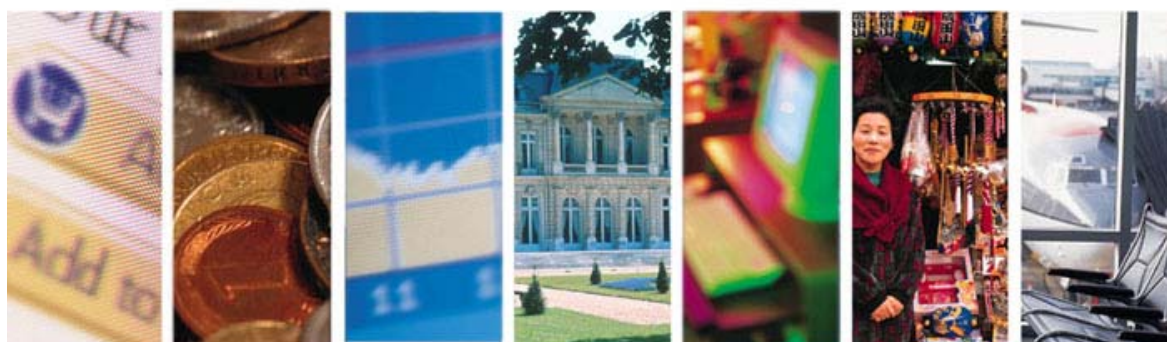




ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES



RAPPORT SUR L'ATTRIBUTION DE BÉNÉFICES AUX ÉTABLISSEMENTS STABLES

17 Juillet 2008



CENTRE DE POLITIQUE ET D'ADMINISTRATION FISCALES

AVANT-PROPOS

Ce Rapport a été approuvé par le Comité des Affaires Fiscales le 24 juin 2008 et par le Conseil de l'OCDE le 17 juillet 2008 pour publication. La Recommandation adoptée par le Conseil est incluse comme addendum au Rapport.

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE	10
RAPPORT SUR L'ATTRIBUTION DE BÉNÉFICES AUX ÉTABLISSEMENTS STABLES	13
PARTIE I : CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES	14
A. Introduction.....	14
B. Énoncé des principes utilisés pour attribuer des bénéfices à un ES	16
B-1. L'approche de l'« entité fonctionnellement distincte »	16
B-2. Principes fondamentaux de l'approche autorisée de l'OCDE	16
B-3. Première étape : assimilation de l'ES à une entreprise distincte	17
(i) Analyse fonctionnelle et factuelle	17
(ii) Attribution d'actifs	19
(iii) Attribution des risques.....	20
(iv) Attribution du capital libre	22
(a) Coûts de financement	23
(v) Prise en compte des opérations internes	23
B-4. Deuxième étape : détermination des bénéfices de l'entreprise théoriquement distincte à partir de l'analyse de comparabilité	24
B-5. Résumé de l'analyse en deux étapes	25
B-6. ES-agent dépendant	26
B-7. Paragraphe 3 de l'article 7.....	27
B-8. Paragraphes 4 et 5 de l'article 7	27
C. Interprétation du paragraphe 1 de l'article 7 : détermination des bénéfices d'une entreprise.....	27
C-1. Approches de la détermination des bénéfices.....	27
(i) L'approche de « l'activité commerciale pertinente »	28
(ii) L'approche de « l'entité fonctionnellement distincte »	30
(iii) Conclusion concernant l'approche de l'« entité fonctionnellement distincte » et celle de l'« activité commerciale pertinente ».....	31
D. Interprétation du paragraphe 2 de l'article 7 : détermination des bénéfices imputables à un établissement stable	32
D-1 Introduction – Article 7 et principe de pleine concurrence	32
D-2 Première étape : déterminer les activités et conditions de l'entreprise théorique distincte.....	33
(i) Fonctions : quelles sont les activités de l'ES ?.....	35
(ii) Risques attribués à l'ES	36
(iii) Actifs : dresser un « bilan fiscal » pour l'ES avec l'approche autorisée de l'OCDE	38
(a) Introduction	38
(b) Actifs corporels	38
(c) Biens incorporels	40
(iv) Attribution de droits et obligations à l'ES.....	45
(v) Capital : dresser un « bilan fiscal » pour l'ES selon l'approche autorisée de l'OCDE	45
(a) Attribution d'une cote de crédit à l'ES.....	45
(b) Attribution du capital et financement des opérations de l'ES	46

(vi)	Prise en compte des « opérations internes »	61
(a)	Introduction	61
(b)	Prise en compte des opérations internes	61
D-3.	Deuxième étape : détermination des bénéfices de l'entreprise théorique distincte à partir de l'analyse de comparabilité	64
(i)	Introduction	64
(ii)	Application des méthodes de fixation des prix de transfert pour l'attribution de bénéfices	64
(iii)	Analyse de comparabilité	66
(iv)	Application de la deuxième étape de l'approche autorisée de l'OCDE aux opérations internes courantes	67
(a)	Changement dans l'utilisation d'actifs corporels	67
(b)	Biens incorporels	68
(c)	Accords de répartition des coûts	71
(d)	Services internes	72
(v)	Traitement des dépenses induites avant et après la période d'existence de l'ES	73
D-4	Documentation	74
D-5	ES-agent dépendant	75
(i)	Introduction	75
(ii)	L'approche autorisée de l'OCDE pour l'ES-agent dépendant	76
(a)	Illustration pratique de l'application de l'approche autorisée de l'OCDE — l'agent dépendant chargé des ventes	78
(b)	Aspects administratifs et documentation	79
E.	Interprétation du paragraphe 3 de l'article 7	80
F.	Interprétation du paragraphe 4 de l'article 7	82
G.	Interprétation du paragraphe 5 de l'article 7	83
PARTIE II : CONSIDÉRATIONS SPÉCIALES POUR L'APPLICATION DE L'APPROCHE AUTORISÉE DE L'OCDE AUX ÉTABLISSEMENTS STABLES (ES) DES BANQUES		85
A.	Introduction	85
B.	Analyse fonctionnelle et factuelle d'une entreprise bancaire traditionnelle	86
B-1	Fonctions exercées	86
i)	Fonctions impliquées dans la création d'un nouvel actif financier - un prêt	86
ii)	Fonctions impliquées dans la gestion d'un actif financier existant - un prêt	87
iii)	Principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque impliquées dans la création et la gestion ultérieure d'un prêt	87
iv)	Fonctions de soutien, fonctions intermédiaires ou fonctions de post-marché	88
B-2	Actifs mis en œuvre	89
B-3	Risques assumés	90
B-4	Capital et financement	91
i)	Introduction	91
ii)	Cote de crédit	92
iii)	Normes de solvabilité	93
iv)	Autres obligations réglementaires	95
v)	Importance du capital « libre »	95
C.	Banques opérant par l'intermédiaire de filiales	96
D.	Application de l'approche autorisée de l'OCDE aux banques opérant par l'intermédiaire d'un ES97	
D-1	Première étape : déterminer les activités et conditions de fonctionnement de l'entreprise considérée par fiction comme distincte	101
i)	Attribution de fonctions, d'actifs et de risques à l'ES	102
ii)	Attribution d'une cote de crédit à l'ES	106
iii)	Attribution de capital à l'ES	107

a)	Attribution du capital « libre » à l'ES.....	107
b)	Attribution de capital autre que « libre » à un ES — la détermination des coûts de financement.....	115
c)	Conclusion sur l'attribution de capital à l'ES.....	116
iv)	Utilisation de l'approche autorisée de l'OCDE pour ajuster les intérêts versés.....	117
v)	Mise en évidence des opérations internes.....	119
D-2	Deuxième étape : détermination des bénéfices de l'entreprise considérée par fiction comme distincte sur la base d'une analyse de comparabilité	120
i)	Application des méthodes de fixation des prix de transfert pour attribuer des bénéfices.....	121
ii)	Activités bancaires traditionnelles.....	123
a)	Fonctions de vente et de soutien.....	124
b)	Fonctions de trésorerie et mouvement interne de fonds/opérations internes portant « intérêts ».....	124
c)	Garanties internes	126
d)	Fonctions de vente/négociation	126
e)	Fonction de gestion du risque et transferts de risque.....	127
f)	Transferts d'actifs financiers existants	129
g)	Fonctions de soutien, fonctions intermédiaires ou fonctions de post-marché	130
iii)	Fonctions d'agent ou d'intermédiaire.....	131
	ANNEXE – APPROCHES BASÉES SUR LE RATIO DE LA BRI.....	134
	PARTIE III : CONSIDÉRATIONS PARTICULIÈRES SUR L'APPLICATION DE L'APPROCHE AUTORISÉE DE L'OCDE AUX ÉTABLISSEMENTS STABLES D'ENTREPRISES EFFECTUANT DES TRANSACTIONS MONDIALISÉES SUR INSTRUMENTS FINANCIERS.....	136
A.	Introduction.....	136
B.	Définition et analyse fonctionnelle et factuelle d'une entreprise effectuant des transactions mondialisées	137
B-1	Définition des transactions mondialisées sur instruments financiers	137
B-2	Situation factuelle.....	138
i)	Le contexte commercial	139
a)	Les établissements	139
b)	Les produits	139
c)	La technologie disponible.....	140
ii)	Stratégie commerciale	140
iii)	Organisation des activités.....	141
a)	Transactions intégrées	142
b)	Gestion centralisée des produits	142
c)	Transactions par des entreprises distinctes.....	143
d)	Caractère dynamique et flexible des opérations mondialisées	144
B-3	Analyse fonctionnelle.....	145
i)	Fonctions exercées.....	145
a)	Fonctions de vente et de commercialisation.....	145
b)	Fonction de négociation et de gestion quotidienne du risque.....	147
c)	Trésorerie.....	149
d)	Soutien, post-marché, intermédiaires	150
ii)	Actifs utilisés	155
iii)	Risques assumés	156
a)	Risque de crédit	157
b)	Risque de marché	158
c)	Risque opérationnel.....	159
d)	Autres risques	160

iv)	Fonds propres et financement.....	160
a)	Introduction	160
b)	Solvabilité.....	160
c)	Obligations en matière de fonds propres	161
d)	Autres obligations réglementaires	161
e)	Importance du capital « libre »	161
C.	Application du principe de pleine concurrence aux transactions effectuées sur le marché mondial entre entreprises associées	161
C-1.	Application générale et méthodes.....	162
i)	Application du principe de pleine concurrence	162
ii)	Méthodes de fixation des prix de transfert	162
C-2	Analyse des transactions mondialisées.....	164
i)	Vente et commercialisation	165
ii)	Négociation et gestion du risque	167
iii)	Fonctions de support, fonctions intermédiaires ou fonctions de post-marché.....	169
iv)	Rôle du capital.....	170
C-3	Méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfices.....	174
i)	Types de méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfices à utiliser.....	174
ii)	Application des méthodes de répartition des bénéfices aux transactions mondialisées	177
a)	Identification des fonctions à rémunérer par une quote-part des bénéfices.....	177
b)	Mesure de la contribution relative des fonctions – pondération des facteurs.....	178
c)	Détermination de la contribution relative de chaque établissement – mesure des facteurs.....	179
d)	Actifs mis en œuvre et risques assumés	182
D.	Application de l’approche autorisée de l’OCDE aux entreprises effectuant des transactions mondialisées par l’intermédiaire d’un ES.....	183
D-1	Première étape : détermination des activités de l’entreprise théorique distincte et des conditions dans lesquelles elles sont exercées	183
i)	Attribution de fonctions, d’actifs et de risques, à l’ES.....	184
a)	Actifs mis en œuvre et conditions de mise en œuvre	185
b)	Risques assumés	186
c)	Conséquences de l’attribution des actifs et des risques à un ES.....	188
ii)	Attribution d’une cote de crédit à l’ES.....	190
iii)	Attribution de capital à l’ES	191
a)	Attribution de capital « libre » à l’ES.....	191
b)	Attribution de capital autre que le capital « libre » à l’ES – détermination des coûts de financement de l’ES.....	192
iv)	Rajustement des coûts de financement déclarés par un ES	193
v)	Mise en évidence des opérations internes.....	193
D-2	Deuxième étape : détermination des bénéfices de l’entreprise théorique distincte sur la base d’une analyse de comparabilité.....	195
i)	Application des méthodes de fixation des prix de transfert aux opérations internes au sein d’une même entreprise	195
ii)	Fonctions liées aux transactions mondialisées	196
a)	Analyse des modèles de négociation/gestion du risque.....	196
b)	Attribution d’actifs et de risques à plus d’une partie de l’entreprise.....	197
c)	Fonctions de gestion du risque et de transferts internes de risques	198
d)	Fonctions de trésorerie et mouvement interne de fonds	200
e)	Services de soutien	201
D-3	ES-agent dépendant	201

PARTIE IV : CONSIDÉRATIONS SPÉCIALES POUR L’APPLICATION DE L’APPROCHE AUTORISÉE DE L’OCDE AUX ÉTABLISSEMENTS STABLES DES SOCIÉTÉS D’ASSURANCE 205

A.	Introduction.....	205
B.	Analyse fonctionnelle et factuelle d'une activité d'assurance	206
B-1.	Aperçu général.....	206
i)	Revenus et capitaux (excédent) de la société d'assurance	207
ii)	Le rôle de la réassurance	208
B-2.	Fonctions exercées.....	210
i)	Fonctions d'une entreprise d'assurance.....	210
a)	Mise au point et gestion des produits	210
b)	Vente et commercialisation	211
c)	Souscription de risques d'assurance	212
d)	Gestion des risques et réassurance.....	214
e)	Gestion des contrats et des sinistres	215
f)	Gestion d'actifs.....	215
g)	Processus de soutien.....	216
ii)	Analyse des fonctions assumées.....	217
B-3.	Actifs utilisés.....	217
B-4.	Risques assumés	218
i)	Types de risques	218
ii)	Normes d'excédent/Marges de solvabilité	221
iii)	Autres normes réglementaires	221
B-5.	ES – agents dépendants	222
C.	Application de l'approche autorisée de l'OCDE aux sociétés d'assurance opérant par l'intermédiaire d'établissements stables.....	223
C-1.	Première étape : déterminer les activités et conditions de l'entreprise distincte fictive.....	230
i)	L'attribution des fonctions, des actifs et des risques à l'ES	230
a)	Généralités.....	230
b)	Fonctions partagées	233
c)	Avantages indirects apportés par les ES de vente	233
d)	ES agent dépendant	234
ii)	Attribution d'une note de crédit /d'une marge de solvabilité à l'ES	236
iii)	Attribution de revenus de placement/d'actifs à l'ES	237
a)	Aperçu général.....	237
b)	L'approche de la répartition du capital	238
c)	Approche fondée sur la sous-capitalisation/le minimum réglementaire ajusté	243
d)	Méthode du régime de protection - quasi sous-capitalisation - minimum réglementaire....	244
e)	Conclusion sur l'attribution des actifs de placement à l'ES	245
f)	Détermination du rendement des actifs de placement attribués à l'ES	246
iv)	Réassurance externe	247
v)	Constatation des opérations.....	248
vi)	Réassurance interne.....	249
C-2.	Seconde étape : calculer les bénéfices de l'entreprise distincte fictive (en fonction d'une analyse de comparabilité)	249
i)	Application des méthodes de fixation des prix de transfert pour l'attribution de bénéfices	250
ii)	Rémunération de fonctions d'assurance particulières.....	252
a)	Souscription des risques assurés.....	252
b)	Gestion des risques et réassurance.....	252
c)	Gestion des actifs.....	253
d)	Gestion et mise au point des produits.....	253
e)	Vente et commercialisation	254
f)	Fonctions de soutien.....	255
D.	Article 7(4) – est-il inutile ?.....	257

E. Article 7(7) - coordination avec l'article 10(4), etc.	257
APPENDICE	260
ADDENDUM: RECOMMANDATION DU CONSEIL SUR L'ATTRIBUTION DE BÉNÉFICES AUX ÉTABLISSEMENTS STABLES	289

PRÉFACE

1. La notion d'établissement stable (ES) est aussi ancienne que les conventions de double imposition. Aujourd'hui, les Principes fiscaux internationaux pour l'attribution de bénéfices à un ES sont stipulés à l'article 7 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE concernant le revenu et la fortune, qui constitue la base du réseau étendu de conventions fiscales bilatérales entre les pays membres de l'OCDE et entre de nombreux pays membres et non membres.

2. Jusqu'à présent, on a observé des différences considérables dans les législations internes des pays membres concernant l'imposition des établissements stables. En outre, il n'existait pas jusqu'à présent de consensus parmi les pays membres au sujet de l'interprétation correcte de l'article 7. L'absence d'interprétation commune et d'application cohérente de l'article 7 peut conduire à une double imposition ou à une imposition insuffisante. Le développement des échanges mondiaux de produits financiers et du commerce électronique a contribué à focaliser l'attention sur la nécessité de parvenir à une position consensuelle sur l'interprétation et l'application pratique de l'article 7.

3. Afin de renforcer le consensus dans ce domaine, le Comité des affaires fiscales de l'OCDE (le Comité) a décidé d'examiner les moyens d'appliquer les Principes directeurs de 1995 de l'OCDE en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales (les Principes directeurs), qui traitent de l'application du principe de pleine concurrence aux transactions entre entreprises associées dans le cadre de l'article 9 (Entreprises associées), dans le contexte des relations entre un établissement stable et le reste de l'entreprise à laquelle il appartient. En première étape de ce processus, une Hypothèse de travail (HT) a été élaborée concernant l'approche à retenir pour l'attribution des bénéfices à un ES en vertu de l'article 7. Cette approche s'appuyait sur les travaux effectués depuis la dernière révision des Commentaires sur l'article 7 en mars 1994¹, et notamment sur la révision fondamentale du principe de pleine concurrence dont les résultats ont été intégrés aux Principes directeurs. Pour élaborer l'hypothèse de travail, on a commencé par examiner dans quelle mesure on pouvait adopter l'approche consistant à considérer un établissement stable comme une entreprise théorique distincte et comment les indications données dans les Principes directeurs pourraient s'appliquer, par analogie, pour l'attribution de bénéfices à un ES selon le principe de pleine concurrence énoncé à l'article 7. Le développement de l'hypothèse de travail n'était pas limité par l'intention initiale ni par la pratique observée et l'interprétation de l'article 7. L'examen était plutôt centré sur la formulation de la meilleure méthode d'attribution de bénéfices à un établissement stable en vertu de l'article 7, compte tenu du caractère multinational des opérations et des échanges actuels.

4. Afin d'atteindre les objectifs politiques décrits plus haut, l'hypothèse de travail a été testée du point de vue de son application pratique pour attribuer des bénéfices aux ES en général et, en particulier, aux établissements stables du secteur financier, où les opérations effectuées par l'intermédiaire d'un ES sont très répandues. Des rapports de référence contenant les résultats provisoires du test de l'application de

1 Cette révision suit la publication du document « Questions de fiscalité internationale n° 5 : Modèle de convention fiscale : attribution de bénéfices aux établissements stables », reproduit au Volume II de la version sur feuillets mobiles du Modèle de convention fiscale de l'OCDE page R(13)-1.

l'hypothèse de travail aux ES en général (Partie I) et pour l'imputation des bénéficiaires aux établissements stables des banques (Partie II) ont été rendus publics pour commentaires en février 2001.

5. Après de larges consultations, un projet révisé de Partie II et un nouveau projet de Partie III (Transactions mondialisées) ont été diffusés pour commentaires en mars 2003. Une version révisée de la Partie I, à la faveur de laquelle l'hypothèse de travail est devenue l'approche autorisée de l'OCDE a été diffusée par la suite pour commentaires en août 2004 et des versions révisées des Parties II et III ont été transmises en même temps aux commentateurs précédents. D'autres versions révisées des Parties I à III ont été diffusées en décembre 2006.

6. Entre-temps, une première version de la Partie IV (Assurance) a été diffusée pour commentaires en juin 2005. À la suite d'une consultation avec les représentants de la profession, une version révisée de la Partie IV a été diffusée en août 2007 et a également été suivie de nouvelles consultations.

7. Ce rapport final, qui inclut les Parties I à IV, indique les vues du Comité sur la manière dont les bénéficiaires imputables à un établissement stable doivent être déterminés. Il remplace toutes les versions précédentes des différentes parties, qui ne doivent plus être considérées comme reflétant les vues du Comité. Il existe entre les pays de l'OCDE un large consensus selon lequel les conclusions indiquées dans ce rapport représentent une amélioration de l'approche utilisée pour l'attribution de bénéficiaires aux établissements stables par rapport à la situation précédente. Le Comité reconnaît toutefois qu'il existe des différences entre certaines de ces conclusions et les pratiques suivies ainsi que l'interprétation traditionnelle de l'article 7 (tel qu'il était rédigé depuis son dernier amendement en 1977) qui ont été exposées dans les Commentaires sur l'article 7 tels qu'ils étaient rédigés avant l'adoption de ce rapport (*c'est-à-dire* tels qu'ils ont été publiés très récemment dans le cadre du Modèle de convention fiscale 2005 de l'OCDE). À titre de référence, le texte actuel de l'article 7, ainsi que de ses Commentaires publiés dernièrement dans le cadre de la Convention fiscale 2005 de l'OCDE, figurent en annexe à ce rapport.

8. Du point de vue du Comité, le meilleur moyen d'assurer aux administrations fiscales et aux contribuables le maximum de certitude quant à la manière dont les bénéficiaires doivent être attribués aux établissements stables consiste à modifier la rédaction de l'article 7 de manière à supprimer le risque de différences d'interprétation fondées sur ces pratiques et sur les Commentaires. Les conclusions qui figurent dans ce rapport seront par conséquent reprises dans une nouvelle version de l'article 7, et dans de nouveaux Commentaires sur cet article, en vue d'être utilisées dans la négociation des conventions futures et des amendements aux conventions existantes. Le Comité a l'intention d'inclure cette nouvelle version de l'article 7 et des Commentaires qui l'accompagnent dans la nouvelle mise à jour du Modèle de convention fiscale de l'OCDE (actuellement prévue pour 2010). En outre, le Comité estime cependant que beaucoup de conclusions exposées dans ce rapport ne sont pas incompatibles avec les Commentaires sur l'article 7 tel qu'il était rédigé avant son adoption. Par conséquent, afin de réduire l'incertitude quant à l'interprétation des conventions existantes sur la base du texte actuel de l'article 7, le Comité a décidé de réviser les Commentaires sur la version actuelle de l'article 7 pour tenir compte des conclusions de ce rapport qui ne sont pas incompatibles avec les Commentaires précédents. Des Commentaires révisés sur le texte actuel de l'article 7 ont été établis en vue de la mise à jour 2008 du Modèle de convention fiscale. Le rapport doit donc être replacé dans ce contexte, en veillant, dans l'interprétation des conventions bilatérales qui incluent l'article 7 dans sa rédaction actuelle (tel qu'il figure en annexe), à n'utiliser que les parties du rapport qui ne sont pas en contradiction avec les Commentaires sur l'article 7 ainsi révisés. À titre de référence, un exemplaire de ces Commentaires révisés sur l'article 7 établis en vue de la mise à jour 2008 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE figure également en annexe au présent rapport.

9. Plusieurs commentateurs des différentes versions de ce rapport se sont inquiétés du fait que ce rapport pouvait être interprété comme affectant le seuil légal qui détermine l'existence d'un ES en vertu de l'article 5. Si le projet de rapport rappelle à plusieurs reprises qu'il ne traite pas du seuil applicable aux ES

mentionné à l'article 5, cette version finale réaffirme ce point et souligne que le rapport n'est censé affecter en aucune manière les critères énoncés à l'article 5 pour déterminer l'existence d'un ES.

10. Enfin, ce rapport a été fondé sur le principe d'application par analogie des indications qui figurent dans les Principes directeurs en vue de déterminer les bénéfices imputables à un ES. Dans la mesure où les Principes directeurs seront modifiés à l'avenir, ce rapport devrait être appliqué en prenant en compte les indications qui y figurent telles qu'elles auront été ainsi modifiées.

RAPPORT SUR L'ATTRIBUTION DE BÉNÉFICES AUX ÉTABLISSEMENTS STABLES

PARTIE I : CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

A. Introduction

1. La notion d'établissement stable (ES) est aussi ancienne que les conventions de double imposition. Au niveau multilatéral, la formulation des divers projets de conventions a beaucoup évolué, des projets de la Société des Nations datant de 1927, 1933, 1943 et 1946 au Projet de convention tendant à éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et la fortune de 1963 et au texte qui lui succède en 1977, le Modèle de convention fiscale de l'OCDE concernant le revenu et la fortune. Aujourd'hui, les principes fiscaux internationaux pour l'attribution des bénéfices à un ES sont définis à l'article 7 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE concernant le revenu et la fortune, qui constitue la base du réseau étendu de conventions fiscales bilatérales entre les pays membres de l'OCDE et entre de nombreux pays membres et non membres. Ces principes sont également intégrés au Modèle de Convention des Nations Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement.

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

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

2. Jusqu'à présent, on a observé des différences considérables dans les législations internes des pays membres concernant l'imposition des établissements stables. En outre, il n'existait pas jusqu'à présent de consensus parmi les pays membres au sujet de l'interprétation correcte de l'article 7. Les interprétations divergentes sur la signification et l'application de l'article 7 dans certaines situations se retrouvent dans les Commentaires sur le Modèle de Convention fiscale (« Commentaires »). Comme le soulignent les milieux d'affaires, l'absence d'interprétation commune de l'article 7 peut conduire à une double imposition. L'absence de consensus peut aussi conduire à une imposition insuffisante. Le développement des échanges mondiaux de produits financiers et du commerce électronique a focalisé l'attention sur les défaillances de la situation actuelle.

3. Par conséquent, le Comité des affaires fiscales (CAF) s'efforce, en vue d'atteindre l'objectif de réduction du risque de double imposition ou d'imposition insuffisante, de définir une meilleure position consensuelle, plus vaste, au sujet de l'interprétation et de l'application pratique de l'article 7 (en particulier aux fins de recours à la procédure amiable et d'interprétation des conventions fiscales fondées sur le Modèle de Convention fiscale de l'OCDE). Pour parvenir à l'objectif de réduction de la double imposition, le Groupe de travail n° 6 sur l'imposition des entreprises multinationales du CAF a formulé une hypothèse de travail (HT) concernant la méthode d'attribution de bénéfices à un ES qui doit être adoptée en vertu de l'article 7 en fonction de considérations de saine politique fiscale, de simplicité et de facilité d'application

pratique. Dans le contexte de l'article 9, les exigences d'une saine politique fiscale (application du principe de pleine concurrence comme méthode la plus équitable possible d'attribution des droits d'imposition) ne sont pas toujours compatibles avec les objectifs de simplicité et de facilité d'application pratique. L'hypothèse de travail a été testée du point de vue de son application pratique, dans des situations générales et en particulier pour des problèmes spécifiques concernant les établissements stables dans le secteur financier, c'est-à-dire pour les banques, les opérations financières mondiales et les assurances. L'évaluation de l'HT est arrivée à sa conclusion et des progrès suffisants ont été accomplis dans la mise au point de cette hypothèse pour que celle-ci constitue désormais l'approche autorisée de l'OCDE.

4. Le processus d'élaboration de l'approche autorisée de l'OCDE n'a pas été limité par la visée initiale ou par la pratique observée et l'interprétation de l'article 7. Au lieu de cela, l'accent a été mis sur la formulation de la meilleure méthode d'attribution de bénéfices à un établissement stable en vertu de l'article 7 compte tenu des opérations multinationales et des échanges actuels.

5. Les commentaires sur l'article 7 ont été régulièrement mis à jour, avec notamment une révision de fond effectuée en mars 1994 après la publication du document « Questions de fiscalité internationale n° 5 : Modèle de Convention fiscale : Attribution de revenus aux établissements stables » (appelé ci-après le Rapport de 1994).¹ Toutefois, le Rapport de 1994 a été établi avant que le CAF n'ait achevé son examen de fond du principe de pleine concurrence, dont les résultats ont abouti en 1995 à la publication des Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert pour les entreprises multinationales et les administrations fiscales (appelés ci-après les « Principes directeurs»). Ces Principes directeurs portent sur l'application de la règle de pleine concurrence aux transactions entre entreprises associées en vertu de l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE. Pour élaborer l'hypothèse de travail, on a commencé par examiner dans quelle mesure on pouvait adopter l'approche consistant à considérer un ES comme une entreprise théorique distincte. L'évaluation et le développement de l'hypothèse de travail ont consisté à examiner comment les indications données dans les Principes directeurs pourraient s'appliquer pour l'attribution de bénéfices à un ES d'une banque ou d'une entreprise effectuant des échanges mondiaux ou exerçant dans le domaine des assurances, conformément au principe de pleine concurrence énoncé à l'article 7. On a examiné en particulier dans quelle mesure des modifications, le cas échéant, seraient nécessaires afin de tenir compte des différences entre un ES et une entreprise indépendante et juridiquement distincte. Il faut noter que, selon l'approche autorisée de l'OCDE, les mêmes principes doivent être appliqués pour attribuer des pertes et des bénéfices. Les références à l'imputation des « bénéfices » devraient donc être considérées comme également applicables à l'imputation des pertes.

6. Ce Rapport porte sur l'interprétation et l'application de l'article 7 qui ont été choisies. La question de savoir si l'interprétation actuelle d'autres articles pertinents du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE (comme les articles 5, 13 et 23) génère un résultat souhaitable dépasse le cadre du présent Rapport. Plus particulièrement, le Rapport ne traite pas de la question de savoir si un ES existe dans le cas d'une activité industrielle ou commerciale déterminée non plus qu'il n'entend modifier de quelque façon que ce soit les normes actuellement applicables en vertu de l'article 5 à la détermination de l'existence d'un ES. La définition d'un ES est donnée à l'article 5 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE et les lecteurs sont priés de se reporter à ses Commentaires pour plus d'informations (y compris les modifications effectuées dans les mises à jour de janvier 2003 et de juillet 2005).

7. Le reste de la Partie I de ce Rapport fournit des indications générales et complémentaires sur l'approche autorisée de l'OCDE pour les cinq premiers paragraphes de l'article 7. La Section B résume les principes fondamentaux de l'approche autorisée de l'OCDE. La Section C analyse l'article 7, paragraphe 1, qui énonce les règles essentielles concernant la répartition des droits d'imposition des bénéfices

1 Reproduit au Volume II du classeur de la Convention modèle OCDE, page R(13-1).

commerciaux d'une entreprise² entre le pays où l'ES est situé (le « pays d'accueil ») et le pays de résidence de l'entreprise (le « pays d'origine »). La Section D analyse l'article 7, paragraphe 2, qui formule les règles essentielles concernant l'attribution des bénéfices industriels et commerciaux d'une entreprise à un ES et le principe de pleine concurrence dans le contexte des ES. La Section E étudie le sens du paragraphe 3, concernant les dépenses, et sa relation avec le paragraphe 2. La Section F examine le paragraphe 4, qui permet dans certaines circonstances l'utilisation d'une méthode de répartition pour attribuer des bénéfices à un ES, sur la base des bénéfices totaux de l'entreprise. La Section G examine le paragraphe 5 de l'article 7, qui établit une règle spéciale pour les ES qui achètent simplement des biens ou des marchandises. L'approche autorisée de l'OCDE est applicable à tous les types d'ES, mais une section séparée examine les circonstances spéciales applicables aux ES qui existent en application de l'article 5(5) de la Convention modèle OCDE (c'est-à-dire les «ES-agents dépendants » ; voir Section D-5).

B. Énoncé des principes utilisés pour attribuer des bénéfices à un ES

B-1. L'approche de l'« entité fonctionnellement distincte »

8. Les pays membres utilisent actuellement deux grandes interprétations de l'article 7, paragraphe 1 : il s'agit de l'approche de l'« entité fonctionnellement distincte » et de l'approche de l'« activité commerciale pertinente ». Malgré le fait que ces approches différentes peuvent produire un résultat identique dans un certain nombre de cas, l'absence actuelle de consensus est dommageable car elle crée un risque réel de double imposition ou d'imposition insuffisante, surtout lorsqu'un pays suit l'approche de « l'entité fonctionnellement distincte » et l'autre celle de « l'activité commerciale pertinente ».

9. Après avoir examiné les mérites respectifs des deux approches, les pays membres de l'OCDE ont finalement décidé d'adopter l'approche fondée sur « l'entité fonctionnellement distincte » comme « approche autorisée de l'OCDE » ou comme interprétation privilégiée du paragraphe 1 de l'article 7.

10. Par conséquent, l'approche autorisée de l'OCDE est que les bénéfices à imputer à un ES sont ceux que cet établissement aurait perçus, dans des conditions de pleine concurrence, s'il avait été une entreprise distincte et juridiquement indépendante exerçant des fonctions identiques ou analogues, dans des conditions identiques ou analogues, déterminées en appliquant le principe de pleine concurrence visé à l'article 7(2). L'expression « bénéfices d'une entreprise » de l'article 7(1) ne doit être interprétée comme affectant la détermination de la part des bénéfices qui doivent être attribués à un établissement stable que dans la mesure où elle confirme expressément que « le droit d'imposer ne s'étend pas aux bénéfices que l'entreprise peut tirer de cet État autrement que par l'intermédiaire de son établissement stable » (il ne doit pas y avoir de « principe de force d'attraction »).

11. La Section C-1 de la Partie I du Rapport contient un exposé plus détaillé de l'approche de l'« entité fonctionnellement distincte » et de celle de l'« activité commerciale pertinente ».

B-2. Principes fondamentaux de l'approche autorisée de l'OCDE

12. L'approche autorisée de l'OCDE ne prescrit pas les caractéristiques spécifiques ou le mécanisme que doit avoir la législation interne mais fixe seulement une limite au montant des bénéfices attribuables qui peuvent être imposés dans le pays d'accueil de l'ES. En conséquence, les bénéfices à attribuer à l'ES sont ceux qu'il aurait obtenus dans des conditions de pleine concurrence s'il était une entreprise juridiquement distincte exerçant les mêmes fonctions ou des fonctions similaires dans les mêmes conditions ou dans des conditions similaires et traitant en toute indépendance avec l'entreprise dont il

2 Aux fins de ce Rapport, les références à « l'entreprise » ou à « l'entreprise dans son ensemble » doivent être comprises comme une référence à l'entité juridique.

constitue un ES, tel que déterminé en appliquant les Principes directeurs par analogie. Cela est conforme à l'une des justifications fondamentales du concept d'ES, qui est de permettre, dans certaines limites, l'imposition d'entreprises non résidentes au titre de leurs activités (compte tenu des actifs utilisés et des risques assumés) dans la juridiction de la source. En outre, l'approche autorisée de l'OCDE n'a pas pour objet d'empêcher l'application de toute législation nationale visant à s'opposer à l'usage abusif des pertes fiscales ou des crédits d'impôt par le transfert des actifs ou des risques. En outre, lorsque leur législation interne ne reconnaît pas les pertes effectuées dans certaines circonstances lors de transactions entre entreprises associées, les pays peuvent considérer que l'approche autorisée de l'OCDE n'exige pas la prise en compte d'une perte sur une transaction analogue lors de la détermination des bénéfices d'un ES.

13. L'interprétation de l'article 7(2) selon l'approche autorisée de l'OCDE est qu'il faut une analyse en deux étapes. Premièrement, il faut procéder à une analyse fonctionnelle et factuelle suivant les indications fournies dans les Principes directeurs afin de délimiter l'ES et le reste de l'entreprise (ou une ou plusieurs divisions de l'entreprise) comme s'il s'agissait d'entreprises associées, chacune exerçant des fonctions, détenant et/ou utilisant des actifs, assumant des risques et concluant des opérations les unes avec les autres et des transactions avec d'autres entreprises associées ou non. Dans le cadre de la première étape, l'analyse fonctionnelle et factuelle doit identifier les activités et responsabilités importantes sur le plan économique qui sont exercées par l'ES. Cette analyse doit dans la mesure pertinente examiner les activités et responsabilités exercées par l'ES dans le contexte des activités et responsabilités exercées par l'entreprise dans son ensemble, plus particulièrement par les parties de celle-ci avec lesquelles traite l'ES. Dans le cadre de la deuxième étape, la rémunération des opérations que concluent entre elles les entreprises théoriques distinctes ainsi délimitées est fixée en appliquant par analogie les outils qui relèvent de l'article 9 en matière de prix de transfert (suivant la présentation qui en est faite dans les Principes directeurs pour les entreprises distinctes), par référence aux fonctions exercées, actifs utilisés et risques assumés par les entreprises théoriques ainsi délimitées. L'exécution des deux étapes permettra de calculer les bénéfices que l'ES tire (ou les pertes qui découlent) de toutes ses activités, y compris les transactions qu'il conclut avec d'autres entreprises non associées et avec des entreprises associées (les Principes directeurs s'appliquant directement) et les opérations internes qu'il effectue avec d'autres parties de l'entreprise (dans le cadre de la deuxième étape de l'approche autorisée de l'OCDE).

14. L'hypothèse selon laquelle un ES est considéré comme une entreprise fonctionnelle distincte n'est qu'une fiction nécessaire pour déterminer les bénéfices commerciaux de cette partie de l'entreprise en vertu de l'article 7. L'approche autorisée de l'OCDE ne doit pas être perçue comme nécessitant que l'ES soit considéré comme une entreprise distincte traitant avec le reste de l'entreprise dont il fait partie aux fins des autres dispositions de la Convention.

15. Ces principes généraux sont exposés plus en détail à la Section D-1.

B-3. Première étape : assimilation de l'ES à une entreprise distincte

La Section D-2 contient un exposé détaillé de la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE.

(i) Analyse fonctionnelle et factuelle

16. L'analyse fonctionnelle et factuelle effectuée dans le cadre de la deuxième étape de l'approche autorisée de l'OCDE joue le même rôle dans l'analyse de comparabilité dans le cadre d'un ES prévue à l'article 7 que dans les situations impliquant des entreprises associées visées à l'article 9. Néanmoins, l'analyse fonctionnelle trouve d'autres applications dans le cadre de la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE lorsqu'il est question de considérer l'ES « comme une entreprise distincte exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues ». Ces autres applications sont nécessaires du fait que l'ES n'est pas effectivement juridiquement distinct du reste de l'entreprise dont

il fait partie comme l'est une entreprise associée d'autres entreprises appartenant au même groupe multinational. Cette différence juridique, dans les faits, soulève dans le cadre d'un ES des questions qui sont étrangères aux situations impliquant des entreprises associées.

17. Entre entreprises non apparentées, la détermination de l'entreprise qui est propriétaire des actifs et qui assume les risques se fait en fonction de contrats juridiquement contraignants ou autres ententes juridiques identifiables. Des considérations analogues s'appliquent aux entreprises associées, à condition que ces contrats ou ententes juridiques reflètent la réalité sous-jacente et respectent les critères établis dans le Chapitre I des Principes directeurs. De même, lorsqu'il est question d'entreprises distinctes, la question ne se pose pas de savoir quelle entreprise détient le capital. Dans le cadre d'un ES, la position juridique, dans les faits, est en revanche qu'aucune partie de l'entreprise en particulier n'est « propriétaire » des actifs, n'assume les risques, ne possède le capital ni ne conclue de contrats avec des entreprises distinctes. La position juridique est donc inutile dans le cadre d'un ES, puisque l'article 7(2) exige que l'ES soit considéré comme s'il s'agissait d'une entreprise distincte exerçant ses propres fonctions, assumant ses propres risques et détenant en propriété ou utilisant ses propres actifs. Il est par conséquent nécessaire conformément au principe de pleine concurrence établi à l'article 7 de concevoir un mécanisme permettant d'attribuer les risques, la propriété économique des actifs³ et le capital à l'ES théoriquement distinct, d'associer à cet ES les droits et obligations découlant de transactions conclues par des entreprises distinctes et l'entreprise dont l'ES fait partie et de prendre en compte les « opérations internes » entre l'ES théoriquement distinct et les autres parties de l'entreprise dont il fait partie (c'est-à-dire l'équivalent interne des transactions conclues par des entreprises distinctes) et d'en déterminer la nature.

18. Comme il est impossible d'avoir recours à une analyse juridique en tant que mécanisme, il faut trouver une autre solution. Après mûre réflexion, l'OCDE a décidé qu'il convient de procéder à une analyse fonctionnelle, celle-ci étayant l'application du principe de pleine concurrence établi à l'article 9 et les Principes directeurs contenant déjà une quantité importante d'indications sur la manière d'y procéder. Toutefois, pour tenir compte des problèmes soulevés par le fait que les actifs, les risques, le capital et les droits et obligations découlant de transactions conclues avec des entreprises distinctes appartiennent à l'entreprise dans son ensemble plutôt qu'à une partie quelconque de celle-ci et qu'aucune transaction juridique n'est conclue par les différentes parties d'une même entité entre elles, il s'est révélé nécessaire de compléter l'analyse fonctionnelle prévue à l'article 9. Par conséquent, l'approche autorisée de l'OCDE attribue à l'ES les risques à l'égard desquels les fonctions importantes pertinentes à la prise en charge et/ou à la gestion (ultérieure au transfert) des risques sont exercées par des personnes rattachées à l'ES et elle attribue aussi à l'ES la propriété économique d'actifs à l'égard desquels ces fonctions⁴ sont ainsi exercées. L'approche autorisée de l'OCDE indique également des façons d'attribuer à l'ES le capital, y compris le capital « libre » (c'est-à-dire, le financement qui ne donne pas lieu à un rendement déductible de l'impôt, de la nature de l'intérêt), qui lui a permis d'exercer les fonctions, d'assumer les risques et d'utiliser les actifs

3 Aux fins de ce Rapport, la propriété « économique » des actifs dans le cadre de l'article 7 s'entend de l'équivalent aux fins de l'impôt de la propriété par une entreprise distincte, avec les avantages et les charges qu'elle comporte (par exemple, le droit au revenu découlant de la propriété de l'actif, notamment les redevances ; le droit d'amortir un bien amortissable ; et la possibilité de réaliser des gains ou de subir des pertes en raison de la plus-value ou de la dévaluation de l'actif).

4 Il convient de noter que l'exercice consistant à identifier les fonctions humaines importantes pertinentes à la prise de risques et celles qui sont pertinentes à la propriété économique des actifs est approprié pour attribuer à des parties données d'une entreprise, dans le cadre de la première étape, la prise de risques et la propriété économique des actifs initiales. Toutefois, il n'en demeure pas moins nécessaire dans le cadre de la deuxième étape de l'approche autorisée de l'OCDE de veiller à ce que toutes les fonctions exercées par l'ES soient rémunérées conformément au principe de pleine concurrence, pas plus que le seuil déterminant l'existence d'un ES en vertu de l'article 5 n'en est affecté de quelque façon.

qui lui ont été attribués, ainsi que les critères applicables à la prise en compte et la qualification des opérations internes entre l'ES et d'autres parties de l'entreprise dont il fait partie.

19. Les fonctions humaines importantes pertinentes à la prise de risques et celles qui sont pertinentes pour déterminer la propriété économique d'actifs varieront d'un secteur commercial à l'autre (par exemple, ces fonctions ne seront vraisemblablement pas les mêmes au sein d'une société pétrolière qu'au sein d'une banque) et d'une entreprise à l'autre au sein d'un même secteur (par exemple, les sociétés pétrolières ou les banques ne sont pas toutes identiques). Il convient de noter qu'une entreprise donnée peut compter une ou plusieurs fonctions humaines importantes pertinentes à la prise de risques et pour déterminer la propriété économique d'actifs, et chacune d'entre elles doit faire l'objet de l'analyse susmentionnée. La mesure dans laquelle les fonctions humaines importantes pertinentes à la prise de risques et celles qui sont pertinentes pour déterminer la propriété économique d'actifs se chevauchent variera également en fonction du secteur et de l'entreprise. Par exemple, dans le cas des actifs financiers détenus par des entreprises financières, les mêmes fonctions humaines importantes seront en général pertinentes tant à la prise de risques que pour déterminer la propriété économique de ces actifs. Cette catégorie spécifique d'actifs est examinée à la Partie II (prêts bancaires), III (produits financiers d'entreprises effectuant des transactions mondialisées sur instruments financiers) et IV (actifs achetés grâce aux primes et aux excédents générés dans le secteur de l'assurance). En raison de la relation particulière entre les risques et les actifs financiers dans ces secteurs spécifiques, l'approche autorisée de l'OCDE a recours à l'expression « fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque » (les « FEEPR ») pour décrire les fonctions pertinentes pour attribuer tant des risques que des actifs, mais cette expression n'est pas utilisée pour les autres secteurs. Dans les secteurs autres que le secteur financier, les risques peuvent être moins étroitement liés aux actifs, de sorte que les fonctions humaines importantes pertinentes à la prise de risques et celles qui sont pertinentes pour déterminer la propriété économique des actifs se chevauchent moins.

20. S'il est important à la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE d'identifier les fonctions humaines importantes pertinentes à la prise de risques et celles qui sont pertinentes pour déterminer la propriété économique des actifs, il est également important à cette étape d'analyser d'autres fonctions exercées par l'ES. En effet, les bénéfices (ou les pertes) de l'ES seront générés par l'ensemble de ses activités, y compris les transactions qu'il conclut avec d'autres entreprises non associées ou avec des entreprises associées (les Principes directeurs s'appliquant directement) et les opérations internes avec d'autres parties de l'entreprise (dans le cadre de la deuxième étape de l'approche autorisée de l'OCDE). À la deuxième étape de l'approche autorisée de l'OCDE, les Principes directeurs sont appliqués par analogie aux opérations internes de l'ES avec d'autres parties de l'entreprise afin de veiller à ce que toutes les fonctions qu'il exerce et qui se rapportent à ces opérations internes sont rémunérées conformément au principe de pleine concurrence. Les opérations internes de l'entreprise théoriquement distincte seront comparées aux transactions conclues par des entreprises indépendantes exerçant des fonctions identiques ou analogues, utilisant des actifs identiques ou analogues, assumant des risques identiques ou analogues et dont les caractéristiques économiques sont identiques ou analogues. Les méthodes de calcul des prix de transfert exposées dans les Principes directeurs sont appliquées pour déterminer le prix de pleine concurrence applicable aux opérations internes. Il convient de noter que les fonctions autres que les fonctions humaines importantes pertinentes à la prise de risques et celles qui sont pertinentes pour déterminer la propriété économique des actifs ne sont pas présumées être en soi de faible de valeur. Leur valeur sera déterminée au moyen des analyses fonctionnelles et de comparabilité en fonction des faits et circonstances propres à chaque cas.

(ii) *Attribution d'actifs*

21. Dans l'approche autorisée de l'OCDE, il est nécessaire de supposer que l'ES est une entreprise distincte. Cela implique notamment de déterminer quels actifs sont la « propriété économique » de l'ES et/ou utilisés par lui. Dans les faits, les actifs n'appartiennent pas à une division de l'entreprise en

particulier, mais à l'entreprise dans son ensemble. Il est donc nécessaire, à la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE, de trouver un moyen d'attribuer la propriété économique. Une approche possible serait d'autoriser les contribuables à désigner la partie de l'entreprise qui possède les actifs sur le plan économique. Bien que directe et simple à administrer, cette approche pourrait inciter les contribuables à attribuer la propriété économique d'actifs d'une manière qui conduirait à une attribution inadéquate des bénéfices et a donc été rejetée comme non conforme au principe de saine politique fiscale. Il existe plutôt un large consensus selon lequel les actifs doivent de façon générale être attribués à la partie de l'entreprise qui accomplit les fonctions humaines importantes pertinentes pour déterminer la propriété économique d'actifs. L'analyse fonctionnelle et factuelle examine tous les faits et circonstances pour déterminer dans quelle mesure les actifs de l'entreprise sont utilisés dans le cadre des fonctions exercées par l'ES et les conditions dans lesquelles ces actifs sont utilisés, y compris les facteurs à prendre en compte pour déterminer la partie de l'entreprise qui est considérée comme détenant la propriété économique des actifs possédés de fait par l'entreprise. L'attribution de la propriété économique d'actifs aura des conséquences à la fois sur l'attribution à l'ES des capitaux et des dettes portant intérêt et sur la répartition des bénéfices.

22. Les conséquences de l'attribution de la propriété économique d'actifs à la première étape pour déterminer les bénéfices à la deuxième étape peuvent dépendre du type d'actif et du secteur dans lequel l'actif est utilisé. Par exemple, la propriété économique d'un actif corporel utilisé dans un processus de fabrication ne suffit pas pour attribuer au propriétaire économique de l'actif les revenus générés par la vente des biens produits au moyen de l'actif. En revanche, le fait d'attribuer la propriété économique d'actifs financiers a pour conséquence d'attribuer les revenus et dépenses découlant de la détention de ces actifs ou de leur prêt ou vente à des tiers.

23. Dans le cas d'actifs financiers d'entreprises financières, la création et la gestion de ces actifs (et des risques qui s'y rattachent) constituent en soi la fonction humaine importante pertinente pour déterminer la propriété économique initiale d'actifs, de sorte que l'attribution initiale de la propriété économique de ces actifs à la partie de l'entreprise qui exerce cette fonction revêt une importance cruciale non seulement pour qualifier l'« entreprise distincte » à la première étape, mais également pour attribuer les bénéfices à la deuxième étape. En effet, l'attribution d'actifs générateurs de revenus détermine également de fait la partie de l'entreprise qui reçoit les revenus et les dépenses liés à ces actifs. Cette catégorie spécifique d'actifs est examinée à la Partie II (prêts bancaires), III (produits financiers d'entreprises effectuant des transactions mondialisées sur instruments financiers) et IV (actifs achetés grâce aux primes et aux excédents générés dans le secteur de l'assurance).

(iii) *Attribution des risques*

24. L'analyse fonctionnelle et factuelle attribuera initialement à l'ES tous les risques inhérents à ses fonctions humaines importantes pertinentes à la prise de risques ou créés dans le cadre de celles-ci, et tiendra compte de toute opération interne ou réelle ultérieure liée au transfert ultérieur de risques ou au transfert de la gestion de ces risques à d'autres parties de l'entreprise ou à d'autres entreprises. Le terme « prise de risques » désigne la prise en charge initiale mais il n'est pas nécessaire que la même partie de l'entreprise soit ultérieurement considérée comme ayant continué de prendre le risque. L'attribution des risques dans le cadre de l'article 7 s'entend de l'équivalent aux fins de l'impôt de la prise en charge de risques par une entreprise distincte, avec les avantages et les charges qu'elle comporte, en particulier la possibilité de réaliser des gains ou de subir des pertes en raison de la concrétisation ou de la non-concrétisation de ces risques. On se demande alors si, et dans quelles circonstances, le cas échéant, des opérations internes donnant lieu à un transfert de risques doivent être prises en compte au sein d'une même entité de sorte que les risques assumés initialement par une partie de l'entreprise seront considérés comme étant ultérieurement assumés par une autre partie de l'entreprise. Les circonstances dans lesquelles il est possible de prendre un tel transfert en compte sont examinées à la Section D-2(vi).

25. Selon la nature des activités de l'entreprise, certains risques seront liés à la perte éventuelle de valeur des actifs attribués à l'ES alors que d'autres découleront d'activités et n'auront pas forcément de lien avec l'existence, strictement parlant, des actifs (par exemple, les risques de responsabilité). Les fonctions humaines importantes pertinentes à la prise de risques sont celles qui nécessitent la prise active de décision en ce qui concerne la prise en charge et la gestion (ultérieure au transfert) de ces risques. L'ampleur de la prise de décision dépendra de la nature du risque dont il est question.

26. Prenons à titre d'exemple le cas d'une entreprise composée d'un siège social établi dans un territoire et d'un ES établi dans un autre. Supposons que des produits sont fabriqués au siège social et livrés aux locaux de l'ES pour être vendus à des clients du territoire de l'ES. Supposons que les fonctions de fabrication sont exercées par des employés du siège social et que les ventes sont conclues par des employés de l'ES. Il est procédé à une analyse fonctionnelle et factuelle qui montre que dans ce cas particulier, cet ES particulier agit en tant que distributeur des produits fabriqués par le siège social. Dans cet exemple, il peut être nécessaire d'attribuer notamment le risque lié au stock excédentaire et le risque de crédit.

27. Selon l'approche autorisée de l'OCDE, l'attribution de ces risques au sein d'une même entreprise sera fonction de l'identification des fonctions humaines importantes pertinentes à l'acceptation initiale et à la gestion ultérieure de ces risques :

- Le risque lié au stock excédentaire sera vraisemblablement considéré comme assumé initialement par la partie de l'entreprise qui décide activement des niveaux du stock. Selon les circonstances, il pourra s'agir du siège social ou de l'ES.
- Le risque de crédit sera vraisemblablement considéré comme assumé par la partie de l'entreprise qui décide de conclure une vente avec un client donné après avoir évalué sa solvabilité. Des questions peuvent toutefois se poser si une partie de l'entreprise évalue la solvabilité de chaque client avant la conclusion d'une vente par une autre partie. En pareil cas, il convient d'établir dans le cadre de l'analyse factuelle et fonctionnelle si les personnes chargées d'évaluer la solvabilité des clients sont celles qui prennent de fait la décision entraînant la prise du risque de crédit, ou si elles exercent une fonction de soutien pour l'ES, lequel prend en définitive la décision de conclure ou non une vente avec un client donné.

28. Il convient de noter que la fixation éventuelle par une autre partie de l'entreprise d'un cadre général applicable au niveau de stock ou aux risques de crédit n'aurait pas d'incidence sur la prise de risques, les fonctions humaines importantes pertinentes à la prise de risques étant celles qui nécessitent la prise active de décisions.

29. L'attribution et l'évaluation des risques constituent un élément important de l'analyse fonctionnelle et factuelle dans la mesure où l'existence de risques a une incidence aussi bien sur l'attribution du capital à la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE que sur l'attribution des bénéfices à l'ES à la deuxième étape. À la première étape, comme le capital suit les risques, la partie de l'entreprise qui exécute les fonctions humaines importantes pertinentes à la prise de risques (ou qui exerce les fonctions humaines importantes pertinentes à la reprise et à la gestion d'un risque initialement assumé par une autre partie de l'entreprise) se verra attribuer le capital nécessaire pour assumer ces risques. À la deuxième étape de l'approche autorisée de l'OCDE, le choix et l'application d'une méthode de calcul des prix de transfert tiendront compte des risques assumés par l'ES et par les autres parties de l'entreprise avec lesquelles il traite.

30. L'attribution des risques est particulièrement importante dans le secteur financier où elle a des répercussions considérables sur l'attribution à la fois du capital et du revenu et des dépenses à l'ES, mais également dans d'autres secteurs. Du fait de la nature de ses activités, le secteur financier dispose

d'instruments très sophistiqués de mesure des risques. En dehors du secteur financier, il reste néanmoins nécessaire – bien que souvent difficile – d'évaluer les risques.

(iv) *Attribution du capital libre*

31. L'analyse fonctionnelle et factuelle attribuera le capital « libre » (c'est-à-dire le financement qui ne donne pas lieu à un rendement déductible de l'impôt de la nature de l'intérêt) à l'ES en vue de l'imposition, afin d'aboutir à une attribution de bénéfices de pleine concurrence à l'ES. Le point de départ de cette attribution du capital est le suivant : selon le principe de pleine concurrence, un ES doit disposer d'un capital suffisant pour couvrir les fonctions qu'il exerce, les actifs dont il a la propriété économique et les risques qu'il assume. Dans le secteur financier, les réglementations fixent des niveaux minimums en capital réglementaire destiné à servir d'amortisseur au cas où les risques inhérents à l'activité se traduiraient par des pertes financières. Le capital fournit un garde-fou analogue dans les secteurs non financiers.

32. Une différence fondamentale entre une entreprise juridiquement distincte et un ES est que la première peut souscrire un accord juridiquement contraignant garantissant tous les risques assumés au titre des fonctions accomplies par une autre entreprise. Pour que cette garantie soit valide, le capital « libre » nécessaire pour couvrir les risques assumés doit se trouver dans une entreprise juridiquement distincte de celle dans laquelle les transactions générant les risques sont comptabilisées. Par contraste, l'une des conditions factuelles essentielles d'une entreprise négociant par l'entremise d'un ES est que le capital « libre » et les risques ne sont pas séparés les uns des autres au sein d'une même entreprise juridiquement autonome. Tenter d'y parvenir à des fins fiscales (c'est-à-dire, considérer qu'une partie d'une entreprise peut garantir un risque assumé par une autre partie de l'entreprise) serait contraire à la situation de fait et incompatible avec l'approche autorisée de l'OCDE. Le capital nécessaire pour couvrir les risques doit découler des risques. En d'autres termes, le capital nécessaire pour couvrir les risques doit être attribué à l'ES par référence aux risques qui lui sont attribués, et non l'inverse.

33. L'attribution de capital « libre » doit être effectuée conformément au principe de pleine concurrence afin de garantir qu'une fraction équitable et appropriée de bénéfices est allouée à l'ES. Cette attribution a pour objet de justifier l'attribution de bénéfices à l'ES en vertu de l'article 7(2). Le Rapport décrit plusieurs approches possibles pour l'application pratique de ce principe, étant entendu que l'attribution de capital « libre » à un ES n'est pas une science exacte, et que les faits et circonstances propres au cas d'espèce sont susceptibles d'aboutir, en ce qui concerne le capital « libre » qui peut être attribué à un ES, à un intervalle de résultats de pleine concurrence et non à un chiffre unique. Les approches autorisées de l'attribution de capital « libre » reposent sur une hypothèse commune, à savoir que l'une des conditions internes de l'ES est le fait que sa cote de crédit est généralement la même que celle de l'entreprise dont il fait partie.

34. L'approche autorisée de l'OCDE reconnaît toute une gamme de méthodes acceptables permettant d'aboutir à un résultat conforme au principe de pleine concurrence, chacune d'elles présentant des avantages et des inconvénients qui se manifesteront plus au moins en fonction des faits et des circonstances propres à chaque cas. Différentes méthodes adoptent différents points de départ pour déterminer la fraction du capital « libre » attribuable à un ES, qui accordent plus d'importance à la structure effective de l'entreprise dont l'ES fait partie ou, en alternative, aux structures du capital d'entreprises indépendantes comparables. Pour attribuer le capital « libre », il est essentiel de mettre en évidence :

- o l'existence des forces et faiblesses de chaque approche et les cas dans lesquels elles sont susceptibles de se manifester (aspect discuté plus en détail à la Section D-2(v)(b)(3)) ;

- qu'il n'existe pas un seul montant de « capital libre » de pleine concurrence, mais une plage d'attributions potentielles à l'intérieur de laquelle il est possible de trouver un montant de capital « libre » susceptible de se conformer au principe fondamental énoncé ci-dessus.

(a) Coûts de financement

35. L'ES a besoin d'un certain montant de ressources financières, constituées de capital « libre » et de dettes portant intérêt. L'objectif est de lui imputer un montant d'intérêts de pleine concurrence en utilisant l'une des approches autorisées pour l'attribution de capital « libre » pour couvrir les fonctions, actifs et risques qui lui sont attribués. Ces questions sont examinées plus en détail à la Section D-2(v)(b)(4).

(v) *Prise en compte des opérations internes*

36. La prise en compte (ou non) des opérations internes entre un ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie comporte plusieurs aspects. Premièrement, un ES n'est pas équivalent à une filiale et en fait il n'est ni juridiquement ni économiquement distinct du reste de l'entreprise dont il fait partie. Il s'ensuit que :

- sauf circonstances exceptionnelles, toutes les divisions de l'entreprise ont la même cote de crédit. Cela signifie que le prix auquel sont effectuées les opérations internes entre un ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie doit être fixé en admettant qu'ils ont la même cote de crédit ; et
- qu'il n'y a pas lieu de faire garantir la cote de crédit de l'ES par le reste de l'entreprise, ni de faire garantir la cote de crédit du reste de l'entreprise par l'ES.

37. En second lieu, les opérations internes entre un ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie n'ont pas de conséquence juridique pour l'entreprise dans son ensemble. Il est donc nécessaire d'examiner plus attentivement les opérations internes entre un ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie que les transactions entre deux entreprises associées. Il est aussi nécessaire d'examiner plus attentivement la documentation (en l'absence inévitable de contrats juridiquement contraignants par exemple) qui pourrait exister par ailleurs et considérant la singularité de la question, les pays souhaiteraient qu'il incombe aux contribuables de prouver clairement que l'opération interne doit être prise en compte.

38. Cette nécessité d'un examen plus minutieux signifie qu'il est nécessaire de franchir un seuil avant d'admettre qu'une opération interne équivaut à une transaction qui aurait eu lieu entre des entreprises indépendantes agissant dans des conditions de pleine concurrence. Ce n'est que lorsque ce seuil est franchi, qu'une opération interne peut être prise en compte dans la répartition des bénéfices conformément à l'article 7(2). L'analyse fonctionnelle et factuelle devra déterminer si un événement réel et identifiable s'est produit et doit être pris en compte comme opération interne significative sur le plan économique entre l'ES et une autre partie de l'entreprise.

39. Par exemple, un document comptable et des pièces justificatives de la même date faisant apparaître une opération interne qui a pour effet de transférer des risques, des responsabilités et des avantages significatifs sur le plan économique constitueraient un point de départ utile pour l'attribution de bénéfices. Les contribuables sont encouragés à préparer une telle documentation, susceptible de réduire considérablement le potentiel de litige concernant l'application de l'approche autorisée de l'OCDE. Les administrations fiscales accordent un crédit à cette documentation, nonobstant son absence de valeur juridique, dans la mesure où :

- la documentation est cohérente avec la nature économique des activités menées par l'entreprise, tel que montré par l'analyse fonctionnelle et factuelle ;

- les modalités de l'opération interne qui font l'objet d'une documentation, prises dans leur ensemble, ne sont pas différentes de celles dont auraient convenu des entreprises indépendantes comparables ayant un comportement commercial rationnel ou, si elles diffèrent, la structure exposée dans la documentation du contribuable n'empêche pas de fait l'administration fiscale de déterminer un prix de transfert approprié ; et
- l'opération interne exposée dans la documentation du contribuable ne viole pas le principe de l'approche autorisée de l'OCDE, par exemple en prétendant transférer les risques de manière à les séparer des fonctions.

Voir les paragraphes 1.26 à 1.29 et 1.36 et 1.41 des Principes directeurs, par analogie.

40. Il est cependant important de noter que l'approche autorisée de l'OCDE n'a généralement pas pour objectif d'imposer des obligations en matière de documentation pour les opérations internes plus lourdes que celles qui s'appliquent aux transactions intervenues entre entreprises associées. De surcroît, comme c'est le cas de la documentation relative aux prix de transfert dont il est question dans les Principes directeurs, les obligations en matière de documentation ne doivent pas se traduire pour le contribuable par des coûts et des charges disproportionnés au regard des circonstances.

41. Troisièmement, lorsque des opérations internes sont susceptibles d'être prises en compte, elles peuvent donner lieu à un transfert d'actifs et/ou de risques entre l'ES et d'autres parties de l'entreprise dont il fait partie. En conséquence, la qualification et la prise en compte des opérations internes auront une incidence sur l'attribution à l'ES des risques, des actifs et par conséquent, du capital.

B-4. Deuxième étape : détermination des bénéfices de l'entreprise théoriquement distincte à partir de l'analyse de comparabilité

La Section D-3 contient un exposé plus détaillé de la deuxième étape de l'approche autorisée de l'OCDE.

42. Lorsque des opérations internes sont susceptibles d'être prises en compte, leur prix doit être fixé dans des conditions de pleine concurrence, en prenant pour hypothèse que l'ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie sont indépendants l'un de l'autre. Il convient d'utiliser par analogie les instructions contenues dans les Principes directeurs.

43. L'approche autorisée de l'OCDE doit comparer les *opérations internes* entre l'ES et l'entreprise dont il fait partie et des *transactions* entre entreprises indépendantes. Cette comparaison doit se faire en suivant, par analogie, l'analyse de comparabilité décrite dans les Principes directeurs. Par analogie avec les Principes directeurs, la comparabilité dans le contexte de l'ES signifie soit qu'aucune des différences (le cas échéant) entre les opérations internes et les transactions intervenues entre entreprises indépendantes n'a d'incidence sensible sur l'indicateur utilisé pour attribuer des bénéfices à l'ES, soit que des rajustements suffisamment précis peuvent être apportés afin d'éliminer les effets importants de ces différences. Des principes analogues aux règles d'agrégation du Chapitre I des Principes directeurs doivent aussi s'appliquer pour permettre d'agréger les opérations internes de l'ES, le cas échéant, lorsqu'on détermine les bénéfices imputables à l'ES.

44. Si l'on continue de suivre, par analogie, l'approche des Principes directeurs, il convient d'établir la rémunération de pleine concurrence, selon l'approche autorisée de l'OCDE, en appliquant les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions (méthode du prix comparable sur le marché libre, méthodes du prix de revente et du prix de revient majoré) ou, lorsque ces méthodes ne peuvent pas être appliquées de

façon fiable, les méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfices (méthode du partage des bénéfices et méthode transactionnelle de la marge nette).

45. Dans une transaction de pleine concurrence, une entreprise indépendante chercherait normalement à facturer cette fourniture de manière à réaliser un bénéfice, et non simplement à prix coûtant, bien qu'il puisse y avoir des cas où la fourniture faite à un prix de pleine concurrence ne procure pas de bénéfice (se reporter au paragraphe 7.33 des Principes directeurs, par exemple, pour ce qui concerne la fourniture de services).

46. La Section D-3(iv) examine un certain nombre d'opérations internes courantes qui méritent une mention spéciale : opérations internes impliquant un changement dans l'utilisation d'actifs corporels ou incorporels, accords de répartition des coûts et prestations de services internes.

B-5. Résumé de l'analyse en deux étapes

47. L'attribution de bénéfices à un établissement stable d'une entreprise selon le principe de pleine concurrence résultera du calcul des bénéfices (ou des pertes) découlant de l'ensemble de ses activités, y compris les transactions conclues avec d'autres entreprises non apparentées et avec des entreprises apparentées (appliquant directement les Principes directeurs), ainsi que les opérations internes avec d'autres parties de l'entreprise (dans le cadre de la deuxième étape de l'approche autorisée de l'OCDE). Cette analyse comporte les deux étapes suivantes :

Première étape

Une analyse fonctionnelle et factuelle aboutissant à ce qui suit :

- L'attribution à l'ES selon que de besoin des droits et obligations découlant de transactions intervenues entre l'entreprise dont l'ES fait partie et des entreprises distinctes ;
- L'identification des fonctions humaines importantes pertinentes pour déterminer la propriété économique d'actifs et l'attribution de celle-ci à l'ES ;
- L'identification des fonctions humaines importantes pertinentes à la prise de risques et l'attribution de ceux-ci à l'ES ;
- L'identification d'autres fonctions de l'ES ;
- La prise en compte et la détermination de la nature des opérations internes entre l'ES et d'autres parties de la même entreprise qui peuvent être dûment prises en compte, ayant respecté le critère du seuil ;
- L'attribution de capital sur la base des actifs et des risques attribués à l'ES.

Deuxième étape

La fixation, selon le principe de pleine concurrence, des opérations internes prises en compte au moyen de ce qui suit :

- La détermination de la comparabilité entre les opérations internes et des transactions sur le marché libre, effectuée en appliquant directement les facteurs de comparabilité des Principes directeurs (caractéristiques de la propriété ou des services, conditions économiques et stratégies des entreprises) ou par analogie (analyse fonctionnelle, conditions contractuelles) à la lumière de la situation factuelle particulière de l'ES ; et

- L'application par analogie des méthodes traditionnelles des Principes directeurs fondées sur les transactions ou, lorsque ces méthodes ne peuvent être appliquées d'une manière satisfaisante, des méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfices afin de déterminer la rémunération de pleine concurrence versée au titre des opérations internes entre l'ES et le reste de l'entreprise, compte tenu des fonctions exercées et des actifs et risques qui lui sont attribués.

La fixation, selon le principe de pleine concurrence, du prix des transactions avec des entreprises associées attribuées à l'ES devrait suivre les indications qui figurent dans les Principes directeurs et n'est pas examinée dans le présent Rapport. L'ordre dans lequel sont présentés ci-dessus les éléments composant chacune des étapes ne doit pas être interprété comme étant normatif, les divers éléments pouvant être inter reliés (par exemple, le risque est attribué initialement à un ES du fait qu'il exerce les fonctions humaines importantes pertinentes à la prise de risques, mais la prise en compte et la qualification d'opérations internes ultérieures entre l'ES et une autre partie de l'entreprise gérant le risque peut donner lieu au transfert à cette autre partie du risque et du capital qui permet de l'assumer).

48. On peut constater que l'analyse fonctionnelle et factuelle est nécessaire principalement pour considérer l'ES comme s'il s'agissait d'une entité fonctionnellement distincte, identifier les fonctions humaines importantes pertinentes pour déterminer la partie de l'entreprise qui assume et/ou gère ultérieurement des risques donnés et est propriétaire économique d'actifs donnés, et attribuer à l'ES en tant qu'entité théoriquement distincte un montant approprié de capital. Cette étape de l'analyse est vraisemblablement nécessaire pour identifier la partie de l'entreprise qu'il convient de considérer comme héritant des droits et obligations découlant des transactions conclues avec d'autres entreprises, ainsi que les opérations internes qu'il convient de considérer comme ayant été effectuées entre l'ES et d'autres parties de l'entreprise. Ensuite, il est important d'identifier les fonctions exercées respectivement par l'ES et d'autres parties de l'entreprise avec laquelle il est considéré effectuer des opérations internes pour fixer le prix de celles-ci à la deuxième étape de l'approche autorisée de l'OCDE.

B-6. ES-agent dépendant

49. Ce Rapport n'a pas pour objet d'examiner s'il existe un ES en vertu de l'article 5 (5) du Modèle de convention fiscale de l'OCDE (un « ES-agent dépendant »), mais d'analyser les conséquences de l'existence d'un ES-agent dépendant du point de vue des bénéfices qui doivent être imputés à cet ES.

50. En présence d'un ES-agent dépendant conformément à l'article 5 (5), la question se pose de savoir comment attribuer les bénéfices à l'ES. La réponse est la suivante : il faut appliquer les mêmes principes que ceux utilisés pour les autres types d'ES, car toute autre solution ne serait pas conforme à l'article 7 et au principe de pleine concurrence. Pour la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE, une analyse fonctionnelle et factuelle permettra de déterminer les fonctions exercées par l'entreprise agent dépendant, tant pour son propre compte que pour le compte de l'entreprise non résidente. D'une part, l'entreprise agent dépendant sera rémunérée pour les services qu'elle fournit à l'entreprise non résidente (compte tenu de ses actifs et de ses risques (le cas échéant)). D'autre part, l'ES-agent dépendant se verra imputer les actifs et les risques de l'entreprise non résidente qui sont liés aux fonctions qu'il exerce pour le compte de cette entreprise ; il se verra attribuer également un capital suffisant au regard de ces actifs et risques. L'approche autorisée de l'OCDE attribue ensuite les bénéfices à l'ES-agent dépendant en fonction de ces actifs, de ces risques et de ce capital.

51. La Section D-5 examine plus en détail l'attribution de bénéfices à un ES-agent dépendant.

B-7. Paragraphe 3 de l'article 7

52. L'article 7(3) est sujet à diverses interprétations, et les pays membres ont examiné tout un éventail de possibilités. Les positions concernant l'article 7(3) s'appuient le plus souvent sur deux interprétations contradictoires. La première est que cette disposition vise principalement à faire en sorte que la déductibilité des dépenses au titre de l'activité d'un ES ne soit pas refusée pour des raisons non valables, en particulier parce que ces dépenses sont exposées hors du pays où se trouve l'ES, ou parce qu'elles ne sont pas exposées exclusivement pour l'ES. L'autre interprétation modifie le principe de pleine concurrence énoncé à l'article 7(2) en ce que 1) les coûts imputables à l'ES doivent être déductibles même s'ils sont supérieurs à ceux qu'exposerait une partie agissant dans des conditions de pleine concurrence et 2) une autre composante de l'entreprise ne peut récupérer davantage que ses coûts au titre des dépenses exposées pour les fins poursuivies par l'ES, à moins que ces dépenses ne concernent directement des opérations avec des tiers.

53. Après avoir discuté des différentes interprétations, les pays membres ont conclu que l'approche autorisée de l'OCDE est que l'article 7(3) vise uniquement à ce que les dépenses au titre de l'activité d'un ES soient prises en compte pour l'attribution des bénéfices à l'ES, en particulier lorsqu'elles sont exposées hors du pays de l'ES ou ne sont pas exposées exclusivement pour l'ES.

54. On notera, sur la base de l'analyse concernant l'article 7(2), que l'approche autorisée de l'OCDE ne rend pas obligatoire l'attribution d'un bénéfice (voir le paragraphe 13, ci-dessus). En outre, l'approche autorisée de l'OCDE détermine seulement les dépenses qui doivent être attribuées à l'ES. Elle ne détermine pas si ces dépenses, une fois attribuées, sont déductibles pour le calcul des bénéfices de l'ES. Cela relève du droit interne du pays d'accueil.

55. La Section E de la Partie I du Rapport examine en détail l'interprétation à donner au paragraphe 3 de l'article 7.

B-8. Paragraphes 4 et 5 de l'article 7

56. Selon l'approche autorisée de l'OCDE seuls les paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 7 sont nécessaires pour déterminer l'attribution de bénéfices à un ES. Une exception possible à la conclusion ci-dessus concerne l'attribution de bénéfices à un ES exerçant des activités d'assurance. La Partie IV du Rapport qui porte sur le secteur de l'assurance n'est pas encore terminée mais la plupart des pays membres de l'OCDE sont d'avis que puisque, conformément à l'approche autorisée de l'OCDE, seuls les paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 7 sont nécessaires pour déterminer l'attribution de bénéfices à un ES, l'article 7(4) n'est plus nécessaire.

57. Les pays membres de l'OCDE sont parvenus à un large consensus selon lequel l'article 7(5) n'est pas compatible avec le principe de pleine concurrence et n'est pas justifié. L'approche autorisée de l'OCDE est qu'il n'est pas nécessaire d'avoir une règle spéciale pour les cas de « simple achat ». Il ne doit pas y avoir de limite à l'attribution de bénéfices à l'ES dans ce cas, hormis la limite imposée par l'application du principe de pleine concurrence.

58. Les Sections F et G examinent l'interprétation à donner aux paragraphes 4 et 5 de l'article 7.

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

C-1. Approches de la détermination des bénéfices

59. Le paragraphe 1 de l'article 7 autorise le pays d'accueil à imposer les « bénéfices d'une entreprise », mais uniquement dans la mesure où ils sont « imputables à » un ES de l'entreprise situé sur

son territoire. Dans le passé, on s'est beaucoup intéressé à la question de savoir comment déterminer l'imputation visée par l'article 7(2), mais il convient en réalité de répondre avant tout à une autre question : quels sont les « bénéfices d'une entreprise » aux fins de l'article 7(1) ?

60. Malheureusement, les commentaires sur l'article 7 n'apportent que peu d'indications sur la façon d'interpréter l'expression « bénéfices d'une entreprise », si ce n'est de confirmer que « le droit d'imposer ne s'étend pas aux bénéfices que l'entreprise peut tirer de cet État autrement que par l'intermédiaire de son établissement stable. » Cette formulation limite le champ d'application des droits d'imposition du pays d'accueil, de sorte qu'il n'y a pas de « force d'attraction » liée à l'existence d'un ES (voir les paragraphes 5-10 des commentaires sur l'article 7). Toutefois, la question se pose de savoir si l'expression « bénéfices d'une entreprise » nécessite une limitation plus importante des droits d'imposition du pays d'accueil. La pratique historique a abouti à deux interprétations générales au sein des pays membres. Il existe d'autres variantes susceptibles d'être prises en compte, dont la plus importante a trait à la signification du terme « bénéfices ». Cette partie du Rapport analyse plus en détail les deux interprétations générales et examine brièvement les variantes possibles de l'interprétation du terme « bénéfices ».

(i) *L'approche de « l'activité commerciale pertinente »*

61. La première interprétation générale, dite approche de « l'activité commerciale pertinente », définit les bénéfices d'une entreprise en retenant uniquement les bénéfices de l'activité commerciale à laquelle l'ES participe (« activité commerciale pertinente »). Cette formule n'apparaît ni dans l'article 7 ni dans ses commentaires, mais ressort des pratiques nationales d'interprétation de la signification de l'expression « bénéfices de l'entreprise » à l'article 7 (1).

62. Selon cette approche, l'article 7(1) limite les bénéfices attribuables à un ES en vertu de l'article 7(2) : les bénéfices attribués ne peuvent pas excéder les bénéfices que l'entreprise dans son ensemble tire de l'activité commerciale pertinente. Les bénéfices de l'ensemble de l'entreprise seraient ceux tirés de transactions avec des tiers et ceux tirés de transactions avec des entreprises associées, lesquels devraient être ajustés en vertu des règles sur les prix de transfert s'ils ne reflètent pas l'application du principe de pleine concurrence.

63. Les bénéfices de l'entreprise dans son ensemble seraient considérés comme englobant la totalité des profits et pertes résultant de toutes ses activités commerciales. Toute limitation des bénéfices imputables à un ES en vertu du paragraphe 1 de l'article 7 serait déterminée uniquement d'après les bénéfices de l'activité commerciale pertinente. Plus précisément, si « l'activité commerciale pertinente » inclut les activités d'autres divisions de l'entreprise, et si ces activités occasionnent une perte, la « perte » créée par les autres divisions de l'entreprise réduirait en fait le bénéfice qui pourrait être imputé à l'ES, car cette « perte » viendrait réduire les bénéfices globaux que l'entreprise tire de l'activité commerciale pertinente. En revanche, les pertes dues à une activité commerciale qui n'est pas considérée comme faisant partie de la même « activité commerciale pertinente » que celle qu'exerce l'ES ne réduiraient pas le bénéfice imputable à l'ES.

64. Les pays ne partagent pas tous la même analyse de l'application pratique de l'approche fondée sur « l'activité commerciale pertinente ». Par exemple, le fait que « l'activité commerciale pertinente » soit définie de façon large ou étroite influe notablement sur la question de savoir si la limitation théorique des bénéfices exposée ci-dessus aura un effet dans la pratique. La probabilité de voir les résultats d'autres divisions de l'entreprise limiter l'imputation de bénéfices à un établissement stable est d'autant plus grande que l'expression « activité commerciale pertinente » est définie de façon large. Par exemple, considérons le cas d'une entreprise qui fabrique un nouveau type de produit au siège social et possède un ES qui se charge uniquement de la distribution. Le développement du produit implique des dépenses de recherche considérables, générant une perte globale pour la gamme de produits. Le produit n'est pas très bien

accueilli par le marché et l'entreprise décide finalement d'abandonner sa fabrication. Si « l'activité commerciale pertinente » englobe toutes les activités de la gamme de production, c'est-à-dire les activités de recherche et de développement, la fabrication et la distribution, il ne serait pas possible d'imputer un bénéfice à l'ES pour sa seule activité de distribution, même si une analyse de comparabilité avec des transactions réalisées par des distributeurs indépendants plaiderait en faveur d'une telle imputation.

65. Si, en revanche, « l'activité commerciale pertinente » est définie plus étroitement, par référence à une fonction plutôt qu'à une gamme de production, il est possible que d'autres divisions de l'entreprise prennent une moins grande part à cette fonction, de sorte que la limitation des bénéfices s'appliquerait dans un plus petit nombre de cas. Dans l'exemple ci-dessus, il serait possible d'imputer un bénéfice à l'ES distributeur sur la base d'une définition fonctionnelle de l'activité commerciale pertinente, c'est-à-dire uniquement par référence aux résultats de la fonction de distribution. Toutefois, la détermination de « l'activité commerciale pertinente » devient plus difficile lorsque l'ES et d'autres divisions de l'entreprise participent à des activités analogues. Supposons que l'entreprise ait des ES distributeurs dans deux pays (A et B) et qu'à la suite d'une analyse de comparabilité avec des transactions réalisées par des distributeurs indépendants dans chaque pays, on puisse attribuer des bénéfices de 10 à A, mais que l'on impute une perte de 15 à B, de sorte que l'activité globale de distribution pour l'entreprise dans son ensemble se solde par une perte de 5. Le pays A doit-il limiter la définition de « l'activité commerciale pertinente » à la fonction de distribution exercée sur son territoire et ne pas tenir compte de la fonction de distribution accomplie dans le pays B ? Dans le passé, les pays d'accueil se sont montrés réticents à l'idée de limiter l'attribution de bénéfices par référence aux activités exercées par d'autres ES.

66. Les droits d'imposition du pays d'accueil peuvent également être restreints si « l'activité commerciale pertinente » est interprétée comme signifiant que des bénéfices ne peuvent être attribués à l'ES que si l'activité est exercée uniquement sur le territoire du pays d'accueil. Une telle interprétation peut soulever des problèmes dans certains cas, par exemple lorsque les transactions mondialisées sur instruments financiers s'effectuent de telle manière que plusieurs pays, et non un seul, seraient considérés comme participant à « l'activité commerciale pertinente ».

67. Il y a aussi des différences, selon les pays, en ce qui concerne la période sur laquelle « l'activité commerciale pertinente » est évaluée. Il se peut que certains pays n'évaluent pas la situation uniquement en se référant à un seul exercice. Par conséquent, si l'activité commerciale a généré une perte une année, cela n'empêche pas l'attribution de bénéfices à l'ES pour cette année, à partir du moment où « l'activité commerciale pertinente » est rentable sur un certain nombre d'années. Une autre variante consisterait pour le pays d'accueil à fonder ses droits d'imposition sur la supposition (toujours réfutable en fonction des observations faites) selon laquelle l'activité commerciale pertinente serait suffisamment rentable sur plusieurs années, auquel cas les droits d'imposition du pays d'accueil ne seraient pas restreints. Dans les circonstances décrites ci-dessus, certains pays concluraient qu'il y a des « bénéfices de l'entreprise » à attribuer, même s'ils ont été réalisés à différents moments dans différentes divisions de l'entreprise, peut-être à cause de différences dans les cycles de l'activité économique et commerciale. Toutefois, l'imputation effective de bénéfices serait effectuée séparément pour chaque exercice par référence aux faits et circonstances propres à cet exercice. Les instructions données aux paragraphes 1.49-1.51 des Principes directeurs sur l'utilisation de données portant sur plusieurs années doivent être appliquées.

68. En outre, certains pays appliquent la limitation prévue par l'approche fondée sur « l'activité commerciale pertinente » par référence aux bénéfices bruts. D'autres appliquent la limitation séparément aux recettes et aux dépenses. Certains pays appliquent la limitation des bénéfices sur la base de l'activité commerciale par référence au bénéfice net cumulé des différentes divisions de l'entreprise. Les deux premières approches sont susceptibles de générer moins de cas où la limitation des bénéfices s'appliquerait, car le calcul de la limite tiendrait moins compte des dépenses encourues par les autres divisions de l'entreprise.

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

69. La deuxième interprétation générale du concept de « bénéfices d'une entreprise » est l'approche de « l'entité fonctionnellement distincte ». A la différence de l'approche de « l'activité commerciale pertinente », cette approche fait écho à la formulation de l'article 7 (2) qui stipule que les bénéfices à attribuer à l'ES sont ceux « qu'il aurait pu réaliser s'il avait constitué une entreprise distincte... traitant en toute indépendance avec l'entreprise dont il constitue un établissement stable ». Cette approche ne limite pas les bénéfices imputables à l'ES par référence aux bénéfices de l'entreprise dans son ensemble ou à une activité industrielle ou commerciale donnée à laquelle l'ES a participé et, correctement appliquée, elle doit réduire l'incidence de la double imposition. Dans cette approche, le paragraphe 1 de l'article 7 est interprété comme n'ayant pas d'effet sur la détermination de la part des bénéfices qui doivent être imputés à l'ES, si ce n'est qu'il confirme que « le droit d'imposer [du pays d'accueil] ne s'étend pas aux bénéfices que l'entreprise peut tirer de cet État autrement que par l'intermédiaire de son établissement stable ». Il n'y a donc pas de « force d'attraction » résultant de l'existence d'un ES. Les bénéfices à imputer à un ES sont ceux qu'il aurait réalisés, dans des conditions de pleine concurrence, s'il était une entreprise « distincte » exerçant des fonctions identiques ou analogues, dans des conditions identiques ou analogues, déterminés en appliquant le principe de pleine concurrence de l'article 7(2). Cet aspect est analysé en détail dans la Section D ci-dessous.

70. Un aspect fondamental pour comprendre les approches présentées ci-dessus concerne le moment auquel les bénéfices peuvent être attribués à l'ES par le pays d'accueil. Comme le stipule le paragraphe 15 des commentaires sur l'article 7, « Plusieurs États considèrent qu'il y a réalisation de bénéfices imposables lorsqu'un bien — qu'il s'agisse ou non d'un stock de marchandises — faisant partie de l'actif d'un établissement stable situé sur leur territoire est transféré à un établissement stable ou au siège central de la même entreprise situé dans un autre État ». L'approche fondée sur « l'entité fonctionnellement distincte » permet d'attribuer des bénéfices à l'ES même si aucun bénéfice n'a encore été réalisé par l'entreprise dans son ensemble, par exemple lorsque l'ES achève la fabrication de produits et les transfère à une autre division de l'entreprise pour distribution ou assemblage. Il est toutefois reconnu que ces effets peuvent être neutralisés avec le temps. En revanche, l'approche de « l'activité commerciale pertinente » ne considère généralement pas que les bénéfices sont attribuables à l'ES tant que l'entreprise dans son ensemble n'a pas réalisé de bénéfices lors de transactions avec d'autres entreprises. Le transfert d'un bien peut entraîner une double imposition ou une imposition insuffisante lorsque les deux États interprètent différemment la question de savoir si des bénéfices peuvent être imputés au titre de ce transfert.

71. Une autre question fondamentale pour comprendre ces approches et qui peut donner lieu à une double imposition concerne les modalités de calcul des bénéfices à attribuer à l'ES. Les méthodes de calcul des bénéfices diffèrent parce que l'approche de « l'entité fonctionnellement distincte » sera sans doute fondée sur les opérations de l'ES (y compris celles qu'il réalise avec les autres divisions de l'entreprise dont il fait partie), tandis que l'approche de « l'activité commerciale pertinente » prendra comme point de départ les opérations de l'entreprise dans son ensemble. Dans les situations où, selon l'approche de « l'activité commerciale pertinente », il y a des « bénéfices de l'entreprise » à attribuer qui sont au moins égaux à la fraction des bénéfices calculés selon la méthode de « l'entité fonctionnellement distincte », il ne devrait pas, en théorie, y avoir de différence pour les bénéfices attribués à l'ES quelle que soit l'approche adoptée. En effet, en vertu de l'article 7(2), le principe de pleine concurrence doit s'appliquer de manière aussi rigoureuse aux deux approches. Toutefois, lorsque les deux États utilisent des méthodes différentes pour calculer les bénéfices, cela peut générer un risque accru de double imposition ou d'imposition insuffisante, sinon en théorie, du moins dans la pratique.

(iii) *Conclusion concernant l'approche de l'« entité fonctionnellement distincte » et celle de l'« activité commerciale pertinente »*

72. En résumé, les pays membres utilisent actuellement deux grandes interprétations de l'article 7, paragraphe 1⁵. Malgré le fait que ces approches différentes peuvent produire un résultat identique dans un certain nombre de cas, l'absence actuelle de consensus est dommageable car elle crée un risque réel de double imposition ou d'imposition insuffisante, surtout lorsqu'un pays suit l'approche de « l'entité fonctionnellement distincte » et l'autre celle de « l'activité commerciale pertinente ». Les pratiques commerciales modernes et le développement des échanges mondiaux et du commerce électronique risquent d'accroître la fréquence de ces cas.

73. Parmi les pays membres adeptes de l'approche fondée sur « l'activité commerciale pertinente », la plupart estiment que cette approche est imposée par l'article 7, paragraphe 1, si l'on se base sur la formulation précise du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, mais que l'approche de « l'entité fonctionnellement distincte » serait préférable si elle faisait l'objet d'un soutien plus explicite dans les commentaires sur l'article 7. Ces pays pensent que l'approche de « l'entité fonctionnellement distincte » serait préférable parce qu'elle est plus compatible avec le libellé de l'article 7(2) et le principe de pleine concurrence appliqué dans le contexte de l'article 9.

74. Du point de vue de la compatibilité avec le principe de pleine concurrence, l'approche de « l'entité fonctionnellement distincte » est préférée parce que (mises à part les questions de force d'attraction) elle n'impose pas de limitation des bénéfices attribuables à l'ES susceptible d'affecter le calcul des bénéfices imputables à l'ES conformément au principe de pleine concurrence visé par l'article 7(2).

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

76. L'approche de « l'entité fonctionnellement distincte » n'est pas forcément plus simple à gérer dans tous les cas. La quantité d'informations requises par la méthode de « l'activité commerciale pertinente » peut être acceptable si l'on adopte une définition étroite de « l'activité industrielle ou commerciale relative » ou si l'approche est appliquée dans le contexte d'un accord préalable en matière de prix dans le cadre de la Procédure amiable.

5 Mentionnons, pour information, que les pays membres ont également envisagé deux autres interprétations possibles de l'expression « bénéfices d'une entreprise », bien qu'elles ne soient pas utilisées dans la pratique. La première interprétation est que l'expression « bénéfices de l'entreprise » désigne les bénéfices nets totaux de l'entreprise dans son ensemble. Selon cette approche, l'ES ne pourrait pas se voir attribuer un bénéfice supérieur aux bénéfices nets totaux de l'entreprise dont il fait partie. Une telle interprétation ne tient pas compte de la possibilité d'une réduction des bénéfices nets totaux par suite de pertes liées à des activités qui n'ont aucun rapport avec les activités de l'ES.

La deuxième interprétation entend par « bénéfices de l'entreprise » le bénéfice brut total de l'entreprise. Selon cette approche, l'ES ne pourrait pas se voir attribuer un bénéfice supérieur aux bénéfices bruts totaux de l'entreprise dont il fait partie. Cette approche se heurte au même problème que celui identifié dans le paragraphe précédent, mais dans une moindre mesure car la limitation s'applique au niveau des bénéfices bruts et non des bénéfices nets. En résumé, ces deux approches ont été rejetées comme non conformes au texte de l'article 7 et ne produisant pas un résultat compatible avec une saine politique fiscale.

77. Du point de vue de la compatibilité, l'approche de « l'entité fonctionnellement distincte » est préférée parce qu'elle reflète le type d'analyse qui serait effectuée si l'ES était une entreprise indépendante et juridiquement distincte. Par ailleurs, elle permet mieux d'attribuer les bénéfices concernant une activité industrielle ou commerciale particulière dans des conditions de neutralité quant à la question de savoir si l'activité est exercée par une entreprise résidente ou non résidente.

78. Le paragraphe 3 de ce Rapport identifie la nécessité de parvenir à un consensus au sujet de « la méthode d'attribution de bénéfices à un ES qui est préférable en vertu de l'article 7 » et fait observer que les objectifs de saine politique fiscale, de simplicité et de facilité d'application pratique ne vont pas toujours dans le même sens. Pour parvenir à un consensus, il faut choisir, l'une des deux approches décrites plus haut. Après avoir examiné les mérites respectifs de l'une et de l'autre, les pays membres de l'OCDE ont finalement décidé d'adopter l'approche fondée sur « l'entité fonctionnellement distincte » comme approche autorisée de l'OCDE ou comme interprétation privilégiée du paragraphe 1 de l'article 7. En outre, les commentaires publics et la consultation ont révélé un large soutien pour cette approche.

79. Par conséquent, l'approche autorisée de l'OCDE est que les bénéfices à imputer à un ES sont ceux que cet établissement aurait perçus, dans des conditions de pleine concurrence, s'il avait été une entreprise distincte et juridiquement indépendante exerçant des fonctions identiques ou analogues, dans des conditions identiques ou analogues, déterminées en appliquant le principe de pleine concurrence visé à l'article 7(2). L'expression « bénéfices d'une entreprise » de l'article 7(1) ne doit être interprétée comme affectant la détermination de la part des bénéfices qui doivent être attribués à un établissement stable que dans la mesure où elle confirme expressément que « le droit d'imposer ne s'étend pas aux bénéfices que l'entreprise peut tirer de cet État autrement que par l'intermédiaire de son établissement stable » (il ne doit pas y avoir de « principe de force d'attraction »).

D. Interprétation du paragraphe 2 de l'article 7 : détermination des bénéfices imputables à un établissement stable

D-1 Introduction – Article 7 et principe de pleine concurrence

80. Le paragraphe 2 de l'article 7 stipule que, « sous réserve des dispositions du paragraphe 3 » de l'article 7, les bénéfices à imputer à un ES sont « les bénéfices qu'il aurait pu réaliser s'il avait constitué une entreprise distincte exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues et traitant en toute indépendance avec l'entreprise dont il constitue un établissement stable. »

81. Cette formulation trouve ses origines dans le projet de convention adopté par la Société des Nations en 1933 et est reconnue comme l'expression du principe de pleine concurrence dans le contexte des établissements stables dans le paragraphe 11 des commentaires sur l'article 7 qui indique que ce texte « correspond au principe de pleine concurrence envisagé dans les commentaires sur l'article 9 ». Le principe de pleine concurrence a donc toujours été au cœur de l'article 7. Les Principes directeurs contiennent une analyse détaillée des modalités d'application du principe de pleine concurrence en vertu de l'article 9 dans le contexte d'un groupe multinational. Leurs instructions sont plus récentes que les dernières modifications apportées aux commentaires concernant l'application du principe de pleine concurrence prévu à l'article 7.

82. Par conséquent, l'approche autorisée de l'OCDE consiste à appliquer le principe de pleine concurrence de l'article 9, tel qu'il est expliqué dans les Principes directeurs, à l'attribution de bénéfices à un ES en utilisant le principe de pleine concurrence conformément à l'article 7(2).

83. Un obstacle potentiel à cette approche a déjà été résolu dans la Section C ci-dessus, où l'interprétation de l'article 7(1) fondée sur l'« activité commerciale pertinente » a été rejetée en faveur d'un

consensus sur l'approche⁶ de « l'entité fonctionnellement distincte ». Un second obstacle potentiel à l'application sans réserve du principe de pleine concurrence à l'article 7 tient au fait que l'une des deux interprétations communes du paragraphe 3 de l'article 7 modifierait le principe de pleine concurrence concernant la fraction des dépenses admise en déduction lors de l'attribution de bénéfices à un ES. Cette question est examinée à la Section E ci-dessous. Un troisième aspect à prendre en compte est qu'aux fins de l'article 7, il est nécessaire de supposer que l'ES est une entreprise théorique distincte de l'entreprise dont elle constitue un établissement stable, tandis que dans le cas de l'article 9, les entreprises examinées sont effectivement indépendantes et juridiquement distinctes.

84. Pour tenir compte de ces deux préoccupations, l'approche autorisée de l'OCDE doit appliquer les instructions figurant dans les Principes directeurs non pas directement, mais par analogie. Le présent Rapport examine comment et dans quelle mesure les instructions contenues dans les Principes directeurs peuvent être appliquées, par analogie, afin d'attribuer des bénéfices à un ES, et comment adapter et compléter ces instructions pour tenir compte des différences de fait entre un ES et une entreprise juridiquement distincte et indépendante. Dans ce contexte, il y a lieu de noter que l'objet de l'approche autorisée de l'OCDE n'est pas d'aboutir à un résultat équivalent entre un ES et une filiale en termes de bénéfices mais plutôt d'appliquer aux opérations internes entre parties distinctes d'une même entreprise les mêmes principes en matière de prix de transfert qu'aux transactions entre entreprises associées. Il y a généralement des différences économiques entre le recours à une filiale et à un ES. L'application de l'approche autorisée de l'OCDE n'aboutira pas à l'égalité de résultat entre filiales et ES lorsqu'il existe des différences économiques entre ces catégories d'établissements. La forme juridique choisie, ES ou filiale, peut avoir des conséquences économiques qui doivent se refléter dans la détermination des bénéfices imposables. Très souvent, les entreprises exercent leurs activités par l'intermédiaire d'ES plutôt que d'entités distinctes parce que la structure de l'ES permet une utilisation efficace du capital, la diversification des risques, des économies d'échelle, etc., ce qui rend cette structure plus rentable. Ainsi, un ES sera le plus souvent utilisé dans certains secteurs (ceux des banques, de l'assurance) ou pour exercer des activités temporaires dans un État (travaux d'utilité publique) ou lorsque le degré d'activités ou la complexité des opérations l'exigent. À l'opposé, une filiale pourra regrouper un éventail plus exhaustif d'opérations au sein d'un pays.

85. Les Sections B-2 à B-5 ci-dessus exposent les éléments fondamentaux de l'analyse en deux étapes devant être effectuée pour attribuer les bénéfices aux ES conformément à l'approche autorisée de l'OCDE. La Section D-2 ci-dessous examine en détail l'attribution des fonctions, actifs, risques et capitaux propres à l'ES à la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE. La Section D-3 traite plus en profondeur de la deuxième étape : l'application des Principes directeurs par analogie afin d'attribuer des bénéfices à l'ES conformément aux fonctions qu'il exerce, aux actifs utilisés et aux risques assumés par comparaison avec des entreprises indépendantes exerçant des activités identiques ou analogues, utilisant des actifs identiques ou analogues et assumant des risques identiques ou analogues.

D-2 Première étape : déterminer les activités et conditions de l'entreprise théorique distincte

La présente section examine en détail l'application pratique des principes fondamentaux énoncés à la Section B-3 dans le cadre de la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE.

Introduction

86. La première étape de l'approche autorisée de l'OCDE est fondée sur la partie de l'article 7(2) qui indique que l'établissement stable doit être considéré comme une entreprise distincte « exerçant des

⁶ L'approche de l'« activité commerciale pertinente » peut interférer avec le principe de pleine concurrence en plafonnant le montant des bénéfices attribuables à l'ES par référence aux bénéfices de l'entreprise.

activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues ». L'approche suivie par les Principes directeurs, qui consiste à lier la réalisation d'un bénéfice à l'exécution de « fonctions », semble pouvoir s'appliquer dans le contexte d'un ES si l'on assimile « fonctions » à « activités ».

87. En outre, les instructions sur la comparabilité données au paragraphe 1.15 des Principes directeurs établissent une égalité entre les « conditions » et les « caractéristiques économiques ». On trouve également une similitude évidente entre la notion de « identique ou analogue » et celle de « comparabilité » examinées au Chapitre I des Principes directeurs. Comme indiqué au paragraphe 1.17 des Principes directeurs, « il faut comparer les caractéristiques des *transactions ou des entreprises* (c'est nous qui soulignons) qui sont susceptibles d'avoir une incidence sur les conditions propres à des transactions de pleine concurrence ». Dans le contexte de l'ES, certaines des « conditions » de cet établissement considéré comme une entreprise distincte proviendraient d'une analyse fonctionnelle et factuelle des attributs internes de l'entreprise elle-même (« conditions internes »), tandis que d'autres « conditions » résulteraient d'une analyse fonctionnelle et factuelle de l'environnement externe dans lequel sont exercées les fonctions de l'ES (« conditions externes »). Il est donc nécessaire, à la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE, d'analyser non seulement les fonctions de l'entreprise théorique distincte et indépendante, mais également les « conditions » dans lesquelles ces fonctions sont exercées. Ensuite seulement, il sera possible de réaliser l'analyse de comparabilité à la deuxième étape de l'approche autorisée de l'OCDE. Sauf indication contraire dans le texte, le terme « conditions » désigne à la fois les conditions « internes » et « externes ».

88. En résumé, la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE consistera à soumettre l'ES à une analyse fonctionnelle et factuelle (suivant les indications données au Chapitre I des Principes directeurs) afin :

d'attribuer à l'ES selon que de besoin les droits et obligations découlant de transactions intervenues entre l'entreprise dont l'ES fait partie et des entreprises distinctes (voir la sous-Section (iv) ci-dessous) ;

de déterminer les fonctions de l'entreprise théorique distincte et les caractéristiques économiquement pertinentes (conditions « internes » et « externes ») de l'exercice de ces fonctions (voir la sous-Section (i) ci-dessous) ;

d'attribuer les risques aux différentes parties de la même entreprise d'après les fonctions humaines importantes pertinentes à la prise de risque qui auront été identifiées (voir la sous-Section (ii) ci-dessous) ;

d'attribuer la propriété économique d'actifs aux différentes parties de la même entreprise d'après les fonctions humaines importantes pertinentes pour attribuer la propriété économique d'actifs qui auront été identifiées (voir la sous-Section (iii) ci-dessous) ;

de prendre en compte les opérations internes entre l'ES et d'autres parties de la même entreprise qui peuvent être dûment prises en compte et d'en déterminer la nature, ayant respecté le critère du seuil (voir la sous-Section (vi) ci-dessous) ;

d'attribuer le capital sur la base des actifs et des risques attribués à l'ES (voir la sous-Section (v) ci-dessous).

A la deuxième étape, les transactions de l'entreprise théorique distincte seront comparées aux transactions d'entreprises indépendantes exerçant des fonctions identiques ou analogues, utilisant des actifs identiques ou analogues, assumant des risques identiques ou analogues et possédant des caractéristiques économiquement pertinentes identiques ou analogues.

(i) *Fonctions : quelles sont les activités de l'ES ?*

89. Le Chapitre I des Principes directeurs examine en détail l'analyse fonctionnelle et son application. Le paragraphe 1.20 stipule que l'analyse fonctionnelle « a pour but d'identifier et de comparer les activités et responsabilités significatives sur le plan économique qui sont ou seront exercées par les entreprises associées et par les entreprises indépendantes. » Dans le contexte d'un ES, l'analyse fonctionnelle sera dans un premier temps appliquée pour considérer l'ES comme s'il s'agissait d'une « entreprise distincte exerçant des fonctions identiques ou analogues, dans des conditions identiques ou analogues ». L'analyse fonctionnelle doit également déterminer quelles sont, parmi les activités et responsabilités identifiées de l'entreprise, celles associées à l'ES, et dans quelle mesure. Il faut en outre déterminer en quelle qualité les fonctions sont exercées, en tant que service rendu à une autre partie de l'entreprise ou en tant que fonction propre de l'ES. Lorsque l'ES est créé par le biais d'une installation fixe d'affaires au sens de l'article 5(1), la détermination des activités et responsabilités de l'entreprise qui sont liées à l'ES doit résulter d'une analyse de « l'installation fixe » qui constitue l'ES et des fonctions exercées dans cette « installation fixe ». Lorsqu'il existe un ES en vertu de l'article 5(5) du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE (un « ES-agent dépendant »), l'analyse fonctionnelle doit prendre en compte toute fonction exercée par l'agent pour le compte de l'entreprise. Cette question est discutée plus en détail à la Section D-5 ci-dessous.

90. Les instructions des Principes directeurs au sujet de l'analyse fonctionnelle semblent pouvoir s'appliquer assez directement dans le contexte de l'ES afin de déterminer les « activités » de l'entreprise supposée distincte. Les principales difficultés consistent à déterminer comment tenir compte des risques pris et des actifs utilisés. Les sous-Sections (ii) et (iii) ci-dessous abordent cet aspect. A la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE, il faut réaliser une analyse fonctionnelle et factuelle de toutes les caractéristiques économiques (« conditions ») relatives à l'ES afin de s'assurer que l'entreprise « distincte » est bien considérée comme exerçant des activités « comparables » dans des conditions « comparables » à celles de l'ES. A la deuxième étape, les transactions de l'entreprise théorique « distincte » (l'ES) et ses caractéristiques économiquement pertinentes seront comparées aux transactions d'entreprises indépendantes ayant des caractéristiques économiquement pertinentes identiques ou similaires. Néanmoins, les instructions sur la comparabilité ne peuvent pas être appliquées directement dans le contexte d'un ES et doivent l'être par analogie. En effet, les Principes directeurs reposent sur une comparaison entre les conditions de transactions contrôlées et sur le marché libre entre des entreprises distinctes dans les faits, et pas seulement en théorie.

91. L'analyse fonctionnelle et factuelle tient compte des fonctions exercées par le personnel de l'entreprise dans son ensemble, y compris l'ES – « fonctions humaines » – et évalue leur rôle éventuel dans la génération des bénéfices de l'entreprise. Les fonctions humaines vont des fonctions de soutien et auxiliaires aux fonctions importantes pertinentes pour attribuer la propriété économique d'actifs et/ou à la prise de risques.

92. Les directives données au sujet de la comparabilité au Chapitre I des Principes directeurs énumèrent un certain nombre de facteurs, outre l'analyse fonctionnelle, dont il faudra peut-être tenir compte si l'on veut comparer les conditions : caractéristiques des biens ou services, clauses contractuelles, situation économique et stratégies des entreprises. Par analogie, ces facteurs doivent également être pris en compte lorsqu'on effectue l'analyse fonctionnelle et factuelle en vue de déterminer les « conditions » de l'entreprise supposée distincte et de s'assurer qu'elles sont « identiques ou analogues » à celles de l'ES. Ainsi, selon l'approche autorisée de l'OCDE, il faut veiller à faire en sorte que l'attribution des bénéfices tienne compte de la situation de l'entreprise, dans la mesure où cette situation est pertinente pour l'exercice des fonctions de l'ES.

93. Dans l'exemple du distributeur cité au paragraphe 26 ci-dessus, une analyse fonctionnelle et factuelle complète de la fonction de distribution serait réalisée à la première étape de l'approche autorisée

de l'OCDE. Elle permettrait de déterminer les caractéristiques économiquement significatives de l'exercice de la fonction de distribution par l'ES, par exemple l'identification d'une stratégie commerciale comme un plan de pénétration sur le marché. Il pourrait être important d'identifier une stratégie d'entreprise particulière afin de procéder à l'analyse de comparabilité, au titre de la seconde étape de l'approche autorisée de l'OCDE, entre les opérations internes entre l'ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie et des transactions entre entreprises indépendantes. Cette condition pourrait expliquer pourquoi, dans l'exemple du paragraphe 26 ci-dessus, il peut être adéquat d'attribuer une perte à l'ES distributeur dans le pays donné dont relève l'ES (mais pas à un autre ES distributeur dans un autre pays dont relèverait l'ES), par exemple du fait que l'entreprise, nouvelle venue sur le marché du premier pays dont relève l'ES, met en œuvre un plan de pénétration sur le marché.

94. Très souvent, toutes les activités nécessaires pour exercer l'activité commerciale au moyen d'une installation fixe se déroulent dans le pays d'accueil de l'ES. Par exemple, l'ES peut intervenir en tant que distributeur et exercer toutes les activités correspondantes, y compris les études de marché, dans ce pays. Il est néanmoins important que l'analyse fonctionnelle inclue non seulement les activités menées dans le pays dont relève l'ES, mais également toutes celles exercées pour le compte de l'ES par d'autres parties de l'entreprise et toutes celles exercées par l'ES pour le compte d'autres divisions de l'entreprise.

95. Un problème intéressant peut se poser dans une opération de commerce électronique lorsqu'il est admis que l'emplacement du serveur constitue un ES, car les fonctions peuvent être accomplies à cet emplacement sans personnel. Néanmoins, les mêmes principes s'appliquent et l'analyse fonctionnelle déterminera quelles fonctions automatisées sont exercées par l'ES serveur, quels actifs sont employés et quels risques sont assumés dans l'exercice de ces fonctions. Aussi bien le document de discussion du Groupe technique consultatif sur les bénéfices industriels ou commerciaux intitulé « Attribution de bénéfices à un établissement stable impliqué dans des transactions de commerce électronique » publié en 2001⁷, que le rapport définitif du GTC intitulé « Les dispositions actuelles des conventions concernant l'imposition des bénéfices industriels ou commerciaux sont-elles adaptées au commerce électronique ? » achevé en 2004⁸ sont parvenus à la conclusion que la nature automatisée des fonctions fait qu'il est probable que les actifs ou les risques attribués à l'ES soient ceux directement associés au matériel du serveur. De fait, puisqu'un ES serveur n'exercera pas de fonctions humaines importantes pertinentes pour attribuer la propriété économique d'actifs et/ou à la prise de risques en l'absence de personnel agissant pour le compte de l'entreprise, aucun actif ni risque ne pourra lui être attribué aux termes de l'approche autorisée de l'OCDE, ce qui renforce la conclusion que peu de bénéfices, s'il en est, lui seraient attribués.

96. L'analyse fonctionnelle et factuelle doit être réalisée de manière minutieuse et détaillée afin d'établir la nature exacte de la fonction exercée. En effet, l'analyse fonctionnelle dans le contexte d'un ES est importante non seulement pour l'analyse de comparabilité, mais également pour attribuer les actifs, les risques et le capital libre à l'ES.

(ii) *Risques attribués à l'ES*

97. Les entreprises peuvent être exposées à toute une série de risques, dont le risque de stockage, le risque de crédit, de change ou de taux d'intérêt, les risques de marché, les risques de garantie et de responsabilité produit, les risques réglementaires, etc. Lorsqu'il s'agit d'entreprises associées, les risques peuvent être attribués entre les parties en vertu d'accords contractuels qui seront respectés sous réserve des dispositions des paragraphes 1.25 à 1.29 et 1.37 et 1.38 des Principes directeurs. Dans le cadre d'un ES et de son siège social, par opposition avec une société mère et sa filiale, c'est l'entreprise dans son ensemble qui supporte juridiquement le risque. Toutefois, avec l'approche autorisée de l'OCDE, il est possible de

7 Voir <http://www.oecd.org/dataoecd/46/25/1923312.pdf>, paragraphe 140.

8 Voir <http://www.oecd.org/dataoecd/58/53/35869032.pdf>, paragraphe 132.

considérer que c'est l'ES qui assume le risque, même si, juridiquement parlant, c'est l'entreprise dans son ensemble et il n'existe pas d'accord contractuel contraignant permettant d'attribuer ce risque à une partie donnée de l'entreprise. De fait, on devrait considérer que l'ES assume tous les risques à l'égard desquels les fonctions humaines importantes pertinentes à la prise de risques sont exercées par le personnel de l'ES à la place d'affaires de l'ES. Par exemple, l'ES supporte généralement les risques résultant de la négligence des employés participant à la fonction qu'il exerce.

98. En l'absence de clauses contractuelles entre l'ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie, il faudra s'appuyer sur des faits très précis pour déterminer quelle est la part des risques assumés à attribuer à l'établissement stable. En suivant, par analogie, le paragraphe 1.28 des Principes directeurs, la répartition des risques et des responsabilités au sein de l'entreprise devra être « déduite de leurs comportements [les parties] ainsi que des principes économiques qui régissent habituellement les relations entre des entreprises indépendantes. » Cette déduction peut être facilitée en examinant les pratiques internes de l'entreprise (systèmes de rémunération par exemple), en comparant ce que feraient des entreprises indépendantes du même type et en examinant les informations ou documents internes existants indiquant comment la répartition des risques a été effectuée. La Section D-2(vi) analyse plus en détail dans quelle mesure cette documentation est déterminante.

99. En résumé, dans la mesure où l'on constate que des risques sont assumés par l'entreprise par suite d'une fonction humaine importante pertinente à la prise de risques qui est exercée par l'ES, ces risques doivent être pris en compte lors de l'attribution de bénéfices à l'ES exerçant cette fonction. En particulier, on s'attendrait à ce que toute provision comptabilisée pour tenir compte de ces risques soit attribuée à l'ES, et que l'ES assume en conséquence les répercussions fiscales de la déduction et de la réintégration de ces provisions et la possibilité de réaliser des gains ou de subir des pertes en raison de la concrétisation ou de la non-concrétisation de ces risques. Si l'on constate que des risques assumés par l'entreprise ne l'ont pas été en raison d'une fonction humaine importante exercée par l'ES, ces risques ne doivent pas être pris en compte pour l'attribution de bénéfices à l'ES. Il convient de remarquer que même si un risque est d'abord considéré comme assumé par un ES du fait de l'exercice par celui-ci d'une fonction humaine importante pertinente à la prise de risques, la question de la prise en compte des éventuelles transactions ultérieures relatives au transfert des risques (par ex. lorsqu'un actif et les risques correspondants sont transférés d'un ES à une autre division de l'entreprise) ou de la gestion de ces risques aux différentes divisions de l'entreprise est une question distincte (traitée aux Sections D-2(vi) et D-3 ci-dessous). Un ES peut « assumer » un risque et faire ensuite appel à une autre partie de l'entreprise pour le « gérer », sans forcément le transférer à cette autre partie. En ce sens, le risque (qui continue d'être attribué à l'ES) pourrait être séparé de la fonction de gestion du risque (exercée par l'autre partie de l'entreprise). En revanche, un risque peut être considéré comme ayant été transféré à une autre partie de l'entreprise s'il existe des documents démontrant l'intention de conclure une « opération interne » consistant à transférer le risque à cette autre partie et que cette autre partie exerce par la suite la fonction humaine importante pertinente à la gestion du risque. Toutefois, la seule documentation n'affecterait pas ce transfert, une partie de l'entreprise qui n'a pas initialement assumé un risque ne pouvant être considérée avoir ultérieurement pris en charge le risque que si elle le gère. En ce sens, le risque ne peut être séparé de la fonction, aux termes de l'approche autorisée de l'OCDE.

100. L'importance et la nature des risques courus par l'ES ont également une incidence sur le montant de capital à attribuer à l'ES. En effet, une entreprise qui assume des risques supplémentaires importants devrait accroître son capital en parallèle afin de conserver le même niveau de solvabilité. Cela apparaît de manière évidente dans le secteur financier où les autorités réglementaires peuvent contraindre les banques à conserver des niveaux minimums de fonds propres afin de couvrir les risques auxquels elles sont exposées. Néanmoins, le lien entre risque et fonds propres existe également dans des secteurs non financiers. Toutes les activités commerciales impliquent un certain risque, même si certaines sont plus risquées que d'autres. Les activités d'une entreprise engagée, par exemple, dans des recherches de pointe en

biotechnologie supporteront des risques nécessitant un niveau plus élevé de capital qu'une société d'investissement immobilier avec des contrats de location sûrs. Les risques associés à la première activité ont plus de chances d'aboutir à un écart entre le revenu généré et les coûts (financiers et autres) d'exercice de l'activité. Le capital a pour objet de fournir un garde-fou au cas où ces risques se concrétiseraient par des pertes.

(iii) *Actifs : dresser un « bilan fiscal » pour l'ES avec l'approche autorisée de l'OCDE*

(a) Introduction

101. Pour appliquer l'article 7(2), il convient, en premier lieu, d'examiner les faits et les circonstances afin de déterminer dans quelle mesure les actifs (corporels ou incorporels) de l'entreprise sont détenus en propriété économique⁹ et/ou utilisés dans les fonctions exercées par l'ES. La première étape de l'approche autorisée de l'OCDE identifie non seulement les actifs utilisés par l'ES, mais détermine également les conditions dans lesquelles ces actifs sont utilisés : en qualité de propriétaire unique ou conjoint, par exemple, de détenteur de licence ou de membre d'un accord de répartition des coûts. Déterminer la propriété des actifs employés par un ES peut poser des problèmes que l'on ne rencontre pas dans des entreprises distinctes où des accords juridiques servent de base pour déterminer la propriété. Dans le contexte d'un ES, les actifs de l'entreprise appartiennent juridiquement à l'entreprise dont l'ES fait partie. Il est donc nécessaire d'introduire la notion de « propriété économique » afin d'attribuer la propriété économique d'actifs à un ES à la première étape de l'approche autorisée. Pour déterminer les caractéristiques de l'ES à des fins d'imposition, les conditions économiques (et non juridiques) sont prépondérantes parce qu'elles sont susceptibles d'avoir le plus d'effet sur les relations économiques entre les différentes composantes d'une même entité juridique. La propriété économique d'un actif est déterminée par une analyse fonctionnelle et factuelle, et dépend en particulier de l'accomplissement des fonctions humaines importantes liées à la propriété de l'actif (mais voir l'examen ci-dessous relatif aux biens corporels).

102. Comme l'expliquent les paragraphes 21 à 23, les conséquences de l'attribution de la propriété économique d'actifs à la première étape pour déterminer les bénéficiaires à la deuxième étape peuvent dépendre du type d'actif et du secteur dans lequel l'actif est utilisé. Par exemple, la propriété économique d'un actif corporel utilisé dans un processus de fabrication ne suffit pas pour attribuer au propriétaire économique de l'actif les revenus générés par la vente des biens produits au moyen de l'actif. En revanche, le fait d'attribuer la propriété économique d'actifs financiers a pour conséquence d'attribuer les revenus et dépenses liés découlant de la détention de ces actifs ou de leur prêt ou vente à des tiers.

103. Les conséquences de l'attribution d'actifs à la première étape de l'approche autorisée pour déterminer les bénéficiaires à la deuxième étape dépendent des circonstances, et notamment de la nature des activités et de l'actif, et du fait de savoir si les principales fonctions pertinentes pour déterminer la propriété d'actifs sont les mêmes que celles qui sont pertinentes à la prise de risques dans l'entreprise.

(b) Actifs corporels

104. Lorsque les pays membres de l'OCDE ont discuté de la façon d'attribuer les actifs corporels¹⁰ au sein d'une même entreprise, plusieurs opinions ont été exprimées. À un extrême se retrouve l'opinion selon laquelle il convient d'appliquer aux actifs corporels les principes généraux énoncés à la Section B-3 i),

9 Voir la note 3, qui contient une définition de la propriété « économique » d'actifs dans le contexte de l'article 7.

10 À cette fin, les actifs « physiques » ou « corporels » comprennent les « biens immobiliers » dont il est question à l'article 6.

c'est-à-dire d'attribuer les actifs corporels en fonction de la détermination des fonctions humaines importantes qui sont pertinentes pour déterminer la propriété économique de ces actifs, au moyen d'une analyse fonctionnelle et factuelle de la situation. À l'autre extrême se retrouve l'opinion selon laquelle le lieu de l'utilisation devrait être le seul critère pour attribuer des actifs corporels à un ES, surtout dans les situations où un ES prenant la forme d'une installation fixe d'affaires (article 5(1)) existe justement en raison de la présence de ces actifs corporels dans le pays d'accueil. Ayant examiné les incidences pratiques de chacune de ces options, les pays membres de l'OCDE sont parvenus à la conclusion que dans la pratique, dans la plupart des cas, celles-ci devraient aboutir à des résultats identiques ou presque, à savoir :

- Lorsqu'un ES est considéré être le propriétaire économique d'un actif corporel, il aura normalement droit à des déductions au titre de l'amortissement (pour les actifs amortissables) et au titre des intérêts (pour les actifs financés en totalité ou en partie par emprunt).
- Lorsqu'un ES est considéré être locataire d'un actif corporel, il aura normalement droit à une déduction de la nature d'un loyer.

En pratique, les déductions permises dans les deux situations pourraient ne pas être très différentes sur la durée de vie de l'actif, même s'il est entendu que les deux situations peuvent donner lieu à une répartition des bénéfices très différente pour une ou plusieurs année(s) donnée(s). En conséquence, un large consensus a été atteint au sein des pays membres de l'OCDE en faveur de l'application du critère de l'utilisation pour attribuer la propriété économique des actifs corporels en l'absence de circonstances qui justifieraient de faire différemment dans une situation donnée. Cette solution est considérée comme une solution pragmatique au problème de l'attribution de la propriété économique des actifs corporels aux termes de l'approche autorisée de l'OCDE.

(c) Biens incorporels

(1) Introduction

105. L'une des évolutions commerciales majeures de ces dernières décennies est l'importance de plus en plus grande que les biens incorporels revêtent pour une entreprise ou un groupe multinational. Du fait du rythme du progrès technique, la capacité d'une entreprise ou d'un groupe multinational à générer des bénéfices est plus que jamais liée aux connaissances et procédés spécialisés dont ils disposent. Dans le même temps, la révolution des communications donne de plus en plus de poids à la publicité et à la valeur des marques ainsi qu'à de nouveaux modes d'activité comme le commerce électronique, qui n'exigent pas dans certains cas autant de biens matériels.

106. Cette évolution soulève de sérieux problèmes pour les administrations fiscales et les contribuables lorsqu'ils doivent évaluer les biens incorporels d'une société ou les revenus de ces biens. Les biens incorporels sous leurs diverses formes, notamment la dénomination sociale, peuvent expliquer en majeure partie les écarts très substantiels entre la valeur de l'actif net d'un grand nombre de sociétés cotées en bourse et le cours de leurs actions. La prise en compte des biens incorporels est donc cruciale lorsqu'il s'agit de déterminer dans le cadre de l'approche autorisée de l'OCDE les bénéfices attribuables à l'ES. Il s'agit d'un domaine complexe, surtout parce que, contrairement aux autres actifs (sauf si l'on se trouve dans une situation d'Accord de Répartition de Coûts), il est courant que des biens incorporels soient utilisés simultanément par plus d'une composante de l'entreprise. Des problèmes délicats peuvent se poser en cas de changement d'utilisation d'un bien incorporel et ils sont examinés à l'étape deux ci-dessous (voir la Section D-3(iv)(b)).

(2) Directives existantes

107. Les Commentaires de l'article 7 fournissent peu d'indications pour les biens incorporels. Dans le contexte d'un ES, les biens incorporels ne sont mentionnés qu'à deux reprises : une première fois dans les Commentaires de l'article 5, lorsqu'il s'agit de se prononcer sur l'existence d'un ES, et une deuxième fois au paragraphe 17.4 des commentaires de l'article 7, le seul endroit où les Commentaires examinent le traitement des biens incorporels au sein d'une même entreprise opérant par l'intermédiaire d'un ES. Le point de départ du Rapport de 1994¹¹ qui a abouti à la dernière révision des Commentaires de l'article 7 en 1994 (le « Rapport de 1994 ») était que les paiements notionnels ne sont pas reconnus pour l'utilisation de biens incorporels par une composante de l'entreprise (autrement dit, les redevances notionnelles ne sont pas admises). La position adoptée dans le Rapport de 1994 apparaît au paragraphe 17.4 des Commentaires :

Puisqu'il n'y a qu'une entité juridique, il est impossible d'attribuer la propriété d'un bien à une division spécifique. De plus, il sera souvent difficile, en pratique, d'attribuer les coûts de création de biens incorporels à une seule division. Il peut donc être préférable de considérer que les coûts de création de droits incorporels sont attribuables à toutes les divisions de l'entreprise qui les utiliseront et que leurs coûts de création doivent être répartis en conséquence. Dans ce cas, il serait indiqué d'allouer les coûts réels de création de ces biens incorporels entre les différentes divisions d'une entreprise sans tenir compte d'un élément de profit ou de redevance. Les autorités fiscales doivent toutefois être conscientes que les effets négatifs éventuels des activités de recherche et de développement, telles que la responsabilité légale du producteur et la pollution de l'environnement, doivent aussi être attribués aux différentes divisions de l'entreprise et donner lieu par conséquent, le cas échéant, à des versements compensatoires.

11 Voir note 1.

108. L'analyse du paragraphe 17.4 comporte plusieurs lacunes. Elle met l'accent sur la possibilité ou l'impossibilité de verser des « redevances » internes en passant sous silence d'autres points importants comme l'incidence des biens incorporels sur l'analyse de comparabilité, l'attribution de revenus aux biens incorporels provenant de tiers, la rémunération des composantes de l'entreprise qui peuvent avoir exercé des fonctions ayant contribué à la création, à l'utilisation ou à l'entretien de biens incorporels, etc. En outre, tout en soulignant les problèmes que pose la répartition des coûts de développement d'un bien incorporel et les risques d'effets négatifs liés à ce type de biens, ce paragraphe ne fournit pas véritablement de directives quant à la façon de procéder à cette répartition. On s'efforcera maintenant de formuler des directives susceptibles de remédier aux carences actuelles.

(3) Directives quant à l'application de l'approche autorisée de l'OCDE aux biens incorporels

109. Vu les multiples façons dont un bien incorporel peut être exploité, n'admettre qu'une seule méthode serait excessivement normatif. De fait, même si le libellé du paragraphe 17.4 des Commentaires (voir ci-dessus) privilégie la méthode de la répartition des coûts, il implique clairement que des paiements nominaux de pleine concurrence entre plusieurs composantes de l'entreprise pourraient être admis si les coûts de création pouvaient être effectivement considérés comme ayant été réellement supportés par une composante de l'entreprise. Malheureusement, ce paragraphe n'établit pas une distinction explicite entre propriété juridique et propriété économique, ce qui a pu conduire à surestimer la difficulté d'identifier la composante de l'entreprise qui a supporté les coûts et les risques liés à la création et au développement du bien incorporel dans certaines circonstances. En outre, il ne tient pas compte du fait que plusieurs composantes de l'entreprise peuvent avoir contribué à la mise au point du bien incorporel.

110. Dans le contexte des opérations entre entreprises associées, le Chapitre VI des Principes directeurs fournit des directives quant au traitement des biens incorporels, qui distingue utilement entre les biens incorporels de commercialisation et les autres biens incorporels commerciaux (dénommés « biens incorporels manufacturiers ») et qui pourrait s'appliquer par analogie dans le contexte de l'ES. En particulier, la notion d'analyse fonctionnelle et factuelle sera mise en oeuvre pour déterminer si, le cas échéant, une division de l'entreprise pourrait être identifiée comme ayant exercé la fonction de création des biens incorporels.

111. Manifestement, il faut également, pour déterminer la propriété économique d'un bien incorporel créé par une entreprise, se fonder sur des principes similaires, de façon qu'il ne soit pas possible pour l'entreprise de désigner purement et simplement une division de l'entreprise comme propriétaire (en comptabilisant le bien incorporel au sein de cette division) indépendamment du fait que, par exemple, cette division ait ou non l'expertise et/ou la capacité d'assumer et de gérer les risques liés au bien incorporel. On verra ci-après dans quelle mesure il est possible d'attribuer la propriété économique du bien incorporel à une division de l'entreprise, par référence aux fonctions humaine importantes pertinentes pour attribuer la propriété économique.

112. On formulera maintenant dans cette section des directives sur deux points essentiels : premièrement, la détermination de la division (ou des divisions) de l'entreprise qui est propriétaire économique du bien incorporel ; deuxièmement, l'incidence du bien incorporel sur les bénéfices pouvant être attribués à l'ES. Les questions concernant la mise en évidence et la fixation du prix d'opérations internes entre la division de l'entreprise qui est propriétaire du bien incorporel et l'autre division (ou les autres divisions) de l'entreprise qui utilise ce bien sont examinées ci-dessous (voir les Sections D-2(vi) et D-3(iv)(a)).

(4) La division (ou les divisions) de l'entreprise qui est propriétaire économique du bien incorporel

113. On s'attachera tout d'abord dans cette section aux biens incorporels manufacturiers, puis on se demandera s'il est possible d'appliquer la même méthode aux biens incorporels de commercialisation. Les deux situations suivantes seront examinées :

- Le bien incorporel a été récemment développé par l'entreprise.
- Le bien incorporel a été acquis auprès d'une entreprise.

(A) L'attribution de biens incorporels à une seule division de l'entreprise

(i) Biens incorporels manufacturiers développés en interne

114. L'approche autorisée de l'OCDE s'efforce d'attribuer des bénéfices à l'ES sur la base d'une analyse fonctionnelle et factuelle qui détermine les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques assumés par l'ES. Comme on l'a vu dans le cadre de la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE, il faudra mettre en œuvre une analyse fonctionnelle et factuelle pour déterminer les biens incorporels que l'ES utilise et dans quelles conditions ; autrement dit, en est-il propriétaire seul ou conjointement avec une autre division de l'entreprise ? Il est possible qu'une division de l'entreprise soit un centre de recherche pour l'entreprise et qu'elle ait donc exercé la totalité ou la quasi-totalité des fonctions conduisant à la création du bien incorporel manufacturier, par exemple une opération logicielle complexe. Mais cela ne veut pas dire nécessairement que l'une des « conditions » internes pour considérer un ES comme un centre de recherche est qu'il soit traité comme le propriétaire économique conjoint ou le propriétaire économique du bien incorporel.

