dans des pays en développement afin de tirer parti des avantages comparatifs qu'offrent ces pays. Par exemple, elles y établissent des opérations de fabrication afin de profiter de l'abondante main-d'œuvre à coûts faibles ou des ressources naturelles, en vue de fournir des produits à des marchés internationaux. Pour tirer parti des talents locaux, elles peuvent accomplir des travaux de R&D à l'intention de commettants à l'étranger. Enfin, elles peuvent distribuer des produits importés destinés au marché local. Ces opérations prennent souvent la forme d'une activité de fabrication à contrat ou à façon, de R&D à contrat et de distribution à risque limité, ce qui laisse peu de bénéfices au pays local malgré le fait que de nombreux avantages comparatifs contribuent de façon notable aux bénéfices du groupe d'EMN. Les paragraphes qui suivent illustrent certaines expériences chinoises qui traitent de ces enjeux liés aux prix de transfert.

2.22.2 Il faut peut-être prendre une approche holistique en examinant les fonctions et les risques. Nombreuses sont les EMN qui ont établi de multiples sociétés en Chine, chaque société n'effectuant qu'une seule fonction (par exemple la fabrication, la distribution, la R&D ou la prestation de services), et ces EMN affirment que chacune de ces entités n'a droit qu'à un bénéfice limité. Dans d'autres formules, la fabrication, la distribution, la R&D et les services sont, en tout ou en partie, concentrés au sein d'une seule entité, mais les EMN

prétendent que chaque fonction n'a droit qu'à un bénéfice minimal. La STA estime que lorsqu'un groupe possède de multiples entités n'exerçant chacune qu'une seule fonction, il faut peut-être les considérer comme un tout quand vient le temps de déterminer le bénéfice que le groupe de sociétés devrait toucher en Chine. Parallèlement, il faudra peut-être examiner dans son entièreté une entité exerçant de multiples fonctions afin d'établir adéquatement ses bénéfices.

2.22.3 La Chine admet généralement que les entités à fonction unique puissent être considérées comme étant à risque limité¹⁵², mais la détermination d'un bénéfice adéquat pour de telles entités constitue un défi, comme il est expliqué ci-après. De plus, en vertu d'un article précis de la loi chinoise sur la fixation des prix de transfert, de telles entités ne devraient pas assumer les risques ou les pertes par suite des échecs des stratégies, d'une sous-utilisation de la capacité ou d'un ralentissement des ventes de produits, et ainsi de suite, lorsqu'elles ne participent pas à la prise des décisions commerciales stratégiques, à la R&D des produits ou aux fonctions de ventes. En termes simples, si leur potentiel commercial est limité, alors les impacts négatifs sur elles devraient également être limités. Le domaine de la R&D à contrat en est un pour lequel la contribution des pays en développement est souvent sous-estimée. La méthode de prix de transfert communément utilisée pour rémunérer les activités de R&D effectuées par les filiales chinoises des EMN est la méthode du coût majoré. Parfois, l'entité principale qui prétend assumer la responsabilité de la R&D n'a ni l'expertise technique ni la capacité financière de l'assumer. Dans d'autres cas, il arrive que l'entité chinoise ait obtenu un statut de *haute technologie et technologies nouvelles* aux termes de la loi chinoise, et par conséquent ait droit à des mesures fiscales incitatives puisqu'elle possède des technologies de base de grande valeur. Cependant, cette entité affirme également n'être qu'un fournisseur de service de R&D à contrat, qui ne possède aucun bien incorporel de grande valeur. Voilà seulement quelques exemples illustrant que la méthode du coût majoré n'est pas toujours appropriée. On s'attend à ce que les sociétés se réclamant du statut de haute technologie effectuent des activités qui créent des propriétés intellectuelles pour lesquelles elles peuvent revendiquer une propriété économique ou juridique. Il ne suffit pas, en isolation, que l'entité de R&D à contrat transfère la majorité des risques (des recherches ne portant pas fruit, par exemple) à sa partie entrepreneuriale liée. Il faut effectuer une analyse approfondie de la valeur fournie par l'entité de R&D à contrat aux opérations globales du groupe, afin de déterminer le bénéfice de pleine concurrence approprié pour les travaux de l'entité de R&D.

2.22.4 La fabrication en sous-traitance est l'une des formes les plus courantes

¹⁵² Par exemple, le travail à façon ou la fabrication en sous-traitance, la distribution avec risque limité, ou la prestation de services à risque limité.

de fabrication mises en œuvre par les EMN en Chine, notamment de produits fabriqués destinés à l'exportation. En évaluant le rendement d'un fabricant sous-traitant, la méthode TNMM est souvent utilisée pour fixer les prix de transfert, la marge sur coûts complets étant l'indicateur de la rentabilité le plus fréquemment utilisé.

2.22.5 Le principe de pleine concurrence suppose que l'on compare des transactions contrôlées et des transactions sur le marché libre, afin de déterminer comment des parties indépendantes auraient agi dans des situations généralement similaires. L'application de ce principe se complique quand une société compte sur ses parties liées tant pour les achats d'intrants que pour les ventes d'extrants. Lorsque ce type de société doit être évalué au moyen du coût majoré, un bas prix d'achat intragroupe conduit à une base de coûts sous-évaluée qui amène à sous-rémunérer le fabricant sous-traitant. Cependant, il est souvent difficile d'évaluer si le prix d'achat est raisonnable ou non. On assiste donc à l'émergence d'un autre enjeu quand il s'agit de déterminer le caractère raisonnable des arrangements intragroupe dans ces situations.

2.22.6 L'approche chinoise pour évaluer de telles sociétés est de partir de la prémisse générale selon laquelle le prix payé aux parties liées pour les matériaux est de pleine concurrence, puis d'évaluer de caractère raisonnable de la marge dégagée par le fabricant sous-traitant sur sa base de coûts. La raison motivant l'acceptation du prix d'acquisition de la partie liée tient au contrôle que peuvent exercer les Douanes quant à l'évaluation du caractère raisonnable du prix d'importation des matériaux, ce qui protège contre des prix d'achat déraisonnablement bas à l'intérieur du groupe. L'étape suivante est de procéder à l'analyse des prix de transfert, en mettant en application une méthode du coût majoré basée sur une marge sur coûts complets (*Full Cost Mark Up* ou *FCMU*) en tant qu'indicateur de la rentabilité. Le défi qui s'ensuit est la recherche de sociétés comparables pertinentes, comme cela a déjà été discuté dans le présent rapport.

2.22.7 La fabrication à façon est une approche courante utilisée par les EMN dans les pays en développement, mais le rendement approprié de cette approche est alors difficile à déterminer puisqu'on ne compte que quelques sociétés indépendantes cotées en bourse qui exercent de telles activités. Certains contribuables utilisent simplement la marge sur coûts complets dégagée par les fabricants sous-traitants à titre de marge pour les fabricants à façon, mais cette approche sous-estime largement le rendement réalisé par ce type de fabricant. D'autres font appel au rendement de l'actif comme indicateur de la rentabilité en se référant à des fabricants sous-traitants à titre de comparables, mais cette approche peut elle aussi sous-estimer le rendement des fabricants à façon, notamment en présence d'un coefficient élevé de main-d'œuvre, comme c'est souvent le cas dans les pays en développement.

2.22.8 Dans les faits, la STA cherche en premier lieu à estimer les coûts complets de la fabrication à façon comme s'il s'agissait d'une opération de fabrication en sous-traitance, souvent en rajoutant le coût des matières premières, que l'on peut obtenir auprès des Douanes. La STA estime ensuite le rendement approprié (par exemple, la marge sur coûts complets) pour la fabrication en sous-traitance en se fondant sur des activités manufacturières à contrat comparables; la STA applique ensuite cette marge sur l'estimation des coûts complets pour en arriver au bénéfice total tiré de la fabrication en sous-traitance. Elle apporte enfin des ajustements à ce montant pour des facteurs comme les coûts d'entreposage, pour obtenir le bénéfice total tiré de la fabrication à façon. Cette approche fonctionne bien lorsqu'on dispose d'informations douanières fiables pour les matières premières. Lorsque celles-ci ne sont pas disponibles ou sont peu fiables, alors, il y aura des questions non résolues quand il s'agira de déterminer un indicateur approprié de la rentabilité, et d'identifier la façon d'y parvenir.

2.22.9 Les ventes, la commercialisation et la distribution sont d'autres fonctions commerciales pour lesquelles les EMN sous-estiment souvent la contribution des pays en développement. L'expérience chinoise montre que de nombreuses EMN traitent leurs filiales de distribution en Chine comme des distributeurs à risque limité et utilisent comme comparables de simples distributeurs accomplissant des fonctions limitées dans des marchés établis comme ceux du Japon. Le recours à une telle approche comporte quelques lacunes évidentes. Premièrement, les profils fonctionnels ne sont souvent pas les mêmes, puisque la filiale en Chine peut réaliser un nombre beaucoup plus grand de fonctions que les soi-disant comparables, et cela est évident quand cette filiale doit absorber des dépenses de fonctionnement beaucoup plus élevées par rapport à ses ventes. Deuxièmement, l'approche ne tient pas compte des différences de marchés, la Chine ayant une économie en expansion rapide dotée d'une forte demande, ce qui exige des efforts de vente moins intenses; par conséquent, on peut y atteindre une plus grande efficacité et une rentabilité supérieure. D'autres avantages spécifiques de localisation, comme une prime de risque en fonction du pays et les actifs incorporels de commercialisation créés par la filiale chinoise, sont souvent ignorés.

2.22.10 Dans la réalité quotidienne, la STA a tenté de combler de telles lacunes en adoptant une méthode de prix de transfert plus appropriée – comme la méthode du partage des bénéfices dans les cas où des actifs incorporels de commercialisation locaux ou des avantages liés à la localisation sont identifiés – ou en apportant des ajustements de comparabilité lorsque la méthode TNMM est utilisée. Par exemple, si le ratio médian « frais d'exploitation/recettes de vente » des sociétés comparables n'est que de 7 pour cent, et que le même ratio du contribuable est de 40 pour cent, alors dans la mesure où il a y

des économies de localisation, la STA va d'abord ajuster la base de coûts. Elle va ensuite calculer le rendement additionnel requis pour les efforts additionnels du contribuable chinois, afin de calculer le rendement total de ce contribuable.

2.23 Solutions de remplacement pour la méthode transactionnelle de la marge nette (TNMM)

2.23.1 La méthode TNMM peut quand même servir lorsqu'il n'y pas suffisamment de comparables locaux adéquats, par exemple en utilisant des comparables étrangers adéquatement ajustés (comme dans l'exemple de la R&D à contrat), mais parfois une méthode différente comme celle du partage des bénéfices peut s'avérer plus appropriée. Un exemple peut être illustré en prenant le cas du secteur des services de fabrication électronique (SFE), pour lequel la totalité ou la quasi-totalité des activités de fabrication et d'assemblage ont été sous-traitées par le groupe d'EMN dans ce secteur à ses filiales en Chine.

2.23.2 La structure typique de ces opérations de fabrication et d'assemblage est la suivante : la majorité de la main-d'œuvre et des biens corporels du de l'EMN de SFE sont situés en Chine, y compris de nombreux experts opérationnels de haut niveau. Les sièges sociaux de ces sociétés de SFE sont situés à l'extérieur de la Chine, et les revenus du groupe SFE sont appuyés par d'importants contrats de fabrication avec des sociétés tierces du secteur international de produits électroniques de consommation. Souvent, dans de tels cas, les politiques de prix de transfert du groupe multinational accordent peu de considération à la rémunération appropriée du fabricant chinois. Le fabricant chinois est dépouillé le plus possible de ses bénéfices au motif que celui-ci est un fabricant sous-traitant ou un fabricant à façon ayant un profil de risque très peu élevé.

2.23.3 Dans ce scénario, la Chine est d'avis qu'une approche fondée sur les risques ne tient pas suffisamment compte du fait qu'il y ait des actifs importants en Chine (par exemple la main-d'œuvre et les usines). Dans de nombreux cas, la majorité de l'effectif du groupe de SFE est basé en Chine, et seuls quelques cadres de direction vivent à l'extérieur de la Chine. Au lieu d'utiliser une approche basée sur les transactions ou les bénéfices, il serait peut-être plus approprié d'utiliser une approche fondée sur les contributions. Ceci signifie que la rémunération de chaque partie de la chaîne de valeur serait fonction de son rôle et de sa contribution à la valeur générée au sein du groupe. Dans le présent cas, les actifs et la main-d'œuvre devraient largement déterminer la destination finale des bénéfices, et une approche fondée sur la répartition globale des bénéfices selon une formule préétablie pourrait être une option réaliste et appropriée.

2.23.4 La STA peut également choisir de déterminer le rendement approprié des sièges sociaux, et d'attribuer les bénéfices résiduels au fabricant chinois.

Une autre option possible serait d'évaluer le fabricant chinois sur la base du rendement de l'actif ou du capital investi, en utilisant les résultats du groupe comme comparable pour le fabricant chinois.

2.24 Autres expériences et recommandations

2.24.1 Un des défis clés que doivent relever les pays en développement est leur manque d'expérience et de connaissances quant au fonctionnement des EMN et de diverses industries. La fixation des prix de transfert est généralement reconnue comme étant l'une des questions de fiscalité internationale les plus complexes, et les EMN, ainsi que les administrations fiscales des pays industrialisés, ont développé d'importantes ressources (y compris des ressources humaines) qu'ils affectent à cette question. L'expérience chinoise montre qu'une équipe dédiée composée d'experts en comptabilité, d'économistes et de spécialistes sectoriels serait essentielle, pour que les administrations fiscales des pays en développement puissent administrer efficacement leurs règles en matière de fixation des prix de transfert.

2.24.2 Des questions comme celles qui ont trait aux avantages spécifiques de localisation compliquent encore davantage les enjeux. Pour traiter efficacement ces questions, il faut miser sur d'excellentes analyses économiques et quantitatives. En comparaison avec les énormes ressources dont disposent les EMN pour embaucher les meilleurs experts et les importantes équipes d'économistes et d'analystes quantitatifs mises sur pied par les administrations fiscales des pays développés, les pays en développement comme la Chine sont dans une position nettement défavorable, et cela doit être corrigé sans tarder. Comme il est expliqué plus tôt dans le présent rapport, la STA s'est engagée à former une équipe dédiée en ajoutant davantage de personnel et de ressources. De plus, afin d'assurer l'uniformité dans l'administration des prix de transfert, les dossiers importants sont approuvés au niveau provincial ou national par un comité d'experts, selon leur importance.

2.24.3 Un moyen d'atténuer les désavantages qui guettent les pays en développement en ce qui a trait aux prix de transfert est de simplement prolonger le délai de prescription. Par exemple, le délai de prescription visant les déclarations de revenus des sociétés est normalement de cinq ans en Chine, alors que le délai de prescription visant les prix de transfert a été prolongé à dix ans, ce qui accorde à l'administration fiscale plus de temps pour vérifier ces questions. On pourrait aussi établir un ensemble clair de règles de conformité et de pénalités, imposer la charge de la preuve aux contribuables, et encourager ces derniers à se conformer et à apporter eux-mêmes des ajustements au besoin. Les recherches montrent que les obligations relatives à la documentation contemporaine des prix de transfert, jumelées à des règles sur les pénalités, se sont

avérées des moyens très efficaces d'incitation à la conformité. Les contrôles fiscaux à l'échelle d'une industrie ou d'un groupe se sont également avérés efficaces et efficaces et ont permis à l'administration fiscale de faire la meilleure utilisation possible de ses ressources limitées.

2.24.4 La Chine, une économie de marché émergente, a mis en place une stratégie à trois volets pour lutter contre l'évitement fiscal, grâce à une approche cohérente et uniforme pour l'administration, les services et les contrôles fiscaux. Comme on l'a mentionné dans la deuxième partie du présent chapitre, la Chine ne dispose pas toujours de la même expertise technique et des mêmes ressources que les pays développés. Néanmoins, elle est en train d'accumuler rapidement une solide expérience en matière de fixation des prix de transfert. L'objectif sous-jacent est de mener des vérifications qui vont démontrer que la Chine est déterminée à faire respecter son régime fiscal et rappeler aux EMN qu'elles doivent tenir compte de la contribution des sociétés chinoises aux bénéfices globaux lorsqu'il s'agit de formuler des politiques de prix de transfert.

2.25 Conclusion

2.25.1 Le Projet BEPS a transformé l'environnement fiscal international comme jamais auparavant, et les travaux en cours visant à relever les défis fiscaux que posent l'économie numérique vont modifier d'avantage le statu quo. En ces jours où la mondialisation en est arrivée à la croisée des chemins, où des frictions commerciales entre pays se manifestent, et où tous doivent surmonter les difficultés engendrées par la pandémie de COVID-19, il est probable que les EMN vont subir des pressions pour réexaminer le fonctionnement de leurs activités mondiales et la distribution de leurs chaînes de valeurs. Cet examen va, à son tour, présenter de nouveaux enjeux, notamment, pour la fixation des prix de transfert, et les administrations fiscales des pays en développement devront s'y attarder.

2.25.2 L'Administration fiscale nationale de la Chine est heureuse d'avoir eu l'occasion de partager avec les autres pays en développement ses expériences et ses apprentissages sur l'administration des prix de transfert, et elle est heureuse de continuer à recevoir des rétroactions qui apportent des perspectives utiles.

3 Inde–Pratiques nationales

Pratiques et défis en matière de prix de transfert en Inde

3.1 Introduction

3.1.1 Des dispositions relatives aux prix de transfert ont été introduites dans la loi indienne de l'impôt sur le revenu en 2001. Ces dispositions étaient largement alignées sur les *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert*. Au fil des années, les vérifications des prix de transfert en Inde ont soulevé un certain nombre de questions et de défis. L'administration des lois sur les prix de transfert a également donné lieu à plusieurs différends et à des litiges prolongés. En vue de réduire les différends en matière de prix de transfert, de nombreuses initiatives ont été mises en place par l'administration fiscale. Voici certaines de ces initiatives : l'introduction d'un système d'accords préalables en matière de prix de transfert (APP), l'inclusion de régimes de protection, l'utilisation de la procédure amiable dans les conventions fiscales bilatérales pour résoudre les différends en matière de prix de transfert, le passage d'une sélection aux fins de vérification basée sur l'ampleur des transactions à une sélection basée sur le risque soulevé par les cas de prix de transfert, et la publication de diverses circulaires et instructions afin de clarifier les questions de prix de transfert, etc.

3.1.2 Ces initiatives ont eu une incidence sur le nombre de cas en cours de vérification ainsi que sur le nombre de différends découlant de ces vérifications, qui ont tous deux affiché une tendance à la baisse. L'administration fiscale indienne dispose d'un système solide pour identifier les cas de prix de transfert à risque élevé, tout en offrant un degré raisonnable de certitude aux contribuables à faible risque. La nouvelle approche devrait permettre d'améliorer la qualité des vérifications des prix de transfert sans créer un environnement d'incertitude fiscale et de litiges prolongés.

3.1.3 Les divers aspects du régime des prix de transfert en Inde et les questions en suspens qui continuent à poser des problèmes en ce qui a trait à leur administration sont abordés dans les paragraphes suivants de ce chapitre.

3.2 Réglementation des prix de transfert en Inde

3.2.1 La réglementation indienne sur les prix de transfert repose sur le principe de pleine concurrence. Cette réglementation est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2001. La réglementation prévoit que tout revenu tiré d'une transaction internationale entre entreprises associées doit être calculé en conformité avec le prix de pleine concurrence. Le concept « d'entreprise associée » a été défini en détail dans la réglementation.

3.2.2 Le prix de pleine concurrence doit être déterminé par l'une des méthodes de prix de transfert prescrites. Ces méthodes sont les suivantes : la méthode du prix comparable sur le marché libre (*Comparable Uncontrolled Price Method* ou *CUP*), la méthode du prix de revente (*Resale Price Method* ou *RPM*), la méthode du coût majoré (*Cost Plus Method* ou *CPM*), la méthode transactionnelle de la marge nette (*Transactional Net Margin Method* ou *TNMM*), la méthode du partage des bénéfices (*Profit Split Method* ou *PSM*) et une méthode résiduelle appelée « toute autre méthode ». La réglementation ne prévoit pas de hiérarchie des méthodes et appuie le concept de la « méthode la plus appropriée » qui fournit la mesure la plus fiable pour obtenir un résultat de pleine concurrence en fonction d'un ensemble particulier de faits et de circonstances.

3.2.3 La réglementation prévoit des obligations déclaratives annuelles ainsi que la tenue d'une documentation contemporaine par les contribuables si les transactions internationales entre entreprises associées franchissent un certain seuil, et des pénalités en cas de non-conformité. La charge de la preuve du caractère de pleine concurrence du prix d'une transaction incombe principalement au contribuable. Dans la plupart des cas, l'entité indienne est la partie testée et des comparables indiens sont utilisés. Lorsque l'entreprise associée étrangère est l'entité la moins complexe, elle est choisie à titre de partie testée.