115. Entre entreprises distinctes, il peut arriver qu'une société en mandate une autre, contre rémunération, pour développer un logiciel particulier. Les conditions contractuelles régiront leurs relations ; elles pourront en particulier définir le risque que supportera le cas échéant le développeur et les droits de propriété du développeur et de la société mandante sur le logiciel mis au point. L'exercice des fonctions de développement ne détermine pas à lui seul la propriété juridique. La question principale est plutôt de savoir quelle entreprise agit à titre d'entrepreneur en décidant d'assumer initialement et de supporter ultérieurement le risque lié au développement du bien incorporel.

116. Les fonctions humaines importantes pertinentes pour déterminer la propriété économique de biens incorporels développés en interne sont celles qui nécessitent une prise active de décision en ce qui concerne la prise en charge et la gestion des différents risques et des portefeuilles de risques associés au développement du bien incorporel.

117. Comme nous le verrons dans les Parties II et III consacrées aux entreprises financières, selon le mode d'organisation de l'entreprise qui est utilisé, la prise active de décision et la gestion peuvent souvent être localisées un peu partout dans l'entreprise. Il faut se demander si le développement des biens incorporels suit le même schéma ou s'il est plus vraisemblable que les fonctions humaines importantes pertinentes pour déterminer la propriété économique des actifs incorporels soient exercées par la haute direction à un niveau stratégique élevé, ou encore s'il existe une combinaison entre les fonctions centralisées et décentralisées de prise de décision.

118. Le degré de centralisation de la prise de décision concernant le développement de biens incorporels sera fonction de la situation spécifique de l'entreprise. Ce sera donc une question de fait. On notera cependant qu'aucun élément ne prouve véritablement que le processus de prise de décision concernant le développement d'un bien incorporel soit généralement centralisé, surtout parce qu'on s'attache essentiellement, pour déterminer les fonctions humaines importantes pertinentes pour déterminer la propriété économique, à la prise active de décision et à la gestion et non à la simple faculté d'approuver

ou de rejeter une proposition. On voit donc que, comme pour les actifs financiers, la propriété économique peut souvent être déterminée selon les fonctions exercées à un niveau inférieur au niveau stratégique de la haute direction, à savoir le niveau auquel se situe la gestion active d'un programme de développement d'un bien incorporel. C'est là qu'on gère activement les risques liés à un tel programme. De plus, cette détermination doit avoir lieu au cas par cas, étant donné que les fonctions humaines pertinentes pour déterminer la propriété économique des actifs incorporels et, surtout, leur importance relative, sont susceptibles de varier selon les faits et circonstances.

119. L'analyse fonctionnelle et factuelle devrait donc exposer et évaluer la dynamique du programme de recherche et développement de l'entreprise concernée, et plus particulièrement la nature du processus critique de prise de décision et le niveau auquel les décisions sont prises. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une liste définitive ou normative, les fonctions qui peuvent être pertinentes incluent la conception des spécifications de test et des processus selon lesquels les recherches sont menées, l'examen et l'évaluation des résultats des tests, la définition des stades auxquels les décisions sont prises et la prise effective de décisions d'engager des ressources supplémentaires pour le projet ou de l'abandonner, etc. On peut penser également que l'exécution d'une analyse fonctionnelle aussi rigoureuse devrait être une protection contre toute manipulation, de sorte qu'il ne devrait pas y avoir de problème pour admettre le cas où, véritablement, l'ensemble du processus de prise de décision concernant le développement d'un bien incorporel est centralisé dans une composante de l'entreprise, par exemple le siège social.

120. Le risque principal qui s'attache au développement d'un bien incorporel est que le développement peut ne pas aboutir ou ne pas être efficacement mis en œuvre pour une autre raison, donnant ainsi lieu à une perte financière (les salaires des chercheurs et les autres frais qui ne sont pas couverts par les recettes provenant du développement du bien incorporel). Selon le type de bien incorporel, il peut y avoir d'autres risques de développement, par exemple des effets secondaires négatifs dus à l'essai d'un nouveau principe actif, pour un médicament. Conformément à l'approche autorisée de l'OCDE, le « développeur » du bien devra assumer ces pertes et un capital libre suffisant lui aura été attribué pour qu'il puisse supporter le risque.

121. Par ailleurs, un échec dans le développement d'un bien incorporel peut avoir des conséquences non seulement pour le propriétaire du bien, mais aussi pour les utilisateurs auxquels ce bien était destiné. En général, les actifs financiers ne sont pas utilisés par d'autres composantes de l'entreprise financière autant que des biens incorporels sont utilisés par d'autres composantes d'une entreprise. La question se pose alors de savoir si l'utilisation et l'utilisation projetée d'un bien incorporel doivent être prises en compte pour déterminer la propriété économique. La réponse semble devoir être que l'utilisation projetée ne détermine pas en elle-même le régime sous lequel le bien est utilisé une fois qu'il a été développé (propriété unique, propriété conjointe ou licence). Par conséquent, ce n'est pas tant l'intention en elle-même d'utiliser le bien incorporel qui doit être prise en compte pour la propriété économique du bien, mais le degré auquel l'utilisateur destinataire du bien a exercé les fonctions humaines importantes pertinentes pour déterminer la propriété économique du bien incorporel, notamment en prenant la décision initiale de développement du bien (ou en participant à cette décision) ou en gérant activement le programme de R-D. Il pourra fort bien se produire que l'utilisateur du bien incorporel développé soit en fait la partie ou l'une des parties ayant exercé les fonctions humaines importantes pertinentes pour déterminer la propriété économique, précisément parce qu'elle devait en tirer un avantage.

122. Conformément, cette fois encore, à la position adoptée dans les Parties II-IV pour la création d'actifs financiers, l'argument selon lequel une seule composante de l'entreprise dispose du capital nécessaire pour assumer les risques de développement n'est pas pertinent. Comme on l'a indiqué précédemment, le capital suit le risque, et non l'inverse, de sorte que la composante de l'entreprise considérée comme « propriétaire » économique du bien incorporel se verra imputer le capital libre nécessaire pour supporter les risques qui s'y rapportent. Bref, le facteur déterminant est de savoir si la prise

de décision active émane de l'ES pour ce qui est de la prise en charge et de la gestion active des risques liés à la création du nouveau bien incorporel.

(ii) Biens incorporels manufacturiers acquis

123. Les biens incorporels manufacturiers sont souvent mis au point en interne, mais ils sont également acquis auprès d'autres entreprises, soit directement soit par le biais d'un accord de licence. Il faut se demander comment attribuer la propriété économique de ces actifs au sein d'une même entreprise, une fois que ces actifs ont été acquis par l'entreprise. De nouveau, selon l'approche autorisée de l'OCDE, la démarche consiste à déterminer les fonctions humaines importantes pertinentes pour déterminer la propriété économique.

124. Dans certains cas, cette détermination peut se faire exactement de la même façon que pour les biens incorporels créés en interne. Par exemple, lorsqu'une entreprise acquiert et développe elle-même des biens incorporels manufacturiers qui sont similaires, l'analyse fonctionnelle et factuelle peut faire apparaître que la propriété des biens incorporels acquis et de ceux créés en interne appartient à la même composante de l'entreprise, parce que la composante ou les composantes chargées des fonctions humaines importantes pertinentes pour déterminer la propriété économique du bien incorporel développé en interne assument également les mêmes fonctions pour l'acquisition de biens incorporels. Ce cas ne sera pas inhabituel, étant donné que l'acquisition d'un bien incorporel implique deux décisions. La première consiste à déterminer l'utilité du bien incorporel en question pour les activités de l'entreprise, et la deuxième s'il vaut mieux acheter le bien incorporel ou le développer en interne. Il est très probable que ces décisions soient prises par les personnes qui décideront s'il vaut mieux développer le bien incorporel en interne ou l'acquérir à l'extérieur.

125. Comme pour les biens incorporels développés en interne, la question fondamentale pour déterminer la propriété économique d'actifs incorporels acquis est de déterminer où, dans l'entreprise, sont exercées les fonctions humaines importantes liées à la prise active de décision portant sur la prise en charge et la gestion des risques. Concernant les biens incorporels, ces fonctions peuvent inclure l'évaluation du bien incorporel acquis, le suivi des activités de développement, ainsi que l'évaluation et la gestion des risques associés au déploiement du bien incorporel.

126. Il faudra peut-être également tenir compte du fait qu'un bien incorporel manufacturier peut être acquis à divers stades de son développement. Le bien incorporel acquis peut être entièrement développé, comme le suppose le paragraphe précédent. Mais, dans certains cas, il ne le sera pas. Ce facteur pourra avoir une incidence lorsqu'il s'agit de déterminer qui exerce la fonction humaine importante pertinente pour déterminer la propriété économique.

(iii) Biens incorporels de commercialisation

127. Des problèmes similaires se posent pour les biens incorporels de commercialisation, en particulier le nom, le logo et la marque de l'entreprise. Le nom d'une société bien connue appartient-il à parts égales à toutes les composantes de l'entreprise, de sorte qu'on pourra considérer que tous les ES se partagent le nom, par analogie avec le fait que les ES sont censés se partager le capital de l'entreprise ? S'agit-il d'une des conditions internes de l'entreprise comme sa solvabilité ? Dans l'affirmative, quelles en sont les conséquences ?

128. Les principes de l'approche autorisée de l'OCDE peuvent également s'appliquer aux questions concernant l'attribution de revenus pour des biens incorporels de commercialisation. Les principes fondamentaux sont identiques pour les biens incorporels de commercialisation et les biens incorporels manufacturiers. Les fonctions humaines importantes pertinentes pour déterminer la propriété économique

seront probablement associées à la prise en charge initiale et à la gestion ultérieure des risques posés par les biens incorporels de commercialisation. Elles peuvent inclure, par exemple, les fonctions liées à la création et au contrôle de stratégies de marque, à la protection de la marque de commerce et du nom de marque et à l'entretien de biens incorporels de commercialisation établis. Étant donné que des biens incorporels de commercialisation peuvent avoir été développés dans le passé et entretenus au prix de dépenses effectuées et d'activités exercées sur une période de temps prolongée, il peut être parfois difficile de déterminer leur propriétaire de façon formelle. Cette difficulté d'analyse n'est pas limitée aux ES, mais s'applique également à l'examen de biens incorporels de commercialisation entre entreprises associés à l'article 9.

(iv) *Attribution de droits et obligations à l'ES*

129. Comme nous l'avons vu à la Section B, les bénéfices (ou les pertes) de l'ES seront générés par l'ensemble de ses activités, y compris les transactions qu'il conclut avec d'autres entreprises non apparentées ou avec des entreprises apparentées et les opérations internes avec d'autres parties de l'entreprise dont il fait partie. Par conséquent, dans le cadre de l'analyse fonctionnelle et factuelle effectuée à la première étape, il sera nécessaire d'attribuer à l'ES les droits et obligations de l'entreprise dont il fait partie qui découlent des transactions intervenues entre cette entreprise et des entreprises distinctes et qui peuvent être attribués à l'ES. De fait, il s'agira d'identifier les transactions intervenues entre l'entreprise et des entreprises distinctes qui devraient être considérées comme ayant été conclues par l'ES. L'analyse des fonctions de l'ES compte tenu des actifs qu'il utilise et des risques qu'il assume devrait le faire ressortir clairement. Les bénéfices (ou les pertes) de l'ES attribuables à sa participation dans ces transactions peuvent être calculés directement dans le cas de transactions conclues avec des entreprises non apparentées ou par application directe des Principes directeurs concernant l'article 9 pour les transactions conclues avec des entreprises apparentées, dans un cas comme dans l'autre en tenant compte de l'effet des opérations internes de l'ES avec d'autres parties de la même entreprise dans le cadre de la deuxième étape de l'approche autorisée de l'OCDE.

(v) *Capital : dresser un « bilan fiscal » pour l'ES selon l'approche autorisée de l'OCDE*

(a) *Attribution d'une cote de crédit à l'ES*

130. On observe que les ES ont généralement la même cote de crédit que l'entreprise dont ils font partie. Par conséquent, dans le cadre de l'approche autorisée de l'OCDE, l'hypothèse de « l'entreprise distincte » nécessite l'attribution d'une fraction appropriée de capital « libre » de l'entreprise à ses ES à des fins fiscales et l'octroi à l'ES de la cote de crédit de l'entreprise dans son ensemble. Il est utile de souligner à nouveau que l'attribution de capital « libre » au-delà des montants comptabilisés dans l'ES ou alloués à l'ES par le pays d'origine peut devoir être effectuée à des fins fiscales, même s'il n'est pas forcément nécessaire d'attribuer formellement du capital « libre » à l'ES à d'autres fins.

131. En général, en vertu de l'approche autorisée de l'OCDE, la même solvabilité est attribuée à un ES qu'à l'entreprise dans son ensemble, à l'exception du cas où, pour des raisons réglementaires, le capital attribué à l'ES d'un pays n'est pas disponible pour couvrir les engagements souscrits par une autre partie de l'entreprise. En outre, il a été décidé que le reste de l'entreprise ne peut pas garantir la solvabilité de l'ES, pas plus que l'ES ne peut garantir la solvabilité du reste de l'entreprise.

132. Il a été suggéré que, en supposant que toutes les divisions de l'entreprise présentent la même solvabilité et en ne reconnaissant pas les paiements en garantie intra-entreprise, l'approche autorisée de l'OCDE néglige le fait que la solvabilité d'une entreprise est supérieure à celle de la somme de ses parties ; ainsi, le simple fait de supposer que l'ES est une entité distincte a pour effet de ramener la solvabilité de toutes les divisions de l'entreprise en-deçà de celle de l'entreprise dans son ensemble. Sans contester cet

effet, on ne voit pas clairement pourquoi une division de l'entreprise, comme le siège, aurait la solvabilité supérieure nécessaire pour lui permettre de garantir les transactions effectuées par l'ES. L'approche autorisée de l'OCDE étant basée sur la situation factuelle de l'entreprise, à savoir que le capital, les risques, etc. sont fongibles, il serait incohérent d'accorder tous les bénéfices de la synergie au siège.

133. Deuxièmement, il existe des facteurs autres que le capital, comme la réputation, la rentabilité, la qualité de la gestion et la diversification des risques qui influent également sur la solvabilité. Là encore, on comprend difficilement pourquoi il faudrait considérer que tous ces facteurs appartiennent à une seule division de l'entreprise.

134. L'approche autorisée de l'OCDE ne reconnaît pas les opérations internes correspondant à des commissions de garantie entre l'ES et son siège ou entre l'ES et tout autre ES. Les versements de commissions de garantie entre entreprises associées sont bien entendu reconnus dans certaines circonstances¹². Cela a amené certains commentateurs à conclure que l'approche autorisée de l'OCDE opère une discrimination entre les filiales et les ES en appliquant les Principes directeurs de différentes manières. Cependant, ce n'est pas l'approche autorisée de l'OCDE qui opère une discrimination entre les deux formes juridiques. Ce sont plutôt les formes juridiques qui ont des conséquences économiques différentes : un ES, sauf dans les circonstances mentionnées dans les Parties II à IV¹³, a généralement la même cote de crédit que l'entreprise dont il fait partie. Il n'en est pas nécessairement de même d'une filiale et de sa société mère.

135. En outre, la distinction essentielle entre une entreprise juridiquement distincte et un ES est le fait que l'entreprise peut conclure un accord juridiquement contraignant pour garantir les dettes d'une seconde entreprise et que les tiers prêteurs peuvent tenir compte de cette garantie dans l'évaluation de la solvabilité de la seconde entreprise. Pour qu'une telle garantie soit fondée, le capital requis pour assumer les risques encourus devrait nécessairement être attribué à une entreprise distincte de celle qui est soumise au risque de défaut de paiement. Au contraire, l'une des conditions factuelles essentielles d'un établissement stable est que le capital et les risques ne soient pas séparés au sein d'une seule entité juridique. Par ailleurs, si le capital n'est pas distinct, les commissions de garantie sont sans fondement. Il y a discrimination lorsque des contribuables qui se trouvent dans la même situation ou dans des situations similaires sont traités différemment. Pour les raisons mentionnées ci-dessus, les ES qui traitent avec d'autres parties de la même entreprise dans le contexte de commissions de garantie ne se trouvent pas nécessairement dans une situation similaire à une filiale.

(b) Attribution du capital et financement des opérations de l'ES

(1) Introduction – l'importance du capital « libre »

136. Les entreprises ont besoin de fonds propres pour financer leurs activités industrielles et commerciales quotidiennes, le coût de la création ou de l'acquisition d'actifs (corporels et incorporels) et, comme l'explique la section précédente, pour couvrir les risques liés à ces activités (ex. risques de crédit ou de marché). En général, les fonds propres proviennent de trois sources : (1) les apports en fonds propres des actionnaires ; (2) les bénéfices non distribués (incluant parfois les réserves, bien que les pratiques puissent varier d'un pays membre à l'autre) ; et (3) les emprunts. Les sources (1) et (2) sont mentionnées d'une manière générale dans ce Rapport comme fonds propres, tandis que la source (3) est constituée des

12 Voir le paragraphe 7.13 des Principes directeurs.

13 C'est-à-dire, lorsque des actifs situés dans un territoire donné ne peuvent servir à satisfaire des réclamations à l'extérieur du territoire ou sont destinés à appuyer un instrument financier particulier pour que celui-ci puisse obtenir la cote de crédit souhaitée auprès d'une agence de notation (voir par exemple le paragraphe 31 de la Partie II et le paragraphe 232 de la Partie III).

dettes. En vertu de la législation fiscale, il n'est généralement pas accordé de déduction aux versements effectués au profit des porteurs d'actions, alors que des déductions sont généralement appliquées (sous réserve des réglementations relatives à la sous-capitalisation, etc.) pour les versements d'intérêts ou de rémunérations équivalentes à des intérêts au profit des titulaires de créances. Il peut exister des différences entre les définitions comptable, réglementaire et fiscale des fonds propres et des dettes. Par exemple, dans le secteur financier, certaines dettes subordonnées peuvent être traitées comme des dettes à des fins comptables, comme des fonds propres à des fins réglementaires et comme l'un ou l'autre à des fins fiscales, et la classification fiscale peut varier d'un pays à l'autre. Par conséquent, dans ce Rapport, le terme « capital libre » est défini comme un investissement ne générant aucun rendement de la nature de l'intérêt déductible fiscalement selon les règles du pays où se trouve l'ES.

137. Comme les intérêts versés sont généralement déductibles de l'impôt, il faut garantir une imputation à un établissement stable d'un montant approprié de capital « libre » de l'entreprise afin d'assurer une attribution de bénéfices à cet ES qui soit conforme au principe de pleine concurrence. L'incidence sur des ES non financiers peut être importante, car le ratio entre le capital « libre » et les dettes portant intérêt est habituellement beaucoup plus élevé en dehors du secteur financier. Historiquement, l'attribution de capital « libre » était rendue difficile par l'absence de consensus sur un certain nombre de points importants concernant la répartition du capital et le financement d'un établissement stable. Cette section analyse l'interprétation actuelle de l'article 7 en ce qui concerne ces points essentiels, avant de décrire comment l'approche autorisée de l'OCDE s'applique à l'imputation du capital « libre » et des coûts de financement à un ES.

(2) Interprétation actuelle de l'article 7

138. Les commentaires du Modèle sur l'article 7 identifient plusieurs points essentiels qu'il y a lieu de résoudre sur la base de l'approche autorisée de l'OCDE. L'un des principaux problèmes posés en ce qui concerne l'imputation du capital et des coûts de financement à un établissement stable porte sur le traitement des mouvements internes de fonds. La conclusion du paragraphe 18.3 des Commentaires est que « l'interdiction de déduire des charges liées à des prêts ou comptes fournisseurs internes demeurerait une règle d'application générale, sous réserve des problèmes spécifiques aux banques dont il est fait état ci-dessous ». Le paragraphe 19 reconnaît que « certaines considérations spéciales peuvent être invoquées pour les versements d'intérêts effectués entre elles par différentes parties d'une même entreprise financière (une banque, par exemple) sur des avances, etc. (indépendamment du capital qui peut leur être alloué), car l'octroi et la perception d'avances constituent des opérations étroitement liées à l'activité ordinaire d'entreprises de ce genre. » L'interprétation actuelle de cette question est réexaminée ci-dessous, à la Section D-2(v)(b)(4) consacrée à la détermination des coûts de financement de l'ES.

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

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

140. Toutefois, un accord amiable peut être difficile à atteindre du fait des approches différentes que les pays membres suivent actuellement pour attribuer le capital « libre » de l'entreprise dans son ensemble à ses parties constitutives. En effet, les commentaires de l'article 7 n'énoncent aucun principe clair ni instruction pratique sur la manière de déterminer si un ES est correctement capitalisé, ce qui met les autorités compétentes dans une position difficile pour parvenir à des vues communes. Le reste de cette

section tente de remédier à cette carence en définissant un principe clair et en fournissant des instructions pratiques sur la manière d'appliquer ce principe dans la pratique.

(3) Principes de l'approche autorisée de l'OCDE

141. L'approche autorisée de l'OCDE considère que l'ES dispose d'un montant de capital suffisant pour couvrir les activités qu'il exerce, les actifs qu'il emploie et les risques qu'il assume. Selon l'approche autorisée de l'OCDE, la propriété économique d'actifs est attribuée à un ES en fonction du lieu où sont exercées les fonctions humaines importantes pertinentes pour déterminer la propriété économique et les risques lui sont attribués en fonction du lieu où sont exercées les fonctions humaines importantes pertinentes à la prise des risques et à leur gestion (ultérieure au transfert). Dès lors que l'analyse fonctionnelle et factuelle a attribué les actifs et les risques adéquats de l'entreprise à l'ES, l'étape suivante de l'attribution d'un montant de pleine concurrence des bénéfices à l'ES consiste à déterminer quelle fraction du capital « libre » de l'entreprise est nécessaire pour couvrir ces actifs et les risques assumés. Ce processus implique deux stades. Le premier consiste à mesurer les risques et à valoriser les actifs attribués à l'ES ; le deuxième consiste à déterminer le capital « libre » nécessaire pour couvrir les risques et les actifs attribués à l'ES.

(A) **Stade 1 – Mesure du risque et valorisation des actifs attribués à l'ES**

142. Comme indiqué ci-dessus, pour attribuer des bénéfices à un ES, l'approche autorisée de l'OCDE utilise une analyse fonctionnelle et factuelle pour attribuer des actifs et des risques à l'ES et suppose que capital et risque ne peuvent pas être isolés. Il s'ensuit que, dans le cadre de l'approche autorisée de l'OCDE, il est nécessaire d'attribuer du capital « libre » à l'ES en fonction des risques et des actifs ainsi attribués. Les autorités réglementaires contraignent certaines entreprises financières à mesurer les risques et à attribuer du capital (qu'il s'agisse ou non de capital « libre » ; voir la Partie II Sections B-4 (iii) et (iv) pour plus de détails). Les entreprises qui ne sont pas des banques ou les institutions financières non bancaires (« institutions non financières ») sont moins susceptibles de mesurer les risques et de valoriser les actifs à des fins commerciales sur une base quotidienne, et aucune obligation réglementaire ne les contraint à le faire.

143. Lorsque des entreprises qui ne sont pas des institutions financières ne mesurent pas les risques, une approche possible consisterait à attribuer du capital à un ES uniquement par référence aux actifs attribués à l'ES. En effet, pour les entreprises non financières, plus encore que pour celles financières où le capital a pour vocation de couvrir les risques, le capital aurait principalement un rôle de financement et ce sont les actifs qui sont financés. Il existe plusieurs méthodes de valorisation possibles. L'une d'elles serait d'utiliser la valeur comptable de l'actif telle qu'elle apparaît dans les comptes de la période correspondante. Une autre consisterait à utiliser la valeur vénale des actifs, soit systématiquement, soit lorsqu'il existe une différence importante entre la valeur comptable et la valeur vénale.

144. Une autre option serait d'utiliser le prix d'achat initial ou le coût du bien. Cette dernière approche semble offrir plusieurs avantages. En premier lieu, les montants empruntés auraient un lien étroit avec la valeur historique des actifs financés par les emprunts. En second lieu, cette approche facilite une évaluation cohérente des actifs d'un pays à l'autre (surtout lorsqu'il existe des règles comptables différentes pour calculer la valeur comptable des actifs) et en troisième lieu, il serait plus facile de s'y conformer qu'à une approche qui exige la détermination périodique de la valeur vénale des actifs. Toutefois, l'approche fondée sur les coûts peut générer des résultats inadéquats lorsque, par exemple, différentes divisions de l'entreprise ont des actifs de valeur analogue, mais des coûts très différents (parce qu'une division de l'entreprise a acheté l'actif à un moment différent lorsque le coût était différent). Il n'existe pas de méthode obligatoire d'évaluation des actifs, mais toute méthode employée doit l'être de manière cohérente d'année en année. Théoriquement, les catégories de biens similaires seraient évaluées de manière cohérente dans les

différentes divisions de l'entreprise, sachant que cela pose des difficultés pratiques compte tenu des différences dans les législations nationales et/ou dans les règles comptables.

145. Toutefois, dans les entreprises non financières, il arrive souvent que les risques ne soient pas nécessairement directement corrélés à des actifs en particulier. Il se peut que ce soit l'activité qui emploie les actifs qui engendre le risque plutôt que les actifs proprement dits. Une approche qui se contente d'utiliser les actifs pour attribuer le capital semblerait donc peu à même d'aboutir à un résultat de pleine concurrence dans les situations où l'ES assume des risques significatifs; par exemple, lorsque l'ES assume tous les risques liés au développement d'un bien incorporel de commercialisation mais n'y parvient pas, de sorte qu'aucun actif incorporel n'est jamais produit. Des risques de développement ou des risques entrepreneuriaux de ce type n'ont pas été dûment pris en compte lors de l'attribution de capital aux entreprises financières, sauf dans la mesure où l'autorité de réglementation les a reconnus, partant du principe que tout ce que l'autorité de réglementation n'a pas reconnu était, dans le contexte des entreprises financières, relativement peu significatif comparé aux autres types de risques assumés par les institutions financières. Toutefois, ces risques peuvent être plus significatifs dans certaines entreprises non financières et, lorsque tel est le cas, il serait opportun de reconnaître que du capital libre supplémentaire devrait être attribué pour couvrir ce risque d'entrepreneur.

146. Dans le contexte d'une entreprise non financière, un risque important signifie un risque reconnu considéré comme nécessitant du capital par le marché où l'ES exerce ses activités. Par exemple, le risque, pour une entreprise de restauration rapide, d'être traduite en justice dans un pays spécifique pour son rôle dans l'obésité de la population est théorique, mais si des entreprises de restauration rapide de ce pays ne fournissent pas du capital pour couvrir ce risque, ce n'est pas un « risque significatif » dans le cadre de l'attribution de capital. Dans d'autres juridictions, il est possible que le risque ne soit pas seulement théorique et que les entreprises indépendantes de restauration rapide constituent des provisions pour de tels risques. Dans ces juridictions, il s'agirait d'un risque significatif pour l'attribution de capital. De la même manière, certaines activités commerciales sont soumises à des cycles économiques plus volatils que d'autres, et du capital supplémentaire peut être nécessaire pour prémunir l'entreprise contre les baisses cycliques. Là encore, en dehors du secteur financier, les obligations réglementaires en matière de fonds propres pour différents secteurs d'activité sont peu nombreuses. Le montant de capital est plutôt déterminé par la perception, par le marché, de ce qui est adéquat pour tel ou tel secteur, les stratégies des entreprises, etc. et par le goût du risque des actionnaires et des créanciers.

147. Il est difficile de quantifier le montant de capital supplémentaire dans ces circonstances, compte tenu de l'absence de cadre réglementaire. On pourrait toutefois s'attendre à ce que les entreprises tentent, au moins dans une certaine mesure, d'évaluer les risques significatifs et on pourrait utiliser, comme point de départ, les propres outils de mesure de l'entreprise, s'ils existent. Même s'il est admis qu'il n'est pas toujours possible de mesurer précisément les risques significatifs, lorsque l'ES assume des risques importants, il faut s'efforcer d'en tenir compte. Si, en revanche, le risque n'est pas significatif, il n'est pas forcément nécessaire de le mesurer et il suffit alors d'évaluer les actifs.

148. Le reste de cette section examine comment appliquer l'approche autorisée de l'OCDE aux ES non financiers dans le cadre des problèmes d'attribution du capital et de financement. Trois principaux problèmes se posent et sont examinés ci-dessous. Le premier est de savoir comment déterminer les coûts de financement de l'ES, en particulier en ce qui concerne l'attribution de capital « libre » à un ES. Le deuxième est de déterminer si un transfert de fonds au sein d'une entreprise peut être traité comme une opération interne donnant lieu à des versements d'intérêts. Le troisième est de savoir comment calculer le montant des intérêts versés qui devrait être imputable à un ES et comment procéder aux ajustements nécessaires des intérêts versés enregistrés dans les comptes de l'ES.

(B) Stade 2 - Détermination du capital « libre » nécessaire pour financer les actifs et couvrir les risques attribués à l'ES

149. Toutes considérations fiscales mises à part, et en l'absence d'obligations réglementaires, il n'est généralement pas nécessaire d'attribuer formellement du capital « libre » à un ES. Par conséquent, les besoins de financement d'un ES pourraient être, juridiquement parlant, entièrement couverts par le recours à l'emprunt. Néanmoins, s'il n'est pas forcément nécessaire d'imputer du capital « libre » à l'ES, l'hypothèse de travail considère que l'ES doit disposer d'un montant adéquat de capital « libre » pour financer les activités qu'il exerce, ses actifs et ses risques. En outre, si ces mêmes activités étaient exercées par le biais d'une filiale située dans le pays d'accueil, cette filiale pourrait être tenue, en vertu des dispositions en matière de sous-capitalisation, de disposer de fonds propres ou de capital « libre ».

150. Selon l'approche autorisée de l'OCDE, l'établissement stable a besoin en vue de l'imposition de voir imputer un montant de capital « libre » conforme au principe de pleine concurrence, indépendamment de la question de savoir si ces capitaux lui sont formellement affectés. Déroger à cette règle serait inacceptable pour des motifs tenant à la politique fiscale. Le résultat ne serait pas conforme au principe de pleine concurrence, ne refléterait pas les bénéfices perçus par l'ES et offrirait des possibilités considérables d'évasion fiscale. Par conséquent, une décision des dirigeants dans le pays d'origine d'imputer un certain montant de capitaux à l'ES ou d'enregistrer des capitaux en comptabilité ne permet pas de déterminer les risques assumés par l'ES et le montant de capital « libre » qui est attribué dans le cadre de l'analyse fonctionnelle et factuelle.

151. Le problème qui se pose ensuite est de savoir comment répartir un montant adéquat de capital « libre » et de dettes portant intérêt entre les différentes divisions de l'entreprise. La répartition serait effectuée en fonction du lieu où les actifs et où les risques correspondants sont assumés et devrait tenir compte, dans la mesure du possible, des fonctions, actifs et risques spécifiques à l'établissement par rapport aux fonctions, actifs et risques de l'entreprise dans son ensemble. On tiendrait compte ainsi du fait que certaines activités des entreprises comportent des risques plus élevés et nécessitent plus de capital « libre » que d'autres ; par conséquent, les activités exercées par l'intermédiaire d'un ES peuvent nécessiter, proportionnellement, du capital « libre » en quantité plus ou moins importante que celui de l'entreprise dans son ensemble.

152. On examinera ci-dessous un certain nombre d'approches pour la détermination des coûts de financement mais on formulera tout d'abord plusieurs remarques d'application générale. D'abord, lorsqu'une approche autorisée de l'attribution de capital « libre » semble produire dans un cas particulier des résultats incompatibles avec le principe de pleine concurrence, on peut la remplacer par une autre approche autorisée qui n'aboutit pas à ces résultats. Dans le cadre de l'approche autorisée de l'OCDE, les règles permettant de distinguer l'endettement des fonds propres qui sont utilisées à des fins fiscales dans le pays d'accueil de l'ES seraient appliquées au capital de l'entreprise afin de déterminer les postes qui doivent être considérés comme du capital « libre » en vue de l'imposition conformément à la législation interne du pays d'accueil.

153. Les règles applicables à la qualification des dettes/fonds propres pour les instruments financiers peuvent varier d'un pays à l'autre et ces différences peuvent se traduire par une double imposition ou par une imposition insuffisante. S'il est souhaitable d'atténuer les différences de réglementation de ce type entre les pays, il n'y a cependant pas lieu de prendre en compte cet aspect dans le cadre de l'approche autorisée de l'OCDE. En effet, cette question est de portée plus large et ne se limite pas aux ES.

154. Un dernier point à garder présent à l'esprit est qu'il existe des différences importantes entre une entreprise bancaire réglementée et une entreprise non financière, ce qui entraîne des difficultés supplémentaires pour résoudre les problèmes de financement au sein d'entreprises non financières.

L'environnement réglementaire et les forces du marché font en général que les entreprises bancaires ont un éventail de ratios dettes/capital « libre » plus étroit que les entreprises non financières, catégorie d'entreprises qui, par définition, inclut une gamme d'activités plus large que la banque.

(1) L'approche de la répartition du capital

155. L'approche de la répartition du capital vise à attribuer à un ES le capital « libre » effectif d'une entreprise en fonction de l'attribution des actifs et des risques assumés. Selon cette approche, le capital « libre » est attribué en proportion des actifs et des risques attribués à l'ES par l'analyse fonctionnelle. Si 10 % des actifs et/ou des risques de l'entreprise sont attribués à l'ES, 10 % du capital « libre » de l'entreprise lui reviendront.

156. Lorsque des entreprises ont des structures de capital correspondant à celles qui sont observées dans des entreprises indépendantes comparables, l'affectation du capital « libre » d'une telle entreprise à son établissement stable peut aboutir à un résultat de pleine concurrence. De même, lorsque l'entreprise dont l'ES fait partie réside dans une juridiction différente de celle de la société mère du groupe, les dispositions en matière de sous-capitalisation du pays de résidence de l'entreprise peuvent faire en sorte que l'entreprise soit dotée d'un capital suffisant et le capital « libre » de l'entreprise peut également fournir un bon point de départ pour l'attribution du capital « libre » à l'ES.

157. Comme la méthode de répartition du capital s'efforce d'attribuer le capital « libre » réel de l'entreprise, elle a pour effet de distribuer les bénéfices des synergies aux éléments constitutifs de l'entreprise d'une manière qui réduit au minimum en théorie le risque de double imposition. Toutefois, dans la pratique, des différences de définition du capital entre les pays d'origine et d'accueil peuvent se solder par l'attribution d'un montant supérieur ou inférieur au capital total de l'entreprise.

158. Un problème posé par la méthode de répartition du capital est dû aux cas où l'ES exerce des activités très différentes de l'entreprise dans son ensemble (l'ES est un distributeur et l'entreprise dans son ensemble est également un producteur, par exemple) ou à ceux où les conditions du marché dans le pays d'accueil de l'ES sont très différentes de celles dans lesquelles opère le reste de l'entreprise (par exemple, l'entreprise occupe une position dominante sur le marché de son pays d'origine, alors que, sur le marché du pays d'accueil, elle rencontre une forte concurrence). En général, du fait que l'approche autorisée de l'OCDE se concentre sur l'attribution de capital « libre » par référence à l'analyse fonctionnelle et factuelle, de telles différences devraient être dûment prises en compte. Cependant, dans les cas où les différences, notamment dans les conditions du marché, ne sont pas correctement reflétées dans l'évaluation des risques, les résultats de l'approche par la répartition du capital peuvent se situer en dehors de l'intervalle de pleine concurrence, sauf si des ajustements suffisamment exacts peuvent être opérés afin de tenir compte des différences dans la manière dont l'ES opère et dans les conditions où il opère.

159. Un autre problème potentiel posé par l'approche fondée sur la répartition du capital est que, si l'entreprise dont l'ES fait partie est sous-capitalisée, une simple imputation de capital « libre » réel de l'entreprise a peu de chances de générer un résultat de pleine concurrence sans ajustement. Cette question est examinée ci-dessous dans la suite de cette section.

160. Dans les cas où l'approche de la répartition du capital peut être appliquée directement (par exemple lorsque les fonds propres de l'entreprise sont suffisants), il reste encore un certain nombre de questions non résolues. On a par exemple fait observer que si, en principe, la totalité du capital « libre » doit être attribuée, il y a des cas où il ne faut pas procéder ainsi. Par exemple, une société peut avoir mis de côté des fonds pour acquérir une autre entreprise (« trésor de guerre ») ou peut disposer d'un excédent temporaire de trésorerie du fait de la vente d'une autre entreprise. La manière dont ces cas seraient traités serait déterminée au cas par cas. Si une société a l'intention d'une manière générale d'acquérir une autre

entreprise d'une juridiction mais ne s'y est pas engagée, de sorte que ses fonds propres pourraient encore être utilisés à d'autres fins, ces fonds propres doivent s'ajouter aux autres. Dans ces cas, la société dispose souvent d'investissements liquides ou d'autres investissements à court terme qui doivent faire l'objet d'une gestion active pour maximiser leur rendement. Lorsque c'est le cas, l'approche autorisée de l'OCDE consisterait à attribuer la propriété économique de ces actifs financiers à la partie de l'entreprise qui exerce les fonctions humaines importantes pertinentes pour gérer ces fonds excédentaires ou autres investissements à court terme. Si toutefois la société s'est engagée à acquérir une entreprise particulière (par exemple dans le cas d'un contrat d'achat juridiquement contraignant), les fonds propres peuvent être isolés. Cette isolation peut être appropriée si l'entreprise a affecté les sommes en question à la distribution de dividendes aux actionnaires en temps utiles ou si elle s'est engagée d'une autre manière à utiliser les fonds d'une certaine manière dans un délai raisonnable.

161. La discussion qui figure dans cette sous-section s'efforce de fournir un cadre accepté par les Pays membres de l'OCDE qui soit favorable à une approche fondée sur la répartition du capital. Ce cadre ne couvre pas toutes les questions, en particulier celles afférentes aux déductions admissibles lors du calcul du montant des fonds propres, à la période sur laquelle il y a lieu de calculer les ratios de fonds propres (éventuellement en utilisant une sorte de moyenne pondérée ou mobile) ou à la manière de traiter les problèmes de gains ou de pertes de change. Le pays d'accueil peut également rencontrer des difficultés pour se procurer les informations nécessaires pour appliquer cette approche. Il faut également souligner que, dans le cas des institutions non financières, du fait de l'absence d'un cadre réglementaire qui oblige à évaluer les risques, on rencontre des difficultés pratiques pour produire un intervalle étroit pertinent de résultats acceptables, même après avoir déterminé la solvabilité.

(2) Méthode de répartition du capital économique

162. Dans le secteur bancaire, une autre approche de la répartition du capital « libre » a été suggérée, basée non pas sur les évaluations réglementaires du capital, mais par référence au capital économique. Cette approche est susceptible de se conformer à l'approche autorisée de l'OCDE car elle est fondée explicitement sur l'évaluation des risques. Sa justification réside dans le fait que les autorités réglementaires n'examinent que les types de risques qui les préoccupent, et ne se soucient pas des autres types de risques qui peuvent avoir une incidence plus forte sur la rentabilité de la banque. Une telle approche pourrait être utile en théorie dans les secteurs non financiers ; en s'efforçant d'évaluer, par exemple, le risque économique inhérent à l'élaboration d'une technologie brevetée. Toutefois, ces évaluations ne semblent pas très au point, même dans les institutions bancaires qui disposent de systèmes très sophistiqués de mesure des risques. Il est donc rare que les institutions non financières aient mis en place des systèmes d'évaluation des risques. Néanmoins, ces mesures peuvent constituer un point de départ utile lorsque l'ES supporte des risques de développement importants. En outre, grâce aux progrès dans ce domaine, les évaluations économiques de l'utilisation du capital pourraient gagner en précision et devenir un moyen de plus en plus acceptable de parvenir à un résultat se situant dans l'intervalle de pleine concurrence.

(3) Approche fondée sur la sous-capitalisation

163. Une autre approche serait d'exiger que l'ES dispose du même montant de capital « libre » qu'une entreprise indépendante exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues dans le pays d'accueil de l'ES, en effectuant une analyse de comparabilité de ces entreprises indépendantes. L'analyse fonctionnelle et factuelle identifierait les actifs et les risques à attribuer à l'ES, ce qui déterminerait le montant du financement (sans faire la distinction entre dette et capital « libre ») dont l'ES aurait besoin. L'étape suivante consisterait à déterminer la répartition du financement entre dette portant intérêt et capital « libre ».

164. Plusieurs facteurs sont pertinents pour le calcul du montant de pleine concurrence de la dette et du capital « libre » pour les ES. On peut mentionner notamment :

- la structure du capital de l'entreprise dans son ensemble
- l'éventail des structures réelles de capital d'entreprises indépendantes du pays d'accueil exerçant des activités identiques ou analogues à celles de l'ES dans des conditions identiques ou analogues (y compris la condition examinée à la Section D-2(v) selon laquelle, en général, l'ES doit avoir la même cote de crédit que l'entreprise dans son ensemble).

165. L'application d'une approche fondée sur la sous-capitalisation aux entreprises non financières soulève des questions. Pour les entreprises non financières, il sera probablement nécessaire de se concentrer sur la structure du capital, comme les ratios dettes/capital, plutôt que sur le capital « libre » pris isolément. Cela nécessiterait de calculer, dans un premier temps, le montant de pleine concurrence du financement qui doit être attribué à l'ES afin de couvrir ses activités, ses actifs et ses risques. Ensuite, on pourrait utiliser des ratios dettes/fonds propres comparables dans le pays d'accueil afin de déterminer quelle fraction du financement de pleine concurrence devrait être constituée de capital « libre ».

166. Cette approche soulève la question du large éventail de ratios dettes/fonds propres qu'on observe dans l'intervalle de pleine concurrence et si, compte tenu de cette diversité, il est possible de suivre une méthode de sous-capitalisation en dehors du secteur financier. Toutefois, le ratio dettes/fonds propres d'une entreprise particulière appartenant à ce large éventail a peu de chances d'être le fruit du hasard, mais plutôt d'un certain nombre de facteurs. Une question essentielle est de savoir s'il est possible de prendre en compte tous les facteurs qui sous-tendent ces différents ratios dettes/fonds propres. Il conviendrait peut-être de s'interroger plus avant sur les raisons pour lesquelles certaines entreprises sont fortement endettées et d'autres ne le sont pas. Les différences de goût du risque des actionnaires ont déjà été identifiées comme un facteur déterminant, mais dans le cadre d'une entreprise correctement capitalisée, l'approche autorisée de l'OCDE réduit fortement l'importance de cette variable en faisant de la solvabilité/structure du capital de l'entreprise l'une des conditions internes de l'ES.

167. D'autres variables clés, les conditions « externes » –localisation de l'ES emprunteur, qualité et nature des actifs, trésorerie, secteur d'activité, stratégies des entreprises, acquisitions et cessions d'actifs, conditions du marché dans le pays d'accueil, etc. – pourraient être identifiées et on pourrait s'efforcer de quantifier l'effet de ces variables sur le levier financier ; il faudrait, dans la mesure du possible, examiner les comptes d'entités comparables indépendantes ou étudier les critères utilisés par des banquiers indépendants pour octroyer un prêt à certaines catégories d'emprunteurs. Une analyse fonctionnelle et factuelle des actifs, des risques et des activités de l'ES révélerait dans quelle mesure les variables clés étaient présentes dans son entreprise, et il pourrait être possible d'attribuer à l'ES le montant adéquat de capital « libre » pour une entreprise réunissant ces critères.

168. L'approche fondée sur la sous-capitalisation présente l'avantage d'éviter certains des problèmes que pose la détermination du montant du capital « libre » à attribuer dans les situations où l'entreprise dans son ensemble est entièrement financée par l'emprunt. Toutefois, l'une des faiblesses de cette méthode est que le montant total du capital « libre » attribué aux différents ES peut être supérieur au montant du capital libre que possède l'entreprise dans son ensemble.

(4) Méthode du régime de protection - Quasi sous-capitalisation – Fonds propres réglementaires minimums

169. Une autre possibilité évoquée dans la Partie II pour les banques serait d'exiger que l'ES détienne au moins le montant minimal de capital « libre » requis par la réglementation comme le ferait une

entreprise bancaire indépendante opérant dans le pays d'accueil (quasi sous-capitalisation/capital « libre » réglementaire minimum). Cette approche ne constitue pas une approche autorisée de l'OCDE, dans la mesure où elle laisse de côté d'importantes conditions internes de cette approche, à savoir le fait que l'ES a généralement la même cote de crédit que l'entreprise dans son ensemble. Toutefois, elle pourrait être acceptable comme régime de protection dès lors qu'elle n'aboutit pas à l'attribution à l'établissement stable d'un montant de bénéfices plus élevé que celui qui résulterait de l'approche autorisée de l'OCDE.

170. En pratique des problèmes significatifs risquent de se poser pour trouver des points de comparaison suffisamment objectifs en dehors du secteur financier réglementé pour appliquer l'approche de la quasi sous-capitalisation/des fonds propres réglementaires minimums. Plus généralement, on peut envisager l'existence de ratios fixes basés sur des points de référence sectoriels pour des segments particuliers en dehors du secteur financier, mais uniquement dans le cadre d'un régime de protection.

171. Cependant, le principal inconvénient de la méthode de la quasi sous-capitalisation/des fonds propres réglementaires minimums est qu'elle peut difficilement offrir une solution à tous les contribuables dans tous les secteurs, et qu'elle s'appuie sur des points de référence sectoriels qui ne satisfont pas forcément aux normes de comparabilité ; plus l'approche est affinée et élargie, plus elle ressemble à celle de la sous-capitalisation (elle perd donc les avantages de la simplicité administrative).

172. La méthode de la quasi sous-capitalisation/des fonds propres réglementaires minimums et la méthode de la sous-capitalisation peuvent être utilisées de concert avec les régimes de protection. Les Principes directeurs examinent en détail les avantages et inconvénients des régimes de protection en général avant de conclure, au paragraphe 4.123, que « la mise en place de régimes de protection n'est donc pas recommandée ». Toutefois, comme il est remarqué au paragraphe 4.96, il n'est pas traité dans les Principes directeurs « des dispositions fiscales destinées à empêcher l'endettement “excessif” d'une filiale étrangère (règles relatives à la “sous-capitalisation”), qui seront évoquées au Chapitre X du présent rapport ».

(5) Autres méthodes

173. Dans le contexte du secteur de l'assurance, d'autres approches possibles de l'attribution de capital ont été analysées. Les résultats de cette analyse sont inclus dans la Partie IV.

(6) Attribution de capital à l'ES d'une entreprise sous-capitalisée

174. En dehors du secteur financier réglementé, une difficulté survient du fait que les différentes entreprises du groupe sont rarement tenues d'avoir un montant de capital « libre » conforme au principe de pleine concurrence. L'entreprise dont l'ES fait partie peut être par exemple presque entièrement financée par emprunt (entreprises dites « 2 dollars », avec 2 dollars de fonds propres et 1 million de dollars de dettes), de sorte que, même si l'on attribue la totalité des capitaux propres de cette entité à l'ES, il risque d'être sous-capitalisé. Par conséquent, une discussion spécifique des problèmes posés par les entreprises sous-capitalisées fait suite à l'examen général des approches pour l'attribution du capital.

175. Lorsque la structure du capital de l'entreprise dont l'ES fait partie ne génère pas un résultat de pleine concurrence, il est nécessaire de rechercher des données adéquates en dehors de l'entreprise proprement dite. Deux options sont possibles pour parvenir à un résultat compatible avec l'article 7 :

- Une approche fondée sous la sous-capitalisation
- Une approche qui ajuste le capital « libre » de l'entreprise sur un montant de pleine concurrence avant d'imputer ce capital à l'ES.

176. L'approche fondée sous la sous-capitalisation examine les structures du capital d'entreprises indépendantes comparables dans des circonstances comparables, etc. L'objectif est de déterminer un montant de capital « libre » de pleine concurrence. Conformément à la conclusion concernant les ES d'entreprises qui ne sont pas sous-capitalisées, on suppose que la solvabilité résultant de ce montant de capital « libre » appartient à l'entreprise dans son ensemble, avec pour conséquence que les opérations internes concernant les commissions de garantie et les différentiels de solvabilité ayant une incidence sur les taux d'intérêt intra-entreprise ne seraient pas pris en compte.

177. Une deuxième approche consisterait à ajuster le capital « libre » de l'entreprise dont l'ES fait partie à un niveau de pleine concurrence. Dans un second temps, l'ES se verrait attribuer un montant de pleine concurrence du capital « libre » rajusté conformément à l'article 7 en suivant une approche fondée sur la répartition du capital.

178. Pour déterminer si une approche spécifique fondée sur la répartition du capital génère un résultat de pleine concurrence pour un ES d'une entreprise sous-capitalisée, il peut être nécessaire de déterminer pourquoi l'entreprise dans son ensemble est sous-capitalisée.

179. Dans l'application d'une méthode de sous-capitalisation, si les raisons commerciales pour lesquelles l'entreprise est sous-capitalisée sont indépendantes des opérations commerciales de l'ES, l'attribution à l'ES d'un montant plus important du capital « libre » de l'entreprise peut être tout à fait compatible avec le principe de pleine concurrence. Si ces raisons commerciales ont effectivement un rapport avec les opérations commerciales de l'ES, celles-ci doivent être prises en compte lorsqu'on s'efforce de procéder à une évaluation comparative de la capitalisation de l'ES par rapport à toute opération comparable sur le marché libre qui serait choisie. A cette fin, on pourrait soit choisir des transactions comparables sur lesquelles ces facteurs ont une incidence similaire, en ajustant ces transactions comparables pour tenir compte des différences dans ces facteurs ou, s'il n'est pas possible d'utiliser d'une manière fiable les données concernant les transactions comparables disponibles en raison de ces facteurs, en utilisant une autre approche autorisée de l'OCDE qui serait plus compatible avec le principe de pleine concurrence.

(7) Conclusion sur l'attribution de capital à l'ES

180. La répartition du capital « libre » entre les divisions d'une entreprise est une étape décisive du processus d'imputation des bénéfices à l'ES. La règle générale est que l'ES doit disposer de capital « libre » suffisant pour soutenir les fonctions, les actifs et les risques qui lui sont dévolus. C'est pourquoi la méthode d'attribution du capital est une étape importante pour éviter ou atténuer la double imposition ou l'imposition insuffisante.

181. Le processus de consultation a montré qu'un consensus international se dégagait, parmi les gouvernements et les entreprises, sur le principe selon lequel un ES doit disposer de suffisamment de capital « libre » pour soutenir les fonctions, les actifs et les risques qu'il assume. Toutefois, le processus de consultation a également révélé qu'il n'était pas possible d'élaborer une seule approche acceptée au plan international pour attribuer le capital « libre » nécessaire. Comme l'illustrent les discussions ci-dessus, il n'existe pas d'approche unique permettant de traiter toutes les circonstances.

182. Le Rapport s'attache donc à énoncer les principes en vertu desquels une telle attribution doit être effectuée et à fournir des orientations sur l'application de ces principes de manière souple et pragmatique. A ce titre, si chacune des approches autorisées présentées dans cette section est à même de produire un résultat de pleine concurrence, ce n'est pas le cas dans certaines situations, de sorte que la souplesse est de mise, en veillant néanmoins à atténuer l'incidence de la double imposition.

183. Il y aura certainement des cas où les administrations fiscales ne seront pas d'accord sur le fait de savoir si les résultats générés par la méthode employée par le pays d'accueil sont compatibles avec le principe de pleine concurrence. La procédure amiable permet de résoudre ces différends. Le fait qu'il sera parfois nécessaire de résoudre les différends en recourant à la PA n'est pas une faiblesse de l'approche autorisée de l'OCDE. Il reflète plutôt le fait que l'attribution de capital « libre » à un ES peut être une question très difficile et complexe. L'approche autorisée de l'OCDE décrit les forces et les faiblesses de différentes approches et offre donc un cadre pour résoudre les cas difficiles.

(4) Détermination des coûts de financement de l'ES

(A) Introduction

184. L'approche autorisée de l'OCDE reconnaît que l'ES a besoin d'un certain financement (composé de capital « libre » et de dette portant intérêt). Dès lors que ce montant est déterminé, l'une des méthodes autorisées d'attribution du capital décrites dans la section précédente est employée afin de calculer le montant du financement constitué de capital « libre ». Le solde du besoin de financement est donc le montant par rapport auquel la déduction d'intérêt est calculée et c'est sur cet aspect que cette section se concentre. Pour plus de simplicité, il est question dans l'examen de « dette » et d'« intérêt », mais les commentaires qui suivent s'appliquent à tous les instruments financiers ainsi qu'à tous les coûts de financement, qu'ils soient ou non qualifiés d'intérêts aux fins d'imposition. Cet examen relève pour l'essentiel de la deuxième étape de l'approche autorisée de l'OCDE, mais est mentionné ici pour des raisons de commodité.

185. De même qu'il existe plusieurs approches autorisées pour l'attribution de capital « libre » à un ES, il existe aussi plusieurs approches autorisées pour attribuer la dette portant intérêt et pour calculer le taux d'intérêt à appliquer à cette dette. L'approche autorisée de l'OCDE prévoit que l'attribution peut inclure, dans les circonstances adéquates, la prise en compte d'opérations internes portant intérêt. Ces différentes approches sont examinées dans la première sous-section ci-dessous. La prise en compte des opérations internes déroge aux Commentaires actuels sur l'article 7(3) qui n'admettent les opérations internes que pour les entreprises financières. Cette reconnaissance génère un risque d'évasion fiscale abordé dans la deuxième sous-section ci-dessous. La troisième sous-section analyse dans quelle mesure il est adéquat de reconnaître une majoration sur des opérations internes portant intérêt.

(B) Approches autorisées de l'attribution de coûts de financement à des ES

186. L'une des caractéristiques essentielles de l'approche autorisée de l'OCDE concernant les coûts de financement est qu'elle met l'accent sur la question générale de la détermination d'une déduction admissible de l'intérêt pour l'ES, plutôt que sur la reconnaissance des opérations internes en tant que telles. Le but de l'approche autorisée de l'OCDE est d'établir, au moyen de l'une des approches autorisées décrites ci-dessous, un montant de versement d'intérêts de pleine concurrence pour l'ES fondé sur les fonctions, les actifs et les risques attribués.

187. L'approche actuelle des Commentaires opère une distinction entre les entreprises financières et non financières, sur la base du fait que l'octroi et l'obtention d'avances sont étroitement liés à leurs activités ordinaires. Sur cette base, la prise en compte des opérations internes portant intérêt est admise pour les entreprises financières, mais non pour les entreprises non financières (paragraphe 18.3 et 19 des Commentaires sur l'article 7). L'approche autorisée de l'OCDE rejette cette différenciation au profit de l'approche fonctionnelle visée dans les Principes directeurs. La question est alors de savoir comment prendre en compte les flux financiers au sein de l'entreprise. Si ces flux entre les différentes parties de l'entreprise ne donnent pas nécessairement lieu à des opérations internes, il y a des cas où celles-ci peuvent être considérées comme des opérations internes portant intérêts au sein d'entreprises non financières en vue

de rémunérer une fonction de trésorerie (« opération interne de trésorerie »). Les fonctions de trésorerie sont décrites à la Partie II de ce Rapport, Section D-2(iii)(b).

188. Lorsqu'une telle approche est employée, la question de savoir si des mouvements de fonds seraient considérés comme « opération interne de trésorerie » dépendrait d'une analyse fonctionnelle et factuelle de la « opération interne » et des conditions dans lesquelles elle a été effectuée. Il serait en particulier nécessaire, afin de qualifier une opération interne de « opération interne de trésorerie », d'identifier une division de l'entreprise comme étant celle qui exerce au fond les fonctions humaines importantes pertinentes pour déterminer la propriété économique des fonds ou de l'actif financier pour être considérée comme « propriétaire » de ces fonds ou de cet actif et donc habilitée à percevoir un rendement de pleine concurrence sur ces fonds ou sur cet actif en vertu d'une « opération interne de trésorerie ». En l'absence de ces fonctions humaines importantes, il ne serait pas possible de prendre en compte des opérations internes portant intérêt à des prix de pleine concurrence.

189. Les Commentaires existants mentionnent deux autres approches pour l'attribution des intérêts externes versés par l'entreprise à son ES (ni l'une ni l'autre n'est pleinement avalisée) : 1) une approche fondée sur le suivi et 2) une approche fondée sur la fongibilité. Un certain nombre de pays utilisent actuellement des variantes de ces approches. Selon une approche « pure » fondée sur le suivi, on remonte, pour tout mouvement interne de fonds transférés à un ES, jusqu'à la mise à disposition initiale de ces fonds par des tiers. Le taux d'intérêt applicable aux fonds fournis à l'ES est considéré comme étant le même que le taux effectivement versé par l'entreprise au tiers qui a fourni les fonds. Comme indiqué au paragraphe précédent, une approche fondée sur le suivi pourrait être attestée, dans certains cas, par des opérations internes qui imputent les versements effectifs d'intérêts de l'entreprise à l'ES. Selon une approche « pure » fondée sur la fongibilité, les fonds empruntés par un ES d'une entreprise sont considérés comme contribuant au besoin de financement de l'ensemble de l'entreprise et non simplement à ceux de l'ES en particulier. Cette approche laisse de côté les mouvements effectifs de fonds au sein de l'entreprise et tous les paiements d'intérêts entre succursales ou entre le siège et les succursales. Chaque ES se voit attribuer une part des intérêts versés par l'ensemble de l'entreprise à des tiers sur une base déterminée à l'avance. Aussi, dans le cadre d'une approche fondée sur la fongibilité, il ne serait pas nécessaire de reconnaître des opérations internes portant intérêt.

190. L'approche fondée sur le suivi comme l'approche fondée sur la fongibilité posent des problèmes, du moins sous leur forme pure. Les Commentaires se rapportant à l'article 7 restent équivoques sur ce point. On peut lire au paragraphe 18.2 : « L'approche suggérée antérieurement dans ces Commentaires, à savoir une répartition à la fois directe et indirecte des dettes effectives, s'est révélée irréalisable, notamment parce qu'elle n'était guère susceptible d'être appliquée de manière uniforme. Par ailleurs, il est notoire que la répartition indirecte des charges d'intérêts en totalité ou de la partie de ces intérêts qui reste après certaines imputations directes, se heurte à des difficultés pratiques. De plus, il est bien connu que la répartition directe des charges totales d'intérêt peut ne pas refléter de façon fidèle les coûts de financement de l'ES puisque le contribuable est à même de contrôler l'endroit où les emprunts sont contractés et certains rajustements peuvent s'avérer nécessaires pour traduire la réalité économique ».

191. Comme pour l'attribution de capital, il ne semble pas possible d'élaborer une approche unique pour déterminer le montant des charges d'intérêt à attribuer applicable dans toutes les circonstances. Certains pays sont favorables à une approche fondée sur la fongibilité tandis que d'autres souhaitent pouvoir conserver la trace des versements effectués aux institutions non financières. D'autres ont préféré une approche plus flexible notamment en suivant la trace des « grosses opérations » et en adoptant une approche fondée sur la fongibilité pour le reste des actifs. D'autres pays veulent déterminer le montant des intérêts par référence au montant des intérêts versés par des entreprises indépendantes comparables dans des circonstances comparables. D'autres pays peuvent être amenés à utiliser des « opérations internes de trésorerie » dûment reconnues pour rémunérer une fonction de trésorerie. Ce qu'il y a lieu de noter, c'est

que l'objectif de chacune des approches décrites ci-dessus est le même, c'est-à-dire que le montant d'intérêts versés déclaré par l'ES n'excède pas le montant de pleine concurrence et que toutes les fonctions de trésorerie sont rémunérées de façon appropriée. Par conséquent, toutes ces approches doivent être considérées comme autorisées par l'approche autorisée de l'OCDE.

192. L'une des raisons mentionnées dans les Commentaires actuels sur l'article 7(3) pour ne pas reconnaître les opérations internes est le risque d'évasion fiscale, et notamment celui d'attribuer des charges d'intérêt à l'ES lorsque l'entreprise dans son ensemble est entièrement ou principalement financée par capitaux propres (voir le paragraphe 18 des commentaires sur l'article 7(3)). Cependant, il y a lieu de noter que la prise de compte des « opérations internes de trésorerie » ne rémunère que l'exercice des fonctions humaines importantes pertinentes pour déterminer la propriété économique des actifs monétaires et financiers de l'entreprise. S'il n'y a pas de fonction humaine importante, seuls les intérêts versés en dehors de l'entreprise seront répartis entre ses différentes parties. Par exemple, en l'absence de dette extérieure, il est peu probable qu'une partie de l'entreprise exercera des fonctions humaines importantes pertinentes pour déterminer la propriété économique d'actifs étant donné qu'elle serait considérée comme le propriétaire économique de tous les actifs monétaires et financiers de cette entreprise.

193. Par conséquent dans le cadre de l'approche autorisée de l'OCDE, la crainte d'évasion fiscale identifiée au paragraphe 18 des Commentaires actuels pour les entreprises non financières disparaît dans la mesure où les opérations internes portant intérêts ne sont reconnues qu'en vue de rémunérer les fonctions de trésorerie et n'affectent donc pas l'attribution de capital « libre » ni, de ce fait, le montant de la dette attribué à l'ES et déterminé selon les principes de base énoncés à la Section D-2(v)(b)(1) - (3) ci-dessus.

(5) Détermination du prix de pleine concurrence des opérations internes de trésorerie

194. Enfin, il reste à examiner comment rémunérer les « opérations internes de trésorerie ». La réponse à cette question consistera à appliquer le principe de pleine concurrence et à se référer à une analyse de comparabilité appliquant par analogie les méthodes des Principes directeurs. Par exemple, lorsque « l'opération interne de trésorerie » se rattache à une dette externe, l'une des méthodes pour aboutir à un prix de pleine concurrence consisterait à ajouter une marge à la dette externe par référence aux marges comparables obtenues par des entreprises indépendantes exerçant des fonctions comparables. L'une des caractéristiques de l'approche autorisée de l'OCDE est le fait qu'en général elle attribue la cote de crédit de l'entreprise aux ES qui en font partie. Il en résulte qu'aucune marge ne devrait s'appliquer à l'égard de différentiels de crédit entre divisions de l'entreprise. La majoration ne conviendrait qu'en présence d'une preuve tangible qu'une division de l'entreprise exerce une fonction de trésorerie réelle pour les autres divisions. Lorsque, l'ES de « trésorerie » n'est pour ainsi dire qu'un intermédiaire (empruntant les fonds pour les reprêter immédiatement), l'analyse fonctionnelle est peu susceptible de montrer que l'ES de trésorerie exerce les fonctions humaines importantes pertinentes pour déterminer la propriété économique d'actifs et devrait donc être traité comme le propriétaire économique de ces fonds et habilité à percevoir le rendement correspondant. Il pourrait convenir de rémunérer l'ES de trésorerie non pas en qualité de propriétaire, mais plutôt de prestataire de services, par exemple en remboursant des frais administratifs engagés ou en majorant les coûts, selon ce dont il est question exactement (les coûts ne comprenant pas la charge des intérêts).

195. Lorsque l'ES d'une entreprise non financière exerce une véritable fonction de trésorerie, l'analyse fonctionnelle peut très bien révéler que le centre de trésorerie est le propriétaire économique des actifs financiers internes car c'est lui qui exerce les fonctions humaines importantes pertinentes pour déterminer la propriété économique de ces actifs et qui est donc habilité à en percevoir le rendement. La tarification de ce rendement peut être effectuée selon les principes dégagés pour les centres de trésorerie dans la Partie II (Section D-2(iii)(b)). Comme il est mentionné à la Partie II, l'application d'une marge à une opération interne portant intérêt ne constitue qu'une des nombreuses façons de rémunérer la fonction de trésorerie.

Lorsque ces autres méthodes sont utilisées, fonction de trésorerie serait rémunérée séparément, par exemple par le biais d'un paiement de pleine concurrence.

196. D'autres transactions financières internes peuvent avoir lieu dans des entreprises non financières, par exemple des opérations de couverture, mais ces transferts de risque présumés devraient passer le test du seuil : ils ne seraient pas reconnus sauf si, par exemple, la division de l'entreprise à laquelle le risque a été transféré disposait des compétences pour gérer le risque et assumait donc les fonctions humaines importantes pour ces risques.

(6) L'approche autorisée de l'OCDE concernant l'ajustement des intérêts versés

197. Lorsque le montant du capital « libre » attribué par l'entreprise est inférieur au montant de pleine concurrence tel qu'il est déterminé par l'une des approches autorisées, il peut être nécessaire d'opérer un ajustement en baisse approprié au montant des intérêts versés déclarés par l'ES, afin de faire apparaître le montant de capitaux propres de l'entreprise qui est effectivement nécessaire pour soutenir les activités de l'ES. L'ajustement sera effectué conformément aux réglementations en vigueur dans le pays d'accueil de l'ES, sous réserve des dispositions de l'article 7.

198. Il y a lieu de noter que le pays d'accueil de l'ES peut imposer un montant inférieur à celui qui serait conforme au principe de pleine concurrence si aucun rajustement n'est effectué pour accroître le montant de capital « libre » attribué. L'article 7 met l'accent sur la détermination des compétences fiscales qu'il y a lieu d'attribuer au pays d'accueil de l'ES, celui-ci ne pouvant percevoir un impôt sur un montant supérieur au bénéfice de pleine concurrence. Aucun rajustement n'est requis par l'article 7 dans ce cas. Toutefois, les pays d'accueil peuvent souhaiter exercer la totalité de leurs compétences fiscales en ajustant à la hausse le montant du capital « libre ». L'article 7 autorise cet ajustement sous réserve que le pays d'accueil ne procède pas à un rajustement à la hausse excédant le montant de pleine concurrence.

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

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

201. Un problème se pose également lorsque l'ES s'est vu attribuer un montant de capital qui excède l'intervalle de capital « libre » conforme au principe de pleine concurrence. Ce cas peut se présenter par

exemple à cause d'une disposition de la législation interne du pays d'accueil sur le capital attribué. Dans ce cas, la juridiction d'accueil perçoit un impôt plus élevé que le montant autorisé par l'article 7. En conséquence, si en vertu de la législation fiscale interne, le montant de capital « libre » devait excéder l'intervalle de capital de pleine concurrence, l'article 7 exigerait que ce montant soit ramené à l'intérieur de cet intervalle. Inversement, la banque peut attribuer un montant excessif de capital « libre » à un ES, par exemple lorsque celui-ci est soumis à un taux d'imposition faible et que la banque souhaite maximiser les déductions d'intérêts dans sa juridiction d'origine ou au niveau d'un ES soumis à un taux d'imposition plus élevé. Dans de tels cas, l'approche autorisée de l'OCDE permettrait au pays d'origine d'ajuster le montant de capital « libre » attribué à l'ES à un montant compris dans l'intervalle de pleine concurrence.

202. Un autre problème se pose dans le cas où toutes les opérations de l'ES sont financées à l'aide d'emprunts contractés auprès de tiers. Est-il encore nécessaire de refuser la déduction d'une partie des intérêts versés en fonction d'un certain montant de capital « libre » ? La réponse est qu'un tel rajustement serait conforme à l'article 7 étant donné que l'ES, s'il est considéré comme une entreprise distincte, disposerait de capital « libre » comme on l'a déjà vu dans ce Rapport. Cependant, comme on l'a noté au début de cette section, l'article 7 n'exige pas un tel rajustement lorsque le pays d'accueil applique un impôt sur un montant de bénéfices commerciaux correspondant à l'évaluation du capital « libre » de l'ES à un niveau inférieur à l'intervalle de pleine concurrence.

203. Des problèmes pratiques se posent quant aux modalités d'un tel rajustement. Lorsque l'ES emprunte des fonds à l'établissement chargé de la trésorerie, un rajustement du capital « libre » est susceptible d'être effectué en ce qui concerne « l'opération interne de trésorerie ». Cependant, cette solution n'est pas possible lorsque les emprunts de l'ES sont totalement contractés auprès de tiers. L'une des manières d'effectuer le rajustement du capital « libre » consisterait à imputer un « prêt » de l'ES à l'établissement de l'entreprise chargé des fonctions de trésorerie, ce qui aurait pour effet de réduire la déduction des intérêts de l'ES en fonction du montant du capital « libre ».

(7) Conclusion sur l'attribution de capital et les coûts de financement

204. La première étape de l'approche autorisée de l'OCDE détermine les caractéristiques et les fonctions de l'entreprise théorique distincte et juridiquement indépendante. Une analyse fonctionnelle et factuelle attribue les fonctions, les actifs et les risques à l'ES, et du capital « libre » est attribué en quantité suffisante pour soutenir ces fonctions, actifs et risques. L'attribution de capital « libre » et de financement aux ES d'entreprises non financières présente certaines difficultés que l'on ne rencontre pas dans le secteur financier, mais l'approche est pratique et efficace.

205. Comme pour l'attribution des capitaux propres à l'ES d'entreprises financières, la vérification dans la situation générale a démontré qu'une flexibilité est nécessaire à l'égard des questions telles que l'attribution du capital « libre » et la détermination des coûts de financement. Dans une certaine mesure, cette flexibilité reflète également les difficultés pratiques réelles de traduire l'approche autorisée de l'OCDE en instructions précises dans ce domaine. D'un autre côté, l'attribution de capital « libre » est désormais régie par un principe clair, dont l'observation contribuera à minimiser les cas de double imposition. L'application de l'approche autorisée de l'OCDE s'éloigne de façon importante des Commentaires en autorisant une approche de l'attribution des charges d'intérêt basée sur la reconnaissance des opérations internes portant intérêt dans les entreprises non financières dans les circonstances appropriées. L'approche autorisée de l'OCDE peut le faire dans la mesure où elle se fonde sur une analyse fonctionnelle et factuelle détaillée qui attribue les fonctions, les actifs et les risques à l'ES, puis attribue du capital « libre » en quantité suffisante pour soutenir les actifs mis en œuvre et les risques assumés.

206. Considérant l'importance de l'attribution des actifs et des risques pour la détermination des bénéfices imputables à l'ES et d'une structure de financement appropriée, il sera nécessaire d'exiger que les

établissements stables justifient la méthode utilisée pour attribuer les actifs, mesurer les risques (ou la raison pour laquelle ils n'ont pas jugé nécessaire de mesurer les risques) et attribuer le capital « libre » et les intérêts versés. Les exigences en matière de documents font l'objet d'un examen plus détaillé ci-après, à la Section D-4.

(vi) *Prise en compte des « opérations internes »*

(a) Introduction

207. A la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE, une analyse fonctionnelle et factuelle de l'ES est effectuée au cours de la construction de l'entreprise théorique « distincte exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues ». Les fonctions, les actifs, les risques et le capital libre sont attribués à l'ES avec les recettes et les dépenses générées par les transactions avec d'autres entreprises (associées et indépendantes). Le prix de pleine concurrence des transactions effectuées avec des entreprises associées peut être déterminé en appliquant directement les Principes directeurs. Toutefois, le libellé de l'article 7(2) stipule ensuite que les bénéfices à attribuer à l'ES doivent aussi être basés sur l'entreprise théorique distincte « traitant en toute indépendance avec l'entreprise dont il constitue un ES ». Ainsi, pour véritablement considérer l'ES comme s'agissant d'une entreprise théorique distincte, il est nécessaire d'identifier les « opérations internes » qu'il effectue avec le reste de l'entreprise dont il fait partie et d'en déterminer la nature. Pour achever l'attribution des bénéfices à l'ES dans le cadre de la deuxième étape de l'approche autorisée de l'OCDE, la Section D-3 fournit des indications sur la manière de fixer un prix pour ces opérations internes en appliquant le principe de pleine concurrence.

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

209. La question se pose de savoir comment adapter les directives des Principes directeurs au contexte de l'ES pour considérer les « opérations internes » effectuées par l'ES avec le reste de l'entreprise comme l'étant par une entreprise théorique distincte. Dans une situation relevant de l'article 9, il y a des « transactions entre entreprises associées », et les méthodes de prix de transfert s'appliquent en comparant ces transactions à des transactions comparables entre entreprises indépendantes. Dans le cas d'un ES, il y a des « opérations internes » et non des « transactions entre entreprises associées » qui gouvernent les relations économiques et financières entre l'ES et une autre division de l'entreprise.

(b) *Prise en compte des opérations internes*

210. Il existe un certain nombre d'aspects de la prise en compte (ou non) de transactions entre un ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie. En premier lieu, un ES n'est pas équivalent à une filiale, et en fait il n'est ni juridiquement ni économiquement distinct du reste de l'entreprise dont il fait partie. En second

lieu, les opérations internes entre un ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie n'ont pas de conséquences juridiques pour l'entreprise dans son ensemble. Il est donc nécessaire d'examiner plus attentivement les opérations internes entre un ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie que les transactions entre deux entreprises associées. Il est aussi nécessaire d'examiner plus attentivement la documentation (en l'absence inévitable de contrats juridiquement contraignants par exemple) qui pourrait exister par ailleurs considérant la singularité de la question, les pays souhaiteraient qu'il incombe aux contribuables de prouver clairement que l'opération interne doit être prise en compte.

211. Cette nécessité d'un examen plus minutieux signifie qu'il est nécessaire de franchir un seuil avant d'admettre qu'une opération interne équivaut à une transaction qui aurait eu lieu entre des entreprises indépendantes dans des conditions de pleine concurrence et à répartir en conséquence les bénéfices conformément à l'article 7(2). Dans le cas d'une entreprise associée, il ira généralement de soi qu'une transaction est intervenue, par exemple la transaction aura des conséquences juridiques autres que fiscales. Il y a des circonstances dans lesquelles même les transactions entre entreprises associées ne seraient pas admises parce qu'elles n'ont pas été effectuées dans les conditions commerciales normales qui s'appliqueraient entre des entreprises indépendantes (voir les paragraphes 1.37 et 1.38 des Principes directeurs qui examine les circonstances dans lesquelles des transactions entre entreprises associées ne seraient pas non plus reconnues ou seraient rajustées conformément aux réalités économiques et commerciales). Toutefois, une opération interne n'est pas quelque chose qui va de soi mais c'est une fiction, qui n'a d'existence qu'aux fins de détermination de l'attribution d'un bénéfice dans des conditions de pleine concurrence. En conséquence, les opérations internes au sein d'une même entité sont peut-être plus susceptibles de ne pas être prises en compte ou encore d'être restructurées que les transactions entre entreprises associées.

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

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

214. Une opération interne intervient au sein d'une entité juridique unique et par conséquent, il n'y a pas de « clauses contractuelles » à analyser. Toutefois, l'approche autorisée de l'OCDE considère les « opérations internes » comme analogues à des transactions entre des entreprises associées et par conséquent les indications qui figurent aux paragraphes 1.28 et 1.29 des Principes directeurs peuvent être appliquées dans le contexte de l'ES par analogie. En particulier, ainsi qu'il est noté au paragraphe 1.28 « on peut également déduire les conditions d'une transaction de la correspondance et des communications entre les parties en l'absence de contrat écrit ». Par conséquent, par analogie, les « termes contractuels » sont les documents comptables, ainsi que toute la documentation interne concernant la même période et faisant apparaître les transferts de risques, de responsabilités et de bénéfices d'une partie de l'entreprise à une

autre. En outre, il est noté au paragraphe 1.26 des Principes directeurs que « {c}onformément à l'analyse qui sera conduite ci-après à propos des modalités contractuelles, il est possible de rechercher si la répartition des risques qui est indiquée est conforme à la nature économique de la transaction. A cet égard, c'est en général le comportement des parties qui doit être considéré comme l'élément le plus judicieux pour déterminer la répartition effective des risques. » Le paragraphe 1.27 note ensuite que « {d}ans l'examen de la nature économique de la répartition des risques qui est indiquée, il y a lieu également de rechercher quelles seraient les conséquences de cette répartition dans le cadre de transactions de pleine concurrence. Dans le cadre de telles transactions, il est généralement rationnel pour les parties de se voir attribuer une plus grande part des risques sur lesquels elles peuvent exercer un certain contrôle. »

215. On peut procéder à une analyse des clauses contractuelles dans le cadre de l'analyse fonctionnelle et factuelle pour vérifier si le comportement effectif des parties est conforme aux clauses du contrat et compatible avec les principes économiques qui régissent les relations entre entreprises indépendantes. Cet examen est jugé nécessaire même lorsqu'il existe des clauses contractuelles entre entreprises qui, bien qu'associées, sont juridiquement distinctes. Le paragraphe 1.29 des Principes directeurs, amendé pour remplacer la référence au « contrat » par « clauses de l'opération interne », stipule qu'il sera nécessaire « d'examiner si les parties se sont conformées *aux clauses de l'opération interne* ou si leur comportement démontre que *ces clauses* [n'ont] pas été respecté[es] ou [ne sont] qu'une fiction ». Le paragraphe note ensuite que dans de tels cas « une analyse s'impose pour déterminer les véritables modalités de la transaction ». Une telle analyse sera encore plus importante dans le contexte de l'ES lorsque les clauses des opérations internes entre les différentes parties de l'entreprise ne sont pas contractuellement contraignantes.

216. Ainsi, par exemple, un document comptable et des pièces justificatives de la même date faisant apparaître une opération interne qui a pour effet de transférer des risques, des responsabilités et des avantages significatifs sur le plan économique constituerait un point de départ utile pour l'attribution de bénéfices. Les contribuables sont encouragés à préparer une telle documentation, susceptible de réduire considérablement le potentiel de litige concernant l'application de l'approche autorisée de l'OCDE. Les administrations fiscales accordent un crédit à cette documentation, nonobstant son absence de valeur juridique, dans la mesure où :

- la documentation est cohérente avec la nature économique des activités menées par l'entreprise, tel que montré par l'analyse fonctionnelle et factuelle ;
- les modalités de l'opération interne qui font l'objet d'une documentation, prises dans leur ensemble, ne sont pas différentes de celles dont auraient convenu des entreprises indépendantes comparables ayant un comportement commercial rationnel ou, si elles diffèrent, la structure exposée dans la documentation du contribuable n'empêche pas de fait l'administration fiscale de déterminer un prix de transfert approprié ; et
- l'opération interne exposée dans la documentation du contribuable ne viole pas le principe de l'approche autorisée de l'OCDE, par exemple en prétendant transférer les risques de manière à les séparer des fonctions.

Voir les paragraphes 1.26 à 1.29 et 1.36 et 1.41 des Principes directeurs, par analogie.

217. Une fois que le seuil ci-dessus a été dépassé et qu'une opération interne est prise en compte comme existante, l'approche autorisée de l'OCDE applique, par analogie, les indications données aux paragraphes 1.26 à 1.29 et 1.36 à 1.41 des Principes directeurs. Les indications sont appliquées non à des transactions entre entreprises associées mais aux opérations internes intervenues entre l'ES et d'autres parties de l'entreprise. Par conséquent, l'examen d'une opération interne devrait se fonder sur l'opération interne effectivement intervenue entre l'ES et l'autre partie de l'entreprise et sur les modalités de cette

opération interne, selon les méthodes utilisées par le contribuable dans la mesure où elles sont conformes à celles qui sont exposées aux Chapitres II et III des Principes directeurs. Excepté dans les deux cas précisés au paragraphe 1.37, l'administration fiscale devrait appliquer les directives du paragraphe 1.36 pour l'attribution d'un bénéfice à un ES et, donc, « ne devrait pas faire abstraction des transactions effectives ni leur substituer d'autres transactions ».

D-3. Deuxième étape : détermination des bénéfices de l'entreprise théorique distincte à partir de l'analyse de comparabilité

La présente section examine en détail l'application pratique des principes fondamentaux énoncés dans la Section B-4 relativement à la deuxième étape de l'approche autorisée de l'OCDE.

(i) Introduction

218. L'approche autorisée de l'OCDE consiste à comparer les *opérations internes* entre l'ES et l'entreprise dont il fait partie et les *transactions* entre entreprises indépendantes. Cette comparaison doit se faire en suivant, par analogie, l'analyse de comparabilité décrite dans les Principes directeurs. Par analogie avec les Principes directeurs, la comparabilité dans le contexte de l'ES signifie soit qu'il n'y a pas de différences modifiant notablement l'indicateur utilisé pour attribuer des bénéfices à l'ES, soit que des rajustements suffisamment précis peuvent être apportés afin d'éliminer les effets de ces différences. Des principes analogues aux règles d'agrégation du Chapitre I des Principes directeurs doivent aussi s'appliquer pour permettre d'agréger les opérations internes de l'ES, le cas échéant, lorsqu'on détermine les bénéfices imputables à l'ES.

219. Si l'on continue de suivre, par analogie, l'approche des Principes directeurs, il convient d'imputer les bénéfices à un ES, selon l'approche autorisée de l'OCDE, en appliquant les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions (méthode du prix comparable sur le marché libre, méthodes du prix de revente et du prix de revient majoré) ou, lorsque ces méthodes ne peuvent pas être appliquées de façon fiable, les méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfices (méthode du partage des bénéfices et méthode transactionnelle de la marge nette). La sous-Section (ii) ci-dessous examine plus en détail l'application des méthodes de calcul des prix de transfert afin d'attribuer des bénéfices. La sous-Section (iii) s'intéresse à l'analyse de comparabilité. La sous-Section (iv) passe en revue un certain nombre d'opérations internes courantes qui méritent une mention spéciale : opérations internes impliquant des changements dans l'utilisation d'actifs corporels, d'actifs incorporels, accords de répartition des coûts et prestations de services internes. Enfin, la sous-Section (v) explique comment traiter les dépenses induites avant et après la période d'existence de l'ES.

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

220. Prenons le cas d'un ES qui distribue un produit fabriqué par son siège social. Supposons à cette fin que l'ES devrait être considéré avoir acheté le produit auprès du siège social pour le revendre à des tiers. Il est tenu pour acquis que le prix de vente au tiers client est celui de pleine concurrence et, par conséquent, l'examen du prix de transfert portera sur les opérations internes avec le siège social. Pour déterminer le bénéfice imputable à l'ES au titre de ces opérations internes, les méthodes de fixation des prix de transfert s'appliqueront selon les activités industrielles ou commerciales et les fonctions de l'établissement en tant que distributeur. Si, par exemple, le siège social vend aussi le produit à des tiers distributeurs dont l'activité commerciale est comparable à celle de l'ES, on pourrait utiliser la méthode du prix comparable sur le marché libre pour déterminer le prix auquel l'ES aurait obtenu les produits s'il avait été une « entreprise distincte » au sens du paragraphe 2 de l'article 7. Le montant du bénéfice brut qui lui est attribué sera égal à la différence entre les recettes tirées de ventes à des tiers clients attribuées à l'ES et

le prix facturé en théorie par le siège social, ajusté, si nécessaire, en fonction du prix de pleine concurrence pour des transactions comparables entre des tiers distributeurs et des fabricants comparables.

221. En l'absence de prix comparable sur le marché libre, si l'analyse fonctionnelle et factuelle révèle que l'ES agit comme distributeur des produits du siège social, le prix de pleine concurrence des produits que l'ES est réputé avoir acheté auprès du siège peut être déterminé en déduisant du prix de vente à des tiers clients une marge brute appropriée (la « marge sur prix de revente ») qui représente le montant sur lequel le revendeur couvrirait ses frais de vente et autres dépenses d'exploitation et, à la lumière des fonctions assumées (en tenant compte des actifs utilisés et des risques encourus) réaliserait un bénéfice convenable.. Se reporter à la Section E, ci-après. Ce résultat est compatible avec le paragraphe 17.3 des commentaires se rapportant au paragraphe 3 de l'article 7, qui indique :

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

La même approche serait utilisée pour appliquer les autres méthodes décrites dans les Principes directeurs. Si, par exemple, l'analyse fonctionnelle et factuelle révèle que l'ES n'agit pas comme simple distributeur des produits du siège social, mais qu'il exerce les fonctions humaines importantes pertinentes pour déterminer la propriété économique d'un bien incorporel de commercialisation de valeur (par exemple, parce qu'il a développé ce bien incorporel), mais qu'aucun bien incorporel important n'est utilisé et qu'aucune valeur importante n'est ajoutée par le siège social qui fabrique et fournit les produits à l'ES, il peut être opportun d'appliquer une méthode du coût de revient majoré pour déterminer le prix théorique de transfert des biens par le siège social.

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

223. Lors de l'attribution de bénéfices à un ES, il peut être aussi nécessaire, comme le stipule l'article 7(3) du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, de tenir compte des dépenses engagées par l'entreprise pour les besoins de l'ES, lorsque ces dépenses représentent des fonctions (exercées par d'autres divisions de l'entreprise) pour lesquelles la rémunération serait calculée dans des conditions de pleine concurrence. Une analyse fonctionnelle et factuelle des divisions concernées de l'entreprise permettra de déterminer si les dépenses induites en dehors de l'ES doivent être prises en compte. Sous réserve du paragraphe précédent, la méthode pour ce faire peut varier. Certains pays préfèrent prendre en compte cette rémunération au titre de fonctions exercées par d'autres divisions de l'entreprise en ajustant la marge bénéficiaire brute pour tenir compte de l'exécution de ces fonctions. Le montant effectif des dépenses engagées par d'autres divisions de l'entreprise dans l'exercice de ces fonctions ne devrait pas être déduit afin d'obtenir le bénéfice net de pleine concurrence de l'ES. D'autres pays préfèrent une analyse en deux

étapes. Premièrement, on déterminerait la marge brute pour l'ES sur la base de données comparables, sans tenir compte de la rémunération au titre de fonctions exercées par d'autres divisions de l'entreprise. Deuxièmement, des méthodes de calcul des prix de transfert seraient appliquées pour déterminer une rémunération appropriée pour les fonctions exercées par d'autres divisions de l'entreprise. Les deux méthodes devraient donner le même résultat s'agissant de l'article 7 (bien qu'il puisse y avoir d'autres répercussions pour l'application d'autres articles de la convention, qui ne font pas l'objet du présent Rapport). La Section E examine plus en détail la question de l'interprétation de l'article 7(3) en relation avec l'article 7(2) du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE.

(iii) *Analyse de comparabilité*

224. L'approche actuelle dans les Commentaires est fondée sur la nature des biens concernés, par exemple en postulant que la fourniture de produits en vue de leur revente constitue un approvisionnement alors que la fourniture de biens incorporels n'en constitue pas. Cette approche pose en outre des problèmes lorsque différents types de biens sont fournis dans le cadre d'un lot. L'un des instruments d'analyse utilisés actuellement par les pays membres pour déterminer l'effet des opérations internes sur l'attribution des bénéfices est « l'approche directe ou indirecte » décrite au paragraphe 17.2 des Commentaires sur l'article 7. Cette approche est fondée sur le principe selon lequel des transferts devraient être postulés et des prix de pleine concurrence appliqués dans les cas où les fonctions correspondantes contribuent directement à la réalisation de bénéfices provenant d'entités externes. Toutefois, cette interprétation exige que soient déterminées les fonctions qui contribuent directement (et non indirectement) à la réalisation de bénéfices. On estime qu'il peut être extrêmement difficile de trouver des critères objectifs pour procéder aux déterminations décrites au début de ce paragraphe. Par conséquent, les pays membres de l'OCDE s'accordent à penser que l'approche autorisée de l'OCDE doit rejeter l'approche actuelle fondée dans une large mesure sur la nature des biens ou services concernés et sur l'utilisation de la « méthode directe et indirecte » au profit d'une approche de comparabilité par analogie, fondée sur les indications données dans les Principes directeurs.

225. Les Principes directeurs identifient cinq facteurs déterminant la comparabilité entre transactions contrôlées et non contrôlées : les caractéristiques de la propriété ou des services, l'analyse fonctionnelle, les clauses contractuelles, la situation économique et les stratégies commerciales. L'approche autorisée de l'OCDE vise à appliquer les mêmes facteurs afin d'assurer la comparabilité entre les opérations internes d'une part et les transactions non contrôlées d'autre part. On considère que tous les facteurs, à l'exception des clauses contractuelles, peuvent s'appliquer directement pour évaluer les opérations internes puisqu'ils reposent essentiellement sur les faits. La notion de clauses contractuelles repose sur les relations entre des entreprises qui, bien qu'associées, sont juridiquement distinctes, et elle doit donc s'appliquer par analogie aux opérations internes effectuées au sein d'une même entité juridique (voir l'analyse figurant à la Section D-2(vi) quant à la manière d'appliquer, par analogie, les indications relatives aux clauses contractuelles qui figurent aux paragraphes 1.28 et 1.29 des Principes directeurs). Une fois que les « clauses contractuelles » des opérations internes ont été déterminées, une comparaison peut être effectuée avec les clauses contractuelles de transactions potentiellement comparables entre entreprises indépendantes.

226. L'analyse de comparabilité pourrait conclure qu'il y a eu fourniture de biens, de services ou d'actifs etc. entre une division de l'entreprise et une autre, comparable à une fourniture de biens, de services ou d'actifs, etc. entre entreprises indépendantes. En conséquence, la division de l'entreprise qui assure cette « fourniture » devrait recevoir une rémunération de pleine concurrence comparable à celle qu'aurait reçue une entreprise indépendante qui assure une « fourniture » comparable dans des conditions de pleine concurrence. Dans une transaction de pleine concurrence, une entreprise indépendante chercherait normalement à facturer cette fourniture de manière à réaliser un bénéfice, et non simplement à prix coûtant, bien qu'il puisse y avoir des cas où la fourniture faite à un prix de pleine concurrence ne procure pas de

bénéfice (se reporter au paragraphe 7.33 des Principes directeurs, par exemple, pour ce qui concerne la fourniture de services).

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

228. En résumé, lorsqu'une opération interne est prise en compte, l'analyse factuelle et de comparabilité attribuera un prix ou des bénéfices au titre des opérations internes par référence à des transactions comparables entre entreprises indépendantes. Les indications données dans les Principes directeurs au sujet de la réalisation de ces analyses seront appliquées, par analogie, compte tenu des circonstances factuelles particulières d'un ES et par suite de l'expérimentation de l'approche autorisée de l'OCDE. On prendra en considération quatre circonstances particulières à cet égard : une modification dans l'utilisation d'actifs corporels, l'utilisation d'actifs incorporels, les Accords de Répartition des Coûts et la fourniture de services internes.

(iv) Application de la deuxième étape de l'approche autorisée de l'OCDE aux opérations internes courantes

(a) Changement dans l'utilisation d'actifs corporels

229. Ce n'est pas seulement au moment de l'acquisition par l'entreprise que se pose le problème de savoir quelle est la composante de l'entreprise qui doit être considérée comme propriétaire économique d'un actif corporel si la propriété appartient à l'entreprise dans son ensemble. Le problème peut aussi se poser lorsqu'un actif est transféré d'une composante de l'entreprise pour être utilisé dans une autre composante. Prenons le cas d'un actif corporel utilisé par une composante de l'entreprise, par exemple le siège, qui change d'utilisation et est utilisé par une autre composante de l'entreprise, par exemple l'ES. Si, par exemple, le siège social et l'ES exercent une fonction de fabrication et que le siège n'a plus besoin d'une certaine machine, cette machine pourra être déplacée du siège social à l'ES afin d'être utilisée dans le cadre des activités de fabrication de l'ES. Comme on l'a déjà noté, un large consensus a été atteint entre les pays membres de l'OCDE en faveur de l'utilisation comme critère d'attribution de la propriété économique d'actifs corporels sauf si les circonstances particulières nécessitent une autre approche. Il s'ensuit qu'un changement du lieu où est utilisé l'actif corporel est un facteur susceptible de déclencher un changement de la propriété économique de cet actif. Le déplacement de la machine du siège social à l'ES est un fait réel et identifiable ; il constitue donc une opération interne.

230. Lorsque la propriété économique de l'actif corporel serait attribuée à l'ES qui utilise l'actif (c'est-à-dire, lorsque les circonstances particulières ne nécessitent pas une approche différente), la question est alors de savoir comment prendre en compte le transfert de l'actif par le siège social à l'ES lors du calcul du montant du bénéfice qui doit être imputé à l'ES. Lorsqu'une transaction est intervenue du point de vue juridique au sein d'une même entreprise, toutefois, il n'y a pas de 'conditions contractuelles' à cet égard. Comme l'indique la Section D-2(vi) de la Partie I, les directives des paragraphes 1.28 et 1.29 des Principes directeurs peuvent être appliquées par analogie : il faut distinguer les « conditions contractuelles » des livres comptables et des autres comportements observables, ainsi que des documents internes concomitants censés transférer des risques, des obligations et des avantages d'une composante de l'entreprise à une autre (voir le paragraphe 39).

231. Si l'on considère selon les faits que l'ES est le propriétaire économique de l'actif corporel à partir de ce moment, la juste valeur marchande de l'actif au moment du transfert servira généralement de base au

calcul de la déduction pour amortissement dans le pays d'accueil, sous réserve de la législation interne de celui-ci.

232. Les faits peuvent par ailleurs révéler que l'ES et les autres composantes de l'entreprise ont organisé leurs opérations internes d'une manière comparable à celle de coparticipants économiques à une activité de type Accord de Répartition des Coûts (« ARC ») envisageant l'utilisation successive d'un actif corporel par plusieurs composantes de l'entreprise. Si l'on suit, par analogie, les indications données au Chapitre VIII des Principes directeurs, il ne sera sans doute pas nécessaire en pareil cas de prendre en compte une appréciation (ou une dépréciation) au moment du changement d'utilisation de l'actif corporel, si celui-ci est transféré entre « participants » dans des conditions compatibles avec son utilisation collective envisagée dans le cadre de l'activité de type ARC.

233. Dans les autres cas, il faudra peut-être prendre en compte une appréciation ou une dépréciation de la valeur de l'actif corporel à la suite d'un changement d'utilisation même si l'actif est utilisé dans le cadre d'une activité de type ARC. Par exemple, l'actif pourra ne plus être utilisé dans l'activité qui fait l'objet de l'ARC, ou bien une composante de l'entreprise impliquée dans le changement d'utilisation pourra avoir cessé de participer à l'activité de type ARC, ou encore une autre composante de l'entreprise pourra avoir commencé d'utiliser l'actif et être devenue participante à l'activité de type ARC.

234. Lorsque la propriété économique d'un actif corporel n'est pas attribuée à l'endroit où il est utilisé (c'est-à-dire, dans des circonstances nécessitant une autre approche), l'analyse fonctionnelle et factuelle pourrait révéler que le transfert de cet actif d'une autre partie de l'entreprise est analogue à une location ou une licence entre entreprises indépendantes. En pareil cas, il ne serait pas nécessaire de prendre en compte un bénéfice ou une perte au moment du transfert de l'actif corporel. Les bénéfices seront plutôt attribués à l'ES en tenant compte de la déduction par l'ES d'un montant équivalent au prix de pleine concurrence qu'aurait commandé une location ou une licence comparable intervenue entre des entreprises indépendantes.

(b) Biens incorporels

(1) Incidence des biens incorporels sur les bénéfices devant être attribués à l'ES

235. Si l'on conclut, selon l'analyse fonctionnelle et factuelle, que l'ES a exercé, au moins en partie, la fonction de création d'un bien incorporel, ou qu'il assume des dépenses exceptionnelles de commercialisation de ce bien, il aura droit à une rémunération comparable à celle d'une entreprise indépendante exerçant une fonction similaire. Lorsque l'analyse fonctionnelle et factuelle attribue la propriété unique ou conjointe du bien incorporel à l'ES, il faudra appliquer par analogie les directives du Chapitre VI qui ont trait aux considérations spéciales valables pour les biens incorporels lorsqu'il s'agira d'attribuer des bénéfices à l'ES exerçant cette fonction, ou appliquer les directives du Chapitre VII pour les services fournis en liaison avec le développement du bien incorporel.

236. Les conditions dans lesquelles l'ES exerce ses fonctions doivent aussi être prises en compte et il faut en particulier se demander si l'ES est le « propriétaire unique ou conjoint » du bien incorporel. Si les conditions sont comparables à celles de sociétés titulaires de contrats de recherche au sens du paragraphe 7.41 des Principes directeurs, l'ES effectuant les recherches se verra attribuer un bénéfice correspondant à celui d'entreprises indépendantes exerçant une fonction similaire à celle de sociétés titulaires de contrats de recherche et non à titre de « propriétaire ». Une autre possibilité serait que l'ES et d'autres composantes de l'entreprise aient contribué conjointement et pour leurs besoins communs au développement d'un bien incorporel, auquel cas les bénéfices seront répartis entre les parties ayant contribué au développement, conformément à ce qui se serait produit entre parties indépendantes participant à une activité de type ARC comparable. Les directives du Chapitre VIII des Principes directeurs

doivent être appliquées par analogie. On approfondira maintenant dans cette section certains des principaux aspects à prendre en compte lorsqu'il s'agit de déterminer l'incidence des biens incorporels sur les bénéficiaires de l'ES.

237. Les revenus provenant de biens incorporels font partie intégrante des revenus provenant des transactions de l'entreprise avec les tiers et la question n'est pas ici de déterminer ces revenus, mais de les répartir au sein de l'entreprise conformément au principe de pleine concurrence. Par exemple, l'existence d'un modèle exclusif de négociation dans le secteur financier pourra permettre au négociateur d'une institution financière d'augmenter les bénéficiaires. Par conséquent, les bénéficiaires provenant de transactions avec les tiers qui auront été dûment attribués à l'ES en raison des fonctions exercées par celui-ci (y compris l'utilisation de biens incorporels) pourront donc refléter déjà en partie les revenus du bien incorporel utilisé par l'ES. Dès lors, il ne sera généralement pas nécessaire dans ce cas d'imputer aux biens incorporels un autre élément de revenu ; il s'agit de déterminer si l'ES a convenablement comptabilisé les charges liées à la création, au développement ou à l'entretien du bien incorporel qu'il a utilisé.

238. Ce à quoi s'attache essentiellement l'article 7, c'est attribuer les bénéficiaires à l'ES et, dans le contexte de la rémunération de biens incorporels, à faire en sorte d'imputer un revenu de pleine concurrence au propriétaire de ce bien. Il y a plusieurs façons de faire en sorte que le revenu d'un bien incorporel soit correctement attribué au sein de l'entreprise et l'attribution du revenu comme s'il s'agissait d'une redevance entre entreprises indépendantes dans des circonstances similaires n'est qu'une des solutions possibles. On notera toutefois que, dans le cas de l'approche autorisée de l'OCDE, l'utilisation du terme « redevance » ne signifie pas qu'il y ait un paiement effectif ou un contrat formel de licence entre deux divisions de la même entreprise ; ce qu'on vise, c'est la rémunération de pleine concurrence qui aurait dû être versée (et déduite du bénéfice) pour l'utilisation du bien incorporel si le fournisseur de ce bien avait été une entreprise distincte. La prise en compte de la redevance notionnelle ne vaut que pour l'attribution des bénéficiaires à l'ES conformément à l'article 7 et n'emporte pas d'autres conséquences en ce qui concerne les retenues à la source, qui ne relèvent pas du présent Rapport. Entre des entreprises indépendantes, il existe d'autres façons de rémunérer le propriétaire du bien incorporel : la rémunération peut être incluse dans le prix des produits vendus par le propriétaire du bien incorporel, par exemple selon la méthode du partage des bénéficiaires résiduels. Si ces modalités sont mises en œuvre dans le cas d'un ES, les éléments indiqués ci-dessus concernant une « redevance » n'auront pas à être pris en compte.

239. De plus, s'il est vrai que les commentaires actuels sont axés sur les revenus de redevances provenant de l'octroi de licences relatives à des biens incorporels et sur le partage des dépenses, il est également possible d'attribuer les revenus de biens incorporels sans « redevance » interne en appliquant une méthode fondée sur les bénéficiaires. Par exemple, si le bien incorporel est étroitement lié à une entreprise intégrée opérant au niveau mondial qui est rémunérée selon la méthode du partage des bénéficiaires, il serait possible d'imputer les revenus du bien incorporel dans le cadre du calcul du partage des bénéficiaires soit de façon explicite, en les prenant en compte directement, soit de façon implicite en prenant en compte leur incidence sur les autres facteurs. Dans ce cas, il n'est par conséquent pas nécessaire de calculer les revenus de redevances en eux-mêmes, ou d'induire l'existence d'un accord de répartition des coûts. En résumé, le but de l'analyse est d'assurer l'attribution adéquate des revenus des biens incorporels, et non de déterminer si une « redevance » interne doit ou ne doit pas être prise en compte.

240. Enfin, lorsque l'ES est considéré comme le propriétaire économique du bien incorporel, il y a attribution de capitaux, notamment de capital « libre », pour la prise en charge des risques importants liés au développement du bien incorporel. Comme on l'a vu dans la section traitant de l'attribution du capital « libre », il peut être difficile de mesurer précisément le risque lié à la création d'un bien incorporel, mais il faut le faire lorsque les risques sont importants. Lorsqu'on considère que l'ES n'est pas le propriétaire économique du bien incorporel mais, par exemple, un sous-traitant de R&D, il a quand même besoin d'un financement, notamment pour acquitter les salaires des chercheurs, mais étant donné que les risques

importants sont assumés par le propriétaire économique, il ne se verra imputer qu'un faible montant de capital « libre », le financement prenant alors plutôt la forme de paiements échelonnés par le propriétaire économique du bien incorporel.

(2) Opérations internes au sein de l'entreprise liées à l'utilisation d'un bien incorporel

241. Des questions encore plus difficiles peuvent se poser lorsqu'un bien incorporel dont le siège social, par exemple, est l'unique propriétaire, est fourni à un ou plusieurs ES pour utilisation dans le cadre de leurs activités. Par exemple, un ES pourra commencer à utiliser un bien incorporel manufacturier développé et exploité dans le passé par le siège. Cette situation se produit couramment par suite d'une modification des activités, par exemple lorsque l'ES s'engage dans un nouveau secteur d'activité. Selon l'approche autorisée de l'OCDE, une analyse fonctionnelle et factuelle de la situation pourrait révéler que l'ES doit être considérée comme se livrant avec le siège à une opération interne au titre de ce bien incorporel. Des bénéfices seraient attribués pour cette opération interne par référence aux transactions comparables entre entreprises indépendantes (par exemple, le paiement d'une redevance) et dépendraient d'une analyse fonctionnelle et factuelle de l'opération interne, du type de droit réel obtenu ou de droits notionnels acquis (exclusifs ou non exclusifs), etc. Des directives sur ces points sont données aux Chapitres VI et VIII des Principes directeurs. On rappellera que, comme on l'a noté dans la section précédente, une « redevance interne » n'est qu'une des nombreuses solutions possibles pour rémunérer un bien incorporel.

242. Comme on l'a vu, à la différence des actifs corporels, il est courant que des biens incorporels soient utilisés simultanément par plusieurs divisions de l'entreprise. Mettre un actif incorporel à la disposition d'un ES ne signifie pas que les autres divisions de l'entreprise n'aient plus la possibilité d'exploiter cet actif ou ne puissent pas l'exploiter à l'avenir. Ce changement d'utilisation pourrait avoir pour résultat que l'ES soit considéré comme n'ayant pas obtenu la propriété complète du bien incorporel ou un droit potentiel d'utilisation exclusive de ce bien, mais comme ayant la propriété effective du bien ou un droit non exclusif d'utilisation. Ainsi, selon l'approche autorisée de l'OCDE, l'ES sera considéré comme ayant acquis un droit de propriété sur le bien incorporel ou un droit potentiel d'utilisation de ce bien au moment du changement de fonction.

243. La valeur du droit de propriété acquis sur le bien incorporel (propriété conjointe, propriété complète ou propriété effective) sera déterminée par référence à une transaction comparable entre entreprises indépendantes. L'ES pourra être considéré comme ayant acquis le bien incorporel ou un droit sur ce bien à leur valeur loyale et marchande et pourra donc amortir le droit sur le bien acquis en prenant en compte cette valeur, sous réserve des règles d'amortissement en vigueur dans le pays d'accueil.

244. Un autre résultat possible de l'analyse de l'opération interne par laquelle un bien incorporel est mis à disposition d'un ES pourrait être de considérer que l'ES a obtenu un droit potentiel d'utilisation du bien incorporel dans des conditions analogues à celles d'un contrat de licence. Selon les circonstances particulières et les résultats de l'analyse de comparabilité, l'ES pourra déduire un montant équivalent au prix de pleine concurrence (redevance théorique) qui se serait appliqué dans le cadre d'un contrat de licence qui aurait été conclu entre des entreprises indépendantes ayant effectué une transaction comparable.

245. Des principes semblables à ceux examinés ci-dessus s'appliquent aux opérations internes prises en compte au titre des biens incorporels acquis par une entreprise par l'octroi de licence d'un tiers. Le droit pour une entreprise d'utiliser un bien incorporel en vertu d'une licence peut constituer un actif dont la propriété économique peut être attribuée à une partie de l'entreprise et faire l'objet d'une opération interne avec une autre partie de l'entreprise. La propriété économique de cet actif est imputable à la partie de l'entreprise qui exerce les fonctions humaines importantes pertinentes pour déterminer la propriété économique du droit d'utilisation de l'actif qui fait l'objet de la licence. Lorsque le propriétaire économique

met le bien incorporel faisant l'objet de la licence à la disposition d'une autre partie de l'entreprise de sorte qu'une opération interne entre ces deux parties est reconnue, l'analyse fonctionnelle et factuelle déterminera le caractère de cette opération interne (s'agit-il d'un transfert pur et simple ou de l'octroi d'une licence sur les droits d'utilisation) en vue d'attribuer les bénéfices de l'utilisation de ces biens.

(c) Accords de répartition des coûts

246. On notera que l'analyse du paragraphe précédent traite uniquement des conséquences directes du transfert du bien incorporel lui-même ou de celles de la propriété effective d'un bien incorporel existant. Lorsqu'un bien incorporel développé par une division de l'entreprise doit encore être développé par l'ensemble de l'entreprise, il se peut que ces nouvelles opérations de développement soient réalisées dans le cadre d'une activité du type d'un accord de répartition des coûts (« ARC ») à laquelle participe l'ES. Dans ces conditions, l'ES sera considéré sur le plan fiscal comme ayant acquis un droit de propriété sur le bien incorporel préexistant (acquisition) et, pour toute opération ultérieure de développement du bien incorporel, on appliquera par analogie les directives du Chapitre VIII des Principes directeurs. Si en appliquant par analogie les indications du Chapitre VIII, l'ES est considéré comme ayant acquis uniquement le droit potentiel d'utiliser le bien incorporel préexistant qui fait l'objet de l'activité de type ARC, en n'étant pas considéré comme ayant obtenu la propriété effective du bien incorporel lui-même, on pourra lui imputer une redevance théorique en se fondant, par analogie, sur les directives du Chapitre VI.

247. Lorsque l'ES et l'autre division de l'entreprise traitant avec l'ES ont structuré leurs opérations d'une manière comparable à des coparticipants économiques à une activité correspondant à un accord ARC, l'ES et l'autre division de l'entreprise sont considérés comme des coparticipants économiques à une activité, et les opérations internes sont traitées d'une manière analogue à des opérations entre entreprises associées dans un ARC.

248. Les orientations données au Chapitre VIII pour déterminer si un ARC entre entreprises associées satisfait au principe de pleine concurrence peuvent être appliquées, par analogie, au contexte de l'ES. Comme toute autre transaction entre entreprises associées, un ARC est un accord contenant des droits et des obligations destiné à atteindre un objectif économique donné pour ses membres. Nonobstant le fait que l'ES n'est pas une entité juridiquement distincte du reste de l'entreprise, les mêmes objectifs économiques peuvent toutefois être reproduits entre un ES et le reste de l'entreprise comme construction théorique pour faciliter l'attribution de bénéfices à un ES. Compte tenu de l'absence de contrat entre les divisions de la même entreprise, les pays souhaiteront toutefois que l'entreprise ayant certaines activités soumises à un ARC théorique atteigne un seuil élevé pour fournir des éléments probants fiables corroborant sa position. C'est pourquoi les pays pourront imposer au contribuable de préparer et de remettre, si on le lui demande, la documentation qui aurait été établie pour justifier un ARC réel structuré conformément aux directives du Chapitre VIII des Principes directeurs. Au-delà de la documentation de l'ARC théorique visant à révéler les intentions des participants, une analyse fonctionnelle et factuelle sera nécessaire pour déterminer le comportement des participants et donc établir la véritable nature des relations économiques entre les différentes divisions de l'entreprise.

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

250. Conformément aux indications antérieures sur la prise en compte des opérations internes, une entreprise et son ES ne seraient généralement pas considérés comme agissant de manière cohérente avec un ARC si telle n'était pas l'intention de l'entreprise, comme l'atteste la documentation pertinente. De la même façon, compte tenu de l'importance des documents nécessaires pour attester l'existence d'un ARC théorique, une entreprise ne pourrait pas prétendre, après coup, à l'existence de l'ARC lorsqu'aucune documentation contemporaine n'est disponible pour corroborer une telle allégation. En d'autres termes, le degré de sophistication de la construction théorique requise par un ARC économique entre les divisions d'une entité juridique unique exclut les prétentions qui ne s'appuient pas sur des documents à jour et convaincants.

(d) Services internes

251. Il est souvent nécessaire que le siège dispose d'importantes infrastructures de soutien pour l'exercice des activités des ES. Ces infrastructures peuvent comprendre toute une série d'activités, qui vont de la gestion stratégique à la centralisation de la paie et des fonctions comptables. L'existence de ces fonctions de soutien doit être prise en compte lors de l'attribution des bénéfices aux différentes composantes de l'entreprise.

252. Le paragraphe 17.7 des commentaires de l'article 7 présume que les services qui sont liés à l'activité de gestion générale de l'entreprise devraient normalement faire l'objet d'une imputation à prix coûtant. L'application d'une marge (ou, plus rigoureusement, d'un prix de pleine concurrence) est limitée à certains cas (voir les paragraphes 17.5 et 17.6 des commentaires), par exemple lorsque l'objet de l'entreprise est de fournir ces services à des tiers ou lorsque la principale activité de l'ES est la fourniture de services à l'entreprise dans son ensemble et que ces services représentent une fraction substantielle des dépenses de l'entreprise et lui procurent un avantage réel.

253. Sur ce point, il est utile de rappeler que les Principes directeurs ont sensiblement actualisé depuis 1996 les directives citées au commentaire de l'article 7 concernant les situations dans lesquelles des entreprises associées devraient être autorisées à se transférer des biens ou services sans réaliser un bénéfice. Le commentaire de l'article 7 se fonde sur une interprétation du principe de pleine concurrence qui est antérieure aux Principes directeurs. Selon cette interprétation antérieure, on définissait les circonstances de fait particulières dans lesquelles les entreprises associées pouvaient déroger au principe de pleine concurrence et réaliser des transactions réciproques à prix coûtant¹⁴. Les circonstances de fait en question sont celles qui permettent de déterminer si la transaction a fait intervenir des biens ou des services proposés régulièrement à des tiers (l'approche « directe » ou « indirecte »). Le Chapitre VII des Principes directeurs a révisé cette interprétation, de sorte que les entreprises associées sont maintenant toujours tenues de se conformer au principe de pleine concurrence.

254. L'un des domaines où il existe une différence entre l'approche autorisée de l'OCDE et la position actuelle exposée dans les commentaires tient au fait que, dans le cadre de l'approche autorisée de l'OCDE, le principe de pleine concurrence est appliqué pour déterminer la rémunération de la prestation de ce service. L'application de ce principe tiendra compte non seulement du prix appliqué au service mais aussi, selon les directives du Chapitre VII, de la question de savoir si, dans des conditions de pleine concurrence, les deux parties auraient conclu un contrat pour la fourniture du service en question. Les critères indiqués au paragraphe 7.6 des Principes directeurs seront utiles pour résoudre ces questions. De plus, l'application du principe de pleine concurrence pourrait indiquer un prix du service rendu qui serait supérieur ou

14 Voir les paragraphes 81 à 83 du rapport de 1984 de l'OCDE intitulé « Prix de transfert et entreprises multinationales. Trois études fiscales — La répartition des coûts de gestion et des services assurés par le siège central ».

inférieur au coût supporté par le siège social pour fournir le service (voir le paragraphe 7.33 des Principes directeurs). Voir également la Section E relative à l'interprétation du paragraphe 3 de l'article 7.

255. L'approche autorisée de l'OCDE attribue des bénéfices à l'ES au titre des services qu'il fournit à d'autres divisions de l'entreprise (et inversement) en appliquant, par analogie, les indications données dans les Principes directeurs, en particulier aux Chapitres VII et VIII, pour déterminer si et dans quelle mesure les fonctions de soutien doivent être rémunérées. Dans certains cas, l'ES et les autres divisions de l'entreprise peuvent être considérés comme agissant d'une manière comparable aux co-participants économiques à une activité de type ARC comportant la fourniture de ces services. Les opérations internes au sein de l'entreprise seront traitées fiscalement de la même manière que la fourniture de services comparables entre parties indépendantes dans le cadre d'une activité comparable de type ARC, en appliquant par analogie les directives du Chapitre VIII des Principes directeurs. La plupart des services fournis par le siège social d'une entreprise diffèrent peu de ceux que fournit la société mère ou le prestataire de services centralisé d'un groupe multinational. On peut utiliser les mêmes techniques que pour les entreprises associées. Si l'on ne dispose pas de prix comparables sur le marché libre, la méthode du coût de revient majoré peut être particulièrement utile.

256. Enfin, il y a lieu de rappeler le paragraphe 7.37 des Principes directeurs, reproduit ci-dessous :

En principe, l'administration fiscale et le contribuable doivent s'efforcer d'établir le prix correct de pleine concurrence, mais il ne faut pas oublier qu'il peut y avoir des raisons pratiques pour lesquelles une administration fiscale pourrait être exceptionnellement disposée, dans le cadre de ses pouvoirs discrétionnaires, à renoncer à évaluer et à imposer un prix de pleine concurrence pour la prestation de services, au lieu d'autoriser un contribuable dans les situations appropriées à simplement répartir les coûts de prestations de ces services. Par exemple, une analyse coûts-avantages pourrait montrer que les recettes fiscales additionnelles susceptibles d'être obtenues ne justifient pas les dépenses et les charges administratives qu'occasionnerait la détermination de ce que pourrait être dans certains cas un prix de pleine concurrence approprié. Dans de tels cas, la facturation de tous les coûts pertinents et non d'un prix de pleine concurrence pourrait donner un résultat satisfaisant pour les entreprises multinationales et les administrations fiscales. Cette concession n'est cependant guère probable de la part des administrations fiscales lorsque la fourniture d'un service constitue la principale activité de l'entreprise associée, lorsque l'élément de bénéfice est relativement important ou lorsqu'il est possible d'appliquer une méthode d'imputation directe pour déterminer le prix de pleine concurrence.

(v) *Traitement des dépenses induites avant et après la période d'existence de l'ES*

257. L'un des domaines dans lequel il a été constaté que des difficultés particulières se présentent lors du calcul des bénéfices d'ES concerne les dépenses engagées (ou dans certains cas, les revenus réalisés) avant que l'ES n'existe ou pendant ou après sa dissolution. Par exemple, une entreprise peut engager des dépenses liées à la création d'un ES (*par exemple*, des dépenses de « démarrage »), mais avant qu'il n'existe (*c'est-à-dire*, avant que l'entreprise ne commence à exercer des activités par l'intermédiaire de l'ES). La question se pose alors de savoir si ces dépenses devraient être prises en compte dans le calcul des bénéfices imposables de l'ES et, le cas échéant, dans quelle mesure. En règle générale, le revenu devrait pouvoir être compensé par les dépenses qui ont été engagées pour le gagner ; cette règle peut toutefois souffrir des principes selon lesquels d'une part le revenu imposable est calculé sur la base d'une période comptable annuelle et d'autre part certaines dépenses engagées avant que soit entreprise une activité génératrice de revenu ne sont pas admissibles.

258. De même, lorsqu'un ES cesse d'exister, il est possible que l'entreprise réalise postérieurement des revenus découlant en totalité ou en partie des activités de l'ES ou qu'elle engage des dépenses liées à ces activités. En pareils cas, il s'agit de déterminer si la juridiction d'accueil peut ou devrait tenir compte de ces

éléments dans le calcul des bénéfices imposables de l'ES et, le cas échéant, dans quelle mesure. En outre, la disparition elle-même de l'ES (par exemple via la cessation de ses activités, leur transfert vers une autre juridiction, la transformation de l'ES en société ou la cession de ses activités à une autre partie) peut soulever certaines questions quant aux effets qui en résultent pour les bénéfices imposables de l'ES.

259. Le présent Rapport n'a pas pour objet de résoudre ces questions. On reconnaît que la façon dont la législation nationale des pays traite ces divers types d'éléments peut varier considérablement. Par exemple, la prise en compte dans un pays de certains éléments pour calculer les bénéfices imposables d'un ES peut dépendre des dispositions législatives qui régissent dans ce pays les méthodes comptables, les dépenses de démarrage, les dépenses de dissolution, les constitutions en société, les liquidations, etc. Pour certains éléments, l'approche adoptée par les pays est plus uniforme que pour d'autres. Par exemple, en vertu de la législation nationale de plusieurs pays, les entreprises de ces pays ne peuvent déduire les dépenses de démarrage qu'elles ont engagées et on s'accorde à penser qu'il ne serait pas déraisonnable d'appliquer des principes analogues aux dépenses engagées pour la création d'un ES. En général, cependant, on a reconnu qu'il était nécessaire d'effectuer des travaux plus approfondis pour atteindre un consensus exhaustif sur ce type de questions.

D-4 Documentation

260. L'approche autorisée de l'OCDE consisterait également à appliquer par analogie les directives qui figurent au Chapitre V des Principes directeurs en ce qui concerne les documents à utiliser en matière de prix de transfert. En particulier, les critères qui s'appliquent actuellement aux documents concernant les transactions s'appliqueraient aussi à ceux qui ont trait à la conformité au principe de pleine concurrence de la détermination des bénéfices liés aux opérations internes et le résumé des recommandations qui figure aux paragraphes 5.28 et 5.29 des Principes directeurs devrait être suivi. Plus particulièrement, en suivant par analogie les instructions contenues dans le paragraphe 5.28, les contribuables devraient raisonnablement s'efforcer, au moment où ils calculent les bénéfices générés par les opérations internes, de déterminer si la méthode qu'ils utilisent à cet effet est conforme au principe de pleine concurrence. Les administrations fiscales devraient être en droit, pour vérifier la conformité au principe de pleine concurrence, d'obtenir les documents établis ou ayant servi de référence à cet effet. Comme l'indique le paragraphe 5.28, « [l]es obligations en matière de documentation ne doivent pas se traduire pour le contribuable par des coûts et des charges disproportionnés au regard des circonstances. »

261. Il convient de garder à l'esprit que la documentation prix de transfert qu'il faut établir pour déterminer la conformité au principe de pleine concurrence du calcul des bénéfices liés aux « opérations internes » d'un ES avec d'autres parties de l'entreprise peut être assez différente de la documentation dont il est question à la Section D-2(vi)(b) ci-dessus qui se rapporte à l'existence proprement dite et à la qualification et aux modalités des opérations internes. Cette dernière documentation est pertinente pour prendre en compte les opérations internes dans le cadre de la première étape, tandis que la documentation analogue à la documentation en matière de prix de transfert est pertinente pour établir la conformité au principe de pleine concurrence du calcul des bénéfices liés à ces opérations internes.

262. Cependant, comme les opérations internes n'ont pas toujours été prises en compte pour l'imputation des bénéfices aux ES, les contribuables risquent d'être moins habitués à fournir les documents concernant ces opérations internes ou la conformité au principe de pleine concurrence du calcul des bénéfices liés à celles-ci que lorsqu'il s'agit de transactions avec des entreprises associées. Cela peut expliquer certaines des difficultés susceptibles d'être rencontrées dans l'application pratique de l'approche autorisée de l'OCDE, qui sont apparues à l'expérience. Il pourrait donc être nécessaire que les administrations fiscales encouragent les efforts que mettent les contribuables à préparer des documents sur ce point, de façon qu'une documentation suffisante soit établie pour ces opérations internes aux fins de leur prise en compte, mais aussi pour confirmer la conformité au principe de pleine concurrence du calcul des

bénéfices qui leur sont liés conformément aux directives du Chapitre V des Principes directeurs. Les administrations fiscales et les contribuables devraient également appliquer les directives générales figurant au Chapitre V concernant la documentation à préparer pour établir la conformité au principe de pleine concurrence.

D-5 ES-agent dépendant

(i) Introduction

263. Comme on l'a déjà vu au paragraphe 6, le présent Rapport n'a pas pour objet d'examiner s'il existe un ES en vertu de l'article 5 (5) du Modèle de convention fiscale de l'OCDE (un « ES-agent dépendant »), ni de modifier de quelque façon que ce soit les normes établies par l'article 5 pour déterminer l'existence d'un ES. Il a toutefois pour objet d'analyser les conséquences de l'existence d'un ES-agent dépendant du point de vue des bénéfices qui doivent être imputés à cet établissement stable. Une conséquence inévitable de l'existence d'un seuil pour l'ES est qu'il y aura des cas très similaires par ailleurs, pour certains desquels le seuil est atteint alors qu'il ne l'est pas pour d'autres. Il peut exister des différences notables dans les droits d'imposition du pays d'accueil sur les deux activités selon que l'activité se situe d'un côté ou de l'autre du seuil. Toutefois, cet « effet de seuil » n'est pas une conséquence de l'approche autorisée de l'OCDE pour l'attribution de bénéfices en vertu de l'article 7, mais de la manière dont l'article 5 (5) fonctionne. Au fait, l'approche autorisée de l'OCDE peut atténuer en partie cet effet de seuil par rapport aux règles actuelles de l'article 7 qui permettent au pays d'accueil d'imposer la totalité du revenu dès lors que le seuil est atteint. On soulignera de nouveau d'emblée que l'analyse ci-dessous ne se situe pas dans l'optique d'un éventuel abaissement du seuil déterminant l'existence d'un ES en vertu de l'article 5. Toutefois, une approche responsable de l'élaboration de directives concernant l'article 7 doit tenir compte du fait que certaines modalités d'organisation d'entreprises peuvent remplir les conditions fixées et donc donner lieu des ES constitués d'un agent dépendant au sens de l'article 5 (5).

264. Faute de directive quant à la façon de déterminer les bénéfices imputables à un ES-agent dépendant, l'existence d'un tel établissement stable dans le cadre de l'article 5 (5) a des conséquences qui sont entachées d'incertitude. Les milieux d'affaires craignent que, faute de directives, la règle de la « force d'attraction » s'applique par défaut, de sorte que, par exemple, l'existence d'un ES-agent dépendant aurait pour effet automatique d'attirer les bénéfices dans le pays d'accueil, que ces bénéfices aient été ou non dégagés par l'agent dépendant ou soient la conséquence de son activité. La présente section vise à remédier à cette situation peu satisfaisante en formulant des directives précises pour l'attribution des bénéfices d'un ES-agent dépendant, les mêmes principes étant appliqués que ceux valables pour l'attribution des bénéfices aux autres types d'ES. De plus, comme on le verra, l'approche autorisée de l'OCDE, qui repose sur une analyse fonctionnelle et factuelle des activités de l'agent dépendant et souligne l'importance à accorder aux fonctions humaines importantes pertinentes à la prise de risques et/ou à leur gestion et à celles qui sont pertinentes pour déterminer la propriété économique des actifs, permet de déterminer la fraction des bénéfices imputable à un ES-agent dépendant, dans des conditions conformes au principe de pleine concurrence. Dès lors, on ne présume aucunement qu'un ES-agent dépendant se verra imputer des bénéfices. Dans certains cas, l'analyse fonctionnelle et factuelle peut montrer que le montant à attribuer à l'ES-agent dépendant est nul, négligeable ou négatif.

265. Le cas où l'ES-agent dépendant effectue des transactions mondialisées sur instruments financiers ou des activités d'assurance au sens de l'article 5(5) est examiné en détail dans les Parties III et IV du Rapport. L'exemple présenté ci-dessous concerne principalement les situations dans lesquelles l'agent dépendant est une entreprise associée. Toutefois, les mêmes principes sont applicables lorsque l'agent dépendant n'est pas une entreprise associée.

(ii) *L'approche autorisée de l'OCDE pour l'ES-agent dépendant*

266. Lorsque les activités d'un agent dépendant se traduisent par l'existence d'un ES, le pays d'accueil aura des droits d'imposition vis-à-vis de deux entités juridiques différentes — l'entreprise agent dépendant (qui peut être résidente du pays d'accueil) et l'ES-agent dépendant (qui est l'ES d'une entreprise non résidente). En ce qui concerne les transactions entre les entreprises associées (l'entreprise constituée d'un agent indépendant et l'entreprise non résidente), c'est l'article 9 qui s'appliquera pour déterminer si les transactions entre les entreprises associées, par exemple, la commission versée à l'entreprise agent dépendant sur la base du volume de produits vendus, ont été effectuées dans des conditions de pleine concurrence.

267. En ce qui concerne l'ES-agent dépendant, la question à examiner concerne la détermination des bénéfices de l'entreprise non résidente qui sont attribuables à son ES-agent dépendant situé dans le pays d'accueil (c'est-à-dire du fait des activités qui ont été exercées par l'entreprise agent dépendant pour le compte de l'entreprise non résidente). Dans ce cas, c'est l'article 7 qui sera applicable. Enfin, il y a lieu de souligner que le pays d'accueil ne peut imposer les bénéfices de l'entreprise non résidente que si les fonctions exercées pour son compte dans le pays d'accueil atteignent le seuil défini à l'article 5 pour les établissements stables. De plus, le montant de ces bénéfices est limité aux bénéfices industriels et commerciaux attribuables aux opérations réalisées au travers de l'ES-agent dépendant dans le pays d'accueil.

268. En présence d'un ES-agent dépendant relevant de l'article 5 (5), la question se pose de savoir comment attribuer les bénéfices à l'ES. La réponse est la suivante : il faut appliquer les mêmes principes que ceux utilisés pour les autres types d'ES, car toute autre solution ne serait pas conforme à l'article 7 et au principe de pleine concurrence. Pour la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE, une analyse fonctionnelle et factuelle permettra de déterminer les fonctions exercées par l'entreprise constituée d'un agent dépendant, tant pour son propre compte que pour le compte de l'entreprise non résidente. D'une part, l'entreprise agent dépendant sera rémunérée pour les services qu'elle fournit à l'entreprise non résidente (compte tenu de ses actifs et de ses risques (le cas échéant)). D'autre part, l'ES-agent dépendant se verra imputer les actifs et les risques de l'entreprise non résidente qui sont liés aux fonctions qu'il exerce pour le compte de cette entreprise ; il se verra attribuer également un capital libre suffisant au regard de ces actifs et risques. L'approche autorisée de l'OCDE attribue ensuite les bénéfices à l'ES-agent dépendant en fonction de ces actifs, de ces risques et de ce capital. L'analyse est également axée sur la nature des fonctions exercées par l'agent dépendant pour le compte de l'entreprise non résidente ; il s'agira en particulier de déterminer s'il exerce les fonctions humaines importantes pertinentes à la prise de risques et/ou à leur gestion et pertinentes pour déterminer la propriété économique d'actifs. A cet égard, une analyse des compétences et de l'expertise des salariés de l'entreprise agent dépendant sera probablement instructive, car elle permettra, par exemple, de déterminer si les fonctions liées aux transactions, à la négociation ou à la gestion des risques sont exercées par l'agent dépendant pour le compte de l'entreprise non résidente. En général, l'analyse fonctionnelle et factuelle porte sur la nature des fonctions exercées et notamment sur la question de savoir si les fonctions humaines importantes susmentionnées sont accomplies par l'entreprise agent dépendant pour le compte de l'entreprise non résidente, de sorte que les actifs et les risques associés de l'entreprise non résidente devraient être attribués à son ES-agent dépendant (auquel cas les bénéfices générés par ces actifs et ces risques seraient imposables dans le pays d'accueil) plutôt qu'à une autre composante de l'entreprise non résidente (auquel cas les bénéfices associés ne seraient pas imposables dans le pays d'accueil).

269. En pratique, l'entreprise agent dépendant pourra ne pas exercer les fonctions humaines importantes à la prise de risques et/ou à leur gestion ou celles qui sont pertinentes pour déterminer la propriété économique des actifs et, dans ce cas, l'attribution des actifs, des risques et des bénéfices imputables à l'ES-agent dépendant sera réduite en conséquence ou ne sera pas prise en compte. On notera

en particulier que les activités d'un agent chargé uniquement des opérations de vente ne représenteront probablement pas les fonctions humaines importantes conduisant au développement d'un bien incorporel manufacturier ou d'un bien incorporel de commercialisation, de sorte que l'ES-agent dépendant ne sera généralement pas considéré comme le « propriétaire économique » de ce bien incorporel.

270. Pour déterminer les bénéfices imputables à l'ES-agent dépendant, il faudra déterminer et déduire une rémunération de pleine concurrence pour les services qu'il rend à l'entreprise non résidente (compte tenu, le cas échéant, des actifs et des risques de l'ES). L'enjeu est de savoir s'il restera des bénéfices à attribuer à l'ES-agent dépendant après prise en considération de cette rémunération de pleine concurrence. Conformément aux principes exposés précédemment (et illustrés dans l'exemple ci-dessous), la réponse dépendra des faits et circonstances précis que mettra en lumière l'analyse fonctionnelle et factuelle des activités de l'agent dépendant et de l'entreprise non résidente. Cependant, l'approche autorisée de l'OCDE reconnaît qu'il est possible, dans certains cas, d'attribuer ces bénéfices à l'ES-agent dépendant.

271. Avant de passer à l'exemple, il convient d'envisager une autre solution avancée par certains commentateurs (la solution qu'on appellera celle du « contribuable unique »), selon laquelle, dans tous les cas, l'octroi d'une rémunération de pleine concurrence à l'entreprise agent dépendant réduit à zéro les bénéfices imputables à l'ES-agent dépendant. Le raisonnement est le suivant : la rémunération de l'entreprise constituée d'un agent dépendant, si elle est conforme au principe de pleine concurrence au sens de l'article 9, est considérée comme rémunérant correctement cette entreprise pour les fonctions qu'elle exerce, les actifs qu'elle utilise et les risques qu'elle supporte et, puisqu'aucune autre fonction n'est exécutée dans le pays d'accueil, qu'aucun autre actif n'y est utilisé et qu'aucun autre risque n'y est supporté, il ne peut y avoir d'autres bénéfices à imputer. L'analyse fonctionnelle et factuelle peut montrer que certains risques, par exemple, les risques de stockage et de crédit, dans le cadre d'un accord avec un agent commercial, ne sont pas assumés par l'entreprise constituée d'un agent dépendant, mais par l'entreprise non résidente en sa qualité de mandant. Bien qu'il soit admis que les risques sont juridiquement supportés par l'entreprise non résidente, la différence entre les deux approches est qu'avec la méthode du « contribuable unique », ces risques ne peuvent jamais être attribués à l'ES-agent dépendant de l'entreprise non résidente, alors qu'avec l'approche autorisée de l'OCDE, ces risques seront attribués à l'ES-agent dépendant à des fins fiscales si, et uniquement si, l'agent dépendant a exercé les fonctions humaines importantes pertinentes à la prise de ces risques et/ou à leur gestion ultérieure.

272. Apparemment attrayante, la méthode du « contribuable unique » est en fait fondamentalement déficiente sur plusieurs points. Premièrement, cette méthode ne permettra pas une juste répartition des droits d'imposition entre le pays d'accueil et le pays d'origine, car elle ne tient pas compte des actifs et des risques se rapportant à l'activité qui est exercée dans le pays de la source du simple fait que ces actifs et ces risques appartiennent légalement à l'entreprise non résidente. En réalité, cette solution irait à l'encontre de l'une des justifications fondamentales de la notion d'ES, à savoir rendre possible dans certaines limites l'imposition des entreprises non résidentes (compte tenu de leurs actifs et risques) à raison de leurs activités dans le pays de la source. La méthode du « contribuable unique » ignore le fait que si les risques (et la rémunération) sont légalement imputables à l'entreprise non résidente, il est néanmoins possible d'attribuer ces risques (et cette rémunération) à son ES créé par l'activité de son agent dépendant dans le pays d'accueil.

273. La méthode du « contribuable unique » pose un deuxième problème. Si on l'acceptait, cela signifierait que l'approche autorisée de l'OCDE serait appliquée différemment en fonction du type d'ES. Pour les ES autres que les ES-agents dépendants, l'approche autorisée de l'OCDE attribue à l'ES des actifs et des risques qui sont créés ou se traduisent par une propriété économique à raison des fonctions qu'il exerce, et elle impute les bénéfices en conséquence, en dépit du fait que, bien entendu, les actifs appartiennent légalement à une entreprise non résidente, qui assume également les risques. Contrairement à la méthode du « contribuable unique » qu'on vient d'exposer, on n'attribuera aucun bénéfice à un ES-agent

dépendant pour les risques et les actifs de l'entreprise non résidente, même si les bénéfices proviennent d'activités exercées via l'ES-agent dépendant. Distinguer entre les entreprises exerçant des activités via un ES-agent dépendant et les entreprises exerçant des activités via un ES prenant la forme d'une installation fixe d'affaires ne paraît pas conforme à l'article 7 et au principe de pleine concurrence.

274. Sous un autre angle, la méthode du « contribuable unique » aboutirait au même résultat pour l'attribution des bénéfices à un ES-agent dépendant même si les faits étaient très différents. L'attribution des bénéfices à un ES-agent dépendant serait identique dans des situations où l'analyse fonctionnelle et factuelle démontre que les activités de l'ES ont créé des risques et des actifs pour l'entreprise et lorsque cette même analyse démontre que ces activités n'ont pas créé de risques et d'actifs pour l'entreprise.

275. Enfin, on admettra qu'il existe un principe fondamental d'interprétation des lois, à savoir que les rédacteurs d'une loi (ou d'une convention) ont l'intention d'attribuer un sens à chaque terme et qu'on ne saurait par conséquent interpréter un texte d'une façon qui en rende superflue une partie. Or, la solution du « contribuable unique » pour l'attribution des bénéfices signifie que, même si l'on constate l'existence d'un ES-agent dépendant, cela n'aura jamais de conséquences du point de vue de l'attribution des bénéfices, ce qui rend l'article 5 (5) largement superflu.

(a) Illustration pratique de l'application de l'approche autorisée de l'OCDE — l'agent dépendant chargé des ventes

276. L'exemple qui suit a pour but de mieux expliquer la solution retenue dans le cadre de l'approche autorisée de l'OCDE. On admettra que, dans la pratique, la plupart des situations seront bien plus complexes et plus difficiles à régler. L'objectif est d'illustrer le principe selon lequel les droits d'imposition du pays d'accueil ne se limitent pas nécessairement à attribuer une rémunération de pleine concurrence à l'entreprise agent dépendant dans le cadre de l'article 9 (dans cet exemple, l'agent dépendant est une entreprise associée).

277. Dans le cadre d'un contrat classique de mandat de vente, l'entreprise agent dépendant ne devient jamais propriétaire des biens, qui restent la propriété de l'entreprise non résidente au nom de laquelle sont conclus les contrats avec les clients. Par conséquent, lorsque l'entreprise agent dépendant entrepose des marchandises appartenant à l'entreprise étrangère pour l'exécution des commandes des clients que les activités de vente de l'agent dépendant ont permis d'obtenir, le risque correspondant de stockage est supporté par l'entreprise non résidente. Une commission de vente conforme au principe de pleine concurrence, versée par l'entreprise non résidente à l'entreprise constituée d'un agent dépendant, ne comporterait donc aucun élément rémunérant la prise en charge de ces risques, puisqu'ils sont supportés par l'entreprise non résidente.

278. Si les activités exercées par l'entreprise agent dépendant pour le compte de l'entreprise non résidente créent un ES-agent dépendant au sens de l'article 5(5), il faut se demander si la rémunération de la prise en charge du risque de stockage doit être attribuée en tout ou partie à l'ES-agent dépendant de l'entreprise non résidente. Comme on l'a déjà indiqué, il faudra à cet effet déterminer si les fonctions humaines importantes pertinentes à la prise de risques et/ou à leur gestion ultérieure sont exercées par l'entreprise non résidente elle-même à l'extérieur du territoire où l'ES-agent dépendant est situé ou par l'entreprise agent dépendant pour le compte de l'entreprise non résidente. Cette analyse se fera au cas par cas, vu le large éventail des stratégies de gestion des risques mises en œuvre par différents types d'entreprises. La création et la gestion de risques de stockage peuvent faire intervenir des fonctions humaines différentes d'un secteur à l'autre et même d'une entreprise à l'autre d'un même secteur. Ces fonctions peuvent être exercées par l'entreprise non résidente à l'extérieur du territoire où l'ES-agent dépendant est situé, ou l'entreprise agent dépendant peut les exercer pour le compte de l'entreprise non résidente. De plus, certains modes de gestion, par exemple, la fabrication en flux tendus, peuvent avoir

pour résultat d'éliminer des risques comme le risque de stock (toutefois, ils peuvent créer de nouveaux risques, par exemple le risque de ne pouvoir faire la vente lorsque la marchandise n'est pas disponible au moment où le client en a besoin).

279. Compte tenu de tous ces éléments, nous supposerons, pour illustrer l'application de l'approche autorisée de l'OCDE à l'agent dépendant, que le personnel qui exerce les fonctions humaines importantes pertinentes à la prise de risques et/ou à leur gestion ultérieure et celles qui sont pertinentes pour déterminer la propriété économique d'actifs est employé dans l'entreprise agent dépendant et exerce ces fonctions pour le compte de l'entreprise non résidente. Cela veut dire que la « propriété économique » des stocks et la rémunération pour la prise en charge du risque de stockage qui s'y rapporte doivent être attribuées dans le cadre de l'approche autorisée de l'OCDE à l'ES-agent dépendant. Et, bien entendu, il en est de même, avec l'approche autorisée de l'OCDE, pour les bénéfices ou pertes qui y sont liés.

280. Le résultat indiqué ci-dessus découle de l'analyse fonctionnelle et factuelle. Il n'est aucunement présumé que des actifs ou des risques doivent être attribués à l'ES-agent dépendant. Dans d'autres circonstances, l'analyse fonctionnelle et factuelle pourrait démontrer que les fonctions humaines importantes pertinentes sont maintenant exercées par le siège social de l'entreprise non résidente et que le personnel de l'entreprise agent dépendant qui est située dans le pays d'accueil n'exerce pas ces activités pour le compte de l'entreprise non résidente. Dans ce cas, la propriété économique des stocks et la rémunération pour la prise en charge du risque de stockage qui s'y rapporte ne seraient pas imputables dans le cadre de l'approche autorisée de l'OCDE à l'ES-agent dépendant de l'entreprise non résidente, mais à son siège social.

281. On pourra procéder à une analyse similaire au cas par cas pour d'autres types de risque, par exemple le risque de crédit pour les créances clients de l'entreprise non résidente. Cette fois encore, dans le cadre d'un contrat classique d'agent chargé des ventes, c'est l'entreprise non résidente, et pas l'entreprise constituée d'un agent dépendant, qui, sur le plan juridique est titulaire des créances et supporte le risque qui s'y rapporte, de sorte que le versement effectué par l'entreprise non résidente à l'entreprise agent dépendant ne devrait pas rémunérer la prise en charge de ce risque. Là encore, la principale question est de savoir si la rémunération de la prise en charge du risque de crédit doit être imputée en tout ou partie à l'ES-agent dépendant de l'entreprise non résidente. Comme on l'a déjà indiqué, on déterminera à cet effet qui exerce les fonctions humaines importantes pertinentes à la prise de risques et/ou à leur gestion ultérieure, à savoir l'agent dépendant ou l'entreprise non résidente.

(b) Aspects administratifs et documentation

282. Le danger que représente le fait de négliger les actifs utilisés et les risques assumés dans l'exercice des fonctions dans le pays de l'ES est réduit au minimum si l'existence de l'ES-agent dépendant est officiellement reconnue, de sorte qu'il apparaît clairement que le pays d'accueil exerce des compétences fiscales sur deux entités juridiquement distinctes — l'ES-agent dépendant et l'entreprise agent dépendant— et si des bénéfices sont attribués à l'issue d'une l'analyse fonctionnelle à l'ES-agent dépendant dans les conditions décrites dans la présente section. Cela devrait également permettre de prendre en compte toutes les autres conséquences fiscales résultant de l'application de réglementations différentes aux ES et aux filiales situés dans le pays de l'ES. L'une des façons de reconnaître officiellement l'existence d'un ES-agent dépendant est d'exiger une déclaration fiscale de la part de tous les ES concernés. Toutefois, rien dans l'approche autorisée de l'OCDE n'empêche un pays de recourir à une solution administrative commode pour la reconnaissance de l'existence d'un ES-agent dépendant et de percevoir l'impôt adéquat se rapportant à l'activité de l'agent dépendant. Par exemple, lorsqu'ils constatent l'existence d'un ES-agent dépendant dans le cadre de l'article 5 (5), un certain nombre de pays ne perçoivent en fait l'impôt qu'auprès de l'entreprise constituée d'un agent dépendant, bien que l'impôt soit calculé par référence aux activités de l'entreprise agent dépendant et de l'ES-agent dépendant. Dans la pratique, cela revient à imposer

l'entreprise agent dépendant non seulement sur les bénéfices imputables aux fonctions humaines qu'elle exerce pour le compte de l'entreprise non résidente (et ses propres actifs et risques), mais également sur la rémunération du capital libre qui peut être attribué à l'ES de l'entreprise non résidente. Ces questions administratives liées à l'imposition des ES constitués d'agents relèvent de la réglementation interne du pays d'accueil et non de l'approche autorisée de l'OCDE¹⁵. Il s'ensuit que le pays d'origine ayant un ES dans un pays d'accueil qui a engagé une procédure administrative commode de ce type ne serait pas obligé d'accorder un allègement et n'aurait pas le droit d'imposer au motif qu'il n'existait pas d'agent dépendant. Les droits d'imposition du pays d'origine ne sont pas modifiés par des procédures administratives commodes du pays d'accueil.

283. Les ES-agents dépendants peuvent parfois soulever, du point de vue des documents à fournir, des problèmes qui ne se rencontrent pas fréquemment pour les autres types d'ES. Un ES prenant la forme d'une installation fixe d'affaires, qui est généralement une unité industrielle ou commerciale économiquement distincte, peut avoir ses propres documents comptables, qui serviront de point de départ pour l'attribution des bénéfices à des fins fiscales. Ce ne sera pas toujours le cas d'un ES-agent dépendant, en particulier lorsque le contribuable n'a pas eu l'intention au départ de créer un tel ES. Même sans cet élément de complication, l'administration fiscale peut rencontrer des difficultés lorsqu'elle veut obtenir les renseignements nécessaires pour déterminer les bénéfices imputables dans le pays d'accueil à l'ES-agent dépendant de l'entreprise non résidente. L'entreprise non résidente pourra n'avoir aucune présence matérielle dans le pays d'accueil et l'entreprise agent dépendant n'aura généralement guère d'informations sur les opérations de l'entreprise non résidente. Toutefois, dans le cadre de l'approche autorisée de l'OCDE, l'entreprise non résidente devra, comme pour les autres types d'ES, justifier la façon dont elle a imputé des bénéfices à son ES-agent dépendant.

E. Interprétation du paragraphe 3 de l'article 7

284. Pour attribuer des bénéfices à un ES conformément au principe de pleine concurrence, il faut aussi tenir compte du libellé de l'article 7(3) qui prévoit que :

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

285. L'article 7(3) est sujet à diverses interprétations, et les pays membres ont examiné tout un éventail de possibilités. Les positions concernant l'article 7(3) s'appuient le plus souvent sur deux interprétations contradictoires. La première est que cette disposition vise principalement à faire en sorte que la déductibilité des dépenses au titre de l'activité d'un ES ne soit pas refusée pour des raisons non valables, en particulier parce que ces dépenses sont exposées hors du pays où se trouve l'ES, ou parce qu'elles ne sont pas exposées exclusivement pour l'ES. L'autre interprétation modifie le principe de pleine concurrence énoncé à l'article 7(2) en ce que 1) les coûts imputables à l'ES doivent être déductibles même s'ils sont supérieurs à ceux qu'exposerait une partie agissant dans des conditions de pleine concurrence et 2) une autre composante de l'entreprise ne peut récupérer davantage que ses coûts au titre des dépenses exposées pour les fins poursuivies par l'ES, à moins que ces dépenses ne concernent directement des opérations avec des tiers. Pour analyser ces positions, on s'est référé à l'historique de l'article 7(3), à l'intention originelle

15 Cela étant dit, on ne peut négliger comme étant sans importance les obligations potentiellement imposées par le pays d'accueil à l'entreprise non résidente en matière d'impôt et de déclaration si elle devait être considérée comme ayant un ES-agent dépendant ; l'approche autorisée de l'OCDE ne doit en aucun cas être interprétée comme empêchant un pays d'accueil de continuer d'utiliser ou d'adopter des procédures administratives commodes de l'ordre de celles qui sont mentionnées ci-dessus.

qui a présidé à cette disposition, à la façon dont les pays membres l'appliquent et au point de vue exprimé par les pays membres quant au rôle que devrait jouer ce paragraphe.

286. L'historique de l'article 7(3) tendrait à étayer le point de vue selon lequel l'attention originelle était simplement de faire en sorte que les dépenses concernées soient déductibles du bénéfice de l'ES et il ne s'agissait aucunement d'entamer le principe de pleine concurrence. De fait, il ressort des travaux préparatoires que l'article 7(3) n'avait pas pour but de modifier le principe de pleine concurrence. Les questions concernant l'attribution de bénéfices pour les activités du siège social étaient expressément prises en compte dans le projet de 1933 de la Société des Nations, bien longtemps avant qu'apparaisse l'article 7(3), de sorte que le problème était certainement connu et aurait pu être traité en liaison avec la rédaction de l'article 7(3) si tel avait été l'intention. Toutefois, lorsque l'article 7(3) a fait sa première apparition dans le Modèle de Londres de la Société des Nations, de 1946, l'objectif énoncé est sans lien avec la question des bénéfices : « Il existe effectivement, dans la plupart des entreprises ayant deux établissements ou plus, certains postes de dépenses qui doivent nécessairement être répartis de façon à réaliser l'objectif de la comptabilité séparée, qui est de placer les succursales d'entreprises étrangères sur un pied d'égalité avec les entreprises nationales ».

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

288. Les modifications apportées aux commentaires en mars 1994 visaient à clarifier le but de l'article 7(3) en précisant au paragraphe 17 que : « Il n'y a pas de différence de principe entre les deux paragraphes ». Ce même paragraphe ajoutait que l'article 7(2) ne devait pas être interprété comme exigeant que « les prix des transactions entre l'ES et le siège doivent normalement être fixés dans des conditions de pleine concurrence... tandis que les termes du paragraphe 3 laissent entendre que la déduction des dépenses encourues pour l'ES doit correspondre au coût effectif de ces dépenses ». Malheureusement, le passage du paragraphe 14 des commentaires du projet de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune de 1963 (« qu'il convient d[e les] examiner à ce stade ») qui a trait à la place de cette analyse a disparu au fil des modifications.

289. En résumé, il apparaît que l'intention initiale de l'article 7(3) était de faire en sorte que les dépenses de l'activité d'un ES puissent être déduites des bénéfices attribués à cet ES indépendamment du lieu où elles ont été encourues (dans le pays de l'ES, du siège social ou d'une autre composante de l'entreprise). Le libellé initial ne semble pas avoir envisagé une modification du principe de pleine concurrence. Toutefois, étant donné le libellé des commentaires de l'article 7 et la formule « sous réserve des dispositions du paragraphe 3 » qui figure à l'article 7(2), il est possible d'interpréter l'article 7(3) d'une autre façon. En particulier, certains pays membres ont interprété l'article 7(3) comme apportant deux

modifications au principe de pleine concurrence de l'article 7(2), à savoir que : 1) les coûts imputables à l'ES doivent être déductibles même s'ils sont supérieurs à ceux qu'aurait encourus une partie en situation de pleine concurrence, et 2) une autre composante de l'entreprise ne peut pas récupérer plus que ses coûts au titre de dépenses exposées aux fins poursuivies par l'ES, à moins que ces dépenses ne se rattachant directement à des opérations avec des tiers.

290. Tous les pays membres, y compris ceux qui interprètent l'article 7(3) comme exigeant les modifications susvisées du principe de pleine concurrence, considèrent qu'il serait préférable que l'article 7(3) n'entraîne pas de modifications du principe de pleine concurrence, qui peut dans certaines circonstances impliquer le partage des coûts. En conséquence, l'approche autorisée de l'OCDE est que l'article 7(3) vise uniquement à ce que les dépenses au titre de l'activité d'un ES soient prises en compte pour l'attribution des bénéfices à l'ES, en particulier lorsqu'elles sont exposées hors du pays de l'ES ou ne sont pas exposées exclusivement pour l'ES. Voir aussi la Section D-3(iv)(d) qui examine les services internes. On notera, sur la base de l'analyse concernant l'article 7(2), que l'approche autorisée de l'OCDE ne rend pas obligatoire l'attribution d'un bénéfice. En outre, l'approche autorisée de l'OCDE détermine seulement les dépenses qui doivent être attribuées à l'ES. Elle ne détermine pas si ces dépenses, une fois attribuées, sont déductibles pour le calcul des bénéfices de l'ES. Cela relève du droit interne du pays d'accueil.

F. Interprétation du paragraphe 4 de l'article 7

291. Le Modèle de convention fiscale de l'OCDE contient à son article 7(4) une autre disposition pour l'attribution de bénéfices à un ES :

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

292. Des inquiétudes ont été exprimées sur le fait que le texte de l'article 7(4) n'exige pas l'utilisation des méthodes purement transactionnelles fondées sur les bénéfices qui sont autorisées au Chapitre III des Principes directeurs et qu'il ne suit pas la hiérarchie des méthodes indiquées dans ce chapitre, puisque les méthodes fondées sur les bénéfices sont admises si elles sont en usage et non en dernier ressort. En outre, l'article 7(4) vise une « répartition des bénéfices totaux (c'est nous qui soulignons) de l'entreprise entre ses diverses parties » ; aussi la méthode évoquée ne pourrait avoir un caractère transactionnel que si les bénéfices totaux à répartir pouvaient être agrégés à partir des différentes transactions conformément aux principes exposés au Chapitre I, Section C(iii) des Principes directeurs. C'est fort improbable, à moins que l'ES n'exerce l'éventail complet des activités réalisées par l'entreprise dans son ensemble ou que l'entreprise elle-même n'exerce qu'une seule activité.

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

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

294. Cela empêche-t-il que cette méthode soit appliquée par des pays qui n'ont pas utilisé jusqu'ici des méthodes de ce type ou soit appliquée dans de nouveaux secteurs d'activité. En outre, le texte

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

295. L'approche décrite à l'article 7(4) doit également être distinguée de la méthode de la répartition globale selon une formule préétablie qui est écartée au Chapitre III des Principes directeurs. La raison en est que la dernière phrase de l'article 7(4) précise clairement que le résultat d'une répartition en vertu de cette même disposition doit être conforme aux autres principes énoncés dans l'article, et notamment au principe de pleine concurrence, tel qu'il s'applique aux ES en vertu de l'article 7(2). Cependant, le fait qu'une attribution sur la base de cette disposition s'effectue à partir d'une attribution des bénéfices totaux signifie que, dans la pratique, il peut s'avérer très difficile de parvenir à ce résultat.

296. Compte tenu des réserves indiquées ci-dessus, l'utilisation possible de cette approche dans un très petit nombre de cas ne devrait pas affaiblir l'attachement aux méthodes transactionnelles exprimé aux Chapitres II et III des Principes directeurs. Toutefois, les pays membres ont adopté comme position consensuelle générale que cette méthode de répartition n'est pas compatible avec les directives concernant le principe de pleine concurrence qui sont données dans les Principes directeurs, ou qu'il est extrêmement difficile de faire en sorte que le résultat de l'application de cette méthode soit conforme au principe de pleine concurrence. La plupart des pays membres considèrent également que des méthodes autres que la répartition des bénéfices totaux pourraient être applicables, même dans les cas les plus difficiles. En conséquence, il existe un large consensus parmi les pays membres de l'OCDE que selon l'approche autorisée de l'OCDE seuls les paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 7 sont nécessaires pour déterminer l'attribution de bénéfices à un ES. Une exception possible à la conclusion ci-dessus concerne l'attribution de bénéfices à un ES exerçant des activités d'assurance. Les pays membres n'ont pas encore finalisé la Partie IV du Rapport sur le secteur de l'assurance mais la plupart des pays sont d'avis que puisque, conformément à l'approche autorisée de l'OCDE, seuls les paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 7 sont nécessaires pour déterminer l'attribution de bénéfices à un ES, l'article 7(4) n'est plus nécessaire.

G. Interprétation du paragraphe 5 de l'article 7

297. Un autre exemple de problèmes posés par l'application de la méthode de l'« entité fonctionnellement distincte », dans la situation particulière d'une entreprise exerçant ses activités par l'intermédiaire d'un ES, est donné à l'article 7(5) du Modèle de convention fiscale de l'OCDE, qui interdit l'attribution de bénéfices à un ES « du fait qu'il a simplement acheté des marchandises pour l'entreprise ». Le paragraphe 30 des commentaires précise que cette disposition concerne un ES qui « bien qu'il exerce également d'autres activités industrielles ou commerciales, effectue des achats pour son siège central ». Les commentaires indiquent clairement que tous les bénéfices et toutes les dépenses résultant des activités d'achat seront exclus du calcul du bénéfice imposable.

298. Cela ne cadre pas nécessairement avec la situation qui se produirait lorsqu'une entreprise indépendante « achète simplement » des marchandises pour le compte d'une autre entreprise indépendante. Dans ces circonstances, l'acheteur serait rémunéré dans des conditions de pleine concurrence pour ses services en tant qu'agent chargé d'effectuer les achats pour l'autre entreprise. Un problème pratique se pose également pour déterminer les dépenses de l'ES qui se rattachent aux activités d'achat et doivent donc être exclues. En outre, les raisons pour lesquelles les restrictions applicables à l'imputation de bénéfices qui figurent à l'article 7(5) sont limitées au cas où l'ES achète simplement des marchandises n'apparaissent pas clairement. Ce cas ne semble guère différent en principe de celui où, au lieu d'acheter des marchandises, l'ES exerce l'une des autres activités mentionnées à l'article 5(4), notamment la collecte d'informations, qui ne sont pas suffisantes en elles-mêmes pour donner naissance à un ES.

299. Il existe un large consensus parmi les pays membres selon lequel l'article 7(5) n'est pas compatible avec le principe de pleine concurrence et n'est pas justifié. L'approche autorisée de l'OCDE est qu'il n'est pas nécessaire d'avoir une règle spéciale pour les cas de « simple achat ». Il ne doit pas y avoir de limite à l'attribution de bénéfices à l'ES dans ce cas, hormis la limite imposée par l'application du principe de pleine concurrence.

PARTIE II : CONSIDÉRATIONS SPÉCIALES POUR L'APPLICATION DE L'APPROCHE AUTORISÉE DE L'OCDE AUX ÉTABLISSEMENTS STABLES (ES) DES BANQUES

A. Introduction

1. La Partie I de ce Rapport expose les principes de l'approche autorisée de l'OCDE et donne des indications sur l'application pratique de ces principes pour l'attribution de bénéfices aux ES en général. Toutefois, il a été jugé nécessaire de fournir des indications plus spécifiques et pratiques sur l'application de l'approche autorisée de l'OCDE dans des situations concrètes que l'on peut couramment rencontrer. Cette Partie du Rapport (Partie II) est consacrée au secteur bancaire et examine plus précisément la façon dont l'approche autorisée de l'OCDE peut s'appliquer à un certain nombre de situations concrètes couramment rencontrées dans des entreprises exerçant des activités bancaires par l'intermédiaire d'un ES.

2. Cette analyse prendra naturellement pour point de départ le Rapport de 1984 de l'OCDE, « Prix de transfert et entreprises multinationales — Trois études fiscales ; l'imposition des entreprises bancaires multinationales » (« le Rapport de 1984 »). Toutefois, des changements considérables sont intervenus dans l'économie mondiale depuis 1984 et sont venues affecter la façon dont opèrent les banques multinationales. On a en outre assisté à des évolutions des conceptions quant à l'application du principe de pleine concurrence, évolutions qui se sont reflétées de la façon la plus notable dans la révision des Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales (« Les Principes directeurs») qui a débuté en 1995. Ce Rapport est donc destiné non seulement à présenter une mise à jour des questions et situations décrites dans le Rapport de 1984, mais aussi à traiter de certaines questions et situations spécifiques résultant du grand mouvement de libéralisation financière et de mondialisation des marchés de capitaux qui a caractérisé l'économie mondiale depuis la fin du 20^e siècle.

3. Cette Partie du Rapport examine ce que l'on peut qualifier d'activités bancaires traditionnelles, à savoir celles qui consistent à emprunter des fonds et à les reprêter¹, et donne des indications sur la manière dont les bénéfices de ces activités peuvent être imputés à un ES d'une entreprise bancaire. Dans ce Rapport, le terme « intérêts » est entendu au sens large de manière à englober un large éventail de recettes et de paiements ayant le caractère de bénéfices commerciaux rémunérant la banque dans le cadre d'opérations d'emprunt et de prêt de fonds. Certaines activités financières exercées par les banques, telles que les transactions mondialisées sur instruments financiers, seront abordées dans la Partie III de ce Rapport. Ces activités sont aussi couramment exercées par des institutions financières non bancaires. Il convient de noter que dans le cadre de l'approche autorisée de l'OCDE, il y a lieu d'appliquer les mêmes principes pour attribuer des pertes que pour attribuer des bénéfices. La notion d'attribution de « bénéfices » devra dès lors être entendue comme s'appliquant également à l'attribution de pertes.

4. Dans ce contexte, il y a lieu de noter que l'objet de l'approche autorisée de l'OCDE n'est pas d'aboutir à une égalité de traitement entre ES et filiales en termes de bénéfices mais plutôt d'appliquer aux opérations internes entre des parties distinctes d'une même entreprise les mêmes principes en matière de

1 Sauf lorsque le texte précise qu'il en va autrement, l'usage des termes « bancaire » ou « banque » dans ce rapport doit être considéré comme visant les activités bancaires traditionnelles et les banques exerçant des activités bancaires traditionnelles.

prix de transfert que ceux qui s'appliquent aux transactions entre entreprises associées. Il existe généralement des différences économiques entre le recours à une filiale et à un ES. L'application de l'approche autorisée de l'OCDE ne permettra pas l'égalité de résultats entre filiales et ES lorsqu'il existe entre eux des différences économiques. Le statut juridique choisi, ES ou filiale pourrait avoir certaines conséquences économiques qui doivent être prises en compte dans la détermination des bénéfices imposables. Dans de nombreux cas, les entreprises opèrent par l'intermédiaire d'établissements stables plutôt que d'entités distinctes précisément parce que la structure de l'ES permet une utilisation efficace du capital, une diversification des risques, des économies d'échelle, etc., ce qui rend cette structure plus rentable.

5. Les Parties I et II du Rapport ont été diffusées sous forme de document de travail pour commentaires en février 2001. Vingt-cinq réponses ont été reçues de représentants des milieux d'affaires, d'associations de banques et de sociétés de conseil, et elles faisaient apparaître une grande diversité de vues et de centres d'intérêt. En raison de la variété des positions exprimées et de la complexité des questions traitées, une consultation a eu lieu à Paris en avril 2002 avec les commentateurs des documents de travail. Cette consultation a été très fructueuse, car elle a permis d'identifier un terrain d'entente en ce qui concerne les principes, les domaines dans lesquels il était nécessaire de poursuivre la clarification et ceux où il y avait lieu d'effectuer de nouveaux travaux. Une Partie II et une Partie III (transactions mondialisées) révisées ont été diffusées pour faire l'objet de nouveaux commentaires en mars 2003. Une seconde série de consultations a eu lieu à Genève en mars 2004 sur la Partie III et sur la Partie II révisée. Les révisions des Parties II et III, qui tiennent compte des commentaires reçus et des discussions de Genève, ont été transmises pour avis à certains commentateurs en août 2004 et une réunion avec ces derniers a eu lieu en octobre 2004. La présente version de la Partie II tient compte de cette consultation.

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

6. Cette section étudiera les principales fonctions d'une entreprise bancaire traditionnelle (à savoir l'emprunt et le prêt d'argent) aussi bien du point de vue des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés, lors de la création d'un actif financier (un prêt) que des fonctions ultérieurement exercées pendant la durée de vie de cet actif financier.

B-1 Fonctions exercées

i) Fonctions impliquées dans la création d'un nouvel actif financier - un prêt

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

a) Vente/Commercialisation - par exemple, maintenir les relations avec les clients potentiels, créer des relations avec des clients et amener des clients à commencer à discuter des propositions d'affaires ;

b) Ventes/négociation – par exemple négocier les termes du contrat avec le client – décider s'il convient ou non d'avancer des fonds et si oui à quelles conditions, évaluer les risques de crédit, de change et de marché liés à la transaction, déterminer la solvabilité du client et l'encours global de crédit de la banque vis-à-vis du client ; décider des niveaux de risque de crédit, de change et de marché pouvant être acceptés, fixer les conditions financières du prêt, décider si le prêt doit ou non être assorti d'un nantissement ou autre garantie, engager la banque (et son capital) au prêt et donc aux risques associés etc. ;

c) Négociation/trésorerie – par exemple lever des fonds et du capital, recevoir des dépôts, lever des fonds aux conditions les plus avantageuses et les mettre à la disposition de la clientèle ; et

d) Vente/soutien, par exemple, vérifier les projets de contrats et effectuer les formalités du contrat, résoudre les questions juridiques éventuelles en suspens, vérifier les sûretés remises, signer le contrat, inscrire l'actif financier dans les comptes de l'entreprise et déboursier les fonds prêtés.

ii) *Fonctions impliquées dans la gestion d'un actif financier existant - un prêt*

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

a) Administration des prêts - par exemple, gérer le prêt, prélever et verser les intérêts et autres sommes aux échéances, suivre les remboursements et vérifier la valeur des éventuelles garanties remises ;

b) Suivre les risques assumés par suite de la conclusion du contrat de prêt - par exemple, vérifier la cote de crédit du client, suivre l'encours global de crédit du client vis-à-vis de la banque, suivre les risques de taux d'intérêt et de contrepartie, analyser la rentabilité du prêt et la rentabilité des capitaux engagés, vérifier l'efficacité de l'utilisation du capital réglementaire, etc. ;

c) Gérer les risques pris initialement et assumés par la suite du fait de la conclusion du contrat - par exemple, décider si la banque doit continuer de supporter les divers risques et dans l'affirmative jusqu'à quel point, par exemple, en transférant le risque de crédit à un tiers par le biais de produits dérivés de crédit ou en couvrant le risque de taux d'intérêt par l'achat de valeurs mobilières, en réduisant l'importance globale des risques par le regroupement d'un certain nombre de risques individuels et l'identification de compensations internes et en gérant activement les risques résiduels assumés par la banque, par exemple par la couverture de ces risques résiduels ou en laissant des positions de risque ouvertes dans l'espoir de bénéficier d'une évolution favorable du marché, etc., décisions concernant le passage en pertes des prêts non performants ;

d) Trésorerie -- c'est-à-dire gestion du financement global des banques (financement des besoins de trésorerie et placement des excédents sur le marché) y compris la gestion du risque de taux d'intérêt et du risque de liquidité de la banque, allocation du coût des financements levés par la banque dans son ensemble pour ses succursales/établissements, alignement de la durée des opérations d'emprunt et de prêt et optimisation de l'utilisation des fonds propres réglementaires et de la rentabilité des capitaux engagés ;

e) Vente/négociation - par exemple, refinancer le prêt, décider de le céder ou de le titriser, le commercialiser auprès d'acheteurs potentiels, tarifier le prêt, négocier les conditions contractuelles de la vente, effectuer les formalités de vente, etc., décider s'il faut renouveler ou prolonger le prêt et si oui, à quelles conditions.

iii) *Principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque impliquées dans la création et la gestion ultérieure d'un prêt*

9. Il existe un certain nombre de fonctions qui sont directement liées à la création et à la gestion ultérieure d'un prêt. Il sera important d'identifier non seulement les fonctions qui sont exercées mais aussi leur importance relative. Les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque sont celles qui nécessitent une prise active de décision concernant l'acceptation et/ou la gestion (faisant suite au transfert) des risques individuels et des portefeuilles de risques. Dans le cas d'une banque, il est probable que ce sont la création d'un actif financier et sa gestion ultérieure qui constitueront les principales fonctions entrepreneuriales de prises de risque et par conséquent, comme on l'a vu à la Section D-1(i), la propriété économique de l'actif financier (ainsi que les revenus et dépenses correspondant à la détention de cet actif, à son prêt ou à sa vente à des tiers) est généralement attribuée à l'établissement qui exerce ces fonctions.

10. Comme on peut le constater d'après la description qui figure à la Section B-1(i) ci-dessus, c'est la fonction de vente/négociation décrite au point b) du paragraphe 7 qui est susceptible de constituer la principale fonction entrepreneuriale de prise de risque dans la création d'un actif financier, lorsque cet actif est un prêt consenti dans le cadre d'une activité de crédit commercial à la grande clientèle. Comme on peut le constater d'après la description qui figure à la Section B-1(ii) ci-dessus, la fonction de gestion des risques telle qu'elle est décrite au point c) du paragraphe 8 est susceptible d'être la plus significative dans la gestion quotidienne d'un actif financier existant. C'est l'ensemble de ces fonctions qui sera déterminant pour l'attribution de la propriété économique de l'actif. Toutefois, la détermination des fonctions les plus importantes qui ont une incidence sur la propriété économique doit avoir lieu au cas par cas, car les fonctions et leur importance relative sont susceptibles de varier selon les faits et circonstances (par exemple, du fait des différences entre les produits, les types d'activités (grande clientèle ou banque de réseau, entreprises commerciales ou particuliers, etc.), les stratégies des entreprises, etc.

11. Les fonctions liées au contrôle de la gestion de l'ensemble des fonds propres et de l'encours de risque sont peut-être un domaine particulièrement important pour une banque. Les banques disposent normalement de commissions qui définissent des limites de risque en cascade — il y a une limite de risque global pour la banque et une limite générale pour différents types de risque (par exemple, le risque de crédit) et des limites pour certaines lignes de produits ou services, etc. S'il est clair que cette activité est importante, elle ne constitue pas en général l'une des principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque, qui consistent en la création ou la gestion ultérieure d'un crédit. En effet, si ces commissions peuvent fixer les paramètres qui définissent les risques acceptables, elles n'exercent pas en général des fonctions qui débouchent sur la prise effective du risque. Elles n'interviennent pas non plus activement dans la création et la gestion des prêts individuels ou des portefeuilles de prêts et, par conséquent, n'exercent pas les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque en ce qui concerne ces prêts ou portefeuilles de prêts, en particulier.

12. La question de savoir si une activité donnée fait partie des principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque dans le cadre d'une entreprise donnée dépend de facteurs tels que le type d'opérations bancaires et le mode de fonctionnement de l'entreprise utilisés (voir paragraphe 65 pour plus de précisions). Par exemple, l'analyse fonctionnelle et factuelle d'une banque de détail en particulier peut montrer que la principale fonction entrepreneuriale de prise de risque est exercée par les responsables de la commercialisation plutôt que par les agents qui fixent le prix de référence ou de base des prêts. Dans ces circonstances, c'est la fonction de commercialisation qui crée l'actif financier et la propriété économique de l'actif financier est par conséquent attribuée à cette fonction. Pour un prêt consortial commercial donné, en revanche, il peut s'avérer que la principale fonction entrepreneuriale de prise de risque est exercée par les agents qui négocient les conditions de ce prêt. Comme toujours l'analyse dépend des faits et circonstances de chaque affaire.

iv) *Fonctions de soutien, fonctions intermédiaires ou fonctions de post-marché*

13. Une certaine infrastructure est nécessaire pour servir de soutien aux principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque d'une banque, qui sont souvent centralisées au siège. La plupart des ces fonctions — direction générale, détermination des stratégies d'entreprise, mise au point des systèmes informatiques, recherche, gestion du personnel et autres fonctions de soutien — ne sont pas limitées aux opérations bancaires. Ces fonctions sont parfois classées parmi les fonctions de « post-marché » ou les fonctions « intermédiaires », à distinguer des fonctions « de marché ». On considère que les fonctions de « post-marché » apportent moins de valeur ajoutée à l'entreprise que les fonctions intermédiaires ou les fonctions de marché et que par conséquent, elles justifient une rémunération moindre. Il faut cependant tenir compte du fait que si les termes de « post-marché », « fonctions intermédiaires » et « fonctions de marché » sont communément utilisés pour décrire les fonctions d'une entreprise bancaire, il n'y a rien dans l'approche autorisée de l'OCDE qui oblige à tenir compte de ces distinctions. L'objet de cette approche est

plutôt d'identifier les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque sans tenir compte de la qualification donnée à la fonction ou à l'activité, mais en se fondant sur une analyse fonctionnelle et factuelle. La question de savoir si une activité donnée fait partie des principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque dépendra des faits et circonstances de l'entreprise considérée. L'analyse fonctionnelle et factuelle permettra de déterminer si l'activité fait partie des principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque, ou s'il s'agit d'une fonction de soutien (par exemple l'analyse économique de l'évolution des taux d'intérêt). Les fonctions autres que les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque devront être prises en compte dans l'attribution de bénéfices de pleine concurrence à l'ES, mais la propriété économique des actifs n'est pas attribuée à de telles fonctions.

B-2 Actifs mis en œuvre

14. Les Principes directeurs notent au paragraphe 1.20 que la rémunération correspondra en général non seulement aux fonctions assumées, mais aussi aux actifs mis en œuvre et aux risques assumés dans l'exercice de ces fonctions. L'analyse fonctionnelle et factuelle devra donc étudier quels ont été les actifs mis en œuvre et les risques assumés lors de la création, puis de la gestion d'un prêt.

15. Les banques utilisent des actifs physiques comme les locaux de leurs succursales, les systèmes informatiques etc. Comme l'indique la Section D-2(iii)(b) de la Partie I de ce Rapport, il existe entre les pays membres un large consensus pour appliquer le lieu d'utilisation comme base d'attribution de la propriété économique de biens corporels en l'absence de circonstances particulières justifiant un choix différent. On peut être amené à les prendre en compte dans le cadre d'une analyse de comparabilité lors de la deuxième étape de l'approche autorisée de l'OCDE. Par exemple, les services bancaires aux particuliers par l'Internet ou par téléphone sont moins onéreux que des services assurés dans des succursales, en partie parce qu'ils ne nécessitent pas de réseau physique de succursales ouvertes aux particuliers pour distribuer leurs produits et qu'ils mettent donc en œuvre moins d'actifs physiques onéreux (comme les locaux de succursales).

16. De plus, comme pour toute autre entreprise, l'analyse fonctionnelle et factuelle doit aussi vérifier si des biens incorporels ont été mis en œuvre. Dans le domaine bancaire, les biens incorporels courants sont sans doute les biens incorporels de commercialisation représentés par le nom, la réputation, la marque commerciale ou le logo de la banque. Les autres biens incorporels sont sans doute plus proches de biens incorporels manufacturiers comme les systèmes mis en place pour optimiser l'utilisation des fonds propres réglementaires et pour suivre les différentes catégories de risques. En outre, ces biens incorporels concernent plus particulièrement les banques dans la mesure où ils traduisent l'importance de l'évaluation et de l'optimisation de l'utilisation du capital ainsi que du suivi et de la gestion des risques financiers dans le secteur financier.

17. L'attribution de biens corporels et incorporels à un ES de banque et la fixation du prix des transactions portant sur ces actifs donnent lieu à des problèmes qui sont identiques à ceux qui se posent dans le cas des entreprises non financières. Les indications qui figurent aux Sections D-2(iii) & (iv) et D-3(iv)(a) & (b) de la Partie I sont donc également applicables aux banques. La Partie II porte essentiellement sur l'attribution de ces actifs à un ES des actifs qui ne sont pas couverts par la Partie I, à savoir les actifs financiers. Dans le cas des actifs financiers des banques, la création et la gestion de ces actifs (et des risques concomitants) est en elle-même la principale fonction entrepreneuriale de prise de risque à prendre en compte pour la détermination de la propriété économique initiale des actifs, de sorte que l'attribution initiale de la propriété économique de ces actifs à la partie de l'entreprise qui exerce ces fonctions est d'une importance essentielle non seulement pour déterminer la qualification de « l'entreprise distincte » dans la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE mais aussi pour l'attribution des bénéfices dans la deuxième étape, car l'attribution de la propriété économique des actifs financiers

détermine les revenus et dépenses correspondant à la détention de ces actifs, à leur prêt ou à leur vente à des tiers.

B-3 Risques assumés

18. Dans une entreprise bancaire, il est essentiel d'évaluer exactement les « risques assumés ». La banque, comme les autres activités financières, est fondée sur la prise en charge des risques liés à la clientèle et ce sont ces risques qu'il est particulièrement nécessaire de prendre en compte lorsqu'on effectue une analyse fonctionnelle et factuelle dans le cadre de l'approche autorisée de l'OCDE parce qu'il est nécessaire de disposer de capital pour pouvoir les assumer (voir Section B-4). Dans une entreprise bancaire, la création d'un prêt implique l'acceptation de divers types de risques par la banque, dont les risques suivants sont traditionnellement considérés comme les plus importants aux fins de la fiscalité :

a) Risque de crédit - le risque que le client soit dans l'incapacité de payer les intérêts ou de rembourser le principal du prêt conformément aux échéances et conditions prévues,

b) Risque de taux d'intérêt - le risque que les taux d'intérêt du marché s'écartent des taux utilisés lors de la conclusion du contrat de prêt. Le risque de taux peut se manifester sous diverses formes selon la nature du taux de rémunération du prêt et de l'emprunt. Par exemple, l'emprunt peut avoir été contracté à taux fixe alors que le prêt est à taux variable ou, même si le prêt et l'emprunt sont à taux variables, il peut y avoir un décalage de leur évolution dans le temps. Le risque de taux d'intérêt peut aussi se manifester par les effets de l'évolution du marché sur le comportement des clients de la banque. Par exemple, une baisse des taux d'intérêt peut inciter les clients à rembourser par anticipation des emprunts à taux fixe.

c) Risque de change - le risque qu'un prêt consenti dans une monnaie autre que la monnaie nationale de la banque (ou que la monnaie d'emprunt) s'écarte des cours de change utilisés lors de la conclusion du contrat de prêt.

19. Il convient de noter qu'il existe d'autres types de risques, tels que le risque-pays et le risque juridique qui peuvent avoir de l'importance dans certains cas. Il peut aussi exister ce que l'on appelle le risque « Herstatt » qui résulte de positions de change non dénouées, ainsi que le risque de règlement et de livraison en général, bien que les systèmes de règlement en brut en temps réel puissent affecter le risque de règlement. Les risques de solvabilité et le risque commercial général doivent également être pris en compte. En outre, le Comité de surveillance bancaire de Bâle (« comité de Bâle ») a conclu récemment son examen des risques qui fixait un niveau minimum de fonds propres en l'élargissant au risque de taux d'intérêt dans le portefeuille d'opérations bancaires et au risque opérationnel. Il conviendra de suivre attentivement ces évolutions pour faire en sorte que tous les risques importants sur le plan fiscal soient pris en compte comme il convient lors d'une analyse fonctionnelle et factuelle.

20. Dans une activité bancaire, les risques assumés à la suite de la conclusion de transactions avec des clients peuvent résulter de postes qui n'apparaissent pas au bilan. En général, un bilan est établi conformément à des normes comptables et doit se conformer à des conditions imposées aux sociétés ou autres dispositions réglementaires. En revanche, l'approche autorisée de l'OCDE ne se limite pas à une analyse fondée sur les normes comptables ou sur la conformité aux conditions imposées aux sociétés ou autres dispositions réglementaires. En conséquence, l'analyse fonctionnelle devrait identifier tous les risques, y compris ceux qui résultent des postes hors bilan qu'il pourrait être nécessaire de prendre en compte pour l'application du principe de pleine concurrence.

21. Entre les entreprises juridiquement distinctes, il est important de distinguer la prise de risque initiale et le fait de supporter ces risques ultérieurement. Le terme « prise de risque » se réfère à la prise initiale de risque résultant de la création d'un actif financier. Toutefois, bien que l'acte de création d'un

actif financier aboutisse à la prise de risque ou à son acceptation (prise en charge de risque), il n'est pas nécessaire que l'entreprise qui a créé l'actif financier doive assumer par la suite le risque qu'elle a pris (c'est-à-dire rester responsable des pertes causées par la réalisation du risque qu'elle a pris au cours de la durée de vie de cet actif financier). Ce risque peut être transféré à une seconde entreprise de sorte que le risque pris initialement peut ne plus être supporté par le créateur de l'actif financier mais pris et assumé par la suite par la seconde entreprise (à moins qu'ils ne décident également de transférer des risques à une tierce entreprise). Cela pose la question de savoir si, et dans l'affirmative dans quelles circonstances, les transferts de risque doivent être reconnus au sein d'une entité juridique unique de sorte que les risques initialement pris par une partie de l'entreprise seront considérés comme pris et assumés par la suite par une autre partie de l'entreprise. Les circonstances dans lesquelles il est possible de reconnaître un tel transfert sont examinées à la Section D-2(ii)(e).

22. Le fait que la création d'un actif financier aboutisse à la prise de différents types de risques (risque de crédit, risque de marché, risque opérationnel etc.) est particulièrement important pour les activités bancaires et autres activités financières. Le fait de se voir attribuer les risques dans le contexte de l'article 7 équivaut à assumer aux fins de l'imposition du revenu les risques qu'assumerait une entreprise distincte, avec les avantages et charges correspondants, en particulier l'exposition potentielle aux gains ou aux pertes résultant de la réalisation ou de la non-réalisation desdits risques. Cependant, il est possible que la banque ne supporte pas en dernier ressort l'ensemble des différents types de risques qu'elle a pris. Par exemple, il est possible que l'entreprise bancaire assume tous les risques à part le risque de crédit tout en conservant la propriété de l'actif financier mais en transférant la majeure partie du risque de crédit par l'application d'un dérivé de crédit avec une autre entreprise. Le risque de crédit n'est pas complètement éliminé mais reste présent à concurrence du risque inhérent à la contrepartie du produit dérivé de crédit. Les autorités de tutelle des banques traitent généralement le risque comme ayant été réduit mais non annulé. Dans le cadre des activités bancaires traditionnelles, le risque de crédit est en général le plus important qui soit assumé du fait de la création de l'actif financier parce que la banque assume un risque potentiel pour la totalité de la somme du principal avancée à un client sous forme de prêt, même si elle peut essayer par la suite de transférer ce risque à une entreprise indépendante.

23. Les risques pris et assumés par la suite doivent être gérés de manière à préserver le capital de la banque. La gestion de risque est une fonction et comme toutes les autres fonctions, les risques pris en charge et finalement assumés à la suite de l'exercice de cette fonction joueront un rôle important dans la détermination des bénéfices attribués à cette partie de l'entreprise qui exerce ces fonctions (voir Section D-2(ii)(e)).

B-4 Capital et financement

i) Introduction

24. Le capital est important pour l'exercice des activités bancaires traditionnelles dans la mesure où, dans le cadre de ces activités, les banques prennent des risques, par exemple en consentant des prêts à des tiers dont certains ne leur rembourseront peut-être pas la totalité du prêt en question. Afin de prendre des risques, une banque a besoin de « capital » c'est-à-dire de la capacité d'absorber des pertes dues à la réalisation des risques assumés. En effet, dans ce contexte, le capital désigne des fonds placés à la disposition de la banque par des investisseurs qui sont prêts à accepter un niveau de risque plus élevé pour cet investissement en échange d'un rendement économique qui devrait être sensiblement plus élevé qu'un taux d'intérêt sans risque. Par exemple, les actionnaires d'une banque (comme ceux de toute entreprise) risquent de perdre la totalité de leur investissement si la banque devient insolvable mais peuvent aussi partager les bénéfices après impôt de la banque. Les bénéfices non distribués font également partie du capital en ce sens puisque, jusqu'à ce qu'ils soient distribués aux actionnaires sous forme de dividendes, ils restent disponibles pour absorber des pertes.

25. Comme on l'a vu à la sous-Section (iii) ci-dessus, les autorités réglementaires exigent que les banques disposent d'un montant minimum de fonds propres (fonds propres réglementaires) en fonction des risques qu'elles prennent. Comme certaines autorités réglementaires admettent que certaines catégories de dettes subordonnées constituent une source de fonds propres aux fins de la réglementation, beaucoup de banques ont émis ce type d'instruments. Les porteurs de titres de la dette subordonnée peuvent de même perdre leur investissement si la banque n'est pas en mesure de rembourser ses créanciers ordinaires. Toutefois, ils ont droit à un remboursement avant les actionnaires et par conséquent le risque qu'ils prennent est d'un degré moindre ; leur rémunération est donc en général constituée par un taux d'intérêt plus élevé que celui que percevrait un créancier ordinaire, mais elle est néanmoins en général limitée à un pourcentage de leur investissement, contrairement à celle des actionnaires ordinaires. La dette à long terme qui n'est pas subordonnée peut aussi parfois être incluse dans le « capital » réglementaire car les investisseurs dans ce type de prêts placent des fonds à la disposition de la banque pendant une période qui permet de financer temporairement les pertes à l'aide de ces prêts jusqu'à ce que la banque soit en mesure de générer des bénéfices suffisants pour compenser ces pertes, ce qui permet là encore à la banque de prendre en charge le risque.

26. Par conséquent, le montant et la nature des risques pris en charge jouent un rôle important dans la détermination du montant du capital, et notamment du capital réglementaire, qu'une banque a besoin de détenir. Cependant, certaines formes de capital décrites ci-dessus ne génèrent pas pour les investisseurs une rémunération ayant le caractère d'intérêts fiscalement déductibles pour la banque en vertu des réglementations du pays d'accueil, et ce indépendamment de la classification réglementaire du capital ou du traitement comptable du revenu. Ce capital est mentionné dans le Rapport comme du capital « libre » et il est évident qu'il présente de l'importance sur le plan fiscal (voir sous-Section (v) ci-dessous).

27. Si elles ont besoin de capital pour assumer des risques, les banques ont également besoin de financer la création d'actifs financiers, tels que des prêts, qui génèrent des revenus bruts sous forme d'intérêts et de rémunérations équivalentes. Ce financement provient de sources diverses : fonds propres, bénéfices non distribués, dettes telles que les dépôts effectués par les clients et diverses formes de financement d'emprunt tels que les prêts portant intérêt, y compris la dette subordonnée, qui donnent droit dans certaines juridictions à des déductions fiscales au titre des intérêts. Certaines de ces sources de financement consistent en éléments qui jouent un double rôle au sein de la banque – elles constituent à la fois du capital réglementaire qui permet par conséquent à la banque de prendre en charge les risques liés à ses activités et fournissent une source de financement.

28. En conclusion, il est suggéré, pour les banques et autres institutions financières, d'entreprendre une analyse fonctionnelle et factuelle tenant compte des actifs utilisés et des risques pris en charge de la même manière que celle qui serait effectuée pour les institutions non financières. Toutefois, étant donné le caractère essentiel du capital pour permettre aux banques de prendre en charge les risques résultant de leurs activités traditionnelles, l'analyse fonctionnelle et factuelle devra accorder une attention particulière à l'examen des questions relatives au niveau requis des fonds propres et à l'attribution du capital. Enfin, l'analyse devrait également consister à examiner séparément les dispositions relatives au financement des actifs financiers de la banque.

ii) Cote de crédit

29. La cote de crédit est un facteur important à prendre en compte dans toute analyse de prix de transfert d'une banque, dans la mesure où elle affecte à la fois la capacité d'emprunter de la banque, le taux auquel elle peut le faire et la marge brute qu'elle peut obtenir. En général et en l'absence d'assurance des dépôts, la cote de crédit d'une banque varie en raison inverse du taux d'intérêt qu'elle verse à ses investisseurs (ses titulaires de dépôts et de titres de créance). Plus la cote de crédit de la banque est faible plus l'intérêt qu'elle verse à ses investisseurs est élevé. La prime de risque représente le rendement

additionnel (sous forme de taux d'intérêt plus élevé) que l'investisseur s'attend à recevoir en compensation de son investissement dans une banque présentant plus de risque (par exemple une banque dont la notation serait AA) plutôt que d'investir dans les mêmes conditions dans une banque plus sûre (par exemple une banque dont la notation serait AAA).

30. La cote de crédit est la perception par une partie indépendante, par exemple une agence de notation, de la probabilité qu'une société (par exemple une banque) honore ses engagements au titre des emprunts qu'elle a effectués et des placements qu'elle a reçus. Un certain nombre de facteurs sont pris en compte, le montant du capital réglementaire et « libre » de la banque emprunteuse constituant de toute évidence un facteur important. Parmi les autres facteurs significatifs, on peut citer une solide réputation, une bonne direction, le profil de risque, le statut réglementaire, l'aptitude à lever de nouveaux fonds propres et une rentabilité observée constamment élevée dans le passé. Certaines activités « de niche » sont limitées aux entreprises bancaires ayant la qualité de signature la plus élevée (par exemple certains emprunteurs n'effectueront des transactions qu'avec des entreprises notées AAA).

31. Il est important de noter qu'une cote de crédit est généralement attribuée à la banque dans son ensemble ou à des instruments financiers spécifiques et non pas à ses différentes succursales. En ce qui concerne le capital, cela traduit le fait que ce sont généralement l'ensemble des actifs et du capital de la banque qui sont susceptibles de couvrir ces dettes indépendamment de la localisation de l'engagement donnant lieu à litige. Il peut y avoir des exceptions à la règle générale, par exemple lorsque les actifs situés dans une juridiction spécifique ne sont pas disponibles pour honorer les plaintes qui ont leur origine en dehors de la juridiction ou lorsqu'ils ont été affectés à la couverture d'un instrument financier particulier afin que l'agence de notation puisse donner à cet instrument la cote souhaitée.

32. Cependant, en général, en raison de la situation de fait d'un ES, il a nécessairement la même cote de crédit que l'entreprise dont il fait partie. Au contraire, une filiale peut ou non avoir la même cote de crédit que sa société mère².

iii) Normes de solvabilité

33. Il faut souligner que, pour protéger les clients et maintenir l'intégrité du système financier, les banques sont soumises à une réglementation par les gouvernements et sont tenues de détenir des montants minimaux de capital « réglementaire » (capital réglementaire minimal) fondés sur les risques qu'elles prennent en exerçant leurs activités. Il s'agit d'un domaine dans lequel des progrès significatifs ont été accomplis depuis la diffusion du Rapport de 1984.

34. Le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire de la Banque des Règlements Internationaux (BRI) est l'organisme qui définit des normes de solvabilité admises au niveau international, voir la publication de juin 2006 intitulée « Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres : Un cadre révisé » (le « Cadre révisé » ou « Accord de Bâle »)³. Ce document a été établi à partir d'un certain nombre de publications précédentes du Comité de Bâle, parmi lesquelles le Cadre de Bâle II de juin 2004⁴, les éléments de l'Accord de Bâle de 1988⁵ qui n'ont pas été révisés au cours de la procédure de Bâle II, l'amendement de 1996 à « l'Accord sur les fonds propres pour son extension aux risques de marché »⁶ et la

2 Voir la discussion sur l'attribution de cote de crédit à la partie I, Section D-2(v).

3 <http://www.bis.org/publ/bcbs128.htm>.

4 <http://www.bis.org/publ/bcbs107.htm>.

5 <http://www.bis.org/publ/bcbsc111.htm>.

6 <http://www.bis.org/publ/bcbs119.htm>.

note de 2005 intitulée « Application of Basel II to Trading Activities and the Treatment of the Double Default Effects »⁷. L'Accord de Bâle fixe des niveaux minimums de fonds propres pour couvrir les risques de crédit des banques qui exercent des activités au niveau international tout en permettant aux autorités nationales d'adopter des dispositions fixant des normes de fonds propres plus élevées. Dans le présent Rapport, sauf indication contraire, une référence à l'Accord de Bâle désigne la version complète publiée en juin 2006.

35. Le capital réglementaire est classé en différentes catégories de fonds propres, fondées de façon schématique sur la permanence du capital investi. Les capitaux les plus permanents sont les fonds propres de base ou fonds propres durs (« tier 1 »), qui se composent d'éléments comme les actions ordinaires libérées, les actions préférentielles non cumulatives et non remboursables, les primes d'émission d'actions non remboursables, les réserves déclarées et les bénéfiques non distribués. Les fonds propres complémentaires (« tier 2 ») comprennent des éléments comme les instruments de dette subordonnée et les titres d'emprunt à échéance éloignée, ainsi que certaines réserves (par exemple, certaines réserves non déclarées, les réserves pour la réévaluation d'actifs et les réserves générales au titre des pertes encourues sur les prêts). Autre élément intéressant, lors du calcul des fonds propres de base et des fonds propres complémentaires on applique normalement une déduction au titre du capital investi dans des banques affiliées afin de dissuader le système bancaire dans son ensemble de mettre en place des participations croisées plutôt que de se procurer des fonds propres auprès de sources extérieures. Cependant, dans certaines circonstances, les autorités de tutelle autorisent la prise en compte du capital investi dans ces filiales comme appartenant à la société mère. Cette question est examinée plus en détail aux paragraphes 104 et 105 dans le cadre de l'attribution du capital libre à l'ES.

36. Les normes de solvabilité sont calculées en divisant le capital de la banque par le montant total de ses actifs pondérés en fonction du risque (y compris le risque résultant de ses engagements hors bilan) pour aboutir à un ratio de fonds propres (le « ratio Cooke » instauré par l'Accord de Bâle de 1988 ou le nouveau « ratio McDonough » applicable à compter du 1^{er} janvier 2007 en vertu du Cadre révisé). Les actifs sont pondérés afin de tenir compte à la fois du risque de crédit et du risque de marché (et, dans le cadre du ratio McDonough, du risque opérationnel). La norme minimale fixée par le Comité de Bâle est que le capital total doit être égal à au moins 8 % du montant total des actifs de la banque pondérés en fonction des risques. Sur le montant total du capital, les fonds propres de base doivent être au moins égaux à 4 % du total des actifs pondérés en fonction du risque de la banque.

37. En général, au regard de la comptabilité financière, les fonds propres de base ne donnent lieu à aucune charge d'intérêts, contrairement aux fonds propres complémentaires. En conséquence, lors du calcul des bénéfiques comptables de la banque, seule la rémunération des fonds propres complémentaires va être déduite. Le régime fiscal peut différer du régime comptable. Bien que le rendement des fonds propres de base ne donne lieu en général à aucune déduction fiscale du type de celle qui s'applique aux intérêts (il s'agit de capital « libre » du point de vue fiscal comme du point de vue comptable), il peut exister des instruments qui sont considérés réglementairement comme des fonds propres de base mais qui sont considérés fiscalement comme des dettes dans certains pays. De tels instruments sont de plus en plus fréquemment émis. En outre, dans un certain nombre de pays, la rémunération de certains fonds propres complémentaires comme la dette subordonnée, peut être fiscalement traitée comme du capital « libre ».

38. Le corollaire de la situation décrite précédemment est que pour créer un actif financier, la banque doit disposer de suffisamment de capital réglementaire (notamment du capital « libre ») pour satisfaire aux normes de fonds propres des autorités de tutelle. De façon générale, si la banque n'a pas suffisamment de capital réglementaire disponible, elle sera dans l'incapacité de conclure un contrat de prêt sans que cette opération ait une incidence défavorable sur sa cote de crédit ou sans être en infraction avec les

7 <http://www.bis.org/publ/bcbs116.htm>.

réglementations bancaires. Pour éviter un effet défavorable sur sa cote de crédit ainsi qu'une intervention des autorités réglementaires, la banque pourrait réduire le risque de détention de cet actif, par exemple en le cédant à une structure de titrisation et en investissant les sommes ainsi obtenues dans des actifs moins risqués.

iv) Autres obligations réglementaires

39. Outre la fixation de normes minimales de solvabilité, les autorités réglementaires peuvent aussi imposer d'autres restrictions. Par exemple, elles peuvent prévoir que le capital réglementaire doit être investi dans certains actifs considérés comme « sûrs » tels que des obligations d'état, ou que les banques doivent constituer des réserves obligatoires sous forme de dépôts auprès de la banque centrale. Les banques préféreraient employer leurs fonds propres dans leurs propres actifs de prêts qui génèrent normalement une rentabilité supérieure et il y a donc un « coût d'opportunité » suscité par la réglementation. De plus, ce coût d'opportunité varie selon le régime réglementaire, certaines juridictions étant plus rigoureuses que d'autres lorsqu'elles prescrivent le montant minimum du capital réglementaire, les réserves obligatoires ou les restrictions en matière de placements, etc. En conséquence, le capital réglementaire est une ressource rare pour une banque et il doit être mis en œuvre avec la plus grande efficacité possible afin que la banque puisse créer et conserver dans ses livres les actifs financiers les plus rentables.

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

41. La concurrence réglementaire et l'arbitrage posent un problème aussi bien pour les contribuables que pour les administrations fiscales, dans la mesure où cette concurrence ou cet arbitrage peut faire qu'un actif ne sera pas nécessairement comptabilisé dans le territoire qui a gagné la majeure partie des bénéfices afférents à cet actif. Dans ces cas, les comptes financiers de la banque peuvent nécessiter des ajustements considérables pour faire apparaître exactement le lieu où les profits ont été acquis.

v) Importance du capital « libre »

42. Les banques s'efforcent de dégager des bénéfices bruts de leurs opérations de prêt en veillant à percevoir plus d'intérêts des fonds prêtés qu'elles n'ont de charges d'intérêts au titre des fonds qu'elles se procurent. L'une des manières de réaliser une marge bénéficiaire brute consiste pour la banque à emprunter des fonds à un taux d'intérêt inférieur au taux qu'elle facture au client pour un prêt. Il y a différentes façons d'y parvenir, par exemple en empruntant des fonds à court terme et en les prêtant à plus long terme pour tirer profit de la courbe des rendements des taux d'intérêt (et les capitaux à court terme sont généralement moins coûteux que les capitaux à long terme) ou en bénéficiant d'une meilleure cote de crédit que le client (voir la sous-Section (ii) ci-dessus).

43. Si l'ensemble des fonds prêtés au client est emprunté, la marge bénéficiaire brute attendue de la banque sera équivalente à un différentiel de taux d'intérêt correspondant aux fonctions exercées par la banque compte tenu des actifs utilisés et des risques assumés (par exemple la courbe des rendements ou le risque de crédit mentionnés au paragraphe précédent). La marge bénéficiaire brute attendue peut être améliorée si l'ensemble des fonds prêtés au client n'est pas emprunté. Cela suppose que la banque mette en œuvre une partie de ses ressources financières propres qui ne nécessite pas le paiement d'un intérêt, par exemple les fonds prélevés sur les bénéfices réinvestis ou résultant de l'émission d'actions, qui sont généralement considérés comme du capital « libre » sur le plan fiscal.

44. Le montant du capital « libre » aura un impact considérable sur le bénéfice potentiel qu'une banque peut réaliser et sur le montant de l'impôt dont elle sera redevable. Il s'agit donc là d'une question qui intéresse beaucoup les autorités fiscales, dans la mesure où, contrairement aux versements effectués aux actionnaires, les versements aux titulaires de titres de créance sont généralement déductibles de l'impôt. Cela constitue pour la banque une incitation à maximiser le montant du financement par l'emprunt, déductible de l'impôt. L'incidence particulière de ce point dans le contexte de l'établissement stable est examinée à la question D-1(iii)(a).

C. Banques opérant par l'intermédiaire de filiales

45. Il ne semble pas que l'application des Principes directeurs aux transactions entre entreprises associées exerçant des activités bancaires traditionnelles pose des problèmes théoriques particuliers. L'analyse fonctionnelle et factuelle d'une entreprise bancaire figurant à la Section B est applicable à la fois aux activités bancaires exercées entre entreprises associées et à celles qui ont lieu au sein d'une entreprise constituant une seule entité juridique. L'une des distinctions importantes est liée au fait qu'au sein d'une entreprise donnée, les risques suivent les fonctions et ne peuvent en aucun cas être séparés les uns des autres, ce qui signifie que le capital est attribué à l'ES pour garantir les risques résultant des principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque exercées par l'ES. En revanche, entre des entreprises associées, comme on l'a vu à la Partie III, Section C, il peut être possible de conclure des accords par lesquels le capital nécessaire à la garantie des risques est affecté à une entreprise juridiquement distincte de celle qui exerce les fonctions donnant lieu aux risques⁸. Indépendamment de cette question, les indications figurent à la Section D-2 sur la manière dont les Principes directeurs peuvent être appliqués, par analogie, pour imputer des bénéfices un ES bancaire peuvent être utiles pour connaître la manière d'appliquer plus généralement les Principes directeurs aux activités bancaires. Ces analyses et ces indications devraient permettre aux contribuables et aux administrations fiscales d'appliquer comme il convient les normes figurant dans les Principes directeurs aux transactions entre entreprises associées exerçant des activités bancaires traditionnelles.

46. Lorsqu'on examine les transactions entre une filiale et une entreprise associée non résidente, il peut être parfois intéressant de rechercher si la filiale intervient comme agent pour son entreprise associée non résidente et si elle constitue un « ES-agent dépendant » au sens de l'article 5(5). En général, les ES-agents dépendants ne posent pas de problèmes dans les opérations bancaires traditionnelles lorsque, comme on l'a indiqué ci-dessus, les activités sont menées soit par une filiale, soit par un ES constituant une succursale et non par l'intermédiaire d'un agent. Les conséquences de la mise en évidence d'un tel ES sont par conséquent examinées aux Sections B-6 et D-5 de la Partie I et à la Section D-3 de la Partie III, qui examinent les situations d'entreprises que l'on rencontre le plus fréquemment. Le problème qui se pose le plus souvent du fait de l'existence d'un « agent » dans le cadre des activités bancaires traditionnelles est la

8 Il est nécessaire d'évaluer l'efficacité de ces dispositions en suivant les indications qui figurent aux paragraphes 1.26 et 1.27 des Principes. Dans des conditions où les accords sont reconnus et où les activités de l'entreprise qui exerce les fonctions de prise de risque créent un agent dépendant de l'apporteur de capital non résident, les indications qui figurent à la partie III, Section D-3 sont applicables.

question de savoir si, dans le cadre d'une transaction donnée, l'ES ou la filiale joue le rôle d'un agent ou exerce des fonctions de société relais, et ce point est examiné à la Section D-2(iii).

D. Application de l'approche autorisée de l'OCDE aux banques opérant par l'intermédiaire d'un ES

47. Cette section examine les moyens d'appliquer l'approche autorisée de l'OCDE à un ES de banque. L'approche adoptée consiste tout d'abord à présenter les principes de base avant de décrire à la Section D-1 le mode de formulation de l'hypothèse selon laquelle l'ES constitue une entreprise distincte en vertu de la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE. La Section D-2 examine en détail les modalités d'application des Principes directeurs par analogie avec l'entreprise distincte hypothétique selon la seconde étape de l'approche autorisée de l'OCDE appliquée aux situations spécifiques que l'on rencontre généralement dans le secteur bancaire.

Principes de base utilisés pour l'attribution de bénéfices à un établissement stable bancaire

48. Pour les banques comme pour les autres entreprises, l'objectif principal consiste à attribuer les bénéfices à un ES conformément à l'article 7(2) du Modèle de convention fiscale. En d'autres termes, il est nécessaire de déterminer « les bénéfices que [l'ES] aurait pu réaliser s'il avait constitué une entreprise distincte et exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues ». Un ES n'est pas équivalent à une filiale car en fait, il n'est pas juridiquement, ni économiquement distinct du reste de l'entreprise dont il fait partie. Il s'agit bien entendu d'un résultat naturel, qui résulte de la décision d'effectuer des opérations par le biais d'un ES plutôt que d'une filiale. Les points suivants sont particulièrement importants pour l'application de l'approche autorisée de l'OCDE aux ES bancaires.

Analyse fonctionnelle et factuelle

49. Dans le contexte de l'approche autorisée de l'OCDE, l'analyse fonctionnelle et factuelle est utilisée pour définir l'ES comme une entreprise hypothétique distincte. L'analyse fonctionnelle et factuelle tiendra également compte des actifs utilisés et des risques assumés du fait de l'exercice de ces fonctions. A cet égard, la détermination des principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque de l'entreprise et de la mesure dans laquelle l'ES exerce ses fonctions seront d'une importance particulière. En effet, c'est l'exercice de ces fonctions qui suppose l'acceptation des risques les plus importants et l'approche autorisée de l'OCDE attribue la propriété économique des revenus des actifs productifs de revenus, c'est-à-dire les prêts associés à ces fonctions et à ces risques, à la partie de l'entreprise qui exerce ces fonctions. En résumé, l'analyse fonctionnelle et factuelle détermine l'attribution de bénéfices à l'ES conformément aux fonctions qu'il exerce, aux actifs qu'il utilise et aux risques qu'il assume, et apporte aussi des informations sur l'attribution de capital « libre » et de dettes portant intérêt à l'ES⁹.

50. L'analyse fonctionnelle et factuelle est d'une importance cruciale. Pour définir l'ES, il ne suffit pas d'enregistrer les créances sans se demander où sont exercées les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque qui aboutissent à leur création. Il ne suffit pas non plus d'attribuer des bénéfices à un ES pour établir des comptes symétriques attribuant dans la comptabilité de l'ES des bénéfices qui correspondent exactement aux valeurs utilisées dans la comptabilité du siège. Théoriquement, les écritures comptables correspondront à l'analyse fonctionnelle et factuelle et en résulteront. Lorsque c'est effectivement le cas, la comptabilité offre un point de départ pour déterminer les bénéfices attribuables à l'ES.

9 Voir paragraphe 19 de la partie I qui décrit les caractéristiques spécifiques des fonctions humaines importantes pour une entreprise donnée.

Attribution des actifs et des risques

51. Les actifs financiers et les risques correspondants seront attribués à l'ES conformément à une analyse fonctionnelle et factuelle de l'entreprise bancaire dont l'ES fait partie en vue d'identifier les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque. Les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque correspondant aux activités bancaires traditionnelles du type de celles qui sont traitées dans cette Partie du Rapport se rattachent généralement :

- à la création d'actifs financiers, en général des prêts ;
- à la gestion ultérieure des risques correspondant à ces actifs.

Ce calcul devrait être effectué au cas par cas, dans la mesure où les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque, et en particulier leur importance relative, dépendront des faits et circonstances particulières¹⁰. Comme l'indique la Partie I, d'autres actifs et risques seront attribués à l'ES conformément à une analyse fonctionnelle et factuelle qui s'efforce d'identifier les fonctions humaines importantes correspondant à la prise et/ou la gestion (faisant suite au transfert) de risques, mis à part le fait que la propriété économique des biens corporels sera attribuée à leur lieu d'utilisation en l'absence de circonstances particulières justifiant une approche différente.

Attribution du capital

52. Le point de départ objectif de cette attribution de capital est le fait que le capital d'une banque est essentiellement destiné à couvrir les risques pris par la banque du fait des prêts qu'elle accorde (et à couvrir les risques correspondant aux postes hors bilan tels que les lignes de crédit non utilisées). Ce capital doit être considéré comme correspondant à ces risques. En d'autres termes, le capital doit être attribué à un établissement stable en se référant aux risques qui résultent de ses activités et non l'inverse.

53. Comme on l'a vu à la Section B-4(v) l'attribution de capital « libre » peut avoir une incidence importante sur le montant des bénéfices attribués à l'ES. Il est donc important que l'attribution de capital ait lieu conformément au principe de pleine concurrence afin de faire en sorte que le montant approprié de bénéfices soit attribué à l'ES. Selon le principe de pleine concurrence, un ES bancaire, comme tout autre ES, doit disposer de capital suffisant pour couvrir les fonctions qu'il exerce, les actifs qu'il utilise et les risques qu'il assume. Le Rapport décrit un certain nombre d'approches possibles pour l'application pratique de ce principe, en admettant que l'attribution de capital à un ES n'est pas une science exacte et que certains faits et circonstances sont susceptibles de donner naissance, en ce qui concerne le capital qui peut être attribué à un ES, à un intervalle de résultats de pleine concurrence et non à un chiffre unique.

54. Les différentes approches possibles pour attribuer du capital à l'ES d'une banque présentent toutes, en ce qu'elles permettent d'approcher le principe de pleine concurrence, des avantages et des inconvénients, dont l'importance relative dépendra des circonstances. Pour attribuer le capital, il est essentiel de mettre en évidence :

- l'existence des forces et faiblesses de toute approche et les cas dans lesquels elles sont susceptibles de se manifester ;
- le fait que le principal critère de validité d'une approche dans un cas particulier est la question de savoir si elle donne un résultat conforme au principe de pleine concurrence. Il

10 Voir paragraphes 21-23 et 102-103 de la partie I qui décrivent les conséquences de l'attribution d'actifs à un ES.

serait peut-être justifié de le vérifier en appliquant l'une des autres approches pour déterminer si cette dernière donne un résultat qui se situe à l'intérieur d'un intervalle similaire.

Prise en compte des opérations internes

55. Il existe un certain nombre d'aspects de la prise en compte (ou non) d'opérations internes entre un ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie. En premier lieu, un ES n'est pas équivalent à une filiale, et en fait il n'est ni juridiquement ni économiquement distinct du reste de l'entreprise dont il fait partie. Il s'ensuit :

- que, sauf dans des circonstances exceptionnelles, toutes les parties d'une entreprise bancaire ont la même cote de crédit. C'est la réalité qui est constatée par les déposants et autres créanciers de la banque. Cela signifie que le prix auquel sont effectuées les opérations internes entre un ES et le reste de l'entreprise bancaire dont il fait partie doit généralement être fixé en admettant qu'ils ont la même cote de crédit ; et
- qu'il n'y a pas lieu de faire garantir la cote de crédit de l'ES par le reste de la banque, ni de faire garantir la cote de crédit du reste de l'entreprise bancaire dont il fait partie par l'ES.

56. En second lieu, les opérations internes entre un ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie n'ont normalement pas de conséquences juridiques pour l'entreprise dans son ensemble. Il est donc nécessaire d'examiner plus attentivement les opérations internes entre un ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie que les transactions entre deux entreprises associées. Cela suppose par ailleurs un examen plus minutieux de la documentation (en l'absence inévitable, par exemple, de contrats juridiquement contraignants) qui pourrait exister par ailleurs et compte tenu du caractère exceptionnel de cette question, les pays ont souvent tendance à exiger des contribuables qu'ils démontrent clairement que l'opération interne doit être prise en compte.

57. Cette nécessité d'un examen plus minutieux signifie qu'il est nécessaire de franchir un seuil avant d'admettre qu'une opération interne équivaut à une transaction qui aurait eu lieu entre des entreprises indépendantes exerçant leurs activités dans des conditions de pleine concurrence. Ce n'est que lorsque ce seuil est franchi qu'une opération interne peut déboucher sur l'attribution de bénéfices conformément à l'article 7(2). Une analyse fonctionnelle et factuelle permettra de déterminer si un fait réel et identifiable est intervenu et doit être pris en compte comme opération interne significative du point de vue économique entre l'ES et une autre partie de l'entreprise. Ainsi, par exemple, un registre comptable et des documents à jour faisant apparaître une « opération interne » qui équivaut à un transfert de risques, de responsabilités et d'avantages importants du point de vue économique constituerait un point de départ utile pour l'attribution de bénéfices. Les contribuables sont encouragés à établir de tels documents dans la mesure où ceux-ci pourraient réduire sensiblement le risque de controverse concernant l'application de l'approche autorisée de l'OCDE. Les administrations fiscales prendraient en compte ces documents, malgré leur absence de valeur juridique, dans la mesure où :

- ils sont conformes à la nature économique des activités qui ont lieu au sein de l'entreprise telle qu'elle est révélée par l'analyse fonctionnelle et factuelle ;
- les modalités de l'opération interne qui font l'objet de pièces justificatives, considérées dans leur ensemble, ne diffèrent pas de celles qui auraient été adoptées par des entreprises indépendantes comparables se comportant d'une manière rationnelle sur le plan commercial ou bien, si elles diffèrent, la structure qui est présentée dans les documents transmis par le contribuable n'empêche pas, en pratique, l'administration fiscale de déterminer un prix de transfert approprié ; et

- l'opération interne présentée dans les documents transmis par le contribuable ne viole pas les principes de l'approche autorisée de l'OCDE, par exemple en prétendant transférer les risques d'une manière qui les sépare des fonctions.

Pour plus de précisions sur la nature économique des activités, voir paragraphes 1.28-1.29 et 1.36-1.41 des Principes directeurs par analogie.

58. Il est toutefois important de noter qu'en général l'approche autorisée de l'OCDE n'a pas pour objet d'imposer des obligations plus lourdes en matière de communication de documents que celles qui s'appliquent aux transactions entre entreprises associées. De plus, comme dans le cas de la documentation concernant les prix de transfert prévus dans les Principes directeurs, les obligations ne doivent pas s'appliquer d'une manière telle qu'elles imposent aux contribuables des coûts et des charges disproportionnés par rapport aux circonstances.

59. En troisième lieu, lorsque des opérations internes sont susceptibles d'être reconnues, elles peuvent traduire un transfert d'actifs et/ou de risques entre l'ES et d'autres parties de l'entreprise à laquelle il appartient. En conséquence, la qualification et la mise en évidence des opérations internes auront une incidence sur l'attribution de risques, d'actifs et par conséquent de capital à l'ES. De plus, les prix des opérations internes doivent être fixés dans des conditions de pleine concurrence, en admettant que l'ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie sont indépendants l'un de l'autre. Il y a lieu à cet égard de procéder par analogie, conformément aux Principes directeurs, en effectuant une analyse fonctionnelle et factuelle.

60. Les activités bancaires traditionnelles qui font l'objet de cette Partie du Rapport supposent l'emprunt de fonds aux déposants pour les re-prêter à des tiers. Les charges d'intérêt constituent donc un élément intrinsèque des activités d'une banque, et il est donc justifié de déterminer ces bénéfices d'exploitation en déduisant ces charges. Il s'ensuit que les activités de prêt et d'emprunt entre un ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie doivent généralement être reconnues lorsqu'elles sont conformes aux conditions requises pour qu'une opération interne soit reconnue. Ces emprunts peuvent cependant être modifiés par l'attribution de capital en fonction des actifs dont dispose l'ES et des risques qu'il encourt, comme cela est le cas pour les opérations d'emprunt avec des tiers.

Attribution de bénéfices

61. L'attribution de bénéfices à un ES de banque dans des conditions de pleine concurrence résultera du calcul des bénéfices (ou des pertes) résultant de toutes ses activités, y compris les transactions avec d'autres entreprises indépendantes, des transactions avec des entreprises associées (en application directe des Principes directeurs) et des opérations internes avec d'autres parties de l'entreprise (dans le cadre de la 2^e étape de l'approche autorisée de l'OCDE). Cette analyse comporte les deux étapes suivantes :

Première étape

Une analyse fonctionnelle et factuelle aboutissant à :

- L'attribution à l'ES le cas échéant des droits et obligations résultant de transactions entre l'entreprise dont l'ES fait partie et des entreprises distinctes ;
- L'identification des principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque correspondant à la propriété économique des actifs financiers, à la prise, et/ou à la gestion (faisant suite au transfert) des risques correspondants, et l'attribution de ces actifs et de ces risques à l'ES ;
- L'identification des fonctions humaines importantes correspondant à l'attribution de la propriété économique des autres actifs, et l'attribution de la propriété économique de ces actifs à l'ES ;

- L'identification des fonctions humaines importantes correspondant à la prise d'autres risques, et l'attribution de ces risques à l'ES ;
- L'identification d'autres fonctions de l'ES ;
- La prise en compte et la détermination de la nature de ces opérations internes entre l'ES et les autres parties de la même entreprise qui peuvent être reconnues de manière appropriée après avoir été soumises aux critères de seuil ; et
- L'attribution de fonds propres correspondant aux actifs et aux risques attribués à l'ES.

Deuxième étape

La fixation du prix des opérations internes qui ont été mises en évidence par les méthodes suivantes :

- La détermination de la comparabilité entre les opérations internes en question et des transactions sur le marché libre, par l'application des facteurs de comparabilité énoncés dans les Principes directeurs (caractéristiques des biens ou services, circonstances économiques et stratégies d'entreprises) ou par analogie (analyse fonctionnelle, conditions contractuelles) compte tenu de la situation particulière de l'ES ; et
- Application par analogie de l'une des méthodes traditionnelles fondées sur les transactions, ou lorsque ces méthodes ne peuvent être appliquées d'une manière fiable, de l'une des méthodes transactionnelles de bénéfices pour aboutir à une rémunération de pleine concurrence des opérations internes entre l'ES et le reste de l'entreprise, compte tenu des fonctions exercées par l'ES et des actifs et des risques qui lui sont attribués.

La fixation d'un prix de pleine concurrence des transactions avec des entreprises associées attribuées à l'ES doit suivre les orientations qui figurent dans les Principes directeurs et n'est pas traitée dans ce Rapport. L'ordre dans lequel sont énumérés les différents points des étapes indiquées ci-dessus n'a pas pour objet d'être impératif car les différents points peuvent être liés entre eux (par exemple lorsque le risque est attribué initialement à un ES du fait qu'il exerce les fonctions humaines importantes correspondant à la prise de ce risque mais que la mise en évidence et la qualification d'une opération interne ultérieure entre l'ES et une autre partie de l'entreprise qui gère le risque peuvent aboutir à un transfert du risque et du capital correspondant à l'autre partie de l'entreprise). La détermination qui en résulte des bénéfices imputables à l'ES reflète à la fois les revenus et les dépenses correspondant aux opérations internes qui ont été mises en évidence pour des montants correspondant à une rémunération de pleine concurrence des fonctions que l'ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie exercent respectivement, compte tenu des actifs et des risques attribués à l'ES et aux autres parties de l'entreprise.

62. Les indications qui figurent dans les Principes directeurs peuvent être appliquées par analogie afin d'attribuer les bénéfices à l'ES dans des conditions de pleine concurrence, compte tenu des principes exposés au paragraphe précédent.

D-1 Première étape : déterminer les activités et conditions de fonctionnement de l'entreprise considérée par fiction comme distincte

63. Il convient, dans le cadre de la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE, de considérer l'ES comme une entreprise distincte « exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues » à celles de l'ES. Cela suppose que l'on procède à une analyse fonctionnelle et factuelle menée conformément aux orientations qui figurent dans les Principes directeurs afin de formuler les hypothèses appropriées concernant l'ES et le reste de l'entreprise (ou un ou plusieurs segments de

celle-ci) comme s'il s'agissait d'entreprises associées, dont chacune exerce des fonctions, possède et/ou utilise des actifs, prend des risques (et des engagements, en particulier le capital libre et la dette portant intérêt) et effectue des transactions avec les autres, ainsi qu'avec d'autres entreprises associées et indépendantes. Ainsi qu'il est expliqué à la Partie I de ce Rapport (voir Sections B-3 et D-2) l'analyse fonctionnelle et factuelle effectuée au cours de la première étape doit identifier les activités significatives sur le plan économique et les responsabilités assumées par l'ES. Cette analyse devrait, s'il y a lieu, envisager les activités et responsabilités de l'ES dans le cadre des activités et responsabilités assumées par l'entreprise dans son ensemble, notamment les parties de cette entreprise qui effectuent des opérations internes avec l'ES. En théorie, les données comptables correspondront à l'analyse fonctionnelle et factuelle et en résulteront. Lorsque c'est effectivement le cas, la comptabilité offre un point de départ pour déterminer les bénéfices imputables à l'ES. La Section B contient une brève vue d'ensemble des activités bancaires traditionnelles, à savoir l'emprunt et le prêt de fonds, qui devrait faciliter l'analyse fonctionnelle et factuelle d'une entreprise bancaire. Dans le cadre de la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE, l'identification des principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque de l'entreprise est d'une importance essentielle, dans la mesure où elle affecte l'attribution des actifs, des risques et du capital "libre", ainsi que des dettes portant intérêt à l'établissement stable. Comme l'explique la Partie I, les fonctions importantes d'une entreprise, n'auront pas nécessairement ces mêmes caractéristiques dans une autre¹¹. Tout dépend des faits et circonstances.

64. Après avoir mis en évidence les fonctions exercées, les risques assumés et les autres facteurs concernant les entreprises dans le cadre de leurs opérations bancaires traditionnelles, et identifié les fonctions qui sont exercées par l'ES et les risques qu'il assume, l'approche autorisée de l'OCDE consiste à attribuer les actifs créés du fait de l'exercice de ces fonctions et de la prise de ces risques. Pour une banque, le niveau des fonds propres (en particulier le capital « libre ») et la cote de crédit sont susceptibles de jouer un rôle particulièrement important, ces deux facteurs ayant une incidence sur la rentabilité de la banque, par exemple en affectant la rémunération qu'elle devrait verser à des parties indépendantes pour la fourniture de fonds. On n'évoquera dans cette section que les domaines dans lesquels on estime utile d'apporter plus d'indications sur la façon d'appliquer les recommandations générales de la Partie I du présent Rapport à un ES bancaire.

i) Attribution de fonctions, d'actifs et de risques à l'ES

65. La Section B-1 ci-dessus décrit les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque et les fonctions annexes ou de « post-marché » normalement nécessaires à la fois pour créer un nouvel actif financier [un prêt] pour la banque et/ou pour gérer par la suite cet actif. La création d'actifs financiers peut souvent constituer l'une des principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque dans une entreprise bancaire particulière mais il se peut qu'elle ne soit pas la seule fonction humaine importante. Il peut y avoir d'autres fonctions de ce type qui se rattachent aux actifs non financiers, par exemple à la mise au point de biens incorporels manufacturiers tels que certains systèmes informatiques ou de biens incorporels de commercialisation. Toutes les fonctions doivent bénéficier d'une rémunération de pleine concurrence. On peut constater que toutes ces fonctions, qu'elles aient ou non les caractéristiques de principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque, sont exercées par du personnel : il s'agit de « fonctions humaines ». Par conséquent, l'analyse fonctionnelle devrait tout d'abord déterminer quelles sont les fonctions qui correspondent aux principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque de l'entreprise considérée, dans la mesure où ce sont ces fonctions qui attribuent la propriété économique des actifs financiers et des risques correspondants à un secteur particulier de l'entreprise. De même, l'analyse devrait déterminer les fonctions humaines importantes se rattachant à la propriété économique d'autres actifs et à la prise et/ou à la gestion (faisant suite au transfert) d'autres risques, car ces fonctions attribueront ces actifs et ces risques

11 Voir paragraphe 19 de la Partie I en ce qui concerne le caractère spécifique des fonctions humaines importantes pour une entreprise donnée.

à une partie donnée de l'entreprise (à l'exception des biens corporels qui seront attribués à leur lieu d'utilisation sauf si les circonstances nécessitent une approche différente). En second lieu, l'analyse devrait déterminer, parmi ces principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque et fonctions humaines importantes, celles qui sont exercées par l'ES en examinant si les agents qui les exercent sont affectés à l'ES. Il peut aussi être nécessaire de déterminer si certaines des fonctions décrites plus haut au paragraphe 13, bien qu'exercées en dehors de l'ES, ne doivent pas néanmoins être prises en compte pour l'attribution des bénéfices à cet établissement, dans la mesure où elles sont liées au moins en partie à ses fonctions et caractéristiques. On le fera en appliquant la recommandation générale sur les services qui figure à la Section D-3(iv) (d) de la Partie I de ce Rapport. L'application de la recommandation générale au contexte bancaire est évoquée plus loin à la Section D-2(ii)(g).

66. Outre la contribution du personnel approprié, l'exercice de ces « fonctions humaines » nécessite également la possession de capital pour prendre en charge initialement et assumer par la suite les risques liés à l'exercice des fonctions. Comme on l'a vu à Partie III, des accords purs de répartition du capital et de la prise de risque, c'est-à-dire portant simplement sur la possession du capital nécessaire pour prendre en charge initialement et assumer par la suite des risques, peuvent exister entre des entreprises juridiquement distinctes. Par exemple, une entité juridique peut conclure un accord juridiquement contraignant pour garantir tous les risques pris du fait des fonctions exercées par une autre entité juridique. Lorsque, après évaluation, de telles dispositions sont reconnues, c'est à une entité juridique distincte de celle où sont enregistrées les transactions qui entraînent les risques qu'appartiendrait le capital nécessaire pour couvrir ces risques, et il serait nécessaire de déterminer une rémunération de pleine concurrence de la fourniture de ce capital¹².

67. Toutefois, l'un des principaux aspects des conditions objectives dans lesquelles opère une entreprise bancaire par l'intermédiaire d'ES est le fait que le capital et les risques ne sont pas dispersés entre les différents établissements d'une entité juridique unique. Si l'on s'efforçait d'établir une telle séparation en vue de l'imposition, cela ne correspondrait pas à la situation réelle et ne serait donc pas compatible avec l'approche autorisée de l'OCDE. Au contraire, comme on le verra dans les sous-sections qui suivent, l'approche autorisée de l'OCDE utilise une analyse fonctionnelle et factuelle pour répartir les actifs et les risques puis attribue le capital pour couvrir les risques ainsi répartis. Il n'est donc pas possible qu'une partie de l'entreprise soit traitée comme si elle possédait le capital nécessaire pour couvrir un certain montant de risques assumés lorsque ces risques sont attribués comme il convient à une autre partie de l'entreprise.

68. Comme on l'a vu à la Section B-1, dans une entreprise bancaire traditionnelle qui exerce des activités de prêts commerciaux à la grande clientèle, c'est la fonction de vente/négociation et la fonction de gestion du risque qui constituent généralement les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque, la première étant responsable de la prise initiale du risque et la seconde de la gestion continue des risques assumés. Des problèmes fiscaux se posent en particulier lorsque les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque liées à la création et à la gestion d'actifs financiers sont ou semblent être exercées sur plusieurs sites, c'est-à-dire dans le cas d'une « entreprise aux fonctions éclatées » par exemple lorsque les prêts ont leur origine sur un site et sont gérés par la suite sur un autre. Dans de tels cas, il faudrait que l'analyse fonctionnelle et factuelle examine en détail la vraie nature des fonctions exercées par le secteur de l'entreprise qui est à l'origine des prêts afin de déterminer si elles font partie des principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque et par conséquent si ce secteur de l'entreprise est

12 Comme on le verra plus en détail à la Partie III (paragraphe 155), si la relation entre l'entreprise qui effectue les transactions et celle qui fournit le capital avait pour effet de créer un ES-agent dépendant de l'entreprise qui fournit le capital conformément à l'article 5(5), il serait nécessaire d'examiner si des bénéfices doivent être attribués à l'ES-agent dépendant de l'entreprise qui fournit le capital, après avoir pris en compte la rémunération à verser à l'entreprise qui effectue les opérations.

le seul propriétaire économique de l'actif ou s'il en détient une partie, lors de la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE. Les facteurs à prendre en compte dans cette détermination sont notamment la nature de l'activité de prêt (grande clientèle ou banque de réseau, prêts commerciaux ou personnels) et l'importance de la fonction de vente/de commercialisation dans cette entreprise. La partie de l'entreprise qui est considérée comme le propriétaire économique de l'actif financier devra ensuite, au cours de la deuxième étape de l'approche autorisée de l'OCDE, effectuer des opérations internes avec l'autre partie de l'entreprise comme s'il s'agissait d'une entreprise distincte. Un prix de pleine concurrence est déterminé pour cette opération interne en appliquant les Principes directeurs par analogie.

69. Comme on l'a également noté à la Section B-1, il y a lieu de souligner qu'outre les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque, il sera également nécessaire de tenir compte d'autres fonctions. Lorsque l'ES fournit des services à la partie de l'entreprise qui exerce les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque, cette partie est tenue, dans le cadre de la seconde étape de l'approche autorisée de l'OCDE, d'effectuer des opérations internes avec l'ES comme s'il s'agissait d'une entreprise distincte : c'est-à-dire en prenant en considération une transaction intra-entité en vue de rémunérer le prestataire de services conformément au principe de pleine concurrence. Il y a lieu de noter qu'il n'existe pas de présomption selon laquelle ces autres fonctions seraient par nature de faible valeur. Cette valeur sera déterminée au moyen des analyses fonctionnelles et de comparabilité sur la base des faits et circonstances particulières. On peut s'attendre à ce que l'exercice de ces autres fonctions donne lieu à toute une gamme de rémunérations.

70. Il y a lieu non seulement d'analyser en détail chacune des fonctions exercées par l'ES mais aussi d'examiner les actifs qui sont utilisés et les risques qui sont assumés dans l'exercice de ces fonctions. Pour ce qui est des actifs utilisés, les biens incorporels les plus importants utilisés par une entreprise bancaire ont déjà été identifiés à la Section B-2 ci-dessus. On estime qu'il n'y a pas de problèmes propres aux entreprises bancaires qui nécessitent des indications autres que celles qui figurent à la Section D-3(iv)(b) de la Partie I. Pour ce qui est des risques assumés, en ce qui concerne les actifs financiers, c'est l'exercice des principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque qui amène à prendre les risques les plus importants (risque de crédit, risque opérationnel et risque de marché). Par conséquent, c'est le fait d'assumer les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque qui crée pour la banque la possibilité de réaliser des bénéfices ou des pertes importantes et qui nécessite en vertu des réglementations des fonds propres d'un montant minimum, y compris en ce qui concerne le capital « libre ».

71. L'approche autorisée de l'OCDE consiste à répartir les actifs financiers en fonction du lieu où sont exercées les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque décrites à la Section B-1(iii) en ce qui concerne ces actifs (ce qui implique nécessairement la capacité d'exercer ces fonctions), c'est-à-dire du lieu où se trouvent les « ayants droit économiques des actifs ». Cela permettra au site sur lequel sont exercées ces fonctions (« ayant droit économique ») de bénéficier des revenus des actifs financiers, par exemple de percevoir les intérêts d'un prêt. Le bénéfice attribué à la partie de l'entreprise à laquelle est affecté l'actif tiendra compte des opérations internes effectuées dans des conditions de pleine concurrence pour rémunérer les autres parties de l'entreprise au titre des fonctions exercées en ce qui concerne cet actif et les intérêts versés pour le financement de ces actifs, y compris tout ajustement tenant compte du capital « libre » attribué à l'ES.

72. Les actifs et les risques pris en compte dans les registres et les comptes de l'ES constituent un point de départ pratique pour déterminer si la propriété économique des actifs a été attribuée au site sur lequel les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque ont été exercées. Fiscalement, il y a lieu de s'en tenir aux comptes et registres comptables à condition que ceux-ci correspondent à une attribution des actifs et des risques qui soit conforme au résultat de l'analyse fonctionnelle et factuelle. Il peut cependant y avoir des cas où les comptes et registres ne sont pas compatibles avec les résultats de l'analyse fonctionnelle et factuelle, par exemple parce que des actifs financiers et des risques importants

peuvent être comptabilisés dans un lieu où les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque liées à leur création ou à leur gestion ultérieure sont inexistantes ou très peu nombreuses. Dans de tels cas, si l'on s'en tient à la localisation comptable, on n'aboutit pas à une répartition des bénéfices conforme au principe de pleine concurrence.

73. C'est pourquoi le fondement théorique de l'approche autorisée de l'OCDE est que les actifs et les risques de la banque sont attribués aux fins de l'article 7 par référence à une analyse fonctionnelle et factuelle, notamment pour l'identification des principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque concernant les actifs financiers. En suivant le principe d'agrégation des Principes directeurs (voir paragraphe 1.42), cette analyse peut être effectuée au niveau de portefeuilles d'actifs et de risques similaires plutôt qu'à celui de chaque actif et de chaque risque en particulier.

74. Lorsqu'à la suite de l'analyse fonctionnelle il apparaît que l'ES a exercé à lui seul les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque, celui-ci se verra attribuer la propriété économique des actifs et risques financiers nouvellement créés. Lorsque l'analyse fonctionnelle et factuelle montre que les fonctions essentielles de prise de risque liées à la création de l'actif sont exercées en partie dans une juridiction et en partie dans une autre, cela pose la question de savoir quelle est la partie de l'entreprise qui doit être considérée comme « l'ayant droit » économique de l'actif financier et se voir ainsi attribuer les avantages et les risques de la propriété de l'actif, sous la forme des intérêts reçus et versés correspondants (ajustés afin de tenir compte du capital libre). Cette décision doit être fondée sur l'analyse fonctionnelle et factuelle.

75. Dans le cas des activités bancaires traditionnelles, il serait souvent possible de déterminer à l'aide d'une analyse fonctionnelle et factuelle que les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque aboutissant à la création de l'actif ont été exercées sur un seul site et que les autres sites ont exercé des fonctions moins importantes. Dans de tels cas, le site qui exerce les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque se verrait attribuer l'actif et serait donc traité comme « le propriétaire économique » de l'actif financier ainsi que des intérêts à percevoir et à verser correspondants (ajustés pour tenir compte du capital « libre »). Il y aurait lieu de tenir compte des opérations internes entre le site considéré comme le « propriétaire économique » de l'actif et les sites qui exercent les autres fonctions. Les prix de ces opérations internes seraient fixés conformément au principe de pleine concurrence, en utilisant une méthode appropriée de fixation des prix de transfert dans le cadre de la deuxième étape de l'approche autorisée de l'OCDE.

76. Dans d'autres cas, l'analyse fonctionnelle peut indiquer que les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque aboutissant à la création de l'actif financier ont été exercées sur plus d'un site de sorte que l'actif peut être considéré comme une propriété commune. La valeur relative de ces fonctions exercées dans les différentes parties de l'entreprise sera utilisée pour l'affectation de l'actif financier et, par conséquent, du capital « libre » nécessaire pour couvrir cet actif. Par exemple, s'il a été calculé que 60 % de la valeur des principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque a été générée dans l'ES et 40 % au siège, l'actif financier est réparti de même à concurrence de 60 % à l'ES et de 40 % au siège.

77. Les indications qui figurent dans les Principes directeurs seront appliquées, par analogie, afin de déterminer la contribution relative des principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque exercées dans les différentes parties de l'entreprise. Là encore, en suivant les principes d'agrégation qui figurent au paragraphe 1.42 des Principes directeurs, l'analyse peut être effectuée au niveau de chaque portefeuille ou livre d'actifs et risques de même nature plutôt que pour chaque actif ou risque financier individuel.

78. Les faits intervenus à la suite de la création des actifs financiers (c'est-à-dire des prêts) peuvent aussi avoir une incidence sur l'attribution des actifs et des risques au sein de l'entreprise. Des transferts

ultérieurs des actifs financiers peuvent aboutir à l'imputation des actifs et des risques à une autre partie de l'entreprise, à condition que ces transferts soient pris en compte sur le plan fiscal conformément aux indications qui figurent à la Partie I sur la prise en compte des opérations internes et à la Section D-2(ii)(f) ci-dessous sur les transferts d'actifs financiers existants. En outre, cette attribution devrait également tenir compte de tous faits ultérieurs qui aboutiraient à une propriété commune des actifs et des risques. Par exemple, lorsque les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque, telles que la gestion de risque, sont transférées, les actifs et les risques peuvent être traités comme une propriété commune par les parties de l'entreprise qui les ont créées et par celles qui les gèrent ultérieurement (voir Section D-2(ii)(e) ci-dessous, mais seulement si une partie de ce risque reste à la charge de celui qui l'a pris initialement.

79. Comme l'indique la Partie I, les bénéfices (ou les pertes) de l'ES dépendront de l'ensemble de ses activités, y compris les transactions avec d'autres entreprises indépendantes, les transactions avec des entreprises associées, et les opérations internes avec d'autres parties de l'entreprise à laquelle il appartient. En conséquence, dans le cadre de l'analyse fonctionnelle et factuelle effectuée au cours de la première étape, il sera nécessaire d'attribuer à l'ES les droits et obligations de l'entreprise dont il fait partie et qui résultent des transactions de cette entreprise avec des entreprises distinctes qu'il y a lieu d'attribuer à l'ES. En fait, cela implique l'identification des transactions de l'entreprise avec des entreprises distinctes qui peuvent être considérées par hypothèse comme ayant été conclues par l'ES. L'analyse des fonctions de l'ES compte tenu des actifs qu'il utilise et des risques qu'il assume devrait permettre de clarifier ce point. Les bénéfices (ou les pertes) de l'ES qui sont imputables à sa participation à ces transactions peuvent être calculés directement dans le cas de transactions avec des entreprises indépendantes ou par l'application directe des Principes directeurs en vertu de l'article 9 dans le cas de transactions avec des entreprises associées, en tenant compte dans chaque cas des effets des opérations internes de l'ES avec les autres parties de la même entreprise en application de la deuxième étape de l'approche autorisée de l'OCDE.

ii) Attribution d'une cote de crédit à l'ES

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

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

82. En revanche, supposons que la succursale soit une entreprise bancaire juridiquement distincte dont la cote de crédit est inférieure à celle de la banque mère, par exemple AA. Elle ne peut alors « emprunter » qu'à 5.1 %. Son client noté AAA ne paiera pas plus de 5.05 % pour un prêt sur trois ans, ce qui ferait subir à la succursale une perte de 0.15 % si elle emprunte les fonds pour les reprêter sur une même durée de trois ans. (NB. La banque notée AA pourrait prêter à l'entreprise notée AAA en pouvant s'attendre à réaliser un bénéfice mais seulement en profitant de la courbe des rendements et en empruntant les fonds pour une période plus courte, par exemple 6 mois, que la durée du prêt qui est de 3 ans (voir paragraphe 42 ci-dessus). Le prêteur se trouverait ainsi exposé au risque de courbe de rendement,

c'est-à-dire au risque que les taux d'intérêt à court terme aient augmenté à la fin de la période de 6 mois, ce qui porterait le coût d'un refinancement du prêt à un niveau prohibitif). En fait, les succursales de banques bénéficient de la même cote de crédit que l'entreprise dans son ensemble, ce qui leur permet d'emprunter et de prêter dans les mêmes conditions en réalisant un bénéfice.

83. Il a été suggéré d'admettre comme hypothèse que des transactions similaires à des garanties avaient lieu entre l'ES et le siège. En effet, lorsque le capital de la banque est réparti entre ses différents établissements, le capital disponible pour chaque partie de cette entreprise est insuffisant pour qu'elle puisse disposer de la même cote de crédit que la banque dans son ensemble (le tout est supérieur à la somme de ses parties). En conséquence, une garantie serait nécessaire pour que l'ES puisse disposer de la même cote de crédit que la banque. Cependant, pour des raisons exposés à la Partie I, Section B-3(iv), paragraphes 31-32 et Section D-2(v) cette proposition n'est pas acceptable dans le cadre de l'approche autorisée de l'OCDE.

84. Selon cette approche, l'entreprise théorique distincte devrait avoir la même cote de crédit que la banque dans son ensemble, sauf dans des circonstances exceptionnelles mentionnées à la Section B-4(ii) ci-dessus. Dans de tels cas, il sera nécessaire de déterminer la cote de crédit de l'ES, par exemple par référence à des entreprises indépendantes du pays d'accueil qui sont comparables en termes d'actifs, de risque, de gestion, etc., ou par référence à des normes objectives telles que des évaluations de crédit effectuées par des parties indépendantes qui apprécient l'ES en fonction de sa situation et sans référence à l'entreprise dont il fait partie.

iii) Attribution de capital à l'ES

85. Selon l'approche autorisée de l'OCDE, l'ES est considéré comme disposant d'un niveau de capital approprié pour pourvoir aux fonctions qu'il exerce, aux actifs qu'il utilise et aux risques qu'il assume. Comme on l'a vu à la Section B-4, afin de prendre des risques, une banque a besoin de « capital », c'est-à-dire de la possibilité d'absorber des pertes dues à la réalisation des risques qu'elle a pris. Les autorités de tutelle exigent que les banques disposent d'un montant minimum de capital compte tenu des risques qu'elles assument. Toutefois, certains composants de ce capital ne rapportent pas aux investisseurs un rendement ayant le caractère d'intérêts déductibles de l'impôt en vertu de la réglementation du pays d'accueil (capital « libre »). Cette section examine en détail au (a) l'attribution de capital « libre » et au (b) celle du capital autre que « libre ».

a) Attribution du capital « libre » à l'ES

86. On a examiné à la Section B-4(v) l'importance générale du capital « libre » pour une banque. L'importance de ce point est encore plus grande pour l'imposition d'un ES bancaire dans la mesure où, pour parvenir à une imputation du bénéfice imposable à l'ES qui soit conforme au principe de pleine concurrence, il sera nécessaire de s'assurer que celui-ci est considéré comme disposant d'un montant approprié de capital « libre » pour pourvoir aux fonctions qu'il exerce, aux actifs qu'il utilise et aux risques qu'il assume. Comme on l'a noté au paragraphe 26, le capital « libre » correspond au capital dont le rendement n'a pas le caractère d'intérêts déductibles de l'impôt en vertu de la réglementation applicable dans le pays d'accueil, indépendamment de la question de savoir si ce capital est qualifié par la réglementation de fonds propres de base ou de fonds propres complémentaires. On examinera dans cette section les moyens de déterminer le montant de capital « libre » de pleine concurrence qu'il y a lieu d'attribuer à l'ES en suivant les définitions des dettes et fonds propres en vigueur dans le pays d'accueil.

87. Le régime réglementaire des banques repose sur une réglementation de portée mondiale applicable au groupe bancaire consolidé par son pays d'origine. Cette réglementation vise entre autres choses à faire en sorte que le groupe bancaire consolidé dans son ensemble conserve un volume de capital

suffisant pour couvrir les opérations qu'il entreprend et les risques qu'il assume dans le cadre de ses opérations au niveau mondial en exigeant qu'un montant suffisant de fonds propres soit disponible à tous les niveaux d'un groupe bancaire. A cette fin, l'ensemble des fonds propres de chaque banque du groupe bancaire est pris en compte, quelle que soit leur localisation, car l'ensemble des fonds propres est susceptible de servir à combler les pertes encourues au titre de l'un des actifs de cette banque. Si les autorités de tutelle bancaire du pays d'origine suivent les normes du Comité de Bâle, les autorités de tutelle bancaire des pays d'accueil n'essaieront pas, en général, de définir des niveaux de solvabilité pour la banque, ni surtout d'imposer des normes minimales de fonds propres à l'établissement stable.

88. En conséquence, aux fins de la réglementation, il n'est pas nécessaire, ni dans le pays d'origine, ni dans le pays d'accueil, d'allouer formellement du capital « libre » à un établissement stable de sorte que ces opérations (contrairement à celles de la banque elle-même) peuvent être entièrement financées par emprunt.

89. Cela n'aurait cependant pas d'incidence sur l'attribution de capital « libre » à des fins fiscales. Par conséquent, il pourrait être nécessaire d'attribuer dans des conditions de pleine concurrence du capital « libre » à l'ES pour faire en sorte que l'attribution de bénéfices imposables à cet établissement soit conforme au principe de pleine concurrence, même si en fait, aucun capital « libre » n'a été attribué à l'ES pour des motifs tenant à la réglementation ou pour toute autre raison.

Première étape – Mesure des risques attribués à l'ES

90. Comme on l'a noté à la Section D-1(i), l'approche autorisée de l'OCDE utilise une analyse fonctionnelle et factuelle pour attribuer les actifs et les risques à l'ES et la même section note également que lorsqu'on applique l'approche autorisée de l'OCDE, le capital et les risques ne sont pas isolés à l'intérieur d'une entité juridique unique. Il s'ensuit que dans le cadre de l'approche autorisée de l'OCDE, il est nécessaire d'attribuer le capital « libre » à l'ES en fonction des risques attribués à cet établissement, et que par conséquent il est nécessaire de mesurer ces risques. L'approche autorisée de l'OCDE est conforme au principe de pleine concurrence, dans la mesure où des entreprises indépendantes auraient besoin de disposer de plus de capital pour garantir des actifs financiers « plus risqués ». Cette approche est également conforme à la Partie III, selon laquelle le capital d'une entreprise effectuant des transactions mondialisées est souvent utilisé essentiellement pour permettre à ce type d'entreprise d'assumer des risques plutôt que pour financer la création d'actifs. En outre, comme on l'a vu au paragraphe 20, l'approche autorisée de l'OCDE tient compte des risques résultant des postes hors bilan, indépendamment du fait que ces postes peuvent ne pas donner lieu à un besoin de financement immédiat, dans la mesure où le principe est d'attribuer le capital « libre » en tenant compte de l'ensemble des risques. En conséquence, l'attribution de capital « libre » selon la quantité de risque (y compris les risques résultant de postes hors bilan) reflète le rôle du capital « libre » pour les entreprises financières, et le fait de suivre le même principe pour toutes les catégories d'entreprises financières présente l'avantage supplémentaire de contribuer à la mise en place de règles du jeu équitables entre les différentes catégories d'institutions financières. Malgré les différences qui existent entre les deux approches autorisées de l'OCDE en ce qui concerne la capitalisation, et l'approche de la quasi sous-capitalisation dans le cadre d'un régime de protection / approche du capital réglementaire minimum (examinée ci-dessous), l'un des traits qu'elles ont en commun est le fait qu'elles ne sont pas fondées sur la valeur comptable des actifs mais nécessitent une évaluation des risques. Les approches qui ne sont fondées que sur des valeurs comptables ne sont pas des approches autorisées par l'OCDE.

91. La question de savoir comment appliquer en pratique le principe énoncé ci-dessus reste posée. L'évaluation des risques est difficile et une certaine flexibilité est requise. Une approche fondée sur la réglementation de l'évaluation des risques attribuables à l'ES pourrait être utilisée dans le cadre de toutes les méthodes utilisées permettant d'attribuer du capital « libre » à un ES qui sont examinées ci-dessous, c'est-à-dire les méthodes de la répartition du capital, de la sous-capitalisation ou de la quasi sous-

capitalisation du capital réglementaire minimum. Par exemple, l'une des approches fondées sur les réglementations de l'évaluation des risques consisterait à pondérer les actifs en fonction du risque par référence aux normes réglementaires admises au niveau international du Comité de Bâle qui figurent actuellement dans l'accord de Bâle. Il existe des différences dans les approches possibles fondées sur la réglementation selon que l'on utilise ou non des indicateurs standardisés pour des catégories de risque particulières et en fonction des possibilités de prise en compte des modèles propres à la banque pour l'évaluation des risques plutôt que d'adopter les indicateurs standardisés de la BRI.

92. L'accord de Bâle de 1988 est susceptible d'être utilisé pour évaluer les risques attribués à un ES en s'efforçant, dans un premier temps, de pondérer les actifs de la banque en fonction du risque de crédit. En outre, depuis l'adoption en janvier 1996 de l'amendement prévoyant son extension aux risques de marché dans le portefeuille de transactions, l'accord de Bâle peut être utilisé pour pondérer les actifs de la banque en fonction du risque de marché et le cadre révisé prend également en compte le risque opérationnel (voir paragraphe 36 ci-dessus) . Cette méthode présente l'avantage de fournir un cadre cohérent sur le plan international pour évaluer les risques, ce qui devrait permettre au pays d'accueil et au pays d'origine de s'entendre plus facilement sur la pondération appropriée des risques, et donc limiter le risque de double imposition, et ce bien que certains pays appliquent une interprétation plus prudente de l'Accord ou bien encore imposent des contraintes supplémentaires.

93. Cependant, certaines évolutions des réglementations posent des problèmes fiscaux qu'il y a lieu d'examiner de manière plus approfondie. L'une de ces évolutions que l'on a déjà observées concerne l'utilisation des modèles internes de la banque pour évaluer le risque de marché. L'amendement de janvier 1996 sur le risque de marché, qui est désormais pris en compte dans le cadre révisé, prévoit deux manières d'évaluer ce risque. La première est une « approche standardisée (risque de marché) » qui détermine les charges minimales en capital requises pour les risques de marché « généraux » et les risques « spécifiques ». La seconde approche consiste à suivre les modèles internes de « valeur en risque » de la banque, et suppose que les modèles sont jugés appropriés par les autorités de tutelle et que les systèmes de gestion du risque de la banque soient satisfaisants. Contrairement à « l'approche standardisée (risque de marché) », les modèles internes tiennent compte des effets corrélatifs des positions à l'intérieur d'une même catégorie de risque ou entre les différentes catégories.

94. Le dispositif révisé (Bâle II juin 2004) qui est désormais intégré dans le Cadre révisé offre également la possibilité d'autoriser des approches autres que « l'approche standardisée (risque de crédit) » prévue par la version de 1988 de l'Accord pour mesurer le risque de crédit. En particulier, il serait possible d'utiliser les modèles internes de risque de crédit des banques pour évaluer le risque de crédit au niveau d'un portefeuille, sur la base d'évaluations externes ou internes de la cote de crédit. De tels modèles pourraient être utilisés comme base d'évaluation des risques de crédit et de marché attribués à un ES, sous réserve qu'ils soient approuvés par les autorités réglementaires, appliqués de manière cohérente et que des précisions suffisantes concernant le modèle, et en particulier les hypothèses sur lesquelles ils repose, soient mises à la disposition des autorités fiscales compétentes afin qu'elles puissent vérifier que le résultat obtenu est conforme au principe de pleine concurrence. Des possibilités s'offrent également, en vertu du Cadre révisé d'utiliser soit une approche standardisée, soit les modèles propres aux banques pour déterminer les risques opérationnels et les autres risques. Toutefois, il faut se montrer prudent dans l'utilisation des modèles propres aux banques, notamment en ce qui concerne le risque opérationnel. Il est possible que ces modèles ne soient pas fondés sur des conditions observables dans la mesure où des risques opérationnels peuvent résulter d'événements imprévisibles que les données disponibles ne permettent pas de mesurer (voir paragraphe 104 de la Partie III pour un examen plus approfondi du risque opérationnel).

95. En conclusion, et sous réserve du paragraphe suivant, les approches « standardisées » de la pondération des actifs en fonction du risque dans le cadre de la dernière version de l'Accord de Bâle semblent constituer un moyen approprié d'évaluer les risques conformément au principe de pleine

concurrence et présentent l'avantage de fournir une méthode d'évaluation des risques acceptée au niveau international et suffisamment cohérente. L'évolution récente des réglementations visant à maintenir et à améliorer la fiabilité de l'approche standardisée (risque de crédit) concernant l'Accord de Bâle de 1988 est susceptible d'aboutir à une méthode encore plus exacte d'évaluation du risque de crédit et de constituer ainsi un moyen plus fiable de se rapprocher du principe de pleine concurrence. L'adoption de réglementations qui ne sont pas fondées sur les approches « standardisées » telles que l'utilisation des modèles de mesure des risques propres à la banque pour évaluer les risques nécessitant un certain niveau de fonds propres réglementaires, est susceptible de fournir des évaluations plus exactes du risque de crédit et de marché et d'assurer par conséquent une meilleure conformité au principe de pleine concurrence. Ces méthodes présentent peut-être un inconvénient : contrairement à l'approche standardisée, il est possible qu'elles ne puissent être acceptées rapidement par tous les pays, qu'ils ne soient pas tous prêts à les considérer comme valables sur le plan fiscal et qu'elles donnent lieu à des difficultés lorsqu'il s'agit d'effectuer des vérifications.

96. Cependant, étant donné la nécessité d'une certaine flexibilité, il semble que diverses méthodes d'évaluation des risques fondées sur les réglementations soient acceptables. Lorsqu'on utilise les modèles d'évaluation des risques propres aux banques, il est nécessaire de s'assurer qu'ils sont conformes au principe de pleine concurrence. Ils doivent être approuvés par les autorités de tutelle et appliqués de manière cohérente. Des précisions suffisantes, par exemple les hypothèses sur lesquelles repose le modèle interne de la banque, doivent être communiquées aux deux autorités fiscales concernées afin qu'elles puissent vérifier que les conditions ci-dessus ont été remplies. Des problèmes se posent du fait que les modèles de risque des banques sont généralement établis et appliqués sur une base consolidée. En cas de nécessité, ces modèles ainsi que d'autres systèmes devraient faciliter la détermination de la pondération en fonction des risques au niveau de l'ES.

97. De plus, il faut tenir compte du fait que l'approche autorisée de l'OCDE consiste à évaluer les risques conformément au principe de pleine concurrence plutôt qu'à suivre les méthodes d'évaluation des risques et de pondération des actifs financiers en fonction du risque prévues par les réglementations. Un suivi attentif de l'évolution des réglementations sera nécessaire pour veiller à ce que les changements éventuels n'aient pas d'incidence sur la fiabilité de toute approche prévue par les réglementations comme substitut pour l'évaluation des risques imputables à un ES bancaire conformément au principe de pleine concurrence.

Deuxième étape – détermination du capital « libre » nécessaire pour couvrir les risques attribués à l'ES

98. Après avoir évalué les risques attribués à l'ES, la phase suivante consiste à déterminer le montant des fonds propres nécessaires pour pouvoir faire face à ces risques conformément au principe de pleine concurrence. Il existe un certain nombre d'approches différentes possibles pour calculer le capital « libre » qui peut être attribué à l'ES d'une banque. Les approches autorisées de l'OCDE pour l'attribution du capital sont les suivantes :

méthodes de répartition du capital dans le cadre desquelles le capital « libre » réel d'une banque est attribué et réparti conformément à l'attribution des actifs financiers et des risques, ce qui conduit à l'attribution du capital à un ES et

méthodes de la sous-capitalisation, en vertu desquelles un ES se verra attribuer le même montant de capital « libre » qu'une entreprise bancaire indépendante exerçant les mêmes activités ou des activités similaires dans les mêmes conditions ou dans des conditions similaires dans la juridiction d'accueil de l'ES.

Autre méthode de régime de protection :

méthodes de quasi sous-capitalisation/méthodes du capital réglementaire minimum, en vertu desquelles l'ES devrait se voir attribuer au moins le même montant de capital « libre » que celui qu'imposerait la réglementation à une entreprise bancaire indépendante opérant dans le pays d'accueil.

1. Méthodes de répartition du capital

99. Une approche possible consisterait à répartir le capital « libre » réel de la banque (c'est-à-dire le capital « libre » utilisé pour couvrir les risques liés aux opérations de la banque) conformément à l'attribution des actifs et des risques financiers en commençant par attribuer ces actifs et ces risques puis en pondérant les actifs en fonction des risques conformément aux dispositions standardisées prévues par l'Accord de Bâle. Selon cette approche, le capital est réparti en fonction de la proportion des actifs pondérés en fonction des risques que détient l'ES par rapport au total des actifs pondérés en fonction des risques de l'entité dans son ensemble (approche du ratio de la BRI). Par conséquent, si l'ES possède 10 % des actifs pondérés en fonction du risque de la banque, il se verra attribuer 10 % du capital « libre » de la banque. D'autres versions de la méthode de répartition du capital ne pondèrent pas les actifs en fonction des risques selon une méthode standardisée mais peuvent par exemple utiliser les modèles de détermination des risques propres à la banque. Toutefois, des principes similaires s'appliquent dans la mesure où si l'ES dispose de 10 % du total des actifs et des risques de la banque il se verra attribuer 10 % du capital « libre » de la banque.

100. Il sera nécessaire de répartir de la manière appropriée la totalité du capital « libre » de la banque et non pas seulement le minimum réglementaire, si l'on veut utiliser les méthodes de répartition du capital comme un substitut de l'application du principe de pleine concurrence. En effet, tous les actifs ainsi que tous les risques correspondants de la banque ont été attribués à ses différentes parties, y compris le siège, en vertu de l'analyse fonctionnelle. Dans le cadre d'une attribution des actifs, et surtout des risques, fondée sur une analyse fonctionnelle, il n'y a pas de raison d'imputer une partie du capital « libre » de la banque au siège en se fondant sur le fait qu'il lui appartiendrait d'absorber toute perte exceptionnelle et imprévisible résultant de la réalisation des risques.

101. L'application de cette approche pose un certain nombre de problèmes. Puisque la méthode de répartition du capital s'efforce d'attribuer le capital effectif de l'entreprise, elle distribue en théorie les avantages de la synergie dans l'ensemble de l'entreprise dans des conditions qui réduisent au minimum le risque de double imposition. Cependant, en pratique, des différences dans la définition du « capital » entre pays d'origine et pays d'accueil peuvent aboutir à l'attribution d'un montant supérieur ou inférieur au montant total du capital de l'entreprise.

102. En second lieu, il a été fait observer que si, en principe, la totalité du capital libre doit être répartie, il faut exclure des excédents temporaires résultant par exemple de la vente d'une entreprise. Leur détermination devrait avoir lieu au cas par cas et pose un certain nombre de problèmes pratiques difficiles. Par exemple, un excédent doit-il être exclu même si le produit de la vente d'une entreprise est effectivement réinvesti dans les activités ordinaires de prêt de la banque ? Serait-il nécessaire d'isoler l'excédent d'une certaine façon (par exemple, dans un fonds d'investissement qui n'effectue pas de placements sous forme de prêts) ? De même, un « trésor de guerre » constitué pour acquérir une autre entreprise doit-il être isolé et la banque doit-elle démontrer que les fonds qu'elle a mis de côté ont effectivement été utilisés ultérieurement pour acquérir une autre entreprise ? Cette question est examinée en termes généraux à la Section D-2(v)(3)(B)(1) de la Partie I et aucun problème spécifique ne se pose en ce qui concerne l'application des principes généraux aux activités bancaires traditionnelles.

103. Il peut y avoir des cas où l'ES exerce des activités d'un type très différent de celles de la banque dans son ensemble (par exemple lorsqu'il exerce des activités de banque privée dans le cadre d'une banque de réseau) ou lorsque les conditions du marché du pays de l'ES sont très différentes de celles dans lesquelles opère le reste de la banque (par exemple lorsque le marché du pays d'origine est protégé de sorte que toutes les banques peuvent y opérer avec des niveaux de fonds propres très élevés alors que le marché du pays d'accueil est très concurrentiel de sorte que les banques opèrent dans des conditions beaucoup plus proches du minimum réglementaire). En général, l'accent mis par l'approche autorisée de l'OCDE sur l'attribution de capital « libre » par référence aux risques courus devrait aboutir à ce que ces différences se traduisent de manière appropriée dans la répartition du capital « libre ». Par exemple, on peut s'attendre à ce que la différence de types d'activités entre la banque privée et la banque de réseau se traduise dans l'évaluation des risques et par conséquent dans la répartition du capital. Cependant, dans les cas où les différences, de conditions du marché par exemple, ne se traduisent pas de manière appropriée dans l'évaluation des risques, les résultats de l'approche par la répartition du capital peuvent se situer en dehors de l'intervalle de pleine concurrence, à moins que des ajustements raisonnablement précis puissent être effectués pour tenir compte des différences dans la manière dont il effectue ses opérations et dans les conditions dans lesquelles il opère.