3.2.4 L'uniformité de l'application de la loi sur les prix de transfert est assurée par des commissions ou « *Commissionerates* » spécialisées (c.-à-d. des districts géographiques) sous la supervision d'un commissaire en chef principal de l'impôt sur le revenu (imposition internationale) à Delhi et de deux commissaires en chef de l'impôt sur le revenu (imposition internationale) en poste à Mumbai et Bengaluru. Les agents chargés des prix de transfert sont investis de pouvoirs d'inspection, de divulgation, d'ordonnance de comparution, d'interrogatoire sous serment, d'enquête ou de vérification sur place et d'ordonnance de production des registres comptables et d'autres documents utiles au cours d'une vérification des prix de transfert. Le mécanisme de règlement des différends est également à la disposition des contribuables pour résoudre les différends relatifs aux prix de transfert.

3.2.5 En 2020, le législateur a autorisé le gouvernement indien¹⁵³ à mettre en place un système qui prévoit la formation d'équipes de vérification des prix de transfert et élimine (dans la mesure du possible) les contacts entre les agents chargés des prix de transfert et les contribuables¹⁵⁴.

3.2.6 Le gouvernement indien dispose d'un site Web dédié qui contient des informations complètes sur les dernières dispositions de la législation fiscale et les règles, circulaires et instructions connexes, y compris celles relatives aux prix de transfert. Le site Web possède une interface conviviale¹⁵⁵.

3.3 Enjeux relatifs aux prix de transfert en Inde

Analyse de comparabilité

3.3.1 L'analyse de comparabilité est essentielle pour déterminer le prix de pleine concurrence d'une transaction internationale. Cependant, l'accroissement de la volatilité des marchés et de la complexité des transactions internationales a fait apparaître de sérieux défis en ce qui concerne l'analyse de comparabilité et la détermination des prix de pleine concurrence. Certains de ces défis sont analysés ci-dessous ainsi que les réponses de l'administration indienne pour y faire face.

3.3.2 Utilisation de données pluriannuelles : Afin d'éviter les différends résultant de la règle antérieure qui consistait à utiliser uniquement les données de l'année en cours, c'est-à-dire l'année où la transaction internationale a été entreprise, l'utilisation de données pluriannuelles est désormais autorisée. Ainsi, pour les transactions effectuées à partir du 1er avril 2014 (c'est-à-dire à partir de l'année d'évaluation 2015-2016), les données pluriannuelles relatives aux transactions comparables sur le marché libre des entreprises comparables peuvent être utilisées pour évaluer les transactions internationales entre entreprises associées.

3.3.3 Les données pluriannuelles portent sur trois années au maximum (par exemple, les données de l'année en cours et des deux années précédentes). Dans certaines situations, lorsque les données sur trois années ne sont pas

¹⁵³ L'article 92CA de la loi indienne de l'impôt sur le revenu a été modifiée, avec effet le 1^{er} novembre 2020, afin de mettre en place un système de vérification des prix de transfert par équipe.

¹⁵⁴ Il est fait mention de systèmes anonymes d'évaluation (*Faceless Assessment scheme*), d'appel (*Faceless Appellate Scheme*) et de sanction (*Faceless Penalty Scheme*). Inde (2020). Accessible à l'adresse : <https://www.incometaxindia.gov.in/Pages/faceless-scheme.aspx>.

¹⁵⁵ <http://www.incometaxindia.gov.in>.

disponibles, elles peuvent couvrir deux années (par exemple, les données des deux années précédentes si les données de l'année en cours ne sont pas disponibles) ou même une seule année (par exemple, les données de l'année en cours uniquement ou, si celles-ci ne sont pas disponibles, les données de l'année précédente). Les données de l'une ou des deux années précédentes ne peuvent être utilisées que si l'entreprise servant de comparable réalise des transactions sur le marché libre identiques ou similaires durant l'année en cours.

3.4 Enjeux relatifs aux risques

3.4.1 Une comparaison des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés constitue la base de toute analyse de comparabilité. Selon la pratique indienne, les risques sont évalués de concert avec les fonctions et les actifs. L'Inde estime qu'il est injuste de déterminer les prix de pleine concurrence en accordant une importance excessive aux risques par rapport aux fonctions exercées et aux actifs utilisés.

3.4.2 L'identification des risques et de la partie qui assume ces risques est une étape importante de l'analyse de comparabilité. L'Inde estime que le comportement des parties est essentiel pour déterminer si la répartition réelle des risques est conforme à leur répartition contractuelle. La répartition des risques dépend de la capacité des parties à la transaction à exercer un contrôle sur ces risques. Les fonctions essentielles, les responsabilités principales, les prises de décision clé et les niveaux de responsabilité individuelle à l'égard de ces décisions clés sont des facteurs importants afin d'identifier la partie qui contrôle les risques. En outre, la capacité financière à supporter le risque est également importante pour déterminer si une partie assume ou contrôle effectivement le risque.

3.4.3 Les entreprises multinationales (EMN) affirment souvent aux agents chargés des prix de transfert en Inde que les parties liées qui participent à des contrats de recherche et de développement ou à d'autres services contractuels en Inde sont des entités sans risque. Par conséquent, ces parties liées n'auraient droit qu'à une rémunération courante au prix coûtant (faible) majoré. Les EMN affirment également qu'elles contrôlent les risques liés aux activités ou aux services de recherche et de développement (R&D) et que les entités indiennes, étant des entités sans risque, n'ont droit qu'à une rémunération au prix coûtant (faible) majoré.

3.4.4 L'idée voulant que les risques puissent être contrôlés à distance par la société mère et que la filiale indienne exerçant des fonctions essentielles, telles que des activités de R&D ou la prestation de services, soit une entité sans risque n'a pas été jugée acceptable. L'Inde estime que, dans de nombreux cas, c'est en Inde qu'est exercée la fonction essentielle qui consiste à mener des activités de

R&D ou à offrir des services, qui exigent à leur tour que des décisions stratégiques importantes soient prises par la direction et les employés des filiales indiennes. Ces décisions peuvent concerner la conception du produit ou du logiciel, la direction des activités de R&D ou la prestation de services, ainsi que le suivi (veille) des activités de R&D. Par conséquent, la filiale indienne exerce un contrôle sur les risques opérationnels et autres. Dans ces circonstances, la capacité de la société mère à exercer un contrôle sur les risques à distance, depuis un lieu où les fonctions essentielles de R&D et de services ne sont pas exercées, est très limitée.

3.5 Intervalle de pleine concurrence

3.5.1 La loi indienne relative aux prix de transfert a été modifiée pour introduire le concept d'« intervalle », afin d'être alignée sur les meilleures pratiques internationales en matière de fixation des prix de pleine concurrence. Cette loi est applicable aux transactions internationales entreprises depuis le 1er avril 2014 (c'est-à-dire à partir de l'année d'évaluation 2015-2016). Les principales caractéristiques du concept d'intervalle sont les suivantes :

- Les données sur les résultats/marges bénéficiaires tirées de six sociétés comparables ou plus doivent être classées selon un ordre ascendant, puis servir à construire un intervalle de pleine concurrence allant du trente-cinquième percentile jusqu'au soixante-cinquième percentile de l'ensemble (le « Tiers intermédiaire » de l'ensemble de données);
- Si le prix effectivement pratiqué dans la transaction internationale se situe à l'intérieur de l'intervalle mentionné ci-dessus, le prix de la transaction sera réputé être de pleine concurrence;
- Si le prix effectivement pratiqué dans la transaction internationale se situe en dehors de l'intervalle mentionné ci-dessus, le prix de pleine concurrence correspondra à la médiane de toutes les valeurs incluses dans l'ensemble de données (c'est-à-dire le 50^e percentile);
- Toutefois, si l'intervalle n'est pas utilisé en raison de la non-disponibilité d'au moins six sociétés comparables, le prix de pleine concurrence continuera d'être déterminé au moyen d'une moyenne arithmétique sur un intervalle de tolérance qui pertinet à la nature des activités commerciales.

3.6 Ajustement de comparabilité

3.6.1 Comme dans de nombreux autres pays, la réglementation indienne en matière de prix de transfert exige des « ajustements de comparabilité raisonnablement précis ». La charge de la preuve d'un tel ajustement incombe au

contribuable. L'expérience acquise par l'administration indienne démontre qu'il est possible d'apporter des ajustements qui prennent en compte l'utilisation des capacités et le fonds de roulement. Toutefois, celle-ci estime qu'il est difficile d'apporter des ajustements en fonction du risque en l'absence de toute méthode fiable, solide et internationalement reconnue.

3.7 Ajustement secondaire

3.7.1 Dans certaines situations précises, pour les transactions effectuées à partir du 1^{er} avril 2016, lorsqu'un ajustement du prix de transfert entraîne une augmentation du revenu ou une réduction de la perte pour le contribuable, les fonds excédentaires (en raison de la différence entre le prix de transfert et le prix de pleine concurrence) à la disposition de l'entreprise associée, s'il n'est pas rapatrié au contribuable en Inde dans le délai imparti, est considéré comme une avance faite par le contribuable à cette entreprise associée, sur laquelle des intérêts aux taux prescrits sont exigibles. Pour les transactions effectuées à partir du 1^{er} septembre 2019, le contribuable a également l'option de payer un impôt ponctuel additionnel au taux de dix-huit pour cent sur les fonds excédentaires non rapatriés.

3.8 Économies de localisation

3.8.1 Le concept d'« économies de localisation », c'est-à-dire les économies de coûts réalisées dans une juridiction à faibles coûts comme l'Inde, touche à l'un des aspects pris en compte dans l'analyse de comparabilité concomitante aux vérifications de prix de transfert. L'expression « économies de localisation » a un sens large; elle va au-delà de la question des relocalisations d'entreprises de lieux à « coûts élevés » vers des lieux à « faibles coûts » et concerne tout avantage de coût existant dans une juridiction. D'ailleurs, les EMN recherchent en permanence des solutions pour réduire leurs coûts afin d'augmenter leurs bénéfices. Et, à cet égard, l'Inde offre divers avantages opérationnels aux EMN : une main-d'œuvre qualifiée à faible coût, des matières premières moins onéreuses, des frais de transaction inférieurs, des espaces locatifs à prix raisonnable, des coûts de formation abordables, la disponibilité d'infrastructures à moindre coût, divers incitatifs fiscaux directs et indirects, et ainsi de suite.

3.8.2 Outre les avantages en matière de coûts mentionnés ci-dessus, l'Inde offre aux EMN les avantages spécifiques de localisation suivants :

- Une main-d'œuvre hautement qualifiée, spécialisée et compétente;
- Un accès et une proximité à des marchés locaux/régionaux importants et en croissance;
- Une importante base de clients disposant d'un pouvoir d'achat accru;

- Des réseaux d'information supérieurs;
- Des réseaux de distribution supérieurs;
- Diverses politiques offrant des mesures incitatives;
- Une prime du marché.

3.8.3 Les bénéfices supplémentaires tirés des avantages spécifiques de localisation sont appelés « *location rent* ». La question essentielle en matière de prix de transfert a trait à la quantification et la répartition de ces économies de localisation et bénéfices supplémentaires entre entreprises associées. Selon l'approche de fixation du prix de pleine concurrence, la répartition de ces économies et des bénéfices localisés entre entreprises associées doit se fonder sur ce que des parties indépendantes auraient convenu dans des circonstances comparables. Il est possible d'utiliser la méthode PSM pour déterminer une répartition de pleine concurrence lorsqu'aucune transaction comparable n'existe sur le marché libre. Dans ces circonstances, on estime que l'analyse fonctionnelle des parties à la transaction (fonctions exercées, actifs détenus et risques assumés) et le pouvoir de négociation des parties (qui, dans des conditions de pleine concurrence, serait déterminé par la compétitivité du marché, la disponibilité de substituts, la structure des coûts, etc.) devraient être considérés comme des facteurs appropriés.

3.8.4 Toutefois, dans les situations où des transactions comparables existent sur le marché libre, l'analyse de comparabilité et l'évaluation comparative fondée sur les résultats/marges bénéficiaires de ces sociétés locales comparables détermineront le prix de pleine concurrence pratiqué d'une transaction avec une partie liée dans une juridiction à faibles coûts. Si des comparables locaux de qualité existent, on peut supposer que les avantages des économies de localisation ont été pris en compte dans le prix de pleine concurrence ainsi déterminé. Toutefois, lorsqu'aucun comparable local de qualité propre à prendre en compte les avantages des économies de localisation n'est disponible ou, encore, dans une situation où l'entreprise associée étrangère est choisie comme partie testée, la question de la prise en compte des économies de localisation demeurera un problème à résoudre lors de la détermination du prix de pleine concurrence.

3.9 Questions relatives à la base de coûts dans le cadre de la méthode transactionnelle de la marge nette (TNMM)

3.9.1 De nombreuses EMN possèdent des centres de services captifs et des installations de fabrication en sous-traitance en Inde. Dans le cadre de leur politique en matière de prix de transfert, elles rémunèrent généralement l'entité indienne au moyen de la méthode TNMM basée sur un indicateur de la rentabilité sous forme d'une marge sur coûts complets, qu'elles considèrent comme

la méthode la plus appropriée. Selon cette méthode, les entreprises associées étrangères rémunèrent la société indienne au moyen d'une marge sur une base de coûts. La vérification des prix de transfert en Inde a révélé que certains coûts ne sont souvent pas inclus dans la base de coûts, de sorte que les contribuables calculent la marge sur une base de coûts moindres. Les autorités indiennes chargées des prix de transfert rajustent habituellement à la hausse la base de coûts pour tenir compte de ce fait. Certains de ces coûts sont les suivants :

(a) *Rémunération en actions*

Dans le cadre de la politique de son groupe, l'entreprise associée étrangère verse parfois une rémunération/prime de rendement aux employés de l'entité indienne par l'entremise d'un ou de plusieurs régimes d'options d'achat d'actions ou de régimes similaires. Conformément à la pratique en Inde, les dépenses liées à ces régimes devraient être intégrées dans la base de coûts dans le seul but de calculer les marges, puisque la rémunération supplémentaire est accordée par l'entreprise associée étrangère pour le rendement des employés de la société indienne. Cette pratique repose sur le principe selon lequel la rémunération à base d'actions fait partie de la structure de rémunération des employés et est donc incluse dans la base de coûts aux fins du calcul de la marge de la même manière que la composante en espèces de la rémunération.

(b) *Coûts des services de conseil tiers et d'infrastructure assumés par l'entreprise associée étrangère, mais rapports, données, services de conseil, ou installations, utilisés par le contribuable dans le cadre de son activité*

Dans certains cas, il a été établi que la société indienne utilisait du matériel de formation, des avis d'experts, des rapports de diligence raisonnable et des rapports consultatifs dans l'exercice de ses activités. Cependant, les paiements pour ce matériel, ces avis ou ces rapports étaient versés directement au consultant par l'entreprise associée étrangère. Cette dernière pouvait également payer pour la connectivité, les canaux de communication et d'autres infrastructures communes du groupe. Si le contribuable indien n'inclut pas ces coûts dans la base de coûts, dans le seul but de calculer le montant des marges, les autorités chargées des prix de transfert apporteront les modifications nécessaires à la base de coûts.

(c) *Logiciels et actifs obtenus à titre gratuit*

Dans de nombreux cas, une entité achète un logiciel pour l'ensemble de son groupe et partage la licence avec diverses entreprises associées. L'entreprise associée indienne peut être la bénéficiaire du logiciel,

mais il se peut qu'elle n'en paie pas les frais. Ces coûts doivent être inclus dans la base de coûts lors du calcul du montant de la marge.

Dans certains cas, certaines entreprises associées étrangères fournissent des actifs à titre gratuit à l'entreprise associée indienne, qui les utilise par la suite. Dans de telles situations, une dépréciation de la valeur de ces actifs gratuits doit être ajoutée à la base de coûts dans le seul but de calculer le montant des marges.

Ce qui précède s'applique même dans les situations où les logiciels/ actifs sont fournis à un prix réduit.

(d) *Coûts des fournisseurs tiers engagés par l'entreprise indienne associée*

Il arrive parfois qu'une société de services captive sous-traite une partie de son travail à un fournisseur tiers et fait valoir qu'elle n'apporte aucune valeur ajoutée au travail sous-traité à ce fournisseur et qu'elle doit être traitée en tant qu'« entité intermédiaire ». Par conséquent, elle n'applique pas de marge sur les coûts externalisés.

Selon la pratique en Inde, les coûts engagés par des tiers doivent normalement être inclus dans la base de coûts lorsqu'ils s'avèrent être liés aux fonctions exercées et aux risques assumés par l'entité indienne.

3.10 Actifs incorporels

Généralités

3.10.1 Les prix de transfert des actifs incorporels ont constitué un domaine de travail ardu pour les administrations fiscales du monde entier. Il en a été de même pour l'administration fiscale indienne. Le rythme de croissance de l'économie incorporelle a posé de nouveaux défis pour le principe de pleine concurrence.

3.10.2 Les transactions relatives aux actifs incorporels sont difficiles à évaluer pour les raisons suivantes :

- Les actifs incorporels sont rarement échangés sur le marché externe, et il est très difficile de trouver des comparables dans le domaine public;
- Les actifs incorporels sont souvent jumelés à des actifs corporels lors des transferts;
- Les actifs incorporels peuvent être difficiles à détecter.

3.10.3 Le traitement des actifs incorporels présente diverses complications. Certains des problèmes majeurs ont trait à la détermination du taux de redevance de pleine concurrence, à la répartition des coûts de développement du marché et de l'entrée d'une nouvelle marque dans un pays particulier, à la rémunération exigée pour la mise au point et l'utilisation d'actifs incorporels de commercialisation et de R&D, à leur utilisation, au prix de transfert de marques partenaires, etc. Quelques expériences indiennes en la matière sont présentées ci dessous.

3.10.4 En ce qui concerne le paiement de redevances, les EMN concluent souvent des accords autorisant leurs filiales ou leurs parties liées en Inde à utiliser leurs noms et marques, leur savoir-faire, les conceptions de leurs produits, leurs technologies, etc. Ces paiements peuvent être versés sous forme d'une somme forfaitaire, de paiements périodiques ou d'une combinaison des deux types de paiements. La propriété intellectuelle, qui est détenue par une entité et est utilisée par une autre, exige généralement le paiement d'une redevance en contrepartie de son utilisation. Toutefois, la détermination des taux de redevance de pleine concurrence demeure un problème majeur. Concrètement, le principal défi consiste à trouver des comparables dans le domaine public pouvant fournir suffisamment d'informations pour une analyse de comparabilité. Or, il est même difficile de trouver un prix de pleine concurrence comparable dans la plupart des cas. L'utilisation de la méthode PSM comme alternative n'est généralement pas une option réaliste en raison du manque d'informations requises.

3.10.5 Dans certains cas, la détermination des taux de redevance pour l'utilisation de noms ou de marques fait face à de sérieuses difficultés. Il est arrivé que l'utilisateur ait assumé des coûts importants pour promouvoir un nom ou une marque et fidéliser la clientèle dans un nouveau marché. À ces occasions, le taux de redevance facturé par l'EMN doit dépendre du coût supporté par la filiale ou la partie liée pour cette promotion et fidélisation. Or, dans de nombreux cas, aucune redevance n'est exigée de la filiale locale dans un environnement de libre marché, alors que cette dernière devrait se voir verser une contrepartie de pleine concurrence pour la propriété économique du nom ou de la marque qu'elle a développé (et qui appartient légalement à sa société mère) et pour sa valorisation dans un marché émergent comme celui de l'Inde.

3.10.6 Dans de nombreux cas, les filiales indiennes qui utilisent le savoir-faire technique de leur société mère engagent des dépenses importantes pour personnaliser ce savoir-faire et en accroître la valeur par leurs efforts de R&D. Les coûts des activités, tel que la R&D, qui ont contribué à valoriser le savoir-faire détenu par la société mère, sont généralement pris en compte par l'administration indienne lors de la détermination des redevances de pleine concurrence pour l'utilisation du savoir-faire technique.

3.10.7 D'importantes questions relatives aux prix de transfert ont également été soulevées dans les cas de marques partenaires, c'est-à-dire par l'alliance entre une nouvelle marque étrangère appartenant à la société mère d'une EMN (une marque inconnue sur un nouveau marché comme celui de l'Inde) et une marque indienne populaire. Comme la filiale indienne a développé la marque indienne de valeur sur le marché intérieur au fil du temps en engageant des dépenses très importantes en publicité, en commercialisation et en promotion des ventes, elle devrait avoir droit à une rémunération de pleine concurrence pour sa contribution à la valorisation de la marque étrangère peu connue, du fait de son alliance avec une marque indienne populaire, ce qui a augmenté sa notoriété.