104. L'autre point qu'il est nécessaire d'examiner lors de la détermination du capital « libre » à répartir est la méthode sur laquelle est fondée la déclaration sur le niveau de fonds propres que les autorités de tutelle exigent d'une banque pour pouvoir vérifier qu'elle remplit les conditions relatives au niveau minimal de ses fonds propres. Le plus souvent, les groupes bancaires sont tenus de transmettre un rapport sur une base « consolidée » englobant l'entité bancaire elle-même et toutes ses filiales. Cependant, un rapport sur une base individuelle (« solo ») applicable à la seule entité bancaire, peut être exigé. De plus, si certaines conditions sont remplies, les autorités de tutelle peuvent autoriser l'entité bancaire à modifier son rendement « solo » afin d'y inclure le capital investi dans des filiales « solos consolidées » dans son calcul des fonds propres réglementaires (base « solo consolidée »).

105. Les principes fiscaux généraux sont fondés sur le respect des entités juridiques distinctes au sein d'un groupe multinational. Il résulte donc de ces principes que l'approche autorisée de l'OCDE doit être appliquée de manière à n'attribuer à l'ES que les fonds propres réglementaires de l'entité bancaire dont il fait partie (base « solo »). Sur cette base, on exclurait de la répartition tout capital détenu dans des filiales de l'entité bancaire. Cependant, l'application de l'approche autorisée de l'OCDE à une entité bancaire « solo » peut poser des problèmes lorsque cette entité bancaire est sous-capitalisée, par exemple parce que des montants importants de son capital sont détenus dans des filiales et parce que ces investissements ne sont pas indiqués de manière appropriée dans son bilan. Dans ces cas, une approche autre que la répartition du capital peut être nécessaire pour aboutir à un résultat de pleine concurrence¹³.

106. Dans cette section, on s'efforcera de définir pour les pays membres de l'OCDE un cadre accepté d'un commun accord facilitant une approche par la répartition du capital. Ce cadre ne couvre pas toutes les questions en particulier celles afférentes aux déductions à autoriser lors du calcul du montant des fonds propres, à la période sur laquelle il y a lieu de calculer les ratios de fonds propres ou à la manière de traiter les problèmes de change lorsque les actifs et les fonds propres attribués pour les couvrir sont libellés en devises différentes. Il y a lieu également de noter que le pays d'accueil peut rencontrer des difficultés dans l'obtention des informations nécessaires pour appliquer cette approche.

2. Méthode de répartition du capital économique

13 Voir Partie I, paragraphes 159 et 174-179 qui donnent des indications sur la manière dont les approches autorisées de l'OCDE de l'attribution de capital aux ES traitent en général du cas où l'entreprise dont l'ES fait partie est sous-capitalisée.

107. Une autre méthode de répartition du capital « libre » a été suggérée : elle est fondée non pas sur des évaluations du capital réglementaire mais par référence au capital économique. Cette méthode est susceptible d'être conforme à l'approche autorisée de l'OCDE dans la mesure où elle est fondée sur l'évaluation des risques. Sa justification réside dans le fait que les autorités réglementaires n'envisagent que les types de risques qui les préoccupent et ne se soucient pas des autres types de risques qui peuvent avoir une incidence plus forte sur la rentabilité de la banque. Une telle approche devrait se fonder sur les évaluations du risque et du capital économique propres à la banque et ces évaluations ne semblent pas encore suffisamment au point pour que l'on puisse s'y fier. Cependant, à la suite de l'évolution intervenue dans ce domaine, les évaluations économiques de l'usage du capital pourraient constituer un substitut acceptable pour parvenir à un résultat qui se situe à l'intérieur de l'intervalle de pleine concurrence.

3. Méthode de la sous-capitalisation

108. Une autre approche consisterait à exiger que l'ES dispose du même montant de capital « libre » que des entreprises bancaires indépendantes exerçant les mêmes activités ou des activités similaires dans les mêmes conditions ou dans des conditions similaires dans le pays de l'ES en effectuant une analyse de comparabilité de ces entreprises bancaires indépendantes (*méthode de la sous-capitalisation*).

109. La condition essentielle lorsqu'on effectue une analyse de comparabilité est que la comparaison ne porte pas sur n'importe quelle entreprise bancaire indépendante mais sur une entreprise bancaire indépendante exerçant les mêmes activités ou des activités similaires dans les mêmes conditions ou dans des conditions similaires à celles de l'ES. Il faut se montrer prudent lorsqu'on effectue une comparaison avec des entreprises indépendantes. Lorsqu'on admet comme hypothèse que l'ES constitue une entreprise distincte, cet établissement est de plus petite dimension que la banque dans son ensemble et par conséquent, il doit être comparé à des entreprises bancaires indépendantes qui soient également de plus petite taille. Cependant, il y a peu de chances pour que de petites banques indépendantes soient comparables à un ES qui fait partie d'une grande entreprise bancaire. Il est probable que de telles banques auraient des activités différentes, des profils de risque différents et des types de clients différents de ceux de l'ES auxquels on les compare. Bref, il est possible que de petites banques indépendantes ne constituent pas une norme de comparaison fiable à utiliser pour l'attribution de capital à un tel ES.

110. Il existe un certain nombre de facteurs à prendre en compte pour la détermination d'un montant de pleine concurrence d'endettement et de « capital libre » d'un ES. Ces facteurs sont en pratique les suivants :

la structure du capital de l'entreprise dans son ensemble ;

le montant minimal de capital « libre » que les autorités réglementaires du pays d'accueil exigeraient d'une banque indépendante résidente exerçant les mêmes activités ou des activités similaires dans les mêmes conditions ou dans des conditions similaires ;

l'éventail des structures réelles de capital de banques indépendantes du pays d'accueil exerçant les mêmes activités ou des activités similaires (y compris la condition examinée aux Sections B-3(iv) et D-2(v)(a) selon laquelle en général, l'ES a la même cote de crédit que l'entreprise dans son ensemble pour faire apparaître le fait que les banques indépendantes du pays d'accueil opèrent en général avec des niveaux de capital « libre » supérieurs au minimum réglementaire).

Comme on l'a indiqué aux paragraphes 1.15 et 1.17 des Principes directeurs, s'il y a des différences matérielles entre les caractéristiques économiques significatives de l'ES et celles des banques du pays

d'accueil, il y a lieu de procéder à des ajustements suffisamment exacts pour prendre en compte ces différences afin que la condition de comparabilité soit remplie.

111. Dans la détermination des actifs et des risques attribués à un ES, dans le cadre d'une méthode de sous-capitalisation ou de quasi sous-capitalisation, il y a lieu de laisser de côté les soldes intra-entités, sauf s'ils sont reconnus comme correspondant à une opération interne économique effective avec un autre ES.

112. La méthode de la sous-capitalisation comme celle de la quasi sous-capitalisation/la méthode du capital réglementaire minimum examinées ci-dessous, présentent l'avantage d'éviter certains des problèmes que pose la détermination du montant du capital à imputer, par exemple en utilisant une base solo-consolidée. En revanche, selon la méthode de la sous-capitalisation, il est possible d'attribuer aux différentes parties de l'entreprise des fonds propres supérieurs ou inférieurs à ceux que possède l'entreprise dans son ensemble.

4. Méthode des régimes de protection – Quasi sous-capitalisation/méthode du capital réglementaire minimum

113. Une autre possibilité consisterait à exiger que l'ES détienne au moins le même montant minimal de capital « libre » que celui qu'imposeraient les autorités réglementaires du pays d'accueil à une entreprise bancaire indépendante opérant dans ce pays (*méthode de la quasi sous-capitalisation*). Le montant minimal du capital « libre » réglementaire serait déterminé conformément aux normes réglementaires et aux dispositions fiscales en vigueur dans le pays d'accueil. Il existe différentes méthodes possibles de quasi sous-capitalisation selon que les actifs sont pondérés ou non en fonction du risque, que les risques correspondant à des postes hors bilan sont ou non pris en compte, etc.

114. La méthode de la « quasi sous-capitalisation/du capital réglementaire minimum » met l'accent sur la possibilité de s'assurer dans des conditions simples sur le plan administratif que l'ES ne peut disposer d'un montant de capital « libre » moindre que le capital « libre » réglementaire minimum d'une entreprise bancaire indépendante opérant dans la même juridiction. Cette approche ne constitue pas une approche autorisée d'attribution du capital dans la mesure où elle laisse de côté d'importantes conditions internes de l'approche autorisée de l'OCDE, par exemple, le fait qu'en général, l'ES a la même cote de crédit que l'entreprise dans son ensemble. Cependant, elle peut être acceptable comme régime de protection dès lors qu'elle n'aboutit pas à l'attribution à l'ES de bénéfices excédant l'intervalle de ceux qui seraient obtenus si l'une des approches d'attribution du capital autorisé de l'OCDE avait été appliquée¹⁴.

115. Lorsque la méthode est appliquée comme régime de protection (par exemple, si l'ES était tenu de disposer de « capital libre » d'un montant au moins égal à un pourcentage fixe des actifs qui lui sont attribués), le contribuable a l'occasion de démontrer que l'ES a en fait besoin de moins de capital « libre » que le pourcentage correspondant au régime de protection. Cette démonstration devrait être fondée sur les principes énoncés dans cette section. Par exemple, si le contribuable souhaitait soutenir qu'il doit disposer d'un montant de capital « libre » inférieur au montant correspondant à un régime de protection sur la base d'un rapport entre le capital « libre » et les actifs qui ne tiennent pas compte des risques, il serait également tenu d'évaluer les risques attribués à l'ES (y compris les risques correspondant à des postes hors bilan).

116. Il y a des cas où cette approche peut poser des problèmes. Si l'on n'attribue que le montant réglementaire minimum en vigueur dans chacun des pays où la banque possède des ES, la conséquence est que tout capital « libre » excédant ce montant se trouve en fait attribué au siège. Cependant, la

14 Comme l'explique le paragraphe 116, dans de nombreux cas, l'effet d'une méthode de capital réglementaire minimum serait que le pays d'accueil perçoive un montant d'impôt moindre que dans le cas où il utiliserait une méthode de répartition du capital ou de sous-capitalisation.

conséquence d'une telle approche est que le pays d'accueil n'exerce pas la totalité de ses compétences fiscales potentielles prévues à l'article 7 et que, par conséquent, il y a peu de chances pour que des problèmes de double imposition se posent. Des problèmes d'imposition insuffisante se poseraient si le pays d'origine devait alléger la double imposition en se référant à un montant total de bénéfices de pleine concurrence, alors que le montant imposé par le pays d'accueil était moindre, comme cela se produit fréquemment dans le cas de certains systèmes d'exemption¹⁵.

b) Attribution de capital autre que « libre » à un ES — la détermination des coûts de financement

117. Comme l'explique la Section D-2(v)(b) de la Partie I, l'approche autorisée de l'OCDE reconnaît que l'ES a besoin d'un certain montant de ressources financières (constitué à la fois de capital libre et de dette portant intérêt). Une fois que ce montant a été déterminé, l'une des approches autorisées d'attribution du capital décrites à la section précédente est utilisée pour déterminer le montant de financement qui est constitué de capital libre. Le solde du besoin de financement est donc le montant par rapport auquel la déduction de l'intérêt est calculée. La Section D-2(v)(b) de la Partie I explique comment déterminer en général les coûts de financement, mais il existe une caractéristique de l'attribution de capital qui est propre au secteur bancaire et examinée ci-dessous, à savoir le fait que le capital réglementaire comprend non seulement le capital « libre » mais aussi le capital portant intérêt. Comme à la Partie I, la discussion est formulée en termes de « dette » et « d'intérêt » mais les commentaires ci-dessous sont applicables à tout instrument financier et à tous coûts de financement, qu'ils soient ou non strictement qualifiés d'intérêts à des fins fiscales.

118. Pour des raisons commerciales ou fiscales, les banques incluent généralement dans leurs fonds propres réglementaires non seulement le capital « libre » mais aussi d'autres types de capitaux semi-permanents portant intérêts, tels que de la dette subordonnée. Les investisseurs exigent un rendement plus élevé pour ces types de dettes pour tenir compte des dispositions restrictives qui leur sont applicables par comparaison avec les dettes classiques. Selon le principe de pleine concurrence, il sera nécessaire de prendre en compte ces fonds propres afin que l'ES puisse déduire le montant approprié d'intérêts versés. Par exemple, si des fonds propres complémentaires sont levés par une partie de l'entreprise sous forme de dette subordonnée, il ne serait pas justifié que celle-ci supporte toutes les charges d'intérêts concernant cette dette qui a été contractée au profit de la banque dans son ensemble.

119. Il existe dans l'ensemble deux méthodes différentes de prise en compte de ce capital selon l'approche générale adoptée pour attribuer le capital et déterminer les intérêts versés. La première consisterait à traiter le capital réglementaire autre que le capital « libre » de la même manière que le « capital libre ». Dans une méthode de répartition du capital, une solution consisterait à appliquer le ratio de la BRI de la banque dans son ensemble pour attribuer à la fois les fonds propres de base et les fonds propres complémentaires (l'approche « pure » du ratio de la BRI décrite en l'annexe). Dès lors, dans le cadre d'une approche fondée sur la sous-capitalisation, l'ES serait considéré comme disposant du même montant de capital (pas seulement de capital « libre ») qu'une entreprise bancaire indépendante exerçant les mêmes activités ou des activités similaires dans les mêmes conditions ou dans des conditions similaires dans le pays d'accueil de l'ES. De même, lorsqu'on applique la méthode de la quasi sous-capitalisation, l'ES est tenu de disposer au moins du même montant réglementaire minimum de capital (et non pas seulement du montant réglementaire minimum de capital « libre ») qu'une entreprise bancaire indépendante opérant dans le pays d'accueil.

120. La seconde méthode consisterait à n'attribuer que le capital « libre » selon l'une des méthodes autorisées de l'OCDE (répartition du capital, quasi sous-capitalisation et sous-capitalisation). Ainsi, selon

15 Voir Partie I, Section D-2(v)(b)(3) pour un examen général des méthodes de régimes de protection pour l'attribution de capital.

la méthode de la répartition du capital, le ratio de la BRI concernant l'ensemble de la banque serait utilisé pour n'imputer que le capital « libre » aux fonds propres de base et aux fonds propres complémentaires d'un ES (l'approche du ratio « corrigé » de la BRI décrite à l'annexe). Toutefois, le capital autre que le capital « libre » serait pris en compte pour la détermination des intérêts versés par l'ES et/ou des intérêts perçus par la partie de l'entreprise qui exerce les fonctions de trésorerie. Bien que ces questions soient traitées en général dans le cadre de la deuxième étape de l'approche autorisée de l'OCDE (voir Section D-2(ii)(b)), il est commode de les traiter ici. Il existe diverses manières de traiter cette question selon l'approche choisie pour calculer le taux d'intérêt applicables aux opérations internes.

121. Dans le cadre de certaines approches, il ne sera pas nécessaire de procéder à un ajustement du fait que le taux d'intérêt plus élevé applicable à la dette subordonnée aura déjà été suffisamment pris en compte dans le calcul du taux applicable aux « intérêts » des opérations internes. Les fonds levés par la banque proviennent de sources diverses et se voient appliquer des taux d'intérêt variables. Certains fonds sont obtenus sans intérêt ou à des taux d'intérêt très faibles, tandis que d'autres donnent lieu à des taux d'intérêt élevés, par exemple ceux qui correspondent à la dette subordonnée relevant des fonds propres complémentaires. Par conséquent, si, par exemple, des opérations internes « portant intérêt » sont facturées à un taux « composite » calculé de manière à faire apparaître la répartition des financements à différents taux d'intérêt et différentes échéances, il ne devrait pas être nécessaire de procéder à d'autres ajustements pour déterminer les versements d'intérêts de pleine concurrence de l'ES.

122. Selon d'autres méthodes, il serait nécessaire de procéder à un ajustement parce que l'approche utilisée pour fixer un prix des opérations internes ne reflèterait pas exactement le taux d'intérêt plus élevé qui serait dû. Par exemple, le prix des opérations internes pourrait être fixé par référence aux taux d'intérêt du marché interbancaire mais ce taux ne constitue peut-être pas un élément de comparaison approprié en l'absence d'ajustement reflétant le dosage réel des financements de la banque dont l'ES fait partie. Il y a lieu de souligner que le but des approches de l'attribution des coûts de financement à un ES décrites ci-dessus est le même, à savoir que le montant des intérêts versés (défini selon les règles de classification du pays d'accueil) allégué par l'ES n'excède pas le montant qui serait conforme au principe de pleine concurrence. Par conséquent, le résultat d'ensemble de l'application de l'une des approches ci-dessus devrait être similaire. Tout traitement du capital autre que le capital libre dans le cadre de la méthode de répartition du capital ou de la méthode de sous-capitalisation serait conforme à l'approche autorisée de l'OCDE.

c) Conclusion sur l'attribution de capital à l'ES

123. L'attribution du capital entre différentes parties d'une entreprise exerçant des activités bancaires constitue une étape essentielle dans le processus d'attribution de bénéfices à un ES bancaire. Elle détermine la quantité de capital dont l'ES bancaire serait censé disposer selon l'approche autorisée de l'OCDE et le traitement approprié des fonds propres de base et des fonds propres complémentaires qui résulte des réglementations fiscales en vigueur dans la juridiction de l'ES. Cela reflète l'opinion généralement admise selon laquelle un ES bancaire, comme tout autre type d'ES, devrait disposer de fonds propres suffisants compte tenu des fonctions qu'il exerce, des actifs qu'il utilise et des risques qu'il assume. Pour cette raison, la méthode par laquelle le capital est attribué constitue une décision importante afin d'éviter ou de réduire au minimum la double imposition.

124. Le processus de consultation a montré qu'il existe au niveau international un consensus entre les gouvernements et les entreprises sur le principe selon lequel un ES bancaire, comme tout autre type d'ES, doit disposer de capital suffisant, compte tenu des fonctions qu'il exerce, des actifs qu'il utilise et des risques qu'il assume. Toutefois, le processus de consultation a également montré qu'il ne sera pas possible de mettre au point une approche unique acceptée au niveau international pour procéder à cette attribution

de capital, y compris de capital « libre ». Comme le montrent les discussions ci-dessus, il n'existe pas d'approche unique qui soit applicable dans toutes les circonstances.

125. L'objet principal des travaux de l'OCDE est plutôt d'explicitier les principes en vertu desquels une telle attribution de capital devrait être effectuée et de donner des indications sur l'application pratique de ces principes d'une manière souple et pragmatique. En tant que tel, bien que l'une ou l'autre des approches autorisées de l'OCDE décrites dans cette section soit susceptible d'aboutir à un résultat de pleine concurrence, il peut y avoir des cas particuliers dans lesquels une approche autorisée (et par conséquent les règles internes fondées sur cette approche) n'aboutit pas à un résultat de pleine concurrence.

126. Il est intéressant de souligner que, de même que pour les autres questions concernant les prix de transfert, l'application du principe de pleine concurrence pour l'attribution de capital est susceptible de donner une fourchette de résultats plutôt qu'un chiffre unique. De plus, ainsi qu'il est noté au paragraphe 1.69 des Principes directeurs, il peut être utile dans les cas difficiles d'utiliser plus d'une méthode de fixation des prix de transfert. L'attribution de capital à un ES bancaire constitue un bon exemple de cas difficile et par conséquent il peut être parfois instructif d'utiliser plusieurs méthodes d'attribution du capital pour procéder à une vérification de bon sens du résultat d'ensemble.

127. Néanmoins, il y aura inévitablement des cas où les administrations fiscales sont en désaccord sur la question de savoir si les résultats produits par la méthode du pays d'accueil sont conformes au principe de pleine concurrence. La procédure amiable est à leur disposition pour résoudre de tels désaccords.

iv) Utilisation de l'approche autorisée de l'OCDE pour ajuster les intérêts versés

128. Une fois que le montant de capital attribué à un ES a été déterminé, conformément aux principes ci-dessus (c'est-à-dire selon le principe de pleine concurrence), il y a lieu de procéder à une comparaison avec le capital effectif affecté à l'ES par la banque. Lorsque le montant de capital attribué par la banque est inférieur au montant de pleine concurrence, il y aura lieu de procéder à un ajustement approprié du montant des intérêts déductibles déclarés par l'ES pour tenir compte du montant de capital de la banque qui est effectivement nécessaire pour financer les opérations de prêt de l'ES. L'ajustement sera effectué conformément aux réglementations en vigueur dans le pays d'accueil de l'ES, sous réserve des dispositions de l'article 7.

129. Il y a lieu de noter que la juridiction de l'ES peut imposer un montant inférieur à celui qui serait conforme au principe de pleine concurrence si aucun ajustement n'est effectué pour accroître le montant de capital « libre » attribué. L'article 7 met l'accent sur la détermination des compétences fiscales qu'il y a lieu d'attribuer au pays d'accueil de l'ES, celui-ci ne pouvant percevoir un impôt sur un montant supérieur au bénéfice de pleine concurrence. Aucun ajustement n'est requis par l'article 7 dans ce cas. Toutefois, les pays d'accueil peuvent souhaiter exercer la totalité de leurs compétences fiscales en ajustant en hausse le montant du capital « libre ». L'article 7 autorise cet ajustement sous réserve que le pays d'accueil ne procède pas à un ajustement à la hausse excédant le montant de pleine concurrence. Des méthodes susceptibles d'être utilisées pour procéder à cet ajustement sont examinées à la Section D-2(v)(b)(6) de la Partie I et sont également applicables aux banques. Les développements figurant à la Section D-1 (iii)(b) sur l'attribution du capital autre que libre peuvent apporter des précisions intéressantes. De plus, il y a lieu de tenir compte de la discussion qui figure à la Section D-2(ii)(b) sur les opérations internes portant intérêt, dans la mesure où beaucoup de méthodes d'ajustement du capital comportent un ajustement du taux d'intérêt applicable aux opérations internes.

130. Un problème se pose également dans la situation inverse de celle qui est mentionnée ci-dessus, à savoir lorsque l'ES s'est vu attribuer un montant de capital qui excède l'intervalle de capital « libre » conforme au principe de pleine concurrence. Ce cas peut se présenter par exemple à cause d'une

disposition de la législation interne sur le capital attribué. Dans ce cas, le pays d'accueil perçoit un impôt plus élevé que le montant autorisé par l'article 7. En conséquence, si en vertu de la législation fiscale interne, le montant de capital « libre » devait excéder le montant de capital de pleine concurrence, l'article 7 exigerait que ce montant soit ramené à ce montant.

131. Selon l'approche autorisée de l'OCDE il serait nécessaire de tenir compte du capital dont l'ES aurait besoin pour lui permettre d'assumer les risques correspondant à des postes hors bilan. Un autre problème se pose dans la situation extrême où l'ES ne dispose pas d'actifs nécessitant un financement mais a entrepris des activités correspondant à des postes hors bilan. Bien qu'il s'agisse d'un exemple extrême, il est examiné plus en profondeur car il montre bien l'un des principes essentiels examinés dans le Rapport. En général, l'ajustement des bénéfices pour tenir compte du capital prend la forme d'une réduction des intérêts versés. Cependant, dans cette situation extrême, l'ES ne verse pas d'intérêts, dans la mesure où les postes hors bilan ne nécessitent pas de financement au moment où la transaction est engagée. Une variante de cet exemple est constituée par le cas où l'ES exerce une activité qui donne lieu à des engagements hors bilan excédant sensiblement les actifs du bilan créés dans le cadre d'une seconde activité. Dans ce cas, on peut concevoir que le capital libre requis pour garantir les actifs hors bilan puisse excéder les besoins de financement correspondant aux opérations enregistrées au bilan, avec pour conséquence que l'attribution de capital libre l'emporte sur le besoin de financement de l'ES par l'endettement.

132. La méthode appropriée consiste à envisager une entreprise indépendante se trouvant dans une situation similaire. Une telle entreprise aurait également besoin de capital pour couvrir les risques correspondant à des postes hors bilan et ce capital serait probablement investi dans des actifs produisant des revenus, y compris les actifs correspondant à d'autres activités menées par l'entreprise (voir paragraphe 39 ci-dessus pour un examen des contraintes et des possibilités offertes pour l'utilisation du capital d'une banque). Par conséquent, par analogie, l'ES pourrait également se voir attribuer des revenus fondés sur l'investissement probable de son capital. Le rendement d'un tel investissement hypothétique dépendrait des faits et circonstances particulières. Par exemple, il pourrait être justifié d'imputer un « prêt » de l'ES au site de l'entreprise chargé des fonctions de trésorerie lorsque les risques assumés au sein de l'ES ne peuvent être identifiés à des postes spécifiques en dehors de cet établissement. Cette approche aurait pour effet de verser des intérêts à l'ES. Le montant et le taux des intérêts à imputer au titre d'un tel prêt dépendraient des faits et circonstances particulières. Dans d'autres cas, il pourrait être justifié d'attribuer des bénéfices autrement que par référence à un prêt imputé, par exemple si les risques hors bilan couvrent des actifs spécifiques situés dans d'autres parties de l'entreprise ou sont couverts par eux. Même dans un tel cas, une analyse fonctionnelle et factuelle serait requise pour déterminer la répartition appropriée des revenus concernant ces actifs ; les régimes de l'agent ou de l'intermédiaire ne seraient pas nécessairement applicables. Voir par exemple Section D-2(iii).

133. Un autre problème se pose dans le cas où toutes les opérations de l'ES sont financées à l'aide d'emprunts contractés auprès de tiers. Est-il encore nécessaire de refuser la déduction d'une partie des intérêts versés en fonction d'un certain montant de capital « libre » ? La réponse est qu'un tel ajustement serait conforme à l'article 7 étant donné que l'ES, s'il est considéré comme une entreprise distincte, disposerait de capital libre comme on l'a déjà vu dans ce Rapport. Cependant, comme on l'a noté au début de cette section, l'article 7 n'exige pas un tel ajustement lorsque le pays d'accueil applique un impôt sur un montant de bénéfices industriels ou commerciaux correspondant à l'évaluation du capital « libre » de l'ES à un niveau inférieur à l'intervalle de pleine concurrence.

134. Des problèmes pratiques se posent quant aux modalités d'un tel ajustement. Lorsque l'ES emprunte des fonds à l'établissement chargé de la trésorerie, un ajustement du capital « libre » est susceptible d'être effectué en ce qui concerne l'opération interne « de trésorerie ». Cependant, cette solution n'est pas possible lorsque les emprunts de l'ES sont totalement contractés auprès de tiers. L'une des manières d'effectuer effectivement l'ajustement du capital « libre » consisterait là encore à imputer un

« prêt » de l'ES à l'établissement de l'entreprise chargé des fonctions de trésorerie, ce qui aurait pour effet de réduire la déduction des taux d'intérêt de l'ES en fonction du montant du « capital libre ».

v) *Mise en évidence des opérations internes*

135. Comme le note la Partie I, Section D-2(vi)(b) du Rapport, les recommandations qui figurent aux paragraphes 1.26-1.29 et aux paragraphes 1.36-1.41 des Principes directeurs peuvent être appliquées, par analogie, pour rechercher si une opération interne a eu lieu et si la forme que lui a donnée le contribuable peut ne pas être prise en compte ou être modifiée. La conclusion de la Partie I est qu'une opération interne entre différentes parties de l'entreprise telle qu'elle apparaît dans les pièces justificatives communiquées par l'entreprise sera reconnue aux fins de l'attribution de bénéfices sous réserve qu'elle porte sur « un événement réel et identifiable (par exemple le transfert physique de stocks, la fourniture de services, l'utilisation d'un actif incorporel, un changement dans la partie de l'entreprise qui utilise un actif, ou un changement dans les conditions d'utilisation de l'actif, le transfert d'un actif financier etc.) » qui se serait produit entre elles. La Partie I conclut en outre qu'« il y a lieu de procéder à une analyse fonctionnelle et factuelle pour déterminer si un tel événement doit être pris en compte comme une opération interne importante sur le plan économique » (paragraphe 212).

136. Les principes généraux énoncés à la Partie I sont applicables à la prise en compte des transactions bancaires traditionnelles. On considère qu'il est relativement simple en principe, d'appliquer les recommandations précédentes à des opérations ayant trait à la prestation de services au sein d'une banque. Ce point est examiné plus en détail à la Section D-2(ii)(g) ci-dessous.

137. On rencontre davantage de problèmes lorsqu'on s'efforce d'appliquer ces principes à des opérations internes concernant des actifs financiers, étant donné la nature des activités bancaires traditionnelles. Le fonds de commerce d'une banque est constitué par ses actifs financiers – ses prêts. Ces actifs ne sont pas corporels en ce sens qu'ils n'existent qu'en tant qu'accords contractuels et comme écritures dans les registres comptables de la banque. Contrairement à un actif physique, il peut être difficile de déterminer la localisation des actifs financiers à l'intérieur d'une banque et une fois que cette localisation a été déterminée de savoir s'ils ont été transférés à une autre partie de l'entreprise ou si une autre partie de l'entreprise a commencé à les utiliser. Ces difficultés peuvent être aggravées par l'incidence d'une réglementation en vertu de laquelle les actifs sont « enregistrés » en un lieu où aucune des fonctions liées à la création ou à la gestion continue de cet actif n'a été ni ne sera exercée.

138. Une autre caractéristique des activités bancaires qui les rend plus complexes est liée au fait que les fonctions et les risques associés aux actifs financiers peuvent être parfois ventilés de telle manière que les fonctions soient exercées et les risques gérés par plusieurs parties de l'entreprise. Par exemple, une partie mais non la totalité des fonctions liées à la gestion des risques d'un portefeuille d'actifs financiers peuvent être transférées à une autre partie de l'entreprise. Dans ce cas, il peut y avoir des opérations internes susceptibles d'être prises en compte ou le portefeuille pourrait exceptionnellement être considéré comme « détenu » conjointement par plusieurs parties de l'entreprise. Ce point est examiné plus en détail à la Section D-1(i) pour les fonctions de vente/de négociation et à la Section D-2(ii) ci-dessous pour (e) la gestion du risque d'un actif financier existant et (f) les transferts d'actifs financiers.

139. Comme on l'a vu ci-dessus, dans le contexte d'un ES il n'est pas possible de se référer à des accords contractuels comme on pourrait le faire dans le cas d'entreprises juridiquement distinctes et par conséquent l'approche autorisée de l'OCDE se fonde en dernier ressort sur l'analyse fonctionnelle et factuelle pour localiser la « propriété économique » des actifs financiers et des risques. La « propriété économique » des actifs financiers et des risques ne se trouve là où ils sont enregistrés que si les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque liées à leur création ont été exercées en ce lieu. Les mêmes principes s'appliquent également en ce qui concerne les opérations internes concernant le

transfert de la « propriété » d'actifs financiers à une autre partie de l'entreprise. Une écriture comptable qui annule les actifs et les risques des registres d'un ES et les transfère à ceux d'une autre partie de l'entreprise n'est pas considérée comme un transfert de « propriété économique » à moins qu'elle ne s'accompagne d'un transfert des principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque. Cette question est traitée plus en détail à la Section D-2(ii)(f). En outre, il y a des cas dans lesquels les transferts d'actifs et de risques ne sont pas reconnus parce que les transferts n'ont pas été effectués dans les conditions commerciales normales qui prévaudraient entre des entreprises indépendantes (voir paragraphe 1.37 des Principes directeurs qui examine les circonstances dans lesquelles des transactions entre entreprises associées ne seraient pas non plus reconnues ou seraient restructurées conformément à la réalité économique et commerciale).

140. Lorsqu'une autre partie de l'entreprise exerce des fonctions importantes, telles que la gestion du risque, liée aux actifs « appartenant » initialement à l'ES, ces opérations internes doivent être prises en compte dans l'attribution des bénéfices. La question est de savoir si l'exercice des fonctions importantes est suffisant pour signifier que l'opération interne constitue un transfert de « propriété » des actifs financiers d'une partie de l'entreprise à une autre ou si cette opération interne constitue une prestation de service d'une partie de l'entreprise à l'autre, prestations dont le prix doit être fixé conformément au principe de pleine concurrence. Là encore, cette évaluation doit être effectuée au cas par cas après une analyse approfondie de la nature exacte des fonctions exercées et d'une analyse de comparabilité sur la manière dont des entreprises indépendantes structureraient la transaction dans des circonstances similaires. Ces questions sont traitées plus en détail ci-après (voir Section D-2(ii)(e) pour la gestion du risque et les transferts de risque et la Section D-2(iii) pour les cas où le transfert de l'actif résulte de l'exercice de fonctions d'agent d'intermédiaire).

141. En résumé, des registres comptables et une documentation à jour faisant apparaître une « opération interne » qui transfère des risques, des responsabilités et des avantages importants sur le plan économique constitueraient un point de départ utile pour l'attribution de bénéfices. En dernier ressort, l'approche autorisée de l'OCDE se fonde sur une analyse fonctionnelle et factuelle pour déterminer la réalité économique sous-jacente qui se trouve derrière toute opération interne ayant fait l'objet de pièces justificatives qui concernent l'attribution de risques. Cette question est examinée plus en détail à la Section D-2(ii)(e) et (f) qui traite de la gestion du risque (y compris le transfert de risque) et des transferts d'actifs financiers, ainsi qu'au paragraphe 57 ci-dessus.

142. Une fois que le seuil ci-dessus a été franchi et que l'existence d'une opération interne a été mise en évidence, l'approche autorisée de l'OCDE applique, par analogie, les indications qui figurent aux paragraphes 1.26-1.29 et 1.36-1.41 des Principes directeurs. Ces indications sont appliquées non pas aux transactions mais aux opérations internes entre l'ES et les autres parties de l'entreprise. Par conséquent, l'examen d'une opération doit être effectué à partir de l'opération qui a réellement été entreprise par l'ES et l'autre partie de l'entreprise telle qu'elle a été structurée par elles, en utilisant les méthodes appliquées par le contribuable dans la mesure où elles sont compatibles avec celles qui sont décrites aux Chapitres II et III des Principes directeurs. Sauf dans les deux cas exposés au paragraphe 1.37, les administrations appliquent les indications qui figurent au paragraphe 1.36 lorsqu'elles attribuent des bénéfices à un ES et par conséquent elles ne devront « pas faire abstraction des opérations internes effectives ni leur substituer d'autres transactions ».

D-2 Deuxième étape : détermination des bénéficiaires de l'entreprise considérée par fiction comme distincte sur la base d'une analyse de comparabilité

143. Comme on l'a vu plus en détail à la Partie I, Section D-2 de ce Rapport, l'analyse fonctionnelle et factuelle de la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE devrait admettre de manière appropriée l'hypothèse que l'ES et le reste de l'entreprise bancaire sont des entreprises associées, chacune exerçant

des fonctions, utilisant des actifs et prenant des risques. Dans le cadre de la première étape, des actifs financiers auront également été attribués à l'ES, en tant « qu'ayant droit économique » de ces actifs, et des revenus correspondants qui ont pour effet de rémunérer les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque aboutissant à la création et à la gestion ultérieure de ces actifs. De plus, comme on l'a vu, d'autres caractéristiques importantes (par exemple, le capital « libre » et la cote de crédit) vont aussi faire l'objet d'une attribution notionnelle à l'ES et au reste de l'entreprise bancaire. En outre, pour établir l'ensemble des hypothèses concernant l'ES, il aura été nécessaire d'identifier et de déterminer la nature de ses « opérations internes » avec le reste de l'entreprise dont il fait partie.

144. La seconde étape de l'approche autorisée de l'OCDE consiste ensuite à appliquer, par analogie, les recommandations figurant dans les Principes directeurs aux éventuelles relations économiques (opérations internes) entre l'entreprise théorique distincte et le reste de l'entreprise bancaire. Par exemple, bien que les actifs financiers aient pu être attribués à l'ES dans le pays A en vertu du fait que cet établissement assumait les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque aboutissant à la création des actifs financiers, il est possible que d'autres parties de l'entreprise aient exercé d'autres fonctions en liaison avec ces actifs. Il est nécessaire de prendre en compte ces fonctions afin de faire en sorte que l'ES situé dans le pays A se voie attribuer un bénéfice de pleine concurrence. L'approche autorisée de l'OCDE consisterait à enregistrer tous les revenus des actifs financiers dans les documents comptables de l'ES situé dans le pays A en tant que « propriétaire économique » du portefeuille et à lui attribuer les dépenses correspondant aux opérations internes en rémunération de pleine concurrence des fonctions exercées par d'autres parties de l'entreprise. Plus précisément, la notion d'analyse de comparabilité servira à attribuer les bénéfices en liaison avec ces opérations internes en effectuant une comparaison avec des transactions réalisées entre des entreprises indépendantes.

145. On trouvera des recommandations d'ordre général sur la réalisation de telles comparaisons dans la Section D-3(iii) de la Partie I du présent Rapport. Cette section traitera des modalités d'application de ces recommandations à un établissement stable bancaire, effectuant des opérations d'emprunt et de prêt.

i) Application des méthodes de fixation des prix de transfert pour attribuer des bénéfices

146. Une fois que l'on a établi l'existence d'une opération interne et qu'il n'y a lieu ni d'ignorer ni de reconsidérer cette opération interne telle que structurée par le contribuable, la question suivante qui se pose est de déterminer si le bénéfice imputé par la banque à cette opération interne est conforme au principe de pleine concurrence. Cette détermination est effectuée en appliquant les recommandations figurant dans les Principes directeurs sur la comparabilité, par analogie, dans le cas d'un établissement stable bancaire. On procède ainsi à une comparaison de la rémunération des *opérations internes* au sein de la banque avec des *transactions* comparables entre des entreprises indépendantes, compte tenu des 5 déterminants de la comparabilité énoncée au Chapitre I des Principes directeurs.

147. En outre, l'approche autorisée de l'OCDE stipule que toutes les méthodes figurant dans les Principes directeurs peuvent être appliquées dans le contexte de l'ES pour déterminer le bénéfice devant être attribué en ce qui concerne l'opération interne par référence à des transactions comparables sur le marché libre. Dans un premier temps, il convient d'étudier les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions pour voir si l'on dispose de points de comparaison avec des transactions sur le marché libre. Dans ce contexte, les recommandations des paragraphes 2.7, 2.16 et 2.34 doivent être prises en compte lorsque l'on constate des différences entre l'opération interne et la transaction sur le marché libre dans le cadre des méthodes du prix comparable sur le marché libre, du prix de revente et du prix de revient majoré respectivement. Comme l'indique le paragraphe 2.7,

[U]ne transaction sur le marché libre est comparable à une transaction contrôlée... si l'une des deux conditions suivantes est remplie : 1. aucune différence entre les transactions (*dans*

le contexte de l'établissement stable, entre la transaction sur le marché libre et l'opération interne) faisant l'objet de la comparaison ou entre les entreprises effectuant les transactions n'est susceptible d'avoir une incidence sensible sur le prix d'un marché libre ; ou 2. des correctifs suffisamment exacts peuvent être apportés pour supprimer les effets matériels de ces différences.

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

149. Le second déterminant, à savoir l'analyse fonctionnelle, pose plus de problèmes. Même s'il y a peu de différences de produits, il peut y avoir des différences considérables dans la nature des fonctions exercées et plus particulièrement des risques assumés en ce qui concerne les opérations internes. Ces opérations internes peuvent être structurées différemment de la façon dont sont structurées des transactions entre entreprises indépendantes. Par exemple, l'exercice de fonctions connexes peut être fractionné entre différentes composantes de l'entreprise, alors que ces fonctions seraient toujours exercées conjointement par des entreprises indépendantes, de sorte qu'il devient difficile d'évaluer les opérations internes de façon isolée et d'appliquer de façon fiable l'une ou l'autre des méthodes traditionnelles fondées sur les transactions. Ces problèmes se produisent de plus en plus souvent dans des transactions entre entreprises associées et le Chapitre III des Principes directeurs approuve le recours aux autres méthodes (méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfiques) dans des situations où les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions du Chapitre II ne peuvent pas être appliquées de façon fiable. La section suivante consacrée à l'éclatement des fonctions examinera plus en détail l'application des méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfiques à un ES bancaire.

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

151. Dans certains pays, les documents manquent souvent sur les opérations internes et cela pose le problème de savoir comment déterminer les clauses d'une opération interne. Cependant, les entreprises associées ne communiquent souvent pas non plus les documents concernant les transactions et cette question est traitée dans les indications qui figurent au paragraphe 1.28 des Principes directeurs. Ces indications peuvent être appliquées, par analogie, en considérant que les « clauses de l'opération interne » sont équivalentes aux « clauses contractuelles ». Par conséquent, « à défaut de dispositions écrites, les

conditions des relations contractuelles entre les parties doivent être déduites de leur comportement ainsi que des principes économiques qui régissent habituellement les relations entre des entreprises indépendantes ».

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

153. Une question va revêtir une importance particulière lors de l'application des recommandations d'ordre général sur le quatrième déterminant de la comparabilité (situation économique) pour attribuer un bénéfice à un ES bancaire. C'est l'impact de la réglementation, en particulier des différences de régimes réglementaires évoquées précédemment à la Section B. Conformément aux recommandations du paragraphe 1.30 des Principes directeurs, il convient de considérer que les différences de régimes de réglementation bancaire sont susceptibles d'affecter la comparabilité avec le marché. Par exemple, il n'est peut-être pas approprié de traiter des statistiques de marché provenant d'un marché moins réglementé comme un moyen de comparaison avec des opérations sur un marché plus réglementé, sans procéder à des ajustements suffisamment précis de ces différences de réglementation.

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

155. Les commentaires qui précèdent reposent sur la comparaison d'opérations internes individuelles avec des transactions individuelles sur le marché libre. Dans la pratique, l'activité d'une banque se compose généralement d'un grand nombre d'actifs financiers et de transactions analogues. En conséquence, il est sans doute particulièrement judicieux d'appliquer les recommandations sur les transactions agrégées qui figurent au paragraphe 1.42 des Principes directeurs dans le contexte bancaire. Par exemple, une analyse de comparabilité pourrait être effectuée entre des opérations internes convenablement agrégées et des transactions sur le marché libre convenablement agrégées comme un portefeuille de prêts étroitement liés et analogues.

156. Après avoir évoqué en termes généraux les modalités d'application de la deuxième étape de l'approche autorisée de l'OCDE pour attribuer un bénéfice à un ES bancaire, la prochaine section s'attachera plus en détail à certaines situations spécifiques qui se manifestent couramment.

ii) Activités bancaires traditionnelles

157. Lorsque, à la suite de l'analyse fonctionnelle et factuelle, on constate que l'ES exerce des activités bancaires traditionnelles, c'est-à-dire qu'il intervient comme emprunteur et prêteur de fonds, un certain nombre de questions fiscales peuvent se poser quant à la façon de fixer le prix des opérations internes entre la partie de l'entreprise qui exerce les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque et les autres parties qui exercent d'autres fonctions. On examinera plus en détail dans cette sous-section ces fonctions et opérations internes (à l'exception des fonctions d'agent ou d'intermédiaire, qui sont examinées à la Section D-2(iii) ci-dessous).

158. La première étape de l'approche autorisée de l'OCDE a permis de déterminer quelles parties de l'entreprise ont exercé les fonctions énumérées précédemment au paragraphe 7 nécessaires à la création de l'actif financier. Si, toutes les fonctions nécessaires à la création du prêt ont été exercées par l'ES, il ne devrait pas être difficile de déterminer le montant de bénéfice à attribuer à l'ES. Les éventuelles transactions liées à l'exercice de ces fonctions auront été conduites directement par l'ES et devraient donc avoir été réalisées à des prix de pleine concurrence, soit par définition parce qu'elles ont été réalisées avec des entreprises indépendantes, soit par application des règles habituelles des prix de transfert si elles ont été effectuées avec des entreprises associées.

159. Il devrait tout de même être nécessaire d'envisager de procéder à un ajustement du montant des intérêts versés à des tiers de façon à refléter le montant de capital « libre » de la banque nécessaire au financement des opérations de prêt de l'ES, conformément aux recommandations données plus haut à la Section D-1(iv). Il peut également s'avérer nécessaire d'effectuer un autre retraitement afin de refléter le montant de capital autre que « libre ». Il convient de noter qu'il peut y avoir certains problèmes d'attribution en ce qui concerne les autres fonctions ne touchant pas à la création de l'actif, comme la gestion ultérieure de l'actif et l'apport d'un soutien général et d'une infrastructure convenable, par exemple dans le cadre des fonctions centralisées du siège social. On y reviendra dans d'autres sections.

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

a) Fonctions de vente et de soutien

161. L'application du principe de pleine concurrence à l'exercice des fonctions de vente et de soutien dans le cadre de transactions mondialisées est évoquée plus en détail dans les Sections C-2(i) et (iii) de la Partie III du présent Rapport. On considère que ces recommandations s'appliquent également aux fonctions de vente et de soutien d'une entreprise bancaire énumérées au paragraphe 7 ci-dessus, même si les situations dans lesquelles les fonctions de vente et de soutien sont aussi intégrées soit avec d'autres fonctions, soit entre différents lieux sont sans doute plus rares. En d'autres termes, il doit être assez souvent possible de recourir aux méthodes traditionnelles fondées sur les transactions du Chapitre II des Principes directeurs pour attribuer un bénéfice concernant des opérations internes touchant à ces fonctions et des données de marché peuvent être disponibles auprès de courtiers ou de sociétés de services administratifs. De plus, il ne semble pas y avoir de difficultés particulières pour appliquer la recommandation générale de l'approche autorisée de l'OCDE préconisant d'assimiler, aux fins de l'analyse de comparabilité, « opérations internes au sein d'une entreprise » et « transactions entre entreprises associées ».

b) Fonctions de trésorerie et mouvement interne de fonds/opérations internes portant « intérêts »

162. Comme les opérations de trésorerie constituent une part importante de toute activité bancaire, il paraît important de se pencher brièvement sur les modalités d'application de l'approche autorisée de l'OCDE à l'exercice des fonctions de trésorerie et à l'évaluation des opérations de mouvement interne de fonds et des opérations internes portant « intérêt » entre différentes composantes de la même entreprise.

163. Il y a tout un éventail de fonctions susceptibles d'être exercées par les services de trésorerie d'une banque et par les divisions de l'entreprise qui collectent des fonds destinés à être employés par une autre division de la même entreprise. Cela va, à un extrême, des fonctions complexes organisées en tant que centres de profit proches du plein exercice des fonctions bancaires jusqu'à, à l'autre extrême, des fonctions

d'agent ou d'intermédiaire. L'analyse des fonctions de trésorerie amène à examiner un certain nombre de points, en particulier la question de savoir si les opérations internes entre un établissement stable et le service de trésorerie sont effectuées à un prix conforme au principe de pleine concurrence et si elles sont effectuées dans des conditions similaires à celles dans lesquelles des entités indépendantes opéreraient pour leur propre compte. Souvent, la banque aura son propre système de prix de transfert applicables au financement interne qui régira les conditions dans lesquelles les fonds sont transférés entre les différentes unités de l'entreprise et le service de trésorerie. Il serait particulièrement souhaitable que ce mécanisme interne permette d'affecter/de répartir les marges d'intérêt entre les différentes unités et le service de trésorerie au sein de la banque conformément au principe de pleine concurrence. L'objet de cette section est de donner des indications générales sur la marche à suivre à cet égard.

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

165. Les systèmes de tarification appliqués aux transferts internes de fonds par le service de trésorerie peuvent être utilisés pour transférer des risques de taux d'intérêt et de liquidité des succursales/établissements au service de trésorerie de manière à permettre une gestion efficace de ces risques, sous réserve que ces transferts soient pris en compte (voir Section D-1(v)) et à imputer aux différents ES le coût des fonds collectés par la banque dans son ensemble. De tels systèmes peuvent comporter une différenciation selon les lignes de produit ou les segments du marché (par exemple en fixant des objectifs différents en matière de bénéfices et de rémunérations) faciliter la fixation d'objectifs de rentabilité pour l'entité, et servir de base à la fixation des prix appliqués aux clients. En conséquence, les tarifications appliquées aux transferts internes de fonds qui sont également utilisées à des fins fiscales doivent être analysées avec soin pour vérifier leur compatibilité avec le principe de pleine concurrence.

166. La deuxième étape de l'approche autorisée de l'OCDE consistera à appliquer les méthodes de détermination des prix de transfert des Principes directeurs pour comparer les opérations internes à des transactions sur le marché libre, afin qu'elles soient effectuées à des conditions de pleine concurrence et puissent être utilisées pour attribuer un bénéfice de pleine concurrence à l'ES. Lors de cette analyse, la comparaison devra reposer sur l'opération interne telle que structurée par le contribuable, à savoir en considérant le montant, la devise, la durée, les autres conditions contractuelles ainsi que toute opération de couverture correspondante sauf dans les deux cas mentionnés au paragraphe 1.37 des Principes directeurs. On devra conserver à l'esprit les cinq déterminants de la comparabilité que l'on a évoqués plus haut dans la Section D-2(i), par exemple, les éventuelles différences de conditions sur le marché dues à la réglementation.

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

168. Il convient en outre d'étudier trois autres questions qui découlent d'une opération de trésorerie. La première se rattache à la conclusion déjà examinée selon laquelle chaque partie de l'entreprise bancaire participe à la cote de crédit de la banque dans son ensemble et aux conséquences de cette conclusion pour

effectuer une analyse de comparabilité. La seconde porte sur la question de savoir s'il existe un risque de crédit à prendre en compte pour toute opération interne « portant intérêt » dans la mesure où il n'existe pas de risque de défaillance d'une partie de l'entreprise vis-à-vis d'une autre partie de la même entité juridique. La réponse à ces questions (sauf dans les circonstances exceptionnelles décrites au paragraphe 31, où il existe un différentiel de crédit entre l'ES et le reste de l'entreprise) consiste à utiliser comme élément de comparaison des transactions dans le cadre desquelles il n'existe pas de différentiel de crédit ou à ajuster des transactions par ailleurs comparables pour éliminer les effets du différentiel de crédit.

169. La troisième a trait aux pertes, notamment aux gains et pertes de change sur les actifs financiers. Dans le cadre de l'approche autorisée de l'OCDE, la fonction qui consiste à prendre ou à gérer (à la suite d'un transfert) les risques de change relatifs à ces actifs doit se voir attribuer les bénéfices pour avoir pris et géré (à la suite d'un transfert) ces risques et doit aussi se voir attribuer les éventuelles pertes résultant de la réalisation de ces risques.

170. En pratique, les banques utilisent des méthodes diverses pour fixer les prix des opérations internes portant intérêt. L'une de ces méthodes pourrait consister à fixer le prix de l'opération interne portant intérêt en utilisant un taux comparable du marché interbancaire pour rémunérer la fonction d'emprunt et de prêt et rémunérer séparément toute fonction complémentaire de gestion de trésorerie au moyen d'une commission pour services rendus ou en ajoutant une marge à ce taux. Ce taux d'intérêt interne est susceptible d'être calculé en admettant que la totalité des fonds est empruntée. Comme on l'a noté à la Section D-1(iv) ci-dessus, un ajustement devra être effectué pour faire apparaître le capital « libre » attribué à l'ES, comme indiqué en Section D-1(iii)(b), et un autre ajustement devra également être effectué pour tenir compte des éléments comportant des taux d'intérêt plus élevés, tels que les dettes subordonnées, qui n'apparaissent pas de manière appropriée dans le taux d'intérêt comparable. Il est également possible que certaines opérations internes portant intérêt soient directement identifiées et évaluées en conséquence, par exemple, en ce qui concerne les transactions effectuées par un agent ou un intermédiaire (voir Section D-2(iii)). Il y a lieu de souligner que la méthode utilisée n'a pas d'importance dès lors qu'une rémunération de pleine concurrence est versée aux fonctions de trésorerie et que le prix des opérations internes portant intérêt est fixé à l'intérieur d'un intervalle de pleine concurrence qui reflète de manière appropriée la structure des fonds propres, y compris du capital « libre » de l'ES, admise comme hypothèse.

c) Garanties internes

171. Comme on l'a noté à la Partie I, Section D-2(v)(a), le problème se pose de savoir s'il y a lieu d'envisager des opérations internes semblables à des garanties entre l'ES et le siège. Comme on l'a vu dans cette section, les opérations internes similaires à des commissions de garantie ne seront pas imputées en vertu de l'approche autorisée de l'OCDE.

d) Fonctions de vente/négociation

172. Dans le cadre des activités bancaires traditionnelles, il est souvent possible d'établir à partir de l'analyse fonctionnelle et factuelle que les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque conduisant à la création de l'actif ont été exercées en un seul lieu. Dans le cadre des activités bancaires concernant la grande clientèle ou des activités de banque commerciale, la fonction qui conduit à la création de l'actif est en général la fonction de vente/négociation. Dans ces cas, la propriété économique de l'actif financier est attribuée au site où les fonctions de vente/de négociation sont exercées, et où les intérêts correspondants, ajustés compte tenu du capital libre, sont perçus et versés. La Section D-1(i) a analysé le cas où les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque aboutissant à la création de l'actif ont

été exercées sur plus d'un site et a examiné les moyens de déterminer la partie de l'entreprise qui constitue le « propriétaire économique » des actifs financiers et des risques¹⁶.

173. La question de savoir comment fixer le prix d'opérations internes avec d'autres parties de l'entreprise exerçant certains aspects de la fonction de vente/négociation qui ne sont pas considérés comme faisant partie des principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque et qui par conséquent ne se voient pas attribuer la « propriété économique » des actifs financiers et des risques n'est pas pour autant résolue. L'exercice de ces fonctions de vente/négociation sera qualifié d'opérations internes entre les différentes parties de la même entreprise et l'on s'efforcera de les comparer avec des transactions entre parties indépendantes. Toutes les méthodes approuvées dans les Principes directeurs peuvent être utilisées pour effectuer cette détermination, à commencer par les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions qui sont décrites au Chapitre II. Aucune difficulté théorique particulière n'est envisagée dans cette détermination.

e) Fonction de gestion du risque et transferts de risque

174. Comme on l'a noté à la Section B-3, il est important de faire la distinction entre la prise de risque initiale et la prise en charge ultérieure de ces risques. Selon l'approche autorisée de l'OCDE, la prise initiale de risque a lieu là où les fonctions correspondantes sont exercées. Dans le cadre des activités de banque commerciale ou concernant la grande clientèle, la fonction de vente/négociation, qui constitue en général la principale fonction entrepreneuriale de prise de risque, aboutit à la prise en charge initiale de l'ensemble des risques liés aux actifs financiers nouvellement créés. Dans la banque de réseau, la fonction de commercialisation peut constituer la principale fonction entrepreneuriale de prise -de -risque qui aboutit à la prise en charge initiale de tous les risques liés aux actifs financiers nouvellement créés. Ces risques seront supportés par la suite par le site qui a exercé les fonctions de vente/négociation ou les fonctions de commercialisation (le cas échéant) associées à la création des actifs financiers, à moins qu'à la suite d'une opération interne, ce soit un autre site qui prenne et assume ces risques. Suivant l'approche autorisée de l'OCDE, tout transfert de risque de ce type devrait être accompagné d'un transfert de la fonction de gestion du risque. Lorsqu'une autre partie de l'entreprise exerce les fonctions de gestion du risque liées à ces actifs, il peut y avoir une opération interne à prendre en compte.

175. La question essentielle est de savoir si cette opération interne prend simplement en compte la prestation d'un service de gestion du risque ou si elle devrait également comporter la prise en compte d'un transfert des risques gérés, c'est-à-dire que désormais c'est le site chargé de la gestion du risque qui assume ces risques. Cette section examine plus en détail les fonctions de suivi et de gestion des risques.

176. Le suivi des risques présente un intérêt au niveau de toute la gamme de risques et fait intervenir tous les systèmes d'information sur les risques et de déclaration des risques. Les systèmes de contrôle interne assurent le suivi de l'utilisation de facilités par rapport à des limites de risque qui ont été fixées et permettent de rendre compte des dépassements. Par exemple, le risque de crédit peut faire l'objet d'un suivi du point de vue de l'évaluation du risque et de sa qualité (la probabilité de défaillance du débiteur) ainsi que de la concentration des risques du portefeuille de prêt. Le suivi du risque de crédit est essentiel dans la mesure où la défaillance d'un petit nombre de clients importants peut générer des pertes considérables pour la banque. Lorsque la fonction de suivi du risque est relativement peu élaborée, il devrait être possible d'utiliser les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions pour attribuer les bénéfices correspondant aux opérations internes liées à cette fonction. En revanche, lorsque cette fonction est tellement intégrée avec d'autres (par exemple la fonction de gestion du risque) qu'il n'est pas possible de l'évaluer séparément, l'utilisation d'autres méthodes peut s'avérer nécessaire.

16 Voir Section D-1(i), paragraphes 74-76 pour un examen de ces questions.

177. Étant donné la nature de cette fonction, il est peu probable que le suivi des risques donne lieu à la prise en charge des risques qui en font l'objet. En conséquence, toute opération prenant en compte l'exercice des fonctions de suivi des risques, ne représenterait pas un transfert des risques qui font l'objet du suivi mais la prestation d'un service, dont le prix serait fixé en conséquence.

178. La gestion du risque dans le cadre d'une entreprise bancaire traditionnelle (c'est-à-dire d'une entreprise qui exerce des fonctions d'emprunt et de prêt) a subi des modifications considérables depuis la publication du Rapport de 1984. Traditionnellement, cette fonction ne comportait que la gestion du risque de crédit liée aux comptes de la banque (activités de prêt traditionnelles). Plus récemment, la gestion des risques de marché (risques de taux d'intérêt et risques de change) correspondant aux prêts consentis à la clientèle est également devenue une fonction importante exercée au sein des banques (et souvent gérée par les services de trésorerie) et dans les banques plus modernes, certains risques de marché peuvent être transférés à un portefeuille de négociation (« trading book »). Il est admis qu'il existe des différences quant aux risques courus et quant à la manière dont ces risques sont gérés entre une activité bancaire traditionnelle et des transactions mondialisées. Néanmoins, on estime que les indications qui figurent dans la Partie III du présent Rapport au sujet des fonctions de gestion du risque peuvent être utiles dans le contexte de l'évaluation des fonctions de gestion du risque d'une entreprise bancaire traditionnelle.

179. Le bénéfice attribué à la partie de l'entreprise qui exerce la fonction de gestion du risque dépendra de la nature exacte de la fonction exercée et des risques gérés, ainsi que de la question de savoir si l'exercice de la fonction de gestion des risques amène à prendre et à assumer par la suite tout ou partie des risques qui sont gérés. Comme le note la Section C-2(ii) de la Partie III du présent Rapport sur la négociation et la gestion du risque, il peut être nécessaire d'utiliser des méthodes fondées sur les bénéfices lorsqu'il n'est pas possible d'appliquer de manière fiable les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions pour attribuer des bénéfices à la partie de l'entreprise qui exerce les fonctions de gestion du risque. Cela peut se produire lorsque des entreprises indépendantes exerçant des fonctions similaires de gestion du risque demanderaient une part des bénéfices ou lorsque la fonction de gestion des risques est tellement intégrée avec les autres fonctions qu'il n'est pas possible de procéder à une évaluation isolément. Il peut s'agir d'une part des bénéfices bruts ou nets.

180. Comme on l'a noté ci-dessus, il sera nécessaire de rechercher si l'exercice des fonctions de gestion des risques doit également aboutir à la prise en compte d'une opération interne qui a pour effet de transférer effectivement les risques qui sont gérés, de sorte qu'ils sont pris et supportés par le site chargé de la gestion des risques. Cette détermination aura lieu au cas par cas suivant l'analyse fonctionnelle et factuelle. En premier lieu, il est intéressant de noter, dans le cadre des principes généraux énoncés à la Section D-1(v), qu'il n'est pas possible de prendre en compte un transfert de risque vers un site à moins que ce site n'exerce les fonctions de gestion de ces risques et n'ait la capacité d'évaluer, de contrôler et de gérer ces risques.

181. L'analyse fonctionnelle et factuelle devrait également envisager les différents niveaux de gestion du risque au sein de la banque. Selon l'approche autorisée de l'OCDE, c'est la gestion active du risque qui aboutit à la prise en charge de ces risques. La gestion plus stratégique du risque, par exemple les fonctions « intermédiaires » décrites à la Section B-1(iv), n'aboutirait pas en général à la prise de risque par le site qui exerce les fonctions de gestion stratégique des risques. Entre des entreprises juridiquement distinctes, celle à laquelle les risques sont transférés devrait disposer d'un capital suffisant pour absorber les pertes résultant de la réalisation des risques qui ont été pris. Cependant, lorsque l'ES appartient à une entreprise dans laquelle le capital n'est pas cloisonné, ce capital est attribué sur la base des fonctions exercées et des risques courus et par conséquent c'est le capital qui suit les risques et non le contraire.

182. Il y a lieu également de noter que le transfert peut ne porter que sur certains des risques correspondant à un actif financier, par exemple le site chargé des fonctions de vente/négociation peut

assumer le risque de crédit mais transférer le risque de marché à un portefeuille de négociation. Cependant, dans le contexte d'activités bancaires traditionnelles, l'importance relative du risque de crédit est telle que c'est la gestion du risque de crédit qui est susceptible de constituer la principale fonction entrepreneuriale de prise de risque pour la gestion permanente de l'actif et, par conséquent, un transfert de l'actif n'est en général pas admis si la gestion du risque de crédit n'est pas transférée. On trouvera un examen plus détaillé de cette question à la Partie III, Section D-2(ii)(c) et un examen du risque de crédit à la Partie III, Section B-3(iii)(a).

183. L'analyse fonctionnelle et factuelle devrait également être effectuée à la fois du point de vue de l'auteur du transfert et de son bénéficiaire. Par exemple, l'analyse fonctionnelle et factuelle peut montrer que le site chargé des fonctions de vente/négociation a géré les risques de change liés à un portefeuille d'actifs pendant une longue période, élaboré une stratégie de gestion du risque, mis en place des systèmes de suivi, etc., de sorte que même si un autre site finit par se charger de certaines fonctions limitées de gestion du risque de change liée à ce portefeuille, il ne serait pas justifié de considérer qu'il y a eu un transfert de ces risques.

184. Lorsqu'il y a transfert de certains des risques liés à un actif financier, par exemple lorsque le risque de crédit continue à être assumé par le siège alors que le risque de marché est transféré à l'ES, cela a une incidence sur l'attribution de capital (voir Section D-1(iii) ci-dessus). Le capital ne sera plus attribué uniquement au siège car une partie de ce capital est nécessaire pour couvrir les risques de marché pris et assumés par la suite par l'ES.

f) Transferts d'actifs financiers existants

185. Dans ce Rapport, on a envisagé jusqu'à présent le cas où l'actif financier est resté sur le site où il a été créé, sur la base du lieu où les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque qui ont conduit à sa création ont été exercées, ainsi que, dans la section précédente, le cas où les risques ont été transférés.

186. La question à examiner dans cette section est de savoir quelles sont les mesures à prendre lorsque les livres et registres comptables du contribuable montrent qu'un actif a été transféré par la suite vers une autre partie de l'entreprise. Selon l'approche autorisée de l'OCDE, il faut décider s'il y a lieu d'admettre un tel transfert. Comme on l'a vu à la Partie I de ce Rapport, l'approche autorisée de l'OCDE se fonde sur une analyse fonctionnelle pour rechercher s'il y a eu « un événement réel et identifiable » donnant lieu à une opération interne à prendre en compte en vue de l'attribution de bénéfices. Dans le cas d'un actif financier, un transfert comptable de cet actif doit s'accompagner d'un événement réel et identifiable, tel qu'un changement dans les fonctions liées à cet actif. Le transfert d'un actif financier existant là où il est enregistré comptablement sans transfert des fonctions ne donnerait lieu à aucune opération interne concernant cet actif. En pratique, la plupart des fonctions importantes en cours liées à un actif existant sont des fonctions de gestion du risque. Par conséquent, les indications qui figurent à la section précédente peuvent être appliquées.

187. Si le transfert d'actifs particuliers est considéré comme une opération interne conformément aux critères indiqués ci-dessus, l'étape suivante consiste à attribuer des bénéfices concernant cette opération interne. En général, l'analyse de comparabilité aboutira à conclure que le transfert de l'actif financier équivaut à une cession et à une acquisition supposées au prix du marché. La partie de l'entreprise qui acquiert l'actif financier se verra attribuer à la date d'acquisition les versements et perceptions ultérieures d'intérêts correspondant à la propriété économique de cet actif. Le capital libre sera également transféré du lieu où se trouve le vendeur de l'actif et attribué à l'acquéreur en garantie des risques liés à l'actif transféré (voir Section D-1(iii) ci-dessus). Il sera également nécessaire de prendre en compte les opérations internes entre le nouveau propriétaire de l'actif et les autres parties de l'entreprise exerçant les fonctions nécessaires

à la conservation de l'actif financier. Le prix de ces opérations internes sera fixé, comme on l'a vu, en appliquant les Principes directeurs par analogie.

g) Fonctions de soutien, fonctions intermédiaires ou fonctions de post-marché¹⁷

188. Dans une entreprise bancaire, il apparaît nécessaire de disposer d'une infrastructure considérable de services de soutien pour effectuer des opérations. Ces services couvrent toute une gamme d'activités, de la gestion stratégique à la centralisation de la paie et des fonctions comptables. L'existence de ces fonctions de soutien doit être envisagée dans l'attribution de bénéfices aux différentes parties de l'entreprise. Comme on l'a expliqué à la Partie I du Rapport, l'approche autorisée de l'OCDE doit appliquer les indications qui figurent dans les Principes directeurs, en particulier les Chapitres VII et VIII, pour déterminer s'il y a lieu de reconnaître les opérations internes effectuées dans le cadre des fonctions de soutien exercées dans les différentes parties de l'entreprise et définir les modalités de fixation de leurs prix. La même approche est adoptée pour fixer le prix des prestations de services internes de support d'une entreprise bancaire.

189. L'une des différences entre l'approche autorisée de l'OCDE et la situation actuelle au regard de l'article 7 est due au fait que, selon l'approche autorisée de l'OCDE, le principe de pleine concurrence est appliqué pour déterminer la rémunération du service rendu. Auparavant, il n'était possible de répartir que les coûts. L'application de ce principe tient compte non seulement du prix appliqué au service mais aussi, conformément aux indications du Chapitre VII, de la question de savoir si, dans des conditions de pleine concurrence, les deux parties auraient conclu un contrat pour la fourniture de ce service. Comme on l'a noté à la Partie I de ce Rapport, les critères qui figurent au paragraphe 7.6 des Principes directeurs s'avèreront utiles pour résoudre ces questions. De plus, l'application du principe de pleine concurrence peut aboutir à la fixation, pour le service rendu, d'un prix supérieur ou inférieur au montant des coûts supportés par le siège pour le fournir (voir paragraphe 7.33 des Principes directeurs).

190. Lorsque le siège ou une autre partie d'un établissement bancaire fournit à un ES des services centralisés qui sont similaires à ceux qui sont offerts par un fournisseur associé de services centralisés dans un groupe multinational, il est possible d'utiliser des techniques similaires à celles qui s'appliquent aux entreprises associées. Cependant, les services fournis par un siège ou une autre partie d'une entreprise intégrée peuvent être différents de ceux qui sont fournis par la société mère ou par des fournisseurs de services centralisés d'un groupe multinational. En conséquence, s'il est possible d'utiliser des techniques similaires à celles qui s'appliquent aux entreprises associées, il y a moins de chances que l'on puisse utiliser les méthodes du prix comparable sur le marché libre, de sorte que les méthodes fondées sur le prix de revient majoré pourraient être particulièrement utiles.

191. Entre des entreprises associées, les activités qui sont profitables à plus d'une entreprise sont parfois régies par des accords de répartition des coûts (ARCs). Les indications qui figurent au Chapitre VIII sur la détermination de la conformité d'un accord de répartition des coûts entre entreprises associées au principe de pleine concurrence peuvent être appliquées, par analogie, dans le contexte de l'ES. Un ARC est, comme toute autre transaction entre entreprises associées, un accord qui comporte des droits et obligations destinés à permettre la réalisation d'un objectif économique donné pour ses membres. Nonobstant le fait que l'ES ne constitue pas une entité distincte du reste de l'entreprise, les mêmes objectifs économiques peuvent néanmoins être repris entre l'ES et le reste de l'entreprise comme une

17 Les termes de « fonction intermédiaire » et de « fonction de post-marché » sont reprises ici car ils s'agit de termes courants dans la description des fonctions des établissements bancaires. Toutefois, comme on l'a vu au paragraphe 13 ci-dessus, l'approche autorisée de l'OCDE repose sur une analyse fonctionnelle et factuelle pour déterminer les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque et les autres fonctions, et non sur des désignations commodes.

construction théorique permettant de faciliter l'attribution de bénéfices à un ES. Toutefois, étant donnée l'absence de contrats entre les différentes parties de la même entreprise, les pays souhaiteront que l'entreprise qui présente certaines de ses activités comme faisant l'objet d'un ARC notionnel passe un seuil suffisant pour que les informations qu'elle communique à l'appui de sa position soient considérées comme fiables. Par conséquent, les pays pourraient faire peser sur les contribuables la charge d'établir et de produire, à la demande, le type de documentation à jour qui aurait été créé à l'appui d'un ARC réel organisé conformément aux orientations qui figurent au Chapitre VIII des Principes directeurs. Outre les informations concernant l'ARC théorique destinées à faire apparaître les intentions des participants, une analyse fonctionnelle et factuelle sera nécessaire afin de déterminer le comportement des participants et ainsi d'établir la vraie nature des relations économiques entre les différentes parties de l'entreprise. Il ne semble pas que des problèmes de principe particuliers se posent dans le cadre d'activités bancaires.

192. Enfin, il y a lieu de rappeler le paragraphe 7.37 des Principes directeurs qui est reproduit ci-dessous :

En principe, l'administration fiscale et le contribuable doivent s'efforcer d'établir le prix correct de pleine concurrence mais il ne faut pas oublier qu'il peut y avoir des raisons pratiques pour lesquelles une administration fiscale pourrait être exceptionnellement disposée, dans le cadre de ses pouvoirs discrétionnaires, à renoncer à évaluer et à imposer un prix de pleine concurrence pour la prestation de services, au lieu d'autoriser un contribuable dans les situations appropriées à simplement répartir les coûts de prestation de ces services. Par exemple, une analyse coûts-avantages pourrait montrer que les recettes fiscales additionnelles susceptibles d'être obtenues ne justifient pas les dépenses et les charges administratives qu'occasionnerait la détermination de ce que pourrait être dans certains cas un prix de pleine concurrence approprié. Dans de tels cas, la facturation de tous les coûts pertinents et non d'un prix de pleine concurrence pourrait donner un résultat satisfaisant pour les entreprises multinationales et les administrations fiscales. Cette concession n'est cependant guère probable de la part des administrations fiscales lorsque la fourniture d'un service constitue la principale activité de l'entreprise associée, lorsque l'élément de bénéfice est relativement important ou lorsqu'il est possible d'appliquer une méthode d'imputation directe pour déterminer le prix de pleine concurrence.

iii) *Fonctions d'agent ou d'intermédiaire*

193. Cette section traite de la situation décrite dans le Rapport de 1984 (paragraphe 73-75) où il arrive qu'« une succursale d'une banque se serve d'une autre succursale comme simple intermédiaire pour se procurer des fonds sur un marché financier étranger à ses propres fins. En fait, il se peut [que la seconde succursale] ne fournisse guère plus de services qu'un simple intermédiaire ». Elle ne traite pas des opérations internes « portant intérêt » entre une succursale et les services de trésorerie qui sont examinées à la Section D-2(ii)b). En outre, on admet dans cette section que l'existence d'un ES a déjà été mise en évidence au sens de l'article 5. La question de savoir si l'exercice des fonctions d'agent ou d'intermédiaire peut par lui-même aboutir à la création d'un ES en vertu de l'article 5 sort du cadre de ce Rapport.

194. L'importance de la constatation selon laquelle l'ES agit en tant qu'agent ou intermédiaire est liée au montant du bénéfice à attribuer au titre d'une telle fonction. Comme indiqué au paragraphe 73 du Rapport de 1984, cette fonction est « rémunérée non par des intérêts mais par une commission appropriée. La rémunération de ces fonctions pourrait prendre la forme d'un 'dédommagement' – un faible pourcentage des fonds collectés ou du bénéfice réalisé – si telle est la façon dont des entreprises indépendantes auraient conclu la transaction ». Le paragraphe 74 du Rapport de 1984 examine les justificatifs qui pourraient être exigés pour que les autorités fiscales admettent que la nature de la

transaction a consisté à intervenir comme agent ou comme intermédiaire. Le principal problème a été de s'assurer que « l'entité nationale n'a pas renoncé au profit de l'autre élément du groupe à un bénéficiaire qu'elle aurait pu s'assurer normalement en prêtant les fonds elle-même à un client indépendant ».

195. Les problèmes fiscaux et les préoccupations des autorités fiscales n'ont pas sensiblement changé depuis le Rapport de 1984. De plus, l'approche autorisée de l'OCDE devrait fournir un instrument utile pour déterminer si une opération interne particulière, à savoir le transfert de fonds d'une succursale à une autre, devrait être considérée comme comparable à une fonction de prêt, plutôt qu'à une fonction d'agent ou d'intermédiaire, avec la différence qui en résulte pour l'attribution de bénéfices. En particulier, la notion d'analyse fonctionnelle, tenant compte plus particulièrement des risques assumés, devrait permettre de procéder à cette détermination d'une manière conforme aux principes et cohérente.

196. La détermination aura lieu par référence aux fonctions réellement exercées par les parties à l'opération interne et aux circonstances dans lesquelles ces fonctions sont exercées. Par exemple, il ne peut pas y avoir de présomption, dans le cadre d'une opération interne faisant intervenir un ES et le siège, que l'ES agit en tant qu'agent ou intermédiaire pour le compte du siège. Les recommandations concernant l'analyse fonctionnelle qui intervient lors de la création d'un nouvel actif financier (paragraphe 7 ci-dessus) devraient plutôt permettre de déterminer quelles sont les fonctions nécessaires à la création de l'actif qui ont été exercées par les différentes parties de l'entreprise. En particulier, l'analyse détaillée de la principale fonction entrepreneuriale de prise de risque sera essentielle car elle permettra de déterminer la partie de l'entreprise qui a agi comme donneur d'ordres pour cette transaction, c'est-à-dire la partie de l'entreprise qui a pris la décision de lever les fonds, d'accéder au marché à une date particulière, la décision concernant les clauses à rechercher, etc.

197. De même que la prise de décision de lever des fonds, l'autre différence essentielle entre les fonctions « d'agent ou d'intermédiaire » et les fonctions de prêt réside dans la prise de risque. Si une banque emprunte des fonds pour les re-prêter, elle assume un certain nombre de risques. Par exemple, le risque de ne pas être en mesure de trouver un client pour ces fonds (éventuellement du fait de la survenance rapide d'une récession) ou à des conditions lui permettant de réaliser un bénéfice (éventuellement du fait de variations inattendues des taux d'intérêt du marché). C'est la prise en charge de tous les risques que comportent les transactions d'emprunt ou de prêt qui justifie en termes économiques, la rémunération intégrale de l'activité de prêt. Des fonctions d'agent ou d'intermédiaire se caractérisent par la suppression de tous les risques liés à l'exercice de cette fonction ou de la plupart d'entre eux. Dans l'exemple donné dans ce paragraphe, le risque serait supprimé si le donneur d'ordre était tenu d'accepter les fonds au taux auquel l'agent ou l'intermédiaire les a levés (plus la rémunération des services rendus par l'agent ou l'intermédiaire).

198. Suivant les indications données à la Partie I de ce Rapport, tous les faits et circonstances (y compris la documentation correspondante) dans lesquels a été effectuée l'opération supposée de l'agent ou de l'intermédiaire, devront être examinés afin de « déduire les relations économiques » entre les parties et, en particulier, la division des risques. Une fois que les conditions réelles de l'opération interne ont été ainsi déterminées, il est possible de savoir si ces clauses sont effectivement compatibles avec l'exercice de fonctions d'agent ou de l'intermédiaire.

199. En conclusion, il apparaît que la détermination de la vraie nature d'une opération interne « d'agent ou d'intermédiaire » ne pose pas de problème insurmontable, sous réserve qu'il soit procédé à un examen complet de l'ensemble des circonstances économiques dans lesquelles elle a été effectuée. Les indications qui figurent au Chapitre I des Principes directeurs devraient être d'une utilité considérable à cet égard.

200. Une fois que l'on a déterminé la nature véritable de l'opération interne, la question se pose encore de savoir comment attribuer les bénéfices aux différentes parties à cette opération interne. A cet égard, la notion d'analyse de comparabilité est importante – les bénéfices seront attribués à l'opération interne par référence à des transactions entre parties indépendantes qui sont « comparables » au sens du Chapitre I des Principes directeurs. Les facteurs de comparabilité les plus importants sont susceptibles d'être l'analyse fonctionnelle (le type exact de fonction d'agent ou d'intermédiaire et les risques éventuels qui sont pris (ainsi l'agent ou l'intermédiaire supporte-t-il un risque, par exemple le risque de marché, même pendant une courte durée) et les caractéristiques de la transaction (voir paragraphe 1.19 des Principes directeurs et paragraphe 148 de ce Rapport), en particulier le montant des fonds levés et la devise utilisée.

201. Cependant, il ne faut pas non plus négliger les autres facteurs mentionnés au Chapitre I, même si ce n'est que pour les rejeter comme n'étant pas pertinents. Par exemple, si l'opération d'intermédiaire porte sur des dollars américains, les indications sur les circonstances économiques (voir paragraphe 1.30 des Principes directeurs) sont susceptibles d'avoir moins d'importance, car des comparables sont susceptibles d'être observés sur un marché similaire et dans des conditions de marché similaires étant donné l'importance, la liquidité et le caractère global du marché des capitaux libellés en dollars américains. La situation pourrait être différente pour une opération interne effectuée dans une monnaie peu liquide ou pour laquelle un petit nombre de participants occupent une position dominante sur le marché pour lever des fonds.

202. Le fait de disposer de données comparables est susceptible de déterminer la méthode choisie pour l'attribution de bénéfices. Des transactions d'agent ou d'intermédiaire interviennent entre des parties indépendantes sur les marchés de capitaux et, par conséquent, des données concernant le marché devraient être souvent disponibles. Ces données sont susceptibles de prendre la forme de prix comparables potentiels sur le marché libre, souvent définis comme une « marge » sur les fonds empruntés. Le montant de cette marge serait déterminé à partir des transactions sur le marché qui sont conformes au critère de comparabilité des Chapitres I et II des Principes directeurs (voir ci-dessus pour les facteurs à prendre en compte).

203. Dans d'autres cas, il est possible de trouver des prix comparables sur le marché libre sous forme de redevances ou commissions, bien que de telles données puissent souvent être converties à des fins de comparaison en une « marge » de taux d'intérêt. Il ne faut pas laisser de côté des données comparables simplement parce qu'elles sont présentées sous une forme différente. Cependant, lorsqu'il n'est pas possible de localiser des transactions comparables sur le marché libre, les autres méthodes approuvées dans les Principes directeurs devront être appliqués afin de résoudre le problème.

ANNEXE – APPROCHES BASÉES SUR LE RATIO DE LA BRI

1. Une utilisation « pure » du ratio de la BRI consiste à prendre en compte le ratio BRI de la banque dans son ensemble pour attribuer à la fois les fonds propres de base et les fonds propres complémentaires à un ES. Cette méthode signifie que l'ES est doté proportionnellement de la même structure de capital réglementaire que la banque dans son ensemble - le ratio obtenu en comparant les actifs de l'établissement stable pondérés des risques au total des actifs pondérés des risques de l'entité dans son ensemble est utilisé pour attribuer à la fois les fonds propres de base et les fonds propres complémentaires prévus par la réglementation. Selon cette approche, l'attribution de capital inclurait à la fois des instruments de dettes et de capital pour les besoins fiscaux.

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

3. Les règles applicables à la qualification des dettes et fonds propres dans le pays de l'établissement stable seraient alors appliquées aux fonds propres de base et aux fonds propres complémentaires attribués à l'ES pour déterminer les postes qui donneraient droit à une déduction d'intérêt et qui devraient être fiscalement traités comme du capital « libre », selon la législation interne du pays d'accueil. Par exemple, la déduction « d'intérêts » sur 10 % de la dette perpétuelle subordonnée de la banque attribués à l'ES pourrait n'être pas autorisée dans le pays de l'ES parce que la dette perpétuelle subordonnée est fiscalement traitée comme des fonds propres dans ce pays et que par conséquent la déduction de tout « intérêt » sur ces instruments n'est pas autorisée. Il est fait observer que les règles de qualification des dettes et fonds propres pour les instruments financiers peuvent varier d'un pays à l'autre et que ces différences peuvent se traduire par une double imposition ou par une non imposition. S'il est peut-être souhaitable d'atténuer les différences de réglementation de ce type entre les pays, cette question ne relève pas de l'approche autorisée de l'OCDE car son importance ne se limite pas aux seuls ES.

4. Un certain nombre de pays membres de l'OCDE appliquent une approche basée sur le ratio de la BRI qui consiste à n'utiliser ce ratio que pour attribuer le capital « libre » à un ES (l'approche du ratio de la BRI « corrigé »).

5. Pour reprendre le même exemple qu'au paragraphe 2 ci-dessus, la première étape de l'approche du ratio de la BRI « corrigé » consiste à appliquer les définitions fiscales des capitaux empruntés/fonds propres du pays de l'ES aux fonds propres de base et aux fonds propres complémentaires de l'entreprise dans son ensemble. Cela permettrait de déterminer (« de toiletter ») les postes qui seraient considérés comme du capital « libre » en vue de l'imposition selon la législation interne du pays d'accueil. Par exemple, la dette à terme subordonnée et la dette perpétuelle subordonnée peuvent être fiscalement considérées comme des dettes dans le pays d'accueil et par conséquent ne pas être traitées comme du capital « libre » qu'il y a lieu d'attribuer à l'établissement stable. Si les actifs pondérés en fonction du

risque de l'établissement stable étaient égaux à 10 % des actifs pondérés en fonction du risque de l'entreprise dans son ensemble, l'étape suivante consisterait à attribuer à l'établissement stable 10 % du capital « libre » de la banque (c'est-à-dire 4 % du capital social ordinaire et 2 % des bénéfices non distribués). Il y a lieu de souligner que selon cette approche il n'y aurait pas d'attribution à l'établissement stable d'une part proportionnelle des éléments de fonds propres de base ou de fonds propres complémentaires qualifiés de dette en vertu des règles de définition des dettes/fonds propres utilisées en vue de l'imposition dans le pays de l'ES.

PARTIE III : CONSIDÉRATIONS PARTICULIÈRES SUR L'APPLICATION DE L'APPROCHE AUTORISÉE DE L'OCDE AUX ÉTABLISSEMENTS STABLES D'ENTREPRISES EFFECTUANT DES TRANSACTIONS MONDIALISÉES SUR INSTRUMENTS FINANCIERS

A. Introduction

1. La Partie I du présent Rapport décrit les principes qui sous-tendent l'approche autorisée de l'OCDE et fournit des directives concernant l'application pratique de ces principes dans le cadre de l'attribution de bénéfices aux établissements stables (ES) en général. Cependant, il a été jugé nécessaire de fournir des directives particulières et pratiques ciblées sur l'application de l'approche autorisée de l'OCDE dans des situations factuelles courantes. La Partie II du Rapport examine les considérations particulières qui doivent être prises en compte dans l'application de l'approche autorisée de l'OCDE pour l'attribution de bénéfices à un ES exerçant des activités bancaires traditionnelles, qui consistent à emprunter et à prêter des fonds.

2. Cette Partie du Rapport (Partie III) traite des transactions mondialisées sur instruments financiers, activité qui est généralement exercée par des banques mais aussi par des établissements financiers non bancaires. L'accent est mis en particulier sur la manière dont l'approche autorisée de l'OCDE s'applique à un certain nombre de situations factuelles dans lesquelles se trouvent généralement les entreprises qui effectuent des transactions mondialisées par l'intermédiaire d'un ES. Le point de départ de cette analyse est naturellement le document de 1998 de l'OCDE intitulé : « La fiscalité des transactions mondialisées sur instruments financiers » (« Rapport sur les transactions mondialisées »).

3. Toutefois, depuis la publication du Rapport sur les transactions mondialisées, il s'est produit sur les marchés financiers au niveau mondial des changements qui affectent les transactions mondialisées sur instruments financiers (par exemple, l'utilisation croissante d'instruments de dérivés de crédit). Surtout, depuis 1998, des changements sont intervenus au niveau conceptuel en ce qui concerne l'imposition des établissements stables et notamment l'application du principe de pleine concurrence de l'Article 7(2). Cela a abouti à l'établissement de l'approche autorisée de l'OCDE exposée à la Partie I de ce Rapport. Les réflexions ont également été poursuivies en ce qui concerne l'application du principe de pleine concurrence de l'Article 9 et des orientations données au sujet de ce principe dans les principes applicables en matière de prix de transfert de l'OCDE (« les Principes directeurs ») en cas de transactions mondialisées entre entreprises associées. On a examiné plus particulièrement l'application de la méthode de répartition des bénéfices, la prise de risques et l'évaluation de la rémunération de l'apport de fonds propres.

4. La Partie III du Rapport a donc pour objet d'actualiser les questions et situations exposées dans le Rapport sur les transactions mondialisées et de donner des indications sur l'application des Articles 7 et 9 aux transactions mondialisées. La Section B décrit le champ d'application de la Partie III en donnant une définition des transactions mondialisées et contient ensuite une analyse fonctionnelle et factuelle des transactions mondialisées. La Section C examine l'application des principes aux transactions mondialisées effectuées entre entreprises associées. La Section D examine la manière dont l'approche autorisée de l'OCDE s'applique à un ES d'une entreprise effectuant des transactions mondialisées sur instruments financiers (« un ES effectuant des transactions mondialisées »).

5. La Partie III du Rapport examine seulement les questions relatives aux prix de transfert dans le cadre des relations entre entreprises associées et l'attribution des revenus et des dépenses au sein d'une

entité juridique unique qui intervient lorsque les transactions mondialisées sur instruments financiers sont effectuées dans plusieurs juridictions. D'autres questions relatives aux transactions mondialisées ne sont pas envisagées. Par exemple, la question de la source des revenus de produits financiers et l'application éventuelle d'une retenue à la source aux revenus de produits financiers ne sont pas examinées¹. La Partie III n'examine pas non plus la question de savoir s'il existe un ES pour une transaction mondialisée particulière, par exemple par l'intermédiaire d'un agent dépendant. Plus particulièrement, la Partie III n'examine pas la question du seuil défini à l'article 5(5) pour les établissements stables, de sorte que le présent Rapport ne peut être interprété comme modifiant ou abaissant le seuil actuel. Le Rapport vise plutôt à fournir des directives sur les modalités d'attribution des bénéfices lorsque l'existence d'un ES est établie en fonction des règles actuellement contenues dans les paragraphes (5) et (6) de l'Article 5 et de l'interprétation qui en est faite. En conséquence, les fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque évoquées dans la Partie III doivent être uniquement utilisées pour déterminer le bénéfice ou la perte convenable devant être attribué à un ES et non pour déterminer si un ES existe. La Partie III n'aborde pas non plus les questions de prix de transfert ou d'attribution liées à d'autres activités transnationales exercées par des établissements financiers, notamment les fusions-acquisitions, les services de conseil sur les marchés financiers, la titrisation d'actifs ou d'instruments financiers, la prise ferme de titres ou la gestion de fonds. Il convient de noter que selon l'approche autorisée de l'OCDE, il y a lieu d'appliquer les mêmes principes pour attribuer les pertes que pour attribuer les bénéfices. Par conséquent, les références à l'attribution des « bénéfices » s'appliquent également à l'attribution des pertes.

6. Un rapport de référence sur la Partie III a été publié pour commentaires le 4 mars 2003. Au total, 19 réponses ont été envoyées par les milieux d'affaires et par des associations bancaires et des cabinets-conseils. En raison de la complexité des questions, une consultation a eu lieu à Genève en mars 2004. Une Partie III révisée, tenant compte des commentaires reçus et des discussions qui ont eu lieu à Genève, a été diffusée aux commentateurs précédents en août 2004 pour commentaires, et une rencontre avec ceux-ci a eu lieu en octobre 2004. La présente version de la Partie III tient compte de cette consultation et des commentaires reçus.

B. Définition et analyse fonctionnelle et factuelle d'une entreprise effectuant des transactions mondialisées

7. La présente section commence par définir ce que l'on entend par transactions mondialisées et les catégories de revenus qui résultent de ces transactions. Elle décrit ensuite le contexte factuel des transactions mondialisées, en mettant l'accent sur les circonstances économiques et les stratégies des entreprises avant de décrire d'une manière générale les différentes fonctions qui constituent les transactions mondialisées. Cette analyse fonctionnelle et factuelle est essentielle pour que l'examen, dans la suite de ce Rapport, des problèmes de fixation des prix de transfert et d'attribution de bénéfices générés par les transactions mondialisées sur produits financiers, repose sur des bases solides et une analyse exacte de la situation factuelle actuelle. En fait, une telle analyse constitue une étape préliminaire essentielle pour l'application des principes à la détermination des prix de transfert pratiqués entre entreprises associées et à l'attribution de bénéfices à un ES conformément à l'approche autorisée de l'OCDE. Conformément à l'approche indiquée au Chapitre I des Principes directeurs, l'analyse des fonctions exercées tient compte des actifs utilisés et des risques assumés dans l'exercice de ces fonctions.

B-1 Définition des transactions mondialisées sur instruments financiers

8. Dans le secteur financier, le terme « transactions mondialisées » est devenu l'expression passe-partout qui met l'accent sur la capacité des institutions financières d'exécuter les ordres des clients

1 Non plus que ne l'est la question de l'application d'une retenue à la source à l'égard d'actifs qui sont considérés selon l'approche autorisée de l'OCDE comme appartenant à plus d'une partie de l'entreprise.

sur les marchés de produits financiers dans le monde entier et/ou 24h sur 24. Cette activité comprend la souscription et la distribution de produits au niveau mondial, en agissant comme teneur de marché pour les titres au comptant (c'est-à-dire les marchés traditionnels d'obligations et d'actions) et comme courtier pour les instruments dérivés², dans le cadre de transactions effectuées pour le compte de clients sur les marchés de valeurs mobilières et de marchandises du monde entier, et la mise au point de nouveaux produits tels que les dérivés de crédit pour répondre aux besoins des clients de l'institution financière. Les revenus obtenus par l'établissement financier comprennent les intérêts et dividendes reçus au titre du portefeuille qu'il est tenu de conserver afin de pouvoir intervenir en tant que teneur de marché sur les titres au comptant, les gains réalisés sur les ventes de ce portefeuille, les revenus de contrats portant sur un principal notionnel, et autres produits dérivés sur le marché de gré à gré conclus avec des clients, les commissions perçues pour la mise en place de transactions, les gains résultant de transactions sur titres de créances, les revenus de prêts d'actions et d'opérations de mise en pension et les commissions perçues au titre des transactions boursières exécutées pour le compte de clients.

9. Les entreprises qui effectuent ce type de transactions mondiales peuvent également s'efforcer de réaliser des bénéfices en anticipant l'évolution des variables du marché (telles que les taux d'intérêt, les taux de change ou les prix) qui affectent la valeur de leurs portefeuilles. Ce type d'opération implique l'exposition délibérée du portefeuille aux modifications des variables du marché et est parfois désignée sous le nom de « prise de position pour compte propre ». Certaines entreprises gèrent des positions pour compte propre au niveau mondial ou 24h sur 24 mais ne jouent pas le rôle de teneurs de marché. Toutefois, dans cette note, le terme de « marché mondial » s'applique essentiellement aux entités qui exercent des activités de teneur de marché au niveau mondial ou 24h sur 24, mais il peut également s'appliquer à la négociation et au courtage d'instruments financiers dans le cadre de transactions de détail lorsqu'une partie de l'activité est exercée dans plus d'un territoire.

10. Bien que l'entité qui effectue des opérations sur le marché mondial soit généralement présente dans plusieurs des trois grandes zones horaires, la présente analyse est axée sur les problèmes fiscaux qui se posent chaque fois que des produits financiers sont offerts aux clients dans plusieurs pays (même à l'intérieur de la même zone horaire). Ces activités sont au cœur du problème des transactions mondialisées car elles exigent la détermination de prix de transfert entre des entreprises associées ou, lorsque des établissements stables sont en cause, l'imputation des revenus et des dépenses au sein d'une entité juridique unique opérant dans différents pays. En résumé, aux fins du présent Rapport, les transactions mondialisées sur instruments financiers sont définies par référence au fait qu'une partie de l'opération se déroule dans plusieurs pays.

B-2 *Situation factuelle*

11. Cette section décrit le cadre des transactions sur le marché mondial. Elle comporte trois parties. La première partie décrit le contexte commercial dans lequel sont effectuées les transactions mondialisées. La seconde partie décrit les stratégies que peuvent adopter les entreprises effectuant des transactions sur le marché mondial. La troisième partie décrit les différentes structures organisationnelles que peuvent adopter les entreprises effectuant des transactions mondialisées.

2 Un instrument dérivé est un droit contractuel qui tire sa valeur de celle d'un autre instrument, tel qu'un titre de dette, une action, une marchandise ou un indice spécifique. Les instruments dérivés les plus courants sont les contrats à terme de gré à gré, les contrats à terme standardisés, les options et les contrats sur principal notionnel tels que les échanges financiers, les contrats de taux plafond, les contrats de taux plancher, les contrats de tunnel de taux et les produits dérivés du crédit. Contrairement aux titres de dette et aux actions traditionnels, ces instruments ne comportent pas en général de revenus sur un investissement initial.

i) *Le contexte commercial*

12. Il est difficile de généraliser en ce qui concerne la structure d'une entreprise effectuant des transactions sur le marché mondial dans la mesure où la manière dont les opérations sont effectuées dépend d'un certain nombre de facteurs. Ceux-ci sont notamment a) le type d'établissement qui effectue la transaction, b) le produit qui fait l'objet de cette transaction et c) les technologies disponibles. Ces facteurs sont examinés successivement ci-après.

a) Les établissements

13. Les transactions mondialisées sont désormais effectuées par de nombreuses catégories d'établissements financiers, bien que les banques commerciales et les banques d'investissement tiennent souvent une place prépondérante sur le marché. Ces entités disposent des ressources requises pour développer ou pour se procurer les compétences nécessaires en matière d'achat et de vente de titres ainsi que les fonds propres indispensables pour effectuer des opérations au niveau mondial. Tous les établissements effectuant des transactions mondialisées sont soumis à des réglementations, mais celles-ci varient, notamment selon le type d'établissement concerné. Les autorités de tutelle veillent à ce que les entreprises financières sous leur contrôle évaluent correctement les risques auxquels elles sont exposées et disposent de capitaux à long terme suffisants pour couvrir ces risques.

14. L'obligation de disposer de fonds propres suffisants a abouti à l'adoption de diverses structures nouvelles que les entreprises effectuant des transactions sur le marché mondial ont mises en place afin de donner à leurs clients l'assurance qu'elles sont suffisamment dotées en fonds propres pour assumer et gérer les risques résultant de ces transactions. Afin de participer aux transactions concernant des produits dérivés sur le marché de gré à gré :

- Certains opérateurs ou banques d'investissement qui ne sont pas suffisamment bien notés pour effectuer de telles transactions directement ont créé des filiales notées AAA pour intervenir comme teneurs de marché sur des produits dérivés. Ces entités peuvent ensuite effectuer des transactions symétriques pour transférer le risque de marché là où ce risque peut être géré le plus efficacement, tout en maintenant le risque de crédit dans le cadre de la filiale.
- D'autres établissements financiers ont créé des filiales spécialisées dans les produits dérivés, surtout pour échapper à certaines contraintes réglementaires qui s'appliqueraient à la société mère. Dans ce cas, le risque est géré dans le cadre de la filiale au lieu d'être transféré à la société mère.

b) Les produits

15. Il est désormais possible d'acquérir pratiquement n'importe quel produit financier, ainsi que la plupart des devises, beaucoup de titres d'emprunt (et notamment les titres d'état) et certaines actions et certains produits de base à toute heure du jour ou de la nuit. On peut donc dire que presque tous les produits financiers font l'objet de transactions mondialisées. Cependant, le volume de ces transactions sur les différents produits varie beaucoup, les marchés les plus actifs étant ceux qui portent sur certaines devises et certains instruments dérivés, tandis que les marchés des actions sont peut-être les plus localisés.

16. Un établissement financier peut intervenir comme opérateur sur des instruments dérivés en proposant de conclure des contrats provisoires avec des clients. Dans le cadre des contrats concernant des produits dérivés négociés de gré à gré, le « produit » est créé lorsque l'établissement financier conclut le contrat sur instrument dérivé avec l'utilisateur final. L'établissement financier reste partie à la transaction jusqu'à ce qu'elle arrive à maturité ou qu'il transmette ses droits et obligations à un tiers ou conclut un accord avec l'autre partie pour mettre fin à la transaction.

17. L'établissement financier peut intervenir uniquement comme courtier pour le compte d'un client qui souhaite conclure des contrats sur produits dérivés négociés en bourse. Dans ce cas, le client conclut habituellement la transaction avec le courtier, lequel traite ensuite avec la place boursière ou chambre de compensation. En conséquence, si le courtier peut être désigné comme un « mandant ne prenant aucun risque », il peut de fait assumer le risque de crédit lié au client, selon que celui-ci est tenu de fournir une marge ou autre garantie pour compenser tout ou partie de ce risque de crédit. Comme le courtier n'assume pas le risque de marché, l'établissement financier ne possède pas dans son portefeuille de « position » lui permettant de réaliser des bénéfices et les revenus que le courtier tire de la transaction consistent en une commission généralement payée d'avance par le client de l'établissement.

c) La technologie disponible

18. Les progrès technologiques permettent aux dirigeants, aux opérateurs (*traders*), aux vendeurs et au personnel administratif de repérer, d'évaluer et de déterminer le risque résultant de milliers de transactions effectuées dans le monde entier en « temps réel ». Les intermédiaires financiers ont investi des sommes considérables dans la mise au point de systèmes qui leur permettent de relier les risques entre eux et d'élaborer des stratégies de couverture de manière à gérer les risques qu'ils prennent pour le compte de leurs clients, sans que les sociétés se trouvent exposées à des niveaux absolus de risques inacceptables en cas de fluctuations du marché.

ii) *Stratégie commerciale*

19. Les différences de stratégies commerciales, même entre les établissements qui opèrent sur des instruments dérivés, peuvent avoir une incidence sur le lieu où sont effectuées les transactions et sur les modalités de celles-ci (et par conséquent sur l'analyse fonctionnelle des transactions en vue de l'imposition).

20. Les établissements peuvent poursuivre des objectifs différents en matière de couverture géographique. Certains s'efforcent de couvrir tous les marchés et toutes les clientèles possibles, alors que d'autres préfèrent se concentrer sur leur clientèle traditionnelle dans leur pays d'origine (et éventuellement sur les filiales de ces clients établies dans d'autres pays).

21. Une autre différence réside dans le degré de risque que les établissements sont disposés à accepter. Par exemple, un établissement peut décider (ou y être obligé par les autorités réglementaires) d'exercer ses activités de manière prudente, en prenant peu de risques sans couverture et en tirant la majeure partie de ses revenus de la « marge » entre le prix de vente et le prix d'achat. D'autres établissements tirent une part importante de leurs revenus de la prise de positions non couvertes en engageant leurs propres capitaux afin de réaliser des gains substantiels. En général, il semble que les autorités réglementaires soient disposées à autoriser les entreprises d'investissement à prendre davantage de risques non couverts que les banques et compagnies d'assurances, qui ont des obligations vis-à-vis des particuliers titulaires de dépôts ou des assurés.

22. Les établissements diffèrent également quant aux instruments sur lesquels ils choisissent d'effectuer leurs opérations. Dans certains cas, l'établissement peut penser être plus compétitif en se spécialisant, par exemple dans le montage financier de transactions sur produits dérivés de gré à gré afin de répondre aux besoins particuliers de sa clientèle. Cette stratégie, qui a été suivie par certaines maisons de produits dérivés bien connues, fait appel à un grand nombre de personnes hautement qualifiées et très bien rémunérées et nécessite pour être rentable une marge élevée sur chaque transaction.

23. D'autres établissements qui sont teneurs de marchés ont pour objectif d'effectuer un grand nombre de transactions assez classiques et courantes. Bien que le bénéfice réalisé sur chaque transaction

soit relativement faible, le niveau de risque est aussi relativement faible³ et ces établissements peuvent compter sur un bénéfice assez stable résultant directement du volume des transactions. D'autres établissements encore combinent des éléments propres à chacune de ces deux stratégies.

24. Enfin, d'autres établissements financiers ne considèrent pas que leur fonction principale soit d'être des « teneurs de marchés » mais estiment que leurs transactions sur produits dérivés constituent un élément nécessaire de leurs activités d'intermédiaires financiers offrant une gamme complète de services. Certains des produits proposés par ces intermédiaires peuvent être des produits d'appel ou des produits non rentables, destinés à faciliter d'autres activités. Dans ce cas, l'établissement financier effectue normalement des opérations de couverture des positions de ses clients et les bénéfices résultent de la capacité de cet établissement de leur offrir tous les produits de base qu'ils peuvent s'attendre à obtenir.

25. A la suite de la libéralisation des marchés de capitaux, un certain nombre d'établissements financiers ont élaboré des stratégies axées sur la création de sociétés de services financiers intégrées. Des banques et des sociétés de bourse ont fusionné ; les compagnies d'assurances et les sociétés de crédit-bail vont sans doute engager un processus d'intégration, si elles ne l'ont déjà fait. En outre, les établissements financiers qui se sont vu interdire par les autorités de tutelle d'exercer directement certaines catégories d'activités ont cherché à le faire indirectement, soit en prenant le contrôle d'autres sociétés de services financiers, soit en créant des entités spécialisées pour exercer ces activités.

iii) *Organisation des activités*

26. Les entreprises qui effectuent des transactions sur le marché mondial peuvent utiliser diverses structures et formes juridiques pour exercer leurs activités. Certaines opèrent exclusivement par l'intermédiaire d'ES, d'autres par l'intermédiaire d'entités juridiques distinctes (qui peuvent intervenir pour leur propre compte ou en tant qu'agents dépendants d'autres entités), tandis que d'autres utilisent une combinaison d'ES et d'entités juridiques distinctes. Dans ce contexte, il convient de noter que l'approche autorisée de l'OCDE a pour objectif non pas d'atteindre l'égalité du résultat entre la succursale et la filiale en termes de bénéfices, mais plutôt de mettre en œuvre les principes en matière de prix de transfert qui s'appliquent aux entreprises associées dans le cadre de l'attribution de bénéfices à un ES. Sur le plan économique, l'utilisation d'une filiale est habituellement différente de celle d'un ES. L'application de l'approche autorisée de l'OCDE ne va pas aboutir à l'égalité du résultat entre filiales et ES présentant des différences économiques. La forme juridique choisie, soit un ES ou une filiale, peut avoir des effets sur le plan économique qui devraient être reflétés dans la détermination des bénéfices imposables. Il n'est pas rare que les entreprises exercent leurs activités par l'entremise d'établissements stables plutôt que d'entités distinctes justement parce que la structure d'un ES permet d'optimiser l'utilisation des capitaux, de diversifier les risques, de faire des économies d'échelle, etc. ce qui augmente la rentabilité de la structure.

27. Outre la diversité des structures juridiques, il existe un nombre presque illimité de structures que les entreprises effectuant des transactions sur le marché mondial peuvent utiliser indépendamment de la structure juridique adoptée. Toutefois, la plupart des structures de transactions peuvent être représentées selon un schéma continu, comprenant à l'une des extrémités ce que l'on désigne désormais sous le nom de modèle « des transactions intégrées », à l'autre extrémité le modèle de « l'entreprise distincte » et à un niveau intermédiaire le modèle de la « gestion centralisée des produits ». Les caractéristiques de ces différents modèles sont indiquées dans cette section. On notera que les modèles sont définis uniquement en fonction de l'organisation des activités de transaction et de gestion des risques. Le fait qu'une transaction mondialisée particulière soit rangée dans l'un des modèles ci-dessus n'implique donc pas que d'autres

3 À noter que des risques significatifs peuvent aussi apparaître dans les transactions classiques, comme en témoigne l'annonce inattendue faite par le Trésor des Etats-Unis en 2001, à savoir qu'il cesserait d'émettre des obligations à 30 ans.

activités telles que la commercialisation et le support sont organisées de la même manière que la négociation et la gestion des risques. En fait, la dynamique des entreprises est orientée vers la décentralisation de ces fonctions afin de se rapprocher géographiquement du client. Il faut en tenir compte lorsqu'on procède à une analyse fonctionnelle.

a) Transactions intégrées

28. Le modèle des transactions intégrées présente les caractéristiques suivantes :

- Les opérateurs de chaque place financière (en général, Londres, New York et Tokyo ou Hong Kong) fixent les prix et effectuent des arbitrages sur un « portefeuille » de positions pendant les heures d'ouverture du marché sur cette place. Le portefeuille se compose de risques de marchés individuels qui ont été agrégés dans la mesure où ils sont suffisamment similaires pour se prêter à des arbitrages et à une corrélation internes ; c'est le cas par exemple d'un portefeuille de taux d'intérêt variable libellé en euros (voir le paragraphe 53 pour une description détaillée).
- Lorsque les marchés ferment sur une place financière, la responsabilité de la gestion du « portefeuille » est transmise à l'établissement qui opère sur la place suivante pour laquelle les positions ouvertes constituent le point de départ des transactions. Les opérateurs de la nouvelle place financière peuvent fermer les positions qui leur ont été transmises et en ouvrir de nouvelles. Indépendamment de la « transmission de portefeuille », les transactions sont de plus en plus effectuées d'une manière continue, les opérateurs d'une place donnée travaillant en même temps et sur le même portefeuille que les opérateurs d'une autre place. Lorsque des transactions mondialisées sont effectuées entre des entreprises associées, le changement d'autorité en matière de transaction ne s'accompagne pas d'un changement de propriété juridique du portefeuille, quoique selon les faits et circonstances, la deuxième entreprise associée peut donner lieu à un ES-agent dépendant pour le propriétaire juridique du portefeuille (la Section D-3 fournit quelques indications pour les cas où l'existence d'un ES-agent dépendant est constatée).
- La localisation du portefeuille n'indique pas où ont été exercées les fonctions nécessaires pour assumer le risque. D'ordinaire, les risques de crédit et de marché sont combinés dans un portefeuille de risques similaires puis gérés en permanence par tous les sites de négociation.
- Des limites globales aux transactions sont en règle générale fixées par un comité, lequel peut centraliser ou non la gestion des opérations. Il peut y avoir un opérateur en chef pour chaque établissement (ou un seul opérateur en chef pour l'ensemble du portefeuille), dont la participation varie selon les circonstances. Par exemple, à l'extrême, un opérateur en chef pourrait directement conclure des transactions particulières à son appréciation, ou sa tâche pourrait se limiter à allouer l'ensemble des limites de risque parmi les opérateurs.

29. Beaucoup d'établissements effectuent de la sorte des opérations d'options sur devises (par opposition aux transactions au comptant et à terme).

b) Gestion centralisée des produits

30. Le modèle de la gestion centralisée des produits présente les caractéristiques suivantes :

Tous les risques de marché d'un produit donné sont centralisés et gérés dans un seul établissement. Par exemple, les opérations sur fonds d'État britanniques peuvent être gérées

par la succursale de Londres et les opérations sur les bons du Trésor des États-Unis par la succursale des États-Unis. La décision d'implantation de l'établissement centralisé dépend d'un ensemble de considérations commerciales telles que la liquidité du marché, les possibilités d'effectuer des opérations de couverture, la concurrence, les stratégies commerciales, la localisation des clients et du personnel qualifié. Par conséquent, la localisation de chaque établissement peut varier dans le temps, de même que les facteurs commerciaux.

L'établissement financier laissera ses autres centres effectuer des opérations de vente mais il exigera que ces établissements (désignés ci-dessous sous le nom de bureaux d'origine) transfèrent à l'établissement central la responsabilité de la gestion du risque de marché (« transactions adossées »). Ce transfert est réalisé à l'aide d'une des deux méthodes suivantes :

- La transaction est enregistrée directement dans l'établissement de gestion centralisée. Dans ce cas, le risque de crédit s'ajoutant au risque de marché est déclaré dans l'établissement central ;
- L'établissement chargé de la vente effectue une transaction inverse avec un opérateur de l'établissement centralisé sous forme d'une transaction intersuccursales (ou intersociétés) (« transactions adossées ») transférant ainsi à cet établissement la responsabilité de la gestion du risque de marché. Dans ce cas, le risque de crédit continue d'être l'établissement ayant initié la transaction. Toutefois, l'établissement chargé de la vente peut encore être exposé à un risque de marché pour la période qui s'écoule entre le moment où la transaction est engagée et le moment où la transaction inverse est effectuée, par exemple si cette opération n'a pas lieu avant la fin de la séance boursière. Il convient de noter que l'augmentation croissante de la centralisation des activités post-marché en vue de réduire les coûts d'exploitation, la tendance générale est d'éliminer les transactions adossées.

31. L'établissement centralisé peut se trouver ou non au même endroit que le site naturel⁴ ou que le principal marché.

32. Il semble que l'approche de la gestion centralisée des produits soit le plus souvent appliquée aux opérations portant sur des titres matérialisés. Cependant, cette structure est également utilisée pour d'autres produits, notamment les produits dérivés.

c) Transactions par des entreprises distinctes

33. Les transactions par des entreprises distinctes présentent les caractéristiques suivantes :

- Chaque établissement, qu'il prenne la forme d'une filiale ou un ES, opère comme s'il s'agissait d'un centre de profit distinct, disposant de ses propres vendeurs et opérateurs et de son propre portefeuille comprenant les produits qu'il vend.
- Les différents établissements peuvent poursuivre des stratégies différentes dans leurs opérations et effectuer en fait des opérations avec d'autres établissements. Ainsi, les différents ES d'une banque peuvent se retrouver avec des positions inverses, à la suite de transactions de détail, et chercheront sans doute à fermer ces positions au moyen de transactions avec d'autres parties de la même entité juridique.

4 Certains produits tels que les obligations d'État peuvent avoir un marché primaire – parfois appelé « site naturel » – où se déroulent la plupart des transactions sur le produit en question.

- Normalement, la prise d'un risque de crédit et d'un risque de marché intervient dans l'ES, de même que la gestion ultérieure de ces risques.
- Un comité central fixe des limites globales aux opérations de chaque établissement mais ne contrôle pas les opérations qui sont effectuées à l'intérieur de ces limites.

34. Beaucoup de banques utilisent le modèle de l'entreprise distincte pour leurs opérations au comptant et à terme concernant les devises qui sont le plus souvent échangées.

d) Caractère dynamique et flexible des opérations mondialisées

35. Une banque peut utiliser une combinaison des modèles décrits ci-dessus pour ses différentes catégories d'opérations. Par exemple, son portefeuille en devises peut faire l'objet de transactions selon le modèle de l'entreprise distincte tandis que ses transactions sur des titres matérialisés peuvent être fondées sur le modèle de la gestion centralisée des produits.

36. Par ailleurs, il est important de souligner que si ces modèles de transactions constituent un moyen commode de faire apparaître les différentes modalités selon lesquelles les transactions peuvent être effectuées, il est possible que les opérations d'une entreprise particulière ne cadrent pas exactement avec l'un de ces modèles. Par exemple, la responsabilité des opérations peut n'être ni totalement transférée à un établissement donné, ni localisée dans un seul pays. Par conséquent, il peut y avoir une coopération étroite entre le siège et l'ES dans la prise des décisions concernant les transactions, ou la responsabilité principale de la gestion du portefeuille peut être localisée dans un seul pays, des pouvoirs limités d'effectuer des opérations sur ce portefeuille étant transmis à un établissement situé dans un autre pays. Dans ce dernier cas, le responsable des transactions peut devoir être consulté par les opérateurs d'une autre place si des décisions importantes doivent être prises ou des transactions exécutées dans un délai défini à l'avance même s'il faut pour cela le réveiller au beau milieu de la nuit.

37. De plus, les modalités des opérations effectuées sur les produits peuvent se modifier au fil du temps. Un établissement financier peut estimer qu'il doit donner le droit d'effectuer des opérations sur ce produit aux opérateurs établis en dehors de l'établissement centralisé qui est à l'origine de la transaction afin de satisfaire la demande de la clientèle aux heures où l'établissement centralisé n'est pas en mesure d'effectuer des opérations. En pratique, l'autre établissement commence souvent par exercer une fonction de « veille ». Ces fonctions sont très limitées par rapport aux fonctions normales des opérateurs et peuvent consister simplement à surveiller les marchés en cas de survenance d'événements importants au cours de leurs heures d'ouverture. Si un tel événement se produit, les établissements en question n'ajustent pas eux-mêmes la position de la firme mais ont pour instruction d'avertir l'opérateur principal de l'établissement centralisé. Dans certaines entreprises, la fonction de « veille » peut aussi englober certaines activités de transaction. Toutefois, celles-ci ne seraient normalement exercées que dans des limites très strictes fixées à l'avance ou se borneraient à l'exécution d'ordres au jour le jour demandés par l'établissement centralisé. A mesure que les pouvoirs discrétionnaires laissés à ces opérateurs augmentent, le modèle de gestion centralisée des produits tend à devenir un modèle de transactions intégrées.

38. Pour donner un autre exemple de l'évolution des activités de transactions mondialisées, une institution financière peut constater que le modèle de l'entreprise distincte n'est pas la méthode la plus efficace pour négocier un produit déterminé. Afin de réduire les coûts, elle cherchera peut-être à centraliser — ou régionaliser — certaines des opérations de négociation et de gestion des risques, s'orientant ainsi vers le modèle de gestion centralisée des produits.

39. En conclusion, bien que les modèles décrits dans cette section puissent représenter un instrument analytique utile pour la description générale des transactions mondialisées, il ne faut pas en surestimer la

pertinence. En particulier, toute analyse des prix de transfert doit s'appuyer comme toujours sur les caractéristiques de chaque contribuable et prendre en considération les fonctions précises exercées, les actifs mis en œuvre et les risques assumés, au lieu de tenter de déterminer à quel modèle les fonctions de négociation/de gestion de risque s'apparentent le plus étroitement.

B-3 Analyse fonctionnelle

40. Cette section décrit de manière plus détaillée les importantes fonctions des entreprises effectuant des transactions sur le marché mondial en commençant par les fonctions exercées par le personnel de l'entreprise — « les fonctions humaines » — puis en envisageant les actifs mis en œuvre et les risques assumés dans l'exercice de chacune de ces fonctions.

i) Fonctions exercées

a) Fonctions de vente et de commercialisation

41. En général, les personnels en charge des ventes et de la commercialisation sont responsables de tous les contacts avec les clients. Ils sont le plus souvent affectés à une zone géographique particulière à l'intérieur de laquelle ils peuvent se spécialiser dans la clientèle appartenant à un secteur donné. Cette spécialisation permet aux vendeurs de connaître les problèmes propres à l'ensemble d'un secteur qui peuvent être réglés par l'utilisation d'instruments financiers particuliers. La localisation du personnel de vente et de commercialisation est déterminée principalement par la nécessité d'être accessible à la clientèle de l'entreprise, et donc largement indépendante de la structure des modèles de transactions décrits dans la Section B-2 iii) ci-dessus. De fait, contrairement à la fonction de négociation, la dynamique commerciale tend vers une décentralisation de la fonction de vente et de commercialisation.

42. Les personnels de vente ou de commercialisation se distinguent des opérateurs par le fait qu'ils ne sont pas normalement autorisés à tarifier ou négocier un produit de manière indépendante. En revanche, certaines personnes chargées de la commercialisation peuvent jouer un rôle dans la négociation avec la clientèle, et exercer ainsi certains aspects des fonctions de vente/commercialisation décrites à la Partie II, même si ce rôle peut être limité du fait que la tarification et l'acceptation du contrat incombent en définitive à l'opérateur. Les personnels chargés de la vente et de la commercialisation sont chargés de faire en sorte que le produit vendu au client réponde à ses besoins.

43. Il existe un certain nombre de fonctions de vente et de commercialisation qui sont communes à toutes les catégories de transactions mondialisées bien que les différents établissements financiers adoptent des approches différentes dans l'exercice de ces fonctions. En général, l'approche adoptée par un établissement correspond à sa stratégie commerciale d'ensemble. On se trouve donc en présence d'un spectre de possibilités et le point du spectre où se situent les activités et la valeur des fonctions de vente et de commercialisation va dépendre des faits et circonstances particuliers. La question importante qu'il faut absolument se poser est de savoir quelle fonction est exercée par les membres du personnel concernés plutôt que leur titre.

44. Certaines catégories de transactions mondialisées ne nécessitent qu'une fonction de vente limitée consistant simplement à lancer l'opération. Cette fonction peut être la seule nécessaire pour les établissements qui considèrent les produits dérivés comme un produit financier de base parmi d'autres qu'ils offrent à leurs clients et, souvent, ces établissements ne font appel qu'à leur personnel de vente pour exercer cette fonction. D'autres membres du personnel ont plus facilement accès à la clientèle et exercent donc une fonction de plus grande valeur pour l'institution. Ces fonctions ne conduisent pas normalement à la prise d'un risque significatif par l'établissement qui remplit la fonction de vente de base.

45. En revanche, dans de nombreux cas, une fonction beaucoup plus complexe est nécessaire et consiste notamment à aménager le produit de manière à répondre aux besoins du client et à négocier les conditions avec lui. Par exemple, les établissements dont la stratégie consiste à obtenir une marge assez importante sur un petit nombre de transactions concernant des produits dérivés « sur mesure » disposent en général d'une équipe de vendeurs spécialisés qui sont très familiarisés avec les produits. Dans de nombreux cas, ces vendeurs connaissent les principes de base de la fixation des prix et des opérations de couverture et peuvent travailler avec les opérateurs pour mettre au point de nouveaux produits. Le développement d'un produit peut aussi impliquer une étroite intégration transfonctionnelle (ventes/commerciaux, opérateurs/gestionnaires du risque, développement de systèmes, etc.).

46. Dans ce Rapport, le terme de « vendeur » ne s'applique qu'au personnel chargé de ventes spécialisées et non au personnel chargé de ventes générales et le terme « vente/négociation » se réfère à la fonction qui comprend les contacts avec les opérateurs, la négociation des termes de la transaction et la participation à l'élaboration d'un produit répondant aux besoins du client. La fonction « vente/négociation » englobe certains éléments similaires à ceux généralement inclus dans la fonction « vente/négociation » dont il est question à la Partie II, tandis que le personnel chargé de ventes générales remplit normalement des fonctions similaires aux fonctions vente/soutien et vente/commercialisation décrites à la Partie II. Il existe toutefois une différence cruciale : dans les entreprises effectuant des transactions mondialisées ce sont les opérateurs, et non les commerciaux, qui remplissent normalement des fonctions aboutissant à la prise d'un risque de marché, quoique les « vendeurs/négociateurs », c'est-à-dire ceux qui contribuent de près à adapter un produit aux besoins de clients particuliers, peuvent assumer un risque de marché (les paragraphes 126 à 128 donnent d'autres indications sur l'étendue des fonctions de commercialisation et de la rémunération appropriée).

47. En général, les commerciaux sont responsables de mener à bien la transaction, et doivent notamment veiller à ce que celle-ci obtienne toutes les autorisations nécessaires dans le cadre de l'établissement financier et conclure l'opération avec le client, de sorte que cette fonction donne lieu généralement à la prise d'un risque de crédit. Il peut être nécessaire d'obtenir des autorisations des départements chargés de la fiscalité, de la réglementation et du contrôle financier, ainsi que du département du crédit. Les nouveaux montages financiers peuvent nécessiter des consultations approfondies avec le département de gestion du risque pour s'assurer qu'il est possible de couvrir efficacement la transaction au moindre coût.

48. Bien que l'opérateur détermine le prix auquel il est disposé à effectuer une transaction, le vendeur est souvent responsable de la négociation du prix avec le client compte tenu des paramètres fixés par l'opérateur car il est rare que celui-ci soit en contact direct avec le client. En conséquence, lors des premiers stades de la négociation d'une transaction spécifique, le vendeur obtient un prix indicatif du ou des opérateurs qui fixeront le prix définitif de la transaction. Lorsque les négociations avec le client ont progressé, le vendeur obtient le prix définitif de l'opérateur ; il doit ensuite exécuter la transaction à ce prix ou à un prix plus avantageux, créant ainsi une « marge de négociation » pour l'établissement financier (voir paragraphe 133).

49. L'importance de la majoration par rapport au « prix définitif » de l'opérateur dépend dans une large mesure des exigences de la clientèle. L'une des contributions les plus importantes du vendeur est de déterminer le prix qu'un client sera disposé à payer. Il est assez clair qu'il n'existe pas un prix de détail unique du marché à un moment donné. Le prix applicable sur le marché « de gros » est souvent plus cohérent (mais pas toujours). En conséquence, le rôle des vendeurs sur les marchés de gros est beaucoup plus limité. Certains établissements qui exercent des activités de teneur de marché, affectent un ou plusieurs vendeurs à l'ensemble du marché de gros tandis que d'autres n'utilisent pas de vendeurs dans ce type d'opérations mais autorisent les opérateurs à s'adresser directement à l'autre établissement.

b) Fonction de négociation et de gestion quotidienne du risque

50. Dans le présent Rapport, les termes « opérateur » et « négociation » font référence tant à la prise initiale de risque (parfois désignée fonction de négociation ou de tenue de marché) qu'à la gestion subséquente du risque (fonction de couverture ou de gestion du risque). Bien que ces fonctions fassent l'objet d'un examen à part, dans le présent Rapport, pour les besoins de l'analyse fonctionnelle, il serait tendancieux de trop les séparer dans le cadre d'une description générale des pratiques commerciales. En effet, les assertions générales ne sont pas sages dans un contexte de grande diversité des produits financiers sur le marché et des modèles commerciaux appliqués pour négocier ces produits. Les fonctions de négociation ou de tenue de marché ainsi que les fonctions de gestion quotidienne du risque décrites dans la présente section peuvent être exercées par la même personne. Elles peuvent également l'être par différentes personnes travaillant dans différents secteurs de l'entreprise effectuant des transactions mondialisées, en résultat d'un choix de l'établissement ou parce que les autorités de tutelle imposent une séparation fonctionnelle entre la négociation et la gestion du risque.

51. Même lorsque la prise initiale de risque et la gestion continue du risque se font en des lieux différents, les deux fonctions peuvent être plus ou moins intégrées, en fonction de facteurs telles l'organisation de l'entreprise et la nature des produits négociés. Des produits différents nécessitent des efforts d'intensité variée en vue de gérer le risque continu. Par exemple, le profil de risque d'un simple contrat à terme est bien moins compliqué, et peut habituellement être généré plus facilement, que le profil de risque d'un contrat d'option. Certains produits financiers sont si complexes qu'il est impossible de gérer entièrement le risque assumé au moment de la préparation du contrat. En outre, le prix demandé par le négociateur à ce moment doit tenir compte de la capacité présumée de l'entreprise à gérer le risque afférent. Il peut par conséquent être difficile dans la pratique de séparer la fonction de prise de risque de celle de gestion du risque, et les termes « opérateur » et « négociation » figurant dans le Rapport s'appliquent aux deux. Toutefois, comme d'habitude, ce ne sont pas les étiquettes accolées à certains employés qui importent, mais les fonctions qui sont véritablement exercées.

52. Si les vendeurs ne participent qu'au volet négociation de l'entreprise, les opérateurs peuvent quant à eux participer à toutes ces activités. Les opérateurs peuvent être chargés à la fois d'indiquer aux vendeurs les prix indicatifs et définitifs auxquels les transactions seront effectuées avec les clients et en outre, de gérer le risque de marché qui résulte de ces transactions une fois qu'elles sont entrées dans le portefeuille de l'établissement. Les opérateurs et gestionnaires de risque ne sont pas en général chargés de gérer le risque de crédit, aussi, sauf mention contraire, la présente section se réfère uniquement au risque de marché. (La Section B-3 iii) décrit les types de risques encourus par les entreprises effectuant des transactions mondialisées). Les opérateurs peuvent avoir la possibilité de réaliser des bénéfices en prenant des positions non couvertes qui peuvent se traduire par un gain (ou une perte) considérable, tout en maintenant le risque couru en définitive par l'établissement à l'intérieur de limites fixées par les dirigeants de cet établissement. Un opérateur ne peut exercer ces fonctions que si les risques courus par la banque font partie d'une série de positions (ou « portefeuilles ») de risques similaires. Par exemple, un opérateur chargé de la gestion des risques en dollars EU ne doit pas avoir dans son portefeuille d'engagements en couronnes suédoises. La gestion des risques liés à la couronne suédoise doit être confiée à l'opérateur responsable de ce type de risque.

53. Ce processus est assez simple dans le cas de titres matérialisés. Par exemple, un opérateur peut être responsable des actions européennes, qui peuvent être à leur tour ventilées en paniers d'actions d'entreprises appartenant aux secteurs de haute technologie, aux secteurs des transports, etc. De même, dans le cas des produits de base, un opérateur peut être responsable des métaux précieux et un autre du pétrole, ou les attributions peuvent être encore ventilées entre l'or, l'argent et le platine d'une part et le pétrole brut du Texas occidental et de Mer du Nord de l'autre. Toutefois, dans les deux cas, une fois les

portefeuilles constitués, il est relativement facile de rattacher les titres et les produits de base au portefeuille approprié.

54. Le processus est un peu plus complexe dans le cas des instruments dérivés, ce qui est dû dans une large mesure au fait que les flux de trésorerie correspondant à ces instruments ne sont pas nécessairement limités à un seul type de risque. Par conséquent, pour gérer les risques résultant d'une transaction, on peut la « décomposer » entre les différents éléments de risque afin que ceux-ci puissent être rattachés au portefeuille approprié.

55. Dans le cadre de ce processus, le risque lié à une transaction donnée peut être rattaché à plusieurs portefeuilles différents. Par exemple, un établissement financier peut acquérir un titre libellé en DM rapportant 5 pour cent, et dont le montant du principal est lié à l'évolution de l'indice boursier allemand, le DAX. Ce titre comporte à la fois un risque de revenu fixe (le risque d'une hausse des taux d'intérêt en DM qui réduirait la valeur du titre), le risque lié aux actions (c'est-à-dire le risque que la valeur du DAX diminue) et, selon la devise utilisée par l'établissement, le risque éventuel de change. Ces risques doivent être répartis entre les portefeuilles appropriés, en général sous forme de transactions entre bureaux négociées par l'opérateur. En conséquence, une opération complexe sur produits dérivés peut nécessiter de nombreuses transactions entre bureaux (et entre succursales) dans le seul but d'affecter les risques au portefeuille approprié.

56. Lorsque les risques ont été répartis entre les portefeuilles appropriés, il appartient aux opérateurs de maximiser les bénéfices escomptés de l'établissement financier sur la transaction en gérant le risque qui a été pris, en fonction du niveau de risque de marché que l'établissement financier est disposé à prendre. A partir du moment où la transaction a été engagée, et pendant toute la durée d'application de la transaction, l'opérateur doit décider de l'opportunité d'accroître ou de couvrir une position globale prise sur le marché à la suite d'une transaction ainsi que de la date de cette couverture, selon le risque souhaité d'exposition au marché. Normalement, il procède d'abord à une compensation entre le risque découlant de la transaction et toutes les positions ouvertes prises dans le cadre du portefeuille, puis couvre en partie ou en totalité le risque de marché global du portefeuille, conformément à la stratégie spécifique de l'établissement financier vis-à-vis du risque de marché (voir paragraphe 21). Si le risque de marché découlant des positions du client est inférieur à l'exposition souhaitée par l'opérateur, ce dernier peut conclure des transactions visant à augmenter le risque.