3.11 Actifs incorporels générés par les activités de R&D

3.11.1 Plusieurs EMN ont établi des filiales en Inde pour exercer des activités de R&D sur une base contractuelle afin de profiter de l'importante réserve de main-d'œuvre qualifiée disponible à moindre coût. Ces filiales indiennes sont généralement rémunérées sur la base de marges sur coûts majorés courantes et faibles. Les sociétés mères des EMN ayant créé ces centres de R&D justifient ces faibles marges par le fait qu'elles contrôlent tous les risques et que leurs filiales ou parties liées sont des entités sans risque ou à risque limité. Elles affirment qu'elles contrôlent les risques et ont droit à une part importante des bénéfices tirés des activités de R&D en prétendant généralement qu'elles assurent :

- La conception et le suivi (veille) de tous les programmes de recherche de la filiale;
- La fourniture des fonds nécessaires aux activités de R&D;
- Le contrôle du budget annuel de la filiale pour les activités de R&D;
- Le contrôle et la prise de toutes les décisions concernant les activités essentielles de R&D de la filiale;
- La prise en charge du risque d'échec des activités de R&D.

3.11.2 Lors des vérifications de prix de transfert de certains centres de R&D à contrat, les faits suivants ont été établis :

- La plupart des sociétés mères de filiales indiennes n'ont pas été en mesure de produire la documentation pertinente pour justifier leur affirmation selon laquelle elles contrôlent le risque lié aux fonctions essentielles des activités et des actifs de R&D (y compris les actifs incorporels) qui sont situés dans le pays de leur filiale;
- Contrairement aux affirmations des sociétés mères, on a constaté que les décisions stratégiques et le suivi (veille) des activités de R&D au quotidien étaient assurés par le personnel de la filiale qui

participait aux activités de R&D proprement dites et assumait les risques opérationnels correspondants;

- La direction de la filiale indienne a également pris des décisions concernant la répartition du budget entre les différents volets des activités de R&D et contrôlé les résultats de ces activités au quotidien;
- S'il est vrai que les fonds destinés aux activités de R&D étaient fournis par les sociétés mères qui assumaient le risque financier de ces activités, les autres volets importants des activités de R&D ayant trait, notamment, à la main-d'œuvre techniquement qualifiée et à la mise au point du savoir-faire, etc. étaient du ressort des filiales indiennes. Par conséquent, le contrôle des risques liés aux activités de R&D incombait à la fois à la société mère de l'EMN et à la filiale indienne, bien que cette dernière contrôlât davantage de risques que la première.

3.11.3 On en a donc déduit que les filiales indiennes n'étaient pas des entités sans risque et qu'elles assumaient des risques économiquement appréciables. Par conséquent, les filiales indiennes avaient droit à une rémunération appropriée pour leurs fonctions, notamment la prise de décisions stratégiques, le suivi (veille) des activités de R&D, l'utilisation de leurs actifs corporels et incorporels et le contrôle des risques. À la lumière de ces faits, un modèle de rémunération sur la base de marges sur coûts majorés courantes ou faibles ne permettrait pas d'aboutir à un prix de pleine concurrence.

3.12 Actifs incorporels de commercialisation

3.12.1 L'administration indienne s'est fortement penchée sur la question des prix de transfert des actifs incorporels de commercialisation. Cette question est particulièrement pertinente pour l'Inde en raison des caractéristiques uniques de son marché, telles que les avantages spécifiques de localisation, l'accessibilité du marché, la vaste base de clients, la prime du marché, le pouvoir d'achat de ses clients locaux, etc. Le marché indien a connu d'importantes activités de commercialisation de la part des parties affiliées ou liées à des groupes d'EMN dans un passé récent, ce qui a entraîné la création d'actifs incorporels de commercialisation locaux.

3.12.2 Les fonctions qu'exercent les filiales en Inde d'un groupe d'EMN en matière de commercialisation ainsi qu'en matière d'études et de développement du marché, notamment la valeur qu'elles ajoutent aux actifs incorporels comme les marques et les noms de marque qui appartiennent aux sociétés mères, ainsi que les actifs incorporels de commercialisation qu'elles créent et développent, comme les listes de clients et les réseaux de concessionnaires,

font l'objet d'ajustements en matière de prix de transfert en Inde. Les autorités fiscales indiennes envisagent habituellement des ajustements au titre des dépenses engagées pour ces fonctions de commercialisation en partant du principe que les contribuables indiens engagent ces dépenses pour et au nom de leurs sociétés mères à l'extérieur de l'Inde et que :

- Ces dépenses ont promu les marques et les noms qui appartiennent légalement aux entreprises associées situées à l'étranger; et
- Ces dépenses ont servi à créer ou développer des actifs incorporels de commercialisation sous la forme de noms ou de marques, de listes de clients, de réseaux de concessionnaires ou de distribution, etc., même si la société indienne n'avait aucun droit de propriété sur ces actifs incorporels.

En se fondant sur cette prémisse, les autorités fiscales indiennes estiment que les fonctions exercées, qui ont trait essentiellement au développement d'actifs incorporels utiles, méritent une contrepartie.

3.12.3 Afin de calculer la valeur de la contrepartie et de l'ajustement requis, une comparaison avec les dépenses moyennes de publicité, de commercialisation et de promotion (*advertisement, marketing and promotion*) ou fonctions « AMP » engagées par des entreprises comparables dans une branche d'activité largement similaire est effectuée en vue de déterminer les dépenses courantes en AMP pour la vente de produits. Les dépenses qui excèdent ces montants sont considérées comme étant purement engagées pour développer la valeur de la marque ou d'autres actifs incorporels de commercialisation au profit de l'entreprise associée, sous la forme d'un service qui lui est fourni. Ces dépenses excédentaires sont prises en considération aux fins d'un ajustement et de l'application d'une marge au titre de frais de service calculée sur une base de coût. Cette approche repose sur l'idée que les fonctions relatives au développement, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation des actifs incorporels de commercialisation, appelées fonctions DEMPE (*development, enhancement, maintenance, protection, exploitation* ou « DEMPE ») dans le rapport final du BEPS sur les actions 8 à 10, procurent aux entreprises associées le double avantage suivant :

- 1) **Avantage direct** : obtenu grâce à une augmentation des revenus territoriaux en raison des ventes, des redevances, des frais de services techniques, etc. Dans de nombreux cas, ces fonctions peuvent contribuer à l'amélioration des revenus des entreprises associées dans d'autres parties du monde : par le biais, par exemple, du parrainage d'événements sportifs ou autres suivis dans de nombreux pays, du lancement dans d'autres parties du monde de marques développées en Inde, etc.

2) Avantage indirect :

- a. Développement du marché : les entreprises associées, qui sont propriétaires des actifs incorporels, obtiennent un avantage lié au développement du marché pour elles mêmes. Si ce type d'avantage se constitue sur une certaine période, il se manifeste de différentes manières. Par exemple, lorsqu'une entreprise associée étrangère conclut un accord avec un tiers pour la vente directe de biens en Inde, dans de nombreux cas, on observe des accords parallèles avec des chaînes de magasins, des vendeurs en ligne ou de grandes entreprises, etc. Dans de tels cas, la notoriété des actifs incorporels appartenant à l'entreprise associée, plutôt méconnus jusqu'alors sur le marché indien, est accrue par les efforts de commercialisation déployés par le contribuable indien, ce qui ajoute de la valeur aux actifs incorporels. Cette pratique de la filiale indienne crée également une plateforme pour l'entreprise associée lorsqu'elle lance de nouveaux produits en Inde. Bien que certains contribuables indiens soient partiellement rémunérés et que d'autres ne le soient pas, invariablement, aucun compte distinct n'est tenu par le contribuable pour montrer quelle partie des dépenses se rapporte aux fonctions de DEMPE liées aux actifs incorporels et aux avantages conséquents fournis à l'entreprise associée, et quelle partie est encourue pour la promotion courante du produit. Le cas échéant, les entreprises associées ont recours à divers modes de rémunération pour ces fonctions. Alors que certaines d'entre elles versent une subvention à la filiale indienne pour maintenir un niveau de profit convenu, d'autres accordent une somme forfaitaire qui ne correspond pas généralement aux fonctions remplies par le contribuable; et
- b. Amélioration de la valeur de sortie : l'activité de commercialisation du contribuable confère un autre type d'avantage à l'entreprise associée, qui est réalisé lorsque l'entreprise change de propriété, soit au moyen d'une restructuration au sein du groupe, soit au moyen de la cession d'une partie ou de la totalité de l'entreprise à un tiers. À ce stade, l'exercice de développement du marché, de développement de la marque ou d'autres ajouts de valeur aux actifs incorporels tels que les droits d'auteur, les brevets, les marques, les licences, les franchises, la liste des clients, le canal de commercialisation, le nom, le secret commercial, etc. sont d'une importance primordiale lors de la négociation du prix de cession et de l'évaluation des actifs.

3.12.4 Les ajustements effectués par les agents chargés des prix de transfert ont fait l'objet de contrôles judiciaires en Inde et, bien que la question n'ait pas encore été définitivement tranchée par la Cour suprême, les principes suivants ont émergé des décisions des Hautes Cours et des tribunaux :

- 1) L'existence d'une transaction internationale liée à un service ou à un avantage devra être établie avant que les dispositions relatives aux prix de transfert puissent être appliquées pour attribuer une valeur au service ou à l'avantage dans le but de déterminer la contrepartie;
- 2) La présence d'une dépense inhabituelle ou excessive en publicité, commercialisation et promotion (AMP) ne peut pas à elle seule prouver l'existence d'une telle transaction. Cependant, une fois qu'une transaction semblable est avérée, il est possible de l'évaluer séparément sans qu'il ne soit toujours nécessaire de la jumeler à d'autres transactions internationales.

3.12.5 L'approche actuelle de l'administration fiscale indienne pour apporter des ajustements de prix de transfert conformément aux principes judiciaires mentionnés ci-dessus est la suivante :

- Réaliser une analyse détaillée des fonctions, des actifs et des risques (FAR) afin d'identifier toutes les fonctions du contribuable et des entreprises associées relatives aux transactions internationales, par exemple, l'achat de matières premières/composants, le paiement de redevances, l'achat de produits finis, l'exportation de produits finis, les services de soutien, les ventes directes par l'entreprise associée en Inde, et ainsi de suite;
- Vérifier si les activités de commercialisation, les études de marché, le développement du marché, le canal de distribution, le canal des concessionnaires, la liste des clients, etc. (fonctions DEMPE) correspondant aux dépenses engagées par le contribuable et l'entreprise associée en Inde sont conformes aux profils fonctionnels et de risque et aux avantages tirés par le contribuable et l'entreprise associée, et si cette dernière, en assumant un risque sur le marché indien ou en tirant profit de l'Inde d'une manière ou d'une autre, dépend des fonctions DEMPE exercées par la filiale indienne;
- Repérer la méthode la plus appropriée en vue de déterminer la contrepartie de pleine concurrence pour les fonctions exercées, les actifs utilisés ou apportés et les risques assumés par l'entité indienne. Cette méthode doit reposer sur les faits du cas. Lorsque la méthode TNMM s'avère être la méthode appropriée, l'une des approches que les autorités fiscales adoptent consiste à évaluer

l'intensité des fonctions AMP du contribuable par rapport à celles d'entités comparables en examinant leurs dépenses de commercialisation respectives et les dépenses connexes en pourcentage des revenus. Seulement après que l'ajustement approprié a été apporté, les ratios du bénéfice d'exploitation tirés des comparables sont mis en parallèle avec celui du contribuable. Dans plusieurs cas, lorsque la méthode du partage des bénéfices résiduels est considérée comme la méthode la plus adéquate, les autorités fiscales identifient d'abord les dépenses AMP non courantes du contribuable en comparant ses dépenses AMP à celles d'entités comparables exerçant une activité de fabrication ou de distribution courante. Les dépenses AMP non courantes, le cas échéant, sont exclues des frais d'exploitation du contribuable, et la marge d'exploitation qui en résulte est comparée à celle des entités comparables exerçant une activité de fabrication ou de distribution courante. Si des bénéfices résiduels sont constatés à la suite de cette comparaison, ceux-ci sont répartis entre le contribuable et son entreprise associée au prorata des fonctions de commercialisation exercées, des actifs utilisés ou apportés et des risques assumés par eux. Si la part du contribuable dans les bénéfices résiduels combinée à ses bénéfices courants dépasse les bénéfices qu'il a déclarés, un ajustement est apporté.

3.12.6 Le rapport du BEPS sur les questions de prix de transfert illustre à l'aide d'exemples les situations dans lesquelles un négociant/distributeur peut s'attendre à une rémunération pour les fonctions AMP qu'il exerce. Les points communs qui émergent de ces exemples sont les suivants :

- La rémunération de la fonction AMP dépendra de l'intensité avec laquelle la fonction est exercée, de l'étendue des actifs utilisés et de l'importance du risque assumé par les parties dans le cadre de cette fonction;
- La rémunération peut faire partie du prix d'une autre transaction. Par exemple, le contribuable peut être rémunéré par le biais d'un prix des marchandises ou des matières premières réduit ou d'un taux de redevance réduit sur la marque;
- Le contribuable peut recevoir une rémunération directe pour les dépenses de commercialisation excédentaires qu'il engage par rapport à celles des entreprises indépendantes comparables, ainsi qu'une marge appropriée sur ces dépenses;
- Les bénéfices regroupés provenant des ventes de marchandises peuvent d'abord être répartis en accordant au distributeur et à l'entreprise associée propriétaire de la marque un rendement de base pour leurs fonctions. Les bénéfices résiduels peuvent ensuite

être répartis en tenant compte des contributions relatives des deux entités à la production de revenus et à la valeur de la marque ou du nom; et

- Lorsque les résultats de la fonction AMP exercée par le contribuable profitent entièrement au contribuable lui-même, aucune rémunération distincte n'est percevable pour cette fonction.

L'entité qui prend les décisions importantes relatives à la fonction AMP, comme l'élaboration de la stratégie, la fixation du budget et l'exercice d'un contrôle global sur la fonction, est l'entité qui assume le risque lié à ladite activité et a droit à tous les bénéfices excédentaires produits par la fonction.

3.12.7 L'administration fiscale indienne garde ces principes à l'esprit pour réaliser des ajustements, mais il est clair que le processus est complexe, repose sur des faits et n'est pas exempt de différends. Les efforts déployés par les autorités fiscales indiennes pour uniformiser leur approche et le verdict judiciaire attendu de la Cour suprême indienne devraient vraisemblablement apporter des clarifications à ses questions.

3.13 Services intragroupes

3.13.1 La mondialisation et la volonté de réaliser des gains d'efficacité au sein de groupes d'EMN ont encouragé le partage des ressources dans le but d'assurer un soutien aux entités du groupe installées dans un ou plusieurs emplacements grâce à des services partagés. Certains de ces services sont de nature relativement simple, comme la commercialisation, la publicité, le commerce, les conseils en gestion, etc. Toutefois, d'autres services peuvent être plus complexes et souvent être fournis soit sur une base autonome, soit dans le cadre d'un ensemble de services, et sont liés d'une manière ou d'une autre à la fourniture de biens ou d'actifs incorporels.

3.13.2 Les questions suivantes sont pertinentes pour identifier les services intragroupes qui exigent une rémunération de pleine concurrence :

- Les filiales indiennes ont-elles obtenu des services de parties liées, c'est-à-dire des services intragroupes ?
- Quelle est la nature des prestations de services et quelles sont les modalités d'exécution de ces services, y compris le volume des services obtenus par la partie liée ?
- Les services ont-ils été fournis afin de répondre aux besoins particuliers du bénéficiaire des services ?
- S'agit-il de services en double (c'est-à-dire, la filiale indienne a-t-elle bénéficié de services similaires aux siens) ?

- La filiale indienne avait-elle la capacité d'absorber les services fournis par l'entreprise associée ?
- Quels avantages économiques et commerciaux a tirés le bénéficiaire des services intragroupes ?
- Dans des circonstances comparables, une entreprise indépendante serait-elle disposée à payer pour se procurer de tels services ?
- Un tiers indépendant serait-il désireux et capable d'offrir de tels services ?

3.13.3 Les réponses aux questions ci-dessus permettent de déterminer si la filiale indienne a obtenu ou fourni des services intragroupes qui exigent une rémunération de pleine concurrence. La détermination du prix de pleine concurrence de services intragroupes comporte généralement les étapes suivantes :

- Déterminer les coûts engagés par l'entité du groupe pour la prestation de services intragroupes à la partie liée;
- Comprendre la base de la répartition des coûts entre les diverses parties liées, c'est-à-dire la nature des « clés de répartition » utilisées par l'EMN;
- Déterminer si les services intragroupes nécessitent un remboursement des dépenses ainsi qu'une marge;
- Établir une marge de pleine concurrence pour la prestation de ces services.

3.13.4 L'identification des services qui exigent une rémunération de pleine concurrence constitue l'un des principaux défis pour l'administration des prix de transfert. L'Inde estime que les services aux actionnaires, les services en double et les avantages accessoires obtenus des services intragroupes ne constituent pas des services intragroupes qui demandent une rémunération semblable. Toutefois, une telle conclusion exige une analyse approfondie. La répartition des coûts au moyen de clés de répartition pose le plus grand défi dans la détermination des prix de pleine concurrence. La nature de ces clés varie généralement en fonction de la nature des services.

3.13.5 Un autre défi pour l'administration des prix de transfert concerne l'identification des coûts répercutés, qui ne doivent pas faire l'objet de marges payées (si l'entité indienne est la bénéficiaire de ces services) ou perçus (si l'entité indienne est le prestataire de services). Par contre, dans tous les cas où une marge doit être payée ou perçue, il s'avère également difficile de déterminer une marge de pleine concurrence.

3.13.6 Les transactions internationales constituées de paiements au titre de l'acquisition de services intragroupes sont reconnues comme l'une des plus grandes sources de risques en matière de fixation de prix de transfert. C'est pourquoi l'administration fiscale indienne examine soigneusement ces paiements sous différents angles lors d'une vérification des prix de transfert. Premièrement, les coûts facturés par les entreprises associées aux filiales indiennes sont évalués attentivement. Comme il est mentionné ci-dessus, la composition de ces coûts, l'élimination des coûts des services dédoublés ou d'actionnariat du groupe de coûts à partager, les clés de répartition utilisées à l'égard de la filiale indienne, etc. sont des aspects importants de cette évaluation. Deuxièmement, il y a des situations où les filiales indiennes paient deux fois pour le même ensemble de services. Par exemple, le paiement d'une redevance pour une technologie ainsi que le paiement au titre d'un service de soutien technique pourraient tous les deux être versés aux entreprises associées. Il faut donc procéder à une analyse minutieuse pour s'assurer que les deux paiements ne correspondent pas au même ensemble de services. Pour ce faire, il convient d'examiner les composantes de la redevance et des accords/arrangements relatifs aux services intragroupes afin de repérer les éléments qui se chevauchent. Troisièmement, un autre élément important de la vérification des prix de transfert concerne la marge appliquée sur les coûts des services intragroupes par les entreprises associées. Même si le régime de protection établi pour la fourniture de services intragroupes à faible valeur ajoutée prévoit une marge de 5 pour cent, ce taux doit être analysé en détail dans tous les cas soumis à une vérification. En effet, aucun principe n'exige qu'une marge soit appliquée invariablement dans tous les cas. Au contraire, la fixation d'une marge doit être guidée par la valeur marchande des services fournis par les entreprises associées. Toutefois, dans la plupart des cas, il s'avère difficile d'évaluer la valeur marchande de ces services, car ils font rarement l'objet de transactions entre parties non liées.

3.13.7 À la lumière des faits ci-dessus, les prix de transfert des services intragroupes sont considérés comme un domaine à risque élevé en Inde. Considérant que les paiements pour les services intragroupes sont de nature à éroder la base d'imposition, l'Inde accorde une grande importance à leurs prix de transfert. En outre, même si ces paiements vers l'extérieur de l'Inde sont de pleine concurrence, une protection supplémentaire peut s'avérer nécessaire sous la forme d'un assujettissement à un plafond. Cette mesure est justifiable, car même un paiement de pleine concurrence peut dépouiller l'entité indienne de tous ses bénéfices ou aggraver ses pertes, ce qui remet en question ladite nature de pleine concurrence de ces paiements. Ainsi, un plafond global sur ces paiements, sous la forme d'un certain pourcentage des ventes ou des revenus de l'entité indienne, est utilisé dans les cas appropriés.

3.14 Transactions financières

3.14.1 En Inde, l'approche en matière de prix de transfert pour les prêts et les garanties entre sociétés liées repose sur les éléments suivants :

- L'examen du contrat de prêt;
- La comparaison des modalités du contrat de prêt;
- La détermination des cotes de crédit du prêteur et de l'emprunteur;
- La recherche de contrats de prêts comparables entre tiers;
- Des ajustements appropriés aux comparables pour améliorer la comparabilité.

3.14.2 L'administration indienne des prix de transfert a relevé des cas de transactions de prêts sortants où la société mère indienne a avancé à ses entreprises associées dans une juridiction étrangère des prêts sans intérêt ou des prêts au taux LIBOR (*London Interbank Offered Rate*) ou au taux EURIBOR (*Euro Interbank Offered Rate*). La principale question posée à l'administration est celle de l'évaluation comparative de ces transactions afin de parvenir à des taux d'intérêt de pleine concurrence applicables à ces prêts.

3.14.3 Une autre question qui se pose en matière de transactions financières est celle des frais de garantie de crédit. Compte tenu de la hausse des investissements à l'étranger, l'administration indienne a constaté des cas de garanties commerciales accordées à des entreprises associées étrangères par des sociétés mères indiennes qui, en tant que garant, acceptent de payer l'intégralité du montant dû sur un instrument de prêt en cas de défaillance de l'emprunteur. La garantie aide l'entreprise associée de la société mère indienne à obtenir un prêt auprès d'une banque. L'administration indienne détermine généralement le prix de pleine concurrence de ces garanties selon la méthode CUP. Dans la plupart des cas, les cotations des taux de garantie disponibles auprès des institutions bancaires sont prises comme taux de référence pour calculer le prix de pleine concurrence. Les agents chargés des prix de transfert utilisent parfois aussi l'approche du rendement, où l'avantage que la partie bénéficiaire tire de la garantie – en taux d'intérêt inférieurs – est quantifié et utilisé comme référence pour les frais de garantie.

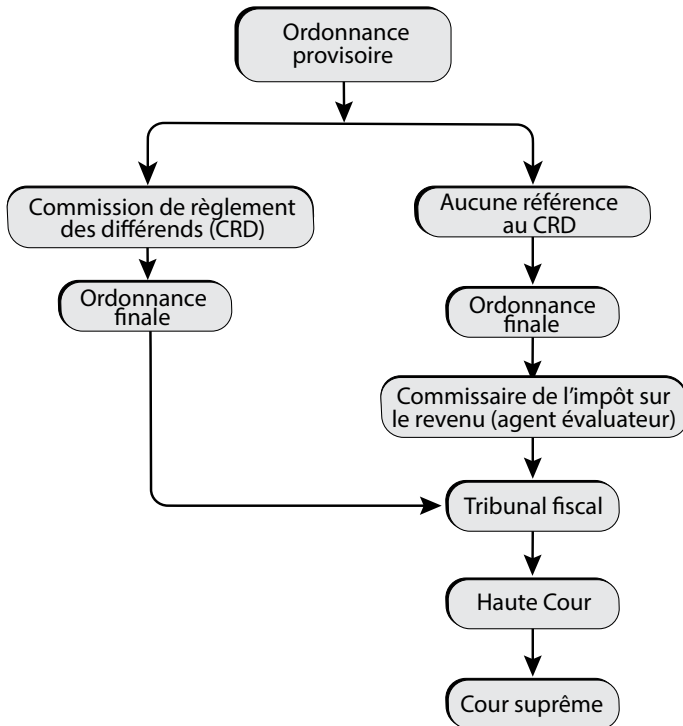
3.14.4 Toutefois, l'administration indienne se heurte à un défi en raison de la non-disponibilité d'outils spécialisés et de prix comparables pour les cas complexes de prêts intragroupes ainsi que pour les fusions et acquisitions qui comportent des instruments complexes de prêt intragroupes et un élément implicite de garantie de la part de la société mère dans la couverture de la dette.

3.15 Règlement des différends

3.15.1 Les contribuables indiens devant faire face à des ajustements de prix de transfert peuvent compter sur un mécanisme complet de règlement des différends. Dans tous les cas, selon les modalités de la procédure judiciaire, l'agent évaluateur intègre l'ordonnance de l'agent chargé des prix de transfert dans son propre projet d'ordonnance et le transmet au contribuable. Ce dernier a la possibilité de déposer une objection contre le projet d'ordonnance devant la commission de règlement des différends, qui regroupe trois commissaires de l'impôt sur le revenu. L'agent évaluateur émet une ordonnance finale conformément aux directives de la commission de règlement des différends. À l'heure actuelle, ces directives deviennent définitives et l'administration fiscale ne peut plus faire appel. Le contribuable peut contester les directives de la commission dans les forums d'appel.

3.15.2 La séquence et la disponibilité des forums de règlement des différends pour le contribuable en Inde sont décrites ci-dessous.

Diagramme illustrant le règlement des différends en matière d'impôt (Inde)



3.15.3 L'administration fiscale indienne est consciente de la question de l'augmentation du nombre de différends liés aux prix de transfert et de son incidence sur le climat d'investissement en Inde. Par conséquent, le gouvernement indien a pris plusieurs mesures pour réduire le nombre de différends et le temps nécessaire à leur règlement. Certaines des mesures prises dans ce sens sont les suivantes :

- Vérification des prix de transfert effectuée sur la base d'une sélection des cas en fonction du risque plutôt que pour toutes les transactions internationales dont la valeur excède un plafond particulier;
- Introduction du concept d'« intervalle » dans la loi sur les prix de transfert et utilisation de données pluriannuelles;
- Utilisation de la disposition sur la procédure amiable dans les conventions fiscales pour accélérer le règlement des cas en cours;
- Introduction de dispositions sur les APP dans la loi;
- Introduction de dispositions relatives à un régime de protection dans la loi sur les prix de transfert.

3.16 Accords préalables en matière de prix de transfert (APP)

3.16.1 L'Inde a introduit les dispositions relatives aux APP dans sa législation en 2012. L'APP est un accord entre la commission centrale de l'impôt direct (CBDT) et toute personne, visant à déterminer, à l'avance, le prix de pleine concurrence d'une transaction internationale ou à préciser le mode de détermination de ce prix (ou les deux). Une fois qu'un APP a été conclu, le prix de pleine concurrence de la transaction internationale est déterminé conformément aux modalités de l'APP pour la période prévue par celui-ci. Un APP peut être conclu pour une période maximale de cinq ans et peut être renouvelé par la suite. Le recours à l'APP est volontaire, mais une fois celui-ci conclu, il devient contraignant tant pour le contribuable que pour la CBDT.

3.16.2 Les APP peuvent être unilatéraux, bilatéraux ou multilatéraux. Le demandeur peut opter pour un type particulier d'APP lorsqu'il présente sa demande. Le régime prévoit une consultation préalable facultative entre le contribuable et l'équipe chargée des APP avant le dépôt d'une demande officielle. Cette consultation peut se faire sur une base anonyme. La demande doit être déposée de pair avec le versement des frais prévus. Le régime indien d'APP prévoit également la possibilité d'un « retour en arrière » (c'est-à-dire, une application rétroactive de ses dispositions) pour une période de quatre ans avant la première année de la période de l'APP. Par conséquent, l'incidence conjuguée de l'APP courant et d'un APP rétroactif se traduit par une certitude

fiscale de neuf ans. La rétroactivité est impossible pour une année visée par une décision du tribunal d'appel en matière d'impôt sur le revenu (ITAT) à l'égard des enjeux faisant l'objet de l'APP proposé, y compris l'APP rétroactif. Toutes les procédures relatives au régime d'APP ont été prescrites en détail dans le cadre du régime d'APP intégré dans les règles de l'impôt sur le revenu, et certains points ont également été éclaircis par la CBDT à l'aide de circulaires et de questions fréquemment posées (FAQ).

3.16.3 Récemment, le champ d'application des dispositions relatives aux APP a été élargi, de sorte que les APP signés après le 1^{er} avril 2020 peuvent comprendre un accord à l'égard des bénéficiaires attribuables à un établissement stable en Inde. Cette modification devrait réduire le nombre de différends et offrir une certitude aux non-résidents qui mènent des activités en Inde à partir d'un établissement stable.

3.16.4 L'Inde accepte les demandes bilatérales d'APP (outre les demandes de procédure amiable en matière de prix de transfert) indépendamment de la présence ou non du paragraphe 2 de l'article 9, qui prévoit des « ajustements corrélatifs », dans l'accord concernant la double imposition applicable.

3.16.5 Les contribuables ont bien accueilli le programme indien d'APP, environ 1 300 demandes ayant été déposées à ce jour. La CBDT a déjà conclu plus de 350 APP. Les APP signés jusqu'à présent couvrent divers secteurs de l'économie indienne, notamment les technologies de l'information, l'automobile, les télécommunications, l'acier, le transport maritime, le commerce général, le secteur bancaire, les produits pharmaceutiques, etc. On prévoit que le solide programme d'APP de l'Inde contribuera grandement à réduire le nombre de différends en matière de prix de transfert et à apporter une certitude aux EMN à cet égard.

3.17 Régime de protection

3.17.1 L'Inde a introduit la disposition relative au régime de protection dans sa législation en 2009. Les règles d'administration de cette disposition ont ensuite été communiquées.

Les dispositions relatives au régime de protection visent à réduire le fardeau des petits contribuables en matière de conformité relative aux prix de transfert. Les secteurs/transactions visés par les règles du régime de protection sont les suivants :

- La mise au point de logiciels;
- Les services liés aux technologies de l'information;
- Les services d'externalisation des connaissances;

- Les prêts intragroupes sortants;
- Les garanties commerciales;
- Les services contractuels de R&D dans le domaine des logiciels;
- Les services contractuels de R&D dans le domaine pharmaceutique;
- La fabrication et l'exportation de composants automobiles essentiels;
- La fabrication et l'exportation de composants automobiles non essentiels;
- L'obtention de services intragroupes à faible valeur ajoutée.

En 2020, la loi a été modifiée pour étendre le champ d'application des règles sur le régime de protection, afin d'inclure la détermination du bénéfice attribuable à un établissement stable en Inde.

3.18 Rapports finaux sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS), actions 8 à 10 et 13

3.18.1 L'Inde a approuvé le rapport final du projet BEPS sur les actions 8 à 10 traitant de diverses questions relatives aux prix de transfert. Certaines des questions abordées dans les rapports BEPS correspondent aux opinions de longue date de l'administration indienne chargée des prix de transfert. Celles-ci comprennent :

- L'objectif général d'aligner les résultats des prix de transfert avec la création de valeur;
- L'importance à accorder aux fonctions de mise au point, d'amélioration, d'entretien, de protection et d'exploitation (DEMPE) au regard des actifs incorporels pour la rémunération des entités membres des groupes multinationaux;
- La vérification de la répartition contractuelle ou de la prise en charge contractuelle des risques en fonction des paramètres liés à l'exercice du contrôle du risque et/ou à la capacité financière à assumer le risque, et l'exclusion de cette répartition contractuelle ou de cette prise en charge des risques;
- L'harmonisation des contrats avec la conduite des parties;
- L'identification et la délimitation précise de la transaction (c'est-à-dire la détermination de la « vraie transaction ») en analysant les caractéristiques économiquement pertinentes;
- La prévention de l'érosion de la base d'imposition et du dépouillement des bénéfices par des entités qui sont fortement capitalisées (entités « *cash box* »), mais exercent peu de fonctions;

- La non-reconnaissance des transactions commercialement irrationnelles qui ne peuvent pas être constatées entre des parties indépendantes, etc.

3.18.2 Par conséquent, l'administration fiscale indienne estime que les orientations découlant du rapport final du projet BEPS sur les actions 8 à 10 devraient être utilisées tant par les agents chargés des prix de transfert que par les contribuables en cas d'ambiguïté dans l'interprétation de la loi. Néanmoins, l'Inde n'a pas approuvé les orientations du rapport BEPS relatives aux services intragroupes à faible valeur ajoutée (*Low Value Adding Intra Group Services* ou *LVAIGS*) dans le cadre de l'Action 10 et n'a pas opté pour l'approche simplifiée.

3.18.3 En outre, l'Inde a approuvé les recommandations contenues dans le rapport final du BEPS sur l'Action 13, laquelle tente de modifier complètement les normes en matière de documentation des prix de transfert. L'Inde a soutenu le régime de documentation à trois niveaux comprenant un fichier local, un fichier principal et une déclaration pays par pays (PpP) et a déjà apporté des modifications législatives dans son droit interne. L'utilisation appropriée des déclarations PpP et la protection de leur confidentialité sont assurées par l'administration fiscale indienne au moyen d'instructions et de directives. L'Inde a été soumise au processus d'examen par les pairs conformément aux principes directeurs énoncés dans le rapport final sur l'Action 13 du projet BEPS, sans qu'aucune recommandation majeure ne soit formulée.

4 Mexique – Pratiques nationales

4.1 Introduction

4.1.1 Le Mexique a introduit des règles de prix de transfert en 1997 en intégrant le principe de pleine concurrence dans la Loi sur l'impôt sur le revenu du Mexique (LIRM). Depuis l'année d'imposition 2014, les règles en matière de prix de transfert se retrouvent aux articles 76-IX, 76-X, 76-XII, 110-X, 110-XI, 179, 180, 181 et 182 de la Loi; ces articles règlent les transactions à la fois intérieures et transfrontalières entre sociétés. La LIRM fait référence aux *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales* approuvés par le Conseil de l'OCDE pour l'interprétation des dispositions en matière de prix de transfert, dans la mesure où lesdits principes sont conformes aux dispositions de la loi mexicaine et des conventions conclues par le Mexique. La réglementation des prix de transfert est complétée par des règles d'application pour les contribuables sur les ajustements des prix de transfert, les critères d'interprétation (par exemple, les ajustements de comparabilité et les entretiens menés pendant une procédure d'APP) et les pratiques fiscales abusives (par exemple l'identification des contributions uniques et de valeur dans l'analyse de comparabilité).

4.1.2 En 2016, l'article 76-A a été intégré dans la LIRM, obligeant les contribuables à soumettre les déclarations de renseignements annuelles suivantes : (i) fichier principal, (ii) fichier local et (iii) déclaration pays par pays.

4.1.3 Au Mexique, les contrôles fiscaux peuvent être menés sur place en vue d'examiner le traitement comptable, les biens et les marchandises des contribuables, ou sur pièces, auquel cas les autorités fiscales peuvent exiger que les registres comptables, les données et tous les autres documents et renseignements pertinents soient transmis à l'adresse des bureaux des autorités fiscales. Dans la pratique, la plupart des vérifications relatives aux prix de transfert sont effectuées au moyen de contrôles sur pièces. Dans certains cas, les contribuables mexicains reçoivent une « lettre d'invitation » non contraignante de la part des autorités fiscales mexicaines qui permet à ces dernières de soulever

des questions quant aux indicateurs de risque particuliers pouvant susciter l'intérêt du Service d'évaluation des risques. Cette étape permet aux contribuables de résoudre certains problèmes fiscaux avant leur contrôle fiscal ou permet aux autorités fiscales d'écarter certains candidats provisoirement choisis pour un examen approfondi.

4.2 Définition d'une partie liée

4.2.1 Au Mexique, deux ou plusieurs personnes physiques ou morales sont considérées comme des parties liées lorsque l'une d'entre elles a une participation directe ou indirecte dans la gestion, le contrôle ou le capital de l'autre, ou lorsqu'une personne ou un groupe de personnes participe directement ou indirectement à la gestion, au contrôle ou au capital de ces personnes. Aucun seuil particulier n'est retenu pour établir que des entités sont des parties liées.

4.2.2 En outre, depuis 2002, les membres des associations de participations (coentreprises) et les établissements stables sont considérés comme des parties liées à l'égard de leur siège social ou d'autres établissements stables, conformément aux dispositions de l'article 179 de la LIRM.

4.3 Définition d'une partie réputée liée

4.3.1 On suppose que toute transaction réalisée avec toute société bénéficiant du statut de résidente à des fins fiscales dans le cadre d'un régime fiscal préférentiel (impôt sur le revenu faible ou nul) sera réputée être réalisée entre des sociétés liées à des valeurs autres que celle de pleine concurrence. De plus, il est établi que les paiements versés aux résidents dans le cadre de tels régimes ne sont pas déductibles à moins de prouver que le prix ou le montant de la contrepartie est conforme au principe de pleine concurrence.

4.4 Obligations précises en matière de documentation

4.4.1 La loi en vigueur oblige tous les contribuables à préparer et à conserver la documentation prouvant que toutes leurs transactions avec des parties liées sont conformes au principe de pleine concurrence. La documentation relative aux prix de transfert doit être préparée pour chaque année d'imposition et comprendre une évaluation par type de transaction et par partie liée.

4.4.2 En outre, certains contribuables (par exemple les grands contribuables) doivent également divulguer les conclusions découlant de la documentation relative aux prix de transfert dans une annexe du rapport de contrôle fiscal réglementaire ou du rapport d'information réglementaire (*informative statutory report* ou *ISSIF*), accompagné de l'approbation de l'expert qui a

rassemblé ces documents. La documentation relative aux prix de transfert doit comprendre les éléments particuliers suivants :

- (1) Nom ou raison sociale de la société liée résidant à l'étranger, adresse fiscale et juridiction;
- (2) Dossier confirmant les liens de participation directs et indirects entre les parties liées;
- (3) Renseignements sur les actifs, les fonctions et les risques par type de transaction;
- (4) Renseignements et dossiers qui détaillent chacune des transactions conclues entre des parties liées et les sommes en jeu par type de transaction;
- (5) Méthode de prix de transfert appliquée et caractéristiques des sociétés ou des transactions comparables selon leur type; un intervalle interquartile des résultats tirés des transactions ou des sociétés comparables doit être utilisé.

4.4.3 Les contribuables dont le revenu au cours de l'année d'imposition précédente était inférieur à 13 millions de pesos au titre de leurs activités d'entreprise, ou à 3 millions au titre de leurs fournitures de services, n'ont pas l'obligation de préparer et de conserver la documentation visée par la Loi. Cet avantage n'est pas applicable aux transactions conclues avec les sociétés visées par des régimes fiscaux préférentiels (impôt sur le revenu faible ou nul), aux sous-traitants ou aux franchisés aux termes de la loi sur les revenus des hydrocarbures (*Hydrocarbons Revenue Law*) ou lorsque la déclaration de renseignements sur les prix de transfert est exigible (article 76-X de la LIRM).

4.4.4 Ces renseignements doivent être consignés dans les registres comptables et comporter des précisions sur les transactions réalisées avec des parties liées résidant à l'étranger.

4.4.5 La LIRM en vigueur au Mexique prévoit que lorsque des renseignements financiers sont employés pour étayer la conformité au principe de pleine concurrence des transactions entre sociétés liées, les contribuables sont tenus de présenter ces renseignements conformément à la norme comptable pour le calcul du revenu, du coût, du bénéfice brut, du revenu net, des frais et du bénéfice d'exploitation, ainsi que des actifs et passifs.

4.4.6 Par le biais d'une déclaration de renseignements (annexe 9 de la déclaration de renseignements multiples), les contribuables sont également tenus de fournir des renseignements sur leurs transactions avec des parties liées résidant à l'étranger. Ces renseignements comprennent entre autres données, un résumé des résultats tirés des transactions entre sociétés liées, des éléments d'analyse

économique et les intervalles de pleine concurrence. Le contribuable qui ne produit pas cette déclaration de renseignements se voit imposer des pénalités.

4.4.7 En outre, les sociétés qui sont tenues de produire un rapport de contrôle fiscal réglementaire (dû le 30 juin) doivent également soumettre les annexes suivantes sur les prix de transfert :

- (1) Type et montant des transactions intragroupes par partie liée, méthode de prix de transfert utilisée, s'il s'agit ou non d'une transaction intragroupe de pleine concurrence et, le cas échéant, le montant de l'ajustement nécessaire pour satisfaire au principe de pleine concurrence;
- (2) Activité commerciale du contribuable, propriété des actifs incorporels utilisés ou calculés apportés, date de présentation de la déclaration de renseignements et si le contribuable possède des pièces justificatives sur le caractère de pleine concurrence des transactions intragroupes, accords préalables en matière de prix de transfert (APP) en cours de négociation, numéro fiscal des conseillers en prix de transfert, intérêts qui sont réputés être des dividendes, dépenses au prorata, opérations sur dérivés financiers avec des parties liées, sous-capitalisation, ajustements corrélatifs et, si le contribuable est dans l'obligation de soumettre le fichier principal, le fichier local ou la déclaration pays par pays; et
- (3) Les vérificateurs externes du contribuable mexicain qui produit le rapport de contrôle fiscal réglementaire devront également remplir un questionnaire sur les prix de transfert confirmant la conformité de toutes les transactions au principe de pleine concurrence et le respect des exigences en matière de documentation.

4.4.8 La documentation justificative sur la fixation des prix de transfert doit être préparée chaque année au plus tard à la date de production de la déclaration de revenus annuelle. La déclaration de renseignements fiscaux doit, quant à elle, être produite au plus tard à la date de dépôt de la déclaration fiscale réglementaire.