57. Un opérateur peut souhaiter avoir un aperçu de l'évolution future du marché en laissant le risque résiduel du portefeuille non couvert, ou il peut s'efforcer de s'assurer les bénéfices déjà réalisés dans son portefeuille en clôturant la couverture à la fin de la journée de transaction. Le risque résiduel est susceptible d'être couvert soit sur le marché de gré à gré, soit par l'achat d'instruments négociés en bourse. En tout état de cause, ce processus de couverture du risque résiduel (désigné sous le nom de couverture « nette » ou « de portefeuille ») fait qu'en général il est difficile d'identifier des transactions particulières qui constituent des « couvertures » d'autres transactions.

58. La marge de manoeuvre de l'opérateur est plus ou moins limitée par les normes imposées en matière de risque de marché par tous les établissements financiers bien gérés et le niveau de contrôle dépend du choix du modèle commercial et de la nature des produits financiers négociés. A l'extrême, on peut se trouver en présence d'une stratégie maîtresse de couverture très détaillée dont la mise en œuvre peut être relativement simple. L'analyse du fonctionnement d'une telle approche dans un cas particulier peut révéler que la stratégie maîtresse empiète directement sur la fonction de gestion quotidienne du risque. D'autres stratégies maîtresses de couverture, si elles existent, peuvent être moins intrusives. Une stratégie maîtresse de couverture hautement intrusive peut être mieux adaptée à certains produits qu'à d'autres. Par exemple, il sera plus probable de la voir appliquée à un portefeuille de devises qu'à un portefeuille de valeurs. Dans tous les cas, un établissement financier évalue en général plusieurs éléments de risque

différents afin de déterminer les limites du risque de marché auquel il peut s'exposer. Le degré de risque est mesuré par référence à l'effet sur le revenu des opérations d'une variation hypothétique « extrême » donnée des taux en vigueur sur le marché.

59. La plupart des établissements financiers qui effectuent des opérations importantes calculent leur exposition au risque de marché au moins quotidiennement. Le calcul de l'exposition au risque de marché d'un établissement financier est généralement vérifié par une entité administrative distincte de la fonction d'opérateur, car il s'agit d'un contrôle important des transactions effectuées.

60. Selon l'établissement financier, il peut exister une limite unique s'appliquant à un risque particulier pour l'ensemble d'un établissement. Souvent, la limite globale est divisée en limites distinctes qui sont applicables à divers portefeuilles ou à chaque opérateur. Le niveau de risque auquel un établissement financier est prêt à s'exposer est l'un des indicateurs les plus importants de la stratégie globale de cet établissement.

c) Trésorerie

61. La fonction de trésorerie est la fonction qui est la plus proche des activités générales d'achat et de vente de titres d'un établissement financier ; elle a été examinée pour les banques dans la Partie II du Rapport. Les trésoriers sont chargés de veiller à ce que l'établissement financier dispose de fonds suffisants pour faire face à ses obligations de paiement sans toutefois disposer d'une trésorerie excédentaire qui ne soit pas utilisée de manière rentable.

62. La tâche des trésoriers est rendue plus difficile par le fait que les besoins de fonds de la société font apparaître des fluctuations importantes. Cette instabilité résulte en partie de l'utilisation de contrats et de titres négociés en bourse pour couvrir des positions sur le marché de gré à gré. Dans ce cas, les besoins de fonds d'un portefeuille particulier (et par conséquent de la société) varieront selon que les contrats négociés en bourse ou sur le marché de gré à gré sont ou non dans la monnaie. Si le portefeuille fait apparaître des pertes sur les contrats négociés en bourse et des gains sur les contrats négociés sur le marché de gré à gré, ses besoins de fonds seront plus importants que dans le cas inverse, dans la mesure où l'établissement sera obligé de répondre à des appels de marge pour les contrats négociés en bourse alors qu'il ne serait pas tenu de le faire si les pertes portaient sur des contrats négociés sur le marché de gré à gré. Par conséquent, les besoins de fonds du portefeuille ne sont pas nécessairement liés à sa rentabilité globale.

63. Beaucoup d'établissements considèrent désormais la fonction de trésorerie comme un centre de profit distinct et recrutent des opérateurs chargés spécifiquement de la gestion des coûts de financement. Dans ce cas, les trésoriers obtiennent leur part de la rémunération variable collective sur la base des « bénéfices » du portefeuille, mesurés par la différence entre les frais financiers externes de l'établissement et les « intérêts » et autres « revenus » ou « dépenses » résultant des transactions avec d'autres portefeuilles.

64. Les « intérêts » des opérations interbureaux sont encaissés par le trésorier qui fonctionne comme une chambre de compensation et met en concordance les besoins de trésorerie de certains portefeuilles avec les excédents de trésorerie générés par d'autres portefeuilles. Le trésorier est chargé d'effectuer toutes transactions en devises nécessaires pour convertir un excédent enregistré par l'un des portefeuilles sous une forme qui soit utilisable pour couvrir un déficit d'un autre portefeuille. Les déficits nets (qui peuvent être libellés en toute devise dans laquelle l'établissement opère) doivent être financés au moyen d'emprunts extérieurs, tandis que les excédents nets sont en général placés au jour le jour auprès de banques.

65. Les autres « revenus » et « dépenses » résultent des opérations de couverture interne du trésorier. Bien que l'établissement puisse emprunter selon toute une gamme d'échéances et dans un certain nombre

de devises, les trésoriers sont, en général, plus à l'aise pour gérer les risques à court terme dans la devise couramment utilisée par l'établissement. En conséquence, le trésorier effectue en général un certain nombre de transactions avec les autres portefeuilles en vue de convertir des risques de taux d'intérêt ou de change à long terme en risques à court terme. Par exemple, si une banque allemande émet des titres d'emprunt à long terme libellés en dollars, le trésorier va, en général, effectuer un échange de devises avec le responsable du portefeuille en dollars de la banque pour convertir le risque en emprunts à taux variable libellés en euros (les titres d'emprunt à taux variable présentent un risque « à court terme » dans la mesure où le taux est fixé en général chaque trimestre au début de la période où a lieu le fait générateur).

66. En général, la trésorerie est autorisée à effectuer des opérations de couverture avec d'autres entités. Toutefois, la direction de l'établissement l'incite en général à effectuer des transactions avec les autres opérateurs du même établissement afin de maximiser les couvertures nettes au sein de l'établissement et de réduire ainsi les coûts globaux de couverture.

d) Soutien, post-marché, intermédiaires

67. Les vendeurs et opérateurs, dont les activités sont généralement qualifiées de services « de marché », ont recours à un certain nombre d'autres départements au sein de l'établissement financier. Dans certaines entreprises multinationales, il existe un « groupe consultatif » qui fournit des avis concernant le traitement commercial, juridique, comptable et fiscal des produits que l'équipe de commercialisation est en train de développer. Bien que les fonctions de ces départements soient traditionnellement qualifiées de fonctions de « post-marché » (« back office »), beaucoup d'établissements désignent désormais certains de ces départements, en particulier ceux qui s'occupent du crédit, de la comptabilité et du contrôle des produits, de la prospection et du développement des actifs incorporels, sous le nom de fonctions « intermédiaires » (« middle office ») pour tenir compte de leur importance croissante dans le cadre d'un marché mondial. Dans d'autres institutions, le département de la recherche peut être étroitement associé avec les opérateurs et les gestionnaires de risque, si bien qu'il fait partie intégrante des services « de marché » (« front office ») générateurs de bénéfices.

68. La dynamique commerciale de la plupart des fonctions support tend vers une centralisation destinée à réduire les coûts, surtout si ces fonctions peuvent être exercées sans l'intervention directe du personnel de marché. Même dans le modèle de gestion centralisée des produits où la fonction de négociation et de gestion du risque est centralisée, les fonctions de post-marché (« back office ») peuvent être centralisées sur un autre site pour tirer parti de coûts locaux plus réduits. Il faudrait toutefois garder à l'esprit que bien que les termes « post-marché », « intermédiaires » et « de marché » soient couramment utilisés pour décrire les fonctions d'une entreprise effectuant des transactions mondialisées, l'approche autorisée de l'OCDE n'attire aucunement l'attention sur ces distinctions. Son objectif est plutôt de déterminer les fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque et d'évaluer celles-ci sans égard à l'étiquette accolée à la fonction ou à l'activité, mais en procédant à une analyse fonctionnelle et factuelle. Les fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque sont évoquées plus en détail à la Section D-1. La question de savoir si une activité constitue ou non une fonction entrepreneuriale essentielle de prise de risque dépend des faits et circonstances propres à une entreprise donnée. L'analyse fonctionnelle et factuelle déterminera si l'activité constitue une telle fonction ou une fonction de support. Les fonctions autres que des fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque doivent même être prises en considération, mais la propriété économique des actifs financiers ne leur est pas attribuée.

Développement de systèmes

69. Les systèmes de technologie de l'information et de communication jouent également un rôle essentiel dans le bon fonctionnement des opérations sur le marché mondial. Certains de ces systèmes

peuvent par conséquent constituer eux-mêmes des actifs incorporels de valeur, tandis que d'autres peuvent n'avoir aucune valeur incorporelle supplémentaire indépendamment de la technologie et des services de communications qu'ils apportent... L'évaluation des produits, le développement de produits nouveaux, le traitement et le règlement des opérations, la gestion mondiale en temps réel du portefeuille, la gestion des crédits et l'établissement des comptes et des états financiers des sociétés supposent toujours l'existence de systèmes informatiques perfectionnés. Dans de nombreux cas, les établissements financiers emploient des équipes nombreuses d'informaticiens afin de mettre au point leurs propres systèmes permettant de relier ces différentes fonctions entre elles. La Section D-2(iii)(c) de la Partie I donne des directives générales sur la manière d'attribuer la propriété d'actifs développés à l'interne et l'utilisation de biens incorporels dans une entreprise effectuant des transactions mondialisées ne semble soulever aucune question particulière.

70. Dans le passé, la plupart des modèles de fixation des prix étaient des variantes du modèle de fixation du prix des options de Black-Scholes ou des applications directes de la fixation des prix des contrats à terme. Ces modèles de base faisaient souvent l'objet de modifications suggérées par les opérateurs. Au fil du temps, le modèle lui-même est devenu exclusif et a été considéré comme un élément essentiel de la réussite d'un établissement. A l'heure actuelle, la mesure la plus répandue du risque de marché se fonde sur les modèles de la « valeur à risque » (VAR). Une estimation VAR permet à un établissement financier de mesurer le montant maximum qu'il perdrait au cours d'une période donnée et à un certain niveau de probabilité. Les autorités de tutelle considèrent de plus en plus ces modèles VAR internes comme des moyens acceptables de mesurer le risque de marché à des fins réglementaires.

Crédit

71. Le rôle principal du département du crédit est d'analyser les caractéristiques des nouveaux clients et de fixer des limites appropriées en matière de crédit, d'assurer le suivi des engagements pris en matière de crédit pendant toute la durée d'une transaction donnée et de comparer les engagements totaux en matière de crédit à la limite fixée, en accordant une attention particulière au risque de concentration du portefeuille. Beaucoup d'établissements ont une division du crédit centralisée qui surveille le risque total de crédit résultant de l'ensemble des transactions de l'établissement avec un partenaire donné (y compris en ce qui concerne les opérations de prêt) et fixe un plafond global d'engagement. Dans ce contexte, le risque de contrepartie ne signifie pas simplement l'engagement sur une seule personne morale mais peut représenter l'engagement sur divers membres d'un groupe multinational. Dans nombre de cas, le risque de crédit global sur un groupe multinational peut être déterminé sur une base nette⁵. Beaucoup d'efforts sont nécessaires pour établir, réexaminer et suivre le risque de crédit global, car diverses unités commerciales dans le monde entier effectuent des transactions et consomment la limite d'engagement. La fixation et le suivi des plafonds à l'échelle du groupe peuvent être effectués en fonction des produits ou des clients. Cette activité implique une analyse approfondie des produits offerts et du client en question. Elle peut être effectuée au siège ou dans l'ES qui dessert le siège social du client en question.

72. L'évolution récente se caractérise par une tendance croissante à constituer des garanties contre l'exposition au risque de crédit, soit par la constitution de marges soit par diverses techniques de soutien au crédit. Le contrat type sur les swaps de l'International Swap and Derivatives Association (ISDA) comprend des annexes types de soutien au crédit que les contreparties peuvent utiliser pour minimiser leur exposition mutuelle au risque de crédit découlant de transactions effectuées dans le cadre de l'accord global. Certains

5 Autrement dit, les transactions totales des membres d'un groupe multinational avec des entreprises de l'établissement financier multinational qui réduisent son exposition au risque de crédit sur le groupe multinational sont déduites des transactions totales des membres du groupe multinational avec des entreprises de l'établissement financier multinational qui augmentent son exposition au risque de crédit sur le groupe multinational. A noter qu'un accord de compensation valide doit être en place pour que l'agrégation des transactions réduise l'exposition au risque de crédit.

échanges financiers prévoient un droit de compensation, ce qui réduit quelque peu l'exposition au risque de crédit. Le droit de compensation permet à une contrepartie de mettre en regard les montants à recevoir d'une autre contrepartie avec les montants dus à celui-ci de sorte que seuls les montants nets sont payés ou reçus. L'exposition au risque de crédit est également minimisée sur les produits négociés en Bourse, par le recours à une chambre de compensation centrale faisant office de contrepartie. Le lien entre livraison et règlement (« dpv ») est de plus en plus répandu pour les titres matérialisés et les monnaies.

73. Les limites en matière de crédit imposées par les autorités réglementaires ou par les dirigeants de l'institution financière risquent de limiter ses possibilités de conclure de nouvelles transactions. Dans ce cas, le département du crédit et les vendeurs peuvent proposer de mettre fin à certaines transactions existantes avec l'autre partie afin d'en conclure de nouvelles. Les limites en matière de crédit posant de plus en plus de problèmes, certains établissements ont décidé d'affecter des opérateurs à la « gestion du risque de crédit » pour mettre fin aux transactions qui rapportent un bénéfice relativement faible (c'est-à-dire celles dont la marge est relativement réduite) afin de permettre à l'établissement d'effectuer avec l'autre partie d'autres transactions pour lesquelles la marge bénéficiaire est plus élevée. Certains établissements utilisent des instruments dérivés de crédit pour gérer et réduire le risque de crédit de manière efficace.

Fonctions de gestion stratégique du risque

74. Il peut être également nécessaire d'examiner d'autres fonctions « humaines » liées aux responsabilités stratégiques en matière de répartition du capital et des risques au sein de l'établissement financier (« fonctions de gestion stratégique du risque »). Les établissements financiers n'ont pas une capacité de prise de risque illimitée. Les autorités de tutelle comme les dirigeants de l'entreprise seront particulièrement préoccupés par le maintien de la solidité financière de l'établissement grâce à des fonds propres suffisants pour couvrir les risques qu'il a assumés. Les autorités de tutelle exigeront que l'établissement dispose de fonds propres réglementaires suffisants pour éviter que des pertes potentielles résultant des risques assumés n'aboutissent à la faillite de l'établissement.

75. Dans le cadre de leurs obligations vis-à-vis des actionnaires de l'établissement financier, les dirigeants partagent l'objectif des autorités de tutelle mais sont également préoccupés par la maximisation du rendement du capital levé par l'établissement. La théorie financière traditionnelle semble indiquer que plus le risque auquel est exposé un actif est important, plus le profit attendu devrait être élevé. Pour s'efforcer de réaliser davantage de bénéfices, il faudrait assumer plus de risques et disposer de fonds propres plus importants. Il y a lieu de noter qu'en théorie, la prise de risques plus importants ne devrait augmenter que les bénéfices attendus. Comme les expériences récentes ont permis de le constater, le fait d'assumer davantage de risques peut aboutir en fait à la réalisation de pertes au lieu des bénéfices attendus.

76. Les objectifs des autorités de tutelle et des actionnaires peuvent ne pas coïncider exactement mais se traduisent tous par une demande d'une ressource rare, les fonds propres de l'établissement financier. Il faudra donc que les dirigeants de cet établissement fassent de ces fonds propres l'usage le plus efficace pour répondre à la fois aux exigences des autorités de tutelle et à celles des actionnaires. Les capitaux sont donc attribués à des zones d'activité particulières, et, au sein de ces zones, à des produits particuliers puis, parmi ces produits particuliers, à des localisations particulières et ainsi de suite. Les modalités de cette répartition prennent généralement la forme de « limites de risque ». Le risque de crédit est attribué directement au niveau du client individuel, ou, si des accords de compensation appropriés sont en place, au niveau du groupe multinational, et le risque de marché est attribué directement au niveau de l'opérateur individuel qui prend au jour le jour la décision d'assumer un risque. Cette attribution de limites de risque, et des capitaux correspondants, a un effet profond sur la capacité de réaliser des bénéfices commerciaux ou, en fait, d'enregistrer des pertes commerciales. Par exemple, si l'établissement A a une limite globale de risque de marché plus faible pour un produit particulier que l'établissement B, cela limite le montant des risques opérationnels non couverts que l'établissement A peut prendre et, par conséquent, ses possibilités

de réaliser des bénéfices commerciaux ou, en fait, d'enregistrer des pertes commerciales, par comparaison avec l'établissement B.

77. On affirme parfois que le rôle des dirigeants d'une entreprise consistant à fixer des limites globales applicables notamment à des axes opérationnels, des produits et des clients particuliers, est essentiel au succès de l'entreprise à un point tel qu'il devrait être considéré comme une fonction entrepreneuriale essentielle de prise de risque. Toutefois, les limites globales n'étant que rarement modifiées et l'incidence de leur modification étant indirecte (puisque'il n'est pas nécessaire d'avoir recours aux limites et que les autorités de tutelle jugent qu'aucun capital n'est risqué avant que l'entreprise n'ait conclu de transaction juridiquement contraignante), la fixation en-soi de limites globales sans grande participation ultérieure à la gestion du risque ne serait généralement pas considérée comme une fonction entrepreneuriale essentielle de prise de risque. En effet, lorsque les activités des dirigeants de l'entreprise se limitent à fixer des paramètres définissant le potentiel de prise en charge du risque, il est probable qu'existe une fonction d'opérateur distincte qui mène de fait à la prise en charge et à la gestion ultérieure du risque. Selon l'approche autorisée de l'OCDE, la propriété économique des actifs financiers est généralement attribuée dans le premier cas à la partie de l'entreprise qui exécute les fonctions liées à la création de l'actif et à la prise en charge du risque connexe, c'est-à-dire les fonctions les plus étroitement liées aux transactions donnant lieu au risque. Il peut être nécessaire, selon les faits et circonstances, de transférer la propriété à la partie de l'entreprise qui gère par la suite le risque.

78. Pour déterminer si la fonction consistant à fixer les paramètres devrait être rémunérée et, le cas échéant, dans quelle mesure, il convient, selon l'approche autorisée de l'OCDE, de mettre en œuvre par analogie les principes applicables à cette question dans le contexte d'entreprises associées, aux termes de l'article 9. Aux fins de ce paragraphe, « la fixation de paramètres » consiste à fixer des paramètres généraux concernant les risques pour une opération de négociation particulière, par opposition au suivi et à l'ajustement permanents de ces risques. Aux fins de l'article 9, la question de savoir si le principe de pleine concurrence justifie ou non que la partie associée qui exerce des fonctions de fixation de paramètres soit rémunérée par la partie associée qui se livre à l'activité de négociation doit être analysée aux termes du Chapitre VII des Principes directeurs, afin de déterminer si un service susceptible d'être facturé a été fourni. Aux termes de l'article 9, cela suppose de déterminer si la fonction de fixation de paramètres a été exercée à l'avantage escompté de la partie associée qui est le preneur de risque pour cette opération. La question de la rémunération de la fonction de fixation de paramètres dans le contexte d'un ES doit être analysée de la même manière, par analogie.

79. Comme toujours, l'identification des fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque d'une entreprise donnée doit se faire au moyen d'une analyse fonctionnelle et factuelle approfondie. Il peut arriver que l'analyse révèle que les dirigeants de l'entreprise exercent en même temps la fonction de fixation des paramètres et celle de gestion du risque. Par exemple, les tâches assignées aux établissements chargés de l'« opération » peuvent être restreintes à un point tel que les « opérateurs » ne sont en réalité que des « veilleurs de nuit » agissant pour le compte de la direction. Comme il a été mentionné au paragraphe 37 ci-dessus, de telles activités limitées ne constitueraient pas une fonction entrepreneuriale essentielle de prise de risque. Si la fonction exercée par les « opérateurs » est ainsi limitée, leurs salaires et primes devraient être moindres que ceux d'opérateurs autorisés à prendre des positions importantes sur le marché.

80. Il peut aussi arriver que les dirigeants de l'entreprise participent à la gestion permanente et active du risque, même lorsque des opérateurs de l'ES sont autorisés à prendre une position importante sur le marché. Dans la mesure où ils le font vraiment, il se peut que les dirigeants exercent, de même que les gestionnaires actifs à temps plein du risque, les fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque. En pareils cas, il serait nécessaire d'analyser attentivement les fonctions exercées par les dirigeants de l'entreprise pour séparer celles qui relèvent de la gestion stratégique de celles qui relèvent de la gestion

permanente et active. Selon l'approche autorisée de l'OCDE, le capital devrait également être attribué au siège de direction pour couvrir les risques assumés dans le cadre de la création et du maintien des actifs financiers. Il peut ainsi être nécessaire dans la pratique d'attribuer une partie des bénéfices au siège de direction au moyen de l'inclusion d'une tranche appropriée du salaire des dirigeants dans tout facteur de rémunération entrant dans le calcul de la répartition des bénéfices (ce point est développé dans les paragraphes 253 et 263 de la Section D, ci-après).

81. Il est également parfois soutenu que les dirigeants de la banque devraient être considérés comme les « propriétaires » du capital de l'entreprise, de façon semblable aux investisseurs d'un fond de couverture. En effet, comme ils décident des types d'opérations devant être conclues et établissent les limites des axes opérationnels, par exemple, ils décideraient également de la façon de risquer le capital de l'entreprise. Toutefois, lorsque la responsabilité de la mise en œuvre de la stratégie de la banque incombe à l'ES de façon telle que ce sont les opérateurs qui prennent vraiment les décisions de façon permanente, même s'ils le font à l'intérieur des limites fixées, ce sont alors eux, plutôt que les dirigeants, qui exercent les fonctions entrepreneuriales de prise de risque et risquent ainsi le capital. Dans le contexte d'un ES, le modèle de fonds d'arbitrage ne s'applique pas, car il repose sur le principe que le capital peut être dévolu à une partie donnée de l'entreprise sans égard à l'endroit où sont exercées les fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque. Cela est contraire à l'approche autorisée de l'OCDE, selon laquelle les actifs et les risques sont rattachés aux fonctions, et le capital l'est aux risques. Les questions que soulève le recours au modèle de fonds d'arbitrage dans le contexte d'entreprises associées sont examinées à la Section C-2 iv).

Gestion du risque opérationnel/comptabilité/contrôle des produits

82. Bien qu'il n'existe pas d'approche uniforme de la gestion du risque opérationnel, la responsabilité principale en la matière peut être assignée à un responsable d'une ligne de produits, ou dans certains cas à un responsable de produit. Un rôle important peut aussi être confié à des contrôleurs internes tels que les gestionnaires de risques, le comité des risques, le service d'audit interne ou plusieurs autres agents de contrôle internes qui occupent tous des fonctions importantes, notamment le contrôleur financier, le chef du service d'information et les auditeurs internes. Il peut y avoir une surveillance à haut niveau des risques d'exploitation par le conseil d'administration, les comités de gestion ou les comités d'audit.

83. Les services comptables ont la responsabilité de la gestion financière et de la conformité aux réglementations ainsi que de la comptabilité spécialisée qu'une société de transactions en produits financiers a l'obligation de tenir. Ces fonctions consistent en général à établir des rapports quotidiens sur les revenus des opérations effectuées, ce qui suppose une tâche laborieuse de mise en concordance des positions indiquées dans les rapports informatisés et des fiches de transactions établies au cours des opérations de la journée.

84. L'existence de compétences suffisantes en matière de contrôle des produits a été d'une importance essentielle pour le développement des stratégies complexes en matière d'achat et de vente de titres qui ont favorisé la croissance exponentielle des transactions au niveau mondial, notamment en ce qui concerne les produits dérivés. Les autorités réglementaires prêtent de plus en plus d'attention à la fonction de contrôle des produits, compte tenu des problèmes qui se sont posés ces dernières années dans un certain nombre d'établissements financiers, et dont la presse s'est fait largement l'écho. Dans plusieurs cas, il semble que des pertes importantes auraient pu être découvertes plus tôt si la fonction de contrôle des produits avait été distincte de la fonction d'achat et de vente de titres. Le contrôle des produits peut faire partie de la fonction de gestion du risque opérationnel.

85. D'après certains commentateurs des milieux d'affaires, la gestion du risque opérationnel, bien qu'importante pour la rentabilité des opérations sur instruments financiers, ne constitue pas une fonction

entrepreneuriale essentielle de prise de risque et ne devrait pas être envisagée sous le même angle que la gestion du risque de marché, par exemple. La question de la détermination de la partie ou des parties de l'entreprise qui supportent le risque opérationnel est examinée au paragraphes 103 et 104, ci-dessous.

Autres fonctions de support

86. Le post-marché exerce diverses autres fonctions, dont l'importance relative varie selon le type d'opérations effectuées. Le département des opérations est responsable de la confirmation, du traitement et du règlement des opérations ainsi que du soutien des opérateurs en salle des marchés. Le rôle des services juridiques est de veiller au respect des dispositions réglementaires (dont la complexité s'accroît avec la mondialisation des transactions) ainsi qu'au montage et à l'exécution des transactions et à la fourniture des documents nécessaires (ces transactions deviennent également de plus en plus complexes à mesure que les produits s'adaptent aux besoins spécifiques de certains clients). Les économistes et chercheurs internes peuvent aussi jouer un rôle important dans l'analyse du marché à des fins stratégiques et de gestion du risque.

ii) Actifs utilisés

87. Les Principes directeurs (paragraphe 1.20) indiquent que la rémunération reflète en général non seulement les fonctions exercées mais aussi les actifs mis en œuvre et les risques assumés dans l'exercice de ces fonctions. Aussi l'analyse fonctionnelle doit-elle considérer quels actifs sont utilisés et quels risques sont assumés dans une entreprise effectuant des transactions mondialisées.

88. La Section B-2 de la Partie II décrit les actifs financiers mis en œuvre dans une activité bancaire traditionnelle ; les entreprises effectuant des transactions mondialisées sont susceptibles d'utiliser les actifs de la même manière. Ces entreprises, comme les banques, utilisent des actifs corporels tels que les locaux de succursales, des systèmes de communication ou des ordinateurs. Comme on l'a vu dans la Section D-2(iii)(b) de la Partie I de ce Rapport, il y a un large consensus parmi les pays membres de l'OCDE en faveur de l'application du lieu d'utilisation comme base pour attribuer la propriété économique d'actifs corporels en l'absence de circonstances justifiant un autre point de vue dans un cas particulier. L'équipement informatique constitue les systèmes de communications utilisés au sein d'un établissement financier multinational, et qui impliquent de plus en plus fréquemment l'accès à ces systèmes et leur utilisation par des clients tiers (et les logiciels associés destinés à faciliter les communications au sein de l'établissement financier multinational et entre celui-ci et ses clients). On notera une tendance croissante à sous-traiter les systèmes de communications à des sociétés spécialisées indépendantes. Il peut être nécessaire d'en tenir compte dans toute analyse de comparabilité effectuée dans la seconde étape de l'approche autorisée de l'OCDE. A cet égard, les technologies de l'information et les systèmes de communication auxquels a souvent recours un opérateur sur le marché mondial pour effectuer et gérer efficacement ses opérations revêtent une importance particulière.

89. En outre, comme pour toute autre entreprise, l'analyse fonctionnelle doit également rechercher si des actifs incorporels ont été utilisés. Dans le domaine des transactions au niveau mondial, un actif incorporel courant pourrait être celui que représente le nom, la réputation, la marque de fabrique ou le logo de l'entreprise opérant au niveau mondial. Ces actifs incorporels seront particulièrement importants pour l'exercice de la fonction de commercialisation.

90. D'autres actifs incorporels seraient plus proches d'actifs incorporels professionnels tels que les systèmes propres à l'établissement (logiciels) pour la tarification des instruments financiers afférents à des transactions potentielles avec des tiers, pour l'allocation du capital et pour la mesure, le suivi et la gestion de divers types de risques. Ces actifs incorporels sont le fruit des efforts d'un personnel hautement qualifié

et revêtent une importance particulière pour l'exercice des fonctions de négociation et de gestion du risque ainsi que pour les fonctions de contrôle intermédiaires décrites à la Section B-3 i) d) ci-dessus.

iii) Risques assumés

91. Les transactions mondialisées impliquent par essence une prise et une gestion continue de risques dont il faut tenir compte lorsqu'on procède à une analyse fonctionnelle et à une analyse de comparabilité. Cette section examine les types de risques assumés par une entreprise effectuant des opérations au niveau mondial et analyse les conséquences de la prise de risque pour la solvabilité/le niveau de fonds propres de cette entreprise. Se voir attribuer des risques dans le contexte de l'article 7 revient à supporter des risques aux fins de l'impôt sur le revenu pour une entreprise distincte, avec les avantages et contraintes y afférents, notamment l'exposition au risque de gains ou de pertes par suite de la matérialisation ou de la non matérialisation desdits risques. Traditionnellement, les catégories de risques le plus communément identifiées étaient le risque de crédit et le risque de marché. Récemment, l'importance du risque opérationnel en tant que catégorie de risque distincte a été de plus en plus reconnue. Le risque opérationnel fait l'objet de la sous-Section c) ci-après et d'autres types de risques qui tiennent une place importante dans les transactions mondialisées sont examinés ensemble dans la sous-Section d) ci-après.

92. L'importance relative des différents types de risque dépend d'un certain nombre de facteurs (nature du produit, stratégie commerciale, etc.) et elle peut aussi varier dans le temps. Ainsi, dans les activités de banque traditionnelles, le risque de crédit est généralement le risque le plus important assumé par suite de la création de l'actif financier car la banque court potentiellement un risque sur la totalité du principal fourni au client sous la forme d'un prêt, même si elle peut s'efforcer ultérieurement de transférer ce risque à une entreprise indépendante, par exemple au moyen de produits dérivés du crédit. Dans les transactions mondialisées sur instruments financiers, particulièrement en ce qui concerne les produits dérivés, le versement en numéraire est souvent faible ou inexistant lors de la conclusion d'un contrat sur dérivés, de sorte que les paiements sont établis en fonction de montants nominaux de référence et que le risque de crédit ne représente initialement qu'une faible fraction du montant du capital théorique. Toutefois, les montants payables au titre d'un contrat sur produits dérivés dépendent des fluctuations du marché, aussi le risque de marché est-il particulièrement important pour les entreprises effectuant des transactions au niveau mondial (voir Section B-3 (iii)(b)). D'où le poids des fonctions de gestion du risque de marché pour ces entreprises. En outre, il peut se produire une interaction entre chacune de ces catégories de risque (par exemple, même si le risque de marché diminue pour un instrument financier qui est « dans la monnaie » du point de vue de l'établissement financier, le risque de crédit augmente car le client risque alors de ne pas payer – voir le paragraphe 95 ci-après).

93. Comme pour les banques, mais plus encore dans un contexte de transactions mondialisées, les risques pris du fait de transactions nouées avec des clients peuvent résulter d'éléments qui ne figurent pas au bilan. Le bilan est généralement établi en conformité avec les normes comptables et de manière à répondre aux prescriptions d'entreprise ou à d'autres obligations réglementaires. Mais l'approche autorisée de l'OCDE ne se limite pas à une analyse des fonctions, des actifs et des risques dans l'optique des normes comptables ou du respect des prescriptions d'entreprise ou d'autres obligations réglementaires. Par conséquent, l'analyse fonctionnelle doit identifier tous les risques, y compris ceux liés aux éléments matériels hors bilan qui doivent être pris en compte pour l'application du principe de pleine concurrence. Enfin, il importera de faire la distinction entre la prise initiale de risque et sa prise en charge ultérieure. Par ailleurs, tout risque pris et ultérieurement supporté doit être également géré par le personnel exerçant la fonction de gestion des risques. Les orientations données dans la Partie II sont également applicables aux transactions mondialisées.

a) Risque de crédit

94. Ainsi qu'on l'a déjà expliqué, le risque de crédit est très important dans une entreprise bancaire traditionnelle lorsque la banque avance des sommes considérables à ses clients sous forme de prêts dans la perspective du paiement par ces clients des intérêts dus et du remboursement du principal des prêts conformément à leurs clauses et conditions. Le risque de crédit est le risque que les banques ne reçoivent pas les paiements attendus de leurs clients. La mise au point d'instruments de crédit dérivés permet désormais aux banques de gérer ce risque, souvent en transférant le risque de crédit résultant de leurs prêts à des entreprises indépendantes opérant sur le marché mondial. Le risque de crédit assumé par l'entreprise indépendante qui opère sur le marché mondial doit être géré tout comme les autres risques assumés dans le cadre d'autres transactions avec la clientèle. Il convient également de noter que les banques peuvent aussi prendre des risques par le biais de produits dérivés du crédit, et donc en tenir compte pour déterminer l'exposition globale aux risques et le niveau requis de fonds propres.

95. Le risque de crédit se présente lorsque, par exemple, une obligation est vendue non en échange d'espèces mais dans des conditions qui permettent de différer son paiement. Pour de nombreux instruments dérivés, le risque de crédit ne se présentera que lorsque l'instrument a une valeur actualisée nette positive pour l'entreprise qui effectue des transactions sur le marché mondial, par exemple lorsque les fluctuations du marché concernant un échange financier de taux d'intérêt indiquent que la valeur actualisée nette des paiements que doit effectuer l'entreprise opérant sur le marché mondial au cours de la durée de l'échange est inférieure à la valeur actualisée nette du paiement qu'elle s'attend à recevoir. Dans le cas des transactions sur produits dérivés, l'exposition au risque de crédit varie au cours de la durée de vie de la transaction car la valeur de marché change. Autrement dit, l'exposition au risque d'une contrepartie est souvent proche de zéro lors de la création d'un dérivé acheté au prix courant sur le marché. Toutefois, les cours du marché évoluant, l'une des parties est « dans la monnaie » et encourt un risque de crédit sur la contrepartie à raison du gain inhérent à la transaction. Si l'établissement financier est dans la monnaie, il risque de subir une perte si la contrepartie n'est pas en mesure d'effectuer les paiements requis dans le cadre de la transaction.

96. En règle générale, les options n'impliquent un risque de crédit que pour l'acheteur de l'option : pour le vendeur il n'y a pas de risque de crédit dès lors que l'acheteur a réglé la prime. Le risque de crédit diffère en outre suivant que les instruments sont négociés sur des marchés organisés (transactions en Bourse) ou sur le marché de gré à gré. Dans le premier cas, le processus de constitution de marges assure la gestion du risque de crédit, et les risques de crédit issus des transactions de gré à gré sur produits dérivés peuvent de plus en plus aussi être couverts. Lorsque les contrats notionnels sont utilisés, le montant notionnel de référence ne représente pas le montant à risque, car la perte due à la défaillance de règlement d'un contrat sur produits dérivés est le coût de remplacement du contrat, diminué du montant éventuellement recouvré. La question de savoir si un produit peut être liquidé immédiatement ou s'il est généralement conservé jusqu'à l'échéance a aussi une incidence sur le risque de crédit. Une modification de la qualité du débiteur peut dénoter une variation du risque de crédit d'une transaction. La mesure du risque de crédit est importante pour de nombreux produits financiers, l'impact sur la tarification étant particulièrement marqué. Le risque souverain, qui constitue une catégorie de risque de crédit, peut aussi influencer sur l'évaluation du risque de crédit. Une perte sur créance ne se produira que si la contrepartie fait défaut et que le contrat sur produit dérivé présente une valeur de marché positive pour la partie non défaillante⁶.

6 Dans certaines situations, les transactions sur produits dérivés prévoient un droit de compensation concernant les montants que se doivent les contreparties ; ce droit de compensation atténue le risque de crédit.

97. Un risque de crédit est pris à la suite de la décision d'effectuer la transaction avec le client. Le rôle crucial de l'analyse fonctionnelle consistera à déterminer où est prise la décision de passer le contrat. Généralement cette décision est susceptible de résulter de l'exercice de la fonction de vente/négociation – fonction équivalente à la fonction de vente/commercialisation dans une banque traditionnelle – et non de l'exercice de la fonction ventes générales/commercialisation. Dans certains cas, il y aura des fonctions « intermédiaires » distinctes de gestion et de suivi du risque de crédit, deux fonctions qui sont en général clairement séparées pour des raisons de contrôle interne. La question est de savoir si ces fonctions aboutissent à la prise d'un risque de crédit. La réponse dépendra de l'analyse fonctionnelle. Il n'est pas rare que l'entité au sein de l'établissement financier chargée d'évaluer et de gérer le risque de crédit et/ou de prendre des décisions de crédit à l'égard d'un actif financier supporte de fait le risque de crédit de contrepartie, conformément à des procédures ou accords écrits internes. Par conséquent, si une contrepartie fait défaut, la perte n'apparaît pas dans la comptabilité de la division de l'entreprise qui a négocié, acquis, enregistré et/ou géré le risque de marché de l'actif financier, mais dans les livres comptables de la division dont le groupe de crédit a évalué et pris le risque de crédit.

b) Risque de marché

98. Le risque de marché désigne l'exposition à une évolution défavorable des prix financiers affectant la valeur des positions normalement détenues dans le cadre de transactions mondialisées, par exemple à la suite de fluctuations des taux de change, des taux d'intérêt, des cours des actions ou des prix des produits de base. Le risque de variations défavorables de la valeur de marché du portefeuille de transaction se pose plus particulièrement à cet égard. Comme le risque de crédit, le risque de marché est généralement évalué sur la base du portefeuille, et non des transactions individuelles. Outre le risque de prix absolu associé à l'évolution des marchés, il existe d'autres types de risques de marché qui constituent des risques d'ordre plus élevé, notamment la convexité, la volatilité (particulièrement importante pour les options et les produits assimilés), l'effet de temporisation (également très important pour les options), le risque de décote et le risque de base, ainsi que le risque de courbe de rendement.

99. En termes de gestion au jour le jour du risque de marché, des décisions doivent être prises pour accepter la prise par les opérateurs de positions qui consistent à assumer des risques de marché. Ces décisions sont particulièrement importantes dans la mesure où les transactions effectuées sur le marché mondial consistent souvent à prendre une position sur le marché et une évolution défavorable de celui-ci risque de laisser l'entreprise prendre des engagements considérables et subir de ce fait des pertes importantes. Il s'agit d'un risque quotidien dans les transactions mondialisées, qui est encouru à la fois dans le cadre des négociations et de la gestion de positions pour compte propre.

100. Une fois que cette décision a été prise, le risque de marché ainsi assumé doit être géré. La gestion du risque de marché peut aboutir à la réduction, dans la mesure du possible, de ce risque de marché au moyen d'une stratégie de couverture ou à une prise de positions active sur le marché dans l'espoir de réaliser des bénéfices grâce à l'évolution de celui-ci. En pratique, les deux approches peuvent être utilisées dans une certaine mesure, même en ce qui concerne le même portefeuille.

101. Le risque de marché est aussi particulièrement important en ce qui concerne certains produits dérivés. Cela s'explique par la nature de certains contrats sur produits dérivés, tels que les options, pour lesquelles les inconvénients d'une évolution défavorable du marché peuvent aboutir à une très grande vulnérabilité pour l'entreprise qui effectue des transactions mondialisées si la position n'est pas couverte. Cela contraste avec un prêt bancaire traditionnel pour lequel les inconvénients sont limités au principal restant dû et au versement d'intérêts.

c) Risque opérationnel

102. Le risque opérationnel a été défini par le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (« le Comité de Bâle ») comme étant « le risque de pertes directes ou indirectes dues à une inadéquation ou à une défaillance des procédures, personnels, systèmes internes ou à des événements extérieurs ». Le Comité de Bâle a également indiqué que :

les catégories les plus importantes de risque opérationnel comprennent les défaillances des contrôles internes et du gouvernement d'entreprise. Ces défaillances peuvent aboutir à des pertes financières par erreur, fraude ou incapacité d'agir dans les délais requis, ou compromettre d'une autre façon les intérêts de la banque, par exemple du fait que son personnel outrepassé ses responsabilités ou exerce ses activités d'une manière contraire aux règles déontologiques ou en prenant des risques excessifs. Parmi les autres aspects du risque opérationnel figurent les pannes majeures des systèmes de traitement de l'information ou des événements tels que des incendies ou autres catastrophes.

Dans les activités de transaction, les risques opérationnels peuvent être élevés. A la différence du risque de crédit et du risque de marché, le risque opérationnel est dans une très large mesure un risque interne de l'entreprise multinationale.

103. Contrairement au risque de crédit et au risque de marché, les risques opérationnels ne sont habituellement pas gérés au moyen de transactions conclues avec des tiers, bien qu'il soit possible de s'assurer contre certains de ces risques, mais au moyen de systèmes et procédés internes. Des économistes proposent que l'attribution de la responsabilité d'un risque devrait se faire à l'intérieur d'une structure étagée afin de réaliser une stimulation économique optimale. Le résultat d'un risque devrait d'abord être supporté par la partie la mieux placée pour le prévenir, ensuite par la partie qui est en mesure de le gérer, de le diversifier ou de le couvrir efficacement, et enfin par la partie qui peut absorber la perte en découlant. La partie la mieux placée pour éviter le risque est normalement celle dont l'erreur opérationnelle a causé la perte, et non la partie qui impose des systèmes de contrôle du risque visant à prévenir la perte opérationnelle. Comme nous l'avons vu, plusieurs risques opérationnels ne peuvent normalement être couverts par des transactions externes. Dans le contexte du siège et de l'ES, le troisième point est stérile puisque les deux sont capables d'absorber la perte. Ainsi, à l'égard d'un ES, la responsabilité pour les erreurs devrait incomber à ceux qui ont commis l'erreur. À l'égard d'une entreprise associée, elle pourrait incomber à l'entreprise qui fournit le capital couvrant les risques d'une autre entreprise.

104. Le risque opérationnel est difficile à quantifier et encore plus difficile à attribuer, car de par sa nature, il se rapporte à des événements imprévus. Comme mentionné au paragraphe 19 de la Partie II, le Comité de Bâle a conclu que le risque opérationnel devrait être compris dans les normes de fonds propres (ce qui en souligne l'importance). Toutefois, comme mentionné au paragraphe 94 de la Partie II, la quantification des risques opérationnels se fera vraisemblablement à partir des modèles internes d'une banque qui ne peuvent être vérifiés par des données du marché. Les administrations fiscales auront ainsi peine à procéder à un audit. Considérant la difficulté de quantifier le risque opérationnel, l'approche autorisée de l'OCDE permettrait d'attribuer le risque opérationnel en proportion d'autres risques attribuables à l'ES, sans qu'il soit nécessaire de calculer séparément le risque opérationnel. En effet, la partie de l'entreprise la plus exposée au risque de crédit et de commercialisation est, toutes choses égales, celle qui est la plus exposée au risque opérationnel. Cette approche pragmatique semblerait le mieux adaptée lorsque le risque opérationnel se rapportant à des circonstances imprévues telles des spéculations malhonnêtes. Elle pourrait être moins fiable lorsque le risque opérationnel est issu de la capacité de l'ES d'administrer le volume de ses activités (par ex., la compensation et le règlement), puisqu'en pareil cas, l'ampleur du risque assumé par contrat n'est pas nécessairement proportionnelle au volume des activités. Par conséquent, cette approche peut convenablement être utilisée, à moins que les circonstances données

permettent d'utiliser une autre méthode plus fiable et mesurable pour évaluer et attribuer le risque opérationnel et la rémunération qui s'y rapporte.

d) Autres risques

105. D'autres types de risques exposent l'entreprise à l'éventualité de subir des pertes très importantes. Il y a un risque juridique lorsqu'un contrat particulier sur produits dérivés occasionne des pertes importantes pour le client et que celui-ci, tout en étant en mesure de payer, refuse de le faire et réclame une indemnisation pour les pertes subies, auprès de l'entreprise qui effectue des transactions mondialisées. Il peut aussi y avoir un risque dit « de Herstatt » dû à des positions de change non dénouées, ainsi qu'un risque général de règlement et de livraison, tandis que les systèmes de règlement en temps réel des montants bruts sont susceptibles d'influer sur le risque de règlement. Le risque de solvabilité et le risque commercial général sont aussi à prendre en compte.

106. En outre, il y a d'autres risques qui ne sont pas directement liés aux produits financiers. L'un de ces risques est le risque de développement. En particulier, les sociétés qui effectuent des transactions mondialisées peuvent consacrer des ressources considérables à la mise au point de systèmes de traitement de l'information et de communications qui leur sont essentiels pour exercer leur activité. Cela les amène à effectuer des dépenses de développement payables d'avance comportant le risque que les systèmes ne fonctionnent pas comme prévu ou ne soient plus nécessaires au moment où leur développement est achevé. De même, la mise au point de produits comporte le risque que ces produits ne fonctionnent pas ou ne se vendent pas, outre le risque de mise en cause de la responsabilité si le produit est mal conçu du point de vue juridique.

iv) *Fonds propres et financement*

a) Introduction

107. L'analyse développée aux paragraphes 24-28 de la Partie II révisée sur le rôle des fonds propres en ce qui concerne les banques est aussi applicable aux entreprises effectuant des transactions mondialisées, qu'il s'agisse de tenue de marché ou de prise de positions pour compte propre. En résumé, ces entreprises ont besoin de fonds propres pour assumer les risques découlant de leurs activités. De même, elles ont recours à une large panoplie d'instruments financiers, notamment les prêts de titres et les swaps, pour financer leurs positions. Une caractéristique propre à bon nombre d'instruments dérivés est qu'ils créent des obligations de financement potentielles pour l'établissement financier au cours de la durée de vie de l'instrument (nécessité, par exemple, d'effectuer des paiements périodiques dans le cadre d'un contrat d'échange de taux d'intérêt). Ces instruments engendrent aussi un besoin permanent de fonds propres pour couvrir les risques en cours.

b) Solvabilité

108. La solvabilité est un facteur crucial pour une entreprise opérant à l'échelle mondiale, car certaines contreparties peuvent exiger une cote de crédit minimale pour traiter avec elle ; cet élément est aussi déterminant pour que l'entreprise dégagne des bénéfices sur ses activités. Comme les banques, les entreprises effectuant des transactions mondialisées doivent financer leurs opérations, et leur notation influe sur le taux auquel elles peuvent emprunter. D'où une incidence manifeste sur la rentabilité des opérations lorsque l'entreprise doit emprunter par exemple pour financer les paiements qu'elle est tenue d'effectuer dans le cadre d'un contrat d'échange de taux d'intérêt. De plus, comme indiqué dans la Section C-2 iv), le prix d'un swap de taux d'intérêt peut varier suivant le risque de crédit inhérent à la transaction. En outre, certains produits (en particulier les instruments à longue échéance ou exotiques) ne peuvent de

fait être vendus que par les établissements financiers les mieux notés – les entités notées- AAA sont en mesure de commercialiser une palette de produits plus large que les établissements mal notés.

c) Obligations en matière de fonds propres

109. Les paragraphes 33-38 de la Partie II mettent lumière l'importance d'un niveau suffisant de fonds propres pour les banques. Des considérations similaires s'appliquent aux entreprises effectuant des transactions mondialisées, encore que l'effet précis dépende du niveau ou du type de réglementation. En bref, le niveau et le type de risque encouru par une entreprise effectuant des transactions mondialisées déterminent le montant des fonds propres ou d'autres moyens de renforcer sa cote de crédit qu'elle doit avoir à sa disposition pour faire face à ce risque. Le rôle des opérateurs dans la gestion du risque de marché a déjà été décrit à la Section B-3 i)b), mais ce risque ne peut être assumé sans disposer au départ de fonds propres suffisants. L'importance des fonds propres est illustrée par le fait que des équipes d'opérateurs talentueux ne sont pas normalement en mesure de quitter un établissement financier pour créer leur propre entreprise sans avoir accès à des fonds propres, soit en s'associant avec un autre établissement bien noté, soit en obtenant des garanties d'un tel établissement.

d) Autres obligations réglementaires

110. En procédant à une analyse des prix de transfert, il faudra aussi garder à l'esprit l'impact de la réglementation sur les entreprises effectuant des transactions mondialisées. En particulier, à la différence des activités bancaires, les transactions mondialisées peuvent être effectuées par des entités qui ne sont pas directement réglementées. Le contexte réglementaire peut influencer à la fois sur le lieu où une transaction est effectuée et sur le coût de l'exécution de la transaction dans un établissement donné. De fait, cela peut entraîner souvent un décalage initial entre l'activité économique exercée par une entité déterminée opérant sur le marché mondial et l'activité enregistrée dans ses états financiers. Les transactions qui ont été créées en partie du moins par l'activité économique d'une entité peuvent néanmoins être inscrites dans le portefeuille d'une autre entité, notamment une société spécialisée, d'où la nécessité d'effectuer des ajustements en fonction du principe de pleine concurrence entre l'entité détenant la transaction en portefeuille et l'entité qui a participé à l'activité économique.

e) Importance du capital « libre »

111. Les paragraphes 42-44 de la Partie II examinent l'importance du capital « libre » pour les banques. Les mêmes principes s'appliquent aux entreprises effectuant des transactions mondialisées.

C. Application du principe de pleine concurrence aux transactions effectuées sur le marché mondial entre entreprises associées

112. La Section C traite de l'application du principe de pleine concurrence aux transactions mondialisées en général. Elle est divisée en trois grandes sous-sections. La première est une discussion générale de l'application des indications données dans les Principes directeurs, et notamment des méthodes de fixation des prix de transfert. La deuxième sous-section s'efforce d'identifier les principales transactions entre entreprises associées liées à chaque fonction importante du processus de transactions mondialisées et envisage le moyen le plus approprié d'appliquer le principe de pleine concurrence pour tenir dûment compte de l'exécution de la fonction en question. La troisième sous-section aborde de manière plus détaillée l'application des méthodes fondées sur les bénéficiaires aux transactions mondiales intégrées. Les questions spécifiques concernant l'application du principe de pleine concurrence aux transactions effectuées sur le marché mondial par l'intermédiaire d'un établissement stable sont traitées à la Section D.

113. Dans certains cas, les exposés figurant à la Section C, qui traite de l'article 9, et à la Section D, qui traite de l'article 7, seront pertinents pour l'application du principe du prix de pleine concurrence.

Lorsque, par exemple, une entreprise agit à titre de mandataire d'une autre entreprise et que les activités de la première créent un ES-agent dépendant au sens de l'article 5(5), il sera d'abord nécessaire d'appliquer les principes énoncés à la Section C en lien avec l'article 9 pour établir le prix de pleine concurrence des transactions intervenues entre la première entreprise et l'entreprise mandataire (lorsque celle-ci est une entreprise associée), et ensuite, d'appliquer les principes énoncés à la Section D en lien avec l'article 7 pour attribuer un montant de bénéfices de pleine concurrence à l'ES-agent dépendant. À l'inverse, lorsque les activités entre les entreprises associées n'aboutissent pas à la création d'un ES-agent dépendant, les principes énoncés à la Section D en lien avec l'article 7 sont clairement inapplicables. Plus particulièrement, la notion de fonction entrepreneuriale essentielle de prise de risque et ses conséquences sur l'attribution du capital ne s'appliquent pas. Il serait plutôt nécessaire de se reporter simplement aux principes énoncés à la Section C en lien avec l'article 9.

C-1. Application générale et méthodes

i) Application du principe de pleine concurrence

114. Les Principes directeurs précisent au Chapitre I que « l'application du principe de pleine concurrence se fonde généralement sur une comparaison entre les conditions pratiquées pour une transaction entre entreprises associées et celles pratiquées pour une transaction entre entreprises indépendantes⁷ ».

115. L'analyse fonctionnelle décrite à la Section B vise à déterminer les contributions spécifiques du capital et des différentes fonctions d'une entreprise effectuant des transactions mondialisées, notamment la négociation et la commercialisation. Dans le contexte des transactions mondialisées, une analyse fonctionnelle rigoureuse est particulièrement importante étant donné le large éventail des fonctions pertinentes susceptibles d'intervenir et la diversité des risques qui peuvent être assurés ou transférés, la dispersion de nombreuses fonctions à l'échelle mondiale et la diversité considérable des structures et de l'organisation des activités. Une fois que l'analyse fonctionnelle est achevée, il y a lieu d'identifier les transactions entre les entreprises associées et, en utilisant les méthodes décrites ci-dessous, de déterminer un prix de pleine concurrence pour ces transactions.

ii) Méthodes de fixation des prix de transfert

116. Dans beaucoup de transactions effectuées sur le marché mondial entre entreprises associées (transactions contrôlées), il peut être relativement facile d'utiliser les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions et de trouver des transactions comparables de manière à déterminer un prix ou une marge brute de pleine concurrence. En effet, lorsqu'une entreprise est organisée selon le modèle pur de gestion centralisée des produits, plusieurs des fonctions hormis la commercialisation (c'est-à-dire les fonctions de négociation et de gestion du risque) peuvent toutes être centralisées en un seul site. Les bénéfices imputables à ces fonctions sont générés dans une large mesure à la suite de transactions avec des personnes indépendantes. La plupart des transactions contrôlées porteront sur des fonctions plus simples exercées par des entreprises associées, telles que les fonctions de support et de vente, bien que lorsque des entreprises associées ont conclu des accords pour que le capital nécessaire pour couvrir le risque se retrouve dans une entreprise juridiquement distincte de l'entreprise qui exerce les fonctions entraînant le risque (qu'un ES existe ou non), il sera nécessaire d'établir une rémunération pour la fourniture du capital. Des données comparables sur le marché peuvent être obtenues directement pour déterminer un prix de pleine concurrence applicable aux fonctions de soutien et de vente dès lors que ces fonctions ne sont pas liées à des biens incorporels de valeur. La fixation du prix de la fonction de fourniture de capital est examinée ci-après à la Section C-2 iv). De même, lorsqu'une entreprise est organisée sur le modèle pour des

7 Principes directeurs, paragraphe 1.15.

transactions d'une entreprise distincte, sans intégration des fonctions ou des sites, on peut en général obtenir assez directement des transactions comparables aux transactions de vente et de soutien contrôlées, qui peuvent être également qualifiées à juste titre de prestations de services.

117. Des transactions entre entreprises indépendantes peuvent être encore comparables même s'il existe certaines différences par rapport à la transaction entre entreprises associées, sous réserve que « des correctifs suffisamment exacts puissent être apportés pour supprimer les effets matériels de ces différences⁸ ». Ainsi, on peut trouver une transaction qui est similaire, sauf que dans la transaction contrôlée il peut ne pas y avoir de prise de risque de crédit. Le prix de la transaction sur le marché libre peut encore être utilisé s'il est possible d'effectuer des ajustements raisonnablement précis pour tenir compte des différences liées à la prise de risque de crédit, peut-être en utilisant des données de tierces parties pour l'estimation des prix des produits dérivés du crédit.

118. Les Principes directeurs sont censés être appliqués de manière flexible, et la recherche de données comparables ne doit pas nécessairement se limiter au marché des produits dérivés. Par conséquent, on pourrait utiliser par exemple des données obtenues auprès de tiers sur le risque de crédit provenant des marchés obligataires à condition qu'elles répondent au critère des « correctifs suffisamment exacts » énoncé au paragraphe 2.7 des Principes directeurs. Toutefois, les seules données en provenance d'entreprises indépendantes ont souvent trait à des activités de base ou non discrétionnaires, de sorte qu'il est difficile d'apporter des correctifs suffisamment exacts entre les conditions de la transaction contrôlée et de la transaction sur le marché libre de façon à prendre en compte les différences considérables dans les fonctions exécutées, les conditions économiques, les stratégies commerciales, etc.

119. Il y a d'autres cas dans lesquels il peut être réellement difficile d'appliquer d'une manière fiable les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions. C'est sans doute particulièrement le cas lorsqu'on évalue la fonction de négociation/de gestion du risque dans le modèle des transactions totalement intégrées. Dans un tel cas, la fonction de négociation et de gestion du risque sera elle-même scindée entre différentes entités. Il peut être difficile de trouver des données comparables dans la mesure où une telle structure d'opérations a peu de chances d'être trouvée entre des parties indépendantes sans aucun accord formel régissant les activités intégrées. L'accord peut prendre des formes juridiques diverses, par exemple une coentreprise, une société de personnes ou une personne morale. Cependant, dans le cadre de tels accords, il est bien possible que des parties indépendantes ne cherchent pas à partager les bénéfices réalisés sur chaque transaction mais au contraire à déterminer les bénéfices globaux qui reviennent à chacune d'entre elles. Par exemple, lorsque la forme juridique est celle d'une personne morale ou d'une société de personnes, l'accord peut répartir les bénéfices de l'entreprise au niveau de l'actionnaire ou de la société de personnes.

120. En outre, certaines catégories de transactions mondialisées se caractérisent par un degré élevé d'intégration et de coopération entre et à l'intérieur de différentes fonctions et établissements, ce qui aboutit à la situation décrite dans les Principes directeurs: « Lorsque des transactions sont intimement liées, il est possible qu'elles ne puissent pas être déterminées séparément. Dans des circonstances similaires, des entreprises indépendantes auraient pu décider de constituer une société de personnes et convenir d'une forme de répartition des bénéfices.⁹ » La question se pose de savoir comment évaluer le niveau d'intégration des fonctions pour une ou plusieurs transactions particulières. Le comportement des parties peut être utile dans cette analyse. A titre d'exemple, si dans chaque site les opérateurs sont rémunérés à partir d'enveloppes de rémunérations variables différentes et que leur performance est évaluée selon des critères totalement différents d'un site à l'autre, il devrait être possible d'évaluer de même les transactions

8 Principes directeurs, paragraphes 2.7, 2.16 et 2.34.

9 Principes directeurs, paragraphe 3.5.

auxquelles ils prennent part, sans se référer aux autres sites d'opération. À l'inverse, si la performance d'un opérateur est jugée pour une bonne part d'après la qualité de sa collaboration avec les opérateurs d'un autre site, il y a de bonnes chances pour que la fonction commerciale soit en réalité fortement intégrée sur l'ensemble des sites des opérateurs qui travaillent en coopération.

121. La question de l'intégration devrait être abordée fonction par fonction. Le modèle de transactions entièrement intégrées est défini uniquement d'après le niveau d'intégration des fonctions de négociation et de gestion du risque — il n'y a pas de raison pour que l'intégration de ces fonctions empêche une évaluation séparée des autres fonctions comme le support, dans un modèle de transactions similaire

122. Dans certains cas, il peut être possible de résoudre ce problème en appliquant des correctifs suffisamment exacts à la rémunération perçue pour l'exercice de la fonction intégrée. Par exemple, l'analyse pourrait identifier une commission comparable applicable aux fonctions de vente de base, commission qui serait ensuite majorée pour tenir compte des fonctions additionnelles exercées et des risques supplémentaires assumés (risque de crédit, par exemple) par le vendeur qui se trouve davantage intégré dans les transactions mondiales (voir paragraphes 117-118). Toutefois, lorsqu'il n'est pas possible d'évaluer correctement l'intégration de cette manière, la méthode des bénéfices peut être le moyen le plus fiable de se rapprocher des conditions de pleine concurrence. Bien que le Chapitre III des Principes directeurs définisse clairement la marche générale pour l'utilisation des méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfices, des problèmes d'application peuvent se poser dans la pratique. Le Rapport approfondit ces questions à la Section C-3.

123. Enfin, il faut prendre en compte la stratégie du contribuable en matière de transactions et envisager les différentes fonctions cas par cas. Ainsi, l'importance de la fonction d'opérateur sera plus grande si les transactions ont pour objet de tenir un marché pour des produits particuliers et non simplement de fournir ces produits dans le cadre d'une stratégie visant à assurer un "service complet" à la clientèle (voir Section B-2 ii)). En effet, dans ce dernier cas, l'entreprise est susceptible d'adopter une stratégie à faible risque en assurant une couverture immédiate et complète de la transaction. Cette stratégie limite les pertes possibles, mais aussi les bénéfices commerciaux potentiels. À l'inverse, le teneur de marché s'efforcera sans doute de réaliser des bénéfices par une gestion plus active des risques, par exemple en laissant délibérément non couvertes les positions envers la clientèle dans l'espoir de profiter d'une évolution favorable du marché. Cette stratégie peut engendrer des bénéfices substantiels, mais aussi de lourdes pertes ayant une incidence sur le montant de capital nécessaire pour soutenir la fonction de négociation. Ce capital peut être fourni soit par l'entreprise elle-même, soit aux termes d'un accord conclu avec une autre entreprise. Si la fonction de négociation est exercée dans une entreprise distincte de l'entreprise qui fournit le capital, une rémunération pour le capital devra être calculée aux termes de l'article 9, comme il a été mentionné à la Section C-2 iv).

C-2 *Analyse des transactions mondialisées*

124. Cette section examine les types de transactions qui ont lieu en général entre des entreprises associées effectuant des transactions mondialisées. L'analyse des transactions doit identifier l'exercice de la fonction qui donne lieu à la transaction particulière et en tenir compte. Cette section examine les meilleurs moyens d'appliquer le principe de pleine concurrence aux transactions afin de faire en sorte que le rôle de la fonction correspondante soit pris en compte de manière appropriée. Les sous-Sections i) à iii) ci-dessous examinent les fonctions humaines et plus particulièrement, celles qui mènent à la prise en charge et à la gestion du risque. Il convient de souligner que lorsque des accords existent aux termes desquels le capital nécessaire pour couvrir les risques engendrés par ces fonctions se trouve dans une entreprise juridiquement distincte de celle qui exerce les fonctions humaines, la rémunération du capital revient à l'entreprise dans laquelle le capital se trouve (qu'un ES existe ou non ; voir les paragraphes 281 et 282 ci-dessous). En l'absence d'un ES, on ne peut appliquer la notion de « fonctions entrepreneuriales

essentielles de prise de risque » pour attribuer le capital (et la rémunération du capital) à l'établissement qui exerce les fonctions humaines.

i) Vente et commercialisation

125. L'analyse fonctionnelle peut montrer qu'une entreprise fournit des services de vente et de commercialisation à une entreprise associée. Dans les transactions entre parties indépendantes, le montant et le type de rémunération dépendent du niveau des services fournis, qui peut être particulièrement lié au type de produit, aux fonctions exercées, aux risques assumés et aux biens incorporels mis en œuvre. Pour les fonctions de vente et de commercialisation, il est essentiel de savoir si l'exercice de la fonction conduit à la prise d'un risque de crédit et si l'exercice de la fonction de commercialisation/négociation conduit à une certaine prise de risque de marché (voir analyse à la Section B-3 i)a)). Par exemple, certains vendeurs non spécialisés interviennent simplement comme courtiers sur des produits standardisés et ne prennent aucun risque de crédit pour l'opération de vente. Ils sont probablement rémunérés au moyen d'une simple commission, c'est-à-dire d'un certain nombre de points de base, qui ne dépend pas de la rentabilité de la transaction en question.

126. A l'autre extrême, certains vendeurs sont tellement spécialisés et participent si étroitement au processus de développement et de structuration des produits qu'ils exercent des fonctions conduisant à la prise d'un risque de crédit et qu'ils réalisent certains éléments de la fonction de négociation aboutissant à la prise d'un risque de marché. Ils exigeront probablement d'avoir une quote-part des bénéfices ou des pertes d'exploitation, même si, dans le premier cas, les parties parlent encore de commission, ce qui reflètera le montant de capital dont ils ont besoin pour couvrir les risques qu'ils ont assumés. A mi-chemin, on trouve des vendeurs qui, comme l'indique une analyse fonctionnelle, sont davantage que de simples courtiers et prennent donc un risque de crédit, mais qui participent moins au montage des produits et ont donc peu de chances d'être considérés comme prenant un risque de marché significatif (toutefois, on l'a vu au paragraphe 30, il peut y avoir prise de risque de marché pour la période précédant le moment où une transaction est transférée par opération inverse à l'unité centrale de gestion des produits).

127. Dans le cas d'une transaction contrôlée, il faut tout d'abord évaluer les fonctions précises exercées par le personnel concerné (compte tenu des actifs utilisés et des risques assumés). Si la transaction fait intervenir des fonctions de vente générales, les données du marché sont probablement disponibles, de sorte qu'une méthode des prix comparables sur le marché libre (CUP), portant généralement sur une commission, peut être aisément appliquée. Toutefois, le problème devient plus difficile si des fonctions plus complexes de vente et de commercialisation sont exécutées. Souvent, les seules données disponibles concernant des parties indépendantes ont trait aux fonctions de vente de base, ce qui conduit à se demander si des correctifs appropriés peuvent être apportés pour tenir compte des fonctions additionnelles exercées et des risques assumés.

128. Une autre possibilité serait d'évaluer la fonction de vente à l'aide d'une méthode du prix de revente pour obtenir une marge brute de pleine concurrence. Il faudra procéder à une comparaison approfondie des risques couverts et supportés dans la transaction contrôlée et dans la transition sur le marché libre, à partir d'une analyse des dispositions contractuelles. Une composante de la valeur ajoutée par le personnel de commercialisation peut dans certaines circonstances être mesurée d'après la différence entre le prix auquel un opérateur entreprendrait une transaction avec un client et le prix effectivement obtenu par le vendeur. Toutefois, même lorsqu'une telle relation existe, il faut veiller à ce que les rémunérations attribuables à l'opérateur et au vendeur reflètent correctement les fonctions exercées par chacun d'eux, compte tenu surtout des risques assumés.

129. Il faudra faire preuve de souplesse pour effectuer des ajustements appropriés en vue de tenir compte d'éventuelles différences entre transactions contrôlées et transactions sur le marché libre pour l'une

quelconque des approches ci-dessus, peut-être en recherchant des données sur le marché libre concernant des fonctions de commercialisation raisonnablement comparables conduisant à la prise de risques raisonnablement comparables hors du domaine des transactions mondialisées. Il sera probablement plus facile de trouver des données comparables lorsque la fonction ne donne pas lieu à la prise d'un risque significatif. A titre d'exemple, la recherche de données comparables concernant la commercialisation d'un produit dérivé ne doit pas se limiter nécessairement au marché des produits dérivés.

130. Une solution consisterait à majorer le montant de la commission pour tenir compte des fonctions additionnelles exercées et/ou des risques pris, par rapport aux commissions pratiquées entre des entreprises indépendantes. Une autre consisterait à ajouter une fraction du bénéfice de la transaction à la commission de base. Dans d'autres situations, il peut être approprié de rémunérer la fonction de commercialisation en l'incluant dans le fractionnement des bénéfices. Dans le secteur financier, il n'est pas rare que les maisons de titres motivent les vendeurs indépendants en les autorisant à conserver une fraction du bénéfice sur les opérations qu'ils apportent à l'entreprise. Cette pratique est sans doute plus répandue dans les entreprises qui ont pour stratégie d'encourager la réalisation de transactions plus complexes à forte marge que dans celles qui recherchent des transactions simples à faible marge pour lesquelles le volume des opérations est la clé de la rentabilité. Il convient donc de prendre en compte la stratégie commerciale lorsqu'on évalue l'opportunité de rémunérer le vendeur au moyen d'une quote-part des bénéfices dans le cas d'une transaction contrôlée.

131. S'il est décidé, dans un cas particulier, qu'une commission sur la base des bénéfices est appropriée, la question se pose de savoir sur quels bénéfices la commission devrait être fondée. Des problèmes se posent surtout pour les produits dérivés lorsque les bénéfices peuvent être répartis entre une marge de négociation initiale résultant du lancement de la transaction et des bénéfices ou pertes d'exploitation ultérieurs résultant de la gestion continue de la position.

132. Souvent, ces bénéfices ne comprennent que le bénéfice initial (marge de négociation) sur la transaction effectuée avec le client, et non le bénéfice global d'exploitation. En effet, le personnel de vente n'intervient pas dans le montage des produits financiers, les fonctions exercées ne donnent pas lieu à la prise d'un risque de marché. Par conséquent, il n'y a guère de raison que ce personnel reçoive une partie des bénéfices d'exploitation globaux ; en revanche, il devrait être protégé contre le risque de devoir partager des pertes d'exploitation éventuelles découlant de la réalisation des risques de marché. (N.B. Si la marge de négociation sur la transaction est initialement négative, il faudra peut-être examiner les circonstances entourant la transaction. A titre d'exemple, si la transaction a été engagée alors même qu'on s'attendait à ce que la marge de négociation soit négative, il apparaît que l'opération avait été exécutée dans un but autre que la fonction de commercialisation normale : c'est le cas par exemple d'une transaction de couverture effectuée à la demande du gestionnaire de risque pour couvrir une autre position ouverte. Dans pareil cas, la fonction de vente exécutée sera normalement rémunérée pour la fonction de courtage exercée et ne devrait prendre en charge aucune des pertes résultant de la marge de négociation négative. Dans les autres cas, le vendeur devrait prendre en charge une partie des pertes qu'il a créées par suite de l'exercice d'une fonction complète de commercialisation.)

133. Cette méthode de rémunération des vendeurs en fonction d'une quote-part de la marge de négociation initiale et non d'une quote-part du total de la marge de négociation initiale et des bénéfices ou pertes d'exploitation ultérieurs n'est pas toujours appropriée si les fonctions exercées par le vendeur sont comparables à celles exercées par les vendeurs hautement spécialisés mentionnés ci-dessus. Même lorsqu'ils travaillent pour des parties indépendantes, ces spécialistes de la commercialisation s'attendent, en vertu de leur collaboration étroite avec l'opérateur dans le montage de la transaction, à réaliser un gain ou à être pénalisés à la suite des activités ultérieures des opérateurs/gestionnaires de risque liées à la gestion de la position.

134. Lorsque ces vendeurs hautement spécialisés sont employés, il se peut que le contribuable ait choisi une méthode des bénéfices comme étant le seul moyen de refléter fidèlement la contribution du vendeur à la réalisation des bénéfices, et de contourner la difficulté que pose l'évaluation de cette fonction indépendamment de la fonction de négociation. Une analyse de comparabilité intégrale devrait aider à montrer si une telle méthode des bénéfices est conforme avec le principe de pleine concurrence. Cette évaluation sera plus facile si l'on dispose de données comparables provenant de parties indépendantes, et il faudra tenir compte du comportement des parties pour vérifier s'il est compatible avec leurs rôles assignés. Par exemple, les vendeurs hautement spécialisés ne devraient s'attendre à toucher une quote-part du total de la marge de négociation initiale et des bénéfices ou pertes d'exploitation ultérieurs que s'ils participent de près à tous les aspects matériels du montage de l'opération. Ce niveau d'intégration et de coopération avec les opérateurs peut être révélé par la structure de primes de la rémunération de ces personnels et par leurs relations et procédures professionnelles.

ii) Négociation et gestion du risque

135. Comme on l'a déjà noté à la Section B-3 i)b), une analyse fonctionnelle des entreprises effectuant des transactions mondialisées est susceptible d'aboutir à la conclusion que la fonction de négociation et de gestion du risque constitue l'une des principales fonctions humaines. L'activité comporte la prise en charge de risques et nécessite du capital pour couvrir ceux-ci. Ce capital peut être fourni soit par l'entreprise qui emploie les négociateurs, soit par une autre entreprise, comme il est mentionné à la sous-Section iv) ci-après. L'activité de négociation est normalement exercée avec des tiers et c'est cette activité qui, lorsqu'elle est associée à la fonction de commercialisation/négociation, génère directement des bénéfices bruts par le biais des « marges de négociation ». En outre, la fonction de négociation et de gestion des risques engendre également des bénéfices ou des pertes ultérieurs qui résultent de la gestion des risques de marché assumés et besoin consécutif de fonds propres.

136. Au départ, il pourrait être utile d'examiner les trois modèles fondamentaux de négociation sur le marché mondial, les transactions intégrées, la gestion centralisée des produits et l'entreprise distincte. Sauf mention contraire, la gestion du risque ne concerne ici que le risque de marché.

137. Les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions sont normalement les plus appropriées lorsque les opérations sont organisées selon le modèle de l'entreprise distincte, dans le cadre duquel chaque entreprise exerce individuellement les activités essentielles et les transactions avec des entreprises associées sont susceptibles de comprendre des prestations de services ou des transactions financières (telles que les opérations de couverture). Pour les transactions impliquant la prestation de services de base, il ne sera peut-être pas nécessaire d'envisager d'autres méthodes que celles qui sont fondées sur les transactions pour obtenir un bénéfice approprié pour chaque établissement associé à la fourniture de ces services de base, étant donné la disponibilité de transactions comparables avec des parties indépendantes. Il est plus difficile de vérifier si les opérations de couverture sont entreprises dans des conditions de pleine concurrence. Il faudra prendre en compte la nature et l'ampleur des éventuels ajustements de comparabilité. Ainsi, des ajustements de comparabilité au titre des différences de risque de crédit seront souvent nécessaires, de même que des ajustements temporels entre autres facteurs

138. Par ailleurs, l'analyse des prix de transfert devrait examiner la situation dans laquelle, du fait d'une stratégie de couverture, des pertes peuvent être reconnues à des fins fiscales dans un pays autre que celui où le gain d'une position compensatoire est reconnu (on parle généralement de « couvertures partagées »). Cela pose de sérieuses difficultés lorsque les couvertures partagées concernent des entreprises associées : cette question fera l'objet de travaux ultérieurs. D'ici là, il est possible d'avoir recours aux principes généraux en matière de transactions visant à transférer le risque d'une entreprise associée à une autre qui sont énoncés aux paragraphes 1.26 à 1.29 des Principes directeurs. Des problèmes apparaissent également lorsque des établissements financiers recourent à des stratégies de couverture « nette », de sorte

qu'il est impossible d'associer le gain ou la perte résultant d'une transaction particulière au gain ou à la perte compensatoire sur l'opération avec le client que cette transaction couvre.

139. Ainsi qu'on l'a noté au paragraphe 33, selon le modèle de négociation de l'entreprise distincte, un site de négociation peut effectuer des opérations avec un autre site de négociation. Sur un autre plan, dans certaines situations impliquant des transactions financières (en particulier des opérations de couverture) entre entreprises associées se trouvant dans des sites de négociation différents, la question peut se poser de savoir si un négociateur indépendant aurait entrepris une telle transaction. Si la marge de négociation escomptée sur la transaction entre des sites de négociation est négative ou si la valeur actuelle nette (« VAN ») d'une transaction financière dans l'optique du site de négociation examiné est négative, il conviendra d'examiner les circonstances entourant cette transaction. Il importera d'analyser les stratégies commerciales de chaque site de négociation et du groupe multinational dans son ensemble. A titre d'exemple, la transaction a pu être nouée dans un but autre que la fonction de négociation normale du site en cause ; il peut s'agir notamment d'une transaction de couverture interne effectuée à la demande d'un organe central chargé de gérer les plafonds de risque globaux au sein du groupe multinational. Dans ces cas, il sera peut-être nécessaire d'éliminer l'effet de ces transactions sur les bénéfices d'exploitation et de rémunérer par d'autres moyens la fonction exercée par le site de négociation.

140. En théorie, on devrait rencontrer moins de difficultés dans l'évaluation de la fonction de négociation ou de gestion du risque pour le modèle pur de gestion centralisée des produits, étant donné que l'établissement qui centralise les opérations assume totalement la responsabilité des opérations de négociation et de couverture. Dans un tel cas, l'analyse fonctionnelle est souvent susceptible de montrer que les fonctions essentielles de négociation et de gestion du risque sont exercées par cet établissement de gestion centralisée des produits. Il perçoit donc les bénéfices imputables à ces activités essentiellement à la suite d'opérations de négociation et de couverture avec des parties indépendantes, et la plupart des transactions contrôlées avec d'autres établissements sont liées à la prestation de services autres que la négociation, notamment les fonctions de vente et de support (à moins que le capital servant à couvrir le risque assumé soit fourni par une autre entreprise, auquel cas il sera également nécessaire d'établir une rémunération appropriée pour la fourniture du capital).

141. Toutefois, des problèmes peuvent se poser lorsque des activités plus complexes de négociation sont exercées loin du siège central, de sorte que la structure organisationnelle de négociation s'éloigne du modèle pur de gestion centralisée des produits et se rapproche du modèle des transactions intégrées. Il s'agit alors de savoir comment rémunérer la fonction de négociation exercée par une entreprise associée hors du siège central. Un problème similaire apparaît quand la gestion du risque est centralisée dans une entreprise différente du site de la négociation. La difficulté est de décider si une entreprise qui entreprend une forme limitée de négociation ou de gestion du risque sous le contrôle du siège central peut être rémunérée de manière appropriée selon la méthode traditionnelle fondée sur les transactions, par exemple au moyen d'une commission, au lieu de recevoir une part du bénéfice total. La réponse dépendra d'une analyse fonctionnelle et factuelle intégrale fondée sur les faits et circonstances, notamment sur le point de savoir si l'entreprise prend les décisions de négociation qui aboutissent à la prise et à la gestion d'un risque de marché. Par exemple, si l'entreprise hors du siège central exerce uniquement une fonction de « veille » (voir au paragraphe 37), l'absence de prise de risque signifie qu'il est peu probable que l'activité nécessite une grande quantité de capital (le sien ou celui d'une autre entreprise) et que l'entreprise de « veille » perçoive une quote-part des bénéfices d'exploitation (même si elle fournit son propre capital).

142. Dans le modèle des transactions intégrées, comme dans le modèle de l'entreprise distincte, chaque établissement a la possibilité d'exercer toute la gamme des fonctions de négociation et de gestion du risque nécessaires pour effectuer les transactions et exerce donc des fonctions entrepreneuriales (*en supposant qu'il fournit son propre capital*). La différence est que dans le modèle des transactions intégrées, les fonctions de négociation et de gestion du risque concernant une transaction particulière avec un tiers

peuvent être ventilées entre les différents établissements et le bénéfice brut réalisé à la suite de cette transaction peut être identifié dans chacun des établissements. Cette forme intégrée de négociation ou de gestion du risque est peu susceptible d'être observée entre des entreprises indépendantes, de sorte qu'il n'est pas possible d'apporter des « correctifs suffisamment exacts » pour rendre les données comparables. De plus, dans le modèle des transactions intégrées, chaque établissement ne peut fonctionner de manière indépendante mais doit coopérer avec les autres afin de réussir à nouer une transaction et de gérer par la suite le risque qui en résulte. Par conséquent, il n'est pas toujours possible d'évaluer une transaction séparément de telle sorte que les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions puissent être appliquées de manière fiable et il y a donc lieu d'envisager l'utilisation de méthodes fondées sur les bénéfices.

143. En réalité, les opérations de négociation ou de gestion du risque effectivement réalisées peuvent avoir un caractère composite et ne relever totalement d'aucun des trois modèles mais comporter des aspects de chacun d'entre eux. Du reste, la façon dont les transactions mondiales sont effectuées peut varier au fil du temps à mesure que l'entreprise évolue. Ainsi, un produit peut commencer par faire l'objet d'opérations sur une base totalement intégrée en dehors de son « siège naturel » d'origine, les pouvoirs de négociation étant délégués, ou bien le « siège naturel » peut changer à la longue. En bref, la réponse doit dépendre de l'analyse fonctionnelle et factuelle, plutôt que de la classification de l'organe de négociation/gestion du risque vis-à-vis des trois modèles décrits à la Section B-2 iii).

iii) *Fonctions de support, fonctions intermédiaires ou fonctions de post-marché*

144. Conformément aux Principes directeurs, la première étape de l'évaluation des fonctions de support, intermédiaires ou de post-marché décrites à la Section B consiste à déterminer si les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions peuvent être appliquées de manière fiable. Dans certains cas, il peut s'avérer difficile de trouver un prix du marché comparable pour toutes ces fonctions du fait que ces activités ont eu lieu généralement au sein de la même entreprise. Toutefois, de nombreuses fonctions de support, notamment le règlement, sont assurées d'une manière similaire dans le cas de parties indépendantes, de sorte que des prix du marché comparables peuvent être immédiatement disponibles, peut-être sans qu'il faille apporter de « correctifs suffisamment exacts » pour compenser d'éventuelles différences significatives et assurer la comparabilité. Dans d'autres cas, des correctifs suffisamment exacts peuvent être nécessaires pour tenir compte des différences dans les fonctions exécutées ou les risques assumés. Des données du marché libre peuvent être disponibles pour procéder à ces correctifs, même si parfois les transactions comparables doivent être trouvées hors du contexte des opérations mondialisées (par ex., des entreprises indépendantes fournissant des services administratifs à des gestionnaires de fonds). En outre, la tendance à subdiviser, et en particulier à sous-traiter, certaines fonctions de support ou de post-marché peut accroître la disponibilité de données comparables sur des transactions entre parties indépendantes.

145. Les activités de post-marché sont de différentes sortes, certaines constituant des éléments importants des transactions mondiales, tandis que d'autres sont très éloignées de l'activité principale de la société. Comme les activités des personnels-clés de post-marché, notamment les personnels affectés au contrôle des produits (parfois appelés personnels « intermédiaires »), jouent un rôle important dans la détermination de la rentabilité de l'ensemble de l'opération, par exemple en s'efforçant de réduire au minimum les risques opérationnels, il peut être nécessaire de prendre davantage en compte ces activités. Des prix de marché comparables pour ces personnels ne sont pas toujours disponibles pour évaluer de manière fiable la contribution de ces personnels, mais un indicateur possible du rôle joué par ces activités est le montant de la rémunération du personnel-clé, d'autant que celle-ci est liée aux résultats. La méthode du prix de revient majoré est particulièrement pertinente dans ces situations.

146. La Section B a décrit le rôle des personnels de support dans le développement de systèmes et de biens incorporels. Dans le secteur non financier, la méthode du prix comparable sur le marché libre et la méthode du prix de revient majoré ont été souvent utilisées pour évaluer le rôle de ces personnels, même s'il a fallu parfois recourir à la méthode des bénéfices, en particulier pour l'élaboration de biens incorporels uniques et de très grande valeur. Dans le cas des transactions mondialisées, le rôle du personnel de support est souvent similaire à celui des chercheurs contractuels dans d'autres branches et il serait peut-être possible d'utiliser une méthode du prix de revient majoré. Dans d'autres cas, les produits incorporels sont élaborés par le personnel de marché et déjà pris en compte lors de l'évaluation de leur contribution.

147. Étant donné la diversité des fonctions de « post-marché », « intermédiaires » ou « de support », il est probablement préférable d'évaluer ces activités au cas par cas. Toutefois, une fois déterminé que les fonctions sont véritablement des fonctions de soutien (qui ne sont pas étroitement liées aux activités de l'entreprise directement génératrices de bénéfices), on pourra généralement utiliser une méthode traditionnelle fondée sur les transactions pour obtenir un prix de pleine concurrence fiable dans le cas des fonctions support décrites à la Section B. En outre, il est peu probable que des parties indépendantes incluent les fonctions de base dans un mécanisme de répartition des bénéfices, car la nature instable des bénéfices des transactions mondialisées fait qu'il est très difficile de déterminer une quote-part des bénéfices qui assure le rendement économique faible mais régulier requis pour l'exercice de ces fonctions. Le plus souvent, si les méthodes traditionnelles ne peuvent pas être appliquées de manière fiable c'est parce que la fonction en cause est si étroitement intégrée avec les autres fonctions qu'il n'est pas possible d'appliquer les méthodes traditionnelles d'une manière fiable.

148. Dans certains cas, il se peut que des parties indépendantes auraient conclu un accord de partage des coûts analogue à celui examiné au Chapitre VIII des Principes directeurs. Il faudrait alors, toujours au cas par cas, faire en sorte que « la part des avantages escomptés de l'accord revenant à un participant correspond[e] à sa part dans le total des contributions à l'accord, compte tenu du fait que les prix de transfert ne sont pas une science exacte.¹⁰ »

iv) Rôle du capital

149. Dans de nombreux cas, il peut ne pas être nécessaire d'évaluer d'éventuels accords concernant les fonds propres dans la mesure où l'ensemble des fonds propres du groupe multinational qui permettent de prendre, d'assumer et de gérer des risques, sont centralisés dans l'entreprise où ont lieu effectivement la gestion du risque et la négociation. Les autres entreprises du groupe multinational qui exercent d'autres fonctions, par exemple les ventes, auront encore besoin de fonds propres pour soutenir leurs activités mais ceux-ci seront probablement insignifiants par rapport aux fonds propres nécessaires pour exercer les fonctions de transaction, de négociation et de gestion du risque. Cependant, dans d'autres situations où les fonctions de négociation et de gestion du risque sont fractionnées entre plusieurs entités, ou lorsque les fonds propres sont centralisés dans une entité juridique différente de l'entreprise qui exerce les fonctions « humaines » de négociation et de gestion du risque, il sera nécessaire d'évaluer d'éventuels accords concernant les fonds propres afin d'établir d'abord s'ils devraient être pris en compte et de déterminer ensuite, le cas échéant, une rémunération de pleine concurrence. Comme il a été indiqué ci-dessus, lorsqu'un ES-agent dépendant est créé au sens de l'article 5(5), il est nécessaire de mettre en œuvre les principes applicables en matière d'attribution des bénéfices de pleine concurrence à un ES-agent dépendant, qui sont énoncés à la Section D. La présente sous-section contient des indications sur la manière de calculer la rémunération distincte qu'il faut accorder pour le capital, aux termes de l'article 9, lorsqu'une entreprise associée fournit du capital à une autre.

10 Principes directeurs, paragraphe 8.3.

150. Il existe deux situations dans lesquelles l'influence du capital doit être prise en compte dans une entreprise de transactions mondialisées. C'est le cas tout d'abord au cours de l'analyse de comparabilité nécessaire pour appliquer une méthode quelconque de calcul des prix de transfert. Au cours d'une analyse de ce type, il importe de vérifier que les transactions contrôlées et non contrôlées faisant l'objet de la comparaison sont similaires en ce qui concerne le niveau des fonds propres ou, s'il existe des différences substantielles, que des correctifs suffisamment exacts soient apportés. Le niveau des fonds propres peut être important dans ce cas car il est susceptible d'avoir une incidence sur la notation, qui influe elle-même sur les conditions des transactions avec les tiers. Ainsi, le prix d'un échange de taux d'intérêt varie en fonction du risque de crédit inhérent à la transaction.

151. Une démarche possible pour corriger les différences concernant le capital ou la prise de risque entre une transaction contrôlée et une transaction sur le marché libre serait d'utiliser une méthode du prix de revient majoré en tenant compte du capital « utilisé » ou « risqué » dans la transaction. Les entreprises financières ont besoin de capital pour couvrir les risques qu'elles assument, et le maintien de cette base de fonds propres entraîne un coût. Plus une transaction est risquée, plus important est le montant du capital à mettre en réserve pour la couvrir, de sorte que le prix perçu pour engager les transactions devrait être plus élevé compte tenu du coût accru du capital. Souvent, ces données sont disponibles auprès d'entreprises indépendantes, ou le contribuable peut produire ses propres données contemporaines, à condition que ces données aient été créées à des fins commerciales et de gestion et aient été validées par les autorités de tutelle, mais il est nécessaire d'analyser et d'évaluer ces données avec soin.

152. Comme toujours lorsqu'on effectue une analyse de comparabilité, il faut examiner, outre les fonctions exercées, toute une série d'autres facteurs qui peuvent influencer la transaction, notamment le contexte économique du marché en question, la stratégie commerciale du contribuable, le profil de risque, et le type et la nature du produit. Sur les marchés qui ne sont pas déréglementés, la position de fonds propres de l'institution financière n'est peut-être pas aussi importante car l'institution bénéficie d'une garantie publique explicite ou implicite et les clients sont donc moins incités à verser une prime pour traiter avec une institution très cotée. Par ailleurs, l'influence du capital est susceptible d'être plus importante pour les produits complexes et novateurs et les contrats de longue durée que pour les produits standardisés et les contrats de courte durée.

153. La seconde situation est celle où il faut évaluer séparément le rôle des fonds propres, autrement dit lorsqu'il existe entre les entreprises associées des accords en vertu desquels le capital nécessaire pour couvrir les risques réside dans une entité juridique différente de l'entreprise qui exerce les fonctions donnant naissance aux risques effectivement assumés à la suite de l'activité de négociation au niveau mondial. Ce dispositif peut revêtir l'une des deux formes suivantes : le détenteur du capital peut fournir une garantie ou un autre instrument de soutien au crédit au titre des transactions nouées par une autre entreprise ; sinon, il peut directement comptabiliser les transactions à son propre bilan ou conclure avec l'autre entreprise des transactions adossées reflétant les transactions conclues par l'autre entreprise avec ses clients. On notera que dans aucun des deux cas l'entreprise détentrice du capital ne fournit de capitaux d'emprunt ou de fonds propres à l'entreprise associée exerçant les fonctions qui donnent lieu au risque.

154. Dans le premier cas, l'accord permet à l'autre entreprise de nouer pour son propre compte des transactions mondialisées avec d'autres parties. L'entreprise détentrice du capital assume les risques en conformité avec les termes de l'accord. La transaction ou l'accord peut être exclu en application du paragraphe 1.37 des Principes directeurs. Par ailleurs, il existe des circonstances dans lesquelles l'accord ne sera sans doute pas reconnu parce qu'il n'a pas été conclu dans les conditions commerciales normales qui prévaudraient entre des entreprises indépendantes (voir le paragraphe 1.38 des Principes directeurs qui examine dans quelles circonstances les transactions entre entreprises associées seraient restructurées en fonction de la réalité économique et commerciale). A titre d'exemple, l'entreprise détentrice du capital doit

disposer d'une quantité suffisante de capital pour être en mesure d'absorber les pertes découlant des risques assumés aux termes de l'accord conclu avec l'autre entreprise exerçant les activités de négociation.

155. Dans le second cas, l'entité détentrice du capital assume directement tout ou partie des risques découlant des transactions mondialisées mais n'exerce pas les fonctions donnant lieu à ces risques. Comme indiqué au paragraphe 14, diverses raisons commerciales sont à l'origine d'une telle structure et des différentes formes qu'elle peut revêtir. Dans certains cas, on peut aussi se demander si l'entreprise détentrice du capital a un ES-agent dépendant dans le pays où est située l'entreprise associée, ou si les services fournis par l'entreprise associée à l'entité supportant juridiquement le risque pour son capital sont des services d'un agent indépendant. La Section D-3 fournit quelques indications pour les cas où l'existence d'un ES-agent dépendant est constatée.

156. Dans l'un ou l'autre cas, il faut déterminer d'abord si les accords devraient être requalifiés ou ignorés en application des paragraphes 1.37 et 1.38 des Principes directeurs et ensuite, s'ils sont pris en compte, comment faire en sorte que ces accords se traduisent par une rémunération de pleine concurrence. A cet effet, on doit réaliser une analyse fonctionnelle et factuelle complète des fonctions exercées (et de la valeur ajoutée) et des risques assumés sur la base des accords par toutes les entreprises associées.

157. Par exemple, dans le premier cas, l'entité détentrice du capital peut ne garantir qu'une seule transaction conclue par l'autre entreprise. Dans ces circonstances, il est possible de déterminer la rémunération de pleine concurrence par référence au marché en croissance des swaps de crédit. A l'autre extrême, l'entité détentrice du capital peut garantir toutes les transactions mondialisées conclues par l'autre entité, s'exposant ainsi à un risque substantiel et fluctuant. Dans ces circonstances exceptionnelles, le détenteur du capital peut souhaiter recevoir une quote-part des bénéfices nets résultant des transactions entre contreparties. La rémunération revenant au garant dépendra bien entendu des capacités en capital tant du garant que du bénéficiaire de la garantie. En particulier, l'apport de capital serait normalement considéré comme différent de la fourniture d'une garantie dont la valeur est avant tout fonction de la solvabilité de la partie garantie (à supposer que le garant soit lui-même solvable). La rémunération revenant au garant sera inversement proportionnelle à la solvabilité du bénéficiaire de la garantie.

158. De même, dans le second cas, lorsqu'un actif à faible risque est créé (par exemple, une obligation à faible risque) on peut penser que les opérations de gestion du risque de crédit seront moins importantes de sorte qu'un accord de pleine concurrence peut consister à rémunérer l'opérateur par une commission (pour laquelle on disposerait d'une valeur comparable appropriée sur le marché) tandis que l'entreprise détentrice du capital recevrait le solde du rendement de l'actif (ce rendement résiduel peu bien entendu être négligeable, les actifs à faible risque nécessitant peu ou pas du tout de capital et étant financés principalement par des emprunts portant intérêt). Lorsque l'opération entreprise est à haut risque, la rémunération potentielle sera plus élevée et dans des situations où l'opération est plus complexe, il peut y avoir moins de comparables transactionnels. En pareil cas, le fournisseur du capital et l'opérateur peuvent conclure un accord de répartition des bénéfices et, dans le cas extrême, une méthode de répartition des bénéfices peut être appropriée pour rémunérer les parties.

159. En somme, dans les deux cas il existe de nombreux paradigmes et la panoplie des méthodologies acceptables de fixation des prix varie en fonction des aspects propres à chaque situation. Lorsque l'entité détentrice du capital a assumé relativement peu de risques, les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions peuvent être plus pertinentes, alors qu'une forme de répartition des bénéfices pourrait être plus appropriée dans les cas où le détenteur du capital a assumé des niveaux de risque plus élevés.

160. Des problèmes se posent aussi en ce qui concerne les modalités précises de rémunération du détenteur du capital selon la méthode de répartition des bénéfices. Les données de tierces parties pourraient bien s'avérer utiles pour décider de la marche à suivre. A titre d'exemple, lorsque le capital se trouve dans

une entité juridique différente de l'entreprise qui emploie les opérateurs et les gestionnaires du risque, des données peuvent être disponibles indiquant la répartition des bénéfices dans des co-entreprises entre opérateurs indépendants et détenteurs de capital. Toutefois, ces données devraient satisfaire au critère de comparabilité défini au Chapitre I des Principes directeurs. Ainsi, les données ont peu de chances d'être comparables si elles ne portent pas sur les conditions de marché actuelles, ou s'il n'existe pas suffisamment d'informations sur les prises de risque ou les stratégies d'entreprise qui ont abouti à la répartition des bénéfices entre les partenaires de la co-entreprise, etc.

161. Ces préoccupations sont valides particulièrement au regard de la proposition selon laquelle un modèle de « fonds d'arbitrage » fournirait des données comparables appropriées pour déterminer la rémunération du capital. Selon cette proposition, les opérateurs employés par une banque pour gérer les risques qu'elle assume sont dans une position semblable à celle du gestionnaire d'un fonds d'arbitrage qui a trouvé des investisseurs disposés à lui déléguer la gestion de leur capital dans l'espoir de recevoir un meilleur rendement global. Les gestionnaires de fonds d'arbitrage sont normalement rémunérés en fonction de frais correspondant à un faible pourcentage des actifs sous gestion, majorés d'une quote-part des bénéfices. La rémunération d'un gestionnaire de fonds d'arbitrage a pour autre caractéristique que la quote-part des bénéfices revenant au gestionnaire du fonds tient compte du fait qu'il ne partage pas les pertes. Toutefois, en dépit de l'attrait d'une solution pragmatique à un problème épineux de prix de transfert, l'application du principe du prix de pleine concurrence nécessite que le modèle du fonds d'arbitrage ne soit utilisé que s'il fournit de fait des données comparables fiables, c'est-à-dire qu'il n'y a aucune différence significative ou qu'il est possible d'apporter des correctifs suffisamment exacts pour tenir compte de différences significatives éventuelles.

162. Il faut d'abord déterminer s'il est possible d'apporter des correctifs suffisamment exacts pour tenir compte d'éventuelles différences significatives entre les données comparables éventuelles du fonds d'arbitrage et la transaction entre parties indépendantes, c'est-à-dire, la fourniture par une entreprise du capital nécessaire pour soutenir les transactions mondialisées d'une autre entreprise. Le fait que les particuliers s'occupant de la gestion de fonds d'arbitrage sont souvent d'anciens négociateurs d'établissements financiers ne permet pas en soi de conclure que la rémunération de l'investissement de capital dans un fonds d'arbitrage est comparable à la rémunération de la fourniture de capital pour soutenir les activités de tenue de marché. La mesure dans laquelle le modèle de fonds d'arbitrage peut fournir des données comparables fiables dépend en grande partie de la stratégie commerciale de l'établissement financier. Ainsi, le modèle de fonds d'arbitrage peut servir utilement par analogie à l'égard d'une entreprise effectuant des transactions exclusives, ou d'un portefeuille dont la stratégie consiste à générer une partie importante du revenu grâce à la prise de positions exclusives non couvertes suscitant des gains importants sur les ventes du portefeuille. En effet, la stratégie d'entreprises exclusives ou quasi exclusives consiste à entreprendre toute activité ou transaction estimée pouvoir générer un rendement global optimal. Les investisseurs de fonds d'arbitrage fixent habituellement le même objectif aux gestionnaires des fonds de sorte que, selon les circonstances, les accords en matière de rémunération constatés couramment au sein des fonds d'arbitrage peuvent servir de comparaison suffisamment exacte pour la répartition des bénéfices entre participants à des accords de négociation exclusifs ou quasi exclusifs.

163. L'analogie que permet les accords en matière de fonds d'arbitrage n'est cependant plus aussi fiable lorsqu'un portefeuille est géré de manière plus conservatrice, n'assumant que peu de risques non couverts et tirant la majeure partie de son revenu de la marge de négociation entre le cours acheteur et le cours vendeur. Les entreprises axées sur la clientèle ont tendance à reposer principalement sur des commissions et des marges plutôt que sur des gains sur les ventes du portefeuille. Même si la gestion par exécution ou par couverture peut donner lieu à des gains ou pertes surclassant de loin les gains résultant de commissions ou de marges (de fait, le prix et la structure d'une transaction particulière pour un client peuvent dépendre de l'évaluation que fait l'entreprise effectuant des transactions mondialisées du risque et des profits opérationnels), les activités axées sur la clientèle d'une entreprise pratiquant la négociation

mondialisée reposent par définition sur la marge générée lors de la facilitation des souhaits des clients plutôt que sur les gains réalisés sur les ventes. Dans ces circonstances, le modèle du fonds d'arbitrage ne fournira probablement pas de comparables fiables. En effet, une entreprise dont le revenu provenant de commissions est stable et dont la partie non couverte du portefeuille génère des gains et des pertes assume moins de risques que celle qui ne dispose pas d'un tel revenu et compte uniquement sur des gains sur la vente de portefeuille, de sorte que la rémunération du capital nécessaire pour soutenir une telle entreprise est différente (voir les paragraphes 157 et 158 ci-dessus). De plus, une entreprise axée sur le roulement de la clientèle et la tenue de marché compte sur une infrastructure de vente importante (qui comporte du personnel et des actifs corporels et incorporels), absente dans le cas d'une entreprise de gestion de fonds d'arbitrage. Il est possible d'apporter des correctifs aux données comparables issues du fonds d'arbitrage pour tenir compte de certaines des différences, mais la fiabilité des comparables est inversement proportionnelle au nombre de correctifs qu'il est nécessaire d'apporter. Il est particulièrement difficile de tenir compte des différences dans le cas d'actifs incorporels. Lorsque l'entreprise effectuant des transactions mondialisées repose sur de tels actifs, il est possible que les différences par rapport aux fonds d'arbitrage ne puissent pas être reflétées par le calcul d'une rémunération de pleine concurrence de la fonction de vente/commercialisation.

164. Il convient de noter que les négociateurs mondialisés ne couvrent généralement pas toutes leurs positions ; c'est seulement lorsque la stratégie commerciale consiste à ne pas couvrir une proportion importante des positions qu'il devient judicieux de décrire l'entreprise comme étant quasi exclusive, et ainsi potentiellement appropriée aux fins de la comparaison avec un fonds d'arbitrage. Il s'agit dans chaque cas d'une question de fait.

165. Il est plus facile d'obtenir les bénéfices futurs estimatifs pour des risques attendus plus faibles de types particuliers. En conséquence, même si un apporteur de capital supporte le risque de perte en tant que contrepartie aux transactions, la faible probabilité de ce risque peut justifier le recours à un prix comparable sur le marché libre pour mesurer le taux de rendement convenable du capital par référence aux taux fixes que des prêteurs obtiennent pour des risques aussi faibles. On aura plus de chances de se trouver dans cette situation fonctionnelle comparable lorsque l'activité entreprise par les négociateurs consiste simplement à gérer des risques de marché vis-à-vis de contreparties à faibles risques

C-3 Méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfices

i) Types de méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfices à utiliser

166. Le Chapitre III des Principes directeurs décrit les méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfices qui pourraient être utilisées pour se rapprocher des conditions de pleine concurrence lorsque les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions ne peuvent être appliquées d'une manière fiable. Celles-ci sont divisées en deux catégories.

La première catégorie est la méthode transactionnelle de la répartition des bénéfices. Cette méthode consiste à répartir les bénéfices nets ou bruts tirés d'une transaction (ou de transactions combinées) entre les entités en fonction des contributions relatives des entreprises concernées. Le bénéfice à répartir peut être le bénéfice total net ou brut obtenu par l'entreprise concernée (analyse des contributions) ou le bénéfice résiduel après attribution à chacune des entreprises concernées d'une rémunération fonctionnelle de base (analyse résiduelle).

Le second type de méthode transactionnelle fondée sur les bénéfices est la méthode transactionnelle de la marge nette.

Seules les méthodes fondées sur les bénéfices du type autorisé par le Chapitre III des Principes directeurs doivent être utilisées et par conséquent toute méthode fondée sur une formule globale de répartition doit être rejetée.

167. Le problème se pose de savoir comment calculer le « bénéfice combiné » lorsque les différentes juridictions concernées calculent le bénéfice imposable sur une base différente (réalisation, droits constatés, cours du marché). En général, le bénéfice combiné sera calculé à partir d'une valorisation au cours du marché car cette méthode est utilisée à la fois pour les besoins de l'entreprise et les obligations réglementaires, même si les répartitions de profits effectuées à partir d'une valorisation à prix de marché peuvent, dans certaines juridictions, être ajustées dans le cadre des règles de détermination des bénéfices imposables. Même si toutes les juridictions utilisent le principe de valorisation à prix de marché, il peut subsister des différences dans le calcul des bénéfices à répartir en raison des différences dans la manière dont les juridictions concernées appliquent ce principe. Ce type de problèmes se pose chaque fois que les méthodes de répartition des bénéfices sont utilisées et, par conséquent, elles ne sont pas davantage examinées dans ce Rapport.

168. Des problèmes se posent également pour la détermination des revenus qui doivent être inclus dans les bénéfices à répartir. Le problème général qui se pose est de décider si les revenus de trésorerie doivent être pris en compte dans le partage global de bénéfices. Ces revenus peuvent comporter des intérêts ou d'autres revenus tirés du placement d'excédents de trésorerie ou de gains ou pertes en capital réalisés à la suite d'opérations de couverture. La résolution de ces problèmes a une incidence sur le montant consolidé des bénéfices des transactions mondialisées qui doit être réparti entre les différentes juridictions. Si la décision est prise d'exclure le compte de trésorerie du champ d'application de la répartition des bénéfices, il est particulièrement nécessaire que les transactions mondialisées portant sur le compte de trésorerie soient effectuées dans des conditions de pleine concurrence. Il s'agit d'un problème de fixation de prix de transfert si le compte de trésorerie relève d'une entreprise juridiquement différente de celle qui gère le compte des transactions mondialisées et il devrait normalement être possible d'appliquer les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions du fait que des données comparables de marché devraient être disponibles, spécialement considérant, comme il est indiqué dans le paragraphe 63 ci-dessus, que les trésoriers concluent des transactions avec des tiers.

169. La question se pose aussi de savoir si le partage des bénéfices doit s'appliquer aux bénéfices (d'exploitation) bruts ou nets. On peut trouver au paragraphe 3.17 des Principes directeurs les indications suivantes :

[G]énéralement, le bénéfice à totaliser et diviser dans le cadre de l'analyse des contributions est le bénéfice d'exploitation. Le fait d'appliquer le partage des bénéfices de cette manière assure qu'à la fois les bénéfices et les dépenses d'une entreprise multinationale sont attribués à l'entreprise associée appropriée, sur une base uniforme. Cependant, il peut être approprié, à l'occasion, d'opérer un partage des bénéfices bruts et de déduire ensuite les dépenses encourues ou attribuables à chaque entreprise concernée (et en excluant les dépenses prises en compte pour la détermination des bénéfices bruts).

170. Étant donné que les méthodes de répartition des bénéfices bruts et nets sont expressément autorisées par les Principes directeurs, il importe davantage de s'assurer dans un cas particulier que, quelle que soit la méthode utilisée, le résultat obtenu se situe à l'intérieur de l'intervalle de pleine concurrence, plutôt que de chercher à déterminer si une approche doit avoir la priorité sur l'autre en règle générale.

171. La méthode de répartition des bénéfices résiduels pourrait être en particulier applicable à certains cas de transactions mondialisées en raison de la vaste gamme de fonctions qui sont exercées. Celles-ci vont des fonctions de traitement des données extrêmement élémentaires à des fonctions de commercialisation,

de négociation et de gestion du risque extrêmement complexes exercées par des agents très qualifiés et très bien rémunérés qui risquent les fonds propres de l'entreprise concernée. Selon cette méthode, dans un premier temps les fonctions les plus élémentaires ou non intégrées peuvent être rémunérées à l'aide des méthodes traditionnelles fondées sur les transactions à partir de données comparables, et une quote-part des bénéfices ou pertes résiduels est laissée pour la rémunération des fonctions plus complexes, pour lesquelles il peut être très difficile de trouver des éléments de comparaison.

172. Par exemple, la fonction de négociation de base pourrait être rémunérée dans un premier stade par référence aux données du marché concernant des activités non discrétionnaires ou de bas niveau en laissant une quote-part des bénéfices ou pertes résiduelles pour la rémunération des éléments discrétionnaires ou complexes de ces activités. Cette approche est également susceptible d'aboutir à un résultat conforme à la théorie économique selon laquelle les fonctions de bas niveau peuvent bénéficier d'une rémunération plus faible mais plus assurée tandis que les fonctions les plus complexes bénéficieront d'un rendement potentiellement plus élevé mais aussi beaucoup plus volatil, assorti d'un risque réel de subir une perte, ainsi que de la possibilité de réaliser des bénéfices importants au cours d'une année donnée. Le bénéfice ou la perte résiduelle peut ensuite être réparti par référence à une méthodologie appropriée de répartition des bénéfices fondée sur les contributions relatives des parties. Cependant, dans le cadre d'une méthode de répartition des bénéfices résiduels, aux fonctions de routine ne sont pas forcément attachés de faibles rendements économiques. Il s'agit de fonctions pour lesquelles il est plus facile de disposer de normes du marché afin de déterminer la rémunération. Par exemple, la rémunération de la possession de fonds propres permettant de supporter les risques résultants de transactions mondialisées peut être fixée à juste titre par référence à des normes du marché et être classée par conséquent dans les fonctions « de routine », bien que les normes du marché puissent indiquer un rendement économique élevé.

173. Cependant, dans certains cas de transactions mondialisées, la méthode de répartition des bénéfices résiduels peut ne pas permettre de saisir de manière appropriée la synergie que crée l'intégration des fonctions exercées dans le cadre de ces transactions mondialisées et sous-estime par conséquent la valeur de fonctions qui n'ont pas leur quote-part des bénéfices ou pertes résiduelles. Dans de tels cas, la méthode de répartition des bénéfices fondée sur les contributions pourrait être plus fiable parce qu'elle permet de faire en sorte que toutes les fonctions qui contribuent à générer les bénéfices des transactions mondialisées (c'est-à-dire la somme des bénéfices initiaux (marge de négociation) et de tous bénéfices (ou pertes) d'exploitation ultérieurs) soient prises en compte dans la répartition de ce bénéfice et évite d'avoir à déterminer quelles sont les fonctions d'une entreprise opérant sur le marché mondial qui sont de bas niveau et quelles sont celles qui ne le sont pas.

174. Du fait de la très grande diversité dans l'organisation, les stratégies, les produits et fonctions des entreprises qui opèrent sur le marché mondial, les contribuables et les autorités fiscales ont été jusqu'à présent réticents à utiliser, dans les cas de transactions mondialisées, l'autre méthode acceptable fondée sur les bénéfices qui est décrite au Chapitre III des Principes directeurs, la méthode transactionnelle de la marge nette. En raison de cette diversité, il est très difficile, en particulier pour les fonctions principales de négociation, d'être sûr que les marges nettes des transactions sur le marché libre sont effectivement comparables à celles que l'on observe dans le cadre de transactions contrôlées. Il pourrait être plus intéressant d'appliquer la méthode transactionnelle de la marge nette aux fonctions de soutien intermédiaires et de post marché, bien que des problèmes subsistent dans ce domaine. En ce qui concerne les fonctions de soutien, il pourrait être possible d'utiliser la méthode transactionnelle de la marge nette en liaison avec d'autres méthodes. Par exemple, s'il est décidé de rémunérer une fonction de soutien en utilisant une méthode traditionnelle du prix de revient majoré fondé sur la marge brute de la transaction, dans certains cas il peut être utile de comparer également la marge nette sur la transaction, surtout lorsque la nature exacte des fonctions qui sont couvertes par la marge brute observée dans le cadre de transactions entre entreprises indépendantes ou les coûts qui sont déduits pour l'obtenir, ne sont pas entièrement clairs.

ii) *Application des méthodes de répartition des bénéfices aux transactions mondialisées*

175. Pour appliquer une méthode de répartition des bénéfices aux transactions mondialisées, il faut tout d'abord identifier les fonctions qu'il y a lieu de rémunérer en ayant recours à une méthode fondée sur les bénéfices conformément aux orientations indiquées à la Section C-2. Il y a lieu de noter que, lorsque la méthode du bénéfice résiduel est appliquée, ce sont seulement les fonctions qui produisent le bénéfice ou la perte résiduelle qui doivent être prises en compte dans l'attribution des bénéfices. La rémunération de l'exercice des autres fonctions aura déjà été déduite dans le calcul du bénéfice ou de la perte résiduelle.

176. Une fois que les fonctions à prendre en compte auront été identifiées, il sera nécessaire de déterminer la contribution relative de chaque fonction à la réalisation du bénéfice combiné des transactions mondialisées. La dernière étape consiste à déterminer la contribution relative de chaque établissement à l'exercice de la fonction. Comme c'est toujours le cas en matière de prix de transfert, la détermination ci-dessus de la rémunération des fonctions particulières doit prendre en compte les actifs mis en œuvre et les risques assumés dans l'exercice de ces fonctions. L'approche généralement adoptée pour appliquer la méthode de répartition des bénéfices (formule multifactorielle) consiste à sélectionner des facteurs représentant une ou plusieurs fonctions à prendre en compte en vue de déterminer la contribution relative des fonctions représentées par chaque facteur en pondérant ces facteurs, et à utiliser ceux-ci pour affecter les bénéfices aux établissements qui exercent ces fonctions.

177. La suite de cette sous-section donne d'autres indications sur la manière d'appliquer la méthode de répartition des bénéfices conformément au principe de pleine concurrence, en mettant plus particulièrement l'accent sur la méthode qui utilise une formule multifactorielle.

a) *Identification des fonctions à rémunérer par une quote-part des bénéfices*

178. La Section C-2 a identifié les différentes fonctions exercées dans le cadre des transactions mondialisées et examiné la manière dont ces fonctions peuvent être rémunérées, notamment par l'utilisation de méthodes de répartition des bénéfices. Toutes les fonctions énumérées dans cette section pourraient relever de la méthode de répartition des bénéfices. Cependant, étant donné que les fonctions de négociation et de gestion du risque sont généralement les principales fonctions humaines exercées au sein d'une entreprise effectuant des transactions mondialisées, chaque fois qu'une telle méthode est appliquée, l'exercice des fonctions de négociation et de gestion du risque devra être rémunéré par une quote-part des bénéfices combinés que ces fonctions ont contribué à créer.

179. De même, il peut y avoir des cas de transactions mondialisées dans lesquels la fonction de commercialisation peut être rémunérée par une quote-part des bénéfices de ces transactions. Dans le cadre d'une méthode des bénéfices résiduels, il est probable que ce sont seulement ces responsables de la commercialisation qui participent à la mise en place ou à la négociation des transactions qui doivent être rémunérés par une quote-part des bénéfices des transactions mondialisées. Il est probable que les autres fonctions de commercialisation auront déjà été suffisamment rémunérées par l'application d'une redevance ou commission pour services rendus (comprenant éventuellement une quote-part de la marge de négociation), qui réduit le bénéfice résiduel susceptible d'être partagé.

180. Comme on l'a vu à la Section C-2 iii), il est normalement possible de rémunérer la plupart des fonctions de soutien, intermédiaires ou de post marché, au moyen des méthodes traditionnelles fondées sur les transactions. Dans les cas où les fonctions de soutien doivent être rémunérées au moyen d'une quote-part des bénéfices des transactions mondialisées, il est probable que seules les activités de certains personnels de soutien qui jouent des rôles essentiels dans la détermination de la rentabilité de l'ensemble de l'opération, par exemple en gérant et en réduisant au minimum les risques opérationnels, doivent être prises en compte dans le partage des bénéfices. En effet, soit il n'est pas possible de tenir compte d'une

manière fiable des fonctions supplémentaires qu'elles exercent, soit elles sont tellement intégrées avec les fonctions de négociation ou de gestion du risque qu'elles ne peuvent être évaluées séparément.

181. Comme on l'a vu à la Section C-2 iv), il peut aussi être nécessaire de rémunérer l'entreprise qui possède les fonds propres permettant d'assumer les risques résultant de l'exercice de fonctions « humaines », parfois au moyen d'une quote-part des bénéfices des transactions mondialisées. Comme on l'a vu aux paragraphes 153-160, ces fonctions seraient prises en compte dans le partage des bénéfices uniquement s'il n'était pas possible d'appliquer d'une manière fiable les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions pour rémunérer cette entreprise. Dans le même ordre d'idées pour le capital, il convient de souligner que dans le cadre de la répartition des bénéfices entre entreprises associées, la rémunération du capital, qu'elle soit comprise dans les bénéfices devant être partagés ou qu'elle soit distincte, ne revient qu'à l'entreprise ou aux entreprises disposant du capital.

182. Après avoir identifié les fonctions qui doivent être rémunérées par une attribution de bénéfices, l'étape suivante consiste, lorsqu'on utilise une méthode fondée sur une formule multifactorielle, à sélectionner les facteurs représentant les fonctions qui doivent être prises en compte dans le partage des bénéfices. Traditionnellement, un facteur « de marché » (« front office ») a été utilisé dans le cadre des partages de bénéfices des transactions mondialisées pour représenter l'exercice des fonctions de commercialisation, de négociation et de gestion du risque. Ces fonctions sont cumulées en un seul facteur du fait que ce facteur est généralement évalué à partir de la rémunération des responsables de la commercialisation et de la négociation/de la gestion du risque. Ce point est examiné plus en détail ci-dessous.

183. Cependant, cette approche doit être envisagée avec précaution et peut ne pas être appropriée dans tous les cas. Il faut tenir compte des fonctions précises exercées par les différents groupes d'agents et des différents types de risques assumés par chacun. Par exemple, les responsables de la commercialisation (*marketers*) auront souvent comme responsabilité principale d'évaluer la situation des autres parties aux transactions et de décider d'assumer le risque de crédit alors que les négociateurs (*traders*) seront essentiellement préoccupés par le risque de marché et par les décisions concernant la prise d'une position pour compte propre. Les gestionnaires de haut niveau des institutions prendront en compte les deux types de risques. Dans certains cas, il pourrait donc être plus justifié de choisir un facteur distinct représentant chacune des fonctions à rémunérer dans le cadre de la répartition des bénéfices. Par exemple, il pourrait exister des facteurs distincts pour la commercialisation, la négociation et la gestion du risque.

184. Il arrive également que certains établissements négocient des produits « plus risqués » que d'autres et, lorsque c'est le cas, l'utilisation d'un « facteur de risque » peut être requise. L'importance de ce facteur et la pondération qui lui est attribuée dépendraient de la nature des activités de négociation et du risque qui est pris dans le cadre de ces activités. Des indicateurs économiques, tels que des évaluations initiales de transactions particulières et des chiffres représentatifs de limites de risques et de valeur en risque de modèles internes de gestion du risque attribués aux différents établissements où ont lieu les négociations pourraient être pris en compte. L'un des objets de l'inclusion d'un facteur de risque dans le partage des bénéfices est de prendre en compte les différences de situation économique (et par conséquent d'utilisation du capital) qui peuvent exister entre divers établissements lorsque ces différences ne se traduisent pas de manière appropriée dans le facteur de rémunération.

b) Mesure de la contribution relative des fonctions – pondération des facteurs

185. Il est très peu probable que chaque fonction contribue au bénéfice global dans les mêmes proportions. Par conséquent, lorsqu'une formule multifactorielle est utilisée, il convient en général de pondérer les facteurs en fonction des contributions relatives des fonctions qu'ils représentent à la profitabilité d'ensemble des transactions mondialisées. Il peut ne pas être nécessaire de pondérer les

facteurs lorsque la rémunération est utilisée pour évaluer plusieurs facteurs et que les différences relatives dans les contributions des facteurs sont reflétées dans les différences relatives de rémunération. Les pondérations données aux facteurs doivent être déterminées au cas par cas afin de faire en sorte que la méthode de répartition des bénéfices aboutisse à une répartition de ceux-ci conformément au principe de pleine concurrence, ce qui distingue cette méthode d'une répartition globale selon une formule. Quel que soit le type de méthode de répartition des bénéfices qui est utilisé (que ce soit sur la base d'une analyse résiduelle ou d'une analyse des contributions) il est essentiel d'évaluer pleinement les fonctions afin d'aboutir à un résultat conforme au principe de pleine concurrence. Ce point est examiné en détail au Chapitre III des Principes directeurs.

186. La détermination de la contribution relative de chaque fonction (ou la pondération des facteurs lorsqu'une formule multifactorielle est utilisée) doit être effectuée objectivement, par exemple en se référant à une analyse économique des principales fonctions contribuant à générer les bénéfices de la transaction particulière considérée. La détermination doit également être fondée, dans la mesure du possible, sur des données empiriques et des normes externes relatives à la manière dont des parties indépendantes attribueraient les bénéfices, en prenant soin d'effectuer des corrections en fonction des différences dans les situations économiques, dans les caractéristiques du produit, et dans les stratégies d'entreprise, etc. ainsi qu'il est indiqué au Chapitre I des Principes directeurs. Les données internes du contribuable peuvent constituer un point de départ utile dans cette détermination, notamment lorsque celui-ci s'est efforcé, dans le cadre de sa gestion, d'évaluer les contributions respectives des différentes fonctions à la réalisation du bénéfice. Par exemple, lorsque la rémunération est utilisée pour évaluer à la fois les fonctions de négociation et de commercialisation, la rémunération des responsables de la négociation peut être multipliée par 1.5 lorsqu'il est possible de démontrer que cette rémunération aboutit à un bénéfice égal à 1.5 fois celui qui correspond à la rémunération des responsables de la commercialisation. Un tel exercice peut cependant être trop subjectif et difficile à mettre en œuvre de manière fiable.

c) Détermination de la contribution relative de chaque établissement – mesure des facteurs

187. Lorsque la (les) fonction(s) sont exercées dans plus d'une localisation, il sera nécessaire de déterminer la contribution respective de chacune d'entre elles à la réalisation de la fonction. Selon une formule multifactorielle, il sera nécessaire de déterminer la contribution des différents établissements pour chaque facteur. Concernant les fonctions « humaines », la rémunération du personnel exerçant ces fonctions dans chaque établissement pourrait être utilisée en tant que facteur reflétant la contribution relative de chaque établissement à la réalisation du profit résultant des transactions mondialisées. Ceci suppose qu'il y a une bonne corrélation entre la réalisation d'un bénéfice par l'entreprise et l'obtention de rémunérations par les personnes physiques. La corrélation provient du fait que la performance du personnel clé chargé des transactions mondialisées, notamment les agents chargés de la négociation et de la gestion du risque ainsi que ceux qui sont chargés de la commercialisation dans certains domaines spécialisés, joue un rôle essentiel dans la rentabilité des transactions mondialisées. Ils exigent une rémunération en adéquation avec les résultats qu'ils obtiennent et à défaut, ils quittent souvent leur entreprise pour en rejoindre une autre qui leur offre une telle rémunération.

188. Dans le domaine assez spécialisé des transactions mondialisées, la rémunération négociée avec des entreprises totalement indépendantes s'efforcerait de correspondre à la contribution relative du personnel clé chargé des transactions mondialisées aux bénéfices réalisés. Par conséquent, il y a généralement une corrélation entre leur rémunération et la valeur de pleine concurrence des fonctions qu'ils exercent, et elle peut donc être utilisée comme facteur permettant d'évaluer la contribution relative de chaque établissement à l'exercice de la fonction particulière. Par exemple, si la rémunération totale du personnel « de marché » dans l'établissement A est supérieure de 20 % à la rémunération « de marché » de l'établissement B, il faut attribuer à l'établissement A un supplément de 20 % au bénéfice réalisé du fait de

l'exercice de la fonction de marché. Toutefois, pour maintenir cette corrélation, il faut veiller à exclure tout élément du système de rémunération qui est sans rapport avec les résultats obtenus.

189. Des problèmes peuvent se poser lorsqu'un seul facteur de marché est utilisé pour représenter un certain nombre de fonctions différentes se rattachant aux transactions mondialisées, et que ce facteur est évalué par la rémunération des personnes qui exercent ces fonctions. Pour qu'un facteur indique exactement les contributions aux bénéfices, il est essentiel que la corrélation relative entre la rémunération et l'obtention de bénéfices soit la même pour chaque fonction. En d'autres termes, chaque dollar de rémunération devrait se traduire par le même montant relatif de bénéfices en dollars. Lorsque la corrélation diffère sensiblement selon les fonctions, il ne faut pas utiliser un seul facteur « de marché » sans appliquer une certaine pondération faisant apparaître les différences entre les fonctions correspondant aux facteurs.

190. De plus, si la relation entre la rémunération et les résultats relatifs des fonctions « humaines » cesse d'exister pour une raison ou pour une autre, il est nécessaire d'envisager une autre méthode de mesure de ces fonctions. Par exemple, la contribution relative des différents établissements à la fonction de commercialisation pourrait être déterminée en mesurant les volumes relatifs, tels que le nombre de transactions ou le montant notionnel des contrats rédigés au sein d'un établissement particulier. Il pourrait être nécessaire de prendre en compte les différences de taux de change et de nature des produits sous-jacents (par exemple, les produits courants peuvent nécessiter moins de compétences, de temps et d'efforts que les produits structurés et, par conséquent, leur volume peut être plus élevé mais leur valeur plus faible que dans le cas de produits structurés). On applique les mêmes mises en garde que pour l'inclusion d'un autre facteur. L'inclusion d'un facteur distinct de volume, par exemple, pourrait aboutir à une double comptabilisation de la fonction de commercialisation si la rémunération de certains responsables de cette fonction est incluse dans un autre facteur.

191. Deux autres problèmes se posent lorsqu'on utilise la rémunération comme facteur permettant de rémunérer une ou plusieurs fonctions « humaines » entre différents établissements. Le premier d'entre eux fait surface lorsqu'une activité de transactions mondialisées à laquelle est appliquée la méthode de répartition des bénéfices réalise une perte d'exploitation lors d'une année donnée. En effet, la corrélation entre la rémunération variable et les pertes peut être moins évidente que la corrélation entre la rémunération variable et les bénéfices. Dans ces circonstances, il serait nécessaire d'effectuer une analyse minutieuse de la politique de rémunération de l'entreprise pour les années à perte et de l'origine d'une perte particulière pour élaborer une méthodologie rationnelle fondée sur une bonne analyse des circonstances propres à un cas donné. Toute solution appliquée par un contribuable pour composer avec des pertes devrait être compatible avec les accords qui auraient été conclus spontanément par des entreprises indépendantes. Plus particulièrement, un modèle de répartition des bénéfices qui n'est pas compatible avec le risque de pertes ex ante ne devrait pas être modifié simplement par suite de la réalisation de pertes ex post.

192. Le second problème est lié aux différences géographiques possibles dans le niveau de la rémunération moyenne. Il semble admis dans l'ensemble que les niveaux de rémunération diffèrent sensiblement selon les pays et qu'en théorie des ajustements peuvent être nécessaires pour éliminer les variations qui ne sont pas directement liées aux résultats obtenus mais qui sont dues entièrement à des facteurs locaux tels que le coût de la vie, les conditions locales d'emploi et les pratiques des entreprises locales.

193. Il existe un certain nombre de moyens possibles de traiter ce problème. Le premier consiste à laisser de côté les effets géographiques au motif qu'il n'existe pas de preuves totalement satisfaisantes que le coût de la vie ne soit pas relativement comparable entre les principaux centres où sont effectuées des transactions mondialisées et qu'il est difficile, en pratique, de procéder à des ajustements exacts. Le second consiste à s'intéresser uniquement à la partie de la rémunération qui reflète la valeur des résultats obtenus

par les agents chargés de la négociation (ou de la commercialisation) c'est-à-dire l'élément de prime et à laisser de côté le salaire de base, la rémunération garantie, etc. Cela semble simple du point de vue administratif mais risque d'être difficile à appliquer en pratique du fait que les rémunérations liées au résultat peuvent prendre d'autres formes (par exemple, en nature) ou avoir d'autres origines (par exemple, un contrat avec deux employeurs) et parce que l'élément de prime dans le salaire total peut varier, non pas en raison des résultats mais pour d'autres raisons telles que les différences culturelles et les attentes du salarié. Le troisième moyen consiste à appliquer les indices disponibles pour corriger les différences purement géographiques. Toutefois, il faut veiller à appliquer des indices qui reflètent les circonstances propres aux transactions mondialisées et non pas simplement les performances relatives des économies nationales. De plus, seuls les éléments de la rémunération qui reflètent des différences dans le coût de la vie devraient être ajustés et cette solution ne permettrait de traiter que les problèmes posés par le coût de la vie et non les différences dans les coûts locaux de la main-d'œuvre et dans les pratiques des entreprises.

194. Certains pays sont cependant d'avis qu'il ne paraît pas souhaitable d'effectuer un ajustement au titre du coût de la vie parce que la justification de l'utilisation de la rémunération des agents chargés de la négociation comme facteur de répartition est l'hypothèse, fondée sur des données empiriques, qu'elle présente une corrélation avec les bénéfices. Un tel ajustement saperait cette hypothèse et pourrait donner lieu à des propositions d'autres ajustements, notamment au titre des différences dans les traditions des entreprises concernant le mode de rémunération des agents chargés de la négociation. Selon les tenants de cette thèse, dans certains pays ces agents sont mieux rémunérés que dans d'autres, indépendamment du coût de la vie. De plus, tout ajustement de ce type accroîtrait les charges administratives qui pèsent sur les contribuables et sur les autorités fiscales.

195. Il n'est pas possible d'établir une règle générale pour traiter toutes les questions évoquées ci-dessus. Selon le principe de pleine concurrence, il est nécessaire d'adopter une approche au cas par cas, de rechercher des données sur la manière dont des parties indépendantes auraient traité ces questions et de les utiliser si elles sont disponibles. Certaines données peuvent être obtenues à partir des dispositifs de co-entreprise (« joint venture ») déjà mentionnés dans cette note, sous réserve que l'on tienne compte des mises en garde concernant la comparabilité qui sont mentionnées au paragraphe 150. Des indications peuvent aussi être données sur le sujet en examinant les données internes de la société, par exemple pour ce qui est de savoir si les agents affectés à la gestion, aux fonctions intermédiaires ou à la commercialisation ont accès à la même assiette de rémunération variable que les opérateurs.