4.4.9 Les autorités fiscales mexicaines mènent leurs contrôles fiscaux sur la base des informations fournies par le contribuable et d'autres données, y compris des informations obtenues provenant de :

- (1) Bases de données commerciales et
- (2) Mécanismes d'échange de renseignements avec les partenaires conventionnels.

Un problème clé, c'est que ces renseignements doivent être cohérents et vérifiables.

4.4.10 Le fait de ne pas conserver de traces documentaires incitera le vérificateur externe à faire mention d'une telle défaillance dans son rapport et, en cas de contrôle fiscal, l'autorité pourra déterminer la méthode et identifier les sociétés comparables qu'elle jugera appropriées pour l'application du principe de pleine concurrence, ce qui lui permettra d'apporter un ajustement au revenu ou aux déductions. Cela pourra aboutir à une nouvelle base d'imposition et, par conséquent, à une nouvelle charge fiscale qui tiendra compte de l'inflation et intégrera des amendes et des pénalités, en plus du risque de double imposition résultant du paiement effectué dans l'autre pays. L'amende sera comprise entre 55 et 75 pour cent de l'impôt omis dans le passé (premier et avant-dernier alinéa de l'article 76 du Code fédéral des impôts) et, en cas de perte fiscale induite, la pénalité variera entre 30 à 40 pour cent de la différence entre la perte fiscale déclarée et la perte réellement subie, ces deux pénalités pouvant être réduites de 50 pour cent si l'exigence relative à l'examen des prix de transfert a été remplie (huitième et avant-dernier alinéa de l'article 76 du Code fédéral des impôts).

4.4.11 L'article 76-A de la LIRM fixe le contenu général du fichier principal, du fichier local et de la déclaration pays par pays, et identifie les contribuables qui doivent produire ces déclarations de renseignements annuelles. Le dépôt du fichier principal, du fichier local et de la déclaration pays par pays est régi par l'article 76-A et les diverses règles fiscales 3.9.11 à 3.9.17. Dans ce contexte, en cas de non-dépôt du (i) fichier principal, (ii) du fichier local et (iii) de la déclaration pays par pays, ou de leur dépôt incomplet, fautif, incohérent ou non conforme aux dispositions fiscales, la pénalité devrait se situer entre 154 800 et 220 400 pesos mexicains et sera rajustée annuellement en fonction de l'inflation.

4.5 Comparabilité

4.5.1 Les facteurs de comparabilité suivants sont inscrits dans la LIRM aux fins de l'application du principe de pleine concurrence :

- (1) Les caractéristiques des produits et services;
- (2) L'analyse fonctionnelle;
- (3) Les modalités contractuelles;
- (4) Les circonstances économiques; et
- (5) Les stratégies commerciales.

4.5.2 La LIRM prévoit des ajustements raisonnables pour éliminer les différences entre les transactions ou sociétés comparables. Ces ajustements doivent tenir compte des facteurs de comparabilité susmentionnés. L'application de tels ajustements de comparabilité est conforme au principe de pleine concurrence et peut être mise en œuvre, par exemple, sous forme d'ajustement de capital.

4.5.3 Au Mexique, les informations financières publiques sur les comparables locaux sont limitées. Par conséquent, les contribuables peuvent utiliser des données comparables étrangères ajustées si ces ajustements sont raisonnables.

4.5.4 En vertu de l'article 69 du Code fédéral des impôts (Código Fiscal de la Federación ou CFI), l'autorité fiscale mexicaine peut utiliser des informations confidentielles provenant de tiers pour déterminer les revenus et les déductions des contribuables dont les transactions sont non conformes au principe de pleine concurrence.

4.5.5 Une fois les facteurs de comparabilité pris en compte, la méthode des prix de transfert qui, compte tenu des faits et circonstances, fournit des résultats fiables, doit être appliquée. Les six méthodes décrites à l'article 180 de la LIRM sont essentiellement les mêmes que celles présentées dans les *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert* :

- (1) Méthode du prix comparable sur le marché libre (*Comparable Uncontrolled Price Method* ou *CUP*);
- (2) Méthode du prix de revente (*Resale Price Method* ou *RPM*);
- (3) Méthode du coût majoré (*Cost Plus Method* ou *CPM*);
- (4) Méthode du partage des bénéfices (*Profit Split Method* ou *PSM*);
- (5) Méthode du partage des bénéfices (PSM) résiduels;
- (6) Méthode transactionnelle de la marge nette (*Transactional Net Margin Method* ou *TNMM*).

4.5.6 En 2006, à la suite d'une recommandation de l'OCDE (en mars 2003, dans le cadre de l'examen par les pairs de la législation et des pratiques mexicaines en matière de prix de transfert), la LIRM a introduit une hiérarchie pour le choix de la méthode de prix de transfert applicable. En particulier, l'article 180 de la Loi établit que les contribuables peuvent rejeter la méthode CUP décrite dans les *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert* seulement lorsque cette méthode n'est pas appropriée pour déterminer le caractère de pleine concurrence de la transaction testée. Le contribuable doit démontrer que la méthode de remplacement est la méthode la plus appropriée ou la plus fiable au regard de toutes les informations disponibles, en privilégiant la méthode RPM ou la méthode CPM par rapport à la méthode TNMM ou la méthode PSM.

4.5.7 Pour fixer le prix qui devrait être facturé entre des parties indépendantes, l'article 180 de la LIRM autorise l'utilisation d'un intervalle de prix ou de marges bénéficiaires obtenu au moyen d'une méthode appliquée sur deux transactions comparables ou plus. Cet intervalle peut être ajusté au moyen de méthodes statistiques (en particulier l'intervalle interquartile).

4.5.8 La LIRM n'autorise les données pluriannuelles que pour les comparables, et à condition que les contribuables puissent démontrer que le cycle économique ou l'acceptation commerciale des produits s'étende au-delà d'une année. La LIRM interdit les données pluriannuelles utilisées aux seules fins de concevoir des outils statistiques pour atténuer les changements et les tendances des indicateurs financiers pertinents pour la comparaison.

4.5.9 Les règles de prix de transfert de la LIRM relatives au financement interentreprises mettent l'accent sur les caractéristiques qui doivent être privilégiées pour appliquer les facteurs de comparabilité appropriés aux transactions sur le marché libre. Ces caractéristiques comprennent le principal, la période de paiement, les garanties, la solvabilité du débiteur et les taux d'intérêt.

4.5.10 Les paiements versés à l'étranger au titre des intérêts payés à des parties liées peuvent être considérés comme des dividendes s'ils résultent d'une convention de paiement inconditionnel comprenant le remboursement total ou partiel de crédits perçus, de crédits de soutien ou de modalités de paiement liées aux bénéficiaires; ou la gestion de l'entreprise.

4.5.11 Les règles de sous-capitalisation sont établies à l'article 28 de la partie XXVII de la LIRM, qui stipule que le montant des intérêts versés aux parties liées n'est pas déductible pour les montant empruntés faisant passer le ratio des capitaux d'emprunts aux capitaux propres de la société au-delà de 3 : 1. La règle ne s'applique pas aux entités du système financier (tel que défini dans la LIRM) ni aux contribuables réalisant des activités liées à l'installation, à l'exploitation et à l'entretien de l'infrastructure nécessaire aux zones stratégiques du pays ou à la production d'électricité. D'autres exemptions et dérogations relatives aux règles de sous-capitalisation peuvent s'appliquer. Par exemple, les contribuables qui ont conclu un APP portant sur des prêts intragroupes ne sont pas soumis à cette limitation.

4.5.12 Dans le cas de transactions liées à la vente ou à l'achat d'actions, le contribuable doit tenir compte d'éléments tels que : (i) la valeur des capitaux propres des actionnaires de l'émetteur à la date de la transaction; (ii) la valeur actuelle de ses bénéfices ou flux de trésorerie; ou (iii) le prix du marché de l'action le plus récent.

4.6 Procédure de contrôle fiscal

4.6.1 Au Mexique, les contribuables doivent se soumettre aux inspections aux fins de la vérification de la conformité fiscale et fournir tous les documents exigés par les autorités fiscales. Lorsque l'autorité fiscale considère que le contribuable ne s'est pas conformé de manière adéquate à ses obligations, le

contribuable doit obligatoirement communiquer toutes les preuves justifiant sa conformité.

4.6.2 Il incombe au contribuable de démontrer, en préparant la documentation relative aux prix de transfert, que ses transactions interentreprises sont conformes au principe de pleine concurrence. Lorsque les autorités fiscales constatent, après l'examen de ces renseignements, que le contribuable n'est pas conforme, elles sont tenues de déterminer les prix de pleine concurrence, sur la base des informations disponibles ou identifiées de quelque autre façon à cette fin. Lorsque le différend est porté devant le tribunal fiscal, le contribuable et l'autorité fiscale doivent présenter tous les éléments qu'ils jugent appropriés pour défendre leurs positions respectives.

4.6.3 Actuellement, les différentes unités de contrôle de la Division des grands contribuables de l'administration fiscale mexicaine accomplissent leur travail en se fondant sur une approche holistique qui englobe les prix de transfert et d'autres sources de recettes fiscales comme la TVA, les retenues à la source, les droits de douane et d'autres dispositions fiscales locales, sous la coordination et avec les conseils de l'unité des Prix de transfert.

4.6.4 Ce programme de contrôle est centré sur les années d'imposition les plus récentes et, lorsque possible, est mené en temps réel, en tirant parti des informations fraîchement rassemblées par des ressources et un personnel d'expérience en vue de rationaliser la capacité de l'administration fiscale à résoudre les problèmes fiscaux et de veiller à ce que les activités commerciales des contribuables soient conformes au régime fiscal. L'administration fiscale peut également surveiller les résultats des contribuables dans la phase post-vérification, surtout qu'il est beaucoup plus facile, pour vraiment résoudre un cas, de comprendre et de présenter une analyse de la chaîne de valeur de l'entreprise portant sur les années d'imposition les plus récentes.

4.6.5 Le Mexique s'est doté d'un programme de conformité coopérative en fonction duquel, compte tenu des principes de confiance, de transparence et de compréhension mutuelle qui le sous-tendent, l'administration fiscale cherche à inciter les contribuables à se conformer volontairement à leurs obligations fiscales. En appliquant un critère d'interprétation objectif (« priorité de la substance sur la forme »), qui pourrait faciliter et simplifier l'application des dispositions fiscales, l'administration fiscale vise à établir des relations de confiance efficaces à long terme avec les contribuables pour identifier les zones à risque et utiliser ses ressources et sa capacité pour résoudre les problèmes avec succès. Ce programme est conforme aux meilleures pratiques internationales.

4.6.6 En raison de la hausse considérable du nombre de contrôles fiscaux (y compris en matière de prix de transfert) et du nombre accru de désaccords en

matière fiscale, ainsi que du long processus de résolution des différends devant les tribunaux fiscaux, conjugué à son coût élevé, l'Accord conclusif (*Conclusive Agreement*) a été institué comme solution de remplacement pour résoudre – sans recours aux processus d'appel ou de règlements des litiges – les désaccords qui surviennent au cours de ces contrôles. Ce processus de médiation peut être considéré comme un mécanisme interne complémentaire de règlement des différends qui permet aux autorités fiscales et aux contribuables de mieux composer avec la complexité des désaccords fiscaux (y compris en matière de prix de transfert) en offrant la possibilité de les résoudre à l'étape du contrôle fiscal.

4.6.7 Les accords conclusifs sont gérés par l'ombudsman fiscal (*Prodecon*), qui agit en tant que médiateur officiel impartial et indépendant entre le contribuable et les autorités fiscales.

4.6.8 La médiation débute par une demande du contribuable, dans laquelle ce dernier explique les raisons de son désaccord et présente le traitement fiscal qui, selon lui, devrait remédier aux irrégularités détectées par l'autorité lors du contrôle fiscal, ainsi que toute la documentation nécessaire à l'appui de sa position. Le dépôt de l'Accord conclusif suspend les échéances légales, y compris le contrôle fiscal et le recouvrement, ce qui permet aux parties de discuter de leurs différends et d'en faire l'analyse détaillée sans contrainte de temps. Toutefois, l'Accord conclusif est un mécanisme efficace et efficient lorsque le contribuable est conscient des ajustements à apporter à sa situation fiscale ; dans les cas où le contribuable croit que sa situation fiscale est juste, ce choix peut mener à une utilisation prolongée et inefficace des ressources.

4.6.9 Le traitement fiscal accordé par l'administration fiscale à une situation détectée lors d'un contrôle est au cœur de la médiation et peut dépendre de l'interprétation de la Loi, d'aspects formels, de l'évaluation des éléments de preuves mis en évidence lors du contrôle ou de tous ces facteurs et, se solder par l'allègement des pénalités associées si une entente est convenue.

4.6.10 Aucune dette fiscale n'est recouvrée durant le processus de médiation, puisque la procédure peut être initiée uniquement durant le contrôle fiscal et non pas après l'émission de l'avis de rectification par l'autorité fiscale. Cette façon de faire favorise l'atteinte de consensus puisque des discussions entre les parties ont lieu avant qu'une décision finale ne soit prise par l'autorité fiscale.

4.6.11 Si cette procédure est facultative pour le contribuable, l'autorité fiscale doit quant à elle obligatoirement y participer. Toutefois, comme on le constate couramment pour les solutions de remplacement en matière de règlement des différends, finalement, il revient à l'autorité fiscale d'accepter ou de refuser les propositions formulées pour arriver à une solution.

4.6.12 Des réunions avec le contribuable et les autorités fiscales peuvent être organisées pour discuter du différend fiscal particulier. Les réunions se déroulent dans un environnement neutre, qui favorise la résolution de problèmes techniques au moyen d'échanges de points de vue et de documents sur le droit fiscal, les questions comptables ou les situations fiscales particulières, avec l'apport et la participation active des représentants du *Prodecon*.

4.6.13 Une fois l'Accord conclusif accepté, les effets fiscaux convenus s'appliquent immédiatement et le contrôle fiscal est définitivement clos. Les parties sont juridiquement incapables de contester le résultat d'un Accord conclusif par quelque moyen national que ce soit ou de modifier les résultats de l'Accord par voie de négociation dans le cadre d'une procédure amiable. En outre, en vertu du Code fédéral des impôts, l'Accord conclusif ne crée aucun précédent juridique, ce qui garantit à l'autorité fiscale que toute question convenue ne peut être soulevée lors d'un désaccord fiscal différent ou nouveau.

4.6.14 Si aucun accord n'est trouvé entre l'autorité fiscale et le contribuable, la suspension du contrôle fiscal prend fin et toutes les procédures juridiques reprennent leur cours (c'est-à-dire via l'émission d'un avis de rectification). Dans ce cas, le contribuable pourra toujours déposer la défense juridique correspondante, c'est-à-dire un recours administratif ou un litige fiscal contre cet avis de rectification.

4.7 Accords préalables en matière de prix de transfert (APP)

4.7.1 L'article 34-A du Code fédéral des impôts permet aux contribuables de soumettre des demandes d'APP unilatérales, bilatérales ou multilatérales. Les APP unilatéraux peuvent porter sur l'année d'imposition de la présentation de la demande, l'année d'imposition précédente et les trois années d'imposition à venir. Les APP peuvent être valables pour une période plus longue si un accord est conclu avec l'autorité ou les autorités compétentes du ou des États contractants en vertu d'une convention à laquelle le Mexique est partie.

4.8 Sociétés d'exportation Maquiladoras

4.8.1 Le programme des « Maquiladoras » a débuté à la fin des années 1960 en réponse directe à l'annulation du programme des « Braceros » des États-Unis, qui avaient autorisé l'embauche de travailleurs mexicains temporaires aux États-Unis pour un emploi agricole saisonnier. Les gouvernements mexicain et américain ont approuvé le programme des Maquiladoras dans le but immédiat de créer des emplois au Mexique et de générer une activité économique dans l'industrie manufacturière. Le programme n'a pas été lancé à des fins fiscales à l'origine ni en vue de traités commerciaux multilatéraux ou d'investissements directs étrangers à long terme.

4.8.2 En 1989, le gouvernement mexicain a publié un décret pour adapter et étendre le programme des Maquiladoras, avec l'intention de passer de la simple création d'emplois à des assises de développement économique durables pour la production manufacturière et l'exportation. Le programme visait à mettre en place une chaîne d'approvisionnement locale pour les fabricants américains et à inclure un programme de qualification (Programme d'importation temporaire en vue de la fabrication d'articles d'exportation – PITEX) afin d'amener les sociétés mexicaines à produire et à fournir une partie des intrants utilisés par les sociétés américaines (contrairement aux maquiladoras qui importent tous leurs intrants).

4.8.3 La maquiladora est une filiale mexicaine qui exerce principalement des activités d'assemblage et est généralement détenue à 100 pour cent par des étrangers. La maquiladora est définie dans le décret présidentiel (décrets visant la promotion et l'exploitation des maquiladoras existantes aux fins d'exportation) comme une usine d'assemblage exerçant des activités de maquiladora en vertu d'un permis délivré par le ministère de l'Économie.

4.8.4 Les maquiladoras sont généralement des structures de centres de coûts, réalisant peu de bénéfices. Leurs fonctions comprennent notamment l'entretien des actifs et des stocks fournis par les résidents étrangers en vue de leur transformation (production, sous-assemblage et assemblage) en produits semi-finis et finis destinés à l'exportation (principalement pour le marché américain). En règle générale, les sociétés mères étrangères possèdent les stocks, l'équipement et la machinerie, fournissent aux maquiladoras les intrants, la technologie et le savoir-faire nécessaires au processus de fabrication et permettent à ces dernières d'utiliser gratuitement leurs brevets et leurs services d'assistance technique. Les maquiladoras possèdent ou louent généralement peu d'actifs, y compris une installation physique au Mexique; elles embauchent et gèrent la main-d'œuvre et exploitent le capital prêté gratuitement par la société mère en vue de transformer les intrants en produits exportés vers cette dernière ou vers une autre partie liée. En fait, de nombreuses maquiladoras exercent pour la société mère des fonctions supplémentaires qui doivent être recensées et imposées séparément des services de maquiladora. Toutefois, les maquiladoras sont généralement traitées comme des sociétés « sous-traitantes », car on considère que leurs fonctions n'exigent aucun actif incorporel de valeur et que très peu d'actifs incorporels courants.

4.8.5 Il arrive que des parties résidant à l'étranger soient considérées comme des établissements stables mexicains en raison de l'étroitesse des relations juridiques ou économiques qu'elles entretiennent avec les sociétés d'exportation maquiladoras.

4.9 Dispositions actuelles relatives aux maquiladoras

4.9.1 Si la maquiladora déclare ses bénéfices imposables conformément aux règles relatives au « régime de protection », les entités qui exercent ses activités se conformeront au principe de pleine concurrence, et les résidents étrangers pour lesquels ces activités de maquiladora sont exercées ne seront pas réputés posséder un établissement stable relativement aux actifs étrangers utilisés. En vertu de ce régime, les sociétés maquiladoras doivent générer un bénéfice imposable au moins égal à la plus grande des valeurs suivantes :

- (1) 6,9 pour cent sur les actifs utilisés pour l'activité de la maquiladora, à la fois les siens et ceux de la partie résidant à l'étranger, ou
- (2) 6,5 pour cent sur les coûts et les frais engagés par la maquiladora.

4.9.2 Ce choix d'options n'a pas changé depuis l'année 2000. Pour exercer cette option, l'Administration fiscale du Mexique (*Tax Administration Service* ou *SAT*) exige la production d'une déclaration de renseignements indiquant que le bénéfice imposable réalisé est au moins égal à la valeur la plus élevée résultant de l'application des taux de 6,9 ou de 6,5 pour cent mentionnés ci-dessus, comme prévu dans le régime de protection.

4.9.3 Ces règles comprennent plusieurs dispositions applicables aux maquiladoras existantes et nouvellement constituées en matière de détermination et d'évaluation de la base d'actifs et de coûts (c'est-à-dire des rajustements pour tenir compte de l'inflation, de l'amortissement, des stocks et des taux de change; des exclusions pour les activités liées au programme « Shelter », les calendriers, les exigences de documentation, les conditions de modification des options, etc.).

4.9.4 En outre, l'entité résidente du Mexique peut présenter une demande d'APP pour obtenir une confirmation de sa conformité au principe de pleine concurrence; de même, un APP peut confirmer auprès de résidents étrangers que ceux-ci n'ont pas un établissement stable au Mexique. Les demandes d'APP sont assujetties aux règles de l'article 34-A du Code fédéral des impôts.

4.9.5 En ce qui concerne le volet maquiladora du programme d'APP, puisque les commettants sont américains dans la grande majorité des cas, en 2016, les autorités fiscales mexicaines et l'agence américaine du revenu, l'IRS, sont parvenues à un accord technique et ont mis en place des mesures administratives afin d'éviter que les contribuables américains exerçant des activités de maquiladora au Mexique soient doublement imposés lorsqu'ils concluent un APP unilatéral avec le Mexique, selon des conditions convenues à l'avance entre les autorités compétentes américaines et mexicaines.

4.9.6 L'accord entre les autorités compétentes instruit l'autorité fiscale mexicaine sur l'approche à suivre pour les contribuables admissibles ayant présenté une demande d'APP unilatéral. Ces contribuables peuvent appliquer un cadre de prix de transfert pouvant produire des résultats de pleine concurrence comme convenu préalablement par les autorités compétentes américaines et mexicaines.

4.10 Recours à l'autorité compétente

4.10.1 Les modifications aux revenus ou aux déductions d'un contribuable mexicain par suite d'une décision de l'autorité fiscale d'une juridiction en matière de conformité au principe de pleine concurrence peuvent uniquement se concrétiser en produisant une déclaration de revenus modifiée, pourvu que le SAT ait accepté cet ajustement et que cet ajustement ait été validé au moyen d'un recours à une autorité compétente dans le cadre de la convention fiscale en vigueur.

4.10.2 Les autorités fiscales peuvent cautionner totalement ou partiellement les majorations résultant d'un ajustement des prix ou des montants de contrepartie dans le cas des transactions entre parties liées, pourvu que ledit cautionnement résulte d'un accord de l'autorité compétente – fondé sur la réciprocité – entre les autorités compétentes du Mexique et celles d'un pays avec lequel le Mexique a conclu une convention concernant la double imposition, et à la condition que lesdites autorités aient remboursé l'impôt correspondant sans paiement d'aucune somme correspondant aux intérêts.

4.11 Mise en œuvre efficace de la norme de pleine concurrence

4.11.1 Les principaux piliers d'une mise en œuvre efficace du principe de pleine concurrence sont les suivants : une législation exhaustive, un personnel formé et adéquat, des procédures de contrôle et un système d'évaluation des risques solide, systématique et précis.

4.11.2 Le Mexique reconnaît qu'un système d'évaluation des risques qui repose sur une assise solide peut favoriser un cycle de contrôle fiscal efficace et, à cet égard, l'administration fiscale mexicaine a, par la mise en œuvre de programmes particuliers de vérification, identifié et contrôlé une série de structures et d'arrangements fiscaux. Ces programmes s'attachent aux causes et effets des structures dommageables, qui, du point de vue des prix de transfert, se répercutent sur les résultats d'exploitation, les résultats nets et l'impôt à payer sur les revenus non déclarés en lien avec des sociétés liées, en particulier les paiements qui érodent la base d'imposition (y compris les paiements versés dans les juridictions à faible imposition ou peu pertinents du point de

vue économique : par exemple, les redevances, les intérêts, les rémunérations au titre des services intragroupes, entre autres) et des réorganisations d'entreprises (réallocations des actifs et des risques).

4.11.3 Les autorités fiscales mexicaines ont régulièrement noté que les transactions portant sur les services intragroupes constituaient un domaine à risque et, en 1981, la loi mexicaine sur l'impôt sur le revenu a été réformée pour inclure une limitation sur la déduction des coûts répartis. Néanmoins, en 2014, la Cour suprême mexicaine a statué que la limitation de la déduction au titre des coûts répartis n'est ni absolue ni illimitée, de sorte qu'une déduction peut être autorisée si certaines conditions sont remplies, à savoir que le service a été rendu, qu'il est utile pour le bénéficiaire et que la transaction est conforme au principe de pleine concurrence.

4.11.4 L'asymétrie de l'information pose problème pour documenter efficacement les transactions portant sur les services intragroupes. Il est donc essentiel que les contribuables fournissent des informations appropriées sur les services rendus, l'entité prestataire des services (même s'il s'agit d'une entité étrangère) et le critère de l'avantage obtenu. Il serait également utile de procéder à une évaluation générale de la situation financière de l'entité bénéficiaire du service, qui doit avoir la capacité financière d'en acquitter les frais ; en outre, il a importé de clarifier auprès des contribuables mexicains qu'en l'absence d'informations appropriées délimitant une transaction portant sur un service intragroupe, les frais s'y rapportant peuvent être non déductibles en vertu de la loi sur l'impôt sur le revenu.

4.11.5 Les redevances versées par un contribuable à des parties liées non résidentes pour l'utilisation temporaire d'actifs incorporels sont susceptibles d'être contestées lorsque les redevances sont de sources mexicaines, que les actifs ont précédemment appartenu à ce contribuable ou à tout contribuable lié résidant au Mexique, et que le transfert des actifs incorporels a eu lieu sans contrepartie ou à un prix non conforme au principe de pleine concurrence.

4.11.6 Le SAT a contesté des arrangements mettant en cause les dépenses de publicité et de commercialisation engagées par des filiales mexicaines en surcroît des redevances versées par ces dernières à leurs parties liées à l'étranger à l'égard d'actifs incorporels, puisque le SAT considère que les filiales mexicaines sont les propriétaires légitimes de la plus-value générée par les actifs incorporels qu'elles ont créés. En effet, ces dernières étaient essentiellement responsables du développement de la notoriété, du positionnement et du prestige de la marque, éléments qui ajoutent de la valeur au cycle économique.

4.11.7 Les filiales mexicaines devraient être rémunérées en fonction de la valeur qu'elles créent grâce aux fonctions exercées, aux actifs utilisés et aux

risques assumés dans la mise au point, l'amélioration, l'entretien, la protection et l'exploitation des actifs incorporels.

4.11.8 L'évaluation économique des actifs incorporels et le montant des redevances provenant de l'utilisation de ces actifs sont deux des éléments clés pour les transactions susmentionnées. Ils doivent être analysés dans le cadre de la réglementation fiscale sur les prix de transfert en vigueur depuis 1997.

4.11.9 Au Mexique, comme dans de nombreux pays, les contribuables ont tendance à surutiliser les méthodes de fixation des prix de transfert fondées sur la marge nette pour appuyer leurs résultats financiers (indépendamment d'un examen attentif du choix de la partie testée), en repérant les comparables externes opérant dans le même secteur dans les bases de données commerciales provenant principalement de pays développés comme les États-Unis et le Canada. En effet, les données publiques de comparables locaux sont rares en raison de la faible capitalisation boursière du Mexique. Étant donné que les conditions macroéconomiques entre le Mexique et les pays développés, en l'occurrence les États-Unis et le Canada, diffèrent dans la plupart des secteurs, il est nécessaire de soumettre les résultats financiers tirés des comparables à des ajustements de comparabilité.

4.11.10 L'ajustement de comparabilité est apporté conformément au principe de pleine concurrence et peut prendre la forme d'un ajustement de capital qui tient compte des différences inhérentes entre les rendements des obligations souveraines des deux pays – le pays de résidence de la partie testée et le pays de résidence du comparable – et est appliqué en tant que facteur en regard du capital investi ou de la valeur d'exploitation de la société. Même si un ajustement en fonction du risque propre au pays améliorerait généralement la comparabilité des sociétés dans cette situation, certaines différences particulières entre les pays en matière de base industrielle doivent être évaluées indépendamment. Les avantages tirés des économies de localisation peuvent constituer un ajustement de comparabilité distinct.

4.11.11 Une structure de planification fiscale agressive qui a été détectée au Mexique était liée à des sociétés de fabrication de plein exercice exerçant toutes les activités de production : achat des matières premières, fabrication des produits, mise au point des produits au moyen d'actifs incorporels, recherche de clients et vente des produits finis aux clients en assumant tous les risques sur le marché mexicain; soudainement, les activités de fabrication se transforment en services de maquiladora, cette dernière agissant vraisemblablement comme une entité à risques limités percevant uniquement une rémunération par le biais d'une marge sur les salaires et d'une commission minimale sur les ventes aux détaillants, bien qu'elle exécute les mêmes fonctions qu'avant la réorganisation.

4.11.12 Ces réorganisations sont remises en question depuis la réforme fiscale de 2014, en vertu de laquelle les sociétés maquiladoras doivent exporter tous les produits qu'elles fabriquent et, s'il s'avère que les produits sont vendus au Mexique, la chaîne de valeur, même fragmentée, est évaluée et intégralement imposée au Mexique, y compris la partie des activités de fabrication et de distribution exercée au Mexique.

4.12 Développements récents

4.12.1 Le SAT s'est engagé à mettre en œuvre les projets relatifs à l'érosion de la base d'imposition et au transfert de bénéfices (BEPS). Dans ce contexte, la réforme fiscale de 2020 (en vigueur pour l'exercice fiscal 2021) intègre l'Action 4 (Limitation des déductions d'intérêts; fixant une limite de 30 pour cent de l'EBITDA, contenue à l'article 28 – XXXII de la LIRM).

4.12.2 En outre, la réforme fiscale susmentionnée a également intégré l'Action 12 (Règles de communication obligatoire d'informations) par le biais des articles 197 à 202 du Code fédéral des impôts. En ce qui concerne les règles relatives à l'obligation déclarative de communication obligatoire d'informations, les montages de prix de transfert qui doivent être divulgués se rapportent aux éléments suivants :

- Transferts d'actifs incorporels difficiles à valoriser;
- Réorganisations d'entreprises;
- Services ou fonctions sans rémunération et transfert de biens et de droits sans contrepartie;
- Transactions pour lesquelles il n'existe pas de comparables fiables;
- Application de régimes de protection étrangers.

5 Afrique du Sud – Perspectives nationales

5.1 Introduction

5.1.1 Les prix de transfert demeurent un axe stratégique pour l'Administration fiscale d'Afrique du Sud (*South African Revenue Service* ou SARS), constituant une partie intégrante de son programme de conformité. Comme l'Afrique du Sud a connu une faible croissance économique ces dernières années et qu'a sévi la pandémie mondiale de COVID-19, l'accent demeure porté sur l'identification et la remise en cause des structures qui mènent au transfert de bénéfices et à des erreurs de fixation des prix.

5.2 Situation des prix de transfert en Afrique du Sud

5.2.1 Le principe fondamental qui sous-tend la législation sud-africaine sur les prix de transfert, depuis sa création, est le principe de pleine concurrence tel qu'énoncé à l'article 9 du Modèle de convention des Nations Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement et du Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE. Ce *Manuel pratique des Nations Unies sur les prix de transfert à l'intention des pays en développement* renforce ce principe pour les pays en développement, tout comme les *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert*.

5.2.2 La législation sud-africaine sur les prix de transfert énoncée à l'article 31 de la loi sur l'impôt sur le revenu (loi n° 58 de 1962) est entrée en vigueur le 1er juillet 1995. Elle a été suivie par la note de pratique 7 relative aux prix de transfert (publiée le 6 août 1999), qui fournit aux contribuables des orientations sur la manière dont le SARS interprète la législation.

5.2.3 En 2012, l'Afrique du Sud a adopté la loi sur l'administration fiscale (loi n° 28 de 2011), qui devait combiner dans un seul texte législatif sous forme générique certaines dispositions administratives de nature fiscale, lesquelles étaient répétées dans diverses lois fiscales. La portée de la loi sur l'administration fiscale est donc élargie à la conformité et à l'administration de la législation sur les prix de transfert.

5.2.4 Les importantes modifications législatives de la loi sur l'impôt sur le revenu et de la loi sur l'administration fiscale sont mises en évidence dans la section 5.4 ci-dessous.

5.3 Développements récents

National

5.3.1 Le ministre sud-africain des Finances a annoncé en février 2013 que le gouvernement entreprendrait un examen de la fiscalité pour évaluer le cadre de la politique fiscale sud-africaine et son rôle dans le soutien des objectifs de croissance inclusive, d'emploi, de développement et de viabilité budgétaire. Un comité appelé « *Davis Tax Committee* » (DTC) a été mis sur pied, et son mandat a été annoncé en juillet 2015.

5.3.2 Le projet BEPS de l'OCDE/G20 a été lancé en septembre 2013 avec la participation de l'Afrique du Sud en tant que partenaire à part entière. Le DTC a donc mis en place un sous-comité BEPS pour répondre aux préoccupations nationales en matière d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices et formuler la position du comité à cet égard. Le DTC a consulté diverses parties prenantes du milieu des entreprises, des syndicats, des organisations de la société civile, des fiscalistes, du SARS, du Trésor national, de la Banque centrale d'Afrique du Sud, des organismes internationaux et des universitaires en diffusant son « *BEPS First Interim Report* » pour commentaires au plus tard le 31 mars 2015. Le rapport final a été publié en juillet 2016.

5.3.3 Après examen et évaluation, le SARS a mis en œuvre certaines des recommandations du DTC portant sur la documentation, les déclarations de revenus et le renforcement des capacités de la Division des prix de transfert.

International

5.3.4 L'Afrique du Sud n'est pas un pays membre de l'OCDE, mais elle détient le statut de participant au Comité des affaires fiscales et d'associé au projet BEPS (Érosion de la base d'imposition et transfert de bénéfices) pour le G20 en 2013. L'Afrique du Sud est donc un associé du Cadre inclusif pour la mise en œuvre du projet BEPS depuis 2016. Toutefois, dans le cadre du projet BEPS de l'OCDE/G20, l'Afrique du Sud était un associé sur un pied d'égalité avec les pays membres de l'OCDE. Le projet BEPS a ciblé des domaines d'amélioration pour l'Afrique du Sud, en particulier en ce qui concerne l'asymétrie de l'information, ce qui a donné lieu à des changements législatifs et administratifs.

5.4 Cadre législatif et administratif

Article 31 de la loi sur l'impôt sur le revenu

Généralités

5.4.1 Les modifications législatives les plus importantes depuis l'adoption de la législation sur les prix de transfert sont entrées en vigueur en 2012, notamment en consolidant les dispositions relatives aux prix de transfert et celles relatives à la sous-capitalisation.

5.4.2 Le champ d'application de l'article 31 a été élargi pour prendre en compte toute transaction ou opération, tout stratagème, accord ou entente conclus entre un résident sud-africain et une personne liée à l'étranger (y compris les établissements stables et les sociétés étrangères contrôlées) au profit d'un résident sud-africain.

5.4.3 Suite à la refonte de la législation sur les prix de transfert, il incombe aux contribuables de démontrer que les transactions conclues sont conformes au principe de pleine concurrence.

Personnes liées

5.4.4 L'une des conditions nécessaires à l'application des dispositions relatives aux prix de transfert est le lien entre les entités. L'article 1 de la loi sur l'impôt sur le revenu définit ce lien à titre de « personne liée ».

5.4.5 À compter du 1^{er} janvier 2022, l'exigence relative aux liens s'élargit encore avec l'inclusion des entreprises associées, telles que définies dans l'article 9 du Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE.

Ajustements secondaires

5.4.6 En 2015, la disposition relative à l'ajustement secondaire a été modifiée de manière à ce que la différence entre le revenu imposable de pleine concurrence et celui qui n'est pas de pleine concurrence soit réputée correspondre à la distribution d'un bien *en nature* dans le cas d'une société et réputée correspondre à un don dans le cas de tout autre type de contribuable.

5.4.7 Aucun allègement n'est accordé dans le cadre d'une convention pour l'impôt sur les dividendes, car le dividende réputé en nature aux fins des prix de transfert a été expressément exclu de la définition de « dividende » à l'article 1 de la loi sur l'impôt sur le revenu.

5.4.8 Comme il incombe au contribuable de démontrer que ses transactions sont conformes au principe de pleine concurrence, les ajustements volontaires effectués après la production de sa déclaration de revenus déclencheront également l'application d'un ajustement secondaire.

Sous-capitalisation et opérations financières

5.4.9 Du fait des modifications législatives de 2012 sur les prix de transfert, les dispositions sur la sous-capitalisation ont changé pour substituer un critère de pleine concurrence au régime de protection défini par le ratio d'endettement de 3 : 1.

5.4.10 Le rapport sur les aspects des transactions financières publié par l'OCDE en février 2020 oriente le SARS en la matière.

5.4.11 L'article 23M de la loi sur l'impôt sur le revenu limite la déductibilité des intérêts excessifs au moyen d'un plafond également applicable aux transactions transfrontalières en matière d'aide financière entre certaines personnes liées.

5.4.12 Le Trésor national procède actuellement à des recherches sur la limitation de l'endettement excessif et a diffusé un rapport intitulé « *Reviewing the tax treatment of excessive debt financing, interest deductions and other financing payments* » (Traitement fiscal du financement excessif par emprunt, déductions d'intérêts et autres paiements) pour consultation publique le 26 février 2020. La date limite pour soumettre des commentaires sur le rapport provisoire est le 30 septembre 2020.

Transactions hors du champ d'application des dispositions relatives aux prix de transfert

5.4.13 Afin d'éliminer le risque de double imposition décrit ci-dessus, le législateur sud-africain a légiféré pour empêcher l'application des dispositions relatives aux prix de transfert à certaines transactions transfrontalières portant sur l'aide financière (par exemple les prêts) et à certaines utilisations transfrontalières de la propriété intellectuelle. En termes plus précis, les prix de transfert ne s'appliqueront pas aux titulaires (c'est-à-dire aux créanciers) de prêts ou de droits de propriété intellectuelle si :

- Le titulaire est une société sud-africaine;
- Le débiteur est une société étrangère contrôlée (SEC) en lien avec le titulaire sud-africain, tandis que 10 pour cent des actions et droits de vote du débiteur sont directement détenus par ce titulaire (seul ou conjointement avec une autre société faisant partie du même groupe de sociétés que le titulaire);

- La SEC possède un établissement commercial étranger; et
- La SEC est imposée à un taux comparable (un taux effectif global correspondant à 67,5 pour cent du taux sud-africain habituellement imposé). Aux fins du calcul de ce seuil de 67,5 pour cent, les impôts étrangers sur le revenu perçu par tous les ordres de gouvernement étrangers (national, provincial et local) doivent être pris en compte. Le calcul du taux effectif global prend également en compte toutes les conventions fiscales et remises et tous les crédits ou autres droits de recouvrement. Enfin, le taux est calculé sans tenir compte des reports de pertes et des pertes de groupe.

5.4.14 Le mémoire explicatif¹⁵⁶ justifie les nouvelles dispositions mentionnées ci-dessus relatives à l'aide financière et aux licences liées à la propriété intellectuelle accordées aux sociétés étrangères contrôlées :

« Les sociétés sud-africaines accordent souvent des prêts sans intérêt à des filiales étrangères contrôlées pour des raisons non fiscales. Ces prêts concessionnels opèrent souvent comme une sorte de capital social implicite (c'est-à-dire qu'ils sont non porteurs d'intérêts et non remboursables à date fixe). Ils offrent principalement l'accès ininterrompu à des fonds s'agissant du droit étranger des sociétés et une protection contre certains effets négatifs du contrôle des changes. En tant que tels, ces prêts jouent un rôle important dans le financement indirect des opérations de démarrage à l'étranger. Les sociétés sud-africaines peuvent également fournir des licences à rendement nul (et d'autres formes de propriété intellectuelle similaires) à des filiales étrangères contrôlées pour des raisons non fiscales similaires. L'absence de rendement sur ces instruments a malheureusement des effets indésirables sur le plan fiscal. Des questionnements en matière de prix de transfert pourraient être soulevés à l'égard du titulaire sud-africain, et celui-ci pourrait donc être imposé sur la base d'un rendement théorique plus élevé. En outre, la société étrangère débitrice n'aura souvent droit à une déduction étrangère que pour les paiements transfrontaliers réels à la société sud-africaine (en comparaison avec une déduction étrangère au titre de paiements théoriques plus élevés). Un risque de double imposition de fait en résulte; un résultat qui réduit la compétitivité internationale des multinationales sud africaines ».

5.4.15 De surcroît, lorsqu'une société résidente sud-africaine (ou toute société appartenant au même groupe de sociétés que la société résidente sud-africaine) octroie une aide financière à une société étrangère dans laquelle la résidente

¹⁵⁶ République d'Afrique du Sud (2012). *Explanatory Memorandum on the Taxation Amendment Bill, 2012*. Paragraphe 5.8. Accessible à l'adresse : <https://www.sars.gov.za/wp-content/uploads/Legal/ExplMemo/LAPD-LPrep-EM-2012-01-Explanatory-Memorandum-Taxation-Laws-Amendment-Bill-2012.pdf>.

sud-africaine (seule ou avec toute autre société appartenant au même groupe de sociétés que la société résidente sud-africaine) constitue une dette due par cette société étrangère à cette société résidente (ou à toute société appartenant au même groupe de sociétés que la société résidente sud-africaine), la société étrangère :

- N'a pas à rembourser intégralement cette dette dans les 30 ans à compter de la date à laquelle la dette est contractée;
- Le remboursement intégral de la dette de la société étrangère est subordonné à ce que la valeur marchande des actifs de la société étrangère ne soit pas inférieure à la valeur marchande de ses passifs;
- Aucun intérêt n'est couru au cours de l'année d'évaluation.