Pertes et entreprises réglementées

196. Un problème particulier aux transactions financières mondialisées survient lorsque l'une ou plusieurs des entreprises participantes est une entité réglementée qui ne détient pas de permis pour prendre des risques importants et n'est en conséquence pas capitalisée pour couvrir de tels risques. Dans ces circonstances, les limites réglementaires peuvent empêcher l'entreprise réglementée de partager les pertes comptabilisées dans une entreprise non résidente. Dans certains cas, une analyse correcte de la situation (conforme aux directives énoncées dans la Section D-3 ci-après) peut révéler que les pertes générées par des fonctions exercées par l'entreprise réglementée pour le compte de l'entreprise non résidente n'appartiennent pas à la première, mais plutôt à un ES-agent dépendant pour le compte duquel elle agit à titre de mandataire, sous réserve que le seuil défini à l'article 5(5) pour les ES soit respecté. En pareils cas, il n'y aurait aucun problème. Dans d'autres cas, où aucun ES-agent dépendant n'est créé par suite des activités auxquelles participent l'entreprise réglementée et l'entreprise non résidente, un problème peut survenir lorsque l'analyse des prix de transfert fait en sorte d'attribuer une perte à une entreprise qui n'a pas le droit de la supporter. Toutefois, le fait qu'il soit interdit par règlement à une entreprise d'exercer certaines fonctions pouvant générer des pertes importantes n'est pas un facteur déterminant pour décider quelle est l'entité à laquelle les bénéfices et pertes doivent être attribués à des fins fiscales. En effet, une entreprise peut en pratique exercer, accidentellement ou non, des fonctions interdites par l'autorité de

tutelle. Dans ces circonstances, une entreprise serait imposée en fonction de ce qu'elle a fait et non de ce qu'elle aurait dû faire si elle avait respecté les limites réglementaires, puisque les bénéfices et pertes sont attribués par l'application de l'approche autorisée de l'OCDE sur la base d'une analyse fonctionnelle et factuelle de toutes les circonstances propres à un cas donné. Lorsque cette analyse indique qu'il est approprié qu'une partie soit protégée des pertes, une solution consisterait à tenir compte dans le partage immédiat des bénéfices du fait que l'une de partie ne supportera pas les pertes lors des années à perte. En conséquence, la partie protégée des pertes ne s'attendrait pas à une quote-part aussi importante des bénéfices au cours des années rentables.

d) Actifs mis en œuvre et risques assumés

197. Comme on l'a noté à la Section C-2 iv), la ou les entreprises qui possèdent le capital nécessaire pour être en mesure d'assumer les risques pris du fait de l'exercice de fonctions « humaines » peuvent, dans certains cas, être rémunérées par l'utilisation de la méthode de répartition des bénéfices. Cela pose la question de savoir comment déterminer la rémunération de pleine concurrence, en particulier lorsqu'il y a plusieurs entités, de sorte qu'il est nécessaire d'évaluer la contribution relative de chacune d'entre elles. Cette contribution serait déterminée au cas par cas. Toutefois, contrairement aux fonctions « humaines » décrites ci-dessus, il pourrait n'être pas possible d'utiliser un facteur fondé sur la rémunération, et, par conséquent, il pourrait être nécessaire de trouver d'autres moyens d'évaluer la contribution relative. On pourrait notamment utiliser des données internes de gestion telles que des modèles d'attribution du capital ou des indicateurs des capitaux « risqués », valeur en risque (VAR), etc.

198. Enfin, tout comme dans le cas où les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions sont appliquées, il sera également nécessaire, lors de la pondération ou de l'évaluation des facteurs, de rechercher si les « risques assumés » ou « actifs mis en œuvre » ont été pris en compte de la manière appropriée dans la mesure de la contribution des fonctions prises en compte dans le partage des bénéfices. A titre d'exemple, supposons que la contribution relative de chaque établissement aux fonctions de négociation et de gestion du risque soit déterminée par l'utilisation d'un indicateur unique, le facteur « de marché », fondé sur la rémunération des responsables de la commercialisation, de la négociation et de la gestion du risque de marché. Conformément aux indications données dans les Principes directeurs, il sera nécessaire, lorsqu'on entreprend une analyse fonctionnelle de la fonction de négociation et de gestion du risque dans chaque établissement, d'analyser les actifs incorporels qui sont mis en œuvre et les risques qui sont assumés dans cet établissement.

199. Supposons que l'on constate des différences entre les divers établissements, notamment parce que la fonction de négociation et de gestion du risque de marché est organisée non pas selon un schéma totalement intégré mais plutôt selon un système hybride entre les modèles des transactions intégrées et de gestion centralisée des produits. On constate que les opérateurs qui se trouvent dans l'établissement X utilisent un actif incorporel (« le savoir-faire des opérateurs ») qui a été élaboré par eux. En outre, on constate qu'ils ont des limites de risques plus élevées et ont, par conséquent, assumé davantage de risques de marché. La méthode de répartition des bénéfices doit faire en sorte que les différences dans les « actifs mis en œuvre » et dans les « risques assumés » dans l'établissement X se traduisent de manière appropriée dans la rémunération accordée pour l'exercice des fonctions de négociation et de gestion du risque dans l'établissement X.

200. Il existe un certain nombre de moyens possibles d'y parvenir. Par exemple, il est possible que les opérateurs et les gestionnaires de risques de marché de l'établissement X soient payés plus que ceux d'autres établissements pour tenir compte de leur « savoir-faire » et de leur plus grande aptitude à assumer des risques de marché. Dans ce cas, l'utilisation de leur rémunération pour mesurer le facteur « de marché » devrait permettre de faire en sorte que l'établissement X se voie attribuer une quote-part plus importante des bénéfices. Toutefois, si pour une raison ou pour une autre ces différences ne se traduisent

pas de la manière appropriée dans la rémunération des opérateurs et des gestionnaires de risques de marché de l'établissement X, ces différences devront être prises en compte d'une autre manière. Peut-être faudrait-il multiplier la rémunération des opérateurs de l'établissement X par un montant approprié pour lui donner une pondération plus élevée dans les calculs ? Peut-être, comme pour le facteur « de marché », faudrait-il pondérer de la manière appropriée les facteurs « actifs incorporels » et « risques assumés » sous réserve que cela n'aboutisse pas à comptabiliser deux fois ces fonctions. Il serait par ailleurs possible de rémunérer le propriétaire du bien incorporel au moyen d'une redevance. Là encore, cette évaluation devrait être effectuée au cas par cas.

D. Application de l'approche autorisée de l'OCDE aux entreprises effectuant des transactions mondialisées par l'intermédiaire d'un ES

201. Cette section examine la manière d'appliquer l'approche autorisée de l'OCDE à un ES d'une entreprise effectuant des transactions mondialisées. Elle est divisée en trois parties. La Section D-1 expose la manière d'appliquer la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE pour déterminer les activités de l'entreprise théorique distincte effectuant des transactions mondialisées et les conditions dans lesquelles elles sont exercées. La Section D-2 indique les moyens d'appliquer la seconde étape de l'approche autorisée de l'OCDE pour déterminer les bénéficiaires de cette entreprise. La Section D-3 examine certains problèmes spécifiques qui se posent lorsque les transactions mondialisées sont effectuées par l'intermédiaire d'un agent qui constitue un ES.

D-1 Première étape : détermination des activités de l'entreprise théorique distincte et des conditions dans lesquelles elles sont exercées

202. Il est nécessaire dans la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE de prendre comme hypothèse l'ES en tant qu'entreprise distincte « exerçant les mêmes activités ou des activités similaires dans les mêmes conditions ou dans des conditions similaires ». Ainsi qu'il est expliqué à la Partie I de ce Rapport (voir Sections B-3 et D-2), on procédera à cet effet à une analyse fonctionnelle et factuelle approfondie, menée conformément aux Principes directeurs, afin de définir convenablement l'ES fictif et le reste de l'entreprise (ou un segment ou des segments de celle-ci) comme s'il s'agissait d'entreprises associées, chacune exerçant des fonctions, détenant et/ou utilisant des actifs, assumant des risques (et des engagements, en particulier le capital « libre » et la dette rémunérée), et concluant des opérations entre elles et des transactions avec des entreprises liées et indépendantes. L'analyse fonctionnelle et factuelle réalisée dans un premier temps doit mettre en évidence les activités et responsabilités économiquement importantes exercées par l'ES. Cette analyse doit, à toutes fins utiles, examiner les activités et responsabilités de l'ES dans le contexte des activités et responsabilités assumées par l'entreprise dans son ensemble, en particulier les composantes de l'entreprise qui effectuent des opérations internes avec l'ES. Dans le contexte des transactions mondialisées, la fonction de gestion du risque de marché est susceptible de revêtir une importance particulière. Les comptes ou documents comptables de l'ES constitueront un point de départ utile dans cette analyse, mais ne seront pas déterminants. Par exemple, comme dans le cas des banques, si les contribuables peuvent comptabiliser des actifs ou instruments financiers dans une juridiction donnée, il ne devrait pas être tenu compte des résultats de ces usages comptables lorsqu'ils sont incompatibles avec l'analyse fonctionnelle et factuelle. La Section B donne une définition des transactions mondialisées et contient une brève analyse générale fonctionnelle et factuelle de celles-ci. Cela devrait faciliter une analyse fonctionnelle et factuelle d'une entreprise qui effectue des transactions au niveau mondial.

203. Après avoir identifié les fonctions exercées, y compris les fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque, et les autres facteurs significatifs de l'entreprise en ce qui concerne les opérations sur le marché mondial et déterminé celles de ces fonctions qui sont exercées par l'ES, ainsi que les risques assumés par l'ES, l'approche autorisée de l'OCDE consiste à attribuer les actifs créés du fait de l'exercice

de ces fonctions de la prise en charge de ces risques. Comme dans le cas d'une banque, le niveau des fonds propres (en particulier du capital « libre ») et la cote de crédit sont susceptibles de revêtir une importance particulière pour les entreprises effectuant des transactions mondialisées car ces deux facteurs ont une incidence sur la rentabilité de l'entreprise, par exemple en influant sur les marges qui peuvent être obtenues sur des instruments dérivés (la somme que les parties indépendantes peuvent effectivement payer pour un instrument dérivé peut dépendre en partie de la cote de crédit de l'entreprise qui fournit l'instrument). La présente section examine les domaines dans lesquels il semble nécessaire de disposer d'indications complémentaires sur la manière d'appliquer les orientations générales exposées à la Partie I de ce Rapport à un ES effectuant des transactions mondialisées.

i) Attribution de fonctions, d'actifs et de risques, à l'ES

204. En examinant la description des fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque et les fonctions de soutien nécessaires pour créer un nouvel instrument financier, ou pour gérer par la suite cet instrument, à la Section B-3(i) ci-dessus, on peut constater que toutes les fonctions sont exercées par le personnel : « fonctions humaines ». L'analyse fonctionnelle devrait donc être en mesure de déterminer quelles sont celles de ces fonctions qui sont exercées par l'ES en recherchant si les personnes qui les exercent se trouvent dans l'ES. Toutefois, il pourrait également être nécessaire de déterminer si certaines fonctions, bien qu'exercées en dehors de l'ES, devraient néanmoins être prises en compte dans l'attribution de bénéfices à cet établissement, dans la mesure où elles sont liées au moins en partie aux fonctions et caractéristiques de l'ES. Ceci sera réalisé en appliquant, lorsque de besoin, les indications générales qui figurent à la Section D-3(iv)(d) de la Partie I de ce Rapport. Il peut également être pertinent de prendre en considération l'incidence des biens incorporels décrite lorsqu'il est question des revenus générés par une entreprise effectuant des transactions mondialisées (voir la Section B-3(ii)). Des directives concernant l'application aux biens incorporels du principe du prix de pleine concurrence figurent à la Section D-2(iii)(c) de la Partie I.

205. Outre la contribution du personnel compétent, l'exercice de ces « fonctions humaines » nécessite également du capital afin de prendre initialement et d'assumer par la suite les risques liés à l'exercice de ses fonctions. Des accords portant uniquement sur la répartition du capital et la prise de risques, c'est-à-dire des accords qui sont simplement liés à la possession du capital nécessaire pour prendre initialement et assumer par la suite des risques, peuvent exister entre des entreprises indépendantes. Par exemple, une personne morale peut conclure un contrat juridiquement contraignant pour garantir tous les risques pris du fait des fonctions exercées par une autre personne morale. Dans un tel cas, le capital nécessaire pour couvrir les risques pris se trouve dans une entité juridiquement distincte de celle où sont enregistrées les transactions donnant lieu au risque. Comme il a été mentionné au paragraphe 157, la mesure dans laquelle un accord de garantie transfère les risques à l'entreprise garante dépend de la capacité en capital de l'entreprise garante, d'une part, et de l'entreprise exerçant les fonctions commerciales, d'autre part.

206. Cependant, l'une des principales caractéristiques matérielles d'une entreprise effectuant des transactions mondialisées par l'intermédiaire d'un ES est le fait que le capital et les risques ne sont pas séparés au sein de la même entité juridique. Essayer de procéder à une telle séparation à des fins fiscales serait incompatible avec la situation réelle, et par conséquent avec l'approche autorisée de l'OCDE. Au contraire, comme on le verra dans les sous-sections qui suivent, l'approche autorisée de l'OCDE utilise une analyse fonctionnelle et factuelle pour attribuer les risques, puis attribue le capital pour couvrir les risques ainsi attribués. En conséquence, il n'est pas possible qu'une partie de l'entreprise soit traitée comme possédant le capital nécessaire pour couvrir une certaine partie des risques qui ont été pris lorsque ces risques ont été attribués de manière appropriée à une autre partie de l'entreprise en suivant l'analyse fonctionnelle et factuelle. Par conséquent, les modèles qui prévoient une rémunération distincte du capital et visent à attribuer la propriété du capital à une partie de l'entreprise sans tenir compte de l'exercice des

fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque, par exemple, les modèles de fonds d'arbitrage, ne s'appliquent pas, fondamentalement, en présence d'une seule entreprise.

207. Comme on l'a noté pour les banques, des problèmes fiscaux se posent en particulier lorsque la même fonction est exercée dans plusieurs établissements : « éclatement des fonctions de l'entreprise ». Dans de tels cas, l'analyse fonctionnelle devrait examiner en détail la nature véritable des fonctions exercées, notamment pour déterminer la personne qui prend vraiment le risque lorsque les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque sont partagées entre les différents établissements. Par exemple, l'analyse fonctionnelle effectuée au moment où l'instrument financier a été créé peut indiquer que l'un des établissements n'a pas réellement pris des risques mais a plutôt exercé une fonction d'introduction. L'établissement qui a effectivement évalué les risques liés à la transaction et a pris la décision d'accepter et de gérer ces risques serait donc considéré à la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE comme le « propriétaire économique » dans le cadre de la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE et se verrait par conséquent attribuer l'instrument financier et les revenus correspondants. L'ayant droit économique de l'actif financier serait alors tenu, à la deuxième étape de l'approche autorisée de l'OCDE, de traiter la partie de l'entreprise ayant accompli la fonction d'introduction comme si elle était une entreprise distincte. L'application, par analogie, des Principes directeurs permettrait d'établir un prix de pleine concurrence pour cette relation.

208. Cette question est très importante pour les transactions mondialisées, en particulier lorsque les activités de négociation/de gestion du risque sont organisées selon les modèles de gestion centralisée des produits ou des transactions intégrées (voir Section B-2(iii) ci-dessus). Dans le modèle de gestion centralisée des produits, la fonction de commercialisation est décentralisée de manière à être facilement accessible aux clients tandis que la fonction de gestion du risque de marché pour un portefeuille particulier est centralisée dans un seul établissement. Cela signifie que les fonctions de commercialisation et de négociation/gestion du risque seront souvent exercées dans des sites géographiques différents ce qui donne lieu à des opérations internes entre l'établissement chargé de la gestion centralisée des produits et les différents établissements chargés de la commercialisation. Dans le modèle de transactions intégrées, toutes les fonctions de commercialisation, de négociation et de gestion du risque sont fractionnées dans la mesure où chaque établissement qui effectue des opérations exerce toutes ces fonctions portant sur des portefeuilles communs de produits financiers. Par conséquent, il existe des opérations internes potentielles entre tous les sites dans le cadre des fonctions de commercialisation, de négociation et de gestion du risque.

209. En outre, comme on l'a noté à la Section C-2(ii), dans certains modèles de gestion centralisée des produits et dans tous les modèles de négociation intégrée, il existe non seulement un fractionnement d'une fonction particulière mais aussi un certain degré d'intégration entre différentes fonctions, par exemple entre les agents chargés de la commercialisation et ceux chargés de la négociation. L'analyse fonctionnelle de l'établissement stable devrait donc évaluer le niveau d'intégration au sein des fonctions exercées par l'ES et entre ces fonctions. Comme on l'a vu en ce qui concerne les transactions mondialisées entre entreprises associées, il pourrait être nécessaire de prendre en compte cette intégration lorsqu'on détermine la rémunération de pleine concurrence applicable à l'exercice d'une fonction intégrée.

a) Actifs mis en œuvre et conditions de mise en œuvre

210. Il est nécessaire non seulement d'analyser en détail chacune des fonctions exercées par l'ES mais aussi d'examiner quels sont les actifs mis en œuvre et les risques assumés pour exercer ces fonctions. En ce qui concerne les actifs incorporels mis en œuvre, les plus importants parmi ceux qui sont utilisés dans une entreprise effectuant des transactions mondialisées ont déjà été identifiés à la Section B-3(iii) ci-dessus. Il ne semble pas que la détermination de l'ayant droit économique des biens incorporels mis en œuvre dans des transactions mondialisées cause de problèmes particuliers qui nécessitent des indications plus détaillées que les orientations générales qui figurent déjà à la Section D-2(iii)(c) de la Partie I de ce Rapport.

b) Risques assumés

211. La Partie II du Rapport a conclu que pour les banques effectuant des prêts commerciaux de gros, c'est généralement l'exercice de la fonction de vente/négociation qui donne lieu à la prise de risque maximum au départ (risque de crédit, risque opérationnel et risque de marché). Il appartient alors à la fonction de gestion des risques de faire en sorte que les risques soient assumés par la suite d'une manière satisfaisante de sorte que les pertes résultant de la réalisation de ces risques soient réduites au minimum. En conséquence, comme on l'a noté à la Partie II, c'est l'exercice de ces fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque qui est susceptible de donner lieu à des pertes considérables pour la banque et qui nécessite une réglementation prévoyant un montant minimum de fonds propres, y compris le capital « libre ». Pour les autres fonctions, le risque de perte ne porte que sur les coûts du personnel concerné, par exemple, le temps consacré par un responsable de commercialisation à un client potentiel qui ne devient jamais client de la banque. L'attribution des risques à un ES-agent dépendant est examinée à la Section D-3.

212. La conclusion d'ensemble pour les entreprises effectuant des transactions mondialisées est similaire. Cependant, il peut y avoir des différences entre les transactions mondialisées et les opérations bancaires en raison de leur nature différente et des différences dans les profils de risque des prêts et des instruments financiers. Ces différences se traduisent généralement dans les types de fonctions exercés, et en particulier dans le fait que des fonctions équivalentes à celles de vente/négociation dans une entreprise bancaire traditionnelle peuvent être exercées conjointement jusqu'à un certain point par les responsables de la commercialisation et de la négociation dans le cadre de transactions mondialisées¹¹.

213. Lorsque cela se produit, le type de risques assumé dépendra de la nature exacte des fonctions exercées. Comme on l'a noté à la Section B, il est très probable que les responsables de la commercialisation contribuent aux aspects de cette fonction qui relèvent de la négociation, notamment pour ce qui est de l'évaluation du risque de crédit, de la négociation du prix final avec le client et des contacts ultérieurs avec celui-ci. Par conséquent, dans le cadre de l'approche autorisée de l'OCDE, c'est l'exercice de ces fonctions de commercialisation/négociation qui conduit à assumer un risque de crédit. Inversement, si l'établissement chargé de la commercialisation ne joue pas un rôle significatif dans la négociation du contrat mais joue un rôle général de vente qui consiste uniquement à présenter aux clients l'entreprise et les produits qu'elle offre, il est peu probable que la fonction de vente conduise à la prise d'un risque de crédit, ni même en fait à la prise d'autres risques liés au produit financier.

214. Même lorsque la fonction de commercialisation comporte certains aspects des fonctions de commercialisation/négociation (par exemple, la négociation des termes du contrat avec le client), le prix minimum auquel le contrat serait acceptable, est encore susceptible d'être déterminé par l'opérateur. En effet, pour engager le capital de l'entreprise qui effectue des transactions mondialisées, l'opérateur doit déterminer le risque de marché assumé dans le cadre du contrat ainsi que la manière de gérer le risque de marché ainsi assumé de la manière la plus efficiente en termes de coût. Par conséquent, c'est l'exercice de ces fonctions qui conduit à assumer le risque de marché.

215. En conséquence, la détermination de la partie de l'entreprise qui assume le risque de marché sera influencée par l'organisation de la fonction de négociation/de gestion du risque. Dans le cadre du modèle de gestion centralisée des produits, une analyse fonctionnelle est susceptible de montrer que les fonctions exercées par l'établissement chargé de la commercialisation ne conduisent pas normalement cet établissement à assumer un risque de marché. Les fonctions qui amènent à assumer un risque de marché,

11 Comme on l'a vu à la Partie II, la fonction de vente peut être la fonction entrepreneuriale essentielle de prise de risque d'une entreprise financière de détail, même si la vente est différente dans ce contexte du genre de fonction vente/négociation dont il est question à la Partie III.

de même que les fonctions liées à la gestion ultérieure de ce risque, sont exercées par l'établissement chargé de la gestion centralisée des produits. Cependant, lorsque l'établissement chargé de la commercialisation prend en charge l'aspect négociation des fonctions de vente/transaction, cette fonction peut amener cet établissement à assumer un risque de crédit.

216. Lorsque ni les risques de crédit ni les risques de marché ne sont assumés, cela peut se traduire à juste titre par le fait que l'instrument financier ne figure jamais dans la comptabilité de l'ES ou, s'il y figure, est immédiatement transféré vers la partie de l'entreprise qui exerce les fonctions de gestion centralisée des produits. Dans d'autres cas, lorsque l'établissement chargé de la commercialisation assume le risque de crédit mais non le risque de marché, la comptabilisation du contrat dans le portefeuille de l'établissement chargé de la commercialisation ainsi que le transfert immédiat des risques de marché à l'établissement chargé de la gestion centralisée des produits, éventuellement au moyen d'un produit dérivé « adossé » négocié à un prix de pleine concurrence traduirait de manière appropriée le fait que le risque de marché est assumé par l'établissement chargé de la gestion centralisée des produits, et que le risque de crédit est assumé par l'établissement chargé de la commercialisation. En présence d'entreprises distinctes, le risque résiduel assumé par les parties à l'instrument dérivé contribuerait à établir le prix de transfert conformément aux principes normalement applicables en matière de prix de transfert et l'application de la seconde étape de l'approche autorisée de l'OCDE vise à atteindre le même résultat lorsqu'il s'agit d'une entreprise unique. Autre solution : on pourrait prendre en compte cette situation en comptabilisant l'instrument financier dans le portefeuille de l'établissement chargé de la gestion centralisée des produits, lequel traiterait ensuite avec l'établissement chargé de la commercialisation comme s'il s'agissait d'une entreprise distincte. Les opérations internes entre l'ES et les autres parties de l'entreprise, telles que la transaction adossée sur produits dérivés mentionnée ci-dessus, seraient évaluées au cours de la seconde étape de l'approche autorisée de l'OCDE (examinée à la Section D-2).

217. Selon le modèle de l'entreprise distincte, l'ES opère comme s'il était un centre de profit distinct et, par conséquent, une analyse fonctionnelle est susceptible de montrer que la prise de risques de crédit et de risques de marché a lieu au sein de l'ES de même que la gestion ultérieure de ces risques.

218. Selon le modèle des transactions intégrées, une analyse fonctionnelle est susceptible de montrer que le risque de crédit comme le risque de marché sont assumés initialement par l'établissement qui effectue la transaction avec le client, bien que ces risques soient gérés ultérieurement par tous les établissements effectuant les transactions en fonction de leur portefeuille. Cependant, les autres transactions qui constituent le portefeuille auront leur origine dans d'autres établissements. Par conséquent, chaque établissement exerce en fait des fonctions de commercialisation, de négociation et de gestion du risque pour un portefeuille commun de produits financiers. Il peut donc exister des opérations internes entre tous les établissements au titre des fonctions de commercialisation, de négociation et de gestion du risque.

219. Comme on l'a noté à la Section B-2(iii), l'organisation de certaines entreprises effectuant des transactions mondialisées peut ne correspondre exactement à aucun des modèles. En particulier, certaines des fonctions de commercialisation/courtage et de négociation/gestion du risque, ou même certains aspects de ces fonctions peuvent être répartis, dans une certaine mesure, entre plusieurs établissements. Dans de tels cas, il pourrait également être nécessaire de fractionner la prise de risque liée à l'exercice de ces fonctions entre les divers établissements qui exercent les fonctions correspondantes.

220. En conclusion, une analyse fonctionnelle approfondie sera nécessaire pour déterminer la partie de l'entreprise exerçant les différents aspects des fonctions de commercialisation/courtage et de négociations/gestion du risque, qui sont les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque et qui sera considérée par conséquent comme assumant les risques liés à l'exercice de ces fonctions. En particulier, dans le modèle de la gestion centralisée de produits, ou dans des modèles hybrides entre ce

dernier et le modèle des transactions intégrées, les différentes parties de l'entreprise peuvent assumer des risques différents. Par exemple, les différents établissements chargés de la commercialisation peuvent assumer le risque de crédit, alors que la prise de risque de marché est concentrée dans l'établissement chargé de la gestion centralisée des produits. En outre, lorsque les fonctions sont réparties entre plusieurs établissements, la prise de risque est fractionnée d'une manière similaire. Une analyse fonctionnelle et factuelle sera également nécessaire pour déterminer si la partie de l'entreprise qui assume le risque exerce aussi la fonction de gestion des risques une fois qu'ils ont été assumés, et dans le cas contraire, quelle est l'autre partie de l'entreprise qui exerce cette dernière fonction.

c) Conséquences de l'attribution des actifs et des risques à un ES

221. A la première étape de l'application de l'approche autorisée de l'OCDE, la propriété économique des actifs financiers est attribuée à la partie de l'entreprise qui exerce les fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque décrites dans la présente section, et l'ES devrait être considéré comme assumant les risques correspondants qui sont créés par les fonctions qu'il exerce ou qui lui sont inhérentes. De ce fait, c'est à l'établissement qui exerce ces fonctions (« l'ayant droit économique ») qu'échoient le revenu et les charges associées à la détention des instruments financiers ou au prêt de ces instruments ou leur cession à des tiers. Ce revenu peut être considéré comme représentant la rémunération de pleine concurrence de l'exercice des différentes fonctions nécessaires pour créer et gérer l'instrument financier (compte tenu des actifs mis en œuvre et des risques assumés). L'analyse fonctionnelle et factuelle doit aussi déterminer quelles fonctions sont les fonctions humaines importantes pertinentes pour la propriété économique des autres actifs (non financiers) et pour la prise en charge et/ou la gestion (à la suite du transfert) d'autres risques, car ces fonctions vont attribuer ces actifs et risques à une composante particulière de l'entreprise (sachant cependant que les biens corporels seront attribués au lieu de leur utilisation sauf si les circonstances justifient un point de vue différent). Puis, le capital « libre » est attribué à l'ES pour supporter les divers risques assumés. Toutes les fonctions doivent recevoir une rémunération de pleine concurrence, même si ce ne sont pas des fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque ou des fonctions humaines importantes qui attirent des actifs financiers ou non financiers, respectivement. En conséquence, à la deuxième étape de l'application de l'approche autorisée de l'OCDE, la partie de l'entreprise à laquelle est attribué l'actif financier doit traiter avec les parties qui assument des fonctions qui ne sont pas des fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque comme s'il s'agissait d'entreprises distinctes. Les Sections D-1(v) et D-2 ci-après fournissent des indications concernant la prise en compte de ces opérations internes et la fixation de prix conformément au principe du prix de pleine concurrence. Les bénéfices attribués à la partie de l'entreprise à laquelle l'actif est attribué tiendront ainsi compte des opérations internes de pleine concurrence conclues avec les autres parties de l'entreprise et relatives aux fonctions exercées à l'égard de cet actif, ainsi que de la dépense d'intérêts liée au financement de ce dernier.

222. Le principe du prix de pleine concurrence dicte que le prix de transfert des biens ou services est déterminé par référence aux fonctions exercées, aux actifs mis en œuvre et aux risques assumés. Selon l'approche autorisée de l'OCDE pour attribuer les bénéfices à un ES en ce qui concerne les actifs et risques financiers, les fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque ont une incidence sur les trois éléments et, puisque des fonds propres sont nécessaires pour couvrir le risque, ces fonctions ont une incidence particulière sur l'attribution à l'ES du capital. Les fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque comptent parmi les principales fonctions humaines exercées par l'entreprise, ce qui devrait se refléter dans le montant des bénéfices attribués à l'ES. Il peut s'avérer nécessaire d'ajuster la charge d'intérêts attribuée à l'ES pour tenir compte d'un éventuel capital « libre » attribué à l'ES pour supporter les risques inhérents aux actifs financiers.

223. Les instruments financiers et les risques enregistrés dans les comptes et livres comptables de l'ES constituent un point de départ commode pour cette attribution et doivent être pris en compte aux fins de

l'imposition, à condition qu'ils soient conformes à l'analyse fonctionnelle. Il peut cependant exister des cas où les comptes et les enregistrements ne sont pas conformes à cette analyse, par exemple parce que le montant réel des instruments financiers et des risques peut être enregistré dans certains établissements alors que les fonctions liées à leur création ou à leur gestion ultérieure, ou qui y ont été exercées étaient soit inexistantes, soit très peu nombreuses. Dans de tels cas, la prise en compte du lieu de comptabilisation n'aboutirait pas à une attribution de bénéfices de pleine concurrence.

224. C'est pourquoi l'approche autorisée de l'OCDE est fondée sur l'attribution des instruments financiers et des risques à un ES effectuant des transactions mondialisées sur la base d'une analyse fonctionnelle et factuelle. En suivant le principe de regroupement indiqué dans les Principes directeurs (voir paragraphe 1.42), cette analyse peut être effectuée au niveau des portefeuilles d'instruments et de risques similaires, plutôt qu'à celui de chaque instrument et de chaque risque en particulier.

225. Lorsque l'analyse fonctionnelle aboutit à la conclusion que l'ES a exercé à lui seul les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque, celui-ci se verra attribuer les instruments financiers nouvellement créés et les risques. Lorsque l'analyse fonctionnelle montre que les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque liées à la création de l'instrument sont exercées en partie dans une juridiction et en partie dans une autre, cela pose la question de savoir quelle est la partie de l'entreprise qui doit être considérée comme le « propriétaire économique » de l'instrument financier et se voir par conséquent attribuer les bénéfices et les risques liés à la propriété de cet instrument, sous la forme des revenus et dépenses correspondants. La réponse à cette question doit être fondée sur l'analyse fonctionnelle et factuelle. Pour une entreprise effectuant des transactions mondialisées, elle sera généralement fondée sur le lieu où ont été exercées les fonctions de commercialisation/courtage et de négociation/gestion du risque. En effet, c'est en général l'exercice de ces fonctions qui aboutit respectivement à la prise de risque de crédit et de marché et c'est le fait d'assumer et de gérer ces risques qui nécessite du capital pour faire face aux pertes éventuelles résultant de leur réalisation.

226. Lorsque l'analyse fonctionnelle a abouti à la conclusion que l'ES a exercé à lui seul tous les aspects des fonctions de commercialisation/courtage et de négociation/gestion du risque (par exemple, conformément au modèle de l'entreprise distincte et, dans certains cas, en utilisant le modèle de la gestion centralisée de produits) l'ES se verra attribuer le portefeuille des instruments financiers nouvellement créés et des risques (à la fois de crédit et de marché) liés à l'exercice de ces fonctions. Toutefois, comme on l'a noté à la Section D-1(i) ci-dessus, l'analyse fonctionnelle effectuée comme première étape de l'approche autorisée de l'OCDE est susceptible de montrer que les fonctions liées à la création et à la gestion ultérieure de risques du portefeuille d'instruments financiers sont exercées en partie dans une juridiction et en partie dans une autre, surtout lorsque les transactions mondialisées sont organisées selon le modèle des transactions intégrées ou selon un modèle hybride entre celui-ci et le modèle de la gestion centralisée de produits. Cela pose la question de savoir quelle partie de l'entreprise doit être considérée comme « possédant » le portefeuille d'instruments financiers et de risques. Ainsi qu'il est noté à la Section D-1(i)(b), la réponse à cette question doit être fondée sur l'analyse fonctionnelle et factuelle du lieu où les fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque sont exercées.

227. Lorsque l'analyse fonctionnelle aboutit à la conclusion que les fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque sont exercées dans un seul établissement et que les autres ont exercé des fonctions de soutien, l'établissement qui exerce les fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque se voit attribuer les différents actifs et risques ou le portefeuille d'instruments financiers ainsi que les risques qui lui sont imputables, et il est considéré par conséquent comme le « propriétaire économique » des différents actifs ou du portefeuille ainsi que des revenus et dépenses correspondants. En particulier, dans le modèle des transactions intégrées, l'analyse fonctionnelle peut montrer que les fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque ont été exercées dans plus d'un établissement, de sorte que les instruments financiers ou le portefeuille d'instruments financiers peuvent être considérés

comme appartenant conjointement à ces établissements. La question de savoir comment attribuer conjointement les actifs possédés et les risques correspondants est examinée à la Section D-2 ci-dessous.

228. Des faits ultérieurs à la création des instruments financiers et des risques peuvent également avoir une incidence sur l'établissement auquel ils sont attribués en définitive. Des transferts ultérieurs peuvent aboutir à l'attribution totale ou partielle des instruments financiers et des risques à une autre partie de l'entreprise, à condition que ces transferts soient pris en compte pour l'imposition en suivant les indications données à la Section D-2(ii)(c) ci-dessous. En outre, cette attribution devrait tenir compte de tous les faits ultérieurs aboutissant à une propriété conjointe du portefeuille d'instruments financiers et de risques.

229. Par exemple, lorsque les fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque, telles que la gestion du risque de marché, sont transférées à une partie de l'entreprise, les instruments financiers et les risques peuvent être considérés comme pouvant être attribués en partie à la composante de l'entreprise qui les a créés et en partie à celle qui exerce les fonctions de gestion du risque. Cette attribution serait fondée sur les fonctions exercées et devrait également tenir compte des risques transférés et de ceux qui continuent à être assumés.

230. Comme l'indique la Partie I, les bénéfices (ou pertes) de l'ES reposeront sur toutes ses activités, y compris ses transactions avec d'autres entreprises indépendantes, ses transactions avec des entreprises liées et les opérations internes avec d'autres composantes de l'entreprise à laquelle il appartient. En conséquence, dans le cadre de l'analyse fonctionnelle et factuelle effectuée dans un premier temps, il conviendra d'attribuer à l'ES les droits et obligations de ladite entreprise qui découlent de transactions de cette entreprise avec des entreprises distinctes qui peuvent être convenablement attribués à l'ES. Dans les faits, cela suppose d'identifier les transactions de l'entreprise avec des entreprises distinctes qui doivent être assimilées à des transactions conclues par l'ES. Cela doit ressortir clairement de l'analyse des fonctions de l'ES à la lumière de ses actifs utilisés et des risques qu'il assume. Les bénéfices (ou pertes) de l'ES qui peuvent être attribués à sa participation à ces transactions peuvent être calculés directement dans le cas de transactions avec des entreprises indépendantes, ou par application directe des Principes directeurs aux termes de l'article 9 dans le cas de transactions avec des entreprises liées, dans un cas comme dans l'autre en tenant compte des effets des opérations internes de l'ES avec d'autres composantes de la même entreprise dans le cadre de la deuxième étape de l'approche autorisée de l'OCDE.

ii) Attribution d'une cote de crédit à l'ES

231. De même que les ES de banques, les ES effectuant des transactions mondialisées bénéficient généralement de la même cote de crédit que l'entreprise dans son ensemble, ce qui leur permet de conclure avec des clients des contrats d'échanges financiers de taux d'intérêt dans les mêmes conditions que le siège. De même que dans le cas des banques, il n'est pas justifié de supposer qu'il existe des opérations internes similaires au versement de commissions de garantie afin d'attribuer à l'ES la même cote de crédit qu'à l'entreprise effectuant des transactions mondialisées dont il fait partie¹².

232. En conclusion, de même que pour les banques, l'entreprise théorique distincte devrait avoir la même cote de crédit que l'ensemble de l'entreprise effectuant des transactions mondialisées sauf dans les circonstances exceptionnelles mentionnées au paragraphe 31 de la Partie II (à savoir lorsque les actifs situés dans une juridiction spécifique ne sont pas disponibles pour satisfaire des créances en dehors de la juridiction ou lorsqu'ils ont été affectés en garantie d'un instrument financier particulier afin d'obtenir pour cet instrument la notation souhaitée de la part d'une agence de notation). Dans de tels cas, il sera nécessaire

12 La Section D-2(v) et les paragraphes 134-135 de la Partie I examinent les raisons pour lesquelles les frais de garantie interne ne sont pas reconnus aux termes de l'approche autorisée de l'OCDE.

de déterminer la cote de crédit de l'ES, par exemple en se référant à des entreprises indépendantes de la juridiction de l'ES qui sont comparables en termes d'actifs, de risques, de gestion, etc. ou par référence à des éléments de comparaison objectifs, tels que des évaluations de cotes de crédit effectuées par des parties indépendantes sur la base de la situation de l'ES et sans tenir compte de l'entreprise dont il fait partie.

iii) *Attribution de capital à l'ES*

233. Le principe général qui sous-tend la nécessité d'attribuer le capital à l'ES est énoncé au paragraphe 31 de la Partie I : « [l]e point de départ de cette attribution du capital est le suivant : selon le principe de pleine concurrence, un ES doit disposer d'un capital suffisant pour couvrir les fonctions qu'il exerce, les actifs dont il est le «propriétaire économique et les risques qu'il assume.» La Section D-2 (v)(b) de la Partie I fournit des indications générales sur la façon d'attribuer le capital aux ES. La Partie II indique la manière dont les problèmes d'attribution du capital et de financement doivent être traités en ce qui concerne les banques conformément à l'approche autorisée de l'OCDE. Plus particulièrement, des indications sont fournies sur la façon de traiter le fait, caractéristique aux banques, qu'une partie du capital, à des fins réglementaires, peut porter intérêt. La Partie II concluait que l'incidence des exigences réglementaires ne nécessitait aucune modification aux principes de base. Au contraire, l'incidence réglementaire rendrait plutôt l'attribution du capital moins problématique que dans un contexte non réglementaire.

234. Ce ne sont pas toutes les entreprises effectuant des transactions mondialisées qui sont assujetties à une réglementation bancaire financière (même si beaucoup le sont), mais celles qui ne le sont pas mesureront tout de même, par nécessité commerciale, les risques qu'elles assument. Dans tous les cas, la Partie I énonce le principe général selon lequel le capital devrait être attribué à tous les ES pour soutenir les fonctions, les actifs et les risques, que ces ES soient ou non réglementés ou qu'ils évoluent ou non dans le secteur financier. Dans ce contexte, il semble n'y avoir aucune raison d'exclure les transactions mondialisées de l'approche autorisée de l'OCDE simplement parce que certaines entreprises effectuant des transactions mondialisées ne sont pas réglementées. Par conséquent, les principes régissant l'attribution du capital exposés à la Partie I et à la Partie II s'appliquent aux activités de transactions mondialisées, que ces activités soient ou non exercées par une entité réglementée.

235. De même que pour les banques, il peut ne pas y avoir d'exigences réglementaires dans le pays d'origine ou le pays d'accueil applicables à l'attribution formelle du capital « libre » à un ES effectuant des transactions mondialisées, de sorte que les activités de celui-ci (contrairement à celles de l'entreprise elle-même) peuvent être financées entièrement par des emprunts. Toutefois, cela ne doit pas avoir d'incidence sur l'attribution de capital « libre » à des fins fiscales. Par conséquent, une attribution de capital « libre » selon le principe de pleine concurrence devra être effectuée afin d'attribuer un résultat imposable de pleine concurrence à l'ES, et ce, même si aucune attribution de capital n'a à être effectuée d'un point de vue réglementaire.

a) *Attribution de capital « libre » à l'ES*

Première étape – Évaluation des risques attribués à l'ES

236. Comme on l'a noté à la Section D-1(i), l'approche autorisée de l'OCDE utilise une analyse fonctionnelle et factuelle pour attribuer les instruments financiers et les risques à l'ES et la même section note également que le capital et les risques ne sont pas séparés au sein d'une même entité juridique. Il s'ensuit qu'en vertu de l'approche autorisée de l'OCDE, il est nécessaire d'attribuer le capital « libre » à l'ES conformément aux risques attribués à cet établissement, et qu'il est donc nécessaire d'évaluer ces risques. En conséquence, l'attribution de capital sur la base de l'importance des risques (y compris des risques résultant des postes hors bilan) fait apparaître le rôle du capital pour les entreprises financières et,

en suivant le même principe pour tous ces types d'entreprises, présente en outre l'avantage de contribuer à établir des règles du jeu équitables entre les différentes catégories d'établissements financiers.

237. La question se pose encore de savoir comment appliquer en pratique le principe énoncé ci-dessus. Il est difficile d'évaluer les risques et une certaine souplesse est nécessaire. La méthode qui consiste à évaluer les risques liés à des instruments financiers est en principe similaire à celle qui est utilisée pour les banques (voir la Partie II). Pour les entreprises effectuant des transactions mondialisées qui sont soumises aux mêmes réglementations que les banques, il peut être possible de suivre l'approche réglementaire d'évaluation des risques.

238. Du fait de l'importance du risque pour les entreprises qui effectuent des transactions mondialisées, il est probable que ces entreprises s'efforcent d'évaluer les risques résultant de ces opérations. Elles peuvent le faire pour des raisons économiques et/ou pour se conformer aux réglementations locales. L'approche exposée à la Partie II pour les banques peut donc être suivie pour les entreprises qui effectuent des transactions mondialisées. En conséquence, il devrait être possible d'utiliser les modèles d'évaluation des risques propres à l'entreprise qui effectue des transactions mondialisées, sous réserve que ces modèles soient conformes au principe de pleine concurrence, approuvés par les autorités réglementaires (le cas échéant) et appliqués de manière cohérente et en communiquant des informations suffisamment précises, par exemple en ce qui concerne les hypothèses sur lesquelles repose le modèle interne de la banque, à toutes les autorités fiscales compétentes, afin qu'elles puissent vérifier que les conditions ci-dessus ont été remplies. Des problèmes se posent du fait que les modèles de risque des banques sont généralement mis au point et appliqués sur une base consolidée. Si nécessaire, il faudrait que ces modèles et les autres systèmes facilitent la détermination de la pondération des risques au niveau de l'ES.

239. De plus, il faut tenir compte du fait que l'approche autorisée de l'OCDE consiste à évaluer les risques conformément au principe de pleine concurrence, plutôt que de suivre les approches réglementaires pour les évaluer. Il sera nécessaire de suivre de près l'évolution des réglementations pour s'assurer que des modifications éventuelles n'ont pas d'incidence sur la fiabilité d'une approche réglementaire comme substitut de la détermination d'une attribution de pleine concurrence des actifs financiers et des risques à un ES effectuant des transactions mondialisées.

Deuxième étape – Détermination du capital « libre » nécessaire pour couvrir les risques attribués à l'ES

240. Après avoir évalué les risques attribués à l'ES effectuant des transactions mondialisées, l'étape suivante pour l'application du principe de pleine concurrence consiste à déterminer la quantité de capital « libre » de l'entreprise qui est nécessaire pour couvrir ces risques conformément au principe de pleine concurrence. Les principes et approches généraux ont été énoncés à la Section D-2(v)(b) de la Partie I et des indications générales ont été fournies à la Partie II à l'intention des établissements financiers traditionnels. Rien n'empêche d'appliquer les méthodes valables décrites aux Parties I et II pour toutes les entreprises qui effectuent des transactions mondialisées, même s'il ne s'agit pas de banques.

b) Attribution de capital autre que le capital « libre » à l'ES – détermination des coûts de financement de l'ES

241. Comme l'indique la Partie II (Section D-1(iii)(b)), les banques sont susceptibles, pour des raisons commerciales ou fiscales, d'inclure dans leurs fonds propres réglementaires non seulement le capital « libre » mais aussi d'autres catégories de capitaux semi-permanents portant intérêt, tels que la dette subordonnée. Les investisseurs exigent un rendement nettement plus élevé pour ce type de dette, afin de tenir compte des restrictions dont elle fait l'objet par rapport à la dette classique. Selon le principe de pleine concurrence, il sera nécessaire de prendre en compte ce capital afin que l'ES puisse déduire le

montant approprié d'intérêts versés. Par exemple, si les fonds propres complémentaires constitués par la dette subordonnée sont obtenus par une autre partie de l'entreprise, il ne serait pas normal que cette partie supporte toutes les charges d'intérêts de la dette qui a été contractée au profit de la banque dans son ensemble. La méthode adoptée ici consiste encore une fois à suivre la conclusion pour les banques et à appliquer les méthodes valables décrites à la Partie I et à la Partie II pour toutes les entreprises effectuant des transactions mondialisées, même s'il ne s'agit pas de banques¹³.

iv) *Rajustement des coûts de financement déclarés par un ES*

242. Enfin, une fois que le montant de pleine concurrence du capital attribué à un ES a été déterminé, il y a lieu d'effectuer une comparaison avec le capital effectif éventuellement attribué à l'ES par l'entreprise. Lorsque le montant de capital attribué par l'entreprise est inférieur au montant de pleine concurrence tel qu'il est déterminé ci-dessus, il peut être nécessaire d'opérer un ajustement approprié au montant des coûts de financement déclarés par l'ES, afin de faire apparaître le montant du capital de l'entreprise qui est effectivement nécessaire pour soutenir les activités de l'ES. Les indications qui figurent à la Partie II (Section D-1(iv)) pour l'ajustement des intérêts versés par un ES bancaire peuvent être appliquées dans le contexte des transactions mondialisées. Le terme « coût de financement » est utilisé au lieu de celui d'intérêts versés, car les entreprises effectuant des transactions mondialisées utilisent divers instruments financiers pour financer leurs positions, par exemple des prêts de titres et des échanges financiers, et il est possible que le rendement de certains de ces instruments ne soit pas considéré comme des intérêts selon la loi de la juridiction où se trouve l'ES.

v) *Mise en évidence des opérations internes*

243. Comme on l'a noté à la Section D-2(vi)(b) de la Partie I, les indications données aux paragraphes 1.28-1.29 et aux paragraphes 1.36-1.41 des Principes directeurs peuvent être appliquées, par analogie, pour déterminer si une opération interne a eu lieu et s'il est possible de ne pas tenir compte de la manière dont le contribuable a organisé cette opération interne, ou de redéfinir ses modalités. La Partie I conclut qu'une opération interne entre différentes parties de l'entreprise telle qu'elle est présentée dans les documents par l'entreprise, sera constatée aux fins de l'attribution de bénéfices à condition qu'elle se rattache à « un événement réel et identifiable (par exemple le transfert physique de stocks, la prestation de services, l'utilisation d'un actif incorporel, un changement dans la partie de l'entreprise qui utilise un bien de capital, ou un changement dans les conditions d'utilisation de l'actif, le transfert d'un actif financier, etc.) » qui s'est produit entre eux. Le paragraphe conclut qu'« une analyse fonctionnelle et factuelle devrait être effectuée afin de déterminer si cet événement a eu lieu ou doit être considéré comme une opération interne ayant une importance économique » (paragraphe 212).

244. Tout comme pour les banques, l'application des indications ci-dessus aux opérations internes liées à la fourniture de services dans le cadre d'une entreprise effectuant des transactions mondialisées est considérée en principe comme relativement directe. Comme on l'a noté à la Section D-2(ii)(e) ci-dessous, les indications générales qui figurent à la Partie I devraient pouvoir être appliquées dans le contexte des transactions mondialisées.

245. Toutefois, on rencontre plus de problèmes lorsqu'on essaie d'appliquer ces indications aux opérations internes portant sur des actifs financiers, étant donné la nature des entreprises effectuant des transactions mondialisées. Leur stock est constitué par des actifs financiers — leurs instruments financiers tels que les obligations, prêts de titres, produits dérivés, etc. Toutefois, ces instruments ne sont pas matérialisés, en ce sens qu'ils n'existent qu'en tant qu'accords contractuels et comme écritures dans les

13 La Section D-2(v)(b)(4) de la Partie I décrit les principes généraux applicables à la détermination des coûts de financement d'un ES.

livres comptables. Contrairement aux actifs physiques, les instruments financiers peuvent être difficiles à localiser dans une entreprise qui effectue des transactions mondialisées et une fois qu'ils ont été localisés, il est difficile de déterminer s'ils ont été transférés vers une autre partie de l'entreprise ou si une autre partie de l'entreprise a commencé à les utiliser. L'un des problèmes particuliers qui se posent pour les transactions mondialisées est lié au fait que les divers risques associés à un instrument financier particulier peuvent être « dissociés » et gérés dans divers établissements (voir l'exemple d'un titre libellé en euro dont le principal est lié à l'évolution de l'indice DAX à la Section B-3(i)(b)). Ces difficultés sont amplifiées par l'incidence de réglementations en vertu desquelles des instruments financiers peuvent être « comptabilisés » dans un établissement où aucune des fonctions liées à la création, ou à la gestion de cet instrument, n'a été ou ne sera exercée (voir Sections B-3(ii) et (iii)). De ce fait, un nombre important d'opérations internes est susceptible d'avoir lieu au sein d'une entreprise effectuant des transactions mondialisées et d'avoir une incidence significative sur l'attribution des bénéfices.

246. La complexité factuelle propre à une entreprise effectuant des transactions mondialisées ne change en rien le principe de l'approche autorisée de l'OCDE qui se fonde en dernier ressort sur l'analyse fonctionnelle et factuelle pour déterminer où se trouve le « propriétaire économique » des instruments et des risques financiers. Les instruments financiers et les risques ne sont la « propriété économique » de l'établissement qui les comptabilise à l'origine que si les fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque se rapportant à la création de l'instrument financier y ont été exercées. Les mêmes principes s'appliquent également à toute opération interne aboutissant à transférer la « propriété économique » d'instruments financiers et de risques à une autre composante de l'entreprise. Une écriture comptable résultant d'une opération interne d'échange financier qui a pour effet de faire disparaître le risque de marché correspondant à une transaction financière dans les comptes d'un ES et de le transférer sur les comptes d'une autre partie de l'entreprise n'équivaldrait pas à une opération interne, à moins que le transfert n'ait été accompagné d'un transfert de la principale fonction entrepreneuriale de gestion du risque de marché. L'utilisation de swaps internes pour transférer les risques de crédit de marché au sein de l'entreprise effectuant des transactions mondialisées est examinée plus en détail à la Section D-2(ii)(c).

247. En bref, un document comptable et des pièces justificatives de la même date faisant apparaître une opération interne qui a pour effet de transférer des risques, des responsabilités et des avantages significatifs sur le plan économique constituerait un point de départ utile pour l'attribution de bénéfices. Les contribuables sont encouragés à préparer cette documentation, car elle peut réduire considérablement les controverses éventuelles concernant l'application de l'approche autorisée de l'OCDE. Les administrations fiscales reconnaîtraient cette documentation, même si elle n'a aucun effet juridique, dans la mesure où :

- la documentation est compatible avec la réalité économique des activités exercées au sein de l'entreprise telle qu'elle ressort de l'analyse fonctionnelle et factuelle.
- les arrangements étayés par les documents en lien avec l'opération interne, vu dans leur intégralité, ne diffèrent pas de ceux qui auraient été adoptés par des entreprises indépendantes comparables se comportant de façon commercialement rationnelle ou, s'ils diffèrent, le montage tel qu'il est présenté dans la documentation du contribuable n'empêche pas dans la pratique l'administration fiscale de déterminer un prix de transfert convenable ; et
- l'opération interne présentée dans la documentation du contribuable ne contrevient pas au principe qui sous-tend l'approche autorisée de l'OCDE, par exemple, du fait qu'elle vise à isoler les risques des fonctions.

Voir paragraphes 1.26-1.29 et 1.36-1.41 des Principes directeurs par analogie.

248. Une fois que le seuil ci-dessus a été dépassé et qu'une opération interne est prise en compte comme existante, l'approche autorisée de l'OCDE applique, par analogie, les indications données aux

paragraphes 1.26-1.29 et 1.36 à 1.41 des Principes directeurs. Les indications ne sont pas appliquées à des transactions réelles mais à des opérations internes intervenues entre l'ES et d'autres parties de l'entreprise. Par conséquent, l'examen d'une *opération interne* devrait se fonder sur l'opération interne effectivement intervenue entre l'ES et l'autre partie de l'entreprise telle qu'ils l'ont structurée, selon les méthodes utilisées par le contribuable dans la mesure où elles sont conformes à celles qui sont exposées aux Chapitres II et III des Principes directeurs. Excepté dans les deux cas prévus au paragraphe 1.37 des Principes directeurs, l'administration fiscale devrait appliquer les directives du paragraphe 1.36 pour l'attribution d'un bénéfice à un ES et, donc, « ne devrait pas faire abstraction des transactions effectives ni leur substituer d'autres transactions ».

D-2 Deuxième étape : détermination des bénéficiaires de l'entreprise théorique distincte sur la base d'une analyse de comparabilité

249. Comme on l'a noté à la Partie I de ce Rapport, l'analyse fonctionnelle et factuelle de la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE a à juste titre admis comme hypothèse que l'ES et les autres parties de l'entreprise qui effectuent des transactions mondialisées constituent des entreprises distinctes, dont chacune exerce des fonctions, met en œuvre des actifs et assume des risques. Les portefeuilles d'instruments financiers et de risques auront également été attribués à la partie de l'entreprise qui exerce les fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque aboutissant à la création (commercialisation/courtage et négociation) et à la gestion ultérieure du risque de ces portefeuilles. En outre, comme on l'a noté ci-dessus, il aura été admis à juste titre comme hypothèse que d'autres caractéristiques importantes (telles que le capital « libre » et la cote de crédit) sont affectées à l'ES et aux autres composantes de l'entreprise. De plus, pour assimiler pleinement l'ES à une entreprise distincte, il faudra identifier et déterminer la nature de ses « opérations internes » avec le reste de l'entreprise dont il fait partie.

250. La seconde étape de l'approche autorisée de l'OCDE applique, par analogie, les recommandations des Principes directeurs aux relations économiques (« opérations internes ») entre l'ES et les autres parties de l'entreprise. Par exemple, bien qu'un portefeuille d'instruments financiers et de risques ait pu être attribué à l'ES dans le pays A en vertu du fait que cet établissement a exercé les fonctions correspondantes, il est possible que d'autres parties de l'entreprise aient exercé d'autres fonctions liées à ce portefeuille. Il est nécessaire de tenir compte de ces fonctions afin de faire en sorte que l'ES établi dans le pays A se voie attribuer un bénéfice de pleine concurrence. Selon l'approche autorisée de l'OCDE tous les revenus des instruments financiers seraient enregistrés dans les comptes de l'ES établi dans le pays A en tant que « propriétaire économique » du portefeuille et des charges ou dépenses seraient imputées à cet établissement au titre d'opérations internes correspondant à une rémunération de pleine concurrence des fonctions exercées par d'autres parties de l'entreprise. En outre, la notion d'analyse de comparabilité sera utilisée pour attribuer les bénéfices correspondant à ces opérations internes en effectuant une comparaison avec des transactions effectuées entre entreprises indépendantes.

251. Des indications générales concernant la manière d'effectuer ces comparaisons ont été données à la Section D-3(iii) de la Partie I de ce Rapport. Cette section examine la manière d'appliquer ces indications à certaines situations spécifiques rencontrées dans le cadre des transactions mondialisées.

i) Application des méthodes de fixation des prix de transfert aux opérations internes au sein d'une même entreprise

252. Après avoir constaté qu'une opération interne est intervenue et qu'il n'y avait pas lieu, sous la forme que lui a donnée le contribuable, d'en faire abstraction ou de la redéfinir, le problème suivant consiste à rechercher si le bénéfice attribué à cette opération interne est conforme au principe de pleine concurrence. A cette fin, on applique les indications en matière de comparabilité qui figurent dans les

Principes directeurs, par analogie, à l'ES qui effectue des transactions mondialisées et on procède à une comparaison de la rémunération d'opérations internes au sein de l'entreprise qui effectue des transactions mondialisées avec des transactions comparables entre entreprises indépendantes, compte tenu des cinq facteurs exposés au Chapitre I des Principes directeurs pour la détermination de la comparabilité.

253. En outre, l'approche autorisée de l'OCDE prévoit que toutes les méthodes exposées dans les Principes directeurs peuvent être appliquées dans le contexte de l'ES pour déterminer le bénéficiaire à attribuer au titre de l'opération interne par référence à des transactions comparables sur le marché libre. La Section C-3 examine l'utilisation des méthodes de répartition des bénéfices lorsque les transactions mondialisées sont effectuées uniquement par l'intermédiaire d'entreprises associées. On considère qu'en général ces indications peuvent être appliquées, par analogie, dans le contexte de l'ES.

254. Une différence importante se manifeste cependant en ce qui concerne les fonds propres. Au sein d'une même entreprise, les risques sont rattachés aux fonctions, desquelles ils ne peuvent en aucun temps être isolés, ce qui emporte que les fonds propres sont attribués à l'ES pour couvrir les risques générés par les fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque exercées par l'ES. Cependant, entre entreprises indépendantes tout comme entre entreprises associées, il est possible de conclure des accords aux termes desquels les fonds propres nécessaires à la couverture des risques des transactions mondialisées soient imputés à une entreprise juridiquement distincte de celle où les risques sont réellement pris du fait de l'activité de transactions mondialisées. Il est possible que l'entreprise qui possède les fonds propres n'exerce pas beaucoup ou pas du tout de fonctions de transactions mondialisées. Il serait nécessaire d'évaluer l'efficacité de tels accords intervenus entre entreprises associées en se reportant aux directives des paragraphes 1.26 et 1.27 des Principes directeurs. Dans les cas où il est tenu compte des accords et où les activités de l'entreprise exerçant les fonctions de transactions mondialisées aboutissent à la création d'un ES-agent dépendant du fournisseur de fonds propres, les directives énoncées à la Section D-3 ci-après s'appliquent. Dans les cas où il est tenu compte d'un accord quelconque portant sur la propriété des fonds propres intervenu entre entreprises associées, la fourniture des fonds propres peut donner lieu à une rémunération sous la forme d'une quote-part des bénéfices dans le cadre d'une méthode de répartition des bénéfices. Toutefois, dans le cadre de l'approche autorisée de l'OCDE, lorsqu'une entreprise possède les fonds propres tout en exerçant les fonctions de transactions mondialisées, la totalité de ses fonds propres qui garantissent les risques serait attribuée aux parties de l'entreprise effectuant les transactions mondialisées qui ont créé et géré par la suite ces risques. Il n'y aurait donc pas une partie de l'entreprise effectuant des transactions mondialisées qui pourrait être identifiée comme étant seulement un « propriétaire de fonds propres », c'est-à-dire comme propriétaire de ces fonds mais comme n'exerçant pas beaucoup ou pas du tout de fonctions liées aux transactions mondialisées.

ii) *Fonctions liées aux transactions mondialisées*

255. La Partie II du Rapport examine un certain nombre de questions liées aux fonctions bancaires traditionnelles. Cette section examine certaines questions qui présentent une importance particulière pour les transactions mondialisées.

a) *Analyse des modèles de négociation/gestion du risque*

256. Si toutes les fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque nécessaires à la création et à la gestion ultérieure du portefeuille d'instruments financiers et de risques étaient assurées par l'ES, il ne serait peut-être pas très difficile de déterminer une attribution des bénéfices à l'ES qui soit de pleine concurrence. C'est la situation que l'on rencontre normalement dans le cadre du modèle de négociation de l'entreprise distincte. Toutes les transactions liées à l'exercice des fonctions sont susceptibles d'avoir été effectuées directement par l'ES et, par conséquent, à des prix de pleine concurrence, soit par définition,

parce qu'elles sont effectuées entre entreprises indépendantes, soit par application des règles habituelles de fixation des prix de transfert si elles sont effectuées avec des entreprises associées.

257. Cependant, il faut également noter qu'il peut subsister des problèmes d'attribution liés à d'autres fonctions indépendantes de la création et de la gestion ultérieure du portefeuille — par exemple, l'apport d'un soutien général et de l'infrastructure appropriée, c'est-à-dire les fonctions d'un siège social centralisé. Pour ces fonctions, il n'existe pas de problèmes particuliers aux transactions mondialisées et, par conséquent, il y a lieu de suivre les indications données dans les Parties I et II du Rapport. Toutefois, surtout lorsque les transactions mondialisées sont organisées selon le modèle de la gestion centralisée des produits ou des transactions intégrées, il est probable que la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE a montré que certaines des principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque aboutissant à la création et à la gestion ultérieure du portefeuille d'instruments et de risques financiers ont été exercées par différentes parties de l'entreprise (éclatement des fonctions). Ces fonctions représentent des opérations internes entre l'ES et les autres parties de l'entreprise qui devront être prises en compte lors de la seconde étape de l'approche autorisée de l'OCDE afin que l'ES se voie attribuer un bénéfice de pleine concurrence.

258. Comme on l'a noté à la Section C, selon le modèle de la gestion centralisée des produits, les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque (négociation, achat et vente de titres et gestion du risque) sont toutes exercées dans un seul établissement. Tout comme dans le cas où les transactions mondialisées sont effectuées uniquement par l'intermédiaire d'entreprises associées, il devrait y avoir en théorie peu de problèmes d'évaluation des fonctions de négociation ou de gestion du risque pour le modèle pur de gestion centralisée des produits dans le contexte de l'ES. Une partie seulement de l'entreprise assume intégralement la responsabilité de ces principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque et percevra par conséquent les bénéfices imputables à l'exercice de ces fonctions à la suite de transactions avec des parties indépendantes. D'autres parties de l'entreprise sont susceptibles d'exercer des fonctions de soutien ou de vente. Il s'agit d'opérations internes qui doivent faire l'objet d'une évaluation mais, comme on l'a noté à la Section C, il peut souvent exister des transactions comparables entre entreprises indépendantes qui peuvent être utilisées pour attribuer un bénéfice de pleine concurrence à ces opérations internes. Dans de tels cas, il faut donc suivre les indications qui figurent à la Section C, par analogie, et il ne semble pas, en principe, que l'application de ces indications, par analogie, dans le contexte de l'ES, pose des problèmes particuliers.

259. Comme on l'a noté à la Section C, dans le cadre du modèle des transactions intégrées, les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque (négociation, achat et vente de titres et gestion du risque) correspondant à une transaction particulière avec un tiers peuvent être réparties entre plusieurs établissements (ce qui revient à dire que le rôle entrepreneurial de prise de risque lui-même est réparti) et le bénéfice brut résultant de cette transaction peut être pris en compte dans chaque établissement ou dans l'ensemble de ces établissements. Il est peu probable de trouver des activités de négociation, achat et vente de titres ou de gestion du risque intégrées entre des parties indépendantes et, par conséquent, il peut ne pas être possible de procéder à des « correctifs suffisamment exacts » pour rendre les données comparables. En outre, dans le modèle des transactions intégrées, chaque établissement ne peut opérer d'une manière indépendante mais doit coopérer avec les autres afin de mener à bien une transaction et de gérer ensuite le risque qui en résulte. Par conséquent, il peut n'être pas possible d'appliquer les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions d'une manière fiable, et il y a donc lieu d'examiner les méthodes fondées sur les bénéfices.

b) Attribution d'actifs et de risques à plus d'une partie de l'entreprise

260. Dans le cadre de la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE, les instruments et les risques financiers créés par l'exercice des principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque par l'ES auront été attribués à cet établissement. Cela aboutit à attribuer à l'ES qui exerce ces fonctions les

revenus ou les pertes produits par ces instruments. Ces revenus ou pertes seront évalués conformément au principe de pleine concurrence, soit par définition, parce qu'ils sont reçus d'entreprises indépendantes, soit par l'application des règles habituelles en matière de prix de transfert s'ils sont reçus d'entreprises associées. Lorsque les instruments financiers ont été intégralement attribués à l'ES, afin de lui imputer un bénéfice de pleine concurrence, il suffira de déterminer les prix de pleine concurrence pour toute opération interne résultant de l'exercice des autres fonctions exercées dans le cadre des transactions mondialisées qui sont décrites à la Section B.

261. Cependant, comme on l'a noté à la Section D-1, certains instruments financiers pourraient être attribués conjointement à l'ES et à une autre partie de l'entreprise. Cette propriété conjointe donne lieu à une opération interne qui a d'importantes conséquences pour l'attribution de bénéfices. En effet, l'attribution des instruments financiers, des bénéfices de ces instruments et, par conséquent, du capital « libre » dépend des principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque. La valeur relative de ces fonctions exercées dans les différentes parties de l'entreprise peut être utilisée pour attribuer le portefeuille et, par conséquent, le capital « libre » pour garantir ce portefeuille.

262. Les orientations données dans les Principes directeurs seront appliquées, par analogie, afin de déterminer la contribution relative des principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque exercées dans les différentes parties de l'entreprise. Toutes les méthodes approuvées dans les Principes directeurs peuvent être utilisées pour procéder à cette détermination, en commençant par les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions qui sont décrites au Chapitre II.

263. Toutefois, comme on l'a noté à la Section C en ce qui concerne les entreprises associées, il pourrait être difficile de trouver des transactions sur le marché libre comparables à ces opérations internes. Ces problèmes ne sont pas limités aux ES et se posent de plus en plus fréquemment dans les transactions entre entreprises associées. Là encore, le Chapitre III des Principes directeurs approuve l'utilisation des méthodes fondées sur les bénéfices dans les cas où les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions du Chapitre II ne peuvent être appliquées d'une manière fiable. Ces méthodes fondées sur les bénéfices, lorsqu'elles sont utilisées pour attribuer les bénéfices en application de l'article 7, auraient pour effet de déterminer à la fois la quote-part des bénéfices générés par les instruments financiers et la manière dont ils seraient affectés en vue d'attribuer le capital. Par exemple, en prenant en considération des questions similaires à celles qui sont exposées à la Section C-3 et les recommandations générales qui figurent au Chapitre III, si l'application d'une méthode de répartition des bénéfices aboutissait à la conclusion que 40 % des fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque à l'intérieur d'un portefeuille de transactions mondialisées étaient exercées par l'ES du pays A, 40 % l'étaient par le siège social du pays B et 20 % par un ES du pays C, les actifs financiers représentés par le portefeuille de transactions mondialisées seraient attribués de même à concurrence de 40 % à l'ES du pays A, de 40 % au siège du pays B et de 20 % à l'ES du pays C, ce qui entraînerait une répartition selon la proportion 40/40/20 de la rémunération du capital. Comme l'indique le paragraphe 130, il n'en résulterait pas nécessairement un partage selon la proportion de 40/40/20 des bénéfices, puisqu'il peut être approprié en fonction du principe du prix de pleine concurrence de rémunérer une autre fonction par une quote-part des bénéfices, même si cette fonction ne constitue pas une fonction entrepreneuriale essentielle de prise de risque.

c) Fonctions de gestion du risque et de transferts internes de risques

264. L'approche autorisée de l'OCDE s'applique de la même manière aux fonctions décrites à la Section B ci-dessus qui sont nécessaires pour le suivi et la gestion des risques associés aux transactions mondialisées. La Section C-2(ii) ci-dessus examine en détail les fonctions de suivi et de gestion des risques et la Section D-2(ii)(e) de la Partie II examine les fonctions de gestion du risque, notamment en ce qui concerne le transfert de risque du marché entre entreprises associées et le transfert de risques dans le contexte d'un ES bancaire. On considère que les indications données dans ces sections peuvent s'appliquer

dans le contexte des transactions mondialisées. Toutefois, étant donné l'importance de la gestion des risques de marché dans le cadre d'une entreprise qui effectue des transactions mondialisées, cette section examine plus en détail le transfert de risques de marché entre les différentes parties d'une telle entreprise.

265. Ce problème peut être analysé en considérant une forme répandue de contrat interne sur produit dérivé — l'échange miroir (*mirror swap*). Dans le cadre d'un tel échange miroir, la succursale qui commercialise les produits financiers avec un tiers enregistre la transaction avec les clients dans ses comptes et effectue ensuite une « opération interne » correspondante avec l'établissement qui effectue l'opération et qui gèrera le risque de la transaction ou le risque de marché résultant de la transaction réelle. Il y a généralement une différence dans les conditions pratiquées qui laisse une « marge » à la succursale chargée de la commercialisation, par exemple un certain nombre de points de base sur un échange de taux d'intérêt. La marge a pour objet de rémunérer la succursale au titre des fonctions de vente/commercialisation qu'elle a exercées, du risque de crédit qu'elle assumé ainsi que des activités de suivi du risque des crédits en cours ou de gestion du risque de crédit qu'elle entreprend. En résumé, les « échanges miroir » constituent un dispositif susceptible de rémunérer les différentes fonctions exercées par une entreprise effectuant des transactions mondialisées en tenant compte du fait que les différents établissements assument des risques différents du fait des différences dans les fonctions exercées. Dans la transaction décrite ci-dessus, l'échange miroir, s'il a été conclu dans des conditions de pleine concurrence, devrait rémunérer l'exercice de la fonction de gestion du risque de marché sous réserve que l'établissement qui bénéficie de l'échange miroir exerce effectivement cette fonction. Bien entendu, des échanges miroir qui ne sont pas conclus dans des conditions de pleine concurrence et qui n'indiquent pas de manière appropriée le lieu où sont exercées les fonctions de gestion du risque de marché se traduisent s'ils sont pris en compte, par un transfert injustifié des bénéfices ou pertes d'exploitation futurs entre les différents sites et sont donc fiscalement inacceptables.

266. Par conséquent, dans le cadre de l'approche autorisée de l'OCDE, il faut tout d'abord décider si ces contrats internes sur produits dérivés qui prétendent transférer des risques de marché doivent être qualifiés d'opérations internes devant être prises en compte dans l'attribution de bénéfices. Comme on l'a vu à la Partie I de ce Rapport, l'approche autorisée de l'OCDE a recours à une analyse fonctionnelle pour déterminer s'il y a eu « un événement réel et identifiable » susceptible de donner lieu à une opération interne à prendre en compte en vue de l'attribution de bénéfices. Dans le contexte d'un « échange miroir » l'écriture comptable qui indique le transfert entre les différentes parties de l'entreprise doit être accompagnée d'un événement réel et identifiable, par exemple un changement authentique dans la partie de l'entreprise qui gère les risques de marché assumés du fait de la transaction avec le client. En outre, le transfert de la fonction de gestion du risque de marché doit aussi s'accompagner de la prise en charge du risque de marché et de la part appropriée de la marge de l'opérateur (après déduction de la quote-part qui doit rester acquise à l'établissement chargé de la commercialisation) ainsi que des bénéfices d'exploitation potentiels de l'instrument financier liés à la transaction. La partie de l'entreprise qui bénéficie de l'échange miroir financier devrait aussi subir toutes les pertes futures liées à la réalisation des risques de marché à la suite de la transaction, par exemple du fait d'une évolution défavorable du marché, tandis que la succursale chargée de la commercialisation devrait subir les pertes futures liées à la réalisation des risques de crédit qui résultent de la transaction, par exemple à la suite de la défaillance du client.

267. Si une opération interne d'échange miroir est mise en évidence selon les critères de l'approche autorisée de l'OCDE, l'étape suivante consiste à attribuer les bénéfices correspondant à cette opération interne. Il sera nécessaire de vérifier que les conditions de l'échange ou d'un autre versement interne effectué dans le cadre d'un échange financier correspondent au principe de pleine concurrence. Comme on l'a noté au paragraphe 251 du Rapport sur les transactions mondialisées, l'utilisation d'échanges miroir sans ajustement peut poser des problèmes. En raison du grand nombre de transactions, la marge n'est pas en général négociée individuellement pour chaque transaction mais elle est souvent fixée à un niveau déterminé pour les grandes catégories d'instruments. Il y a cependant des différences entre, par exemple, la

commercialisation d'un échange de taux d'intérêt fixe contre taux d'intérêt variable en dollars E.U. qui a été conclu en deux minutes et celle d'un échange financier complexe sur actions libellées en devises différentes et comportant un principal notionnel équivalent qu'il a fallu trois mois pour négocier et mettre en place. A moins qu'il ne soit possible de prendre en compte ces différences, la marge perçue par la succursale chargée de la commercialisation n'est pas conforme en général au principe de pleine concurrence.

268. En outre, il peut être nécessaire de procéder à une évaluation exacte des types de risques qui sont transférés et de ceux qui sont assumés. L'ensemble des divers types de risques, y compris le risque de crédit et le risque de marché, sont assumés par l'entreprise lorsque la transaction est conclue par le client avec la succursale chargée de la commercialisation. Si cette transaction a lieu avec l'établissement chargé de la gestion du risque de marché, la succursale chargée de la commercialisation n'est plus responsable du risque de marché, même si elle était responsable de la prise initiale de ces risques. Toutefois, le risque de crédit continue à incomber à la succursale chargée de la commercialisation, à moins qu'il y ait un changement de fonction en ce qui concerne ce risque.

269. Une autre forme de transfert interne de risque est liée au risque de crédit. De plus en plus, les entreprises financières ne se limitent pas à participer à l'évaluation du risque de crédit au point de vente, mais participent également à la gestion du risque de crédit au cours de la durée de vie de l'instrument financier. La partie de l'entreprise où se trouve le département de la gestion du risque de crédit peut souhaiter indemniser les autres parties de l'entreprise contre une défaillance de l'autre partie à la transaction. Un tel transfert peut être pris en compte à condition que le département du crédit exerce effectivement les fonctions d'évaluation, de suivi et de gestion continue du risque de crédit. Une telle opération interne a seulement pour effet de transférer le risque de crédit – le risque de marché continue à incomber à la partie de l'entreprise qui a conclu la transaction avec le client.

270. Une opération interne par laquelle le risque de crédit est transféré d'une partie de l'entreprise à une autre serait prise en compte lorsque cette dernière gère le crédit de risque — s'il s'agissait, par exemple, d'un centre de gestion de crédit consacré qui conclut des transactions de risque de crédit avec des tiers. Si, cependant, seule une entrée comptable est utilisée pour transférer le risque d'une partie de l'entreprise à une autre qui ne gère pas, en réalité, ce risque, le risque de crédit n'aura pas été transféré.

271. La prise en compte de l'opération interne aura également une incidence sur l'attribution de capital à l'ES (voir Section D-1(iii) ci-dessus). Par exemple, supposons que la valeur actualisée nette (VAN) soit utilisée pour évaluer les actifs et les risques à des fins d'attribution du capital et que la VAN d'une transaction sur produits dérivés ait été de 10 au moment où elle a été effectuée avec le client. Lorsque tous les risques de cette transaction sont transférés à la suite de l'échange miroir, l'établissement qui se charge de la négociation/de la gestion du risque se voit attribuer des actifs et des risques financiers d'une VAN de 10 aux fins de l'attribution de capital. Cependant, lorsqu'une marge d'une VAN de 1 a été laissée à la succursale qui se charge de la vente, l'établissement chargé de la négociation/de la gestion du risque se voit attribuer des actifs et des risques financiers d'une VAN de 9.

d) Fonctions de trésorerie et mouvement interne de fonds

272. La Section D-2(iii)(b) de la Partie II contient sur ce point des recommandations à l'intention des banques qui peuvent être appliquées aux entreprises effectuant des transactions mondialisées. Ces transactions sont souvent effectuées par des entreprises qui ne sont pas des banques et, par conséquent, la question qui se pose ensuite est de savoir si un transfert interne de fonds doit être considéré comme « un événement réel et identifiable » c'est-à-dire une opération interne pouvant donner lieu à des « intérêts » pour une entreprise effectuant des transactions mondialisées qui n'est pas une banque. L'approche actuelle des Commentaires, décrite au paragraphe 187 de la Partie I, opère une distinction entre les entreprises

financières et non financières sur la base du fait que l'octroi et l'obtention d'avances sont étroitement liés à leurs activités ordinaires. L'approche autorisée de l'OCDE rejette cette approche au profit de l'application de la méthode fondée sur l'analyse de comparabilité visée dans les Principes directeurs (voir Partie I, paragraphe 187). En principe, la réponse dépend d'une analyse fonctionnelle et factuelle de l'opération interne et des conditions dans lesquelles elle a été effectuée.

273. Comme on l'a déjà noté, les transactions mondialisées sont souvent effectuées par des « institutions financières non bancaires ». Le financement de ces opérations a été décrit à la Section B-3(i)(c), et démontre que l'analyse fonctionnelle et factuelle de ces activités est susceptible de donner des résultats similaires qu'en ce qui concerne les activités bancaires traditionnelles (voir Partie II de ce Rapport). La prise en compte des « coûts de financement » interne en ce qui concerne ces activités pourrait être justifiée pour l'attribution d'un bénéfice de pleine concurrence à un ES. En conséquence, il ne serait pas nécessaire d'attribuer séparément les frais de financement effectifs de l'entreprise, mais il resterait nécessaire d'attribuer le capital « libre » réel (voir ci-dessus).

e) Services de soutien

274. Il ne semble pas exister d'aspects propres aux transactions mondialisées qu'il serait nécessaire de prendre en compte en ce qui concerne ces services, à part l'analyse qui figure à la Section C-3 sur la rémunération des fonctions de services de post-marché selon une méthode de répartition des bénéfices. En conséquence, les recommandations qui figurent aux Parties I et II du Rapport peuvent être appliquées dans le contexte des transactions mondialisées. En outre, il ne semble pas que l'application, par analogie, des recommandations qui figurent à la Section C-3(ii)(a) sur la rémunération des fonctions post-marché (« back office ») selon une méthode de répartition des bénéfices aux ES effectuant des transactions mondialisées, par opposition aux entreprises associées, pose des problèmes particuliers.

D-3 ES-agent dépendant

275. Comme on l'a déjà vu aux Sections B-6 et D-5 de la Partie I, le présent Rapport n'a pas pour objet d'examiner s'il existe un ES en vertu de l'article 5(5) du Modèle de convention fiscale de l'OCDE (un « ES-agent dépendant »), mais d'analyser les conséquences de l'existence d'un ES-agent dépendant du point de vue des bénéfices qui devraient être imputés à cet établissement stable. On soulignera d'emblée que l'analyse ci-dessous ne se situe pas dans l'optique d'un éventuel abaissement du seuil déterminant l'existence d'un ES en vertu de l'article 5, et il convient de noter que l'exercice de fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque par une entreprise agent dépendant de l'entreprise distincte qui fournit le capital est un outil pour attribuer les bénéfices, y compris la rémunération du capital, à un ES, et non un critère permettant d'établir l'existence d'un ES¹⁴. Il est toutefois vrai que les fonctions associées à une entreprise effectuant des transactions mondialisées peuvent être exercées par un ES-agent dépendant au sens de l'article 5(5). Des indications générales sur l'attribution des bénéfices à un ES-agent dépendant figurent à la Section D-5 de la Partie I et la présente section applique ces indications à la situation courante particulière des transactions mondialisées.

276. Dans les cas où les activités d'un agent dépendant donnent lieu à la constitution d'un ES, le pays d'accueil disposera de compétences fiscales vis-à-vis de deux entités juridiques distinctes – l'entreprise agent dépendant (qui peut être résidente de la juridiction de l'ES) et l'ES-agent dépendant (qui constitue un ES d'une entreprise non résidente). En ce qui concerne les transactions entre les entreprises associées (l'entreprise agent dépendant et l'entreprise non résidente), il y aura lieu de se reporter à l'article 9 pour déterminer si les transactions entre les entreprises associées, basées par exemple sur une commission en fonction du volume, ont été effectuées dans des conditions de pleine concurrence.

14 Voir le paragraphe 5 de l'introduction.

277. En ce qui concerne l'ES-agent dépendant, la question à traiter consiste à déterminer les bénéfices de l'entreprise non résidente qui peuvent être attribués à son ES-agent dépendant dans le pays d'accueil (c'est-à-dire du fait des activités exercées pour le compte de l'entreprise non résidente par l'entreprise constituée d'un agent dépendant). Dans ce cas, c'est l'article 7 qu'il faudra appliquer. Enfin, il y a lieu de souligner que le pays d'accueil ne peut imposer les bénéfices de l'entreprise non résidente effectuant des transactions mondialisées que si les fonctions exercées dans le pays d'accueil pour le compte de l'entreprise non résidente atteignent le seuil défini à l'article 5 pour les établissements stables. De plus, le montant de ces bénéfices est limité aux bénéfices industriels ou commerciaux qui peuvent être attribués aux transactions mondialisées effectuées dans le pays d'accueil par l'intermédiaire de l'ES.

278. Une fois que l'existence d'ES-agent dépendant au sens de l'article 5(5) est constatée, la question se pose de savoir comment attribuer les bénéfices à cet établissement. La réponse réside dans l'application des principes utilisés pour les autres types d'ES, car le contraire serait incompatible avec l'article 7 et le principe du prix de pleine concurrence. A la première étape de l'application de l'approche autorisée de l'OCDE, une analyse fonctionnelle et factuelle détermine les fonctions entreprises par un agent dépendant pour son propre compte et pour le compte d'une entreprise non résidente. D'une part, l'entreprise agent dépendant sera rémunérée pour les services qu'elle rend à l'entreprise non résidente (compte tenu des actifs et des risques), généralement sous la forme de frais versés par cette dernière. D'autre part, l'ES-agent dépendant se verra attribuer les actifs et les risques de l'entreprise non résidente qui se rapportent aux fonctions exercées pour le compte de celle-ci par l'agent dépendant, auxquels s'ajoutera du capital libre en quantité suffisante pour soutenir ces actifs et risques. L'approche autorisée de l'OCDE fait ensuite en sorte d'attribuer les bénéfices à l'ES-agent dépendant sur la base de ces actifs, de ces risques et de ce capital libre. L'analyse met l'accent sur la nature des fonctions exercées par l'agent dépendant pour le compte de l'entreprise non résidente, et en particulier sur la question de savoir s'il exerce des fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque. A cet égard, une analyse des compétences et de l'expertise des salariés de l'entreprise agent dépendant est susceptible d'être instructive, par exemple du fait qu'elle permet de déterminer si les fonctions d'achat - revente, de négociation ou de gestion du risque sont exercées par l'agent dépendant pour le compte de l'entreprise non résidente.

279. Pour déterminer les bénéfices imputables à l'ES-agent dépendant, il faudra établir et déduire une rémunération de pleine concurrence pour les services qu'il rend à l'entreprise non résidente (compte tenu, le cas échéant, des actifs et des risques de l'ES). L'enjeu est de savoir s'il restera des bénéfices à attribuer à l'ES-agent dépendant après avoir pris en considération cette rémunération de pleine concurrence. Conformément aux principes exposés précédemment, la réponse dépendra des faits et circonstances précis que mettra en lumière l'analyse fonctionnelle et factuelle. La rémunération devrait correspondre à la rémunération appropriée des fonctions exercées (compte tenu des actifs utilisés et des risques pris) par l'entreprise agent dépendant pour son propre compte. Toutefois, une analyse fonctionnelle d'une transaction peut faire apparaître que ce n'est pas l'entreprise agent dépendant qui a la capacité d'assumer les risques résultant de la transaction, par exemple parce qu'elle ne dispose pas de fonds propres suffisants pour couvrir ces risques. C'est plutôt l'entreprise non résidente dans les comptes de laquelle la transaction – et le risque qui en résulte – sont comptabilisés, qui semble en général être en mesure d'assumer ces risques. La rémunération du capital servant à couvrir ces risques revient clairement à l'entreprise non résidente, et non à l'agent dépendant. La question est de savoir à quelle partie de l'entreprise non résidente. La réponse, en application de l'approche autorisée de l'OCDE, est que ces risques, et par conséquent le capital nécessaire pour les couvrir, seront attribués à l'ES-agent dépendant dans la mesure où ils résultent de fonctions exercées par cet agent dans le pays d'accueil pour le compte de l'entreprise non résidente. En résumé, lorsqu'on attribue les bénéfices à l'ES-agent dépendant, il est probable que des bénéfices (ou des pertes) s'ajouteront à la rémunération de pleine concurrence pour services rendus versée à cet agent. Il est possible d'illustrer ce principe au moyen de la situation courante qui suit, où les ventes effectuées par un courtier dans le pays d'accueil sont comptabilisées par l'entreprise non résidente. L'analyse appliquée aux fonctions exercées par l'agent dépendant pour attribuer les actifs et les risques à l'ES-agent dépendant est

celle qui s'applique pour établir la prise en charge du risque au sein d'une même entreprise et dont il est question à la Section D-1-(i)(b).

280. L'exemple qui suit a pour but de mieux expliquer la solution retenue dans le cadre de l'approche autorisée de l'OCDE. On admettra que, dans la pratique, la plupart des situations seront bien plus complexes et plus difficiles à régler. Même lorsque l'entreprise non résidente est une entité spécialisée (comme dans l'exemple ci-dessous) et toutes les fonctions de vente sont exercées au sein de l'entreprise constituée d'un agent dépendant, l'entité spécialisée peut avoir du personnel en propre chargé de maintenir sa bonne cote de crédit ou d'exercer des fonctions de gestion du risque stratégique ou du risque opérationnel. Dans d'autres cas, lorsque les employés de l'entité spécialisée n'exercent pas de telles fonctions, celles-ci peuvent être exercées par une autre société du groupe ou par un ES-agent dépendant situé ailleurs que dans l'établissement des négociateurs. De même, les opérateurs de l'entreprise agent dépendant peuvent avoir recours à des systèmes exclusifs créés ailleurs dans le groupe et pour lesquels une rémunération est due. Enfin, il se peut que des opérateurs se trouvent dans plus d'un établissement. L'objectif de l'exemple, qui est fort simplifié, est toutefois d'illustrer le principe selon lequel les droits d'imposition du pays d'accueil ne sont pas forcément entièrement satisfaits par la détermination d'une rémunération de pleine concurrence à verser à l'entreprise constituée d'un agent dépendant, en application de l'article 9 (dans l'exemple qui suit, l'agent dépendant est une entreprise associée).

281. Prenons pour hypothèse qu'une entité spécialisée du pays A qui ne dispose pas de personnel a une filiale de courtage dans le pays B. Pour diverses raisons, notamment à des fins réglementaires, les activités sur instruments dérivés qui sont exercées dans le pays B ne sont pas comptabilisées par la filiale de courtage, mais par l'entreprise (spécialisée) non résidente. Supposons en outre que toutes les fonctions (entrepreneuriales essentielles de prise de risque et de soutien) connexes aux activités sur instruments dérivés sont exercées dans le pays d'accueil par la filiale de courtage et ses employés, lesquels sont autorisés à conclure des contrats au nom de l'entreprise située dans le pays A. Tenons enfin pour acquis que dans les circonstances, le courtier est un agent dépendant et qu'un ES-agent dépendant existe au sens de l'article 5(5). L'analyse de prix de transfert se fait en deux étapes.

282. D'abord, il est nécessaire d'attribuer une rémunération de pleine concurrence à l'agent dépendant (le courtier) pour les fonctions qu'il exerce pour le compte de l'entreprise non résidente. Des données comparables indépendantes devraient être utilisées pour calculer une commission de pleine concurrence à verser à l'agent dépendant par l'entreprise non résidente. En effet, les risques de marché et de crédit connexes aux actifs financiers générés par l'agent dépendant n'appartiennent pas à celui-ci, mais au propriétaire juridique des actifs, soit l'entreprise non résidente. Une commission de pleine concurrence versée par l'entreprise non résidente ne tiendrait donc pas compte, en application de l'article 9 (comme on l'a vu à la Section C), de la prise en charge de ces risques ni du rendement sur le capital nécessaire pour couvrir ces risques. Ces derniers sont assumés par l'entreprise non résidente, de sorte que la rémunération du capital lui revient à bon droit.

283. La question est de savoir si une part quelconque de la rémunération pour la prise en charge des risques de marché et de crédit par l'entreprise non résidente devrait être attribuée à son ES-agent dépendant. Selon les faits de notre exemple, la réponse est affirmative, les fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque étant exercées non par l'entreprise non résidente elle-même, mais par l'agent dépendant pour son compte. La rémunération pour la prise en charge des risques de marché et de crédit, c'est-à-dire le rendement lié au capital, est par conséquent attribuée à l'ES-agent dépendant. Dans cet exemple très simplifié, les bénéfices attribués à l'ES seraient les bénéfices comptabilisés, dans leur ensemble, déduction faite de la commission de pleine concurrence (établie par référence à des données comparables adéquates) versée à l'agent dépendant. Dans des cas plus réalistes, les bénéfices résiduels attribués à l'ES seraient les bénéfices comptabilisés, déduction faite d'une rémunération de pleine concurrence d'une ou de plusieurs des fonctions décrites au paragraphe 279.

284. Non seulement le résultat susmentionné est juste du point de vue de la forme, mais il aboutit aussi à un résultat rationnel : si, de fait, toutes les fonctions, dont les fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque, sont exercées par l'agent dépendant pour le compte de l'entreprise non résidente située dans le pays B, il est convenable que tous les bénéfices y soient imposés. Cette analyse aboutit également à un résultat raisonnable sur le plan de la politique en ce qu'il est identique à celui qui serait atteint si les mêmes fonctions étaient exercées dans le pays B par l'intermédiaire d'une succursale de la société A. Il convient de souligner que l'analyse ne s'applique que si l'existence d'un ES-agent dépendant au sens de l'article 5(5) est constatée.

285. Certains commentateurs des milieux d'affaires ont proposé d'appliquer une autre approche, soit l'« approche du contribuable unique », mais celle-ci n'a pas été retenue dans la Section D-5 de la Partie I comme approche autorisée de l'OCDE.

286. Le danger de ne pas tenir compte des actifs utilisés et des risques assumés dans le cadre de l'exercice des fonctions dans le territoire de l'ES est minimisé si l'existence d'un ES-agent dépendant est formellement prise en compte (de sorte qu'il est évident que le pays d'accueil a des droits d'imposition à l'égard de deux entités différentes, soit l'ES-agent dépendant et l'entreprise constituée d'un agent dépendant), et si des bénéfices sont attribués sur la base d'une analyse fonctionnelle à l'ES-agent dépendant de la manière décrite dans la présente section. On s'assurerait ainsi de tenir compte des autres conséquences fiscales découlant de règles différentes applicables aux ES et aux filiales situées dans le territoire de l'ES. Une façon de prendre formellement en considération l'existence de l'ES-agent dépendant consiste à exiger que tout tel ES soit tenu de produire une déclaration fiscale. Toutefois, l'approche autorisée de l'OCDE n'empêcherait d'aucune façon les pays d'avoir recours à des moyens pratiques d'ordre administratif de prendre en considération l'existence d'un ES-agent dépendant et de percevoir les impôts appropriés se rapportant à l'entreprise non résidente et qui résultent des activités exercées par l'agent dépendant. Par exemple, lorsque l'existence d'un ES-agent dépendant au sens de l'article 5(5) est constatée, plusieurs pays perçoivent de fait l'impôt seulement auprès de l'entreprise constituée d'un agent dépendant, même si l'impôt est calculé par référence aux activités de l'agent dépendant et de l'ES-agent dépendant. Dans la pratique, cela veut dire imposer l'entreprise constituée par l'agent dépendant non seulement sur les bénéfices pouvant être attribués aux fonctions humaines qu'il exerce pour le compte de l'entreprise non résidente (et ses propres actifs et risques assumés), mais aussi sur la rémunération du capital libre qui peut être attribué à juste titre à l'ES de l'entreprise non résidente. Ces questions administratives liées à l'imposition d'un ES-agent dépendant doivent être réglées par l'application des règles nationales du pays d'accueil et non de l'approche autorisée de l'OCDE.¹⁵ Il s'ensuit que lorsqu'un ES se trouve dans un pays d'accueil ayant mis en œuvre un tel moyen pratique d'ordre administratif, le pays d'origine de cet ES ne serait pas tenu d'accorder un allègement fiscal ou ne serait pas habilité à prélever un impôt sur la base de l'absence d'un ES-agent dépendant. Les droits d'imposition du pays d'origine ne sont pas touchés par les moyens pratiques d'ordre administratif mis en œuvre par le pays d'accueil.

15 Cela étant, la charge potentielle sur l'entreprise non résidente qui consiste à devoir respecter les obligations fiscales et les obligations de déclaration du pays d'accueil pour le cas où il serait établi qu'elle a un ES constitué par un agent dépendant ne peut pas être tenue pour négligeable et rien dans l'approche autorisée de l'OCDE ne doit être interprété comme empêchant les pays d'accueil de maintenir ou d'adopter le types de procédures administrativement pratiques mentionnées plus haut.

PARTIE IV : CONSIDÉRATIONS SPÉCIALES POUR L'APPLICATION DE L'APPROCHE AUTORISÉE DE L'OCDE AUX ÉTABLISSEMENTS STABLES DES SOCIÉTÉS D'ASSURANCE

A. Introduction

1. La Partie I de ce Rapport expose les principes de l'approche autorisée de l'OCDE et donne des indications sur leur application pratique pour l'attribution de bénéfices aux établissements stables (ES) en général. Cependant, il apparaît également nécessaire de compléter ces orientations générales par des indications plus spécifiques et pratiques sur l'application de l'approche autorisée de l'OCDE dans des situations concrètes courantes. Les Parties II et III de ce Rapport portent sur des considérations spéciales relatives à l'application de l'approche autorisée de l'OCDE aux établissements stables dans le contexte des opérations bancaires traditionnelles et des transactions mondialisées sur instruments financiers. La présente Partie IV examine le secteur de l'assurance et étudie comment l'approche autorisée de l'OCDE s'applique à des situations couramment rencontrées par les entreprises exerçant des activités d'assurance par l'intermédiaire d'un ES. Plus précisément, la Partie IV applique l'approche autorisée de l'OCDE aux activités d'assurance biens et dommages, d'assurance vie et de réassurance. Aux fins d'une plus grande certitude, lorsqu'une société d'assurance exerce des activités dans des domaines autres que l'assurance, les Parties I, II ou III du Rapport s'appliqueront.

2. Le secteur de l'assurance pose aux administrations fiscales des difficultés qui lui sont propres. Traditionnellement, la nature de la relation suivie découlant de l'assurance était telle que les clients traitaient pour l'essentiel avec des assureurs nationaux, avec lesquels ils se sentaient en confiance. Cependant, le secteur de l'assurance s'internationalise rapidement. Les fusions et acquisitions transnationales s'y multiplient et elles vont aboutir à une plus grande concentration du secteur. Par conséquent, les autorités fiscales peuvent éprouver des difficultés à trouver des transactions comparables pour réaliser des analyses de prix de transfert. Les sociétés d'assurance pourraient estimer avantageux de travailler dans certaines juridictions au travers d'ES plutôt que de filiales, car certaines autorités de tutelle de pays d'accueil s'appuient sur la réglementation de l'État d'origine et peuvent en conséquence exiger des capitaux propres moins importants, voire ne pas imposer de normes en ce domaine. Les pays d'accueil ne sont parfois pas dotés de règles d'attribution des bénéfices à ces ES, ou des questions peuvent se poser quant à leur pleine compatibilité avec les obligations en vigueur aux termes de traités.

3. Enfin, certaines sociétés étudient le recours aux communications électroniques et à la télécopie, ou encore l'Internet, pour émettre des polices transnationales. La question de savoir si l'on doit, dans de tels cas, considérer qu'il existe un ES, et si des bénéfices doivent lui être attribués dépend des faits et circonstances (voir par exemple les paragraphes 42.1 à 42.10 des Commentaires sur l'article 5 du Modèle de Convention fiscale et le paragraphe 95 de la Partie I).

4. La Section B de cette Partie présente une vue générale, et non une présentation fonctionnelle et factuelle définitive, du secteur de l'assurance. La Section C porte sur la façon dont l'approche autorisée de l'OCDE s'applique à l'ES d'une entreprise exerçant des activités d'assurance. La Section D s'interroge sur la nécessité de supprimer l'article 7(4) du Modèle de convention fiscale de l'OCDE. Enfin, la Partie E est consacrée à l'article 7(7). Enfin, la Section E traite de l'article 7(7). Il faut noter que, selon l'approche autorisée de l'OCDE, les mêmes principes doivent être appliqués pour attribuer des pertes et des bénéfices.

Les références à l'imputation des « bénéfiques » devraient donc être considérées comme également applicables à l'imputation des pertes.

B. Analyse fonctionnelle et factuelle d'une activité d'assurance

B-1. Aperçu général

5. Cette section entend présenter en termes généraux, sur les plans fonctionnel et factuel, les activités d'assurance, sans viser à l'exhaustivité ni chercher à présenter toute la diversité du secteur, et c'est ainsi qu'il convient de la comprendre (par exemple, certaines descriptions pourraient correspondre plus étroitement à certaines branches). De manière générale, le métier d'assureur consiste à accepter des obligations ou des engagements au titre de sinistres incertains résultant de la réalisation d'événements échappant au contrôle de l'assuré. Pour ce faire, les entreprises d'assurance mutualisent les sinistres potentiels de nombreuses personnes présentant une aversion au risque moyennant le versement à l'assureur d'une somme par l'assuré, la prime (voir ci-après le paragraphe 8 sur la manière dont les sinistres peuvent se produire dans différentes catégories d'assurance). En contrepartie du versement de cette prime, si l'assuré subit un sinistre ou si un événement particulier survient, lui ou un bénéficiaire perçoit une indemnisation équivalant à la valeur des dommages, ou obtient un paiement ou un service dont il a été convenu.

6. Le barème des primes doit tenir compte du coût des sinistres pour l'assureur et du moment escompté de leur indemnisation. Il doit également tenir compte du ratio des charges d'exploitation attendues par rapport aux primes. L'assureur va placer les primes de manière à en tirer un revenu, dont il tiendra compte pour calculer le niveau adéquat des primes.

7. Le terme « risque » peut avoir différentes significations et il importe de bien distinguer les risques de sinistres auxquels le titulaire de la police (le payeur de prime) peut être exposé et les risques assumés par la société d'assurance en couvrant les titulaires. Dans la suite de ce document, le terme « risque assuré » fait référence aux sinistres susceptibles d'être encourus par le titulaire, pour lesquels ce dernier veut être couvert et que l'assureur accepte de couvrir ; le terme « risque d'assurance » renvoie au risque assumé par l'assureur (l'essence même de son métier) en acceptant de couvrir les titulaires de police. Ainsi, lorsque l'assureur convient de fournir une couverture d'assurance aux titulaires de police en acceptant leurs risques assurés, il doit assumer et gérer un risque d'assurance.

8. En acceptant de couvrir les risques assurés, l'assureur assume un risque d'assurance dans la mesure où les flux de trésorerie afférents aux sinistres effectifs pourraient différer, de par leur montant ou le moment où ils surviennent, du profil attendu des demandes d'indemnisation. Ce risque est également appelé risque de souscription (voir le paragraphe 56 pour une description de ses composantes secondaires). Les risques d'exploitation généraux auxquels l'assureur doit faire face sont abordés à la Section B-4(i) ci-après, où l'on préconise de suivre l'approche exposée à la Partie I. Dans la mesure où un assureur assume des risques de souscription, il demandera une prime qui le dédommagera des risques qu'il prend en charge. Ainsi, pour un assureur qui accepte des types d'assurance très risqués ou plus volatils, la prime exigée intégrera une marge bénéficiaire plus importante que pour d'autres formes moins aléatoires.

9. On distingue trois branches d'assurance, qui sont traitées dans cette Partie : la branche vie et maladie (généralement désignée sous les termes d'assurance « vie » ou « à long terme »), la branche biens et dommages (souvent appelée l'assurance « générale ») qui couvre toutes les activités autres que l'assurance vie ou maladie, et la réassurance. Les assureurs de la branche vie se concentrent sur le remplacement de la perte financière entraînée par le décès ou la maladie d'une personne. Ils fournissent aussi des services connexes aux assurances, en contrepartie desquels ils encaissent des commissions (voir par exemple les plans d'assurance maladie des grands groupes), ainsi que des produits d'épargne dont le

risque d'assurance est nul ou négligeable. Lorsque la société d'assurance conduit des activités ne relevant pas de l'assurance, ce sont les Parties I, II ou III du Rapport qui s'appliqueront. Les sociétés d'assurance générale assurent habituellement le risque de perte financière liée aux dégâts infligés à un bien ou due à la disparition de celui-ci à la suite d'un incendie, d'un vol ou de la responsabilité d'un tiers. Les réassureurs assurent le risque encouru par les assureurs sur leur portefeuille d'assurances, aussi bien vie que générale.

10. Une entreprise d'assurance peut prendre diverses formes juridiques. Elle peut avoir le statut d'une société anonyme (avec un capital social), d'une mutuelle (sans capital social, et appartenant effectivement aux assurés), d'une coopérative (comme une coopérative agricole) ou d'une caisse de secours mutuels (créée généralement par une association sportive, un groupe religieux ou ethnique, par exemple).

11. Les entreprises d'assurance peuvent intervenir dans des juridictions étrangères à travers la création de filiales ou d'établissements stables qui doivent dans certains cas satisfaire à des exigences réglementaires (dans le cas contraire, le coût du capital pourrait s'en trouver réduit).

i) Revenus et capitaux (excédent) de la société d'assurance

12. Pour les assureurs, les primes de souscription et les placements constituent deux sources importantes de revenu. Le revenu de souscription représente le revenu net de l'assureur provenant des éléments d'assurance pure de son activité et correspond au solde obtenu après avoir déduit les charges, sinistres (y compris les éventuelles variations des provisions pour sinistres en cours) et primes de réassurance du revenu de primes et des montants reçus des réassureurs. Il ne comprend pas le rendement des investissements (revenus et plus-values des actifs de placement). Les sociétés d'assurance détiennent des volumes considérables d'actifs de placement. Ces avoirs peuvent provenir des primes reçues des titulaires de police en contrepartie de l'assurance fournie pour les risques, des bénéfices non distribués et des capitaux apportés par les actionnaires.

13. Dans le cas de l'assurance vie, il est sans doute plus difficile de ventiler les bénéfices entre un volet « souscription » et un volet « placement » puisqu'il s'agit d'opérations à long terme en particulier dans les juridictions n'imposant pas à l'entreprise de les distinguer dans leurs états financiers. En outre, les assureurs de la branche vie peuvent encaisser des commissions pour des services connexes (voir par exemple les plans d'assurance maladie de grands groupes). Une autre source de revenus pour l'ensemble des trois types de sociétés d'assurance peut provenir de la prestation de « services de façade », comme la souscription et l'administration des sinistres, pour des sociétés d'assurance étrangères non agréées (notamment des captives en régime d'extraterritorialité).

14. Les contrats d'assurance prévoient des indemnités de sinistres ou des versements de prestations qui peuvent ne pas être payables avant plusieurs années, alors que les primes afférentes à ces contrats (et le rendement de leur placement) et associées à ces futures dépenses sont déjà perçues et imputées comme revenu dans l'année en cours. Mais comme une partie considérable de ce revenu est simplement destinée à financer les indemnités et prestations prévues, il convient de mettre de côté, sous forme d'une réserve, une somme représentative de la future dépense, en tenant compte du cycle de l'activité des différentes branches. Puisque cette réserve doit servir au paiement prévu d'indemnités ou de prestations, elle constitue un engagement de l'assureur. On s'efforce d'évaluer le revenu de l'assureur sur la base des droits constatés en faisant correspondre le moment de l'inclusion des primes (et des revenus de placement) au revenu et le moment de leur déduction des revenus pour affectation à la réserve.

15. La nature du métier d'assureur crée l'obligation de disposer d'un excédent pour absorber d'éventuelles indemnités de sinistres ou prestations d'un montant supérieur aux réserves lorsque ces risques assurés se matérialisent. L'excédent peut aussi servir à soutenir le développement de produits, leur commercialisation et d'autres fonctions selon la nature de l'activité. Par capital, on entend les fonds

propres de la société d'assurance, mais le terme comporte de multiples facettes. Il est employé dans le sens comptable (capital libéré et pertes ou profits cumulés et non distribués aux actionnaires). Il est également parfaitement adapté à des fins réglementaires (souvent désigné sous les termes « excédent » ou « actifs libres ») et sa définition varie selon les dispositions réglementaires nationales. Il sert également à établir une note de crédit (opération réalisée par des agences de notation indépendantes pour indiquer la solidité financière de l'assureur à ses clients et créanciers), ce qui est particulièrement important pour les branches de long terme (voir aussi la Section B-4(ii) qui examine l'importance de la qualité de la signature).

16. Dans la Partie IV du présent Rapport, on préférera parler d'« excédent » pour désigner les fonds propres de l'assureur. Ce terme désigne l'excédent des actifs sur les réserves et autres engagements et inclut le capital libéré des actionnaires auquel on ajoute les bénéfices cumulés non distribués comme dividendes (déduction faite d'éventuelles pertes). Pour pouvoir accepter et gérer le risque d'assurance, l'assureur doit disposer d'un excédent. Son montant détermine lui-même le niveau et le type de risque d'assurance qu'il peut accepter et gérer. Il revient au marché, aux agences de notation et aux autorités de tutelle de définir l'excédent requis pour assumer un risque d'assurance dans les diverses branches du secteur.

17. La Partie IV de ce Rapport vise à donner des lignes directrices sur la manière de déterminer quelle division d'une entreprise d'assurance assume les diverses fonctions qu'impliquent l'acceptation et la gestion du risque d'assurance (et quelle division doit, à ce titre, recevoir le revenu de souscription correspondant). Elle tient aussi compte du fait que les sociétés d'assurance peuvent fournir d'autres services que de l'assurance pure, comme l'administration de plans d'assurance maladie ou des services de gestion d'actifs. Des lignes directrices seront également données pour déterminer comment attribuer convenablement les actifs de placement, qui correspondent à l'excédent et aux réserves, aux différentes divisions de l'entreprise, compte tenu des éventuelles conditions imposées par la réglementation du pays d'accueil, ce qui permet ensuite de convenir de l'imputation du revenu de placement correspondant¹.

ii) *Le rôle de la réassurance*

18. La réassurance est un mécanisme par lequel les assureurs peuvent gérer le risque d'assurance en reportant ou en cédant un ou plusieurs des risques assurés à des réassureurs en échange du paiement de primes. Grâce à la réassurance, la compagnie cédante peut réduire ou porter à son crédit les réserves constituées pour les risques assurés cédés au réassureur. Ses actifs peuvent aussi être réduits du montant de la rémunération versée au réassureur pour l'acceptation des risques assurés. En conséquence, les contrats de réassurance réduisent le risque pris en charge par la société d'assurance, ce qui diminue l'excédent dont elle doit disposer pour faire face au risque d'assurance. Le réassureur mutualise les risques cédés par plusieurs compagnies d'assurance, diversifiant ainsi ses propres risques, ce qui peut lui permettre de détenir pour les risques cédés par un assureur donné un excédent moindre que celui dont ce dernier aurait dû disposer à ce titre. Il convient de noter que, même si tous les risques assurés devaient être réassurés, l'assureur direct continuerait d'encourir certains risques, par exemple le risque de crédit lié à la possibilité que le réassureur n'assume pas ses obligations de paiement au titre du contrat de réassurance. Ce risque de défaillance a conduit certaines autorités de tutelle à limiter le montant des engagements d'assurance qui peuvent être « crédités » au titre des risques assurés cédés, en d'autres termes le montant de la réduction des réserves techniques. Les assureurs peuvent chercher à minimiser ce risque de défaillance en cédant des risques à plusieurs assureurs. En permettant aux compagnies d'adapter leur risque d'assurance, la réassurance joue un rôle important dans le bon fonctionnement des marchés d'assurance.

1 Dans le présent Rapport, les termes « réserves », « réserves techniques » et « engagements techniques » sont utilisés sans distinction.

19. La réassurance représente un moyen pour la société d'assurance de libérer une partie de son excédent pour pouvoir assumer d'autres formes de risques assurés. Comme les autorités de tutelle doivent veiller à ce qu'un niveau minimum d'excédent soit disponible pour supporter le risque assumé par une société d'assurance, la solvabilité du réassureur et sa capacité à effectuer les paiements prévus par le contrat de réassurance constituent pour elles un souci majeur. Le fait qu'un réassureur ne dispose pas des fonds nécessaires pour effectuer les paiements prévus par la police de réassurance revient à une situation où, dans la pratique, la société cédante n'a pas libéré d'excédent en souscrivant ce contrat de réassurance. Conscientes de ce problème, les autorités exigent fréquemment que le réassureur mette en place une structure fiduciaire ou d'autres formes de fonds ou de nantissement permettant de disposer des sommes nécessaires à l'exécution du contrat de réassurance. Si le réassureur se trouve dans une autre juridiction, les autorités n'ont aucun moyen de contrôle sur sa santé financière, et certaines demanderont par conséquent la création d'un tel fonds dans le pays d'origine de la société cédante. La création d'une fiducie ou d'un fonds de même type soulève un certain nombre de problèmes dans le cadre de l'approche autorisée de l'OCDE (voir Section C-1(iii) pour plus de précisions).

20. Un contrat de réassurance est un accord passé entre un assureur et un réassureur. L'assureur rédige la police destinée à l'assuré et il est contractuellement responsable de tous les paiements dus au titulaire aux termes de ladite police, même si ces risques assurés sont en dernière analyse couverts par un autre assureur dans le cadre d'un contrat de réassurance. L'assureur commercialise la police, supporte les frais encourus pour sa vente et son administration continue et il touche les primes correspondantes. Dans un contrat de réassurance, l'assureur (le cédant) cède le risque d'assurance à un réassureur contre le versement d'une prime de réassurance. En échange, le cédant reçoit un paiement (désigné comme la commission de cession) destiné à couvrir la partie des frais encourus pour l'obtention de la police et à dégager un bénéfice. Généralement, le cédant effectue en fin de compte un versement net au réassureur. Toutefois, il faut admettre que les contrats de réassurance peuvent aussi aboutir à une perte lorsque la commission de cession versée par le réassureur ne couvre pas les coûts encourus par l'assureur ou lorsqu'une commission de cession « négative » est payée au réassureur.

21. Les conventions de réassurance peuvent prendre plusieurs formes, notamment :

- *La réassurance facultative* est une formule élémentaire de réassurance par laquelle le réassureur évalue chaque police d'assurance avant d'accepter de réassurer le risque assuré. Elle est en général utilisée pour de très gros risques assurés.

Le traité de réassurance est une forme d'accord de réassurance consistant à conclure un contrat (qui peut correspondre à une certaine période) aux termes duquel le réassureur s'engage par avance à accepter une certaine quantité ou proportion de l'ensemble des risques assurés ou des sinistres définis dans le traité, par exemple dans une branche d'assurance particulière ou sur un produit particulier. Le réassureur prend sa décision d'accepter le risque assuré en se fondant sur l'expérience et la réputation de la société cédante.

Dans un cas comme dans l'autre, le réassureur et l'assureur partagent les risques assurés sur certaines bases convenues. Il existe deux principaux mécanismes de partage des risques assurés :

- *La réassurance proportionnelle (ou réassurance en quote-part)* est un dispositif de partage de risques assurés par lequel le réassureur réassure un certain pourcentage de chaque police vendue par la société cédante durant la période de validité du contrat.
- *La réassurance en excédent de sinistres* est un accord de partage de risques assurés aux termes duquel le réassureur paiera la société cédante dès que les sinistres de celle-ci dans une branche particulière ou qu'un événement spécifié dépassent un certain montant.

Cette sous-section ne traite pas de la réassurance de prise en charge, ou « de novation », dans le cadre de laquelle le réassureur acquiert les polices dont les risques sont réassurés et entretient par la suite une relation contractuelle directe avec les titulaires des polices².

22. La Section C-1(vi) aborde la question complexe de la réassurance interne au sein d'une même entreprise.

B-2. Fonctions exercées

23. Cette section analyse les principales fonctions d'une entreprise traditionnelle d'assurance. Elle ne vise pas à l'exhaustivité, d'autres fonctions pouvant également jouer un rôle important dans le secteur de l'assurance. Suivant l'approche indiquée au Chapitre I des Principes directeurs, l'analyse des fonctions exercées tient compte également des actifs utilisés et des risques assumés dans l'exercice de ces fonctions. L'accent sera principalement mis ici sur les fonctions exercées dans une entreprise d'assurance générale. Cela étant, la plupart de ces fonctions sont également exercées à des degrés divers par des sociétés d'assurance vie ou de réassurance. En outre, l'importance relative de ces fonctions quant à la rentabilité d'une activité d'assurance dépend de divers facteurs, notamment le type d'assurance (générale, vie ou réassurance), les activités de la branche d'assurance et les produits vendus.

24. Les fonctions opérationnelles sont celles qui doivent être exercées pour qu'une entreprise d'assurance assume un risque d'assurance. La sous-section suivante décrit les principales fonctions opérationnelles d'une entreprise traditionnelle d'assurance.

i) Fonctions d'une entreprise d'assurance

25. Les fonctions sont examinées dans ce Rapport sous l'angle d'une chaîne de valeurs qui décrit les processus d'activité dans le secteur de l'assurance, depuis la mise au point du produit d'assurance jusqu'à l'administration des sinistres au titre de la police d'assurance, en passant par le placement à long terme des actifs couvrant les engagements. Il existe d'autres fonctions liées aux processus de gestion et de logistique, telles que la planification ou la gestion des ressources humaines, etc., mais le présent Rapport ne traite que de celles qui sont propres au métier d'assureur. Celles qui constituent le processus d'activité sont communes aux trois branches (vie, générale et réassurance), mais leur importance relative varie considérablement d'une catégorie d'assurance à l'autre et entre différentes entreprises, branches et produits. Quand ces fonctions sont, de façon générale, plus importantes dans une catégorie, on le soulignera dans les sections qui suivent, mais il convient de souligner que l'importance de ces fonctions va varier selon la situation particulière de chaque contribuable.

a) Mise au point et gestion des produits

26. Ce processus concerne la structuration technique, juridique et mathématique d'un produit en fonction des risques. Concrètement, il s'agit d'évaluer les caractéristiques quantitatives, qualitatives, géographiques et temporelles de la couverture d'assurance, dans le cadre des processus d'acceptation des risques assurés et d'épargne. Il s'agit également de définir la portée et les caractéristiques des services de conseil et de traitement. La structure des produits d'assurance doit être adaptée en permanence à l'évolution du marché, de la législation (notamment la fiscalité) et des pratiques d'indemnisation.

27. Les processus importants de développement des produits concernent les activités suivantes : étude de marché, établissement et mise à jour des statistiques (de sinistres), clauses légales sur l'étendue de

2 En fonction des dispositions juridiques applicables, l'assurance de prise en charge peut résulter en une novation dégageant l'assureur cédant de toute responsabilité à l'égard du titulaire de police.

la couverture, calculs mathématiques de la prime en fonction des caractéristiques de la couverture (géographiques et temporelles, démographiques, options de rachat ou de liquidation de police, rendements de placement garantis ou prévus sur le montant de la prime, options d'assurance complémentaire, etc.).

28. La tarification ou la détermination des primes pour les risques assurés à souscrire dans le cadre de nouvelles branches ou de nouveaux produits d'assurance peuvent être réalisées par les souscripteurs, bien que ce ne soit généralement pas le cas pour les produits d'assurance vie (où les barèmes sont élaborés par des actuaires). Dans certains cas, des tiers indépendants peuvent exercer une partie de ces fonctions en fournissant des services spécialisés aux sociétés d'assurance. Par exemple, certains organismes collectent des statistiques et les diffusent à des institutions adhérentes. D'autres entreprises utilisent des modèles mathématiques et des processus « maison » pour produire des données dont se servent leurs clients pour estimer le coût des sinistres résultant de phénomènes météorologiques (inondations, ouragans, grêle, etc.) ou d'autres événements. Des courtiers peuvent fournir des analyses et des études de marché et organiser des programmes destinés à satisfaire les besoins des clients.

b) Vente et commercialisation

29. On commence par élaborer la stratégie générale de commercialisation, selon un processus qui permet de déterminer et d'analyser les besoins des clients. Elle peut être segmentée par produits, régions, pays, etc. Cette stratégie porte également sur la définition de programmes de commercialisation et d'acquisition de clients, ainsi que sur l'élaboration et la mise en œuvre de programmes de formation et d'éducation.

30. Au stade des ventes, on analyse les risques de sinistres et les besoins du client en vue de formuler une proposition convenable. Dans certaines branches d'assurance (par exemple, la branche vie), les risques de sinistres et les problèmes sécurité financière sont de plus en plus liés à une multitude de paramètres d'ordre juridique et fiscal, et les consommateurs ont souvent du mal à évaluer leurs risques de pertes et à formuler leurs besoins en matière de sécurité. Dans ces branches, la fonction de conseil prend alors une importance croissante, et il convient de considérer le processus de conseil, lorsqu'il est fourni au client par l'assureur ou au nom de celui-ci, comme une partie intégrante du service commercial effectif quelle que soit la façon dont est organisé cet apport de valeur (force de ventes interne ou indépendante, courtiers, méthodes propres à l'Internet, etc.). Les divers sous-processus de vente, de commercialisation et d'acquisition de clients portent notamment sur la conquête de la clientèle, l'évaluation des besoins, le conseil, l'établissement de devis et d'offres.

31. Un contrat d'assurance garantit l'exécution d'une fonction sur une période convenue contractuellement. La perspective d'engager une relation sur le long terme conduit à faire un effort commercial supplémentaire, au-delà de la vente du service proprement dite, en exerçant des fonctions de vente et d'assistance. Les services des relations avec la clientèle ont pour mission de renforcer les liens avec les clients, même en l'absence d'indemnisations pendant un certain temps. Les principales fonctions dans ce domaine consistent à analyser en permanence la situation du client au regard des risques, à ajuster les besoins, à prévenir les résiliations, à saisir les occasions de vente croisée, à traiter les réclamations, etc. La gestion des relations avec la clientèle peut être utile aux compagnies à divers égards. Elle peut contribuer à réduire le risque de conservation (« déchéance ») (les risques spécifiques sont commentés dans la Section B-4) rencontrés dans le secteur de l'assurance vie, en encourageant les titulaires de police à conserver ou ne pas résilier leur police. Elle peut réduire le risque d'assurance en apportant une expérience directe sur de longues périodes en matière de sinistres vis-à-vis du titulaire de la police. Elle peut aussi aider l'assureur à se différencier par rapport à ses concurrents, ce qui abaisse les coûts ou les efforts de commercialisation. Une entreprise d'assurance court en outre plus de risques si les fonctions de vente et de commercialisation ne sont pas convenablement exercées de sorte que ses produits sont mal vendus à un

client, par exemple faute de lui en avoir expliqué convenablement les risques, ou si le produit n'était pas adapté.

32. Les agents et courtiers en assurance exercent la fonction de vente et de commercialisation en recherchant les clients potentiels et en nouant des relations avec la clientèle. La nature exacte de cette fonction dépend du type d'assurance ; par exemple, l'assurance vie est destinée à la clientèle de particuliers et la nature de la fonction de commercialisation va être dans ces conditions assez différente de celle d'un réassureur vie dont le marché se compose de sociétés d'assurance et fait moins souvent appel à des gents ou courtiers en assurance. L'importance relative de la fonction va également dépendre des faits et circonstances. Par exemple, dans le cas de certains produits qui sont intrinsèquement rentables en termes d'assurance, comme l'assurance voyage, la fonction de commercialisation est sans doute importante, alors que pour d'autres produits, comme l'assurance des cartes de crédit, c'est le développement des relations avec l'établissement de crédit qui sera essentiel. Pour exercer les fonctions de vente et de commercialisation, de nombreux assureurs s'appuient sur des courtiers et des agents indépendants. D'autres comptent sur leur propre force de vente ou sur celle d'établissements comme une banque dans un groupe financier. On observe une tendance croissante à la vente directe de produits d'assurance par téléphone ou via l'Internet. En général, les courtiers sont des intermédiaires qui représentent l'acheteur d'assurance. Les agents en revanche représentent la société d'assurance. Dans le cas de la réassurance, le client du courtier est la société d'assurance (la cédante). L'utilisation de courtiers est sans doute plus courante dans les grands segments du marché de l'assurance des risques commerciaux et de la réassurance, alors que l'on trouve plus fréquemment les agents dans des affaires de petits risques commerciaux et des branches destinées aux particuliers. L'importance de chacun de ces circuits de distribution peut aussi varier selon les pays et zones géographiques.

33. Les sociétés d'assurance générale internationale et de réassurance ont très fortement recours à des courtiers pour acheter ou fournir des prestations d'assurance. Dans bien des cas, ces courtiers sont soumis à l'obligation fiduciaire d'agir pour le compte des clients et d'acheter des assurances auprès de nombreuses compagnies. Ces courtiers peuvent exercer des fonctions assimilables à la souscription, en collectant des informations pertinentes pour le risque d'assurance, en préparant un projet de contrat et gérant les éventuelles demandes d'indemnisation. Dans certains cas, les courtiers sont habilités à engager les sociétés d'assurance, à condition que l'assuré prospectif satisfasse à un profil particulier. Dans de nombreux cas, les courtiers exercent donc des fonctions qui vont au-delà de la vente et de la commercialisation.

c) Souscription de risques d'assurance

34. La souscription est le processus de classification, de sélection et de tarification des risques d'assurance à accepter. Là encore, la nature et l'importance exactes de ces fonctions (et de ceux qui les exercent) vont varier selon le type de produit d'assurance et la situation particulière du contribuable. Par exemple, dans le cas de certains produits standardisés (par exemple, les produits d'assurance vie de faible valeur) et pour la réassurance, le volet « sélection des risques » de la souscription est sans doute moins important que les fonctions de mise au point et de tarification des produits, de commercialisation ainsi que de gestion ou de réassurance des risques. Il existe un certain nombre d'activités qui contribuent au processus de « souscription ». Il conviendra dans l'analyse fonctionnelle et factuelle de faire des distinctions entre les activités suivantes (voir le paragraphe 69) :

- *Définition de la politique de souscription.* Définir une politique de souscription que les souscripteurs devront suivre fait partie de la gestion des risques. La politique de souscription va fixer les paramètres permettant de déterminer le montant des risques à assumer et elle doit aussi faire en sorte que l'assureur exerce une activité rentable et suffisamment stable. Il conviendra de mener une analyse attentive afin de déterminer dans

quelle mesure cette activité participe du processus de souscription (voir les paragraphes 70 et 94).

Classification et sélection des risques. Au sens strict, la souscription correspond au processus de classification et de sélection du risque assuré. Le souscripteur analyse le risque spécifique et la catégorie de risques correspondante et détermine le tarif appliqué en fonction du risque, des coûts et des conditions du marché, ou en fonction des barèmes des primes applicables. En outre, le souscripteur peut sélectionner le risque et vérifier les limites de capacité. Les exigences de base sont la classification des risques selon des critères précis et l'utilisation de statistiques adéquates.

Tarifification. Le souscripteur peut intervenir dans la tarification ou l'établissement des primes correspondant à un contrat mais, lorsque le produit est standardisé et que les primes sont définies en fonction des barèmes applicables, le souscripteur intervient généralement moins dans la tarification du contrat une fois le risque classifié. Pour l'assurance vie, le souscripteur participe généralement uniquement à la sélection et à la classification du risque assuré et ce sont les actuaires qui le tarifient.

Analyse de la conservation du risque. La décision de souscription peut s'appuyer en partie sur une analyse visant à déterminer quelle part du risque assuré peut être conservée, quelle part peut et doit simultanément être transférée à un réassureur et selon quelles modalités.

Acceptation du risque assuré. La décision de conclure le contrat est l'activité de souscription qui expose l'entreprise (et son excédent) au risque d'assurance. Elle peut être prise par un souscripteur qui pourra aussi bien, à un extrême, jouir d'une grande indépendance et s'appuyer sur de solides compétences que, à l'autre extrême, se contenter de vendre ses produits en utilisant des tables de conversion.

35. La souscription n'a pas pour objectif de sélectionner des risques d'assurance qui n'entraîneront pas de sinistres mais d'éviter une mauvaise classification des risques d'assurance sous l'angle de la tarification des polices. La définition de conventions ou de pratiques de souscription que doivent suivre les souscripteurs fait partie de la gestion des risques et cette procédure devra être en adéquation avec les compétences techniques et les capacités des personnels de l'assureur. La politique de souscription peut définir des paramètres généraux ou détaillés permettant de déterminer le montant des risques à prendre en charge et de définir la nature et la taille d'une activité de la société d'assurance ; elle peut également, selon la situation particulière du contribuable, être l'un des principaux facteurs affectant la rentabilité des activités d'assurance. Les facteurs qui influencent tout particulièrement la politique de souscription sont les suivants :

- (1) les capacités financières de la société, essentiellement définies par son excédent ;
- (2) la réglementation relative à la capacité de risque maximale ;
- (3) les savoir-faire techniques et compétences du personnel ;
- (4) l'existence et le coût d'une formule de réassurance, et
- (5) les objectifs stratégiques de l'entreprise.

36. Les exigences de base sont la classification des risques d'assurance selon des critères précis et l'utilisation de statistiques adéquates. Pour les produits normalisés, il est possible d'automatiser cette procédure jusqu'à un certain point. Dans le cas de contrats complexes, le processus est très délicat (vérification approfondie du risque assuré) et il exige de très grandes compétences spécialisées (structuration des risques d'assurance, détermination des incidences juridiques, médicales et physiques, etc.). L'exécution du contrat nécessite notamment les processus secondaires suivants : traitement de l'offre,

souscription du risque assuré, préparation du contrat, démarrage. Ces tâches peuvent être effectuées par des souscripteurs, mais elles peuvent nécessiter l'assistance ou l'approbation d'autres personnes telles que les actuaires (par exemple pour aider à fixer le prix et à évaluer les probabilités de sinistres), les juristes (par exemple, pour des conseils sur les contrats) ou le personnel administratif (par exemple, traitement des primes et des demandes d'indemnisation).

37. Les souscripteurs peuvent travailler au siège de l'assureur ou dans l'ES en fonction de la branche concernée. La fonction de souscription/acceptation du risque peut bénéficier du soutien du siège, qui définit les pratiques générales de souscription ou paramètres que l'ES doit suivre, tandis que l'ES prend les décisions de souscription sur les risques particuliers. Dans le cas de polices importantes ou spécialisées, le siège peut assurer la fonction de souscription/acceptation du risque. Même lorsque les fonctions de souscription/acceptation du risque interviennent au siège, il peut y avoir des situations dans lesquelles l'ES y apporte une contribution importante, par exemple lorsqu'un souscripteur travaillant dans l'ES doit se rendre dans l'entreprise du client, lorsqu'un agent commercial doit faire une présentation ou simplement pour mieux comprendre les besoins d'assurance inhérents à l'activité du client. Il sera nécessaire de déterminer au moyen d'une analyse fonctionnelle et factuelle le lieu où s'exercent les fonctions de souscription/acceptation du risque et leur valeur dans les circonstances particulières.

d) Gestion des risques et réassurance

38. Le risque global encouru par une société d'assurance est de plusieurs ordres (risques d'assurance, commercial, environnemental et d'investissement). La gestion de ces éléments divers peut s'opérer au plan stratégique ou à un niveau plus opérationnel (voir par exemple les paragraphes 70 et 94 ci-après et les paragraphes 74-81 de la Partie III). Les risques d'assurance sont souvent les plus importants, bien que ceux associés aux opérations de placement puissent être tout aussi (voire plus) sensibles, notamment dans le cas des opérations de long terme. Ils comprennent les risques de non-congruence des actifs et passifs, de défaillance sur des actifs, de réinvestissement et de volatilité. Les risques d'assurance et de placement relèvent généralement de la fonction générale de gestion des risques. Pour les gérer, les assureurs disposent d'une panoplie complète d'instruments (politiques de règlement des sinistres, de portefeuille, de réassurance et politique de placement, y compris la stratégie de gestion actif-passif). Le calcul des primes et l'analyse de la sinistralité (probabilités, distribution, etc.), la définition d'hypothèses de placement ainsi que la constitution des réserves nécessaires relèvent du travail des actuaires. Pour les activités de long terme et d'autres opérations d'assurance, il est important de faire correspondre l'échéance des portefeuilles d'actifs avec les engagements correspondant à la période de risques. La gestion actif-passif établit des orientations d'investissement pour une branche ou une gamme de produits. Elles définissent généralement la politique de répartition d'actifs à long terme (y compris les catégories de valeurs acceptables, le risque de crédit et les autres paramètres de risques ainsi que les échéances) et prennent compte la nature et l'échéance des éléments de passif, des options et garanties afférentes aux produits ainsi que les obligations réglementaires. La gestion actif-passif associée à une branche ou un produit particulier s'inscrit généralement dans une politique de gestion actif-passif plus large définie par le siège.