Loi sur l'administration fiscale

Déclarations de revenus

5.4.16 Des améliorations substantielles ont été apportées à la déclaration d'impôt sur le revenu des sociétés afin d'accroître les exigences en matière de communication d'informations relatives aux prix de transfert et d'autres transactions à haut risque (BEPS).

Documentation

5.4.17 Avant 2016, la documentation relative aux prix de transfert en Afrique du Sud n'était assujettie à aucune exigence légale particulière. En 2016, à la suite du projet BEPS et des recommandations formulées par le DTC, les exigences statutaires de rétention documentaire à l'égard des prix de transfert exposées ci-dessous ont été introduites par avis public¹⁵⁷, conformément à l'article 29 de la loi sur l'administration fiscale. L'ampleur de la documentation à conserver est modulée en fonction de la valeur raisonnablement attendue de la transaction :

- Les registres, livres comptables ou documents relatifs à la structure et aux activités commerciales;
- Les registres, livres comptables ou documents à conserver portent sur les transactions concernées.

5.4.18 Les exigences relatives à la déclaration pays par pays, au fichier

¹⁵⁷ South African Revenue Service (2016). Avis public: Duty to Keep the Records, Books of Account or Documents in Terms of Section 29 of the Tax Administration Act, 2011. Accessible en anglais à l'adresse : <https://www.sars.gov.za/wp-content/uploads/Legal/SecLegis/LAPD-LSec-TAdm-PN-2016-05-Notice-1334-GG-40375-28-October-2016.pdf>.

principal et au fichier local pour les grandes entreprises multinationales ont également été introduites en 2016 par avis public¹⁵⁸ aux termes de l'article 25 de la loi sur l'administration fiscale.

Accès à l'information

5.4.19 L'accès à l'information est une des principales difficultés rencontrée dans toute analyse des prix de transfert. Elle est répandue et n'est pas unique à l'Afrique du Sud, ayant d'ailleurs été reconnue dans le projet BEPS. Au fil des ans, le SARS a fait face à des défis de divers ordres en ce qui concerne ses demandes d'information, notamment les suivants :

- Le droit de SARS d'obtenir certains types d'informations : les contribuables font valoir qu'ils ne peuvent pas communiquer les renseignements au motif qu'ils sont commercialement sensibles, non pertinents et hors de portée, non accessibles ou assujettis à une obligation légale de confidentialité;
- Les contribuables demandent de nombreuses prorogations de délai pour se conformer aux demandes d'informations du SARS, si bien que le délai de prescription est soit dépassé soit presque impossible à respecter pour l'examen de ces renseignements;
- Les contribuables mettent en doute le pouvoir du SARS de procéder à des entrevues avec les individus et le personnel pouvant disposer de renseignements pertinents sur la transaction faisant l'objet du contrôle fiscal.

5.4.20 Pour résoudre les difficultés liées aux lacunes décrites ci-dessus, les modifications législatives présentées aux paragraphes suivants ont été apportées à la loi sur l'administration fiscale.

5.4.21 Les dispositions générales de l'article 46 clarifiant les pouvoirs de collecte de renseignements du SARS dans le but de lui permettre de demander des renseignements pertinents ou vraisemblablement pertinents. Rien n'oblige le SARS à expliquer ou à justifier ses demandes de renseignements. Cependant, la protection du secret professionnel est considérée comme une situation exceptionnelle. Pour cette raison, l'article 42A de la loi sur l'administration fiscale a été introduit afin de clarifier les exigences que doivent satisfaire les contribuables qui ne souhaitent pas communiquer au SARS des renseignements

¹⁵⁸ Accessible en anglais à l'adresse : <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/11a9e935-en/index.html?itemId=/content/component/11a9e935-en> et <https://www.gov.za/speeches/revenue-service-automatic-exchange-tax-information-revenue-authorities-27-feb-2017-0000>.

pertinents, mais protégés par le secret professionnel, et le processus à suivre pour résoudre ce problème.

5.4.22 Modification de l'article 46 visant l'accès aux renseignements situés à l'étranger et l'obligation, lorsqu'un différend est en voie d'être résolu, de veiller à ce que les contribuables soient tenus avoir affirmé ne pas avoir pu accéder aux informations situées à l'étranger. Lorsqu'un contribuable fait une telle affirmation, il peut, dans certaines circonstances, se voir interdire de soumettre ces informations à un stade ultérieur.

5.4.23 Modification de l'article 47 désignant les personnes pouvant être interrogées ou être appelées à fournir des informations sur un contribuable, une société ou une entité faisant l'objet d'un contrôle fiscal. L'obligation actuelle à l'article 49 de la loi sur l'administration fiscale, qui permet au SARS de demander à ces personnes d'être interrogées sous serment ou par déclaration solennelle, est importante pour cette modification.

Règle de prescription

5.4.24 Le délai de prescription pour une vérification du SARS est communément de trois ans relativement à la conduite et à la conclusion d'un contrôle fiscal. Le délai de prescription peut être prolongé aux termes de l'article 99 de la loi sur l'administration fiscale :

- Le délai de prescription peut être prolongé d'un commun accord entre le SARS et le contribuable;
- Moyennant un préavis, le SARS peut accorder une prorogation du délai de prescription pour une période correspondant approximativement à la durée du retard du contribuable à fournir les documents pertinents dans les délais requis;
- Ce délai de prescription peut également, au moyen d'un préavis au contribuable, être prorogé par le SARS pour une période de trois ans lorsqu'un contrôle fiscal ou une enquête porte sur les prix de transfert, l'application de la substance par rapport à la forme, la règle générale anti-évitement ou l'imposition d'entités ou d'instruments hybrides.

5.5 Ajustements de fin d'année

5.5.1 Il a été constaté que les sociétés mères des filiales sud-africaines ont de plus en plus tendance à procéder à des transferts de bénéfices au moyen d'ajustements de fin d'année sur le coût des marchandises importées par la filiale sud-africaine ou, encore, directement sur la marge d'exploitation, afin de rapprocher les filiales sud-africaines des « sociétés comparables ». Ce qui se

produit généralement, c'est un changement de politique mondiale de la société mère visant à limiter le rendement de ses filiales (y compris celles basées en Afrique du Sud) à un rendement garanti (déterminé au moyen d'une recherche de comparables). Le changement de politique est souvent suivi d'ajustements des prix de transfert en fin d'année pour veiller à ce que les entités sud-africaines dégagent la marge nette souvent faible qui est visée, alors que le bénéfice résiduel revient à la société mère ou à une société de portefeuille.

5.5.2 Les facteurs favorisant les bénéfices élevés en Afrique du Sud sont peu ou ne sont pas du tout pris en compte lorsque les bénéfices des entreprises comparables sur les marchés étrangers sont comparés (puisqu'il n'existe pas de comparables locaux); de même, peu de considération est accordé au profil fonctionnel et au profil de risque réels des filiales sud-africaines. Les filiales sud-africaines des sociétés multinationales sont souvent classées comme distributeurs ou fabricants à risque limité alors qu'en réalité elles assument bien plus qu'un risque limité.

5.5.3 En outre, fréquemment, une dynamique unique au sein de leur marché permet aux filiales sud-africaines de réaliser des bénéfices plus élevés que leurs homologues ailleurs dans le monde ou que ne le montrent les données comparables obtenues à partir de bases de données étrangères. La participation et le pouvoir d'achat accrus de la classe moyenne offrent également de nouveaux débouchés pour certaines industries.

5.5.4 Il est à noter que les ajustements de fin d'année entraînant des montants sous-déclarés au fisc donneront lieu à un ajustement secondaire, des pénalités et des intérêts. En outre, des droits de douane à l'importation et une TVA supplémentaire pourraient être exigibles s'ils étaient applicables en cas de sous-déclaration.

5.6 Comparabilité

5.6.1 L'absence de comparables locaux pose la plus grande difficulté pour le calcul des bénéfices de pleine concurrence en Afrique du Sud. Ainsi seuls les comparables les plus fiables sont considérés. L'ennui, c'est que ce compromis est à son tour mis à rude épreuve par des bases de données extrêmement peu fournies en comparables en Afrique du Sud ou même en Afrique. Par conséquent, l'administration fiscale et les contribuables s'appuient souvent sur les bases de données européennes pour établir les rentabilités de pleine concurrence.

5.6.2 La mise au point d'ajustements de comparabilité pour tenir compte des différences géographiques (par exemple, les différences liées au marché, à l'économie et à l'environnement politique) en vue d'améliorer la fiabilité des

données comparables est souvent extrêmement complexe à réaliser et peut dans certains cas produire l'effet inverse, c'est-à-dire engendrer des données comparables qui ne sont plus du tout comparables.

5.6.3 Concrètement, le SARS a tenté de procéder à des ajustements de comparabilité, par exemple des ajustements en fonction du risque propre au pays, basés sur la notation du risque-pays et des taux des obligations d'État (parfois appelés taux sans risque) disponibles publiquement. Toutefois, ces ajustements ont été appliqués avec considérablement de prudence et dans des circonstances bien particulières.

5.6.4 Si l'Afrique du Sud est peut-être plus touchée que d'autres pays en ce qui a trait à la disponibilité extrêmement limitée de ses comparables nationaux, de nombreux autres pays sont susceptibles de se retrouver dans une situation similaire. Alors que les modèles d'entreprises des EMN se complexifient et que la consolidation industrielle se généralise, l'accès à des données comparables et l'atteinte d'un certain degré de fiabilité ne posent peut-être pas de problèmes pour l'Afrique du Sud seulement. Ainsi, pour certains types d'activités de fabrication et de distribution à grande échelle, par exemple dans l'industrie automobile, l'absence de données indépendantes comparables est sans doute réelle partout.

5.6.5 C'est pour cette raison, entre autres, que le SARS privilégie une approche plus globale pour déterminer si le principe de pleine concurrence a été appliqué ou non. En cherchant à comprendre le modèle d'entreprise des contribuables tout le long de la chaîne de valeur et en acquérant une compréhension approfondie des sensibilités et des rationalités commerciales gouvernant les transactions et les accords intragroupes, le SARS montre bien que, pour déterminer si le niveau de profit approprié ou de pleine concurrence a été atteint ou non, il ne peut pas se fonder sur des données comparables uniquement ou sans liens avec d'autres facteurs économiques pertinents.

5.7 Actifs incorporels

5.7.1 Comme les actifs incorporels sont souvent de nature « unique », ils posent des problèmes de prix de transfert uniques tant pour les entreprises multinationales que pour les administrations fiscales. Les différends en Afrique du Sud portent sur l'existence d'actifs de commercialisation incorporels locaux ; la propriété économique par opposition à la propriété juridique; et la valorisation des actifs incorporels. Les orientations révisées du chapitre 6 des *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert*, élaborées dans le cadre du projet BEPS, ont été bien accueillies et fournissent des orientations utiles aux pays en développement.

5.7.2 L'expérience sud-africaine montre que la vente d'actifs incorporels mis au point en Afrique du Sud présente une situation quelque peu exceptionnelle par rapport au reste du monde, car la réglementation en matière de contrôle des changes interdit l'exportation de tels actifs en l'absence de l'approbation du *Financial Surveillance Department of the South African Reserve Bank*, l'unité de surveillance financière de la banque centrale de l'Afrique du Sud. Une fois qu'un actif incorporel mondial (à l'exception d'un actif sud-africain) a été vendu à une partie liée à l'étranger, généralement dans une juridiction à faible imposition, cette partie liée acquiert le droit mondial de propriété, sauf en Afrique du Sud. Elle pourra alors concéder des licences sur ce bien incorporel dans le monde entier (sauf en Afrique du Sud) et percevoir des redevances. En outre, les modalités de la vente initiale pourraient stipuler que l'entité sud-africaine continuerait de remplir certaines fonctions en vue de l'amélioration et de la mise au point supplémentaire de cet actif incorporel, moyennant un rendement sur la base du coût majoré. La partie liée ayant acquis le droit légal de propriété ne ferait en fait qu'exercer des activités liées à l'enregistrement et à l'entretien du bien incorporel et gagner un rendement en lien avec ce bien incorporel (sous forme de redevances). Par ailleurs, si cet actif incorporel était vendu en dehors du groupe, l'entité sud-africaine ne participerait pas aux bénéfices qui pourraient être réalisés.

5.7.3 L'Afrique du Sud a adopté des dispositions anti-évitement pour limiter l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices en ce qui concerne la propriété intellectuelle. Il s'agit de la partie 23I de la loi sur l'impôt sur le revenu, qui refuse la déduction générale au titre des droits payés pour l'utilisation de la propriété intellectuelle lorsque cette dernière a été initialement développée en Afrique du Sud et qu'elle a ensuite été transférée dans une juridiction étrangère en vue d'être exploitée sous licence en Afrique du Sud.

5.8 Services intragroupes

5.8.1 Il est de plus en plus courant de voir les entreprises multinationales centraliser la fourniture de certains services au sein d'une seule entité, généralement dans une juridiction fiscalement avantageuse, afin de réaliser les économies d'échelle et d'optimiser les gains d'efficacité rendus possibles par la mondialisation.

5.8.2 L'Afrique du Sud a toujours déclaré qu'elle n'appliquerait pas l'approche simplifiée qui est proposée dans le rapport final du projet BEPS pour les services à faible valeur ajoutée.

5.8.3 En substance, le chapitre 7 des *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert* présente l'approche fondée sur un critère à deux

volets qui est utilisée pour établir le caractère de pleine concurrence des services intragroupe. Premièrement, le service doit effectivement avoir été rendu et, deuxièmement, le prix du service doit être conforme au principe de pleine concurrence (paragraphe 7.5 des *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert*). En ce qui concerne le premier volet du critère, l'approche suivie consiste à déterminer si les services :

- Offrent au bénéficiaire un avantage économique et commercial (maintenant appelé « critère de l'avantage obtenu » dans la révision du chapitre 7);
- Ne sont pas des services que le bénéficiaire assure déjà pour son propre compte (critère des services dédoublés);
- Les services ne doivent pas être fournis en qualité d'actionnaire.

5.8.4 En ce qui concerne le deuxième volet du critère, l'approche adoptée lors du contrôle fiscal vise à confirmer ce qui suit :

- Que la base de coûts convient aux services fournis;
- Que la marge sur coûts est conforme au principe de pleine concurrence;
- Que les clés de répartition sont pertinentes compte tenu des services fournis.

5.8.5 En particulier, le paragraphe 7.29 des *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert* énonce que pour déterminer le prix de pleine concurrence des services intragroupes, la question doit être examinée du point de vue du prestataire des services et du bénéficiaire. Les considérations pertinentes comprennent la valeur du service pour le bénéficiaire ainsi que les coûts pour le prestataire de services.

5.8.6 Le SARS utilise actuellement une approche à la fois pragmatique et ferme pour évaluer les paiements au titre des services intragroupes, de sorte qu'en l'absence de justification commerciale claire ou de leur caractère raisonnable, les paiements ne sont pas pris en compte.

5.9 Règlement des différends

5.9.1 Une fois qu'un impôt a été établi, le contribuable peut faire opposition à la décision.

5.9.2 Actuellement, le mécanisme de règlement extrajudiciaire des différends (*Alternative Dispute Resolution* ou ADR) permet de résoudre un différend autrement que par voie de litige. L'ADR est régi par les règles édictées en vertu de l'article 103 de la loi sur l'administration fiscale.

5.9.3 Le SARS et le contribuable peuvent faire appel à l'ADR une fois que le contribuable a introduit un recours contre le rejet d'une objection relative à une décision du SARS. Le SARS, cependant, prend la décision finale quant à savoir si une question se prête à l'ADR.

5.9.4 Un médiateur, qui s'efforcera de résoudre le différend, animera la réunion tenue entre le contribuable et le SARS dans le cadre de l'ADR. Le contribuable et le SARS peuvent convenir à certaines occasions de ne pas recourir à un médiateur, auquel cas le contribuable et le SARS s'efforceront de résoudre seuls le différend.

5.9.5 Si une question n'est pas résolue, la voie du litige peut être suivie.

5.10 Échange de renseignements

5.10.1 La majorité des accords concernant la double imposition en Afrique du Sud contiennent un article traitant de l'échange de renseignements.

5.10.2 En outre, l'Afrique du Sud a conclu les types suivants de conventions ou accords d'échange de renseignements¹⁵⁹:

- Accord intergouvernemental « *USA Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)* » – Accord entre les gouvernements des États-Unis d'Amérique et de la République d'Afrique du Sud (entre administrations fiscales) pour l'échange automatique de renseignements en vertu des dispositions de la convention concernant la double imposition entre ces pays. La norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale (Norme ou Norme commune de déclaration – NCD) est un modèle d'échange automatique normalisé, qui s'appuie sur l'accord intergouvernemental FATCA pour maximiser l'efficacité et minimiser les coûts, sauf que son champ d'application est maintenant étendu à tous les comptes détenus à l'étranger, en plus de ceux des citoyens américains. L'Afrique du Sud est également l'un des premiers pays à avoir adopté la NCD;
- *Conventions/accords concernant l'assistance administrative mutuelle multilatérale en matière fiscale* – Accords entre les gouvernements (administrations fiscales) de deux juridictions ou plus leur permettant de s'échanger des informations fiscales sur demande, de façon spontanée ou automatique, ainsi que pour se prêter assistance dans la perception de l'impôt;

¹⁵⁹ <https://www.sars.gov.za/legal-counsel/international-treaties-agreements/exchange-of-information-agreements/>.

- *Accords d'échange de renseignements fiscaux bilatéraux (AERF)* – Accords entre les gouvernements (administrations fiscales) de deux juridictions leur permettant de s'échanger des informations fiscales sur demande;
- *Accords concernant la double imposition* – Accords entre les administrations fiscales de deux pays leur permettant d'éliminer la double imposition;
- *Accords (mémorandums d'accord) bilatéraux entre les autorités compétentes conformément à la Norme commune de déclaration (NCD)* – Accords bilatéraux entre les autorités compétentes de deux juridictions leur permettant de s'échanger des renseignements dans le cadre de la NCD;
- *Accords bilatéraux (mémorandums d'accord) pays par pays (PpP) entre les autorités compétentes* – Accords bilatéraux entre les autorités compétentes de deux juridictions leur permettant de s'échanger des déclarations PpP.

5.11 Procédure amiable¹⁶⁰

5.11.1 Des positions différentes prises par deux ou plusieurs administrations sur ce qui constitue des conditions de pleine concurrence à l'égard d'une transaction entre entreprises associées peuvent conduire à une double imposition économique. L'article 25 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE permet aux autorités compétentes de se consulter en vue de résoudre les cas où une imposition n'est pas conforme aux dispositions de la convention. Elles peuvent aussi le faire en présence de problèmes de prix de transfert liés à la double imposition économique. L'Afrique du Sud permet de recourir aux procédures amiables (PA) tout particulièrement dans les cas de prix de transfert. Les dispositions relatives aux accords concernant la double imposition comme le paragraphe 2 de l'article 9 du Modèle de Convention de l'OCDE ou, en l'absence du paragraphe 2 de l'article 9 du Modèle de Convention de l'OCDE, les dispositions du droit interne permettent aux juridictions contractantes de prévoir un ajustement corrélatif dans le but d'éviter la double imposition.

5.11.2 Un cas de PA est un cas de PA relatif à la fixation de prix de transfert lorsque la demande de PA du contribuable porte sur :

- L'attribution de bénéfices à un établissement stable (article 7 du

¹⁶⁰ South Africa Revenue Service (2020). Paragraphe 2.1.3 du *Guide on Mutual Agreement Procedures, Issue 3*. Accessible en anglais à l'adresse : <https://www.sars.gov.za/wp-content/uploads/Ops/Guides/LAPD-IT-G24-Guide-on-Mutual-Agreement-Procedures.pdf>.

Modèle de Convention de l'OCDE)¹⁶¹, y compris s'il faut démontrer qu'un établissement stable existe dans la juridiction contractante (article 5 du Modèle de convention de l'OCDE); ou

- Le partage des bénéfices entre entreprises associées (paragraphe 1 de l'article 9 du Modèle de Convention de l'OCDE) et les ajustements corrélatifs à effectuer en application du paragraphe 2 de l'article 9 du Modèle de Convention de l'OCDE, incluant l'évaluation du bien-fondé de chaque cas et la fixation du montant.

5.11.3 Dans des circonstances normales, les ajustements secondaires (décrits aux paragraphes 4.68 à 4.78 des *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert*) sont annulés si l'ajustement primaire est annulé ou si le contribuable rapatrie auprès du non-résident des fonds équivalant au montant de l'ajustement du prix de transfert. Dans ces deux cas, l'allègement apporté à l'égard de l'ajustement secondaire devrait être une conséquence de la résolution de la PA.

5.11.4 Les PA relatives aux prix de transfert ne couvrent pas les demandes d'APP.

5.11.5 Pour déterminer si les transactions pertinentes sont conformes au principe de pleine concurrence et sont ainsi imposées conformément aux dispositions d'un accord concernant la double imposition, l'Afrique du Sud se reporte aux *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert* et à ce *Manuel pratique des Nations Unies sur les prix de transfert à l'intention des pays en développement*.