39. La fonction de gestion des risques englobe également la gestion des capitaux, c'est-à-dire l'établissement et la mise à jour d'une procédure à cet effet (y compris la fixation d'objectifs de rentabilité du capital et le suivi de la réalisation de ces objectifs), l'affectation des capitaux aux diverses branches d'activité et divisions de l'entreprise (compte tenu, entre autres, des différentes réglementations sur la solvabilité et des normes de fonds propres). C'est pourquoi la gestion et l'affectation des capitaux forment un domaine d'une extrême complexité.

40. La décision d'utiliser la réassurance pour gérer l'exposition au risque d'assurance revêt une importance capitale dans le processus de gestion des risques. Comme on l'a vu aux paragraphes 18-21, la réassurance consiste à transférer une partie du risque d'assurance à un réassureur. Ses principales

composantes sont : l'analyse du portefeuille de risques assurés, la détermination des besoins en réassurance, la négociation, la structuration et la conclusion d'accords avec le réassureur, l'exécution financière de la transaction de réassurance, la coopération continue avec le réassureur (gestion des statistiques, communication d'informations, etc.). Les fonctions assumées par le réassureur vis-à-vis des assureurs sont globalement similaires à celles des assureurs directs vis-à-vis des titulaires de polices. Ainsi, le réassureur diversifie les risques qui lui sont cédés par des assureurs multiples et peut lui-même céder des risques à d'autres réassureurs. Le réassureur exerce une fonction de vente (par exemple en conduisant des activités commerciales), s'engage dans des activités de souscription (par exemple en acceptant les risques cédés par les sociétés d'assurance et en fixant les primes de réassurance), de mutualisation (par exemple en mutualisant les risques que plusieurs sociétés d'assurance lui ont cédés et en conduisant des activités de gestion des risques similaires à celles décrites ici pour les sociétés d'assurance). Une compagnie de réassurance peut décider de (rétro)céder des risques qu'elle ne souhaite pas assumer.

41. Mais au-delà de cette forme traditionnelle de transfert de risques, de nouvelles méthodes de financement des risques sont étudiées et employées depuis un certain temps déjà (transferts alternatifs de risque). Ces multiples méthodes innovantes visent d'abord à surmonter les obstacles à l'assurabilité, puis à optimiser la gestion du risque de souscription du point de vue tant de la diversification que du coût. Les produits de transferts alternatifs de risque se caractérisent essentiellement par le fait qu'ils introduisent dans l'assurance les techniques de titrisation utilisées sur les marchés financiers, souvent à l'aide de structures *ad hoc* permettant d'émettre des produits financiers titrisés. La forme la plus courante de produit d'assurance titrisée est l'obligation catastrophe (*cat bond*). Elle présente un coupon élevé qui est fonction d'un événement d'assurance spécifié, mais peu fréquent, comme un tremblement de terre. Si l'événement se produit, le rendement pour l'investisseur est réduit ou disparaît et, dans le cas d'obligations plus risquées, tout ou partie du coupon (voire une partie du capital) peut être perdu.

e) Gestion des contrats et des sinistres

42. Cette fonction porte également sur le suivi d'un contrat (ou d'un ensemble de contrats) tout au long de son cycle de vie, c'est-à-dire la mise à jour des informations sur les modifications des clauses contractuelles, les risques assurés et les événements relatifs au contrat, ainsi que la tenue des comptes pour les primes, les réserves pour sinistres et les commissions. Elle concerne également l'enregistrement des sinistres (établissement et mise à jour d'un système à cet effet, établissement de statistiques fiables sur les sinistres, définition et ajustement des provisions pour sinistres et introduction de mesures de prévention et de réduction des futurs sinistres). La gestion des sinistres comprend toutes les activités relatives au sinistre subi par un client, notamment l'examen de la déclaration de sinistre et de la couverture, le règlement du sinistre (détermination de son importance, recherche des causes, mesures de réduction, analyse juridique) et les efforts de recouvrement.

43. Dans le contexte concurrentiel actuel, les sociétés d'assurance peuvent aussi apporter une aide matérielle et immatérielle en cas d'urgence (assistance, remplacement en nature, aide physique/psychologique aux clients) en dehors d'un règlement purement financier des pertes. Cela peut constituer, pour une société d'assurance, un moyen de se différencier vis-à-vis de ses concurrents en vue d'acquérir des parts de marché supplémentaires.

f) Gestion d'actifs

44. Les deux fonctions principales du processus de gestion d'actifs sont :

- La gestion des placements : La fonction de gestion des placements comprend la répartition à court terme des actifs, la sélection des valeurs et les opérations de comptabilisation des investissements. L'allocation d'actifs à court terme implique l'exécution de transactions

d'investissement respectant les limites fixées par les principes de placement établis par la fonction de gestion actif-passif. La sélection des valeurs est encadrée par les principes de placement et par les prescriptions réglementaires locales. La comptabilisation des investissements est une composante nécessaire de la gestion des placements, assurant un enregistrement correct des opérations et un bon suivi des performances.

- Gestion actif-passif : voir le paragraphe 38.

45. Des conseillers en placement exercent les fonctions de gestion d'actifs au sein de la société d'assurance. Ils font des placements par prélèvement sur les réserves et l'excédent constitués par la société, et ils surveillent les risques liés à ces investissements. Dans l'assurance générale, ils travaillent souvent indépendamment des souscripteurs et des services commerciaux, et comme ils n'ont pas de contact direct avec les clients de la société, ils peuvent en être très éloignés géographiquement. Dans la branche vie, l'assuré peut contrôler plus directement les investissements, de sorte que les relations entre le client et le conseiller en placement sont plus étroites et nécessitent une plus grande proximité. Ces professionnels collaborent avec le personnel du contrôle interne, car le risque associé aux actifs est étroitement surveillé par les autorités de tutelle.

46. La gestion d'actifs peut être confiée pour tout ou partie à des tiers. Cela peut même être le cas pour des grandes sociétés d'assurance possédant leur propre division « maison » de gestion d'actifs.

g) Processus de soutien

47. Une société d'assurance devra également exercer des fonctions de soutien, dont certaines sont particulières au secteur, et d'autres de nature plus générale. Parmi les fonctions importantes, on retiendra :

- *Les fonctions de trésorerie.* Les services de trésorerie couvrent les placements afin de s'assurer que les flux soient stables et que les revenus d'investissement soient perçus au bon moment pour répondre aux besoins de trésorerie. Ces services sont généralement responsables de la gestion de la trésorerie, par exemple en contractant des emprunts aux conditions les plus avantageuses possibles. La relation ou la distinction entre cette fonction et la fonction de gestion d'actifs doit avoir été déterminée au moyen d'une analyse fonctionnelle et factuelle.
- *Respect de la réglementation* (par exemple, surveillance des actifs et des engagements, souvent au jour le jour afin de veiller au respect des prescriptions réglementaires en matière d'excédent).
- *Systèmes et développement des actifs incorporels* (par exemple, développement des technologies de l'information et des systèmes informatiques pour la tarification et le calcul des réserves, publicité, données sur les sinistres).
- *Autres fonctions administratives* (par exemple, traitement des primes, comptabilité, vérification des comptes, services juridiques, formation).
- *Contrôle des sinistres.* Cette fonction essaie de prévenir les sinistres lorsque c'est possible, de minimiser les autres, de vérifier la validité des demandes d'indemnisation et de rejeter celles qui correspondent à des sinistres non assurés. Le service de contrôle des sinistres communique des informations aux souscripteurs et aux services commerciaux.

- *L'analyse de crédit* détermine la note de crédit des diverses contreparties de l'entreprise, y compris les réassureurs, les titulaires de polices et les personnes dans lesquelles on investit.

ii) *Analyse des fonctions assumées*

48. Comme on peut le voir à la lecture de la précédente sous-section, il existe un certain nombre de fonctions nécessaires à l'exercice d'une activité d'assurance. Il importera d'identifier non seulement les fonctions exercées (compte tenu des actifs utilisés et des risques assumés) mais aussi leur importance relative.

49. À l'évidence, la détermination doit se faire au cas par cas dans la mesure où l'importance relative d'une fonction donnée est susceptible de varier selon les faits et circonstances (par exemple, du fait des différences entre les produits, les types d'activités, les stratégies des entreprises, etc.)

50. Pour les catégories d'assureurs qui se consacrent à l'acceptation de risques assurés complexes, l'identification des fonctions qui créent le plus de valeur et de risques revêt une importance particulière. Il est nécessaire pour les déterminer de prendre une décision essentielle quant à savoir quels risques assurer et à quelles conditions. C'est de celle-ci que découlent généralement les autres fonctions, relevant par exemple de l'identification des risques à réassurer. Toutefois, l'importance relative d'une activité donnée pour une entreprise donnée dépend de facteurs comme le type d'opération d'assurance et le modèle économique employé. Comme toujours, l'analyse dépend de la situation particulière de chaque affaire. Par exemple, le processus de souscription de risques assurés revêtira sans doute une importance bien plus grande pour les risques complexes, tels que pris en charge par l'assurance vie ou l'assurance contre les séismes, que pour des produits standardisés comme les assurances voyage vendues via l'Internet.

B-3. Actifs utilisés

51. Les Principes directeurs notent au paragraphe 1.20 que la rémunération correspondra en général non seulement aux fonctions assumées, mais aussi aux actifs mis en œuvre et aux risques assumés dans l'exercice de ces fonctions. Aussi, l'analyse fonctionnelle devra-t-elle établir quels sont les actifs mis en œuvre et les risques assumés à l'occasion de l'acceptation d'un contrat d'assurance. Pour les sociétés d'assurance, les principaux actifs utilisés sont les actifs de placement générant des revenus sous forme d'intérêts, de dividendes, de loyers et de plus-values. Ce sont notamment les obligations, les actions, les produits dérivés, l'immobilier, les prêts dirigés et la trésorerie. Certains actifs ne constituent pas techniquement des actifs de placement, mais sont des sommes à recevoir qui seront à court terme converties en liquidités (par exemple, primes à payer [dans la mesure où elles sont intégrées au calcul des réserves] revenus de placement à recevoir et réassurance recouvrable) ou qui équivalent de par leur usage à des actifs de placement (par exemple des créances sur fonds retenus). Aux fins de cette Partie, les sommes à recevoir mentionnées ci-dessus sont considérées comme des actifs de placement même si elles peuvent ne pas générer de revenu de placement car elles découlent du métier d'assureur et sont utilisées pour couvrir certains engagements d'assurance. Du fait du lien étroit qui unit, dans le secteur de l'assurance, le risque d'assurance assumé et les actifs de placement nécessaires pour le couvrir, l'analyse des actifs de placement utilisés par l'ES d'une entreprise d'assurance devra accorder une grande attention au lieu où le risque d'assurance est assumé. (Voir les paragraphes 59-62 et 95-106 qui expliquent l'importance des exigences réglementaires eu égard à ce lien entre actifs de placement et risque d'assurance.)

52. Les sociétés d'assurance mettent également en œuvre des actifs corporels comme des bureaux de vente ou de règlement de sinistres, des centres informatiques, etc., aussi l'analyse fonctionnelle devra déterminer quels sont les actifs non financiers l'ES a utilisés. Comme l'indique la Section D-2(iii)(b) de la Partie I de ce Rapport, il existe entre les pays membres un large consensus pour appliquer le lieu d'utilisation comme base d'attribution de la propriété économique de biens corporels en l'absence de

circonstances particulières justifiant un choix différent. On peut être amené à les prendre en compte dans le cadre d'une analyse de comparabilité lors de la deuxième étape de l'approche autorisée de l'OCDE. Par exemple, la vente d'assurance sur l'Internet peut s'avérer considérablement moins coûteuse que par l'intermédiaire d'un courtier ou d'un agent, ou même directement par téléphone, parce qu'elle ne nécessite ni installations physiques ni personnel. La Section D-2(i) de la Partie I du présent Rapport donne des lignes directrices supplémentaires quant au traitement des opérations de commerce électronique aux termes de l'approche autorisée de l'OCDE.

53. En outre, comme pour toute autre entreprise, l'analyse fonctionnelle doit également rechercher si des actifs incorporels ont été utilisés. Dans l'assurance, les actifs incorporels les plus courants sont des biens incorporels de commercialisation, comme le nom ou le logo de la société d'assurance. La société d'assurance peut également détenir des agréments de vente d'assurance sur divers marchés qui sont des actifs incorporels obtenus moyennant le respect des procédures réglementaires correspondantes. D'autres seraient plus comparables à des biens incorporels manufacturiers, comme les outils ou tarifs de souscription et les systèmes « maison » permettant de gérer efficacement les contrats et de surveiller les risques financiers et d'assurance.

54. L'attribution à un ES d'assurance d'actifs corporels et incorporels ne constituant pas des placements, ainsi que la tarification des opérations sur ces actifs, donnent lieu à des problèmes identiques à ceux qui existent dans les entreprises non financières. Les lignes directrices proposées à la Section D-2, (iii) et (iv), ainsi qu'à la Section D-3, (iv)(a) et (b), de la Partie I s'appliquent donc également aux entreprises d'assurance.

B-4. Risques assumés

55. Cette section traite des divers types de risques assumés du fait de l'exercice des diverses fonctions nécessaires au métier de l'assurance. La Partie II du présent Rapport (paragraphe 24) note que, « afin de prendre des risques, une banque a besoin de 'capital' c'est-à-dire de la capacité d'absorber des pertes dues à la réalisation des risques assumés ». Elle souligne également que « l'analyse fonctionnelle et factuelle devra accorder une attention particulière à l'examen des questions relatives au niveau requis des fonds propres et à l'attribution du capital » (paragraphe 28). Par conséquent, dans le contexte d'une société d'assurance, cette section traite également des questions relatives aux prescriptions réglementaires en matière d'excédent (ou de fonds propres) et d'autres exigences des autorités.

i) Types de risques

56. Les nombreux risques auxquels est confrontée la société d'assurance lui imposent de détenir un excédent pour y faire face. En dehors des risques commerciaux directs, les assureurs doivent assumer des risques importants provenant des engagements inscrits à leur bilan. Ces risques sont qualifiés d'engagements techniques et ont trait aux calculs actuariels ou statistiques utilisés pour estimer les engagements. Du côté de l'actif du bilan, les assureurs courent des risques de marché, de crédit et de liquidité, dans le cadre de leurs placements et de leurs opérations financières, ainsi que des risques résultant de décalages entre les actifs et les passifs. L'attribution de risques suivant l'article 7 équivaut aux fins de l'impôt sur les bénéfices à supporter les risques d'une entreprise distincte ainsi que les bénéfices et charges qui leur sont associés, en particulier l'exposition potentielle aux gains ou pertes résultant de leur matérialisation ou de leur non-matérialisation. On trouvera ci-après une description des principaux types de risques.

a. Le risque d'assurance désigne la possibilité que le montant effectif des flux de trésorerie associés aux sinistres, ou le moment où ceux-ci se matérialisent, diffère des flux de trésorerie anticipés. Le risque de souscription varie selon la branche d'assurance et son « délai de liquidation » (le délai de

liquidation désigne le décalage entre les dates d'acceptation de la police et de règlement du sinistre) à savoir que les branches à liquidation rapide comme les collisions de véhicules présentent généralement un délai de liquidation de moins de deux ans, alors que les branches à liquidation lente comme la responsabilité civile des entreprises peuvent présenter un délai de liquidation de 10 à 15 ans. Ce délai peut même être plus long pour l'assurance vie (y compris pour les contrats de rente) où il peut prendre fin au moment du décès de la personne assurée ou du rentier.

Ce risque peut avoir pour composantes/facteurs :

- le risque de cumul ou de corrélation – il intervient lorsque de nombreux sinistres résultent simultanément d'un même événement (par exemple séisme, tempête, inondations, grêle)
- la diversification géographique
- le risque de paramétrage – il désigne les incertitudes entourant la valeur effective des pertes attendues
- l'antisélection– il intervient lorsque l'assureur ne peut pas faire de distinction quant à la probabilité de sinistres entre les bonnes et mauvaises catégories de risques. Si l'on se sert d'une probabilité moyenne de sinistre pour fixer une prime, ceux qui encourent les risques les plus élevés vont très vraisemblablement acheter une couverture.
- l'aléa moral – il intervient lorsqu'un assureur ne peut pas prévoir le comportement qui va résulter de la fourniture d'une couverture d'assurance à un particulier. Le particulier risque de se montrer moins prudent, par exemple, et si l'on se sert de données sur des personnes non assurées pour estimer les tarifs, les primes risquent alors de ne pas suffire à couvrir les sinistres.

b. Les risques associés à des opérations de placement susceptibles d'affecter la couverture des provisions techniques (les sommes mises de côté au bilan pour satisfaire aux obligations nées des contrats d'assurance, notamment des charges administratives, les options incorporées, les dividendes à verser aux titulaires de police ou les participations aux bénéfices et les impôts) et/ou aux marges de solvabilité (fonds propres), comprennent :

- Le risque de marché, également appelé risque de rendement de l'investissement, concerne le montant final du revenu tiré des investissements (et réinvestissements) auxquels la société d'assurance a procédé. Comme le revenu de ces actifs représente pour les branches à déroulement lent une part importante de celui dont l'assureur a besoin pour indemniser les assurés qui ont subi des sinistres, le risque que la rentabilité des placements soit moins bonne que prévu pèse lourdement sur son excédent.
- Le risque de crédit correspond à la possibilité que les sommes dues à l'assureur ne soient pas payées. Il existe plusieurs types de risque de crédit :
 - *Risque de crédit d'actifs* – le risque que l'assureur ne perçoive pas de revenus, voire ne soit pas remboursé du capital de ses placements, en raison d'un défaut de paiement de la part du débiteur.
 - *Risque de crédit de réassurance* – le risque que les sommes dues par le réassureur à l'assureur au titre d'un contrat de réassurance ne soient pas entièrement recouvrables.
 - *Risque de versement périodique* (y compris les primes rétrospectives) – le risque que l'assuré ne puisse pas payer la prime à l'assureur.

- Le risque de concentration qui peut résulter de la pénurie de formules de placements convenables sur le marché national.

c. Les risques associés à la gestion des risques et à la réassurance comprennent :

- Le risque de base – une corrélation imparfaite entre les pertes effectives subies par l'assureur et les paiements perçus au titre d'une obligation catastrophe.
- Le risque de base intertemporel – le risque associé aux modifications du portefeuille d'affaires par rapport au moment où le modèle a été utilisé pour fixer le prix de la police.
- Le risque de rétrocession – assurance de la réassurance – le transfert des primes cédées à d'autres réassureurs ou à des assureurs directs crée un risque de crédit et la possibilité d'un effet de domino en cas de défaillance du réassureur final

57. En plus des risques assumés du fait de l'exercice de fonctions liées à la souscription, aux placements et à la gestion des risques, qui sont exposés au paragraphe précédent, une entreprise d'assurance est exposée à d'autres types de risques ainsi qu'au risque opérationnel. Le risque opérationnel concerne la possibilité qu'une entreprise contracte des engagements en relation avec ses activités commerciales. Le risque opérationnel comprend les engagements créés lorsque les salariés commettent des erreurs de jugement ou font preuve de négligence ou encore mènent des actions illicites ou inappropriées dans l'exercice de leurs fonctions. Des cas récents (par exemple, de vente de produits assortis d'un taux de rendement garanti que la société d'assurance n'est pas en mesure d'honorer en période de faible inflation) soulignent l'importance pour l'entreprise de gérer ce risque, sous peine de faire faillite.

58. À titre d'exemple d'autres risques, on retiendra :

- *Le risque de change* – une société internationale d'assurance peut encourir un risque de change substantiel. Il s'agit du risque de fluctuation des cours de change par rapport à la monnaie du bilan. Les assureurs s'efforcent généralement de gérer le risque de change, en utilisant notamment des moyens de couverture naturels, comme la détention de réserves et d'excédents dans la monnaie de la juridiction où se trouve l'ES.
- *Le risque de liquidité* – le risque de devoir liquider des actifs à des conditions défavorables s'il faut disposer immédiatement de trésorerie pour faire face à des obligations inattendues vis-à-vis des titulaires de police. Ce dernier risque est normalement géré au moyen d'une gestion actif-passif appropriée.
- *Le risque de réputation* – sur de nombreux marchés, les intermédiaires constituent des vecteurs importants de distribution des assurances, une interface entre les consommateurs et les prestataires de services d'assurance. Leur comportement peut affecter l'assureur.
- *Quelques risques propres aux branches vie et santé (ou leur correspondant plus souvent):*
 - le risque de défaillance sur des actifs – le risque de perte résultant d'une défaillance sur des actifs inscrits au bilan ou d'aléas liés à des expositions hors bilan et des pertes correspondantes de revenus ;
 - le risque de mortalité et de morbidité – le montant et le moment du règlement de prestations en cas de décès ou d'invalidité ;
 - le risque de longévité – l'accroissement de la longévité augmente les flux de paiements de rente ;
 - le risque de persistance ou de déchéance – si les titulaires de police résilient leur police avant que des frais prépayés (facturés immédiatement) ne soient recouverts – la

corrélation avec les taux d'intérêt induit un risque de taux d'intérêt et un risque systématique de marché ;

- le risque de trésorerie – certaines polices comportent des options incorporées, visant notamment à compenser des garanties de paiement d'intérêts ;
- le risque de garantie et d'option – le risque de perte liée à des garanties et options intégrées dans les polices, en particulier celles (variables ou indexées) des fonds juridiquement distincts.

ii) *Normes d'excédent/Marges de solvabilité*

59. Comme on l'a vu aux Parties I-III, le capital constitue un élément important pour toutes les entreprises, en particulier celles du secteur financier qui acceptent et gèrent des risques financiers dans le cadre normal de leur activité. Dans le contexte de l'assurance, le capital nécessaire en sus des autres engagements et réserves pour assumer les risques décrits précédemment est communément désigné par le terme d'excédent et la marge de solvabilité correspond à l'excédent des actifs par rapport aux passifs. Les autorités de tutelle prescrivent la constitution d'un excédent minimum en fonction de la branche dans laquelle opère l'assureur. Les tiers en relation d'affaires avec l'entreprise d'assurance se préoccupent normalement de savoir si la société dispose de ressources financières suffisantes pour satisfaire à leurs demandes ultérieures d'indemnisation. Cet aspect revêt une importance particulière dans les branches à long terme, comme l'assurance vie, où un délai considérable peut s'écouler entre l'acceptation du risque assuré et l'événement déclenchant une demande d'indemnisation.

iii) *Autres normes réglementaires*

60. Les autorités de tutelle ne réglementent pas seulement le montant de l'excédent nécessaire pour exercer le métier d'assureur, mais aussi d'autres éléments :

- le volume et le type relatifs des placements qui peuvent être effectués en fonction du risque de marché que présentent ces placements et des branches dans lesquelles l'assureur opère et parfois en fonction du tarif des contrats ;
- les types de produits ou les branches que l'assureur peut vendre ;
- le montant et le moment de constitution des réserves qui peuvent être constituées en vue de couvrir des sinistres ou des demandes d'indemnisation futurs ;
- lorsqu'il existe une réglementation spécifique au pays d'accueil, on peut aussi déterminer non seulement le montant de l'excédent, les types de placement, etc. mais aussi leur localisation, par exemple en imposant que des actifs spécifiques soient détenus dans le pays d'accueil, et
- quelles sociétés de réassurance particulières peuvent être utilisées pour que la société cédante bénéficie d'un crédit au titre des primes transférées.

61. Dans certaines juridictions, les autorités de tutelle locales des assurances imposent à une compagnie étrangère de maintenir des actifs dans le cadre d'une structure fiduciaire locale à titre de condition d'exercice d'une activité d'assurance dans la juridiction concernée. Ces « actifs en fiducie » doivent généralement être suffisants pour garantir les activités de la compagnie étrangère dans la juridiction. Habituellement, le volume des actifs en fiducie correspond à la somme des réserves réglementées et de l'excédent minimum de l'ES. L'ES doit généralement obtenir une autorisation des autorités de tutelle des assurances pour retirer les actifs en fiducie et ces actifs ne peuvent servir qu'à régler

les engagements de l'ES. En conséquence, les actifs en fiducie ne peuvent pas être mobilisés pour couvrir d'autres obligations de la société d'assurance étrangère.

62. Dans certains cas, une société d'assurance étrangère réassure ses risques dans un pays, sans y être agréée à exercer ses activités et elle peut ne pas avoir d'ES dans ce pays. Les autorités de tutelle locales peuvent ne pas autoriser une société nationale à demander un crédit (réduire ses réserves réglementaires) au titre de la réassurance achetée auprès de la société d'assurance étrangère non agréée à moins que la société d'assurance ne place des actifs en garantie du contrat de réassurance dans un fonds fiduciaire. Le fonds fiduciaire détient normalement des actifs au moins équivalents au montant des réserves réglementaires couvrant les risques réassurés aux termes du contrat (voir plus haut le paragraphe 19).

B-5. ES – agents dépendants

63. Les sociétés d'assurance vendent des polices d'assurance aux clients via divers circuits de distribution (à savoir, Internet, distributeurs automatiques, démarchage téléphonique, etc.). La plupart des polices d'assurance sont vendues par l'intermédiaire de courtiers ou d'agents bien que dans le secteur des assurances, le terme « agent » puisse signifier tout simplement un salarié d'une société d'assurance aussi bien qu'un agent réellement indépendant, c'est-à-dire quelqu'un qui n'est pas un employé mais qui agit pour le compte de la société avec la capacité de conclure des contrats au nom de cette société. Dans certains cas, le courtier ou l'agent ne peut vendre que des polices émises par la société. Dans d'autres cas, l'agent ou courtier peut être rémunéré à la commission et vendre des polices de différentes compagnies. Les activités d'une société d'assurance dans un pays étranger peuvent être limitées à la vente de ses produits par l'intermédiaire de courtiers ou d'agents rémunérés à la commission et sous réserve du respect des diverses obligations réglementaires liées aux polices vendues (c'est-à-dire, soumettre des documents aux autorités de tutelle et mettre en place dans ce pays des fiducies qui détiendront les primes d'assurance).

64. Une société d'assurance qui vend des polices dans un pays par l'intermédiaire d'agents peut y créer un ES, si les activités exercées par ces agents entrent dans la définition de « l'agent dépendant » aux termes de l'article 5(5) du Modèle de convention fiscale de l'OCDE. Il convient de souligner que déterminer si une société d'assurance dispose d'un ES constitué d'un agent dépendant à des fins fiscales est une question qui, d'un point de vue juridique, est relativement indépendante de celle de savoir si la société d'assurance doit respecter des obligations d'agrément à des fins réglementaires, bien qu'un lien d'ordre pratique puisse exister dans la mesure où les critères d'identification d'un ES constitué d'un agent dépendant à des fins fiscales recourent partiellement les critères obligeant à la délivrance d'un agrément à des fins réglementaires. Cependant, une société d'assurance qui vend des polices par l'intermédiaire d'un agent ayant un « statut indépendant » ne serait pas réputée avoir un ES dans ce pays au titre des activités dudit agent, à condition qu'il soit « indépendant » au sens de l'article 5(6) du Modèle de convention fiscale de l'OCDE. En résumé, une société d'assurance peut s'engager dans des activités de grande envergure dans un pays sans y avoir d'ES si elle y vend des polices exclusivement par l'intermédiaire d'agents « indépendants » aux termes de l'article 5(6). Voir le paragraphe 39 des commentaires du Modèle sur l'article 5. Pour parer à cette éventualité, certaines conventions bilatérales contiennent une clause stipulant que les sociétés d'assurance ont un ES si elles perçoivent des primes dans ce pays par l'intermédiaire d'un agent. Voir également le paragraphe 39 des commentaires du Modèle sur l'article 5. L'analyse des règles déterminant si une société d'assurance a un ES dans un pays par l'intermédiaire d'un agent, n'entre pas dans le champ de ce document. L'objet de ce rapport se limite à établir le niveau de bénéfices imputable à un ES une fois cet établissement créé par l'intermédiaire d'un agent dépendant (ES constitué d'un agent dépendant) ou par l'intermédiaire d'une installation fixe d'affaires au sens de l'article 5 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE.

65. Compte tenu des différents types d'activités qui peuvent être exercées par l'intermédiaire d'un ES constitué par un agent dès lors qu'il a été établi que l'on se trouve en présence d'un ES constitué d'un

agent dépendant en vertu de l'article 5 (5), il sera essentiel de déterminer les fonctions exactes exercées par l'agent dépendant ou par son intermédiaire afin de pouvoir attribuer convenablement les bénéfices à cet ES. En particulier, une question essentielle consiste à déterminer si l'ES accepte le risque assuré et s'il assume et gère le risque d'assurance correspondant et donc s'il convient de lui attribuer un excédent. Cet aspect est analysé en détail dans la section C-1(i)(d).

C. Application de l'approche autorisée de l'OCDE aux sociétés d'assurance opérant par l'intermédiaire d'établissements stables

66. Cette section examine les modalités d'application de l'approche autorisée de l'OCDE pour l'attribution de bénéfices à un ES d'une entreprise d'assurance. La démarche adoptée ici consiste tout d'abord à présenter les principes fondamentaux avant de décrire dans la section C-1 la manière dont l'approche autorisée de l'OCDE s'applique généralement aux entreprises d'assurance. On accordera une attention particulière à la façon dont les concepts de prix de transfert de l'analyse fonctionnelle et de l'analyse de comparabilité, qui sont nécessaires pour réaliser ces deux étapes de l'approche autorisée, peuvent s'appliquer, par analogie, à un ES d'assurance. La section C-2 évoquera plus en détail la façon dont cette ligne directrice générale s'appliquerait à des situations particulières courantes dans le secteur de l'assurance.

Principes fondamentaux utilisés pour l'attribution de bénéfices à l'ES d'une société d'assurance

67. Pour l'assurance, au même titre que d'autres activités, l'objectif essentiel consiste à attribuer à un ES les bénéfices d'une entreprise d'assurance en vertu de l'article 7(2) du Modèle de convention fiscale de l'OCDE. En d'autres termes, il est nécessaire de déterminer « les bénéfices que [l'ES] aurait pu réaliser s'il avait constitué une entreprise distincte exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues ». Un ES diffère d'une filiale au sens où il n'est ni juridiquement ni économiquement distinct du reste de l'entreprise dont il fait partie. C'est bien entendu le résultat naturel de la décision d'opérer par l'intermédiaire d'un ES plutôt que d'une filiale.

Cette section présente une introduction aux principes de base de l'approche autorisée de l'OCDE telle qu'appliquée aux ES du secteur des assurances. Les principes de base présentés ci-après sont développés dans le reste du Rapport.

Analyse fonctionnelle et factuelle

68. Dans le cadre de l'approche autorisée de l'OCDE, l'analyse fonctionnelle et factuelle permet (1) de concevoir l'ES comme une entreprise fictive distincte exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues et (2) d'attribuer les bénéfices à l'ES conformément à l'article 7 en utilisant les conseils sur l'application du principe de pleine concurrence visé à l'article 9 qui sont données par les Principes directeurs, en appliquant ces Principes par analogie et si nécessaire en les adaptant et en les complétant pour tenir compte des différences factuelles entre un ES et une entreprise juridiquement distincte. L'analyse fonctionnelle et factuelle tient également compte des actifs mis en œuvre et des risques assumés du fait de l'exercice de ces fonctions. Elle doit donc mettre en évidence les principaux risques pour le contribuable concerné et les fonctions qui induisent ces risques. Il sera particulièrement important de déterminer les fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque (FEEPR) de l'entreprise et de savoir dans quelle mesure l'ES exerce ces fonctions. Une FEEPR nécessite généralement une décision active en ce qui concerne la prise en charge et la gestion (suite au transfert) des risques et portefeuilles de risques qui sont apparus comme les plus importants dans le cadre de l'analyse fonctionnelle et factuelle. C'est elle qui va sans doute affecter le plus directement la rentabilité de l'entreprise d'assurance car elle conduit à la prise en charge des risques les plus grands et donc à l'obligation de détenir du capital sous la forme d'un excédent. Comme on le verra plus loin à la Section

C-1(v), la prise en charge du risque d'assurance correspond à la FEEPR d'une entreprise d'assurance ; la gestion de ce risque, une fois assumé, n'implique généralement pas la décision active qui pourrait permettre de considérer qu'elle constitue une FEEPR. C'est pourquoi la Partie IV porte essentiellement sur la prise en charge du risque d'assurance.

69. Il convient de souligner qu'une entreprise particulière n'assurera qu'une seule FEEPR, à savoir la prise en charge du risque d'assurance (voir le paragraphe 94). Diverses activités contribueront à ce processus et leur importance relative devrait varier en fonction des faits et circonstances, par exemple les différences entre les produits, le type d'assurance, les stratégies commerciales, etc. Elles nécessitent de prendre une décision essentielle quant à savoir quels risques assurer et à quelles conditions. Toutefois, la question de savoir si une activité donnée fait partie de la fonction entrepreneuriale essentielle de prise de risque pour une entreprise donnée dépend de facteurs tels le type d'opération d'assurance et le modèle économique employé. Comme toujours, l'analyse dépend des faits et circonstances propres à chaque cas.

70. La question de savoir si certaines fonctions particulières de gestion des risques (par exemple le paramétrage stratégique et/ou la prise décision active et opérationnelle) peuvent faire partie de la fonction entrepreneuriale essentielle de prise de risque est abordée au paragraphe 94.

71. Une fois défini le lieu assumant la fonction de prise en charge du risque d'assurance et après que le risque d'assurance connexe lui aura été imputé, il sera nécessaire de lui attribuer, pour couvrir ce risque, un montant approprié d'actifs (c'est-à-dire, des actifs représentant à la fois les réserves et l'excédent). Il sera également important de rémunérer d'autres fonctions conformément au principe de pleine concurrence. En outre, on ne présume en aucun cas que ces autres fonctions sont par nature de faible valeur. Leur rétribution va être déterminée par l'analyse fonctionnelle et l'analyse de comparabilité à partir de la situation particulière. On peut s'attendre à trouver tout le spectre des rétributions au titre de l'exercice de ces autres fonctions depuis, à un extrême, une faible rémunération jusqu'à l'autre extrême où les rémunérations reposeront sur une part du bénéfice résiduel de l'entreprise agissant en tant que preneur de risques entrepreneuriaux essentiels. En résumé, l'analyse fonctionnelle et factuelle permet de déterminer l'attribution de bénéfices à un ES conformément aux fonctions exercées, aux actifs mis en œuvre et aux risques assumés, et sert également de base à l'affectation des actifs et des revenus de placement à l'ES.

72. L'analyse factuelle et fonctionnelle revêt une importance décisive. Lorsque l'on impute des bénéfices à un ES, il ne suffit pas d'établir des comptes symétriques qui attribuent des bénéfices comptables de l'ES correspondant exactement aux valeurs apparaissant dans la comptabilité du siège. De même, il ne suffit pas d'enregistrer les risques assurés et l'excédent, les réserves et les actifs de placement correspondants dans les livres de compte sans prendre en considération le lieu où est exercée la fonction entrepreneuriale essentielle de prise de risque aboutissant à leur création. La mesure dans laquelle les documents comptables du contribuable et autres pièces de même date sont pris en compte est décrite à la Section B-3(v) de la Partie I du présent Rapport (voir en particulier le paragraphe 39).

Attribution des actifs et des risques de placement

73. Les actifs de placement et les risques connexes seront attribués à l'ES conformément à une analyse fonctionnelle et factuelle de l'entreprise concernée, analyse qui cherche en particulier à identifier la fonction entrepreneuriale essentielle de prise de risque permettant de déterminer la propriété économique de ces actifs. Dans le secteur bancaire, la FEEPR correspond à la création des actifs financiers³ (ainsi qu'à la gestion subséquente des risques qui leur sont associés) alors que dans l'assurance, elle désigne la prise en charge du risque d'assurance. Le fait que ce risque soit assumé crée le besoin, pour l'entreprise d'assurance, de détenir un volume d'actifs suffisant pour couvrir les réserves et l'excédent liés à ce risque.

3 Voir le paragraphe 51 de la Partie II.

En conséquence, la propriété économique des actifs de placement d'une entreprise d'assurance sera transférée à la ou aux divisions de l'entreprise supportant le risque d'assurance, dans des proportions nécessaires pour couvrir ce risque⁴. Cela se fonde sur les principes exposés à la Partie I du présent Rapport, qui imposent de déterminer quels seraient les actifs utilisés par l'ES s'il constituait une entreprise distincte. Pour déterminer le lieu où est assumé le risque d'assurance, il conviendra de procéder au cas par cas. En effet, les différentes activités composant cette fonction entrepreneuriale essentielle de prise de risque ainsi que, plus particulièrement, leur importance relative, dépendront du type d'activité et des faits et circonstances particuliers. Comme l'indique la Partie I, d'autres actifs et risques seront attribués à l'ES conformément à une analyse fonctionnelle et factuelle qui s'efforce d'identifier les fonctions humaines importantes correspondant à la prise et/ou la gestion (faisant suite au transfert) de risques, mis à part le fait que la propriété économique des biens corporels sera attribuée à leur lieu d'utilisation en l'absence de circonstances particulières justifiant une approche différente.

74. Une société d'assurance tire des revenus de la détention d'actifs de placement (par exemple des obligations et des actions). En général, ces actifs peuvent être attribués aux réserves et à l'excédent détenus par la société (sommes mises de côté sur les primes et rendements des placements afin de régler les sinistres et frais futurs et autres engagements, et toute autre somme détenue en sus des précédentes). En conséquence, le montant des revenus de placement pouvant être pris en compte dans le revenu imposable provient du placement à la fois des réserves et de l'excédent détenus par la société.

75. L'approche autorisée de l'OCDE doit donc fournir des indications sur la manière de déterminer le montant total des actifs de placement devant être attribués à l'ES pour couvrir le risque d'assurance assumé par celui-ci. Ces avoirs sont nécessaires pour financer les besoins en réserves et en excédent de l'ES. Une des difficultés rencontrées à cet égard réside dans le fait qu'il n'existe aucune norme universellement acceptée pour définir le montant des réserves à constituer pour un ensemble donné de risques assurés ou pour fixer le montant de l'excédent qu'il convient de conserver pour absorber les pertes ou bénéfices sur les réserves. Les prescriptions nationales quant à la détermination des réserves et de l'excédent varient considérablement, du point de vue réglementaire comme fiscal. Cela étant, elles tendent à converger quand il s'agit de déterminer le montant total des actifs de placement des entreprises d'assurance. Ce phénomène s'explique notamment par le fait qu'une juridiction prescrivant la constitution de réserves assez importantes aura tendance à imposer des exigences moindres en matière d'excédent que celles prévues par d'autres juridictions pour des entreprises d'assurance comparables. C'est pourquoi, dans le secteur de l'assurance, l'approche autorisée de l'OCDE s'emploie à déterminer le montant total des actifs de placement attribuables à l'ES à la lumière du risque d'assurance assumé par cet ES plutôt qu'à établir les besoins distincts en réserves et en excédent.

76. Les Parties I-III de ce Rapport donnent des lignes directrices pour décider dans quelle mesure financer les activités de l'ES par du capital « libre » et des dettes portant intérêt, dans l'objectif principal de déterminer les déductions d'intérêts auxquelles peut prétendre l'ES lors du calcul de son bénéfice imposable. Les dettes portant intérêt n'occupent généralement pas une place importante dans la structure capitalistique des entreprises d'assurance. On a donc considéré qu'il était inutile d'aborder dans la Partie IV les méthodes d'attribution du capital traitées aux Parties I-III. Bien sûr, les entreprises d'assurance comme les autres entreprises doivent disposer de capital « libre » (c'est-à-dire de financements ne donnant pas lieu à des dépenses déductibles assimilables à des intérêts) qui devrait être pris en compte pour déterminer les dépenses d'intérêts attribuables à un ES.

77. Dans une certaine mesure, la distinction entre l'excédent et les réserves correspond à la structure financière des autres entreprises, fondée sur le capital « libre » et les dettes portant intérêt. Cette distinction peut être pertinente aux fins de la détermination du bénéfice imposable, les fluctuations des réserves étant

4. Voir le paragraphe 22 de la Partie I qui décrit les conséquences de l'attribution d'actifs à un ES.

généralement prises en compte lors de la détermination du revenu d'assurance imposable des entreprises d'assurance. Il convient de noter que les approches réglementaires nationales appliquées pour établir la part relative des réserves et de l'excédent dans la structure capitalistique d'une entreprise d'assurance donnée varient beaucoup plus que celles que l'on utilise dans le cas des autres entreprises pour déterminer les parts correspondant aux capitaux d'emprunt et au capital « libre ». Il n'existe aucune méthode universellement acceptée pour convenir de « fourchettes » particulières pour les réserves et l'excédent constituant la structure des capitaux permanents des entreprises d'assurance. C'est pourquoi on estime que la question de la détermination de ces composantes distinctes devrait relever du droit national de la juridiction de l'ES et que la Partie IV se concentre plutôt sur le total des actifs de placement attribuables à l'ES.

78. Comme on le verra, différentes approches autorisées peuvent raisonnablement être utilisées pour calculer le total des actifs de placement attribuables à un ES. Ces techniques, désignées par les termes « approche de la répartition du capital » et « approche de la sous-capitalisation/du minimum réglementaire ajusté », présentent certaines similarités avec celles exposées dans les autres parties du présent Rapport pour l'attribution de capital « libre » à un ES. Elles diffèrent toutefois de ces approches en cela que leur objectif est d'estimer le montant total des actifs de placement attribuables à un ES, et non d'apprécier dans quelle mesure ces actifs ont été financés par du capital « libre » ou des emprunts, ou encore constituent un excédent ou des réserves.

79. Cela étant, il convient de rappeler que le montant total des actifs de placement attribués à l'ES en vertu de l'approche autorisée de l'OCDE doit correspondre au volume total d'actifs que l'ES devrait détenir pour financer ses besoins agrégés en excédent et réserves dans l'hypothèse où il constituerait une entreprise distincte opérant en pleine concurrence. Il apparaît donc utile d'examiner la relation existant entre le montant de pleine concurrence du total des actifs de placement et les prescriptions réglementaires susceptibles de s'appliquer.

80. Le montant des réserves d'une société d'assurance est calculé sur la base de projections quant aux paiements, taux d'intérêt, recettes et dépenses ; il intègre une marge de sécurité. En règle générale, l'excédent est égal aux actifs de l'entreprise (placements compris) moins ses réserves pour risques assurés (engagements techniques) et autres engagements. Le montant de l'excédent détenu par la société dépend donc des méthodes utilisées pour enregistrer ses actifs, calculer ses réserves et comptabiliser ses autres engagements. L'objectif est d'attribuer le montant approprié de placements et autres actifs aux différentes divisions de l'entreprise (montant généralement égal aux réserves, aux engagements et à l'excédent de ces divisions).

81. Le point de départ objectif de l'attribution des actifs de placement à un ES d'assurance est que les actifs constituant l'excédent et les réserves sont principalement nécessaires à la couverture des risques pris en charge par l'entreprise. Ces actifs doivent être considérés comme le prolongement de ces risques. En d'autres termes, les actifs de placement doivent être alloués à l'ES par référence au risque d'assurance résultant de l'acceptation des risques assurés et non l'inverse.

82. Cette imputation d'actifs de placement à un ES d'assurance doit être effectuée conformément au principe de pleine concurrence afin de garantir que l'ES d'assurance, comme n'importe quel autre ES, détient des actifs suffisants (excédent et réserves) pour couvrir les fonctions qu'il exerce et surtout les risques qu'il assume à l'origine et qu'il supportera par la suite. En attendant le moment où les actifs sont mobilisés pour indemniser des sinistres pour lesquels les réserves ont été constituées, pour couvrir tout excédent des demandes d'indemnisation par rapport aux réserves ou pour satisfaire à d'autres engagements, ils sont investis et le revenu de ces placements est attribué à l'ES conformément à la description ci-dessus. Le Rapport décrit plusieurs approches possibles pour l'application pratique de ce principe, étant entendu que l'attribution d'actifs de placement à un ES n'est pas une science exacte, et que les faits et circonstances particuliers sont susceptibles d'aboutir, en ce qui concerne les actifs de placement

qui peuvent être attribués à un ES, à un intervalle de résultats de pleine concurrence et non à un chiffre unique. Comme on l'a vu, l'objectif est d'attribuer le montant approprié de placements et autres actifs à l'ES (montant généralement égal aux réserves, aux engagements et à l'excédent de l'ES).

83. Il existe différentes approches possibles pour attribuer à l'ES le total des actifs de placement nécessaires pour couvrir l'excédent et les réserves appropriées au risque qu'il assume. Toutes présentent des atouts et faiblesses quant à la précision avec laquelle elles se rapprochent du principe de pleine concurrence, dont l'importance relative va dépendre des circonstances. Ce qui est essentiel pour l'attribution de ces avoirs, c'est d'admettre :

l'existence d'atouts et de faiblesses de chaque approche et les cas dans lesquels ils sont susceptibles de se manifester ;

que le critère déterminant de la validité d'une approche dans un cas particulier est de savoir si elle aboutit à une attribution du total des actifs (couvrant les réserves et l'excédent) conforme au principe de pleine concurrence. Il est sans doute judicieux de le vérifier en appliquant l'une des autres approches pour voir si elle aboutit à un résultat se situant dans une fourchette analogue.

Prise en compte des opérations internes

84. Il existe un certain nombre d'aspects de la prise en compte (ou non) d'opérations entre un ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie. En premier lieu, un ES n'est pas équivalent à une filiale, et en fait il n'est ni juridiquement ni économiquement distinct du reste de l'entreprise dont il fait partie. Il s'ensuit que :

toutes les divisions d'une entreprise d'assurance ont la même solvabilité, sauf lorsqu'en raison de la réglementation du pays d'accueil, certains actifs sont détenus dans une structure fiduciaire et peuvent donc être uniquement utilisés pour couvrir des sinistres dans le pays d'accueil. Cela signifie que le prix auquel sont effectuées les opérations entre un ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie doit généralement être fixé en admettant qu'ils ont la même solvabilité ;

le reste de l'entreprise ne peut pas garantir la solvabilité de l'ES, pas plus que l'ES ne peut garantir celle du reste de l'entreprise dont il fait partie.

85. En second lieu, les opérations entre un ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie n'ont normalement pas de conséquence juridique pour l'entreprise dans son ensemble. Leur examen devra par conséquent être plus minutieux que celui des opérations entre deux entreprises associées. Il sera donc nécessaire d'examiner plus attentivement la documentation (en l'absence inévitable de contrats juridiquement contraignants par exemple) qui pourrait exister par ailleurs. Au vu du caractère exceptionnel de cette problématique, les pays pourraient exiger des contribuables qu'ils démontrent clairement que la prise en compte de l'opération est justifiée.

86. Cette nécessité d'un examen plus minutieux signifie qu'il faut franchir un seuil avant d'admettre qu'une opération équivaut à une transaction qui aurait eu lieu entre des entreprises indépendantes agissant dans des conditions de pleine concurrence. Ce n'est que lorsque ce seuil est franchi, qu'une opération peut être prise en compte dans l'attribution des bénéfices conformément à l'article 7(2). L'analyse fonctionnelle et factuelle devra déterminer si un événement réel et identifiable s'est produit et doit être pris en compte comme une opération significative sur le plan économique entre l'ES et une autre division de l'entreprise.

87. Ainsi, par exemple, un document comptable et des pièces justificatives de la même date faisant apparaître une opération ayant pour effet de transférer des risques, des responsabilités et des avantages

significatifs sur le plan économique constituerait un point de départ utile pour l'attribution de bénéfices. Les contribuables sont invités à préparer cette documentation, car elle peut sensiblement réduire les risques de controverse concernant l'application de l'approche autorisée de l'OCDE. Les administrations fiscales donneraient effet à une telle documentation en dépit de son manque d'effet juridique, dès lors :

- qu'elle est conforme à la nature économique des activités se déroulant au sein de l'entreprise telles qu'elles sont mises en évidence par l'analyse fonctionnelle et factuelle ;
- que les accords relevant de cette opération, tels qu'en témoignent les pièces justificatives, envisagés dans leur globalité, ne diffèrent pas de ceux qui auraient été conclus par des entreprises indépendantes comparables agissant de manière commercialement rationnelle ou encore que la structure qui apparaît dans les pièces du contribuable n'empêche pas en pratique l'administration fiscale de déterminer un prix de transfert approprié ; et
- que l'opération présentée dans la documentation du contribuable n'enfreint pas le principe de l'approche autorisée de l'OCDE, par exemple, en cherchant à transférer les risques de manière à les séparer des fonctions.

Voir par analogie les paragraphes 1.26-1.29 et 1.36-1.41 des Principes directeurs. Sur la réassurance interne, voir également la Section C-1(vi) de la présente Partie IV.

88. Il est cependant important de noter que, généralement, l'approche autorisée de l'OCDE n'entend pas imposer pour les opérations internes à l'entreprise des exigences plus lourdes en matière de pièces justificatives que celles qui s'appliquent aux transactions entre entreprises associées. En outre, comme le prévoient déjà les Principes directeurs pour les pièces afférentes aux prix de transfert, ces exigences ne doivent pas soumettre les contribuables à des charges ou à des contraintes disproportionnées au regard des circonstances.

89. Troisièmement, lorsque des opérations sont établies et sont susceptibles d'être prises en compte, leur prix doit être fixé dans des conditions de pleine concurrence, en admettant que l'ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie sont indépendants l'un de l'autre. Il convient de procéder par analogie, conformément aux Principes directeurs, en effectuant une analyse factuelle et fonctionnelle.

Attribution des bénéfices

90. L'attribution de bénéfices à un ES d'assurance selon le principe de pleine concurrence va résulter du calcul des profits (ou des pertes) résultant de l'ensemble de ses activités, notamment des transactions avec des entreprises non apparentées et apparentées (les Principes directeurs étant alors directement appliqués) ainsi que des opérations avec d'autres divisions de l'entreprise (conformément à la deuxième étape de l'approche autorisée de l'OCDE). Cette analyse comprend les deux étapes suivantes :

Première étape

Une analyse fonctionnelle et factuelle conduisant à :

- l'imputation à l'ES, le cas échéant, des droits et obligations découlant des transactions entre l'entreprise dont l'ES fait partie et des entreprises distinctes ;
- l'identification des fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque découlant de la prise en charge du risque d'assurance et de l'affectation de ce risque à l'ES ;

- la détermination du montant approprié d'actifs de placement nécessaires pour couvrir le risque d'assurance assumé par l'ES et l'attribution de ces actifs à l'ES (voir ci-après les paragraphes 123 et suivants) ;
- l'identification de fonctions humaines importantes relevant de la prise en charge d'autres risques et l'attribution de ces risques à l'ES ;
- l'identification de fonctions humaines importantes pertinentes pour l'attribution de la propriété économique d'autres actifs et pour l'attribution de la propriété économique de ces actifs à l'ES ;
- l'identification des autres fonctions de l'ES ;
- la constatation et la détermination de la nature des opérations conclues entre l'ES et les autres divisions de l'entreprise qui sont susceptibles d'être reconnues de manière convenable après avoir satisfait au test du seuil.

Deuxième étape

La détermination du prix de pleine concurrence des opérations constatées :

- en déterminant la comparabilité entre les opérations effectuées et les transactions sur le marché libre, par application directe des facteurs de comparabilité des Principes directeurs (caractéristiques de la propriété ou des services, conditions économiques et stratégies des entreprises) ou par analogie (analyse fonctionnelle, conditions contractuelles) à la lumière de la situation factuelle particulière de l'ES ;
- en appliquant par analogie l'une des méthodes transactionnelles classiques des Principes directeurs ou, lorsque ces méthodes ne peuvent être appliquées d'une manière satisfaisante, l'une des méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfiques, afin de parvenir à une rémunération de pleine concurrence pour les opérations menées entre l'ES et le reste de l'entreprise, compte tenu des fonctions assumées par l'ES et des actifs et risques qui lui sont attribués.

La détermination du prix de pleine concurrence des transactions avec des entreprises associées qui sont attribuées à l'ES devront se fonder sur les Principes directeurs ; cette question n'est pas abordée dans le présent Rapport. Des relations d'interdépendance pouvant exister entre eux, l'ordre dans lequel les éléments constitutifs des différentes étapes sont présentés ci-dessus n'est nullement contraignant.

Le calcul des bénéfiques imputables à l'ES qui en résulte reflète à la fois ses revenus et ses charges provenant d'opérations prises en compte pour des montants égaux à une rémunération de pleine concurrence versée au titre des fonctions exercées respectivement par l'ES et par le reste de l'entreprise dont il fait partie, compte tenu des actifs et des risques qui sont attribués à l'ES et aux autres divisions de l'entreprise.

91. Les lignes directrices données dans les Principes directeurs peuvent être appliquées par analogie pour attribuer les bénéfiques à l'ES selon le principe de pleine concurrence, en tenant compte des principes décrits au paragraphe précédent.

C-1. Première étape : déterminer les activités et conditions de l'entreprise distincte fictive

i) *L'attribution des fonctions, des actifs et des risques à l'ES*

a) Généralités

92. Il est nécessaire, à la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE, de considérer l'établissement stable comme une entreprise distincte fictive « exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues ». On procède pour ce faire à une analyse fonctionnelle et factuelle conduite conformément aux Principes directeurs, de manière à formuler correctement l'hypothèse selon laquelle l'ES et le reste de l'entreprise (ou une/plusieurs parties de ces entités) constituent des entreprises associées, détenant et/ou utilisant des actifs, assumant des risques (et prenant des engagements) et réalisant des transactions entre elles et avec des entreprises apparentées et non apparentées. Comme on l'a vu à la Partie I du présent Rapport (voir les sections B-3 et D-2), l'analyse fonctionnelle et factuelle menée lors de la première étape doit identifier les activités et responsabilités significatives sur le plan économique de l'ES. Cette analyse devra, dans la mesure où cela est pertinent, examiner les activités et responsabilités de l'ES dans le cadre de celles engagées et assumées par l'entreprise dans son ensemble, en particulier par les divisions effectuant des opérations avec l'ES. Dans l'idéal, les entrées comptables seront conformes aux résultats de l'analyse fonctionnelle et factuelle et en découleront. Lorsque c'est le cas, les comptes ou livres comptables de l'ES constitueront un point de départ utile pour déterminer les bénéfices qui peuvent lui être attribués. Par exemple, même si les contribuables présentent les risques assurés dans les livres d'une juridiction particulière, il ne faudra pas pour autant respecter les résultats de telles pratiques comptables lorsqu'ils ne cadrent pas avec l'analyse fonctionnelle et factuelle, comme par exemple lorsque la FEEPR afférente aux risques assurés n'est pas assumée au lieu de comptabilisation.

93. La Section B qui précède donne une brève analyse fonctionnelle et factuelle générale des opérations d'assurance, qui devrait contribuer à l'analyse fonctionnelle et factuelle d'une entreprise d'assurance. En ce qui concerne les ES, la conclusion selon laquelle la détermination de la fonction entrepreneuriale essentielle de prise de risque est, pour une entreprise donnée, une question de faits et de circonstances revêt une importance particulière. L'ensemble des faits et circonstances doit être pris en compte pour déterminer quelle fonction assume pour l'entreprise un risque d'assurance ; en effet, la prise en charge de ce risque constitue la FEEPR d'une entreprise d'assurance. Les autres fonctions assumées par la compagnie d'assurance peuvent être précieuses et doivent être rémunérées en conséquence. Elles ne relèvent toutefois pas de cette fonction entrepreneuriale essentielle.

94. Lorsque l'on cherche à déterminer, au sein d'une entreprise d'assurance donnée, quelles sont les fonctions constitutives de la FEEPR de prise en charge du risque d'assurance, il faut identifier quelles activités constituent les principales fonctions de décision relatives à l'acceptation de cet aléa. En règle générale, les activités concernées correspondent à celles qui, rentrant généralement dans la catégorie des activités de souscription décrites à la Section B-2(i)(c) ci-dessus, jouent un rôle de premier plan dans la décision d'accepter un risque assuré particulier. Selon les circonstances, d'autres fonctions (par exemple, mise au point des produits, ventes et commercialisation et gestion du risque) peuvent elles-mêmes sous-tendre une prise de décision active relevant d'une prise en charge du risque d'assurance. Comme l'explique la Section C-1(i)(b) ci-après (consacrée aux fonctions partagées), une attention particulière pourrait être accordée aux situations où les activités constitutives de la FEEPR de prise en charge du risque d'assurance sont menées en plusieurs lieux. L'activité de souscription inclut généralement des fonctions de gestion du risque liées à la définition de la politique de souscription ainsi que des paramètres permettant de déterminer le montant des risques à souscrire. Cette fonction de définition des paramètres, lorsqu'elle n'est pas associée à une plus grande implication dans la prise en charge ou la gestion des risques, ne saurait généralement être considérée comme relevant de la FEEPR de prise en charge du risque d'assurance. Cela

cadre avec les conclusions qui ont été tirées sur des activités analogues menées dans le domaine de la banque et des transactions financières mondialisées (voir la Partie II, paragraphe 11 et la Partie III, paragraphe 77). Comme l'expliquent ces parties, on ne saurait généralement considérer qu'il existe une fonction entrepreneuriale essentielle de prise de risque lorsque les dirigeants définissent des paramètres stratégiques globaux stables et qu'ils ne s'engagent pas activement dans les décisions subséquentes liées à la prise en charge du risque. On pourrait parvenir à une conclusion différente s'il apparaissait à la lumière des faits et circonstances particuliers que, plutôt que de relever d'une définition stratégique des paramètres, l'activité était davantage opérationnelle et impliquait ainsi une décision suffisamment active pour accepter certains risques assurés.

Impact de la réglementation

95. L'une des questions qui se pose est de savoir dans quelle mesure la réglementation définit le lieu où le risque d'assurance est assumé. Prenons l'exemple où l'État d'accueil (l'État A) impose à l'ES d'assurance d'avoir un agrément pour exercer des activités d'assureur, de détenir des actifs dans l'État A pour couvrir les risques résultant des polices souscrites dans le cadre de l'agrément et de faire figurer ces éléments d'actif et de passif au bilan de l'ES. S'ensuit-il automatiquement que l'ES établi dans l'État A doit être traité comme l'entité qui assume le risque d'assurance, même si en fait toutes les fonctions nécessaires sont exercées au siège de l'entreprise et non dans l'État A ?

96. Il convient d'indiquer, pour répondre à cette question, que la réglementation ne détermine pas à elle seule le lieu où le risque d'assurance est assumé et géré, l'approche autorisée de l'OCDE examinant en dernier ressort l'analyse fonctionnelle et factuelle pour décider de ces aspects. La position adoptée aux termes de la réglementation de l'État d'accueil constituerait dans ce cas le point de départ de l'analyse fonctionnelle et factuelle et on présupposerait qu'elle reflète la situation effective. Dans bien des cas, il y aura convergence entre le présupposé et ce qui se passe effectivement en raison de l'impact de la réglementation sur les fonctions susceptibles d'être exercées par l'ES. Toutefois, il s'agit d'une présomption réfutable et la position adoptée par l'autorité de tutelle ne doit pas être suivie si elle est incohérente avec l'analyse fonctionnelle et factuelle.

97. Une bonne raison de considérer que la position adoptée par l'autorité de tutelle est convaincante, mais non déterminante tient au fait que, souvent, il n'y a pas de réglementation du pays d'accueil (par exemple quand à la fois l'État du siège et l'État d'accueil sont des États de l'Union européenne) voire pas de réglementation du tout (par exemple pour la réassurance dans certains pays). En pareil cas, le point de départ résiderait dans les livres et pièces dûment établis de l'ES et, là encore, comme on l'a vu aux paragraphes 87-88, ils vont normalement être suivis à condition qu'ils reflètent de façon exacte l'analyse fonctionnelle et factuelle.

98. La fonction consistant à assumer les engagements d'assurance est exécutée par du personnel. On peut donc établir si la FEEPR est assumée par l'ES en examinant si ces personnes sont situées dans l'établissement stable.

99. Il y a lieu non seulement d'analyser en détail chacune des fonctions exercées par l'ES mais aussi d'examiner les actifs qui sont utilisés et les risques qui sont assumés dans l'exercice de ces fonctions. Du point de vue des actifs mis en œuvre, les plus importants ont été identifiés plus haut dans la Section B-3. Comme on l'a vu plus haut (paragraphes 73-83), les actifs de placement devront être attribués à l'ES dans des proportions permettant de couvrir les besoins en réserves et en excédent découlant de la prise en charge du risque d'assurance par l'ES. La Section C-1(iii) ci-après fournit des indications supplémentaires sur cette procédure. En ce qui concerne les actifs ne constituant pas des placements, il n'existe aucun problème propre à l'assurance nécessitant d'autres lignes directrices que celles présentées à la Section D-2(iii)(b) et (c) de la Partie I.

100. Du point de vue des risques pris en charge, il convient de suivre les lignes directrices de la Partie I. Plus précisément, comme le note le paragraphe 99, « dans la mesure où l'on constate que des risques sont assumés par l'entreprise par suite d'une fonction humaine importante pertinente à la prise de risques qui est exercée par l'ES, ces risques doivent être pris en compte lors de l'attribution de bénéfices à l'ES exerçant cette fonction. » Il reste à savoir quelles fonctions d'une activité d'assurance conduisent à assumer des types particuliers de risque. Du point de vue des risques assumés, c'est l'exercice de la FEEPR qui conduit à assumer le risque d'assurance. En conséquence, c'est cette prise en charge qui peut générer des bénéfices ou des pertes importants induits par le risque d'assurance et qui peut nécessiter la constitution d'un excédent et de réserves pour couvrir cet aléa. Comme on l'a vu à la Partie I, d'autres types de risques peuvent être attribués à l'ES si des fonctions humaines importantes y sont assumées à ce titre et l'ES devra alors s'appuyer sur un excédent pour couvrir ces risques supplémentaires.

101. Une fois que l'on a convenablement déterminé les fonctions exercées, les actifs mis en œuvre et les risques assumés par l'ES, il s'agit ensuite de savoir comment attribuer des bénéfices à ces fonctions. Une partie essentielle des bénéfices de la société d'assurance réside dans le revenu dégagé par ses actifs de placement. L'approche autorisée de l'OCDE consiste à attribuer les actifs de placement (et donc le revenu et les charges correspondants) à l'ES qui exerce la FEEPR de l'activité d'assurance (à savoir, la prise en charge du risque d'assurance), dans les proportions nécessaires pour couvrir les besoins d'excédent et de réserves découlant de cette prise de risque. Cela va donner l'ES auquel ces actifs sont attribués (le « propriétaire économique ») le revenu desdits actifs de placement, par exemple, le revenu d'investissement tiré d'une obligation d'État.

102. Le bénéfice attribué va aussi tenir compte de toute opération effectuée dans des conditions de pleine concurrence pour rétribuer d'autres divisions de l'entreprise au titre des fonctions exercées, par exemple, la commercialisation du produit d'assurance et l'établissement d'une relation d'affaires avec le client, l'utilisation d'actifs incorporels précieux, la gestion des actifs de placement, etc.

103. Comme on l'a noté dans la Partie II du présent Rapport, la division d'une entreprise bancaire qui exerce la fonction de vente/négociation devrait se voir attribuer l'actif financier ainsi créé (par exemple, le prêt) lorsqu'il apparaît que cette fonction constitue la principale fonction entrepreneuriale de prise de risque pour la création de cet actif et se voir aussi attribuer le capital couvrant cet actif. En assurance, la FEEPR ne correspond pas à la création d'un actif (par exemple un prêt) mais plutôt à la prise en charge d'un engagement potentiel (c'est-à-dire, d'un risque d'assurance) contre une rémunération (c'est-à-dire une part de la prime). L'exercice de cette fonction crée la nécessité de disposer d'un excédent et de réserves correspondant au niveau de risque d'assurance accepté et, par conséquent, d'actifs de placement couvrant le montant de l'excédent et des réserves. Ainsi, le montant des actifs de placement de même que le revenu et les charges qui leur sont associés sont attribués à l'ES acceptant le risque d'assurance, conformément à l'approche autorisée de l'OCDE.

104. Il convient de déterminer quelles fonctions font partie de la FEEPR de prise en charge du risque d'assurance et si celles-ci nécessitent par conséquent un excédent et des réserves permettant de les exercer et d'assumer le risque d'assurance correspondant. Le fait que l'ES prenne un risque d'assurance nécessite que lui soit attribuée la propriété économique d'actifs de placement, et ce, dans des proportions suffisantes pour couvrir l'excédent et les réserves nécessaires à ce risque. Il existe un lien évident entre la propriété économique des placements et le risque de marché (ou risque de rendement) et un excédent correspondant devrait donc être imputé à l'ES auquel les placements ont été attribués, même si ce n'est pas lui qui assume la fonction de gestion des investissements. Le marché et les autorités de tutelle semblent imposer le maintien d'un excédent au titre des autres types de risques. Il s'ensuit qu'un excédent sera nécessaire si de tels aléas sont assumés. Une question plus complexe est celle de savoir quelle division de l'entreprise les prend en charge. Pour parvenir à le déterminer, il est admis que l'ES peut exercer certaines fonctions sans en assumer les risques lorsqu'elles prennent la forme d'un service effectué au bénéfice d'un autre ES (qui

assume les risques associés) dans le cadre d'une transaction que le contribuable est à même d'établir entre les deux ES et qui est constatée. Dans de telles circonstances, l'ES effectuant ces services serait rémunéré par l'autre ES sur la base des principes habituels de détermination des prix de transfert.

105. Les actifs et les risques inscrits dans la comptabilité de l'ES constituent un point de départ pratique pour déterminer si la propriété économique des actifs et les risques ont été attribués au lieu où a été exercée la fonction entrepreneuriale essentielle de prise de risque. Il convient de respecter la comptabilité à des fins fiscales, à condition qu'elle reflète une attribution des actifs et des risques qui soit cohérente avec l'analyse fonctionnelle et factuelle (y compris les éventuelles opérations). Si des actifs et risques sont enregistrés dans les comptes d'un ES même lorsque l'ES n'exerce pas la fonction entrepreneuriale essentielle de prise de risque, le fait de respecter le lieu d'enregistrement comptable n'aboutirait pas dans de tels cas à une attribution de bénéfices conforme au principe de pleine concurrence.

106. C'est pourquoi la base théorique de l'approche autorisée de l'OCDE veut que l'on attribue les actifs et les risques par référence à une analyse fonctionnelle et factuelle, en particulier l'identification de la fonction entrepreneuriale essentielle de prise de risque. Conformément à la méthode de l'agrégation exposée dans les Principes directeurs (voir paragraphe 1.42) cette analyse peut être effectuée au niveau de portefeuilles d'actifs et de risques analogues, plutôt que pour chaque actif et chaque risque.

b) Fonctions partagées

107. Lorsque l'analyse fonctionnelle a déterminé que l'ES a été seul à exercer la fonction entrepreneuriale essentielle de prise de risque, l'ES se verra attribuer le nouveau risque d'assurance, ainsi que le revenu correspondant de souscription et le revenu de placement des actifs nécessaires à titre d'excédent et de réserves pour couvrir le risque d'assurance. Des problèmes d'ordre fiscal se présenteront lorsque toutes les fonctions correspondant à l'acceptation d'un engagement particulier ne sont pas exécutées sur le même site. La ou les divisions de l'entreprise exerçant la fonction entrepreneuriale essentielle de prise de risque constitue(nt) alors « le(s) propriétaire(s) économique(s) » du revenu de souscription et de placement associé à l'exercice de cette fonction. La « propriété économique » des contrats d'assurance ne peut être partagée à moins que la fonction entrepreneuriale essentielle de prise de risque soit exercée en plusieurs lieux.

108. Lorsque l'analyse fonctionnelle montre que les fonctions faisant partie de la FEEPR aboutissant à l'acceptation du risque d'assurance ont été exercées en plusieurs lieux, le risque d'assurance peut être considéré comme une propriété économique conjointe. La valeur relative des fonctions exercées dans les différentes divisions de l'entreprise servira à attribuer le risque d'assurance ainsi que les revenus correspondants de souscription et d'investissement des actifs de placement. Par exemple, s'il est constaté que, pour 60 % de sa valeur, la fonction entrepreneuriale essentielle de prise de risque a été exercée au sein de l'ES et pour 40 % au siège de l'entreprise, le risque d'assurance et les revenus correspondants de souscription et de placement devront de même être attribués à hauteur de 60 % à l'ES et de 40 % au siège. Les conseils figurant dans les Principes directeurs seront appliqués, par analogie, pour déterminer la valeur relative des fonctions relevant de la FEEPR exercées dans les différentes divisions de l'entreprise. Là encore, suivant le principe d'agrégation du paragraphe 1.42 des Principes directeurs, l'analyse peut se faire au niveau du portefeuille d'actifs et de risques analogues plutôt que de chaque actif financier ou de chaque risque.

c) Avantages indirects apportés par les ES de vente

109. On rencontre parfois une situation particulière dans le secteur de l'assurance lorsqu'un assureur peut exercer une activité dans un pays selon différentes modalités. Il peut disposer d'un établissement stable – du fait d'une installation fixe d'affaires en vertu de l'article 5(1) du Modèle de convention fiscale

de l'OCDE – mais aussi y avoir des agents ou des filiales. La question se pose dès lors de savoir comment une telle structure affectera les bénéfices à attribuer à l'établissement stable.

110. Par exemple, examinons la situation où l'entreprise opère dans le pays A par l'intermédiaire d'un établissement stable mais aussi d'agents commerciaux indépendants. Un ES peut vendre uniquement une gamme limitée de produits, tandis que des agents indépendants vendent d'autres produits gérés par le siège ou par d'autres ES. Dans ce cas, il ne serait pas approprié d'attribuer à l'établissement stable la fonction de vente et de commercialisation et la fonction de souscription de risque des contrats conclus par les agents indépendants, ni des coûts correspondants comme les commissions, dans la mesure où l'ES n'est fonctionnellement pas impliqué dans les contrats vendus par les agents indépendants. Cela montre qu'il n'existe aucun élément « de force d'attraction » dans l'approche autorisée de l'OCDE – on ne peut pas dire que, simplement parce qu'une entreprise possède un établissement stable dans un pays, cet ES prendra à son compte les risques et les bénéfices de toutes les activités exercées à cet endroit.

111. Toutefois, il importera également d'examiner plus avant si l'établissement stable fournit dans la pratique des services, pour lesquels il faut alors le rétribuer. L'ES peut avoir lancé une vaste campagne de publicité destinée à faire mieux connaître l'assureur et sa marque. Les ventes des agents pourront s'en trouver favorisées et les bénéfices correspondants être attribués au siège. Il s'agirait donc d'appliquer les Principes directeurs à cette situation particulière. Les Principes directeurs détermineraient si des bénéfices attribués au siège ont été purement accessoires à ceux imputés à l'ES, si ce dernier serait considéré comme le fournisseur d'un service de promotion de la marque et de l'image du produit, ou comme le « propriétaire économique » d'un actif incorporel nouveau ou existant.

112. Il convient d'appliquer la même démarche générale lorsque l'ES peut être directement ou indirectement utile à une filiale de l'entité exerçant dans le même pays. C'est une question générale de prix de transfert, pour savoir s'il faut faire payer des services rendus dans l'un ou l'autre sens, et il faudrait suivre, par analogie pour les ES d'assurance, les conseils donnés aux chapitres VII et VIII des Principes directeurs.

d) ES agent dépendant

113. Comme on l'a indiqué dans la Section D-5 de la Partie I, ce Rapport n'a pas pour objet d'examiner s'il existe un ES en vertu de l'article 5(5) du Modèle de convention fiscale (un « ES constitué d'un agent dépendant »)⁵ mais d'analyser les conséquences de l'existence d'un ES constitué d'un agent dépendant du point de vue des bénéfices qui doivent lui être attribués. On soulignera d'emblée que l'analyse ci-dessous ne se situe pas dans l'optique d'un éventuel abaissement du seuil déterminant l'existence d'un ES en vertu de l'article 5. En outre, même si les normes fiscales ou réglementaires peuvent prévoir des critères similaires pour établir l'existence d'un ES, ces contrôles devront dans les deux cas être menés de manière indépendante. Le fait que l'une de ces procédures conclut à l'existence d'un ES ne saurait influencer sur l'autre procédure à moins que les critères utilisés ne se recoupent effectivement. Certaines des fonctions associées à une entreprise d'assurance sont couramment exercées par des agents dépendants au sens de l'article 5(5). Par exemple, une société d'assurance peut employer un ou plusieurs courtiers spécifiques (« entreprise constituée d'un agent dépendant ») pour commercialiser ses polices dans la juridiction d'accueil et peut habiliter ce ou ces courtiers à engager la société d'assurance en ce qui concerne ces polices. La Section D-5(ii) de la Partie I contient des lignes directrices générales pour

5. Certaines conventions fiscales entre membres de l'OCDE contiennent une disposition spéciale aux termes de laquelle une société d'assurance est réputée avoir un ES dans un pays lorsqu'elle assure un risque situé dans ce pays par l'intermédiaire d'un agent indépendant. Voir le paragraphe 39 des Commentaires sur l'article 5 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE. Les mêmes principes vaudraient pour attribuer des bénéfices à ces types d'ES.

l'attribution des bénéfices à des ES constitués d'un agent dépendant et elle applique ces principes à la situation factuelle spécifique de l'assurance transnationale.

114. Lorsque les activités d'un agent dépendant se traduisent par l'existence d'un ES, la juridiction d'accueil aura des droits d'imposition vis-à-vis de deux entités juridiques différentes – l'entreprise constituée d'un agent dépendant (qui peut être résidente de la juridiction de l'ES) et l'ES constitué d'un agent dépendant (qui est l'ES d'une entreprise non résidente). En ce qui concerne les transactions entre les entreprises associées (l'entreprise constituée d'un agent indépendant et l'entreprise non résidente), c'est l'article 9 qui s'appliquera pour déterminer si les transactions entre les entreprises associées ont été effectuées dans des conditions de pleine concurrence.

115. S'agissant de l'ES constitué d'un agent dépendant, il s'agit de déterminer les bénéfices de l'entreprise non résidente qui peuvent être attribués à son ES constitué d'un agent dépendant situé dans le pays d'accueil (du fait des activités exercées par l'entreprise constituée d'un agent dépendant pour le compte de l'entreprise non résidente). Dans ce cas, c'est l'article 7 qui sera applicable. Enfin, il y a lieu de souligner que le pays d'accueil ne peut imposer les bénéfices de la société d'assurance non résidente que lorsque les fonctions exercées pour son compte dans le pays d'accueil dépassent le seuil défini à l'article 5 pour les établissements stables. De plus, le montant de ces bénéfices est limité aux bénéfices d'entreprise qui peuvent être attribués aux fonctions d'assurance exercées par l'intermédiaire de l'ES dans le pays d'accueil.

116. En présence d'un ES constitué d'un agent dépendant conformément à l'article 5 (5), la question se pose de savoir comment lui attribuer des bénéfices. La réponse est la suivante : il faut appliquer les mêmes principes que pour les autres types d'ES, car toute autre solution ne serait pas conforme à l'article 7 ni au principe de pleine concurrence. La première étape de l'approche autorisée de l'OCDE consistera en une analyse factuelle et fonctionnelle qui permettra de déterminer les fonctions exercées par l'entreprise constituée d'un agent dépendant, tant pour son propre compte que pour celui de l'entreprise non résidente. D'une part, l'entreprise constituée d'un agent dépendant sera rémunérée pour les services qu'elle rend à l'entreprise non résidente (compte tenu, le cas échéant, de ses actifs et de ses risques) généralement au moyen d'une commission provenant de cette dernière.

117. D'autre part, l'ES constitué d'un agent dépendant se verra imputer les actifs et les risques de l'entreprise non résidente qui sont liés aux fonctions qu'il exerce pour le compte de cette entreprise, ainsi qu'un montant d'actifs de placement suffisant pour couvrir les réserves et l'excédent nécessaire pour assumer ces risques. L'approche autorisée de l'OCDE attribue ensuite les bénéfices à l'ES constitué d'un agent dépendant en fonction de ces actifs et de ces risques. L'analyse est axée sur la nature des fonctions exercées par l'agent dépendant pour le compte de l'entreprise non résidente ; il s'agira en particulier de déterminer s'il exerce la fonction entrepreneuriale essentielle de prise de risque. À cet égard, une analyse des compétences et de l'expertise des salariés de l'entreprise constituée d'un agent dépendant sera probablement instructive, car elle permettra, par exemple, de déterminer si les fonctions de souscription ou de négociation sont exercées par l'agent dépendant pour le compte de l'entreprise non résidente. La collecte des primes ne signifie pas que l'ES constitué d'un agent dépendant accepte le risque assuré, si la décision d'accepter les risques associés à la police d'assurance n'est pas de son fait.

118. Pour déterminer les bénéfices imputables à l'ES constitué d'un agent dépendant, il faudra déterminer et déduire une rémunération de pleine concurrence pour l'entreprise constituée d'un agent dépendant pour les services rendus à l'entreprise non résidente (compte tenu, le cas échéant, des actifs et des risques de l'ES). L'enjeu est de savoir s'il restera des bénéfices à attribuer à l'ES constitué d'un agent dépendant après prise en considération de cette rétribution. Conformément aux principes exposés précédemment, la réponse dépendra des faits et circonstances précis que mettra en lumière l'analyse factuelle et fonctionnelle de l'agent dépendant et de l'entreprise non résidente. L'approche autorisée de

l'OCDE reconnaît cependant qu'il est possible dans certaines circonstances que de tels bénéfices soient attribués à l'ES constitué d'un agent dépendant.

119. Toutefois, l'analyse fonctionnelle et factuelle d'une transaction peut montrer que les risques découlant de la transaction sont assumés par l'entreprise constituée d'un agent dépendant pour le compte de son mandant, à savoir l'entreprise non résidente dans les livres de laquelle apparaît la transaction et le risque correspondant. Ces risques et donc les actifs nécessaires pour les couvrir, seront attribués à l'ES constitué d'un agent dépendant dans la mesure où ils découlent de fonctions exercées par l'agent dépendant dans le pays d'accueil pour le compte de l'entreprise non résidente. En résumé, lors de l'attribution de bénéfices à l'ES constitué d'un agent dépendant, il y aura sans doute des bénéfices (ou des pertes) supérieurs à la commission de service de pleine concurrence payée à l'entreprise constituée d'un agent dépendant. C'est particulièrement vrai dans le cas de l'assurance, car la prise en charge du risque et la nécessité correspondante de détenir un excédent et des réserves pour amortir la matérialisation des pertes découlant de ces risques, est une composante fondamentale de cette activité.

120. Outre la vente d'assurance par l'intermédiaire d'un agent dépendant, une société peut aussi vendre ses polices par l'intermédiaire d'agents ayant un « statut indépendant », dont les activités ne vont généralement pas donner lieu à l'existence d'un ES. En conséquence, une société d'assurance peut avoir des ES résultant des activités de certains agents (les agents dépendants) mais pas d'autres agents (les agents indépendants) vendant des assurances dans le même pays. En pareil cas, les agents indépendants peuvent tirer des avantages substantiels d'un ES (résultant soit d'une installation fixe d'affaires, soit d'un agent dépendant) établi dans la même juridiction. Par exemple, il se peut que des agents indépendants ne soient en mesure de vendre des assurances d'une compagnie que parce qu'un ES a obtenu un agrément pour vendre des assurances dans cette juridiction. L'ES peut aussi se livrer à des activités qui viennent indirectement à l'appui des ventes d'assurance effectuées par les agents indépendants comme des activités de commercialisation ou la vérification de la conformité des polices de la société aux prescriptions fiscales et réglementaires. En conséquence, l'analyse fonctionnelle doit étudier les fonctions exercées, les actifs mis en œuvre et les risques assumés par l'intermédiaire de l'installation fixe d'affaires ou d'agents dépendants qui servent l'activité réalisée par l'intermédiaire d'agents indépendants. Voir plus haut la Section C-1(i)(c).

121. L'ES doit recevoir une rémunération adéquate pour ces fonctions, soit directement de la part de l'agent indépendant (ajustée, si nécessaire, en fonction d'une rémunération de pleine concurrence si cet agent est une entreprise associée), soit indirectement de la part de la division de l'entreprise qui tire profit des activités des agents indépendants. Dans ce dernier cas, il faudrait fixer la rémunération en conformité avec les principes présentés ci-après, dans la seconde étape de l'approche autorisée de l'OCDE décrite à la Section C-2.

ii) Attribution d'une note de crédit /d'une marge de solvabilité à l'ES

122. Pour les mêmes raisons que celles indiquées pour les banques dans la Partie II de ce Rapport, le point de départ de l'approche autorisée de l'OCDE consiste généralement à attribuer à l'ES la même note de crédit ou la même marge de solvabilité que celle dont jouit la société d'assurance dans son ensemble. Les tiers en relations d'affaires avec l'ES supposent que tous les actifs de l'entreprise seront disponibles pour lui permettre de tenir ses engagements d'assurance. Toutefois, dans le secteur de l'assurance, il peut y avoir des situations où, en raison de restrictions réglementaires ou autres (voir le passage sur les actifs « en fiducie » aux paragraphes 61-62), cela n'est que rarement le cas dans une juridiction donnée, de sorte que la note de crédit ou la marge de solvabilité de l'ES peut devoir être déterminée de façon « indépendante » en tenant compte des restrictions réglementaires ou autres de cette juridiction ou d'autres juridictions. En pareil cas, il faudra déterminer la solvabilité de l'ES, par exemple par référence à des entreprises indépendantes du pays d'accueil qui lui sont comparables en termes d'actifs, de risques, de gestion, etc. ou

par référence à des critères objectifs tels que les évaluations de solvabilité réalisées par des parties indépendantes qui évaluent l'ES sur la base de sa situation particulière et sans référence à l'entreprise dont il fait partie.

iii) Attribution de revenus de placement/d'actifs à l'ES

123. La Section B-1(i) a souligné l'importance des revenus de placement pour une société d'assurance. Ces revenus proviennent en grande partie du placement par l'assureur de l'excédent et des réserves qui sont imposés (par les autorités de tutelle, le marché, les agences de notation ou les pratiques exemplaires de la profession) pour pouvoir exercer son métier. Pour attribuer comme en situation de pleine concurrence les bénéfices imposables à un ES d'assurance, il faut donc absolument veiller à lui attribuer une part appropriée des actifs de placement résultant de l'investissement de l'excédent et des réserves requis pour couvrir les risques attribués à l'ES. La présente section tient compte de la relation spécifique qui existe entre les risques et les actifs de placement pour montrer comment déterminer dans des conditions de pleine concurrence le montant des actifs de placement à attribuer à l'établissement stable.

a) Aperçu général

124. Comme on l'a décrit dans la section B-1, l'acceptation de risques assurés conduit à accepter un risque d'assurance, c'est-à-dire la possibilité que le montant (ou le moment du règlement) des sinistres et des dépenses effectifs soit supérieur au (ou diffère du) montant (ou du moment du règlement) de ceux qui sont prévus. Ce risque d'assurance (ainsi que les autres types de risques décrits dans la Section B-4 (i)) ne peut être assumé que si des réserves sont constituées pour répondre aux demandes d'indemnisation potentielles et si l'on dispose d'un excédent jouant un rôle d'amortisseur au cas où les réserves ne suffiraient pas à couvrir les demandes d'indemnisation. Une entreprise d'assurance doit donc disposer d'actifs suffisants pour couvrir ses besoins en réserves comme en excédent.

125. Il reste à savoir quel est l'effet de l'attribution d'un montant de réserves et d'excédent à un ES. Comme on l'a vu dans la section B-1(i), dans le métier d'assureur, l'acceptation d'un risque d'assurance donne naissance à des engagements sous forme de réserves représentant les futurs sinistres de l'assuré. Les actifs mis en œuvre pour garantir ces engagements (sous forme de réserves) rapportent un rendement (qualifiés de revenus de placement) qui peut permettre de payer les indemnités futures. Les actifs correspondant à l'excédent dégagent également un rendement de placement, qui peut être utilisé pour régler les sinistres si les risques d'assurance ou d'investissement se sont matérialisés et que les réserves sont insuffisantes, ou pour venir augmenter l'excédent par le biais d'une augmentation des bénéfices. Ainsi, le retour sur investissement des réserves comme de l'excédent fait partie du « revenu de placement » imputable à la société d'assurance, et constitue donc un élément essentiel pour la détermination du revenu imposable de l'entreprise.

126. Comment appliquer dès lors l'approche autorisée de l'OCDE à la société d'assurance et au revenu de placement qu'elle dégage ? L'approche autorisée de l'OCDE suppose de considérer un ES de société d'assurance comme une entreprise distincte de la société dont il fait partie. Il faut ensuite attribuer à l'ES le total des actifs de placement dont il aurait disposé s'il était une entreprise distincte exerçant les mêmes activités et encourant les mêmes risques (c'est-à-dire un montant suffisant pour garantir des réserves et un excédent correspondant au risque d'assurance accepté par l'ES).

127. Les parties I à III du présent Rapport déterminent les actifs attribuables à l'ES par le biais d'une analyse fonctionnelle et factuelle visant à identifier les fonctions humaines importantes permettant d'établir la propriété économique des actifs (pour les avoirs hors actifs financiers des entreprises financières) ou la prise en charge de fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque (pour les actifs financiers des entreprises financières). Elles cherchent ensuite à déterminer dans quelle mesure ces actifs sont financés

par du capital « libre » ou par voie d'emprunt. L'application de l'approche autorisée de l'OCDE au secteur de l'assurance nécessite une approche légèrement différente, bien que basée sur les mêmes principes fondamentaux. Pour les entreprises d'assurance, la fonction entrepreneuriale essentielle de prise de risque réside dans la prise en charge du risque d'assurance, qui doit lui-même être couvert par un volant d'actifs suffisant.

128. Comme on l'a vu (voir les paragraphes 73-83), l'approche autorisée de l'OCDE doit dès lors donner des lignes directrices quant à la manière de déterminer le montant total des actifs de placement devant être attribués à l'ES pour couvrir le risque d'assurance qu'il assume. L'objet de ces recommandations serait de définir le montant total d'actifs que l'ES devrait détenir pour financer ses besoins agrégés en excédent et réserves. Ces besoins sont calculés comme si l'ES constituait une entreprise distincte opérant sur le marché libre. Les approches autorisées élaborées pour attribuer le total des actifs de placement à l'ES (à savoir, l'« approche de la répartition du capital » et l'« approche de la sous-capitalisation/du minimum réglementaire ajusté » présentées ci-après) ne visent pas à calculer séparément la parts des actifs de placement correspondant à ses réserves ou à son excédent. Pourtant, il convient de tenir compte de la relation qui existe entre le total des actifs de placement et le total des réserves et de l'excédent.

129. Par exemple, lorsque l'on cherche à utiliser l'approche autorisée de l'OCDE pour établir quels réserves et quel excédent et, par conséquent, quels revenus et quelles plus-values, peuvent être attribués à un ES, il faut tenir compte du fait qu'une société ne sera pas en mesure de poursuivre ses activités si elle détient simplement l'excédent minimum exigé par les autorités de tutelle. Les clients sont fortement influencés par la solidité financière des assureurs, en particulier pour la branche vie et les autres activités de long terme où le titulaire de police doit être assuré non seulement que la société est à même de tenir ses engagements au moment de la souscription, mais également qu'elle sera toujours en activité et pourra toujours assumer ses obligations dans plusieurs années ou plusieurs dizaines d'années. Cela signifie qu'attribuer à un ES un volume d'actifs de placement suffisant seulement à couvrir ses réserves et l'excédent minimum réglementaire pourrait ne pas conduire à un résultat de pleine concurrence.

130. Deux approches autorisées ont été retenues pour l'imputation du total des actifs de placement : (1) la répartition du capital, et (2) la sous-capitalisation/le minimum réglementaire ajusté, bien qu'une troisième — quasi sous-capitalisation/minimum réglementaire — puisse s'appliquer, mais uniquement à titre de régime de protection prévu par le droit interne. Le reste de cette section est consacré aux points forts et aux points faibles de ces approches autorisées pour attribuer un excédent à un ES d'assurance.

b) L'approche de la répartition du capital

131. Deux principes sous-tendent l'attribution d'actifs de placement à l'ES dans le cadre de l'approche de la répartition du capital. Premièrement, on peut considérer que les actifs de placement d'une entreprise d'assurance financent l'ensemble de ses activités, indépendamment du lieu où l'activité est exercée (voir paragraphe 140 ci-après concernant une exception à cette règle). Deuxièmement, on peut considérer que la totalité des actifs de placement de l'ensemble de l'entreprise doit être attribuée aux différentes divisions de cette entreprise, et donc que la somme des actifs de placement imputables sera ni plus ni moins égale au total des actifs de placement appartenant à l'entreprise dans son ensemble. Le montant des actifs de placement à attribuer aux termes de l'approche autorisée de l'OCDE est égal au montant effectif des actifs de placement de l'entreprise d'assurance. Ces actifs couvrent le risque d'assurance encouru par l'entreprise dans son ensemble, et il faut les attribuer proportionnellement aux risques d'assurance assumés par chacune de ses divisions. Toutefois, les principes précédents ne s'appliquent pas toujours à toutes les entreprises d'assurance. Comme on l'a vu aux paragraphes 61-62, dans certaines juridictions la réglementation du pays d'accueil fait que les actifs (« actifs en fiducie ») ne sont disponibles que pour couvrir les sinistres

intervenues dans le pays d'accueil de sorte que le capital de l'entreprise d'assurance fait en réalité l'objet d'une certaine ségrégation.

132. Il sera nécessaire de répartir convenablement le total des actifs de placement de l'entreprise et non pas simplement le volume correspondant au minimum réglementaire de réserves et d'excédent si l'on veut utiliser les approches de la répartition du capital comme substitut de l'application du principe de pleine concurrence. Cela suppose que la totalité des risques a été attribuée aux différentes divisions de l'entreprise, y compris le siège social, aux termes de l'analyse fonctionnelle. Dans le cadre d'une attribution fonctionnelle des risques, il n'y a pas de raison d'attribuer une partie des actifs de placement au siège social au simple motif qu'il est censé absorber les éventuelles pertes extraordinaires et imprévisibles résultant de la matérialisation des risques. Une telle décision doit au contraire reposer sur l'analyse fonctionnelle.

133. En vertu de l'article 7(2), il faut cependant considérer l'ES comme une entreprise distincte de l'entreprise dont il fait partie. On peut donc objecter qu'en tant qu'entreprises distinctes, l'ES et le reste de l'entreprise auraient besoin d'un volume plus important d'actifs de placement pour mener à bien leurs activités que s'ils avaient fonctionné comme une seule et même entreprise. La raison tiendrait au fait qu'une société d'assurance met en commun les risques pris par chacune de ses divisions et que, par conséquent, en ce qui concerne les réserves et l'excédent requis au titre des indemnisations, elle profite d'une répartition de ce risque sur un plus grand nombre de sinistres éventuels.

134. Toutefois, l'article 7(2) demande également de supposer que l'ES est une entreprise distincte de celle dont il fait partie, mais exerçant des fonctions identiques ou analogues, dans des conditions identiques ou analogues. Il faut donc accorder l'avantage de la mutualisation à chaque entreprise supposée distincte (à savoir l'ES et le reste de l'entreprise), de façon que les réserves et l'excédent (et donc, les actifs de placement) nécessaires pour chacune d'elles soient ramenés au même niveau que celui de l'entreprise juridiquement autonome globale qui existe effectivement. Pour mieux comprendre cette notion, on considère que les deux entreprises supposées distinctes ont conclu un accord de mise en commun des risques, ce qui réduit le total des actifs de placement dont elles ont besoin. Si ce type d'accord existe entre de véritables entreprises juridiquement distinctes, aucune des parties prenantes ne peut s'arroger le bénéfice de la réduction des réserves et de l'excédent, et il faut en tenir compte lors d'une application par analogie des Principes directeurs. En d'autres termes, les actifs de placement à attribuer aux différentes divisions de l'entité juridique globale correspondent à ceux que détient effectivement cette dernière et non à un montant fictif.

135. D'où la question importante de savoir s'il existe des normes réglementaires fondées sur le risque et universellement acceptées, que l'on pourrait adapter de manière à obtenir une attribution des actifs de placement correspondant à peu près à une situation de pleine concurrence, aux diverses divisions d'une société d'assurance et dans la plupart des cas. Tous les pays de l'OCDE réglementent le secteur de l'assurance et imposent aux sociétés d'assurance relevant de leur compétence des minima en matière d'actifs et d'excédent. Toutefois, il n'existe pas dans l'assurance de norme internationalement admise comme dans la banque, où l'Accord de Bâle définit pour une part importante les normes internationales. Chaque juridiction établit ses propres normes, bien que dans l'Espace économique européen, les directives sur l'assurance définissent une méthode unique. Toutefois, même dans les états où les autorités de tutelle exigent qu'un volume minimum d'actifs soit attribué à l'ES, ce montant peut différer de celui qui aurait été alloué dans des conditions de pleine concurrence. Il se peut également que l'ES soit obligé de détenir des actifs pour des raisons réglementaires, même s'il n'a exercé aucune fonction conduisant à la prise en charge et à la gestion du risque assuré, et qu'il ne se verrait donc pas attribuer ces actifs aux termes de l'approche autorisée de l'OCDE.

136. Lors de l'application de l'approche de la répartition du capital, il convient de prendre en compte le traitement des actifs en fiducie décrit aux paragraphes 61 et 62. Comme ces actifs ne peuvent pas servir à couvrir des activités extérieures à la juridiction dans laquelle se trouvent les fiducies, les prémices factuelles de l'approche de la répartition du capital ne vont pas être respectées. L'existence d'actifs en fiducie a une incidence sur l'utilisation de la méthode de la répartition pour attribuer à l'ES un montant de pleine concurrence d'actifs de placement. Cela appelle plusieurs remarques.

137. Tout d'abord, cette approche vise uniquement à attribuer à l'ES un montant global d'actifs de placement en fonction des risques assumés par l'établissement. Elle ne sert pas à identifier les actifs spécifiques à imputer, question que l'on abordera dans la partie consacrée à la détermination du rendement dégagé par l'ES sur ses actifs de placement. Ainsi, le fait que certains actifs de l'entreprise soient mis en fiducie dans un autre lieu ne signifie pas nécessairement qu'ils ne puissent être utilisés aux fins du calcul du total des actifs de placement de l'entreprise en fonction de l'ensemble des risques qu'elle assume (c'est-à-dire de l'une des étapes de la méthode de répartition du capital).

138. Deuxièmement, l'approche autorisée de l'OCDE s'emploie à identifier le lieu où est assumé le risque d'assurance, qui constitue la fonction entrepreneuriale essentielle de prise de risque ; il en découle que, dans certaines circonstances, le lieu où ce risque est considéré comme pris en charge d'un point de vue fiscal peut différer de celui où il est enregistré à des fins réglementaires. Bien que de telles différences soient exceptionnelles, elles expliquent pourquoi l'attribution d'actifs de placement à un ES en vertu de l'approche autorisée de l'OCDE ne saurait dépendre totalement des exigences réglementaires imposant de détenir certains actifs en fiducie en des lieux particuliers. Par exemple, le fait que des actifs de placement soient mis en fiducie dans le pays de l'ES ne signifie pas nécessairement que le montant leur correspondant soit attribué à l'ES en vertu de l'approche de la répartition du capital si cela ne correspond pas à une répartition de pleine concurrence appropriée au niveau de risque assumé par l'ES (ce qui peut par exemple être le cas si la fonction entrepreneuriale essentielle consistant à assumer les risques couverts par ces actifs est exercée ailleurs).

139. De même, lorsque la fonction entrepreneuriale essentielle de prise de risque est exercée dans la juridiction de l'ES, l'absence de réglementation exigeant de détenir des actifs en fiducie dans cette juridiction ne saurait empêcher que des actifs de placement soient alloués à l'ES en vertu de l'approche de la répartition du capital. En outre, le fait que cette entreprise dispose en d'autres lieux que cet ES d'actifs en fiducie qui, d'un point de vue réglementaire, couvrent des risques qui sont fiscalement considérés comme assumés par l'ES, ne saurait empêcher qu'un montant approprié de ces avoirs ne soit alloué à l'ES en vertu de l'approche de la répartition du capital (ces actifs étant effectivement disponibles pour couvrir le risque pris en charge par l'ES).

140. En théorie, un problème pourrait se poser lorsque, en dépit d'une convergence des conclusions fiscales et réglementaires quant au lieu où le risque est considéré assumé, le montant des actifs de placement mis en fiducie dans des juridictions autres que celle de l'ES ne permet pas de disposer d'un volume « disponible » d'actifs de placement de l'entreprise suffisant à assurer une répartition adéquate de ces actifs en vertu de l'approche de la répartition du capital, si les actifs en fiducie étaient considérés comme non disponibles pour l'ES. Bien qu'une telle situation soit très improbable, elle justifierait de moduler de manière appropriée la méthode de répartition (c'est-à-dire de réduire le volume d'actifs de placement alloués à l'ES afin de tenir compte du fait que les actifs disponibles de l'entreprise sont insuffisants). Toutefois, lorsqu'un tel aménagement aboutirait à ce que l'ES dispose d'un montant d'actifs de placement inférieur à celui qui serait détenu par une entreprise d'assurance menant des activités et assumant des risques analogues ou identiques, dans des conditions également analogues ou identiques, cela indiquerait que l'approche de la répartition du capital n'a pas produit dans ce cas particulier un résultat de pleine concurrence et qu'il convient donc de ne pas l'utiliser.

141. Une autre difficulté pourrait en théorie se présenter lorsque, en dépit d'une convergence des conclusions fiscales et réglementaires quant au lieu où le risque est considéré assumé, le montant des actifs de placement devant être mis en fiducie dans la juridiction de l'ES (représentant les réserves et l'excédent minimum) est supérieur à celui des actifs de placement qui seraient alloués à l'ES en vertu de l'approche de la répartition du capital. En pratique, cela ne posera souvent pas problème, le montant des réserves et de l'excédent minimum détenu en fiducie pouvant être inférieur au montant des actifs de placement qui aurait été imputé à cette juridiction si l'ensemble des actifs de placement de la société d'assurance était pris en compte. En conséquence, il pourrait être toujours nécessaire d'affecter à l'établissement stable davantage d'actifs de placement que ceux que représentent les actifs en fiducie. À cet égard, les réserves et l'excédent minimum détenus sous la forme d'actifs en fiducie sont traités de la même manière que le capital minimum réglementaire dans le domaine bancaire. Lorsque, toutefois, le montant des réserves et de l'excédent minimum détenus sous la forme d'actifs en fiducie dans la juridiction de l'ES est supérieur à celui des actifs de placement qui seraient alloués à l'ES en vertu de l'approche de la répartition du capital, et qu'il n'existe aucun conflit entre l'attribution du risque à l'ES à des fins fiscales et à des fins réglementaires, le résultat de pleine concurrence consisterait à attribuer à l'ES ces actifs fiduciaires, ces derniers correspondant au montant des actifs que l'établissement stable devrait détenir s'il constituait une entreprise distincte.

142. Les assureurs vie peuvent gérer des actifs qui, affectés à des comptes distincts, correspondent à des clients spécifiques. Ils sont davantage assimilables à des placements, l'assureur jouant alors pour ses clients le rôle d'un gestionnaire de portefeuille. Lors de la répartition des actifs de placement au sein de l'entreprise multinationale, il convient de tenir compte de ces actifs affectés à des comptes distincts (appelés également, selon la juridiction, actifs de fonds juridiquement distincts ou d'unités de compte), dans la mesure où ils peuvent être utilisés par l'assureur pour régler les sinistres ou couvrir les risques.

143. Comme on l'a vu dans la Partie II (paragraphe 95), l'attribution de capital aux termes des approches « standardisées » des actifs pondérés en fonction des risques prévue par l'Accord de Bâle apparaît comme une approximation raisonnable d'un résultat de pleine concurrence fondé sur une attribution convenable à chaque division de l'entreprise bancaire des actifs pondérés par le risque relatif. Dans le secteur des assurances, l'absence de norme réglementaire internationalement acceptée rend d'autant plus difficile de définir une méthode qui, tout en se rapprochant suffisamment d'un résultat de pleine concurrence, conserverait le principal avantage d'une approche standardisée fondée sur la réglementation, à savoir que les actifs de placement attribués à chaque division de l'entreprise, une fois cumulés, seraient équivalents à ceux de l'entreprise. Le reste de cette sous-section examinera un certain nombre de critères possibles pour l'attribution de l'excédent à un ES de manière à se rapprocher d'un résultat de pleine concurrence pour une entreprise exerçant des activités d'assurance.

1. Réserves pour risque d'assurance

144. Une éventuelle clé de répartition du total des actifs de placement consisterait à utiliser le niveau relatif de réserves pour risques d'assurance dans chaque division de l'entreprise. Toutefois, cela soulève quelques difficultés. Les obligations réglementaires applicables à ces réserves diffèrent beaucoup d'un pays à l'autre, certains étant plus stricts que d'autres (exigeant, par exemple, des réserves pour catastrophe ou égalisation) alors que d'autres n'en demandent pas du tout. De plus, un problème particulier se pose dans le cas des rentes variables (assurance vie variable en unités de compte) qui comportent peu de risques pour l'assureur mais exigent de très importantes réserves au titre des engagements vis-à-vis des titulaires de police.

145. Si l'on utilise les réserves pour risque d'assurance, il faut décider de quel pays, celui d'accueil ou d'origine, on appliquera la réglementation. Autre problème découlant de l'utilisation des règles du pays d'accueil, il pourrait bien exister un arbitrage quant à sa politique réglementaire en matière d'obligations de

réserves et d'excédent. Par exemple, si des règles rigoureuses en matière de réserves pour risques d'assurance sont prescrites, l'excédent qu'il est nécessaire de détenir devient moins important et *vice versa*. Par conséquent, avec la méthode du pays d'accueil, les actifs de placement seraient sur-attribués aux pays où la réglementation met l'accent sur les réserves plutôt que sur l'excédent.

146. Selon toute vraisemblance, les réserves d'assurance (ou engagements) apparaissant sur les livres et pièces du siège peuvent servir de clé pour répartir le montant global des actifs de placement de la société entre ses différentes divisions et ajuster ces actifs de placement, si nécessaire, en fonction des différences significatives susceptibles d'exister entre les activités d'assurance menées par l'ES et par les autres divisions de l'entreprise. Les livres et pièces tenus par les sociétés d'assurance aux fins de la réglementation et de la comptabilité générale respectent des critères normalisés et présentent le montant des réserves détenues pour couvrir leurs activités d'assurance à l'échelle mondiale. En règle générale, le montant de l'excédent conservé par une compagnie au titre de son activité d'assureur est égal au total de ses actifs de placement moins ses réserves d'assurance. Une des méthodes utilisées pour l'attribution de capital à un ES d'une entreprise bancaire, présentée à la Partie II de ce Rapport, se fonde sur une comparaison entre le risque relatif des actifs de l'ES par rapport aux actifs détenus par l'entreprise bancaire dans son ensemble. On pourrait, en appliquant une méthode assez analogue aux entreprises d'assurance de la Partie IV, allouer la globalité des actifs de placement aux réserves (engagements) d'un ES d'assurance en se fondant sur le risque relatif des réserves de l'ES par rapport aux autres réserves appartenant à l'entreprise d'assurance. Bien sûr, on ne peut utiliser un tel critère que lorsque la réglementation du pays d'origine exige que les réserves soient calculées pays par pays en fonction de ceux où l'entreprise assume un risque d'assurance, ou lorsqu'elle s'appuie, pour évaluer les réserves, sur une méthodologie pouvant être aménagée pour établir une telle ventilation par pays.

147. Une part du total des actifs de placement de la société d'assurance est tout d'abord attribuée à un ES donné, en fonction de sa part des réserves globales de la compagnie. Ce montant est ensuite ajusté en fonction du niveau de risque relatif des activités de cet ES par rapport aux activités menées par les autres divisions de la société. La nature même de ces ajustements ainsi que leur portée va nécessairement dépendre des faits et circonstances, notamment de l'évaluation par la société du risque d'assurance plus ou moins important assumé par l'ES. À la différence par exemple des activités bancaires internationales, régies par l'accord de Bâle, le secteur de l'assurance n'est soumis à aucune norme universellement reconnue pour ce qui est de l'évaluation du risque relatif associé aux réserves. Il s'ensuit que l'on ne dispose d'aucun critère uniforme pour attribuer les réserves (engagements) et l'excédent (capitaux propres) à un ES d'assurance, contrairement à ce qui est le cas pour l'attribution des risques puis du capital à un établissement stable bancaire. Cela étant, de nombreux pays ont élaboré ou élaborent des méthodes permettant de déterminer le risque relatif associé aux réserves d'assurance. Ces techniques pourraient permettre d'affecter un volume approprié d'actifs de placement à l'ES d'assurance.

148. Utiliser comme critère de répartition les réserves apparaissant dans les livres et pièces du siège (sous réserve des ajustements décrits ici) peut, pour autant que cela soit possible, présenter un certain nombre d'avantages pratiques. Ces réserves sont calculées en vertu de règles uniformes et sont utilisées aux fins de l'exploitation de l'entreprise comme du respect de la réglementation. Elles devraient donc constituer une estimation raisonnable des engagements économiques qui, du point de vue de la société, de ses actionnaires et créanciers et des autorités de tutelle, découlent du risque d'assurance assumé par la société pour le compte de tiers. Dans certains cas, les livres et pièces tenus par le siège constituent les seuls documents comptables disponibles pour l'évaluation des réserves et de l'excédent de l'ES, notamment lorsque c'est le pays d'origine qui réglemente les activités d'assurance menées dans le pays d'accueil (par exemple entre États membres de l'UE). Dans de tels cas, l'ES ne prépare aucun document réglementaire susceptible de servir de point de départ à l'évaluation du montant des réserves et de l'excédent qu'il détient.

2. Primes

149. Traditionnellement, certains pays utilisent les primes comme clé de répartition lorsqu'ils appliquent la méthode de l'article 7(4) de sorte qu'il convient à tout le moins d'examiner s'il serait possible d'utiliser les primes comme clé de répartition du total des actifs de placement tout en satisfaisant au principe de pleine concurrence. À l'évidence, dans certaines situations, cela donnerait un résultat incorrect, surtout si ce critère sert à attribuer des actifs de placement couvrant des types d'activité différents alors qu'il n'existe pas de lien analogue entre le niveau des primes et les actifs de placement (en particulier, entre le niveau des primes et les actifs correspondant à l'excédent). Par exemple, l'assurance contre des événements extrêmement improbables mais potentiellement catastrophiques, comme les tremblements de terre, exigerait la même prime que l'assurance automobile, mais elle nécessiterait un excédent, et donc des actifs de placement, bien plus importants. Toutefois, on peut envisager l'utilisation des primes pour des types d'activité analogues s'il est vraisemblable qu'il existe un lien direct entre le montant de la prime et les actifs de placement, par exemple pour la vente de produits d'assurance normalisés commercialisés dans quelques pays seulement.

3. Autres méthodes réglementaires et hybrides

150. D'autres mesures réglementaires, telles que les marges de solvabilité, les exigences d'actifs minimums, etc., pourraient servir de clés de répartition du total des actifs de placement. De plus, on pourrait adopter les méthodes de quasi sous-capitalisation/minimum réglementaire ou de sous-capitalisation/fonds propres réglementaires minimums ajustés décrites dans les sous-sections ci-après, non pas en tant que telles mais comme clés de répartition du total effectif des actifs de placement (méthodes hybrides). Par exemple, on pourrait attribuer le total effectif des actifs de placement de l'entreprise en fonction de l'excédent minimum requis dans chacune de ses divisions. Ces méthodes sont analysées plus en détail dans la sous-section ci-après consacrée à la quasi sous-capitalisation.

4. Conclusion provisoire sur l'approche de la répartition du capital

151. Le choix d'une méthode appropriée pour répartir le total des actifs de placement de manière à atteindre un résultat de pleine concurrence dépendra des faits et circonstances. Mais à l'évidence, il est peu probable qu'on trouvera une clé de répartition unique dans le cas d'une société d'assurance diversifiée.

152. En outre, il convient de rappeler que l'approche autorisée de l'OCDE attribue le risque et les actifs de placement conformément au principe de pleine concurrence, au lieu de suivre les approches réglementaires pour mesurer les risques ou déterminer les actifs. Il conviendra de suivre attentivement les évolutions de la réglementation pour s'assurer que d'éventuels changements n'affectent pas la fiabilité d'une approche réglementaire pour mesurer les risques imputables à un ES d'assurance dans le cadre du principe de pleine concurrence.

c) Approche fondée sur la sous-capitalisation/le minimum réglementaire ajusté

153. Une autre approche autorisée de l'OCDE est celle de la sous-capitalisation. Elle consiste à attribuer des actifs de placement à un ES d'assurance en se référant au montant des actifs de placement d'une société d'assurance indépendante menant des activités et assumant des risques analogues ou identiques, dans des conditions également analogues ou identiques. Les atouts et faiblesses de cette approche sont évoqués dans la Partie I à la Section D-2(v) et dans la Partie II à la section D-1(iii). Les mêmes problèmes risquent fort de se poser pour les sociétés d'assurance.

154. Les commentateurs ont notamment proposé que le montant des réserves et de l'excédent apparaissant sur les déclarations réglementaires de l'ES puisse être considéré comme le montant approprié d'actifs de placement attribuables à l'ES au titre de l'approche autorisée de l'OCDE. Comme on le verra

ci-après à la sous-section (d), le montant des réserves et de l'excédent réglementaires de l'ES ne constitue pas nécessairement un critère pertinent aux fins de l'approche autorisée car il pourrait ne pas correspondre, au regard des engagements pondérés par les risques, au montant de pleine concurrence des actifs de placement. Toutefois, une variante acceptable de l'approche de la sous-capitalisation pourrait consister à se baser sur le montant des réserves et de l'excédent indiqué dans les déclarations réglementaires de l'ES, en procédant ensuite aux ajustements nécessaires pour refléter la réalité économique. Manifestement, la nature et la fiabilité des éléments utilisés comme point de départ pour les ajustements nécessaires à une application convenable de cette approche seront fonction des faits et circonstances. Il convient de noter que, dans certaines situations, les réserves réglementaires et l'excédent minimum de l'ES peuvent correspondre à un montant de pleine concurrence sans que des aménagements significatifs ne soient nécessaires. Toutefois, l'essence même de la méthode du minimum réglementaire ajusté, qui la distingue de l'approche de la quasi sous-capitalisation/du minimum réglementaire présentée ci-après à la sous-section (d), réside dans le fait qu'une analyse doit être menée en vue de déterminer si des ajustements sont nécessaires pour parvenir à un résultat de pleine concurrence.

155. La nature comme la portée des ajustements apportés aux réserves réglementaires et à l'excédent de l'ES pourront varier. Par exemple, l'ES peut utiliser un montant sensiblement plus important d'actifs de placement pour mener ses activités d'assurance dans la juridiction d'accueil que les réserves et l'excédent minimum spécifiés dans ses déclarations, ce qui pourrait dans certains cas signifier qu'il a assumé dans le pays d'accueil davantage de risques que ce qu'il a indiqué aux fins de la réglementation. Dans l'idéal, les livres et pièces de l'ES devraient permettre d'identifier la nature des activités de l'ES ainsi que le volume d'actifs dont il doit disposer pour les mener. Des ajustements pourraient par exemple être nécessaires pour s'assurer que le montant des réserves et de l'excédent attribués à l'ES soit comparable à celui détenu par des entreprises d'assurance exerçant des activités analogues et acceptant des risques assurés analogues dans le pays d'accueil. Des aménagements pourraient également être requis pour s'assurer que le montant des actifs de placement alloué à l'ES ne soit pas excessif au regard du total des actifs de placement de la société d'assurance dans son ensemble.

d) Méthode du régime de protection - quasi sous-capitalisation - minimum réglementaire

156. Une autre possibilité consiste à exiger que l'ES détienne au moins des actifs de placement équivalant au cumul de ses réserves (calculé aux termes de la réglementation du pays d'accueil) et de l'excédent minimum requis aux fins de la réglementation (excédent minimum réglementaire), comme s'il s'agissait d'une entreprise indépendante menant des activités d'assurance dans le pays d'accueil (*méthode de la quasi sous-capitalisation*). L'excédent minimum réglementaire serait déterminé conformément aux normes réglementaires du pays d'accueil. Les normes réglementaires du domaine de l'assurance déterminent généralement le montant minimum de l'excédent qu'une société d'assurance doit détenir pour pouvoir exercer ses activités dans une juridiction particulière. En conséquence, il est utile de savoir ce qu'imposent ces normes et comment elles définissent leurs exigences afin de voir si elles peuvent servir à attribuer l'excédent, soit directement à titre de régime de protection sous la forme d'une méthode de quasi sous-capitalisation, soit indirectement à titre de clé de répartition dans le cadre de l'approche de la répartition du capital décrite ci-dessus. Ces méthodes diffèrent généralement par les modalités de calcul de l'excédent minimum, mais le montant requis sera étroitement lié à la nature des risques assumés.

157. L'incidence des différents types de risque assumés par l'entreprise sur l'excédent minimum requis, varie d'une juridiction à l'autre. C'est sans doute parce que dans certains cas, en particulier dans l'assurance-vie, des éléments tels que les risques inhérents aux actifs utilisés pour couvrir l'activité peuvent entrer en ligne de compte pour déterminer les réserves à constituer au titre des engagements vis-à-vis des titulaires de police. Plus on prend en considération ces risques dans ce domaine, moins il sera nécessaire de le faire dans l'évaluation de l'excédent nécessaire. Par exemple, les autorités de tutelle peuvent exiger qu'une société calcule ses réserves uniquement avec un taux de rendement sans risque comme celui

qu'offrent les obligations d'État, même si elle détient des placements en actions susceptibles de générer un meilleur rendement.

158. Il doit être possible de déterminer pour un ES donné le minimum d'actifs requis par les autorités de tutelle du pays d'accueil (bien qu'il y ait des problèmes dans l'Union européenne en raison de la libéralisation de la réglementation du pays d'accueil). Les autorités de tutelle surveillent en général les « actifs admis », c'est-à-dire ceux qui sont suffisamment liquides pour permettre de régler les indemnisations de sinistres. Soit les autorités demandent effectivement à l'ES de démontrer que le montant des actifs admis est disponible dans la juridiction, par exemple au sein d'une fiducie, soit leurs critères s'appliquent à l'ES. Il ne s'agit cependant peut-être pas du montant d'actifs de placement de pleine concurrence qu'il conviendrait de lui attribuer. De plus, cette méthode ne permet pas de savoir quels actifs satisfaisant au minimum réglementaire sont soumis à l'impôt, quels revenus et plus-values sont imposables, ni quel devrait être le taux de rendement de ces actifs (voir sous-section (f) ci-après).

159. Les comptes de l'ES peuvent également faire apparaître plus d'actifs que les réserves et l'excédent minimum strict exigé par les autorités de tutelle du pays d'accueil. De fait, si l'ES détient plus d'actifs que les réserves et l'excédent minimum requis, on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'ils apparaissent dans les comptes, parallèlement aux revenus et aux plus-values qu'ils dégagent, et ils pourront également être attribués à l'ES au titre de l'approche autorisée de l'OCDE. Mais les comptes de l'ES ne sont pas forcément tenus de manière à refléter la notion d'entreprises distinctes. Il faut partir de l'approche autorisée de l'OCDE pour décider des actifs, ainsi que des revenus et des plus-values correspondants, à attribuer à l'ES. Comme pour les banques, il conviendrait sans doute d'attribuer, dans des conditions de pleine concurrence, des réserves et de l'excédent (et donc des actifs) à l'ES d'assurance, même s'ils ne lui ont pas été attribués officiellement pour des raisons réglementaires ou autres.

160. La méthode de la « quasi sous-capitalisation/du capital réglementaire minimum » vise surtout à apporter un moyen administrativement simple de s'assurer que l'ES ne puisse pas détenir un volume d'actifs inférieur aux réserves réglementaires et à l'excédent minimum réglementaire d'une entreprise indépendante exerçant des activités d'assurance dans la même juridiction. Il ne s'agit pas d'une approche autorisée de la répartition des actifs de placement dans la mesure où elle laisse de côté d'importantes conditions internes de l'approche autorisée de l'OCDE, par exemple le fait que l'ES a généralement la même solvabilité que l'entreprise dans son ensemble. Toutefois, comme c'est le cas pour la méthode d'attribution du capital comparable décrite aux Parties I-III, elle pourrait être acceptée à titre de régime de protection du pays d'accueil, technique satisfaisant également à l'Approche autorisée dès lors qu'elle n'aboutit pas à l'attribution à l'établissement stable de bénéfices plus élevés que ce qui résulterait d'une approche autorisée. Souvent, l'utilisation de la méthode de la quasi sous-capitalisation/du capital minimum réglementaire en tant que régime de protection national conduirait à ce que le pays d'accueil pratique une imposition moins lourde qu'avec les approches de la répartition du capital/du minimum réglementaire ajusté.

e) Conclusion sur l'attribution des actifs de placement à l'ES

161. La répartition des actifs de placement correspondant aux réserves et à l'excédent entre les divisions d'une entreprise opérant dans le secteur de l'assurance est une étape décisive du processus d'attribution des bénéfices à son ES. En particulier, elle détermine largement le revenu de placement que l'ES est censé enregistrer. Pour les entreprises d'assurance, l'excédent remplit une fonction analogue à celle du capital pour les autres entreprises. Un ES d'assurance doit donc, tout comme n'importe quel autre type d'ES, détenir en sus de ses réserves un excédent suffisant pour couvrir les fonctions qu'il exerce, les actifs qu'il met en œuvre et, surtout, les risques, notamment d'assurance, qu'il assume. Pour cette raison, la méthode d'attribution des actifs de placement correspond à une étape importante si l'on veut éviter ou atténuer la double imposition.

162. Le processus de consultation sur les Parties I-III a montré qu'un consensus international se dégageait, parmi les gouvernements et les entreprises, sur le principe selon lequel un ES doit disposer de suffisamment de capital pour financer les fonctions qu'il prend en charge, les actifs qu'il met en œuvre et les risques qu'il assume. Néanmoins, il est impossible d'élaborer une seule approche acceptée sur le plan international pour procéder à cette attribution de capitaux, notamment de capital « libre ». Comme le montre l'analyse qui précède, il n'existe pas d'approche unique pour traiter toutes les situations dans lesquelles se trouve une entreprise d'assurance ni, par conséquent, pour attribuer des actifs de placement à un ES d'assurance.

163. Les travaux de l'OCDE au titre de cette partie IV s'attachent plutôt à énoncer les principes de cette attribution et à définir des lignes directrices sur l'application de ces principes, et ce, de manière souple et pragmatique. De ce point de vue, même si chacune des approches autorisées décrites dans cette section est à même de produire un résultat de pleine concurrence, ce n'est pas le cas dans certaines situations et il faut donc sans doute faire preuve de souplesse, tout en cherchant parallèlement à minimiser les phénomènes de double imposition.

164. Cependant, il y aura certainement des cas où les administrations fiscales ne parviendront pas à s'entendre pour déterminer si les résultats de la méthode employée par le pays d'accueil sont compatibles avec le principe de pleine concurrence. La procédure amiable permet de régler ces différends. La nécessité de recourir à la procédure amiable n'est pas synonyme de faiblesse de l'approche autorisée de l'OCDE. Elle montre plutôt qu'il peut être très difficile et complexe d'attribuer des actifs de placement à un ES d'assurance. L'approche autorisée de l'OCDE décrit les atouts et les faiblesses de différentes approches et offre donc un cadre pour résoudre les cas difficiles.

f) Détermination du rendement des actifs de placement attribués à l'ES

165. La détermination du montant des actifs de placement à attribuer à l'ES (selon la définition de la présente partie) n'est pas un but en soi. Il faut ensuite décider de la rémunération à leur attribuer. À cet égard, il s'agit de savoir dans quelle mesure la méthode adoptée pour établir le montant des actifs de placement permet d'identifier directement tous les actifs couvrant le risque d'assurance. Si cela est impossible (par exemple lorsque sont utilisées les approches de la répartition du capital ou de la sous-capitalisation/du minimum réglementaire ajusté) il faudra élaborer des méthodes à cet effet.

166. En règle générale, le rendement dégagé par les actifs de placement (réserves et excédent) qui peuvent être attribués à l'ES doit correspondre étroitement à celui des actifs de placement effectivement détenus dans le pays d'accueil (actifs en fiducie y compris) pour couvrir les contrats d'assurance vendus par l'ES compte tenu du fait que certains de ces actifs peuvent ne pas dégager de revenus (voir le paragraphe 51). Si la juridiction de l'ES exige que l'entreprise non résidente place des actifs particuliers dans une structure fiduciaire, il conviendrait d'attribuer à l'ES le revenu de placement afférent à ces actifs dans la mesure où un établissement stable exerce en ce lieu la fonction entrepreneuriale essentielle de prise de risque. Toutefois, il faudra toujours déterminer un rendement pour le placement des actifs attribués à cette juridiction en sus des actifs effectivement détenus par l'ES et comptabilisés dans ses livres. Aux fins d'une plus grande certitude, la constatation de revenus d'investissement sur les actifs attribués n'est pertinente que dans le cadre de l'attribution de bénéfices à l'ES en vertu de l'article 7 et n'emporte pas d'implications plus larges s'agissant, par exemple, des prélèvements à la source, qui ne relèvent pas de la portée du présent Rapport (voir également le paragraphe 14 de la Partie I de ce Rapport).

(1) Utilisation d'un processus « descendant » pour déterminer le rendement des actifs supplémentaires

167. Lorsque le montant des actifs de placement attribuables à l'ES est supérieur à celui des actifs de placement effectivement détenus dans le pays d'accueil, il convient dans l'idéal d'affecter à l'ES un taux

de rendement égal (compte tenu des actifs ne donnant pas lieu à revenus) à celui qui est dégagé par tous les actifs de placement détenus par la société et ne devant pas, pour couvrir les activités, être mis en fiducie dans d'autres pays, ces actifs pouvant être désignés par le terme d'actifs de placement « disponibles » (il s'agit là d'une méthode « descendante » de détermination du rendement de ce montant supplémentaire d'actifs de placement). Le calcul du rendement à appliquer, en vertu de l'approche autorisée de l'OCDE, aux actifs de placement « disponibles » d'une société d'assurance peut toutefois présenter des difficultés particulières. Une méthode pratique pourrait consister à estimer qu'il est simplement égal au taux de rendement dégagé par l'ensemble des actifs de placement détenus par la compagnie. Dans tous les cas, des ajustements seront peut-être nécessaires pour éviter une distorsion des rendements du fait de placements dans des actifs enregistrant de moins bonnes performances ou une évolution négative, ou encore libellés dans des monnaies de pays à forte inflation.

168. Une variante de l'approche « descendante » pourrait chercher à établir le rendement des catégories d'actifs « disponibles » de la société d'assurance qu'il semble le plus approprié d'associer à l'ES, à la lumière de la nature du risque d'assurance assumé par l'établissement stable. La détermination de la nature des actifs à attribuer à l'ES dépendra des faits et circonstances propres à chaque société ; outre les comptes de l'ES, un certain nombre de facteurs pourront fournir des indications à cet égard. Chaque type d'activité d'assurance requiert des types d'actifs différents. Il est par exemple possible de couvrir largement certaines catégories d'assurance vie par des placements en actions alors que, lorsque des rentes viagères sont versées, les compagnies pourront s'appuyer sur des obligations d'État ou d'autres valeurs obligataires moins risquées dont le profil de rendement correspond aux profils de versement des rentes attendus. En outre, les autorités de tutelle restreignent fréquemment la nature, la qualité et la quantité de chaque type d'actif qui peut être détenu par l'ES, un facteur qu'il convient également de prendre en compte pour déterminer quels actifs et quel rendement peuvent être attribués à l'ES.

169. Pour établir le rendement des catégories d'actifs de placement « disponibles » qu'il semble le plus approprié d'associer à l'ES, on peut également se fonder sur la devise des actifs. Les réglementations du secteur de l'assurance insistent généralement sur le fait que les actifs et les engagements doivent pour l'essentiel être libellés dans une même monnaie, afin d'éviter une exposition excessive au risque de change. C'est pourquoi il convient, pour identifier les actifs dont le rendement doit être pris en compte aux fins de la détermination du rendement de l'ES sur ses actifs disponibles, de tenir compte de la monnaie de libellé des actifs, mais également de toute couverture connexe des risques de change, afin de s'assurer que les actifs appropriés soient attribués à l'ES avec un taux de rendement de pleine concurrence.

(2) Utilisation d'un processus « ascendant » pour déterminer le rendement des actifs supplémentaires

170. Une autre méthode, plus directe, pourrait postuler que le taux de rendement dégagé par les actifs de placement détenus dans le pays d'accueil de l'ES d'assurance correspond à celui des actifs « disponibles » théoriquement attribués à l'ES pour qu'il dispose des actifs de placement requis en sus de ceux qu'il détient effectivement. Les résultats des processus « ascendant » ou « descendant » constituent nécessairement des indications indirectes du rendement effectif des actifs de placement « libres ».

iv) Réassurance externe

171. Le fait qu'entreprise dont l'ES fait partie se réassure auprès d'une entité distincte (« réassurance externe »), pourrait avoir plusieurs effets sur la détermination des bénéfices de l'ES en vertu de l'approche autorisée de l'OCDE. Un problème est associé à l'attribution du coût de la réassurance externe (c'est-à-dire, les primes versées) au sein de l'entreprise. Conformément à l'approche de l'entreprise fonctionnellement distincte, l'ES doit supporter le coût de la réassurance externe dans la mesure où la réassurance apporte un bénéfice potentiel à l'ES du fait de la cession du risque d'assurance assumé par cet établissement stable (voir, exemple, le paragraphe 129 de la Partie I). La difficulté d'apprécier cet élément

dépendra des faits et circonstances. Cela sera relativement simple dans certains cas (notamment pour la réassurance facultative ou certaines formes de réassurance proportionnelle), mais bien plus difficile dans d'autres (notamment pour la réassurance en excédent de sinistres). Il est évident qu'aucune méthode unique ne serait appropriée pour allouer les coûts de la réassurance externe à un ES dans toutes les situations, et les contribuables et autorités fiscales sont incités à aborder cette tâche de manière flexible et pragmatique, en recherchant toujours une approche raisonnable satisfaisant au principe de pleine concurrence et minimisant le risque de double imposition.