5.11.6 Une personne peut simultanément présenter une demande de PA et envisager des recours internes (voir le paragraphe 5.9 en sujet du Règlement des différends ci-dessus). Le SARS peut examiner simultanément une affaire présentée à l'autorité compétente chargée des PA et l'objection formulée à l'encontre l'avis de rectification par le contribuable au titre des dispositions fiscales nationales. Selon les circonstances, les autorités compétentes peuvent reporter la PA jusqu'à ce qu'une décision soit prise quant à l'objection ou si le contribuable a demandé un règlement.

5.11.7 La PA ne suspend pas automatiquement le versement de l'impôt. Par conséquent, il est souhaitable que les contribuables forment une objection ou déposent un appel en présentant simultanément une demande de PA.

5.11.8 L'Afrique du Sud ne s'est pas engagée à recourir au mécanisme

¹⁶¹ L'Afrique du Sud n'a pas adopté l'approche autorisée de l'OCDE. Elle a enregistré une réserve à cet égard.

d'arbitrage dans le cadre de la PA énoncé dans l'Action 14 du BEPS, et la majorité des accords concernant la double imposition en Afrique du Sud ne contiennent pas cette disposition. Les accords concernant la double imposition avec le Canada (1997), les Pays-Bas (2008) et la Suisse (2009) comprennent une disposition prévoyant un mécanisme d'arbitrage.

5.12 Accords préalables en matière de prix de transfert (APP)

5.12.1 L'Afrique du Sud ne s'est pas dotée d'un programme d'APP en raison du peu de ressources dont elle dispose. Cependant, le plan stratégique 2020/2021–2024/2025 du SARS stipule que son premier objectif stratégique est de :

« ... de fournir des informations claires et certaines aux contribuables et aux commerçants quant à leurs obligations » et que « ... les contribuables et les commerçants reçoivent de manière proactive des conseils clairs, et si nécessaire, puissent facilement obtenir de l'aide personnalisée supplémentaire. Certains types de contribuables et de commerçants sont également susceptibles de pouvoir tirer profit de mécanismes tels que les accords préalables en matière de prix de transfert, les processus de décisions anticipées (y compris en matière de TVA et de portée normative générale) et les programmes de conformité coopératifs. »

5.13 Conclusion

5.13.1 En raison de l'évolution rapide du paysage fiscal international et du changement dans le mode de conduite des affaires des entreprises multinationales sud-africaines, l'Afrique du Sud continue d'explorer de nouvelles façons de protéger sa base d'imposition en participant à aux travaux de forums internationaux (tels qu'à l'OCDE, au Forum sur l'administration fiscale africaine et aux Nations Unies).

5.13.2 Cette évolution a entraîné des changements substantiels dans la législation sud-africaine sur les prix de transfert en intégrant certaines des meilleures pratiques et principes directeurs internationaux qui ont permis à l'Afrique du Sud d'être au diapason des normes internationales.

6 Kenya – Pratiques nationales

L'expérience du Kenya en matière de prix de transfert

6.1 Introduction

6.1.1 La fixation des prix de transfert fait référence au fait d'établir des prix pour les transactions entre des entités associées. Il s'agit d'une pratique courante qui accompagne la mondialisation et la croissance du commerce international. La manipulation des prix de transfert augmente le risque de fuite des capitaux et de transfert de bénéfices par les entreprises multinationales. Le Kenya a pris des mesures pour protéger sa base d'imposition des risques liés aux prix de transfert des transactions transfrontalières entre des entités liées, en adoptant et en renforçant ses lois fiscales et les mesures administratives connexes.

6.2 Lois du Kenya en matière de prix de transfert

6.2.1 Le paragraphe 18(3) de la loi sur l'impôt sur le revenu, chapitre 470, Lois du Kenya, est le fondement législatif qui encadre la fixation des prix de transfert au Kenya. Ce paragraphe stipule que le revenu d'affaires provenant de transactions entre une personne résidente ou un établissement stable avec une personne liée non résidente doit être traité comme si les parties étaient des personnes indépendantes traitant dans des conditions de pleine concurrence. Le Règlement de l'impôt sur le revenu (Prix de transfert) de 2006 fournit les lignes directrices que les entreprises liées doivent utiliser pour déterminer le prix de pleine concurrence pratiqué dans leurs transactions de biens et de services. Le Règlement s'inspire fortement des *Principes de L'OCDE applicables en matière de prix de transfert* publiés par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE).

6.3 Mesures prises dans le domaine des prix de transfert

6.3.1 Les lois du Kenya en matière de prix de transfert ont été renforcées au fil des ans. Le paragraphe 18(3) de la loi sur l'impôt sur le revenu fait partie de cet instrument juridique depuis sa mise en œuvre en 1973, mais on l'a peu mis

à l'épreuve pendant de nombreuses années, jusqu'à ce qu'un jugement sur les prix de transfert mettant en cause la société Unilever (Kenya) ne fasse époque en 2005. La vérification effectuée auprès de Unilever (Kenya) en 1998 avait révélé que celle-ci chargeait des prix inférieurs à Unilever (Ouganda) que ceux demandés aux clients du Kenya et aux parties non liées du marché d'exportation, en Ouganda et ailleurs au monde. Ceci a donné lieu à un litige devant les tribunaux. Le tribunal a tranché en faveur d'Unilever, pour deux motifs principaux : il n'y avait pas de règlement pour guider l'interprétation du paragraphe 18(3) à l'époque; et le paragraphe 18(3) manquait lui-même de précision, imposant ainsi la charge de la preuve au commissaire, et non au contribuable. Suivant le jugement rendu dans l'affaire *Unilever Kenya contre le commissaire des impôts nationaux* en 2005¹⁶², le Kenya a publié son Règlement de l'impôt sur le revenu (Règles applicables en matière de prix de transfert) de 2006.

6.3.2 Il y a eu des changements législatifs subséquents au paragraphe 18(3) et à d'autres articles :

- En 2010, le paragraphe a été modifié pour éliminer le passage qui exigeait le commissaire à prouver que les transactions étaient conçues de manière à réduire le bénéfice imposable.
- Pour minimiser les fuites fiscales à travers les prix de transfert, le paragraphe 18(6) a aussi été modifié en 2010, afin d'y inclure les transactions entre les personnes qui ont un lien de sang ou des affinités.
- Par l'entremise de l'avis juridique no 54 de 2012, le commissaire peut émettre des lignes directrices sur l'application des méthodes de prix de transfert comme prévu par les Règles applicables en matière de prix de transfert.
- La loi intitulée *Finance Act 2014* (loi sur les finances de 2014) a élargi la portée pour inclure les opérations entre un non-résident et son établissement stable (ES).
- La loi intitulée *Finance Act 2017* (loi sur les finances de 2017) a introduit le paragraphe 18A, qui a ajouté, à la portée juridique des prix de transfert, les transactions avec des contribuables bénéficiant de régimes préférentiels (conformément à l'Action 5 du projet BEPS sur les pratiques fiscales dommageables).

6.3.3 Ces modifications ont facilité l'application pratique des lois sur les prix

¹⁶² *Unilever Kenya Ltd c. The Commissioner of Income Tax* (Appel en matière d'impôt sur le revenu no 753 de 2003). Haute Cour du Kenya. Accessible en anglais à l'adresse : <http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/12804>.

de transfert au Kenya. Ces lois sont maintenant largement appliquées à la détermination des prix de pleine concurrence par l'Autorité fiscale du Kenya (*Kenya Revenue Authority ou KRA*) et par les contribuables. De nombreuses vérifications des prix de transfert ont été menées depuis, et de nombreux litiges ont été réglés, ce qui a permis de générer d'importants revenus. De nombreuses sociétés effectuant des transactions transfrontalières avec d'autres parties liées ont maintenant inscrit leurs politiques de prix de transfert auprès du commissaire.

6.4 Adoption des résultats du projet BEPS de l'OCDE et du G20

6.4.1 Le Kenya a adopté des principes directeurs reconnus à l'échelle internationale, notamment les principes directeurs des Nations Unies et de l'OCDE sur les prix de transfert, ainsi que les résultats du projet sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS) de l'OCDE.

6.4.2 Le Kenya a adopté les résultats du projet BEPS et a décidé de mettre en œuvre certaines des recommandations des rapports du projet BEPS. Le Kenya est en train d'examiner sa loi sur l'impôt sur le revenu, et son Autorité fiscale (KRA) a proposé de nombreuses modifications à inclure dans la loi révisée, afin de prendre en compte les recommandations du projet BEPS. Parmi les mesures prévues, mentionnons :

a) *Transactions avec des sociétés dans des juridictions à faible imposition*

L'élargissement de la définition des parties prenant part à des transactions internationales pour inclure les sociétés dans des juridictions à faible imposition, ou dans des paradis fiscaux, afin de donner une marge de manœuvre permettant d'examiner le prix des transactions effectuées avec une société dans un paradis fiscal, même dans des cas où le lien entre les deux sociétés n'est pas visible

b) *Régimes fiscaux préférentiels*

Le Kenya a élargi la portée de ses lois sur les prix de transfert afin d'y inclure les transactions avec des entités résidentes liées relevant de régimes fiscaux préférentiels, conformément à l'Action 5 du projet BEPS sur les pratiques fiscales dommageables.

c) *Documentation relative aux prix de transfert*

Le Kenya a élargi la portée de ses lois sur les prix de transfert afin d'y inclure les transactions avec des entités résidentes liées relevant de régimes fiscaux préférentiels, conformément à l'Action 5 du projet BEPS sur les pratiques fiscales dommageables.

- La déclaration PpP;
- La déclaration de renseignements sur les bénéficiaires effectifs;
- La déclaration des activités intérieures; et
- L'imposition de pénalités en cas de non-rétention ou de non-production d'une documentation sur les prix de transfert

d) *Élargissement de la notion d'établissement stable*

Le Kenya est en train d'élargir la notion d'établissement stable pour y inclure les activités qui n'y figuraient pas auparavant, et qui ont trait aux agents dépendants et aux agents commissionnaires, entre autres. Ceci est conforme aux principes énoncés dans l'Action 6 du projet BEPS.

e) *Prix des produits de base*

On a élaboré une proposition pour inclure une méthode additionnelle de comparaison pour les produits de base en fonction des données provenant des marchés internationaux ou nationaux. Ceci s'ajoute aux méthodes traditionnelles.

f) *Renforcement du règlement de différends aux termes de la Procédure amiable.*

Le Kenya est disposé à régler les différends fiscaux avec les pays avec lesquels il a signé des conventions fiscales, conformément à l'Action 14 du projet BEPS.

g) *Élaboration d'un instrument multilatéral*

Le Kenya est déjà en train d'examiner ses présentes conventions concernant la double imposition et de recenser les écarts au sein de ces conventions, afin de proposer des mesures pour les combler. Ceci est conforme aux objectifs de l'Action 15 du projet BEPS.

6.5 Autres projets et propositions

6.5.1 D'autres améliorations aux lois fiscales et aux mesures administratives visant à protéger le Kenya de l'érosion de sa base d'imposition et du transfert de bénéfices émanant des transactions transfrontalières incluent :

a) *Assistance administrative mutuelle en matière fiscale*

Le Kenya a ratifié la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale qui sera déposé auprès de l'OCDE, et qui facilite le partage des informations fiscales avec d'autres juridictions à l'échelle internationale; d'abord sur demande et, à une date ultérieure, s'intégrer à la procédure d'échange de renseignements de façon automatique et spontanée.

b) *Gestion des conventions*

Le Kenya est en train d'élaborer un politique sur les conventions ainsi qu'une stratégie de négociation des conventions, afin de sécuriser et de protéger ses droits d'imposition.

c) *Proposition d'inclure les accords préalables en matière de prix de transfert (APP) dans la loi*

Le Kenya a déjà élaboré un cadre pour les APP, et il a également proposé que ces accords fassent partie de la loi.

d) *Le Kenya fait déjà partie du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements.*

6.6 Administration fiscale pour le développement des capacités en matière de prix de transfert

6.6.1 L'affaire Unilever (Kenya) a figuré parmi les premières vérifications de prix de transfert de la KRA. L'Autorité fiscale du Kenya a établi son unité de vérification des prix de transfert en 2009. Cette unité s'est spécialisée en vérification des prix de transfert et est aujourd'hui devenue *l'International Tax Office* (Bureau de la fiscalité internationale), qui compte un personnel bien formé et dévoué; cet effectif est passé de moins de 10 agents à une quarantaine d'agents. Cette unité assure la compétence de ses agents par l'entremise de formations internes et par une collaboration avec des programmes de formation internationaux financés par la Banque mondiale, par exemple.

6.6.2 L'Autorité fiscale a consacré des ressources à la vérification des prix de transfert en achetant une base de données sur les prix de transfert pour faciliter des études comparatives et de référence, et en fournissant du matériel de bureau et des locaux.

6.7 Relations internationales

6.7.1 L'Autorité fiscale a établi des relations avec de nombreux intervenants internationaux en matière de prix de transfert et de fiscalité internationale, au moyen, par exemple d'une participation active dans des organismes régionaux comme le Forum sur l'administration fiscale africaine et le Comité technique des administrations fiscales de l'Afrique de l'Est; en participant à des conférences internationales sur les prix de transfert; en permettant à ses employés de participer à des vérifications de prix de transfert dans d'autres pays dans le cadre de l'initiative de l'OCDE intitulée Inspecteurs fiscaux sans frontières; et en participant à titre de membre aux groupes de travail du Cadre inclusif sur le projet BEPS. Le Kenya fait partie de plusieurs groupes de travail de l'OCDE y compris :

- Action 1 – Relever les défis fiscaux posés par l'économie numérique;
- Action 5 – Lutter plus efficacement contre les pratiques fiscales dommageables, en prenant en compte la transparence et la substance; et
- Actions 8, 9 et 10 – Veiller à ce que les résultats en matière de prix de transfert soient conformes à la création de valeur.

6.8 Conclusion

6.8.1 Le Kenya a renforcé ses lois fiscales et déployé des efforts afin de les harmoniser avec les pratiques internationales de manière à protéger ses revenus en colmatant les brèches qui avaient causé des fuites fiscales. Le Bureau de la fiscalité internationale de l'Autorité fiscale du Kenya est déterminé à maintenir le pas dans l'environnement en évolution qu'est le milieu de l'imposition des transactions transfrontalières.

Index

A

Accords de répartition des coûts (ARC)	
Considérations générales	360-362
Paiement d'entrée	358-359
Paiement de sortie	359
Accord préalable en matière de prix de transfert (APP)	
Afrique du Sud	698
Cadre juridique	457-458, 468
Chine	624-625
Considérations générales	457-458, 568 - 573
Différent des décisions fiscales anticipées	463
Inde	662-663
Kenya	703
Mexique	676
Actifs incorporels	
Analyse comparative	327-328
Considérations générales	328-329
Sélection de méthodes	328-345
Actif incorporel de commercialisation	305-307
Actifs incorporels manufacturiers	305
Affectation du prix d'acquisition	310-311
Ajustements à la baisse	455-457
Ajustements de comparabilité	
Afrique du Sud	691-692
APP	568-571
Chine	628-629
Comparables internes	99-100
Considérations générales	53-57
Documentation	502-504
Étapes	114-127
Inde	645-646
Méthode CUP	257-259
Mexique	671-673, 682
Sixième méthode	223-224, 227-232
Analyse fonctionnelle	
Considérations générales	63-89
Documentation	500-509
Évaluation des risques	520-522
Méthodes	135-140

MANUEL PRATIQUE DES NATIONS UNIES SUR LES PRIX DE TRANSFERT À
L'INTENTION DES PAYS EN DÉVELOPPEMENT (2021)

Réorganisation d'entreprises	366-367
Services intragroupes	252-255
Arbitrage	
Cadre juridique	434-435
Considérations générales	581-586
C	
Centralisation des fonctions d'approvisionnement	50, 274-297
Chaîne de valeur	
Actifs incorporels	314-315, 318-319
Analyse	13-26
Considérations générales	1, 3-4, 5-6
Charge de la preuve	437-438, 444-446, 454-456
Collectif de travail	313, 328, 345
Comparables secrets	131, 447, 546, 552
Coopération en matière de conformité	443, 566-568, 698
Coûts de transaction	2, 36, 282, 284, 384
Critère de l'avantage	233-237, 242-252
D	
DAEMPE	201-202, 315, 318-326
Déclaration pays par pays (PpP)	
Afrique du Sud	696
Calendrier	513-515
Chine	621-622
Considérations générales	500, 504-509
Dans les pays en développement	509-511
Évaluation des risques	520-521
Inde	665
Kenya	701-702
Mexique	667, 670-671
Douane	
Afrique du Sud	691
Approvisionnement intragroupe	282-283
Chine	622, 635-637
Considérations générales	44
Évaluation des risques	530
Mexique	674
Utilisation de l'évaluation en douane	128-131
Vérification	540

E

Économies de localisation

Caractéristiques du marché	308
Chine	619, 625, 629-632
Comparabilité	91-94, 327-328
Inde	646-647

Évaluation des risques

Considérations générales	519-526
Déclaration pays par pays	507
Facteurs	530
Fonctions d'approvisionnement	274
Insuffisance de comparables	443
Outils	535-533

F

Fabrication à façon 26, 376-378, 622, 634, 638

Fabrication en sous-traitance

Chine	636
Considérations générales	19, 26, 494, 635, 637
Inde	647

Ficher local

Afrique du Sud	668-669
Chine	622
Considérations générales	500-509
Dans les pays en développement	509-511
Inde	665
Mexique	667, 670-671

Fichier principal

Afrique du Sud	688-689
Chine	622
Considérations générales	500-509
Dans les pays en développement	509-511
Inde	665
Mexique	667, 670-671

I

Indicateur de la rentabilité 117, 178-179, 182, 184-185

M

Méthode du partage des bénéfices (PSM)

Considérations générales	195-196
Critères ou clés de répartition des bénéfices	216-219
Faiblesses	197

MANUEL PRATIQUE DES NATIONS UNIES SUR LES PRIX DE TRANSFERT À
L'INTENTION DES PAYS EN DÉVELOPPEMENT (2021)

Forces	197
Insuffisance de comparables	126
Quand l'utiliser	198-206
Transfert d'actifs incorporels	310, 330
Méthode du prix comparable sur le marché libre (CUP)	
Comparables externes	100
Comparables internes	100
Considérations générales	140-143
Faiblesses	146
Forces	145-146
Quand l'utiliser	146-149
Sélection de méthodes	139-140
Services intragroupes	257
Transactions financières	412-415
Méthode du prix de revente (RPM)	
Comparabilité	152-155
Considérations générales	149-152
Faiblesses	156
Forces	155-156
Quand l'utiliser	156-160
Méthode transactionnelle de la marge nette (TNMM)	
Comparabilité	188-190
Considérations générales	171-187
Faiblesses	192-193
Forces	192
Quand l'utiliser	193-195
O	
Obligations en matière de documentation	
Coûts	441-442
Déclaration PpP	504-509
Considérations générales	1-2, 6-7, 28-29, 38-39
Fichier local	502-504
Fichier principal	501-502
Orientations internationales	499-500
Régime de protection	271-273
Réorganisation d'entreprises	37

P

Principe de pleine concurrence

Actifs incorporels	301-302
ARC	347-353
Base juridique	37-41
Considérations générales	27-28, 32-34
Évaluation en douane	128-131
Mise en œuvre	42-45
Réorganisation d'entreprises	365-371
Transactions financières	379-382
Procédure amiable	
Ajustement à la baisse	455-457
Considérations générales	576-578
Considérations particulières liées aux pays en développement	561-563
R	
Ratio de Berry	185-187, 539
Régime de protection	
Cadre juridique	450-455
Services intragroupes	267-274
Transactions financières	408
Rendement de l'actif (RDA)	173, 185, 636
Rendement des capitaux employés (RCE)	185-187
Rendement(s) « ex ante »	323-324
Rendement(s) « ex post »	323-325
Rendement par rapport au coût des marchandises vendues	185
Rendement par rapport aux coûts complets	172-173, 175, 185
Répartition globale selon une formule préétablie	44-45, 196-197, 436-437, 506-507, 638
S	
Services à faible valeur ajoutée	
Exemples	298
Régime de protection	269-271
Sixième méthode	219-232, 409, 413-414, 443, 591
Survaleur	44, 116, 186, 308-312
Synergies de groupe	37, 47-50, 249-250, 312- 313, 328, 345,401
V	
Valeur actualisée des flux de revenus ou de trésorerie futurs	215, 328, 331
Vérifications conjointes	559, 573-574



UN Tax Committee

Cette publication est un produit du Comité
des Nations Unies sur la coopération
internationale en matière fiscale.

eISBN: 9789210001069