172. Une question connexe porte sur la mesure dans laquelle l'achat de réassurance externe par l'entreprise justifie, toutes choses égales par ailleurs, une réduction des réserves et/ou de l'excédent de l'ES, avec par conséquent une réduction du total des actifs de placement que l'ES doit détenir en vertu de l'approche autorisée de l'OCDE. Là encore, la réduction appropriée dépendra des faits et circonstances propres à chaque cas.

173. Une troisième question porte sur l'attribution des montants reçus des réassureurs externes par l'entreprise dont l'ES fait partie. Comme pour les coûts, il serait assez simple de déterminer une base appropriée pour répartir ces sommes concernant la réassurance facultative ou proportionnelle, mais bien plus difficile dans d'autres cas, et aucune méthode de répartition unique ne conviendrait à toutes les situations. Il est là aussi nécessaire de disposer d'une approche flexible et pragmatique visant à atteindre un résultat de pleine concurrence et à éviter la double imposition.

v) *Constatation des opérations*

174. Comme on l'a noté au paragraphe 210 de la Partie I, un ES n'étant ni juridiquement ni économiquement distinct du reste de l'entreprise dont il fait partie et ses opérations avec le reste de l'entreprise n'ayant aucune conséquence juridique sur l'entreprise dans son ensemble, il est inutile de surveiller plus attentivement ces opérations que les transactions existant entre deux entreprises associées. Il est donc nécessaire d'examiner plus attentivement la documentation (en l'absence inévitable, par exemple, de contrats juridiquement contraignants) qui pourrait exister par ailleurs. Au vu du caractère exceptionnel de cette problématique, les pays pourraient exiger des contribuables qu'ils démontrent clairement que la prise en compte de l'opération est justifiée. En définitive, il faudra dans un premier temps évaluer s'il existe des opérations avec l'ES avant de décider si ladite opération, telle que constatée, peut servir de base à l'analyse utilisée pour calculer une affectation de bénéfices satisfaisant au principe de pleine concurrence.

175. On a vu dans les Parties II et III du présent Rapport que des problèmes peuvent surgir lorsqu'on applique les lignes directrices de la Partie I aux opérations portant sur des actifs et des risques financiers, compte tenu de la nature des entreprises financières. On se heurte à des difficultés analogues dans l'assurance. Le métier d'assureur consiste à prendre en charge le risque de sinistres résultant de la réalisation (ou du moment de la réalisation) d'événements échappant au contrôle de l'assuré. Pour être en mesure d'assumer ce risque d'assurance, les compagnies mutualisent les risques assurés entre de nombreuses personnes présentant une aversion au risque moyennant le paiement par l'assuré d'une prime à l'assureur. Pour accepter les risques assurés et assumer le risque d'assurance correspondant, l'assureur détient des actifs financiers, qui produisent un revenu d'investissement.

176. Une fois que le seuil est dépassé et que l'existence d'une opération est reconnue, l'approche autorisée de l'OCDE applique, par analogie, les conseils donnés aux paragraphes 1.26-1.29 et 1.36-1.41 des Principes directeurs. Ces indications s'appliquent non pas à des transactions, mais aux opérations intervenues entre l'ES et d'autres divisions de l'entreprise. Par conséquent, l'examen d'une opération doit se fonder sur l'opération effectivement intervenue entre l'ES et l'autre division de l'entreprise telle qu'ils l'ont montée, selon les méthodes utilisées par le contribuable pour autant qu'elles soient conformes à celles qui

sont exposées aux chapitres II et III des Principes directeurs. Excepté dans les deux cas précisés au paragraphe 1.37, l'administration fiscale devrait appliquer les conseils du paragraphe 1.36 des Principes directeurs pour l'attribution d'un bénéfice à un ES et, donc, « ne devrait pas faire abstraction des *opérations* effectives ni leur substituer d'autres *opérations* ».

vi) *Réassurance interne*

177. L'« opération » éventuelle qui semble poser à première vue le plus de problèmes est la « réassurance » dans le cadre d'une seule et même entité juridique. Cela étant, la ligne directrice donnée dans la Partie I apporte une réponse raisonnable à ces difficultés.

178. L'achat de réassurance à des sociétés de réassurance apparentées ou non est une opération courante pour une société d'assurance. Elle permet aux assureurs de gérer leur risque de souscription et de placement. Elle leur donne également la possibilité de « libérer » de l'excédent (c'est-à-dire de réduire le montant de l'excédent nécessaire pour couvrir les activités réassurées) et de réduire leurs réserves, et, par conséquent, de vendre plus de contrats d'assurance.

179. Dans le cadre de l'approche autorisée de l'OCDE, aucune opération relevant d'un transfert interne de la propriété économique de contrats d'assurance ou du risque d'assurance connexe ne peut être prise en compte comme telle tant que l'on ne peut pas démontrer qu'une autre division de l'entreprise a exercé la fonction entrepreneuriale essentielle correspondante de prise de risque. Généralement, la fonction de gestion des risques consistant à décider quand réassurer des contrats qui, détenus par une entreprise, sont exécutés après la prise en charge des risques (en l'absence ou non de réassurance interne) n'implique pas une décision suffisamment active pour être considérée comme une fonction entrepreneuriale essentielle de prise de risque. Ainsi, généralement, le fait d'exercer une telle fonction ne donne pas lieu à un transfert de la propriété économique des contrats d'assurance, ou du risque d'assurance connexe, vers le lieu où elle est assumée. Cette prise en charge devrait plutôt conduire à constater une opération de prestation de services, rémunérée par une commission de pleine concurrence qui est parfois définie en fonction des profits que les contrats ont permis de dégager.

C-2. *Seconde étape : calculer les bénéfices de l'entreprise distincte fictive (en fonction d'une analyse de comparabilité)*

180. Comme on l'a vu à la Section C-1 de cette Partie, l'analyse fonctionnelle et factuelle de la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE aura permis de formuler l'hypothèse selon laquelle l'ES et le reste de la société d'assurance constituent des entreprises associées qui, chacune, exercent des fonctions, mettent en œuvre des actifs et encourent des risques. En vertu de la première étape, des actifs de placements d'un montant approprié, comme ceux qui résultent du placement des réserves et de l'excédent, auront aussi été attribués à la partie de l'entreprise qui assume la fonction entrepreneuriale essentielle consistant à assumer le risque d'assurance. En outre, pour parvenir pleinement à envisager l'ES comme une entreprise distincte, il aura été nécessaire d'identifier les « opérations » internes qu'elle réalise avec le reste de l'entreprise dont elle fait partie et d'en déterminer la nature.

181. La seconde étape de l'approche autorisée de l'OCDE consiste à appliquer, par analogie, les conseils donnés dans les Principes directeurs à toutes les relations économiques (« opérations ») entre les entreprises distinctes fictives, c'est-à-dire entre l'ES et le reste de la société d'assurance. Par exemple, bien que le risque d'assurance et les actifs qui le couvrent puissent être attribués à l'ES du pays A du fait que l'établissement stable y a exercé la fonction entrepreneuriale essentielle conduisant à assumer ce risque, il se peut que d'autres divisions de l'entreprise aient exercé d'autres fonctions, tels que des services de gestion pour le placement de ces actifs, ou qu'elles aient fourni des actifs incorporels de valeur, etc. Ces fonctions ou actifs incorporels doivent être rémunérés de façon à attribuer à l'ES du pays A un bénéfice de

pleine concurrence, en utilisant l'une ou l'autre des méthodes autorisées par les Principes directeurs. L'approche autorisée de l'OCDE consisterait alors à recenser tous les revenus associés aux risques assurés et aux actifs de placement correspondants dans les comptes de l'ES du pays A, l'ES étant considéré ici comme le « propriétaire économique » du portefeuille de risques et des actifs correspondants, et à lui attribuer pour ces opérations des charges constituant une rémunération de pleine concurrence des fonctions exercées par les autres divisions de l'entreprise. Plus précisément, la notion d'analyse de comparabilité sera utilisée pour attribuer les bénéfices découlant de ces « opérations » en se fondant une comparaison avec les transactions réalisées entre entreprises indépendantes. Il convient en outre de noter qu'on ne part pas du présupposé que ces autres opérations sont, par nature, de faible valeur. Leur valeur sera déterminée par des analyses fonctionnelle et de comparabilité basées sur les faits et circonstances particuliers. On peut s'attendre à tout un éventail de résultats, depuis des opérations ordinaires de faible valeur jusqu'à des opérations qui aboutissent à une part du bénéfice résiduel du propriétaire économique.

182. Des lignes directrices d'ordre général sur la manière de procéder à de telles comparaisons se trouvent dans la Section D-3(iii) de la Partie I de ce Rapport. Cette section montre comment suivre ces lignes directrices pour résoudre des problèmes spécifiques à un ES exerçant une activité d'assurance.

i) *Application des méthodes de fixation des prix de transfert pour l'attribution de bénéfices*

183. Une fois établi qu'une opération a eu lieu et que, telle qu'elle a été montée par le contribuable, il n'y a pas lieu de la refuser ou de la redéfinir, il convient de déterminer si les bénéfices attribués à cette opération par la société d'assurance obéissent au principe de pleine concurrence. Pour ce faire, on applique par analogie les conseils donnés dans les Principes directeurs en matière de comparabilité au contexte de l'ES d'assurance. On compare les bénéfices tirés des *opérations* conclues au sein de la société d'assurance, aux *transactions* comparables réalisées entre entreprises indépendantes, en regard des cinq facteurs de détermination de la comparabilité présentés au chapitre I des Principes directeurs.

184. En outre, l'approche autorisée de l'OCDE prévoit que toutes les méthodes décrites dans les Principes directeurs sont applicables au contexte de l'ES afin d'établir les bénéfices attribuables compte tenu de l'opération, en référence à des transactions comparables sur le marché libre. En premier lieu, il convient d'examiner les méthodes transactionnelles traditionnelles pour voir si l'on dispose de données comparables provenant de transactions sur le marché libre. Dans ce contexte, il faut garder à l'esprit les conseils donnés aux paragraphes 2.7, 2.14 et 2.34 des Principes directeurs lorsque l'on constate des différences entre l'opération et la transaction sur le marché libre, avec respectivement les méthodes du prix comparable sur le marché libre, du prix de revente et du prix de revient majoré. Comme l'indique le paragraphe 2.7, une transaction sur le marché libre est comparable « si l'une des deux conditions suivantes est remplie : (1) aucune différence entre les transactions (*dans le contexte de l'établissement stable, entre la transaction sur le marché libre et l'opération interne*) faisant l'objet de la comparaison ou entre les entreprises effectuant les transactions n'est susceptible d'avoir une incidence sensible sur le prix d'un marché libre ; ou (2) des correctifs suffisamment exacts peuvent être apportés pour supprimer les effets matériels de ces différences ».

185. S'il est difficile de trouver un service présentant les caractéristiques d'une rédaction de contrat d'assurance, une société d'assurance n'en utilise pas moins nombre de services pour lesquels on peut trouver des services comparables, et elle emploie ses actifs financiers, c'est-à-dire qu'elle les investit, de la même manière que d'autres types d'entreprise. Les lignes directrices données au paragraphe 1.19 des Principes directeurs devraient donc s'appliquer aux services fournis aux sociétés d'assurance dans la plupart des cas.

186. Le second facteur de comparabilité, l'analyse fonctionnelle, peut s'avérer plus problématique. L'activité d'assurance fait appel à de nombreuses fonctions, qui ne s'exercent pas nécessairement dans un

ordre séquentiel. Le mouvement croissant de concentration dans le secteur réduit le nombre d'éléments de comparaison possibles. De plus, les opérations liées à ces fonctions peuvent s'organiser d'une manière différente des transactions réalisées entre entreprises indépendantes. Par exemple, les différentes divisions de l'entreprise peuvent se répartir les fonctions alors que des entreprises indépendantes les exerceraient toutes. Cela rend difficile d'évaluer séparément des opérations aussi intégrées et d'appliquer sans risque de se tromper l'une des méthodes transactionnelles traditionnelles. Ces problèmes se présentent également de plus en plus souvent pour les transactions entre entreprises associées, et le Chapitre III des Principes directeurs préconise d'adopter d'autres méthodes (méthodes transactionnelles de bénéficiaires) pour les situations où les méthodes transactionnelles traditionnelles du Chapitre II s'avèrent peu fiables. Heureusement, la tendance à l'externalisation de différentes parties de la chaîne de valeurs d'une activité d'assurance peut créer de nouveaux éléments de comparaison pour les fonctions externalisées.

187. En ce qui concerne le troisième facteur de comparabilité, les clauses contractuelles, aucune difficulté conceptuelle particulière n'apparaît dans le domaine de l'assurance, bien qu'il puisse exister des problèmes d'ordre pratique, en raison de l'absence de documents de même date ou d'autres preuves de l'intention des parties, etc. Il convient de suivre les lignes directrices générales données dans la Partie I du présent Rapport pour établir la répartition des responsabilités, des risques et des bénéfices entre les différentes parties prenantes à l'opération.

188. Dans certains pays, les documents manquent souvent sur les opérations internes, ce qui pose des problèmes pour en déterminer les clauses. Cependant, les entreprises associées ne communiquent souvent pas non plus les documents concernant les transactions et le paragraphe 1.28 des Principes directeurs aborde cette question. Ces indications peuvent être appliquées, par analogie, en considérant que les « clauses de l'opération interne » sont équivalentes aux « clauses contractuelles ». Par conséquent, « à défaut de dispositions écrites, les *conditions des relations contractuelles* entre les parties doivent être déduites de leur comportement ainsi que des principes économiques qui régissent habituellement les relations entre des entreprises indépendantes ».

189. Le quatrième facteur de comparabilité, la situation économique, revêt une importance particulière lors de l'attribution des bénéfices à un ES d'assurance. Conformément aux conseils donnés au paragraphe 1.30 des Principes directeurs, il faut tenir compte du fait que les différences de réglementations applicables à l'assurance peuvent avoir une incidence sur la comparabilité du marché. Par exemple, il serait erroné de considérer des données provenant d'un marché moins réglementé comme comparables aux opérations sur un marché qui l'est davantage, sans procéder à des corrections suffisamment exactes de ces différences réglementaires.

190. Il ne paraît pas y avoir de difficultés conceptuelles particulières pour appliquer la ligne directrice générale sur le dernier facteur de comparabilité, à savoir les stratégies des entreprises, pour attribuer des bénéfices à un ES d'assurance. La question est importante parce que la gestion stratégique de la société d'assurance détermine la nature, la taille et même la situation géographique des risques souscrits. Cela étant, l'analyse fonctionnelle prévue par la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE doit tenir compte des stratégies d'entreprise pertinentes et les avoir identifiées.

191. L'examen précédent repose sur la comparaison entre opérations internes individuelles et transactions individuelles sur le marché libre. Dans la pratique, l'activité d'une entreprise d'assurance porte généralement sur un grand nombre d'actifs financiers, de risques et d'opérations analogues. En conséquence, il peut être particulièrement judicieux d'appliquer au contexte de l'assurance les conseils relatifs à l'agrégation des transactions qui figurent au paragraphe 1.42 des Principes directeurs. Par exemple, on peut effectuer une analyse de comparabilité entre des opérations convenablement agrégées et des transactions sur le marché libre convenablement agrégées, par exemple un portefeuille d'actifs de placement étroitement liés et semblables.

ii) *Rémunération de fonctions d'assurance particulières*

192. Après avoir examiné en termes généraux dans la précédente sous-section la façon d'appliquer la seconde étape de l'approche autorisée de l'OCDE, pour attribuer des bénéfices à un ES d'assurance, cette sous-section étudie plus en détail plusieurs situations particulières, mais courantes.

a) *Souscription des risques assurés*

193. Comme on l'a vu dans la Section B-2(i), la fonction de souscription constitue l'un des principaux facteurs de l'acceptation des risques assurés et de l'obligation qui en découle de disposer d'actifs (excédent et réserves) pour couvrir les risques assurés. Par conséquent, elle joue un rôle essentiel dans l'assurance, car c'est d'elle principalement que dépendent l'acceptation ou non d'un risque par l'entreprise et le prix auquel celui-ci est assumé. Il faut donc considérer la division de l'entreprise qui s'avère avoir exercé cette fonction comme le « propriétaire économique » de la police d'assurance, auquel est imputable le revenu correspondant de souscription et de placement. Comme on l'a vu dans la Section B-2, une activité d'assurance nécessite beaucoup d'autres fonctions. Si celles-ci sont exercées par d'autres divisions de l'entreprise d'assurance, alors il existe des opérations qu'il faut prendre en compte de manière à les rémunérer. Le reste de la section examine ces opérations plus en détail.

194. Savoir exactement quelles fonctions équivalent à celle de souscription/acceptation de risques dépendra des faits et circonstances particuliers, par exemple dépendre des produits, du type d'activité et des moyens de distribution utilisés. Par exemple, une simple émission du contrat ou approbation « sans discuter » d'une décision prise ailleurs ne doit pas nécessairement être considérée comme l'exercice d'une fonction de souscription/acceptation de risques. L'essence de la souscription est dans la décision d'accepter le risque assuré, et tout dépend largement du type d'activité d'assurance. Pour les produits très normalisés, par exemple l'assurance voyage vendue dans des distributeurs automatiques dans les aéroports, la fonction de souscription/acceptation de risques n'est pas exercée par la machine mais par la personne qui a mis au point le produit et fixé les limites de la couverture.

b) *Gestion des risques et réassurance*

195. Dans la vaste majorité des cas, la fonction de gestion des risques consistant à décider de les réassurer auprès d'un intervenant externe ou de conserver les risques assumés par l'ES ne donnera par lieu à une opération de réassurance interne. La décision de réassurer les risques peut toutefois s'appuyer sur le conseil et l'analyse offerts par des spécialistes (par exemple, des actuaires) installés dans un autre site de la société d'assurance que dans « l'ES procédant à la réassurance ». Il faut considérer le coût de ces services comme une dépense légitime de la réassurance externe acquise par l'ES et imputer à des fins fiscales une rémunération de pleine concurrence à l'opération.

196. La gestion des risques et les fonctions apparentées telles que la gestion actif-passif peuvent constituer un facteur important de détermination de la rentabilité des sociétés d'assurance. Il convient donc de les rémunérer en conséquence. Il reste à savoir quelle forme cette rétribution doit prendre et en particulier s'il convient d'utiliser les méthodes fondées sur les bénéfices. Une analyse de comparabilité exhaustive devrait permettre de déterminer si ces dernières satisfont au principe de pleine concurrence. Les méthodes fondées sur les bénéfices pourraient être utilisées lorsque les méthodes transactionnelles traditionnelles se révèlent incapables d'attribuer correctement les bénéfices à la division de l'entreprise assumant les fonctions de gestion des risques. Cela pourrait être le cas lorsque des entreprises indépendantes s'acquittant de fonctions similaires de gestion des risques souhaitent recevoir une part des bénéfices ou lorsque la fonction de gestion des risques est si étroitement intégrée aux autres fonctions qu'il est impossible de l'évaluer séparément. Le montant alloué correspondrait à une part des bénéfices bruts ou nets.

197. La détermination du lieu où le risque opérationnel est géré pose également un problème. Le risque qu'un engagement puisse être contracté dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise, est assumé par la division qui est responsable de l'activité donnant lieu à ce risque opérationnel. Dans le cas d'un risque opérationnel créé par l'action illicite d'un employé, si ce dernier est sous la responsabilité d'un ES, c'est alors cet ES qui est considéré comme ayant assumé le risque. Les bénéfices générés par les fonctions liées à la prise de ce risque sont attribués à l'ES. Dans la mesure où le siège exerce des fonctions conduisant à assumer les risques opérationnels qui seraient autrement liés aux activités d'un ES, il doit être rémunéré en conséquence. Il est sans doute possible de trouver des éléments de comparaison pour ce type d'opérations, car les entreprises achètent désormais couramment à des tiers une assurance contre le risque opérationnel.

c) Gestion des actifs

198. En ce qui concerne les entreprises d'assurance, la gestion des actifs devrait soulever peu de difficultés conceptuelles. Ces entreprises sont en général bien plus prudentes en matière de placements que, par exemple, les banques, et peuvent, en vertu de leurs exigences en matière de congruence des actifs et des passifs, préférer des placements à long terme à la recherche de gains spéculatifs par des interventions permanentes sur le marché. Dans ces conditions, on devrait pouvoir trouver des éléments de comparaison adéquats pour les fonctions de gestion de placements auprès des organismes, par exemple les gestionnaires de fonds, qui offrent des services de gestion de portefeuille, bien que les conditions particulières à l'assurance obligent sans doute à procéder à des ajustements afin d'accroître la fiabilité de la comparaison.

199. Il convient de rappeler que conformément à l'approche autorisée de l'OCDE (et à celle que décrit la Section C-1(iii) de cette partie du Rapport), les actifs sont attribués à l'ES proportionnellement au niveau de risque d'assurance qu'il a accepté. Le risque restera donc au sein de l'ES, de manière à ce que la « propriété » des actifs servant à le couvrir, le revenu de placement correspondant, le risque de non-congruence actif/passif et le risque de marché (ou risque de rendement) y demeurent également. La division de l'entreprise qui gère les actifs doit donc se voir rétribuée comme il se doit pour la fonction de gestion des investissements, par celle qui est considérée comme le « propriétaire économique » de ces actifs. Cette rétribution doit être déterminée conformément aux Principes directeurs.

200. Il est possible que le siège « gère » explicitement le placement des actifs pour le compte de ses ES car il peut le faire plus efficacement qu'eux grâce à des économies d'échelle, son expertise, etc. Une telle organisation soulève certaines questions relatives à la rémunération de la fonction de gestion des placements au titre de la seconde étape de l'approche autorisée de l'OCDE.

d) Gestion et mise au point des produits

201. C'est l'analyse fonctionnelle et factuelle qui identifiera les divisions d'une entreprise chargées de la conception et de la mise au point de nouveaux produits, du développement de la clientèle à laquelle ces derniers sont destinés, et du calcul de la probabilité qu'un ES donné en fasse la demande ou en tire profit. En d'autres termes, l'analyse fonctionnelle et factuelle fera ressortir quelques faits saillants : quelles divisions de l'entreprise ont participé à la mise au point du produit ; s'agit-il d'un produit général, commercialisé par toutes les divisions de l'entreprise (et potentiellement par des tierces parties) ou au contraire d'un produit spécialisé, destiné à une clientèle limitée à certains ES.

202. Il convient d'attribuer une rémunération aux divisions de l'entreprise qui ont participé à la mise au point du produit. En général, suivant l'approche autorisée de l'OCDE, cette rétribution doit se faire à des conditions de pleine concurrence et être à la charge des divisions de l'entreprise qui bénéficient de la vente du produit. Néanmoins, la détermination du niveau des avantages retirés par un ES donné (et la question de savoir s'il faut rétribuer le responsable du développement du produit pour ces avantages)

repose sur les circonstances propres à chaque cas particulier. Dans de tels cas, il convient de suivre, par analogie, les conseils donnés aux Chapitres VI et VII des Principes directeurs (ou au Chapitre VIII si le produit a été mis au point au titre d'un accord s'apparentant à un ARC).

203. Une fois qu'on a décidé qu'un prix de pleine concurrence doit être attribué à l'opération, on peut trouver un élément de comparaison sur le marché, en fonction de la complexité et de la singularité du produit, en utilisant la méthode du prix comparable sur le marché libre. Faute de quoi, il sera peut-être nécessaire d'adopter d'autres méthodes autorisées par les Principes directeurs pour obtenir un prix de pleine concurrence.

e) Vente et commercialisation

204. Traditionnellement, la plupart des produits d'assurance sont vendus directement (c'est-à-dire « à chaque client individuellement ») par un agent ou un courtier. Si une division de l'entreprise commercialise le produit directement à des tiers avant de s'engager contractuellement à cette souscription, l'approche autorisée de l'OCDE attribuera à cet ES le risque d'assurance découlant de cette vente, ainsi que des actifs d'un niveau approprié pour couvrir le risque assumé (y compris le revenu de placement associé à ces actifs).

205. Cependant, l'évolution permanente des télécommunications favorise la généralisation de la pratique qui consiste, pour une division de l'entreprise, à faire la publicité ou procéder à la « commercialisation » des produits pour le compte de l'ensemble de la société ou d'autres divisions. On orientera le client vers une division de l'entreprise autre que celle qui a procédé à la commercialisation, pour qu'il s'engage contractuellement à acheter le produit et, si le contrat est souscrit par l'autre division de l'entité, la « vente » y sera en général comptabilisée (bien qu'on puisse obtenir le même effet si les paiements de la prime sont perçus par la division chargée de la « commercialisation » puis transférés au « souscripteur », déduction faite d'une commission destinée à rémunérer la fonction de commercialisation). De même, les primes seront ultérieurement payées aux divisions de l'entreprise autres que celle assumant le « rôle commercial ».

206. Si l'entreprise dans son ensemble s'occupe de la commercialisation d'un produit pour le compte d'une entité indépendante (tierce partie ou entreprise apparentée), la rémunération qu'elle reçoit doit obéir au principe de pleine concurrence (soit directement si elle provient d'un tiers, soit en conformité avec les Principes directeurs s'il s'agit d'une transaction entre entités apparentées). Il faudrait attribuer cette rémunération aux diverses divisions de l'entreprise impliquées dans la commercialisation et il doit être possible de déterminer la rémunération de pleine concurrence due à chaque division de l'entreprise en suivant les Principes directeurs et en se reportant aux services comparables obtenus de prestataires non apparentés.

207. Si une division de la société d'assurance commercialise un produit pour le compte d'une autre division de la même entreprise ou pour celui de l'entreprise dans son ensemble, la situation se complique. Dans ces circonstances, il est très important d'établir l'ensemble des faits au moyen de l'analyse fonctionnelle et factuelle. Par exemple, une division de l'entreprise peut faire la promotion d'un produit à partir d'une juridiction (par exemple, par téléphone ou sur Internet), mais demander aux clients de conclure le contrat avec un ES situé dans une deuxième, voire une troisième juridiction et de lui payer les primes. Dans ces circonstances, aux termes de l'approche autorisée de l'OCDE, le risque encouru du fait de la conclusion du contrat et de la souscription sera assumé par l'ES qui a exercé les fonctions de souscription/acceptation de risques. Les actifs garantissant ce risque seront attribués en conséquence à cet ES. Les frais de commercialisation du produit vendu seront déductibles de l'impôt et une rémunération de pleine concurrence à la division chargée de la commercialisation pourrait être imputée.

208. Il reste à savoir si, pour certains produits d'assurance plus complexes, il existe un rôle équivalent à celui de « structuration » dans le cadre des transactions mondialisées telle qu'elle est décrite dans la Partie III du présent Rapport (voir plus haut les paragraphes 93-94 et 125-127 de la Partie III.)

f) Fonctions de soutien

1) **Analyse du crédit**

209. Il convient de rétribuer le service d'analyse de crédit à des conditions de pleine concurrence. Cette fonction ne soulève normalement aucune difficulté conceptuelle, et on trouve facilement des éléments de comparaison appropriés pour les services fournis.

2) **Trésorerie**

174. 210. Dans le secteur de l'assurance, la fonction de trésorerie n'est normalement pas considérée comme un centre de profit. Par conséquent, elle doit s'occuper principalement de lever des fonds et de les mettre à la disposition des centres de profit. Reste à savoir si les prix sur le marché libre devraient intervenir dans les opérations de trésorerie effectuées avec les ES. L'analyse aux paragraphes 194-196 de la Partie I du présent Rapport devrait fournir quelques indications utiles à ce sujet.

3) **Respect de la réglementation**

211. Le respect de la réglementation est une obligation qui peut concerner l'entreprise dans son ensemble, l'ES lui-même (réglementation du pays d'accueil) ou les deux (c'est-à-dire que l'ES sera tenu de se conformer aux réglementations des pays tant d'accueil que d'origine). Si l'ES est soumis – parce que l'entreprise dans son ensemble l'est – à la réglementation du pays d'origine, il est fort probable que c'est le siège qui exercera cette fonction. Selon l'approche autorisée de l'OCDE, il serait judicieux d'attribuer au siège des honoraires au tarif du marché libre pour cette prestation. Cependant, si l'ES était une entreprise distincte, il ne serait pas certain qu'il soit soumis à la réglementation du pays « d'origine » et par conséquent il n'aurait pas besoin d'aide pour s'assurer qu'il est en règle. Une façon de résoudre le problème serait de considérer la conformité avec la réglementation du pays d'origine comme l'une des « conditions identiques ou analogues » requises par l'article 7(2). En d'autres termes, lorsque l'on détermine la rémunération de pleine concurrence qui doit être accordée à l'ES par le siège au titre de ce service, l'établissement stable doit être considéré par analogie comme une entreprise distincte soumise à la réglementation du pays du siège.

212. Si l'ES doit respecter les règles du pays d'accueil, il rémunérera au prix du marché libre la division de l'entreprise chargée de s'assurer de la conformité avec la réglementation pour son compte, avec la possibilité de procéder à une déduction correspondante sur ses bénéfices.

4) **Systèmes informatiques et développement de biens incorporels**

213. Bien que les technologies de l'information jouent un rôle important (et ce de plus en plus) dans le secteur de l'assurance, le développement des systèmes informatiques ne soulève aucune difficulté conceptuelle différente de celles rencontrées ailleurs. De même, les biens incorporels tels que les noms commerciaux ont une très grande valeur dans le secteur, mais ils ne posent pas de problèmes inédits en matière de prix de transfert. L'analyse détaillée de la Section D-3(iv)(b) de la Partie I du présent Rapport devrait aider à définir une méthodologie convenable applicable aux entreprises utilisant des biens incorporels dans l'exercice de leur activité d'assurance.

5) **Autres fonctions administratives**

214. Les services administratifs jouent un rôle important dans le secteur de l'assurance, même si c'est dans une moindre mesure que dans la banque. Les diverses fonctions de soutien administratif doivent entrer en ligne de compte lors de l'attribution des bénéfices aux diverses divisions de l'entreprise.

215. Comme on l'a vu au paragraphe 189 de la Partie II du présent Rapport, « L'une des différences entre l'approche autorisée de l'OCDE et la situation actuelle au regard de l'article 7 est due au fait que, selon l'approche autorisée de l'OCDE, le principe de pleine concurrence est appliqué pour déterminer la rémunération du service rendu. Auparavant, il n'était possible de répartir que les coûts. L'application de ce principe tient compte non seulement du prix appliqué au service mais aussi, conformément aux conseils du Chapitre VII, de la question de savoir si, dans des conditions de pleine concurrence, les deux parties auraient conclu un contrat pour la fourniture de ce service. (...) [L]es critères qui figurent au paragraphe 7.6 des Principes directeurs s'avèreront utiles pour résoudre ces questions. De plus, l'application du principe de pleine concurrence peut aboutir à la fixation, pour le service rendu, d'un prix supérieur ou inférieur au montant des coûts supportés par le siège pour le fournir (voir paragraphe 7.33 des Principes directeurs).»

216. Dans la pratique, comme le note le paragraphe 190 de la Partie II du présent Rapport : « Lorsque le siège ou une autre partie d'un établissement bancaire fournit à un ES des services centralisés qui sont similaires à ceux qui sont offerts par un fournisseur associé de services centralisés dans un groupe multinational, il est possible d'utiliser des techniques similaires à celles qui s'appliquent aux entreprises associées. Cependant, les services fournis par un siège ou une autre partie d'une entreprise intégrée peuvent être différents de ceux qui sont fournis par la société mère ou par des fournisseurs de services centralisés d'un groupe multinational. En conséquence, s'il est possible d'utiliser des techniques similaires à celles qui s'appliquent aux entreprises associées, il y a moins de chances que l'on puisse utiliser les méthodes du prix comparable sur le marché libre, de sorte que les méthodes fondées sur le prix de revient majoré pourraient être particulièrement utiles. »

217. Si l'entreprise a conclu un accord de type répartition des coûts (ARC) relatifs aux services administratifs, il convient de suivre les conseils donnés au Chapitre VIII des Principes directeurs quant à l'application du principe de pleine concurrence aux services susceptibles de faire l'objet d'un ARC⁶.

6) **Administration des sinistres**

218. Dans l'assurance, il s'agit d'une fonction importante, quoique parfois sous-estimée. S'ils sont efficaces, l'expertise des sinistres et leur suivi auprès des réassureurs peuvent avoir une très forte incidence sur les bénéfices. Il est évident que si l'ES exerce ces fonctions lui-même et seulement pour les contrats qu'il a souscrits, il n'y aura aucun problème. Cependant, l'ES peut s'en occuper pour le compte d'autres divisions de l'entreprise, ou au contraire le siège ou un autre ES peut s'en charger pour lui. Lorsque le service fonctionnel est rendu dans ces circonstances, le prestataire est en droit de toucher une rémunération de pleine concurrence. Un calcul basé sur des commissions ou des honoraires représenterait une méthode adéquate d'attribution de cette rétribution. Il est fort possible qu'il existe des éléments de comparaison sur le marché libre, et ils constitueront un autre moyen d'évaluer la rémunération du prestataire. Dans ce cas, l'analyse fonctionnelle et factuelle permettrait de tester la fiabilité de l'élément de comparaison dans des situations propres à l'ES.

6. Voir paragraphe 191 de la Partie II, qui examine la possibilité d'un « ARC » au sein d'une seule et même entreprise.

D. Article 7(4) – est-il inutile ?

219. L'article 7(4) prévoit que, dans la mesure où il est d'usage de déterminer les bénéfices attribués à un ES par une répartition de la totalité des bénéfices de l'entreprise, rien dans l'article 7(2) n'empêche de continuer d'employer cette méthode, à condition que le résultat obéisse aux principes exposés dans l'article 7, y compris celui de pleine concurrence de l'article 7(2). Les commentaires rappellent que la méthode est acceptable seulement si l'on peut « équitablement considérer que le résultat obtenu est conforme aux principes contenus dans l'article » et ils soulignent que la méthode « convient en général moins bien qu'une méthode qui ne vise que les activités de l'établissement stable ».

220. Dans la Section F de la Partie I du présent Rapport, on s'est demandé si l'adoption de l'approche autorisée de l'OCDE rendrait l'article 7(4) superflu. La conclusion telle qu'elle ressort du paragraphe 296 est la suivante : « En conséquence, il existe un large consensus parmi les pays membres de l'OCDE que selon l'approche autorisée de l'OCDE seuls les paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 7 sont nécessaires pour déterminer l'attribution de bénéfices à un ES. Une exception possible à la conclusion ci-dessus concerne l'attribution de bénéfices à un ES exerçant des activités d'assurance. Les pays membres n'ont pas encore finalisé la Partie IV du Rapport sur le secteur de l'assurance mais la plupart des pays sont d'avis que puisque, conformément à l'approche autorisée de l'OCDE, seuls les paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 7 sont nécessaires pour déterminer l'attribution de bénéfices à un ES, l'article 7(4) n'est plus nécessaire. »

221. La Section C-1(iii) de cette partie du Rapport a montré comment attribuer à un ES d'assurance des actifs et un revenu associé dans des proportions suffisantes pour couvrir les risques acceptés par celui-ci. En formulant une hypothèse sur le niveau adéquat des actifs (en fonction des risques réellement assumés par l'ES), puis en suivant une analyse fonctionnelle et factuelle et en attribuant un prix de pleine concurrence aux opérations effectivement réalisées entre l'ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie, il doit être possible d'arriver à une estimation assez correcte des bénéfices que l'ES aurait réalisés s'il était une entreprise vraiment distincte. L'approche autorisée de l'OCDE semble par conséquent se conformer suffisamment aux principes définis dans l'article 7.

222. Par le passé, l'emploi de méthodes de répartition autorisées par l'article 7(4) a été rendu nécessaire par la difficulté d'arriver à une attribution, dans des conditions de pleine concurrence, de bénéfices à un ES d'assurance. Néanmoins, comme cette partie du Rapport le démontre, la mise en œuvre de l'approche autorisée de l'OCDE semble donner un résultat plus conforme aux principes définis dans l'article 7 que ces méthodes. En conséquence, il est difficile d'imaginer des circonstances dans lesquelles ces méthodes seraient préférables à l'application de l'approche autorisée de l'OCDE. Cela amène la plupart des pays membres à conclure que l'article 7(4) est superflu, même pour les entreprises exerçant des activités d'assurance.

E. Article 7(7) - coordination avec l'article 10(4), etc.

223. L'Article 7(7) du Modèle de l'OCDE prévoit que « lorsque les bénéfices comprennent des éléments de revenu traités séparément dans d'autres articles de la présente Convention, les dispositions de ces articles ne sont pas affectées par les dispositions du présent article. »

224. De par la nature de leur activité, les sociétés d'assurance réalisent fréquemment des placements d'actifs en rapport avec leur activité, ces actifs produisant des revenus traités dans d'autres articles – en particulier ceux sur les dividendes et les intérêts. La question est donc de savoir si l'approche autorisée de l'OCDE s'applique aux éléments de revenu visés par l'article 7(7).

225. La réponse est sans conteste « Oui ». Chacun des autres articles concernés contient une disposition en vertu de laquelle les parties de l'article qui limitent les droits d'imposition de l'État où le

revenu est réalisé ne s'appliquent pas lorsque le revenu et les plus-values sont attribuables à l'ES situé dans cet État. Les Commentaires sur l'article 7(7) étayent ce raisonnement.

« 33.[...] Si les bénéfices d'une entreprise incluent des catégories de revenus qui sont traitées séparément dans d'autres articles de la Convention, comme les dividendes, on peut se demander si l'imposition de ces bénéfices est régie par les dispositions de l'article concernant les dividendes, etc., ou par les dispositions du présent article.

34. Cette question ne présente guère d'intérêt pratique dans la mesure où on obtient le même résultat du point de vue fiscal en appliquant indifféremment les dispositions du présent article ou celles de l'article spécial. En outre, il est à noter que certains des articles spéciaux contiennent des dispositions particulières donnant la priorité à un article déterminé (cf. le paragraphe 4 de l'article 6, le paragraphe 4 des articles 10 et 11, le paragraphe 3 de l'article 12 et le paragraphe 2 de l'article 21).

35. Il a paru néanmoins souhaitable d'énoncer une règle d'interprétation afin de préciser le champ d'application du présent article par rapport aux autres articles concernant une catégorie particulière de revenus. Conformément à la pratique généralement suivie dans les conventions bilatérales en vigueur, le paragraphe 7 donne tout d'abord la préférence aux articles consacrés aux dividendes, intérêts etc. En conséquence, le présent article sera applicable aux revenus d'entreprise qui n'entrent pas dans les catégories de revenus couvertes par les articles spéciaux et, en outre, aux dividendes, intérêts, etc., qui, en vertu du paragraphe 4 des articles 10 et 11, du paragraphe 3 de l'article 12 et du paragraphe 2 de l'article 21, tombent sous le coup des dispositions du présent article (...) »

226. Comme des dispositions telles que l'article 10(4) prévoient que, dans le cas faisant l'objet de l'étude, l'article 7 s'applique si les actifs pour lesquels le dividende est payé sont réellement rattachés à l'ES, l'article 7 s'appliquera donc aux dividendes (et aux intérêts) produits dans l'État où l'ES est établi s'ils sont attribués à ce dernier⁷.

175. 227. Comme cela ressort clairement des Commentaires sur les articles 10 et 11, pour que des actifs soient effectivement rattachés à un ES, ils doivent être « réellement rattachés » aux activités menées par l'ES. Les Commentaires ne détaillent pas les critères permettant d'établir ce 'rattachement réel'. L'approche autorisée de l'OCDE fournit des indications appréciables sur le montant et les catégories d'actifs de placement détenus par une entreprise d'assurance dont les revenus ou les plus-values seront pris en compte pour déterminer les bénéfices attribuables à l'ES sur la base des postulats de l'article 7. Cela étant dit, cette Partie ne propose pas de lignes directrices exhaustives sur ce point (c'est-à-dire qu'elle décrit certaines approches qui pourraient être utilisées pour déterminer le rendement du volume d'actifs de placement attribués à l'ES mais ne cherche pas à cerner tous les cas où certains actifs de placement donnés seront considérés comme rattachés à l'ES). En effet, il est inutile de bénéficier de telles orientations pour parvenir à un résultat approprié aux termes de l'article 7, et ce rapport n'a pas pour objet de fournir des orientations exhaustives sur l'interprétation des autres articles du Modèle de Convention fiscale. Un certain nombre de difficultés pourraient toutefois se présenter s'il n'existe pas une parfaite coordination entre la manière de déterminer les revenus de placement qui sont attribuables à un ES au titre de l'article 7 et celle de déterminer, au titre de dispositions telles que les articles 10(4) ou 11(4), les actifs de placement qui sont

7. La question de savoir si certains avoirs permettant de dégager des revenus sont « effectivement rattaché » à un ES intéresse les articles 10(4), 11(4), 12(3) et 21(2). Une question analogue se présente pour les articles 13(2) et 22(2), où il est nécessaire de déterminer si certains biens mobiliers « font partie de l'actif d'un établissement stable » afin de déterminer les droits d'imposition de l'État de l'ES.

considérés comme « réellement rattachés » à l'ES ou comme « faisant partie de son actif ». Il serait donc fâcheux que les dispositions de l'article 10(4) ou 11(4) conduisent à des réponses différentes si l'article 7(7) n'existait pas. Ce n'est évidemment pas ce que visaient ces articles. Il est proposé que les Commentaires sur ces articles soient modifiés pour éclaircir sur ce point et qu'ils précisent que, quand des revenus ou des plus-values sont attribuables à un ES en vertu de l'article 7, ils seront automatiquement considérés comme « propriété économique » de l'ES et « réellement rattachés » au sens de l'article 10(4), etc. À cet égard, dans la mesure où la Partie IV définit certains actifs dont le rendement est utilisé pour déterminer les bénéfices attribuables à l'ES, cela revient dans les faits à considérer que ces actifs sont la « propriété économique » de l'ES.

APPENDICE

À titre de référence, le présent Appendice comprend les textes suivants :

- L'Article 7 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE sous la forme qui lui a été donnée depuis 1977 (et qui a été conservée dans toutes les mises à jour ultérieures du Modèle de Convention fiscale, y compris celle de 2008) ;
- Les Commentaires sur l'Article 7 tels qu'ils figurent dans la mise à jour 2005 du Modèle de Convention fiscale ; et
- Les Commentaires sur l'Article 7 tels que publiés dans la mise à jour 2008 du Modèle de Convention fiscale.

Texte de l'Article 7 tel qu'il figurait dans la version de 1977 du Modèle de Convention fiscale et dans toutes les mises à jour ultérieures, y compris celle de 2008:

Article 7

BÉNÉFICES DES ENTREPRISES

1. Les bénéfices d'une entreprise d'un État contractant ne sont imposables que dans cet État, à moins que l'entreprise n'exerce son activité dans l'autre État contractant par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé. Si l'entreprise exerce son activité d'une telle façon, les bénéfices de l'entreprise sont imposables dans l'autre État mais uniquement dans la mesure où ils sont imputables à cet établissement stable.
2. Sous réserve des dispositions du paragraphe 3, lorsqu'une entreprise d'un État contractant exerce son activité dans l'autre État contractant par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé, il est imputé, dans chaque État contractant, à cet établissement stable les bénéfices qu'il aurait pu réaliser s'il avait constitué une entreprise distincte exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues et traitant en toute indépendance avec l'entreprise dont il constitue un établissement stable.
3. Pour déterminer les bénéfices d'un établissement stable, sont admises en déduction les dépenses exposées aux fins poursuivies par cet établissement stable, y compris les dépenses de direction et les frais généraux d'administration ainsi exposés, soit dans l'État où est situé cet établissement stable, soit ailleurs.
4. S'il est d'usage, dans un État contractant, de déterminer les bénéfices imputables à un établissement stable sur la base d'une répartition des bénéfices totaux de l'entreprise entre ses diverses parties, aucune disposition du paragraphe 2 n'empêche cet État contractant de déterminer les bénéfices imposables selon la répartition en usage ; la méthode de répartition adoptée doit cependant être telle que le résultat obtenu soit conforme aux principes contenus dans le présent article.
5. Aucun bénéfice n'est imputé à un établissement stable du fait qu'il a simplement acheté des marchandises pour l'entreprise.

6. Aux fins des paragraphes précédents, les bénéfices à imputer à l'établissement stable sont déterminés chaque année selon la même méthode, à moins qu'il n'existe des motifs valables et suffisants de procéder autrement.

7. Lorsque les bénéfices comprennent des éléments de revenu traités séparément dans d'autres articles de la présente Convention, les dispositions de ces articles ne sont pas affectées par les dispositions du présent article.

Texte des Commentaires sur l'Article 7 tel que publié dans le Modèle de Convention fiscale de 2005 :

COMMENTAIRES SUR L'ARTICLE 7 CONCERNANT L'IMPOSITION DES BÉNÉFICES DES ENTREPRISES

I. Remarques préliminaires

1. Cet article est, à bien des égards, la suite et le corollaire de l'article 5 qui définit le concept d'établissement stable. Le critère de l'établissement stable est couramment utilisé dans les conventions internationales de double imposition en vue de déterminer si un élément particulier de revenu doit ou non être imposé dans le pays où il est produit ; mais ce critère ne fournit pas par lui-même une solution complète au problème de la double imposition des bénéfices industriels et commerciaux. Pour éviter qu'il y ait une double imposition de cette nature, il est nécessaire de compléter la définition de l'établissement stable en y ajoutant une série convenue de règles permettant de calculer le bénéfice réalisé par l'établissement stable ou par une entreprise effectuant des opérations commerciales avec un membre étranger du même groupe d'entreprises. Pour exprimer la même idée sous une forme légèrement différente, lorsqu'une entreprise d'un État contractant exerce une activité industrielle ou commerciale dans l'autre État contractant, les autorités de ce second État doivent se poser deux questions avant d'imposer les bénéfices de l'entreprise : tout d'abord, l'entreprise a-t-elle dans leur pays un établissement stable ? Dans l'affirmative, quels sont éventuellement les bénéfices sur lesquels cet établissement stable doit être imposé ? Ce sont les règles à appliquer pour répondre à cette seconde question qui constituent l'objet de l'article 7. Les règles permettant de calculer les bénéfices réalisés par une entreprise d'un État contractant qui effectue des opérations commerciales avec une entreprise de l'autre État contractant, lorsque les deux entreprises appartiennent au même groupe d'entreprises ou sont en fait sous le même contrôle, sont contenues dans l'article 9.

2. Il convient de dire ici qu'aucun des deux articles ne présente de réelles nouveautés et n'entre particulièrement dans les détails. La question du critère à utiliser pour l'imputation des bénéfices à un établissement stable, et celle des règles à appliquer pour répartir des bénéfices provenant de transactions effectuées entre des entreprises placées sous un même contrôle, ont dû être traitées dans un grand nombre de conventions de double imposition, et on peut dire que les solutions adoptées ont en général été conçues selon un modèle standard. Il est reconnu de façon générale que les principes essentiels sur lesquels repose ce modèle standard sont bien fondés ; on s'est donc contenté de les énoncer de nouveau, en y introduisant quelques légers amendements et quelques modifications visant essentiellement à les rendre plus clairs. Les deux articles comportent un certain nombre de directives. Ils ne fixent pas une série de règles précises correspondant à tous les types de problèmes qui peuvent se poser lorsqu'une entreprise d'un État réalise des bénéfices dans un autre État ; ils ne pouvaient guère le faire, étant donné la nature de ce problème. A l'époque moderne, le commerce s'organise de façon extrêmement variée ; il serait tout à fait impossible, dans les limites relativement étroites d'un article destiné à figurer dans une convention de double imposition, d'énoncer des règles exhaustives, propres à résoudre tous les types de problèmes qui peuvent se poser. Toutefois, comme ces problèmes risquent d'aboutir au maintien de la double imposition ou de la double exonération de certains bénéfices, il est préférable que les autorités fiscales conviennent de méthodes mutuellement acceptables pour traiter de ces problèmes en utilisant, le cas échéant, la procédure amiable prévue à l'article 25, plutôt que d'adopter des interprétations unilatérales de principes de base auxquels il faudrait adhérer malgré des divergences d'opinion avec les autres États. A cet égard, les méthodes utilisées pour résoudre certains des problèmes qui se posent le plus souvent sont examinées ci-dessous.

2.1 Avant 2000, le revenu tiré d'une profession libérale et d'autres activités de caractère indépendant faisait l'objet d'un article séparé, à savoir l'article 14. Les dispositions de cet article étaient semblables à celles qui s'appliquaient aux bénéfices des entreprises mais on y retrouvait le concept de base fixe plutôt que celui d'établissement stable, puisqu'il avait originellement été considéré que ce dernier concept ne devait s'appliquer que dans le cadre des activités

industrielles et commerciales. De plus, il était parfois difficile de déterminer si une activité donnée était couverte par l'article 7 ou 14. La suppression de l'article 14 en 2000 a été motivée par le fait qu'aucune différence ne semblait souhaitable entre les concepts d'établissement stable, à l'article 7, et de base fixe, à l'article 14, ni entre la façon de calculer les bénéfices et l'impôt selon que l'article 7 ou l'article 14 s'applique. La suppression de l'article 14 a eu comme conséquence que le revenu tiré d'une profession libérale et d'autres activités de caractère indépendant constitue désormais des bénéfices d'entreprise au sens de l'article 7, ce qui a été confirmé par l'ajout d'une définition des termes « activité » et « affaires » selon laquelle ces termes comprennent l'exercice de professions libérales ou d'autres activités de caractère indépendant.

II. Commentaires des dispositions de l'article

Paragraphe 1

3. Ce paragraphe traite de deux questions. En premier lieu, il réaffirme le principe généralement énoncé dans les conventions de double imposition, selon lequel une entreprise d'un État ne doit pas être imposée dans l'autre État, à moins qu'elle n'exerce une activité industrielle ou commerciale dans cet autre État par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé. Il semble inutile de souligner ici les avantages de ce principe. On se contentera de rappeler qu'il est maintenant admis, dans les relations fiscales internationales, qu'une entreprise d'un État ne peut être vraiment considérée comme participant à la vie économique d'un autre État au point de tomber sous sa juridiction fiscale, que si elle fonde dans cet État un établissement stable.

4. Il y a eu, depuis les années cinquante, un développement rapide des activités spatiales : lancement de fusées et d'engins spatiaux, présence permanente de nombreux satellites dans l'espace, habités par des équipages humains pendant des périodes de plus en plus longues, accomplissement d'opérations industrielles dans l'espace, etc. Ceci pouvant conduire à des situations nouvelles dans l'application des conventions de double imposition, ne serait-il pas opportun d'insérer dans le Modèle de Convention des dispositions particulières destinées à régler ces situations nouvelles ? Premièrement, aucun pays n'envisage d'étendre sa souveraineté fiscale aux activités exercées dans l'espace ni d'assimiler celles-ci à des activités exercées sur son territoire. En conséquence, l'espace ne pourrait pas être considéré comme « la source de revenus ou bénéfices » et, par conséquent, les activités qui y sont ou seront exercées ne seront pas soumises à de nouvelles possibilités de double imposition. Deuxièmement, s'il y a un problème de double imposition, le Modèle de Convention, en départageant les pouvoirs respectifs d'imposition de l'État de résidence et de l'État de la source des revenus, doit permettre de les régler. La même conclusion s'applique à l'égard du personnel séjournant à bord d'engins spatiaux : là non plus, il n'est pas nécessaire de déroger aux conventions de double imposition puisque les articles 15 et 19, selon le cas, suffisent pour attribuer le pouvoir d'imposition des rémunérations et que l'article 4 doit permettre de déterminer la résidence des personnes intéressées, étant entendu que les difficultés ou les doutes pouvant surgir seront à régler suivant la procédure amiable.

5. Le second point, qui est le plus important, est le principe énoncé dans la deuxième phrase, selon lequel, lorsqu'une entreprise exerce une activité industrielle ou commerciale par l'intermédiaire d'un établissement stable situé dans l'autre État, cet État peut imposer les bénéfices de l'entreprise, mais seulement dans la mesure où ils sont imputables à l'établissement stable ; cela revient à dire que le droit d'imposer ne s'étend pas aux bénéfices que l'entreprise peut tirer de cet État autrement que par l'intermédiaire de son établissement stable. C'est là une question sur laquelle des divergences de vues peuvent se faire jour. Certains pays ont estimé que, lorsqu'une entreprise étrangère crée un établissement stable sur leur territoire, elle se place elle-même sous leur juridiction fiscale, au point qu'ils peuvent à juste titre imposer tous les bénéfices qu'elle tire de leur territoire, que ces bénéfices proviennent de l'établissement stable ou d'autres activités sur le territoire en question. Il a toutefois été jugé préférable d'adopter le principe figurant dans la deuxième phrase du paragraphe 1 ; la règle selon laquelle les bénéfices industriels et commerciaux ne doivent être imposés que s'il y a un établissement stable est une règle qui, à vrai dire, devrait s'appliquer, non pas à l'entreprise elle-même, mais à ses bénéfices. En d'autres termes, le principe énoncé dans la deuxième phrase du paragraphe 1 repose sur l'idée que, pour imposer les bénéfices réalisés par l'entreprise étrangère dans un pays déterminé, les autorités fiscales de ce pays devraient considérer une par une les diverses sources des bénéfices que l'entreprise tire de leur pays et appliquer à chacune le critère de l'établissement stable. Ceci ne préjuge naturellement pas les dispositions des autres articles.

6. C'est là, bien entendu, une question qui peut prêter à divergence de vues. Étant donné qu'il s'agit d'un problème important, il peut être utile d'exposer les arguments correspondant à chaque point de vue.

7. Mise à part la question fondamentale de la compétence fiscale, le principal argument opposé couramment à la solution recommandée ci-dessus est qu'elle risque de faciliter l'évasion fiscale. Selon cet argument, cette solution pourrait laisser à une entreprise la possibilité de créer, dans un pays déterminé, un établissement stable qui ne réalise pas de bénéfices, qui n'a nullement été conçu en vue de réaliser des bénéfices et dont la seule raison d'être est de contrôler une activité commerciale, parfois étendue, que l'entreprise exerce dans ce pays par l'intermédiaire d'agents indépendants par exemple. De plus, toujours selon cet argument, bien que l'ensemble de cette activité commerciale puisse être dirigé et organisé par l'établissement stable, il peut être difficile dans la pratique de prouver que tel est bien le cas. Si les taux d'impôt sont plus élevés dans ce pays que dans le pays où le siège central de l'entreprise est situé, cette dernière sera fortement tentée de faire en sorte qu'elle paie le minimum d'impôt dans l'autre territoire ; ce que l'on reproche essentiellement à la solution recommandée ci-dessus, c'est qu'elle pourrait bien donner à l'entreprise le moyen d'atteindre ce résultat.

8. Mise à part encore une fois la question de l'étendue exacte de la compétence fiscale, le principal argument avancé en faveur de la solution recommandée est qu'elle permet d'adopter des méthodes d'administration simples et efficaces et qu'elle correspond mieux à la conduite courante des affaires. A l'époque moderne, l'organisation des affaires est fort complexe. Il existe, dans les pays Membres de l'OCDE, un grand nombre de sociétés dont chacune exerce des activités très diverses et notamment des activités industrielles et commerciales très étendues dans de nombreux pays. Il peut se faire qu'une telle société ait créé un établissement stable dans un second pays et effectue, par l'intermédiaire de cet établissement, un volume appréciable d'affaires portant sur un type particulier d'articles manufacturés ; il peut se faire qu'une partie différente de la même société vende des produits ou articles manufacturés tout différents dans ce deuxième pays, par l'intermédiaire d'agents indépendants ; il peut se faire enfin que la société ait de très sérieuses raisons pour adopter cette méthode — des raisons fondées, par exemple, soit sur la structure historique de son activité, soit sur des motifs de convenance sur le plan commercial. Est-il opportun que les autorités fiscales poussent l'insistance jusqu'à vouloir rechercher minutieusement l'élément « bénéfice » de chaque transaction effectuée par l'intermédiaire d'agents indépendants, en vue d'ajouter ce bénéfice aux bénéfices de l'établissement stable ? Un article ainsi conçu pourrait gêner sérieusement les opérations commerciales ordinaires, ce qui ne serait pas compatible avec les objectifs de la Convention.

9. Sans doute est-il vrai qu'une fraude fiscale pourrait être pratiquée en soustrayant clandestinement des bénéfices à un établissement stable et qu'il pourrait parfois être nécessaire de surveiller ces agissements ; mais, lorsqu'on examine cette question, il faut conserver le sens des proportions et avoir présents à l'esprit les arguments qui viennent d'être exposés. Il ne s'agit naturellement en aucune façon de consacrer des pratiques abusives de ce genre ni de protéger une entreprise qui se rendrait ainsi coupable de fraude fiscale des conséquences que pourrait avoir pour elle la découverte de ce fait par les autorités fiscales intéressées. Il est pleinement reconnu que les États contractants doivent être libres d'utiliser toutes les méthodes à leur disposition pour lutter contre la fraude fiscale.

10. Pour les raisons exposées ci-dessus, on ne devrait pas donner trop de poids à l'argument selon lequel la solution recommandée pourrait susciter une aggravation des évasions fiscales de la part d'entreprises étrangères. On doit attacher beaucoup plus d'importance à la nécessité d'éviter autant que possible toute intervention dans l'organisation actuelle des affaires et à la nécessité de s'abstenir, auprès d'entreprises étrangères, de toute demande de renseignements par trop onéreuse.

10.1 L'objet du paragraphe 1 est de définir les limites du droit pour un État contractant d'imposer les bénéfices tirés de leur activité par des entreprises résidentes de l'autre État contractant. En revanche, ce paragraphe ne restreint pas le droit d'un État contractant d'imposer ses propres résidents aux termes de dispositions relatives aux sociétés étrangères contrôlées figurant dans sa législation nationale, même si l'impôt ainsi appliqué à ces résidents peut être calculé par référence à la partie des bénéfices d'une entreprise qui est résidente de l'autre État contractant qui est attribuable à la participations de ces résidents dans cette entreprise. L'impôt ainsi appliqué par un État à ses propres résidents ne réduit pas les bénéfices de l'entreprise de l'autre État et on ne saurait donc considérer qu'il est prélevé sur ces bénéfices (voir aussi le paragraphe 23 des Commentaires sur l'article 1 et les paragraphes 37 à 39 des Commentaires sur l'article 10).

Paragraphe 2

11. Ce paragraphe contient la directive centrale qui doit servir de base au calcul des bénéfices imputables à un établissement stable. On y retrouve l'idée, généralement entérinée dans les conventions bilatérales, que les bénéfices à

imputer à un établissement stable sont ceux que cet établissement aurait réalisés si, au lieu de traiter avec son siège central, il avait traité avec une entreprise entièrement distincte aux conditions et aux prix du marché ordinaire. Cela correspond « au principe de pleine concurrence » envisagé dans les commentaires sur l'article 9. Normalement, les bénéfices ainsi déterminés seraient les mêmes que ceux auxquels les méthodes couramment employées pour l'établissement d'une comptabilité industrielle ou commerciale appropriée devraient permettre d'aboutir. Le principe des prix de pleine concurrence s'étend aussi à l'attribution des bénéfices que l'établissement stable peut retirer d'opérations faites avec d'autres établissements stables de l'entreprise ; mais les États contractants qui estiment que le paragraphe actuel ne couvre pas en fait ces opérations d'un caractère plus général peuvent, dans leurs négociations bilatérales, convenir d'une rédaction plus détaillée ou modifier le paragraphe 2 de la manière suivante :

« Sous réserve des dispositions du paragraphe 3, lorsqu'une entreprise d'un État contractant exerce son activité dans l'autre État contractant par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé, il est imputé, dans chaque État contractant, à cet établissement stable les bénéfices qu'il aurait pu réaliser s'il avait constitué une entreprise distincte et indépendante exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues ».

12. Dans la grande majorité des cas, la comptabilité commerciale de l'établissement stable — comptabilité généralement tenue par cette entreprise, ne fût-ce que parce qu'une organisation commerciale ou industrielle bien gérée a normalement intérêt à connaître la rentabilité de ses divers établissements — sera utilisée par les autorités fiscales pour déterminer les bénéfices que l'on peut imputer en propre à cet établissement. Exceptionnellement, il peut y avoir des cas où il n'y a pas de comptabilité distincte (cf. paragraphes 24 à 28 ci-dessous). Mais, lorsque cette comptabilité existe, elle constitue naturellement le point de départ des opérations d'ajustement lorsqu'un tel ajustement est nécessaire pour déterminer le montant des bénéfices à imputer en propre. Peut-être convient-il de souligner que la directive figurant au paragraphe 2 ne peut servir de justification aux administrations fiscales pour établir des bénéfices hypothétiques qui ne reposeraient sur rien ; il est toujours nécessaire de partir de données réelles, telles qu'elles ressortent de la comptabilité commerciale de l'établissement stable et d'ajuster, le cas échéant, le montant des bénéfices obtenus à partir de ces données réelles.

12.1 Cela pose la question de savoir dans quelle mesure ces comptes sont fiables lorsqu'ils sont fondés sur des accords entre le siège et ses établissements stables (ou entre les établissements stables eux-mêmes). Il est évident que de tels accords internes ne peuvent être considérés comme des contrats juridiquement contraignants. Toutefois, dans la mesure où la comptabilité commerciale du siège et des établissements stables sont établis symétriquement sur la base de ces accords et où ces accords correspondent aux fonctions exercées par les différents secteurs de l'entreprise, cette comptabilité commerciale pourrait être acceptée par les autorités fiscales. A cet égard, les comptes ne pourraient être considérés comme établis symétriquement à moins que l'évaluation des opérations effectuées ou les méthodes de répartition des bénéfices ou des dépenses dans les comptes de l'établissement stable ne correspondent exactement aux valeurs ou aux méthodes utilisées dans la comptabilité du siège dans la monnaie nationale ou dans la monnaie fonctionnelle utilisée par l'entreprise pour enregistrer ses transactions. Toutefois, lorsque la comptabilité commerciale est fondée sur des accords internes qui correspondent à des arrangements purement artificiels et non aux fonctions économiques réellement exercées par les différents secteurs de l'entreprise, il n'y a pas lieu de tenir compte de tels accords et la comptabilité doit être rectifiée en conséquence. Ce serait le cas si, par exemple, un établissement stable exerçant des activités de vente se voyait attribuer dans le cadre d'un tel accord interne le rôle de commettant (acceptant ainsi tous les risques et ayant droit à tous les bénéfices occasionnés par les ventes) alors qu'en fait l'établissement stable en question n'était autre qu'un intermédiaire ou un agent (courant des risques limités et n'ayant droit qu'à une part limitée des revenus correspondants) ou inversement s'il se voyait attribuer le rôle d'intermédiaire ou d'agent alors qu'en réalité il s'agissait d'un commettant.

12.2 A cet égard, il convient aussi de noter que le principe exposé au paragraphe 2 est subordonné aux dispositions contenues dans le paragraphe 3, notamment en ce qui concerne le régime applicable aux paiements qui, sous la dénomination d'intérêts, redevances, etc., sont versés par un établissement stable à son siège central au titre de prêts ou de licences d'exploitation que ce dernier lui a octroyés (cf. ci-dessous paragraphes 17.1 et suivants).

13. Même lorsqu'un établissement stable est en mesure de présenter une comptabilité propre, conçue pour faire apparaître les bénéfices découlant de ses activités, il peut encore être nécessaire que les autorités fiscales du pays intéressé rectifient cette comptabilité conformément au principe de pleine concurrence (cf. paragraphe 2 ci-dessus). Il peut être nécessaire de procéder à des ajustements de ce type lorsque, par exemple, des marchandises ont été facturées par le siège central à l'établissement stable à des prix qui ne sont pas conformes à ce principe et que des bénéfices ont ainsi été détournés de l'établissement stable vers le siège central ou vice versa.

14. Dans ces cas, il conviendra ordinairement de substituer aux prix utilisés les prix habituels cotés sur le marché pour des marchandises identiques ou analogues livrées dans des conditions identiques ou analogues. Il est évident que le prix auquel des marchandises peuvent être achetées sur le marché libre varie avec la quantité requise et les délais de livraison ; il devra être tenu compte de ces facteurs dans la détermination du prix de marché à utiliser. On se contentera de rappeler ici qu'une entreprise peut avoir des raisons commerciales parfaitement valables de facturer ses produits à des prix inférieurs à ceux du marché ordinaire ; ce peut être par exemple une méthode commerciale parfaitement normale pour établir une position de concurrence sur un marché nouveau et, dans ce cas, on ne saurait y voir la preuve d'une tentative de détournement des bénéfices d'un pays vers un autre. Il peut également y avoir des difficultés dans le cas de spécialités produites par une entreprise et qui, toutes, sont vendues par l'intermédiaire de ses établissements stables ; si, dans ces circonstances, il n'y a pas de prix sur le marché libre et que l'on juge peu satisfaisants les chiffres figurant dans la comptabilité, il peut être nécessaire de calculer par d'autres méthodes les bénéfices de l'établissement stable, par exemple en appliquant un taux moyen de bénéfice brut au chiffre d'affaires de l'établissement stable et en déduisant du chiffre ainsi obtenu le montant correct des dépenses exposées. Il est clair que de nombreux problèmes spéciaux de ce genre peuvent se poser dans des cas individuels, mais on devrait toujours adopter pour règle générale de déterminer les bénéfices imputés à un établissement stable d'après les comptes de cet établissement, dans la mesure où il tient une comptabilité qui représente la situation réelle. Si la comptabilité dont on dispose ne représente pas les faits réels, il faudra établir de nouveaux comptes, ou rectifier la comptabilité initiale, et les chiffres à utiliser à cet effet seront ceux du marché libre.

15. Plusieurs États considèrent qu'il y a réalisation de bénéfices imposables lorsqu'un bien — qu'il s'agisse ou non d'un stock de marchandises — faisant partie de l'actif d'un établissement stable situé sur leur territoire est transféré à un établissement stable ou au siège central de la même entreprise situé dans un autre État. L'article 7 permet à ces États d'imposer les bénéfices qui sont censés naître à la suite d'un tel transfert et ces bénéfices peuvent être déterminés comme il est indiqué ci-dessous. Dans les cas où un tel transfert intervient, qu'il soit ou non permanent, la question se pose de savoir à quel moment il y a réalisation de bénéfices imposables. En fait, dans la pratique, lorsque ces biens ont une valeur marchande importante et sont susceptibles de figurer au bilan de l'établissement stable importateur, ou d'une autre partie de l'entreprise, au-delà de l'exercice durant lequel ils ont été transférés, la réalisation de bénéfices imposables n'interviendra pas nécessairement, en ce qui concerne l'ensemble de l'entreprise, dans l'exercice durant lequel a eu lieu le transfert. Or, le simple fait que ces biens quittent une juridiction fiscale peut déclencher l'imposition des réserves latentes y relatives, car la notion de réalisation dépend du droit interne des pays.

15.1 Lorsque les pays dans lesquels opèrent les établissements stables imposent les bénéfices imputables aux transferts internes dès qu'ils sont opérés, et alors même que leur réalisation effective n'interviendra qu'au cours d'un exercice commercial ultérieur, il y aura obligatoirement un décalage entre les impôts payés à l'étranger et l'imputation y relative dans le pays du siège de l'entreprise. Ce laps de temps entraîne un problème important, en particulier, lorsqu'un établissement stable transfère des immobilisations ou — en cas de liquidation — la totalité de ses biens d'exploitation au reste de l'entreprise dont il fait partie. Dans ces cas, il appartient au pays du siège de l'entreprise de rechercher, cas par cas, une solution bilatérale avec le pays de sortie lorsqu'il y a un risque important de surimposition.

15.2 Un autre problème important concerne le transfert de biens, tels que des créances douteuses, dans le contexte des activités bancaires internationales. A des fins de contrôle et de financement, des prêts peuvent être transférées de la succursale au siège ou d'une succursale à une autre. Selon le Comité des affaires fiscales, ces transferts ne devraient pas être reconnus lorsqu'il n'est pas possible de les considérer comme liés à des motifs commerciaux normaux, ni comme des transferts qui auraient eu lieu entre des entreprises indépendantes, par exemple lorsqu'ils n'ont lieu qu'à des fins fiscales dans le but de maximiser les allègements fiscaux que peut réclamer une banque. Dans ces cas, en effet, on ne peut considérer que ces transferts auraient eu lieu entre entreprises totalement indépendantes ; par conséquent, ceux-ci n'auraient pas eu d'effet sur le montant des bénéfices qu'une telle entreprise indépendante aurait pu réaliser en traitant en toute indépendance avec l'entreprise dont elle constitue un établissement stable.

15.3 Toutefois, il peut exister un marché commercial pour le transfert de tels prêts entre différentes banques, les conditions d'un transfert interne étant alors similaires à celles d'un transfert entre banques indépendantes. Un exemple d'un tel transfert serait celui où une banque fermerait une succursale donnée et devrait par conséquent effectuer le transfert des prêts de cette succursale soit au siège soit à une autre succursale. Un autre exemple est celui de l'ouverture d'une succursale dans un pays donné suivi du transfert à cette succursale, uniquement pour des raisons commerciales, des prêts antérieurement consentis aux résidents de ce pays par le siège ou par d'autres succursales. Dans la mesure où un tel transfert est reconnu au plan fiscal, on devrait considérer que le prêt a été transféré à sa juste valeur sur le marché libre à

la date du transfert. Il doit être tenu compte d'un allègement pour la détermination du bénéfice de l'établissement stable, puisqu'entre des entités indépendantes, la valeur du prêt à la date du transfert aurait été prise en compte pour décider du prix à facturer et puisque les principes d'une saine comptabilisation requièrent que la valeur comptable de l'actif soit modifiée pour tenir compte de sa valeur au marché. (Cette question est examinée de manière plus approfondie dans le rapport du Comité intitulé « Attribution de revenu aux établissements stables »¹.)

15.4 Lorsque des créances qui sont devenues douteuses sont transférées, il est important, dans le but d'accorder un allègement total mais non excessif pour une telle perte, que les deux autorités concernées aboutissent à un accord mutuel sur une base compatible pour accorder l'allègement. Dans ce cas il devrait être tenu compte du point de savoir si la valeur de transfert, à la date du transfert interne, a été le résultat d'une erreur de jugement sur la solvabilité du débiteur ou si la valeur à cette date reflétait bien un jugement approprié de la situation du débiteur à ce moment. Dans le premier cas, il pourrait être approprié, pour le pays de la succursale auteur du transfert, de limiter l'allègement à la perte réellement subie par la banque dans son ensemble et, pour le pays bénéficiaire, de ne pas taxer le gain ultérieur apparent. Cependant, lorsque le prêt a été transféré pour des raisons commerciales entre deux parties de la banque et qu'après un certain temps il a augmenté de valeur, la succursale auteur du transfert devrait normalement bénéficier d'un allègement sur la base de la valeur réelle à la date du transfert. La situation est quelque peu différente lorsque l'entité bénéficiaire est le siège de la banque et est située dans un pays d'imputation. La raison en est que normalement, le pays d'imputation basera l'imposition de la banque sur ses résultats mondiaux et accordera donc un allègement en tenant compte des pertes totales relatives au prêt, entre le moment où il a été conclu et celui où il a été finalement cédé. La succursale auteur du transfert devrait alors avoir droit à un allègement pour la période au cours de laquelle le prêt était en sa possession, suivant les principes ci-dessus. Le pays du siège évitera alors la double imposition par un crédit d'impôt correspondant à l'impôt supporté dans le pays d'accueil.

Paragraphe 3

16. Ce paragraphe rend explicite, pour ce qui concerne les dépenses d'un établissement stable, la directive générale figurant au paragraphe 2. Le paragraphe reconnaît spécifiquement que, dans le calcul des bénéfices d'un établissement stable, il doit être tenu compte des dépenses engagées aux fins de l'établissement stable, en quelque lieu qu'elles l'aient été. Il est évident que, dans certains cas, il sera nécessaire d'estimer ou de calculer par des moyens conventionnels le montant des dépenses entrant en ligne de compte. Dans le cas, par exemple, de frais généraux d'administration engagés au siège central de l'entreprise, il peut être judicieux de faire entrer en ligne de compte une fraction proportionnelle, déterminée d'après le rapport entre le chiffre d'affaires de l'établissement stable (ou éventuellement son bénéfice brut) et celui de l'entreprise dans son ensemble. Sous cette réserve, c'est le montant réel des dépenses engagées aux fins de l'établissement stable qui doit entrer en ligne de compte. La déduction pouvant être pratiquée par l'établissement stable au titre des dépenses de l'entreprise qui sont attribuées à cet établissement stable ne peut être subordonnée à leur remboursement effectif par l'établissement stable.

17. On a parfois fait observer que la nécessité de concilier les paragraphes 2 et 3 posait des problèmes pratiques dans la mesure où, en vertu du paragraphe 2, les prix des transactions entre l'établissement stable et le siège doivent normalement être fixés dans des conditions de pleine concurrence et procurer à l'entité qui effectue le transfert le type de bénéfice qu'elle aurait pu s'attendre à réaliser si elle effectuait une transaction avec une entreprise indépendante, tandis que les termes du paragraphe 3 laissent entendre que la déduction des dépenses encourues pour l'établissement stable doit correspondre au coût effectif de ces dépenses, normalement sans y ajouter un élément de bénéfice. En fait, si l'application du paragraphe 3 peut poser des problèmes pratiques, en particulier pour ce qui est des principes de l'entreprise indépendante et des prix de pleine concurrence sur lesquels repose le paragraphe 2, il n'y a pas de différence de principe entre les deux paragraphes. Le paragraphe 3 indique que, dans la détermination des bénéfices d'un établissement stable, la déduction de certaines dépenses doit être autorisée tandis que le paragraphe 2 prévoit que les bénéfices déterminés conformément à la règle qui figure au paragraphe 3, et qui concerne la déduction des dépenses, doivent être ceux qu'une entreprise distincte exerçant les mêmes activités ou des activités similaires dans les mêmes conditions ou dans des conditions similaires aurait effectués. Par conséquent, si le paragraphe 3 fixe une règle applicable à la détermination des bénéfices de l'établissement stable, le paragraphe 2 suppose que les bénéfices ainsi déterminés correspondent à ceux qui auraient été réalisés par une entreprise distincte et indépendante.

1. Reproduit à la page R(13)-1 du volume II de la version du Modèle de Convention fiscale présentée sous forme de classeurs.

17.1 En pratique, lorsqu'on applique ces principes à la détermination des bénéfices d'un établissement stable, la question peut se poser de savoir si une dépense particulière encourue par une entreprise peut vraiment être considérée comme effectuée dans l'intérêt de l'établissement stable, compte tenu des principes de l'entreprise distincte et indépendante énoncés au paragraphe 2. Il est vrai qu'habituellement des entreprises indépendantes chercheront à réaliser un bénéfice dans leurs transactions réciproques et que lorsqu'elles procèdent à des transferts d'actifs ou à des prestations de services réciproques elles exigeront un prix correspondant à ce que le marché peut supporter, mais il existe aussi des circonstances dans lesquelles il n'est pas possible de considérer qu'un actif ou un service particulier aurait pu être obtenu d'une entreprise indépendante ou dans lesquelles des entreprises indépendantes acceptent de partager les coûts d'une activité conjointe d'entreprises pour leur bénéfice mutuel. Dans de tels cas, il peut être souhaitable de considérer les dépenses encourues par l'entreprise comme étant à la charge de l'établissement stable. La difficulté vient de la nécessité de distinguer les cas de ce type et ceux où une dépense encourue par une entreprise ne doit pas être considérée comme une dépense de l'établissement stable et où le bien ou service doit être considéré, en vertu du principe de l'entreprise distincte et indépendante, comme ayant été transféré entre le siège et l'établissement stable à un prix qui comporte un élément de bénéfice. La question qui doit être posée est de savoir si le transfert interne de biens et de services, qu'il soit temporaire ou définitif, est du genre de ceux que l'entreprise, dans le cours normal de ses activités, aurait facturés à une tierce personne au prix de pleine concurrence, c'est-à-dire en incluant normalement dans le prix de vente un bénéfice approprié.

17.2 La réponse à cette question sera affirmative si la dépense a été originairement exposée dans le cadre d'une fonction visant directement à réaliser un chiffre d'affaires sur un bien ou sur un service spécifique et à réaliser un bénéfice par le truchement d'un établissement stable. Par contre, la réponse sera négative si, à la lumière des faits et circonstances d'un cas particulier, il résulte que la dépense a été originairement exposée dans le cadre d'une fonction visant essentiellement l'optimisation des coûts de toute l'entreprise ou la promotion générale de son chiffre d'affaires.¹

17.3 Lorsque des marchandises sont fournies, pour fins de revente, soit à l'état de produits finis, de matières premières ou de produits en cours de fabrication, il est normalement indiqué d'appliquer les dispositions du paragraphe 2 et, par conséquent, d'allouer à la division de l'entreprise qui effectue la fourniture un élément de profit calculé en fonction du prix de pleine concurrence. Il peut cependant y avoir des exceptions. Ainsi, les marchandises peuvent avoir été fournies non pour fins de revente, mais pour usage temporaire dans le cadre d'activités commerciales de telle sorte qu'il soit approprié pour chacune des divisions de l'entreprise qui partagent l'utilisation de ces biens de n'en supporter qu'une partie du coût, c'est-à-dire, dans le cas d'équipement, la partie de la dépense d'amortissement qui se rapporte à l'usage de chacune de ces divisions. Évidemment, il ne faut pas perdre de vue que la simple acquisition de marchandises ne constitue pas un établissement stable (sous-paragraphe 4 d) de l'article 5) de sorte que la question de l'attribution de bénéfices ne se pose pas dans un tel cas.

17.4 Dans le cas de biens incorporels, les règles concernant les relations entre entreprises du même groupe (c'est-à-dire le versement de redevances ou les accords de partage des coûts) ne peuvent être appliquées aux relations entre des divisions d'une même entreprise. En fait, il peut être extrêmement difficile d'attribuer la « propriété » d'un bien incorporel à une seule division d'une entreprise et de prétendre que cette division devrait recevoir des redevances d'autres divisions comme si elle était indépendante. Puisqu'il n'y a qu'une entité juridique, il est impossible d'attribuer la propriété d'un bien à une division spécifique. De plus, il sera souvent difficile, en pratique, d'attribuer les coûts de création de biens incorporels à une seule division. Il peut donc être préférable de considérer que les coûts de création de droits intangibles sont attribuables à toutes les divisions de l'entreprise qui les utiliseront et que leurs coûts de création doivent être répartis en conséquence. Dans ce cas, il serait indiqué d'allouer les coûts réels de création de ces droits incorporels entre les différentes divisions d'une entreprise sans tenir compte d'un élément de profit ou de redevances. Les autorités fiscales doivent toutefois être conscientes que les effets négatifs éventuels des activités de recherche et de développement, tels la responsabilité légale du producteur et la pollution de l'environnement, doivent aussi être attribués aux différentes divisions de l'entreprise et donner lieu par conséquent, le cas échéant, à des versements compensatoires.

1. Les problèmes particuliers des transferts internes d'actifs financiers, qui concernent principalement les banques et autres institutions financières, ont déjà été traités dans un rapport intitulé « L'imposition des entreprises bancaires internationales » (publié sous le titre *Prix de transfert et entreprises multinationales — Trois études fiscales*, OCDE, Paris, 1984) et font l'objet de commentaires distincts aux paragraphes 19 et 20 ci-dessous.

17.5 Le domaine des services est celui dans lequel des difficultés risquent de survenir lorsqu'on tentera de déterminer si, dans un cas donné, le coût d'un service spécifique doit être réparti entre les différentes divisions d'une entreprise soit en fonction du coût réel, soit en fonction du coût majoré d'un élément de profit représentant le bénéfice de la division qui fournit ce service. Il se peut que l'activité commerciale, ou une partie de celle-ci, corresponde à la fourniture de tels services et que des frais standard soient perçus pour ceux-ci. Dans ce cas, il sera généralement approprié de facturer un service pour un montant équivalent à celui qui serait facturé à un client indépendant.

17.6 Lorsque l'activité principale d'un établissement stable consiste à rendre des services spécifiques à l'entreprise dont il fait partie, que leur coût représente une fraction substantielle des dépenses de l'entreprise et que ces services lui procurent un avantage réel, le pays d'accueil peut exiger qu'une marge de bénéfice soit incluse dans le montant des coûts. Le pays d'accueil devra alors, dans la mesure du possible, éviter des solutions schématiques et se fonder sur la valeur que les services en question peuvent représenter dans les circonstances propres à chaque cas d'espèce.

17.7 Le plus souvent, cependant, la fourniture de services représente simplement une partie des fonctions administratives générales de l'ensemble de la société. Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'entreprise a un programme de formation dont bénéficient les salariés de chacune de ses divisions. Il sera habituellement indiqué de considérer les coûts de tels services comme faisant partie des frais généraux d'administration de l'ensemble de l'entreprise, ceux-ci devant alors être répartis à leur coût réel entre les différentes divisions pour lesquelles ils ont été encourus sans que l'on procède à une majoration représentant le bénéfice d'une autre division.

18. Certaines considérations spéciales sont toutefois nécessaires pour les paiements qui, sous la dénomination d'intérêts, sont versés par un établissement stable à son siège central au titre de prêts que ce dernier lui a octroyés. Dans ce cas, la question principale n'est pas tant de savoir si des rapports créancier/débiteur sont admis à l'intérieur de la même entité juridique mais plutôt de décider si des prêts peuvent être rémunérés à des taux de pleine concurrence. Cette question se pose essentiellement pour deux raisons :

- d'un point de vue juridique, le transfert de la jouissance d'un capital, contre rémunération et promesse de restitution à l'échéance, est, en fait, un acte formel qui n'est guère compatible avec la véritable nature juridique de l'établissement stable ;
- d'un point de vue économique, les dettes et créances internes peuvent se révéler inexistantes. En effet, dans l'hypothèse où l'entreprise serait exclusivement, ou de manière prépondérante, financée par du capital-actions, elle ne devrait pas être autorisée à facturer des intérêts qu'elle n'a manifestement pas supportés. S'il est vrai que la symétrie des charges et des recettes ne faussera pas le résultat global de l'entreprise, il n'en reste pas moins que les résultats partiels risquent d'être modifiés arbitrairement.

18.1 Si les emprunts contractés par le siège d'une entreprise étaient exclusivement destinés à financer ses activités ou, de manière évidente et exclusive, l'activité d'un établissement stable donné, le problème se réduirait à une simple question de sous-capitalisation du bénéficiaire effectif de ces prêts. En réalité, les emprunts contractés notamment par le siège de l'entreprise ne serviront généralement que dans une certaine proportion aux besoins de celui-ci, car l'autre partie servira à doter les succursales d'un capital de base.

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

18.3 Compte tenu des considérations qui précèdent, la majorité des pays Membres a estimé qu'il serait préférable de rechercher une solution praticable qui tiendrait compte d'une structure de capital appropriée aussi bien à l'entreprise qu'aux fonctions qu'elle exerce. Ainsi, l'interdiction de déduire des charges liées à des prêts ou comptes fournisseurs internes demeurerait une règle d'application générale, sous réserve des problèmes spécifiques aux banques dont il est fait

état ci-dessous (cette question est examinée plus en profondeur dans les rapports du Comité intitulés « Attribution de revenus aux établissements stables » et « Sous-capitalisation »¹).

19. Il est toutefois admis que certaines considérations spéciales peuvent être invoquées pour les versements d'intérêts effectués entre elles par différentes parties d'une même entreprise financière (une banque, par exemple) sur des avances, etc. (indépendamment du capital qui peut leur être alloué), car l'octroi et la perception d'avances constituent des opérations étroitement liées à l'activité ordinaire d'entreprises de ce genre. Cette question, ainsi que certains problèmes liés aux transferts de valeurs financières, est examinée dans le rapport de 1984 sur les opérations bancaires internationales apparaissant dans la publication « Prix de transfert et entreprises multinationales — Trois études fiscales ». Les présents commentaires n'entendent pas prendre une position contraire aux opinions exprimées à ce sujet dans ledit rapport. Une question qui n'y est pas abordée est celle du transfert de prêts entre les divisions d'une même banque ; cette question est examinée aux paragraphes 15.2 à 15.4 ci-dessus.

20. La publication mentionnée ci-dessus traite également du problème de l'attribution d'une partie du capital à un établissement stable d'une banque lorsqu'il y a un transfert d'actifs à cet établissement et lorsqu'il n'y en a pas. Les opinions divergentes des pays Membres sur ces questions continuent de poser des difficultés pratiques et les présents commentaires se contentent de souligner le caractère souhaitable d'une entente portant sur des façons compatibles de traiter ce problème.

21. Un autre cas est lié à la question de savoir s'il y a lieu de considérer qu'une fraction des bénéfices totaux d'une entreprise devrait être regardée comme le résultat d'une bonne gestion. Supposons le cas d'une société dont le siège central est établi dans un pays, mais qui exerce toutes ses activités d'entreprise par l'intermédiaire d'un établissement stable situé dans un autre pays. Dans le cas extrême, il pourrait arriver que seules les réunions du conseil d'administration se tiennent au siège central et que toutes les autres activités de la société en dehors de celles qui comportent des formalités purement juridiques, s'exercent dans l'établissement stable. Dans ce cas, on pourrait en effet soutenir qu'une partie au moins des bénéfices de l'ensemble de l'entreprise est imputable à une gestion judicieuse et au sens des affaires dont font preuve les administrateurs ; cette fraction de bénéfice de l'entreprise devrait donc être imputée au pays où est situé le siège central. Si la société avait été gérée par un organisme de gestion, il n'est pas douteux que cet organisme aurait demandé une rémunération pour ses services et cette rémunération aurait peut-être consisté en un simple pourcentage des bénéfices de l'entreprise. Mais, ici encore, quels que soient les avantages théoriques de cette méthode, des considérations pratiques militent fortement contre son adoption. Dans le cas évoqué, les dépenses de gestion seraient, bien entendu, déduites des bénéfices de l'établissement stable, conformément aux dispositions du paragraphe 3, mais si l'on considère le problème dans son ensemble, il ne semble pas qu'il puisse y avoir des raisons suffisantes pour aller encore plus loin en faisant entrer en ligne de compte à titre de déduction un montant fictif, représentant des « bénéfices dus à la gestion ». Il n'y a donc pas lieu, dans les cas semblables au cas extrême évoqué ci-dessus, de tenir compte, dans la détermination des bénéfices imposables de l'établissement stable, de montants fictifs représentant les bénéfices dus à la gestion.

22. Il se peut évidemment que les pays où il est d'usage d'imputer une certaine part des bénéfices totaux d'une entreprise au siège central de l'entreprise à titre de bénéfices de bonne gestion désirent continuer à le faire. Aucune disposition de l'article ne vise à les en empêcher. Il résulte toutefois de ce qui est dit au paragraphe 21 ci-dessus qu'un pays où se trouve un établissement stable n'est nullement obligé, lors du calcul des bénéfices imposables à cet établissement stable, de déduire une somme censée représenter une fraction des bénéfices de gestion attribuables au siège central.

23. Il est fort possible qu'au cas où le pays dans lequel est situé le siège central d'une entreprise impute au siège central un certain pourcentage des bénéfices de l'entreprise au simple titre de bonne gestion, alors que le pays dans lequel l'établissement stable est situé ne le fait pas, le total des sommes imposables dans les deux pays qui en résulte soit plus élevé qu'il ne devrait. Dans les cas de ce genre, le pays où se trouve le siège central de l'entreprise devrait prendre l'initiative d'effectuer tout ajustement dans le calcul des impôts à payer dans ce pays qui serait nécessaire pour qu'il n'existe aucune double imposition.

1. Reproduits aux pages R(13)-1 et R(4)-1 respectivement du volume II de la version du Modèle de Convention fiscale présentée sous forme de classeurs.

24. Il se trouve généralement qu'il existe, ou que l'on peut établir, une comptabilité appropriée pour chaque partie ou secteur de l'entreprise de sorte que les bénéfices et les dépenses, après avoir été ajustés s'il en est besoin, peuvent être imputés à une partie déterminée de l'entreprise avec un très haut degré de précision. Cette méthode d'imputation doit, en général, être adoptée de préférence lorsqu'il existe une possibilité suffisante de la mettre en pratique. Il y a cependant des cas où ce n'est pas possible et les paragraphes 2 et 3 n'entendent nullement impliquer que d'autres méthodes ne peuvent être valablement adoptées, en cas de besoin, en vue d'établir les bénéfices d'un établissement stable selon le critère de l'« entreprise distincte ». Il se peut, par exemple, que pour déterminer les bénéfices d'une entreprise d'assurances, des méthodes de calcul spéciales, telles que celle consistant à appliquer des coefficients appropriés aux primes brutes versées par les titulaires de polices dans le pays considéré, puissent parfaitement convenir. De même, s'il s'agit d'une entreprise relativement modeste qui poursuit ses activités de part et d'autre d'une même frontière, il peut n'y avoir ni compte distinct pour l'établissement stable, ni possibilité d'en établir. Dans d'autres cas, il peut aussi arriver que les activités de l'établissement stable soient si étroitement liées à celles du siège central qu'il serait impossible de les dissocier en se fondant strictement sur la comptabilité de la succursale. Lorsqu'il est d'usage, en pareil cas, d'évaluer les bénéfices de l'établissement stable, considéré comme entreprise indépendante, au moyen de critères appropriés, il semble raisonnable de continuer à appliquer cette méthode, encore que le résultat auquel elle aboutit puisse ne pas atteindre le degré de précision que donnerait la détermination du bénéfice sur la base d'une comptabilité adéquate. Même dans les cas où il n'est pas d'usage d'appliquer une telle méthode, il peut être nécessaire d'y recourir à titre exceptionnel et pour des raisons d'ordre pratique.

Paragraphe 4

25. Dans certains cas, il est d'usage de calculer les bénéfices à imputer à un établissement stable non pas sur la base de la comptabilité séparée ou en faisant une estimation des bénéfices conformément au principe de l'entreprise distincte, mais simplement en répartissant les bénéfices totaux de l'entreprise selon diverses formules. Une telle méthode diffère de celles qui sont envisagées au paragraphe 2, car il s'agit non pas d'une attribution de bénéfices selon le principe de l'entreprise distincte, mais d'une répartition des bénéfices totaux ; en fait, elle peut aboutir à un résultat différent de celui que donnerait un calcul sur la base de la comptabilité séparée. Le paragraphe 4 indique clairement qu'un État contractant peut continuer à employer une telle méthode si elle est couramment adoptée dans ce pays, même si le montant qui en résulte peut parfois différer, dans une certaine mesure, de celui que donnerait une comptabilité séparée, à condition que l'on puisse équitablement considérer que le résultat obtenu est conforme aux principes contenus dans l'article. Il faut souligner, cependant, que de manière générale les bénéfices à imputer à un établissement stable doivent être déterminés par référence à la comptabilité de l'établissement stable si celle-ci reflète réellement la situation. On considère qu'une méthode d'imputation basée sur une répartition des bénéfices totaux convient en général moins bien qu'une méthode qui ne vise que les activités de l'établissement stable ; elle ne devrait être utilisée que lorsque, à titre exceptionnel, elle a été traditionnellement employée de manière courante par le passé et que, de façon générale, les autorités fiscales comme les contribuables des pays intéressés la jugent satisfaisante. Il est bien entendu que le paragraphe 4 peut être supprimé lorsqu'aucun des États n'utilise une telle méthode. Cependant, lorsque les États contractants souhaitent pouvoir utiliser une méthode qui n'a pas été en usage dans le passé, il convient de le préciser en modifiant le paragraphe au cours des négociations bilatérales.

26. Il ne conviendrait pas, dans le contexte de ces Commentaires, d'analyser longuement les méthodes nombreuses et variées comportant une répartition des bénéfices totaux, qui ont été adoptées dans des domaines particuliers pour l'imputation des bénéfices. Ces méthodes sont bien précisées dans les ouvrages relatifs à l'imposition internationale. Toutefois, il ne semble pas inutile de résumer brièvement certaines des méthodes principales et d'énoncer quelques principes généraux concernant leur application.

27. Les méthodes comportant une répartition des bénéfices totaux ont pour trait caractéristique qu'une certaine proportion des bénéfices de l'ensemble de l'entreprise est imputée à une partie de celle-ci, toutes les parties de l'entreprise étant censées avoir contribué à la rentabilité de l'ensemble sur la base du ou des critères adoptés. Ce qui différencie en général ces méthodes, ce sont les divers critères utilisés pour déterminer la proportion exacte du total des bénéfices. On peut valablement grouper les critères ordinairement employés en trois grandes catégories, selon qu'ils reposent sur les recettes de l'entreprise, sur ses dépenses ou sur la structure de son capital. Le premier groupe comprend les méthodes de répartition basées sur le chiffre d'affaires ou les commissions, le second celles basées sur les salaires et le troisième celles basées sur la fraction du fonds de roulement de l'entreprise attribuée à chaque succursale ou partie de l'entreprise. Il est évidemment impossible de dire *in abstracto* qu'une méthode est par elle-même plus précise qu'une autre. Une méthode particulière sera plus ou moins appropriée selon les cas auxquels elle s'appliquera. Dans certaines entreprises, notamment

celles qui fournissent des services ou fabriquent des spécialités avec une marge bénéficiaire élevée, le bénéfice net dépendra surtout du chiffre d'affaires. Pour les entreprises d'assurances, la méthode appropriée peut consister à effectuer une répartition des bénéfices totaux sur la base des primes versées par les titulaires de polices dans chacun des pays considérés. S'il s'agit d'une entreprise qui fabrique certains articles dont le prix de revient est élevé du fait des matières premières ou de la main-d'œuvre utilisées, les bénéfices pourront dépendre plus étroitement des dépenses. Pour les banques et établissements financiers, la fraction du fonds de roulement total peut constituer le critère le plus adéquat. D'une manière générale, une méthode comportant une répartition des bénéfices totaux devrait permettre d'obtenir un chiffre de bénéfices imposables qui corresponde d'aussi près que possible au chiffre qu'on aurait obtenu sur la base de la comptabilité séparée ; il ne serait pas opportun de chercher à ce propos à énoncer des directives particulières autres que la suivante, à savoir qu'il appartient à l'autorité fiscale, après consultation des autorités des autres pays intéressés, d'adopter la méthode qui, compte tenu de tous les faits connus, semble la plus apte à produire ce résultat.

28. L'emploi d'une méthode basée sur l'imputation à une partie d'une entreprise d'une certaine proportion du bénéfice total de l'ensemble pose évidemment un problème, celui de la méthode à utiliser pour calculer le bénéfice global de l'entreprise. Il se peut que ce problème soit résolu différemment selon la législation en vigueur dans les différents pays. Dans ce domaine, il serait impossible de trouver une solution en énonçant une règle rigide. On ne peut guère s'attendre à ce qu'il soit admis que les bénéfices à imputer soient ceux que fournissent les calculs effectués conformément à la législation d'un pays particulier ; chaque pays intéressé devrait avoir le droit de calculer les bénéfices selon les dispositions de sa propre législation.

Paragraphe 5

29. Au paragraphe 4 de l'article 5, on a énuméré un certain nombre d'exemples d'activités qui, bien qu'elles s'exercent dans une installation fixe d'affaires, doivent être considérées comme n'étant pas visées par l'expression « établissement stable ». Lorsqu'on examine les règles selon lesquelles devrait se faire l'imputation des bénéfices à un établissement stable, le principal de ces exemples est celui mentionné au paragraphe 5 du présent article, c'est-à-dire le bureau d'achat.

30. Bien entendu, il n'est pas question dans le paragraphe 5 des organismes uniquement créés en vue d'effectuer des achats ; ces organismes ne constituent pas des établissements stables et les dispositions du présent article relatives à l'imputation des bénéfices ne peuvent leur être appliquées. Le paragraphe traite du type d'établissement stable qui, bien qu'il exerce également d'autres activités d'entreprise, effectue des achats pour son siège central. Dans un tel cas, le paragraphe stipule que les bénéfices de l'établissement stable ne doivent pas être majorés d'un montant fictif représentant les bénéfices résultant de ces achats. Il s'ensuit, bien entendu, que toute dépense découlant des activités d'achat sera également exclue du calcul des bénéfices imposables réalisés par l'établissement stable.

Paragraphe 6

31. Dans ce paragraphe, on a voulu indiquer clairement qu'une méthode d'imputation une fois adoptée ne devrait pas être modifiée simplement parce que, pour une certaine année, une méthode donne des résultats plus favorables. Les conventions de double imposition ont, entre autre, pour but de donner à une entreprise d'un État contractant certaines assurances au sujet du régime fiscal qui sera accordé à l'établissement stable qu'elle a dans l'autre État contractant ainsi qu'à la partie de l'entreprise, située dans le pays du siège, avec laquelle l'établissement stable est en rapport. Ainsi, le paragraphe 6 assure une certaine continuité et uniformité dans le régime fiscal.

Paragraphe 7

32. Bien qu'on n'ait pas jugé nécessaire de définir le terme « bénéfices » dans la Convention, il doit néanmoins être entendu que ce terme employé dans le présent article comme dans d'autres articles de la Convention a un sens large et comprend tous les revenus tirés de l'exploitation d'une entreprise. Cette acception générale correspond à l'emploi qui est fait du terme dans la législation fiscale de la plupart des pays Membres de l'OCDE.

33. Cette interprétation du terme « bénéfices » crée toutefois un doute quant à l'application de la Convention. Si les bénéfices d'une entreprise incluent des catégories de revenus qui sont traités séparément dans d'autres articles de la

Convention, comme les dividendes, on peut se demander si l'imposition de ces bénéfiques est régie par les dispositions de l'article concernant les dividendes, etc., ou par les dispositions du présent article.

34. Cette question ne présente guère d'intérêt pratique dans la mesure où on obtient le même résultat du point de vue fiscal en appliquant indifféremment les dispositions du présent article ou celles de l'article spécial. En outre, il est à noter que certains des articles spéciaux contiennent des dispositions particulières donnant la priorité à un article déterminé (cf. le paragraphe 4 de l'article 6, le paragraphe 4 des articles 10 et 11, le paragraphe 3 de l'article 12 et le paragraphe 2 de l'article 21).

35. Il a paru néanmoins souhaitable d'énoncer une règle d'interprétation afin de préciser le champ d'application du présent article par rapport aux autres articles concernant une catégorie particulière de revenus. Conformément à la pratique généralement suivie dans les conventions bilatérales en vigueur, le paragraphe 7 donne tout d'abord la préférence aux articles consacrés aux dividendes, intérêts etc. En conséquence, le présent article sera applicable aux revenus d'entreprise qui n'entrent pas dans les catégories de revenus couvertes par les articles spéciaux et, en outre, aux dividendes, intérêts, etc., qui, en vertu du paragraphe 4 des articles 10 et 11, du paragraphe 3 de l'article 12 et du paragraphe 2 de l'article 21, tombent sous le coup des dispositions du présent article (cf. les paragraphes 12 à 18 des Commentaires sur l'article 12 qui traite des principes applicables aux fins de déterminer si, dans le cas particulier des logiciels, des versements doivent être classés soit comme revenu d'activité commerciale visé par les articles 7 ou 14 ou comme gains en capital relevant de l'article 13, soit comme redevances visées par l'article 12). Il est entendu que les éléments de revenu visés par les articles spéciaux peuvent être imposés, compte tenu des dispositions de la Convention, soit séparément, soit comme bénéfiques d'entreprise, conformément à la législation fiscale des États contractants.

36. Les États contractants restent libres d'adopter sur une base bilatérale des explications ou des définitions particulières concernant le terme « bénéfiques », afin de mieux préciser la démarcation entre ce terme et la notion de dividende, par exemple. Il conviendrait notamment de le faire si, dans une convention en cours de négociation, des modifications ont été apportées aux définitions prévues dans les articles spéciaux concernant les dividendes, intérêts et redevances. De telles précisions pourront aussi être jugées souhaitables si les États contractants veulent souligner que, conformément à la législation fiscale de l'un ou des deux États, le terme « bénéfiques » comprend des catégories spéciales de recettes, comme le revenu provenant de l'aliénation ou de la location d'une entreprise ou de biens mobiliers utilisés par une entreprise. A ce propos, il conviendra peut-être d'examiner s'il serait utile de prévoir également d'autres règles pour l'imputation de ces bénéfiques spéciaux.

37. Il est également à noter que la définition du terme « redevances » au paragraphe 2 de l'article 12 du Projet de Convention de 1963 et du Modèle de Convention de 1977 comprenait les rémunérations « pour l'usage ou la concession de l'usage d'un équipement industriel, commercial ou scientifique ». La mention de ces rémunérations a subséquentement été supprimée de cette définition afin d'assurer que les revenus provenant de la location d'équipement industriel, commercial ou scientifique, incluant les revenus de la location de conteneurs, soient visés par les dispositions de l'article 7 plutôt que celles de l'article 12, un résultat que le Comité des affaires fiscales estime être approprié compte tenu de la nature de ces revenus.

Texte des Commentaires révisés sur l'Article 7 tels que publié dans le Modèle de Convention fiscale de 2008:

I. Remarques préliminaires

1. Cet article est, à bien des égards, la suite et le corollaire de l'article 5 qui définit le concept d'établissement stable. Le critère de l'établissement stable est couramment utilisé dans les conventions internationales de double imposition en vue de déterminer si un élément particulier de revenu doit ou non être imposé dans le pays où il est produit ; mais ce critère ne fournit pas par lui-même une solution complète au problème de la double imposition des bénéfices d'entreprise. Pour éviter qu'il y ait une double imposition de cette nature, il est nécessaire de compléter la définition de l'établissement stable en y ajoutant une série convenue de règles permettant de calculer les bénéfices imputables à l'établissement stable. Pour exprimer la même idée sous une forme légèrement différente, lorsqu'une entreprise d'un État contractant exerce une activité d'entreprise dans l'autre État contractant, les autorités de ce second État doivent se poser deux questions avant d'imposer les bénéfices de l'entreprise : tout d'abord, l'entreprise a-t-elle dans leur pays un établissement stable ? Dans l'affirmative, quels sont éventuellement les bénéfices sur lesquels cet établissement stable doit être imposé ? Ce sont les règles à appliquer pour répondre à cette seconde question qui constituent l'objet de l'article 7. Les règles permettant de calculer les bénéfices réalisés par une entreprise d'un État contractant qui effectue des opérations commerciales avec une entreprise de l'autre État contractant lorsque les deux entreprises sont associées sont contenues dans l'article 9.

2. Les articles 7 et 9 n'entrent pas particulièrement dans les détails et ne présentaient pas de réelles nouveautés lorsqu'ils ont été adoptés par l'OCDE. La question du critère à utiliser pour l'attribution de bénéfices à un établissement stable, et celle des règles à appliquer pour répartir des bénéfices provenant de transactions effectuées entre des entreprises associées, ont dû être traitées dans un grand nombre de conventions de double imposition et dans divers modèles élaborés par la Société des Nations avant que l'OCDE n'en traite pour la première fois et les solutions adoptées ont en général été conçues selon un modèle standard.

3. Il est reconnu de façon générale que les principes essentiels sur lesquels repose ce modèle standard sont bien fondés, et, lorsque l'OCDE s'est penchée pour la première fois sur cette question, elle s'est donc contentée de les énoncer de nouveau, en y introduisant quelques légers amendements et quelques modifications visant essentiellement à les rendre plus clairs. Les deux articles comportent un certain nombre de directives. Ils ne fixent pas une série de règles précises correspondant à tous les types de problèmes qui peuvent se poser lorsqu'une entreprise d'un État réalise des bénéfices dans un autre État ; ils ne pouvaient guère le faire, étant donné la nature de ce problème. À l'époque moderne, le commerce s'organise de façon extrêmement variée ; il serait tout à fait impossible, dans les limites relativement étroites d'un article destiné à figurer dans une convention de double imposition, d'énoncer des règles exhaustives, propres à résoudre tous les types de problèmes qui peuvent se poser.

4. Il convient toutefois de reconnaître que des différences considérables ont été observées dans l'interprétation des directives générales énoncées à l'article 7 et des dispositions figurant dans des conventions et modèles de convention antérieurs dont est inspirée la formulation de cet article. Cette absence d'interprétation commune de l'article 7 peut aboutir à des problèmes de double imposition et d'absence d'imposition. Pour cette raison, il est important que les autorités fiscales conviennent de méthodes cohérentes pour traiter ces problèmes en utilisant, le cas échéant, la procédure amiable prévue à l'article 25.

5. Au fil des années, le Comité des affaires fiscales a donc consacré énormément de temps et d'efforts à œuvrer pour que s'imposent une interprétation et une application plus cohérentes des règles énoncées dans l'article. Des changements mineurs dans la formulation de l'article et un certain nombre de

modifications des Commentaires ont été effectués lors de l'adoption du Modèle de Convention fiscale de 1977. Un rapport qui traitait cette question dans le cas particulier des banques a été publié en 1984.¹ En 1987, notant que la détermination des bénéfices imputables à un établissement stable pourrait donner lieu à des incertitudes, le Comité a entrepris d'étudier la question, sa réflexion ayant conduit à l'adoption, en 1993, du rapport intitulé « Attribution de bénéfices aux établissements stables »² et à des modifications subséquentes des Commentaires.

6. Malgré ces travaux, les pratiques des pays membres et non membres de l'OCDE concernant l'attribution de bénéfices aux établissements stables et leur interprétation de l'article 7 varient fortement. Le Comité a reconnu la nécessité de réduire l'incertitude pour les contribuables : dans son rapport intitulé « Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales » adopté en 1995, il a indiqué que des travaux futurs porteraient sur l'application du principe de pleine concurrence aux établissements stables. Ces travaux ont débouché, en 2008, sur la publication d'un rapport intitulé « Attribution de bénéfices aux établissements stables ». L'approche décrite dans ce rapport n'a pas été limitée par l'intention initiale ou par la pratique observée et l'interprétation de l'article 7. Au lieu de cela, l'accent a été mis sur la formulation de la meilleure méthode d'attribution de bénéfices à un établissement stable en vertu de l'article 7 compte tenu des opérations multinationales et des échanges actuels.

7. L'approche décrite dans le rapport concerne l'attribution de bénéfices aux établissements stables en général (Partie I du rapport) et, en particulier, aux établissements stables d'entreprises exerçant leur activité dans le secteur financier où le fait d'exercer l'activité par l'intermédiaire d'un établissement stable est très répandu (Partie II du rapport, qui porte sur les établissements stables des banques, Partie III, qui traite des établissements stables des entreprises effectuant des transactions mondialisées et Partie IV, qui traite des établissements stables des entreprises exerçant des activités dans le secteur de l'assurance). Le Comité considère que les directives énoncées dans le rapport décrivent une meilleure méthode d'attribution de bénéfices aux établissements stables que celle qui prévalait auparavant. Il reconnaît cependant qu'il existe des différences entre certaines des conclusions du rapport et l'interprétation de l'article donnée précédemment dans ces Commentaires. C'est pour cette raison que ces Commentaires ont été modifiés afin d'y intégrer certaines des conclusions du rapport qui n'entraient pas en conflit avec la version précédente des Commentaires, laquelle préconisait des méthodes spécifiques dans certains secteurs et laissait une latitude considérable dans d'autres. Le rapport énonce donc des principes internationalement acceptés et, dans la mesure où son contenu n'entre pas en conflit avec les Commentaires, il fournit des directives pour l'application du principe de pleine concurrence figurant dans l'article.

8. Avant 2000, le revenu tiré d'une profession libérale et d'autres activités de caractère indépendant faisait l'objet d'un article séparé, à savoir l'article 14. Les dispositions de cet article étaient semblables à celles qui s'appliquaient aux bénéfices des entreprises mais on y retrouvait le concept de base fixe plutôt que celui d'établissement stable, puisqu'il avait originellement été considéré que ce dernier concept ne devait s'appliquer que dans le cadre des activités industrielles et commerciales. De plus, il était parfois difficile de déterminer si une activité donnée était couverte par l'article 7 ou 14. La suppression de l'article 14 en 2000 a été motivée par le fait qu'aucune différence ne semblait souhaitable entre les concepts d'établissement stable, à l'article 7, et de base fixe, à l'article 14, ni entre la façon de calculer les bénéfices et l'impôt selon que l'article 7 ou l'article 14 s'applique. La suppression de l'article 14 a eu comme conséquence que le revenu tiré d'une profession libérale et d'autres activités de caractère indépendant

1. « L'imposition des entreprises bancaires internationales », publié sous le titre *Prix de transfert et entreprises multinationales – Trois études fiscales*, OCDE, Paris, 1984.

2. *Attribution de bénéfices aux établissements stables*, Questions de fiscalité internationale N° 5, OCDE, Paris, 1994 ; reproduit à la page R(13)-1 du Volume II de la version du Modèle de Convention fiscale présentée sous forme de classeurs.

constitue désormais des bénéfices d'entreprise au sens de l'article 7, ce qui a été confirmé par l'ajout d'une définition des termes « activité » et « affaires » selon laquelle ces termes comprennent l'exercice de professions libérales ou d'autres activités de caractère indépendant.

II. Commentaires des dispositions de l'article

Paragraphe 1

9. Ce paragraphe traite de deux questions. En premier lieu, il réaffirme le principe généralement énoncé dans les conventions de double imposition, selon lequel une entreprise d'un État ne doit pas être imposée dans l'autre État, à moins qu'elle n'exerce une activité industrielle ou commerciale dans cet autre État par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé. Il semble inutile de souligner ici les avantages de ce principe. On se contentera de rappeler qu'il est maintenant admis, dans les relations fiscales internationales, qu'une entreprise d'un État ne peut être vraiment considérée comme participant à la vie économique d'un autre État au point de tomber sous sa juridiction fiscale, que si elle fonde dans cet État un établissement stable.

10. Le second principe, qui est énoncé dans la deuxième phrase du paragraphe, est que le droit d'imposer de l'État où l'établissement stable est situé ne s'étend pas aux bénéfices que l'entreprise peut tirer de cet État mais qui ne sont pas imputables à l'établissement stable. C'est là une question sur laquelle dans le passé, des divergences de vues se sont fait jour, quelques pays ayant appliqué, il y a plusieurs années, le principe de l'existence d'une « force d'attraction » générale en vertu duquel les revenus tels que les autres bénéfices d'entreprise, dividendes, intérêts et redevances tirés de sources situées sur leur territoire étaient imposables en totalité dans ces pays dès lors que le bénéficiaire y possédait un établissement stable et ce, même lorsque ces revenus n'étaient manifestement pas imputables à l'établissement stable. Même si certaines conventions fiscales bilatérales prévoient une règle anti-abus de portée limitée fondée sur une conception restreinte de la force d'attraction s'appliquant uniquement aux bénéfices d'entreprise tirés d'activités similaires à celles exercées par un établissement stable, l'approche de la force d'attraction décrite précédemment est désormais rejetée dans la pratique internationale en matière de conventions fiscales. Le principe qui est à présent généralement accepté dans les conventions de double imposition repose sur l'idée que, pour imposer les bénéfices réalisés par l'entreprise étrangère dans un pays déterminé, les autorités fiscales de ce pays devraient considérer une par une les diverses sources des bénéfices que l'entreprise tire de leur pays et appliquer à chacune le critère de l'établissement stable sous réserve de l'application éventuelle des autres articles de la Convention. Cette solution permet d'adopter des méthodes d'administration de l'impôt et de discipline fiscale plus simples et plus efficaces et correspondant mieux à la conduite courante des affaires. A l'époque moderne, l'organisation des affaires est fort complexe. Il existe un grand nombre de sociétés dont chacune exerce des activités très diverses et notamment des activités d'entreprise très étendues dans de nombreux pays. Une société peut créer un établissement stable dans un autre pays par l'intermédiaire duquel elle réalise des activités manufacturières tandis qu'une partie différente de la même société vend des produits ou articles manufacturés différents dans cet autre pays, par l'intermédiaire d'agents indépendants. La société peut avoir des raisons commerciales parfaitement valables pour procéder ainsi fondées, par exemple, sur la structure historique de son activité ou sur des motifs de convenance sur le plan commercial. Si le pays dans lequel l'établissement stable est situé souhaite pousser l'insistance jusqu'à vouloir rechercher minutieusement à déterminer et à imposer la part de bénéfice imputable à chaque transaction effectuée par l'intermédiaire d'agents indépendants, en vue d'ajouter ce bénéfice aux bénéfices de l'établissement stable, une telle démarche pourrait gêner sérieusement les activités commerciales ordinaires et serait contraire aux objectifs de la Convention.

11. En faisant référence à la part des bénéfices d'une entreprise imputable à un établissement stable, la deuxième phrase du paragraphe 1 renvoie directement au paragraphe 2, lequel fournit les directives relatives à la détermination des bénéfices devant être imputés à un établissement stable. Parce que le paragraphe 2 fait partie du contexte dans lequel la deuxième phrase du paragraphe 1 doit être lue, cette

phrase ne doit pas être interprétée de telle manière qu'elle puisse contredire le paragraphe 2, ce qui serait le cas notamment si l'on considérait que le montant des bénéfices susceptibles d'être imputés à un établissement stable ne peut excéder celui des bénéfices de l'entreprise toute entière. Par conséquent, si le paragraphe 1 prévoit qu'un État contractant ne peut imposer les bénéfices d'une entreprise de l'autre État contractant que dans la mesure où ils sont imputables à un établissement stable situé dans le premier État, ce sont les dispositions du paragraphe 2 qui donnent son sens à l'expression « bénéfices imputables à un établissement stable ». En d'autres termes, les directives énoncées au paragraphe 2 peuvent conduire à imputer des bénéfices à un établissement stable même si l'entreprise dans son ensemble n'a jamais réalisé de bénéfices ; elles peuvent à l'inverse conduire à n'imputer aucun bénéfice à un établissement stable même si l'entreprise dans son ensemble a réalisé des bénéfices.

12. A l'évidence cependant, l'État contractant de l'entreprise a intérêt à ce que les directives énoncées au paragraphe 2 soient correctement appliquées par l'État où se situe l'établissement stable. Étant donné que ces directives s'appliquent aux deux États contractants, l'État de l'entreprise doit, conformément aux dispositions de l'article 23, éliminer la double imposition des bénéfices correctement imputés à l'établissement stable. En d'autres termes, si l'État où se situe l'établissement stable cherche à imposer des bénéfices qui ne sont pas imputables à ce dernier aux termes de l'article 7, on risque d'aboutir à une situation de double imposition de bénéfices qui ne devraient normalement être imposés que dans l'État de l'entreprise.

13. L'objet du paragraphe 1 est de définir les limites du droit pour un État contractant d'imposer les bénéfices tirés de leur activité par des entreprises de l'autre État contractant. En revanche, ce paragraphe ne restreint pas le droit d'un État contractant d'imposer ses propres résidents aux termes de dispositions relatives aux sociétés étrangères contrôlées figurant dans sa législation nationale, même si l'impôt ainsi appliqué à ces résidents peut être calculé par référence à la partie des bénéfices d'une entreprise qui est résidente de l'autre État contractant qui est attribuable à la participations de ces résidents dans cette entreprise. L'impôt ainsi appliqué par un État à ses propres résidents ne réduit pas les bénéfices de l'entreprise de l'autre État et on ne saurait donc considérer qu'il est prélevé sur ces bénéfices (voir aussi le paragraphe 23 des Commentaires sur l'article 1 et les paragraphes 37 à 39 des Commentaires sur l'article 10).

Paragraphe 2

14. Ce paragraphe contient la directive centrale qui doit servir de base à l'attribution de bénéfices à un établissement stable. On y retrouve l'idée que les bénéfices à attribuer à un établissement stable sont ceux que cet établissement aurait réalisés si, au lieu de traiter avec le reste de l'entreprise, il avait traité avec une entreprise entièrement distincte aux conditions et aux prix du marché ordinaire. Cela correspond « au principe de pleine concurrence » envisagé dans les commentaires sur l'article 9. Normalement, les bénéfices ainsi déterminés seraient les mêmes que ceux auxquels les méthodes couramment employées pour l'établissement d'une comptabilité appropriée pour une entreprise devraient permettre d'aboutir.

15. Le paragraphe exige que ce principe soit appliqué par chacun des États contractants. A l'évidence, cela ne signifie pas que le montant sur lequel l'entreprise sera imposée dans l'État de source correspondra exactement, pour une période donnée, au montant des revenus au titre desquels l'autre État devra accorder un allègement en vertu des articles 23 A ou 23 B. En raison de divergences entre les législations internes des deux États concernant des aspects tels que les taux d'amortissement, le moment où les revenus sont considérés avoir été réalisés et les restrictions à la déductibilité de certaines dépenses qui sont conformes aux dispositions du paragraphe 3 de cet article, le montant du revenu imposable sera normalement différent dans chacun des deux États.

16. Dans la grande majorité des cas, la comptabilité commerciale de l'établissement stable — comptabilité généralement tenue par cette entreprise, ne fût-ce que parce qu'une entreprise bien gérée a

normalement intérêt à connaître la rentabilité de ses divers établissements — sera utilisée pour déterminer les bénéfices que l'on peut imputer en propre à cet établissement. Exceptionnellement, il peut y avoir des cas où il n'y a pas de comptabilité distincte (cf. paragraphes 51 à 55 ci-dessous). Mais, lorsque cette comptabilité existe, elle constitue naturellement le point de départ des opérations d'ajustement lorsqu'un tel ajustement est nécessaire pour déterminer le montant des bénéfices qui sont correctement imputables à l'établissement stable conformément à la directive figurant au paragraphe 2. Peut-être convient-il de souligner que cette directive ne peut servir de justification pour établir des bénéfices hypothétiques qui ne reposeraient sur rien ; il est toujours nécessaire de partir de données réelles, telles qu'elles ressortent des documents comptables de l'établissement stable et d'ajuster, le cas échéant, le montant des bénéfices obtenus à partir de ces données réelles. Comme indiqué au paragraphe 19 ci-après et comme expliqué au paragraphe 39 de la Partie I du rapport « Attribution de bénéfices aux établissements stables », les documents comptables et la documentation doivent toutefois répondre à un certain nombre d'exigences pour que l'on puisse considérer qu'ils sont conformes à la situation réelle.

17. Pour déterminer si le paragraphe 2 requiert un ajustement, il faudra déterminer les bénéfices qui auraient été réalisés si l'établissement stable avait été une entreprise distincte exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues et traitant en toute indépendance avec les autres composantes de l'entreprise. Les Sections D-2 et D-3 de la Partie I du rapport intitulé « Attribution de bénéfices aux établissements stables » décrit une démarche en deux étapes pour ce faire. Cette démarche permet de calculer le montant des bénéfices imputables à l'ensemble des activités exercées par l'intermédiaire de l'établissement stable, y compris les transactions effectuées avec d'autres entreprises indépendantes, les transactions effectuées avec des entreprises associées et aux opérations (à savoir notamment des transferts internes de capital ou de biens ou la fourniture internes de services – voir par exemple paragraphes 31 et 32) effectuées avec d'autres parties de l'entreprise (dans le cadre de la deuxième étape décrite précédemment), conformément à la directive énoncée au paragraphe 2.

18. La première étape de la démarche suppose que l'on isole les activités exercées par l'établissement stable, ce qui doit être fait à l'aide d'une analyse fonctionnelle et factuelle (les directives énoncées dans les Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales¹ seront utiles à cet effet). Dans le cadre de cette première étape, il conviendra de déterminer les activités et responsabilités importantes sur le plan économique exercées et assumées par l'établissement stable. Cette analyse doit dans la mesure pertinente examiner les activités et responsabilités exercées par l'établissement stable dans le contexte des activités et responsabilités exercées et assumées par l'entreprise dans son ensemble, plus particulièrement par les parties de celle-ci avec lesquelles traite l'établissement stable. Dans le cadre de la seconde étape, la rémunération versée en contrepartie de toute opération de cette nature devra être déterminée en appliquant par analogie les principes mis au point aux fins de l'application du principe de pleine concurrence entre des entreprises associées (ces principes sont exposés dans les Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales) par référence aux fonctions exercées, actifs utilisés et risques assumés par l'entreprise par l'intermédiaire de l'établissement stable et par les autres composantes de l'entreprise.

19. Une question qui risque de se poser est celle de savoir dans quelle mesure on peut se baser sur les documents comptables lorsqu'ils sont fondés sur des accords entre le siège et ses établissements stables (ou entre les établissements stables eux-mêmes). Il est évident que de tels accords internes ne peuvent être considérés comme des contrats juridiquement contraignants. Toutefois, dans la mesure où les comptes du siège et des établissements stables sont établis symétriquement sur la base de ces accords et où ces accords

1. La version originale de ce rapport a été adoptée par le Conseil de l'OCDE le 27 juin 1995. Publié sous le titre *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, OCDE, Paris, 1995.

correspondent aux fonctions exercées par les différentes composantes de l'entreprise, ces comptes pourraient être acceptés par les autorités fiscales. Les comptes ne devraient toutefois pas être considérés comme établis symétriquement à moins que l'évaluation des opérations effectuées ou les méthodes de répartition des bénéfices ou des dépenses dans les comptes de l'établissement stable ne correspondent exactement aux valeurs ou aux méthodes utilisées dans la comptabilité du siège dans la monnaie nationale ou dans la monnaie fonctionnelle utilisée par l'entreprise pour enregistrer ses transactions. Par ailleurs, comme expliqué au paragraphe 16, les documents comptables et la documentation doivent satisfaire à un certain nombre d'exigences pour que l'on puisse considérer qu'ils sont conformes à la situation réelle. Par exemple, lorsque la comptabilité commerciale est fondée sur des accords internes qui correspondent à des arrangements purement artificiels et non aux fonctions économiques réellement exercées par les différents secteurs de l'entreprise, il n'y a pas lieu de tenir compte de tels accords et la comptabilité doit être rectifiée en conséquence. Il en serait ainsi, par exemple, si un établissement stable exerçant des activités de vente se voyait attribuer dans le cadre d'un tel accord interne le rôle de commettant (acceptant ainsi tous les risques et ayant droit à tous les bénéfices occasionnés par les ventes) alors qu'en fait l'établissement stable en question n'était autre qu'un intermédiaire ou un agent (courant des risques limités et n'ayant droit qu'à une part limitée des revenus correspondants) ou inversement s'il se voyait attribuer le rôle d'intermédiaire ou d'agent alors qu'en réalité il s'agissait d'un commettant.

20. On peut donc en conclure que les documents comptables et autres documents préparés au moment des opérations répondant aux prescriptions susmentionnées constituent un point de départ utile pour l'attribution de bénéfices à un établissement stable. Les contribuables sont encouragés à établir ces documents dans la mesure où le fait de les produire pourrait réduire sensiblement le risque de controverse. La section D-2 (vi) b) de la Partie I du rapport intitulé « Attribution de bénéfices aux établissements stables » examine les conditions dans lesquelles les administrations fiscales doivent tenir compte de ces documents.

21. Il se pourrait qu'il y ait réalisation de bénéfices imposables lorsqu'un bien, qu'il s'agisse ou non d'un stock de marchandises, faisant partie de l'actif d'un établissement stable situé sur le territoire d'un État est transféré à un établissement ou au siège central de la même entreprise situé dans un autre État. L'article 7 permet au premier État d'imposer les bénéfices qui sont censés naître à la suite d'un tel transfert et ces bénéfices peuvent être déterminés comme il est indiqué ci-dessous. Dans les cas où un tel transfert intervient, qu'il soit ou non permanent, la question se pose de savoir à quel moment il y a réalisation de bénéfices imposables. En fait, dans la pratique, lorsque ces biens ont une valeur marchande importante et sont susceptibles de figurer au bilan de l'établissement stable importateur, ou d'une autre partie de l'entreprise, au-delà de l'exercice durant lequel ils ont été transférés, la réalisation de bénéfices imposables n'interviendra pas nécessairement, en ce qui concerne l'ensemble de l'entreprise, dans l'exercice durant lequel a eu lieu le transfert. Or, le simple fait que ces biens quittent une juridiction fiscale peut déclencher l'imposition des réserves latentes y relatives, car la notion de réalisation dépend du droit interne des pays.

22. Lorsque les pays dans lesquels opèrent les établissements stables imposent les bénéfices imputables aux transferts internes dès qu'ils sont opérés, et alors même que leur réalisation effective n'interviendra qu'au cours d'un exercice commercial ultérieur, il y aura obligatoirement un décalage entre les impôts payés à l'étranger et l'imputation y relative dans le pays du siège de l'entreprise. Ce laps de temps entraîne un problème important, en particulier, lorsqu'un établissement stable transfère des immobilisations ou – en cas de liquidation – la totalité de ses biens d'exploitation au reste de l'entreprise dont il fait partie. Dans ces cas, il appartient au pays du siège de l'entreprise de rechercher, cas par cas, une solution bilatérale avec le pays de sortie lorsqu'il y a un risque important de surimposition.

23. Le paragraphe 3 de l'article 5 prévoit une règle particulière dans le cas d'une installation fixe d'affaires constituée par un chantier de construction ou de montage. Une installation fixe de cette nature ne constitue un établissement stable que si sa durée dépasse douze mois. L'expérience a montré que des

difficultés particulières peuvent surgir pour l'attribution de bénéfices à des établissements stables de ce type en vertu de l'article 7.

24. Ces difficultés surviennent principalement lorsque des marchandises sont fournies, ou des services sont rendus, par d'autres composantes de l'entreprise ou par une partie liée en relation avec le chantier de construction ou de montage. Si des difficultés semblables peuvent se présenter avec n'importe quel établissement stable, elles sont particulièrement aiguës dans le cas de chantiers de construction ou de montage. Dans ces conditions, il est nécessaire de veiller avec la plus grande attention au respect du principe général selon lequel les bénéfices sont imputables à un établissement stable uniquement lorsqu'ils proviennent d'activités exercées par l'entreprise par l'intermédiaire de cet établissement stable.

25. Lorsque ces marchandises sont par exemple fournies par d'autres composantes de l'entreprise, les bénéfices générés par l'opération ne proviennent pas des activités exercées par l'intermédiaire de l'établissement stable et ne lui sont donc pas imputables. Les bénéfices résultant de la fourniture de services (planification, conception, établissement de plans ou conseils techniques) par des composantes de l'entreprise exerçant leur activité en dehors de l'État où se situe l'établissement stable ne proviennent pas non plus des activités exercées par l'intermédiaire de ce dernier et ne lui sont donc pas imputables.

26. Lorsque, en vertu du paragraphe 5 de l'article 5, un établissement stable d'une entreprise d'un État contractant est réputé exister dans l'autre État contractant en raison des activités exercées par un « agent dépendant » (voir paragraphe 32 des Commentaires sur l'article 5), les principes s'appliquant pour imputer les bénéfices à cet établissement stable sont les mêmes que ceux utilisés pour l'attribution de bénéfices à d'autres types d'établissements stables. Dans un premier temps, une analyse fonctionnelle et factuelle permettra de déterminer les fonctions exercées par l'agent dépendant tant pour son propre compte que pour le compte de l'entreprise non résidente. L'agent dépendant et l'entreprise pour le compte de laquelle il agit constituent deux contribuables potentiels distincts. D'une part, l'agent dépendant tire ses propres revenus et bénéfices des activités qu'il exerce en son nom propre pour le compte de l'entreprise ; s'il est lui-même résident de l'un ou l'autre des États contractants, les dispositions de la Convention (y compris celles de l'article 9 si l'agent est une entreprise associée à l'entreprise pour le compte de laquelle il agit) peuvent s'appliquer à l'imposition desdits revenus ou bénéfices. D'autre part, sont imputés à l'établissement stable de l'entreprise les actifs et les risques de l'entreprise qui sont liés aux fonctions exercées par l'agent dépendant pour le compte de cette dernière (à savoir les activités que l'agent dépendant exerce pour le compte de l'entreprise), de même qu'un capital suffisant pour couvrir ces actifs et ces risques. Les bénéfices sont alors imputés à l'établissement stable compte tenu des actifs, des risques et du capital ; ils sont totalement distincts des revenus ou bénéfices correctement imputables à l'agent dépendant lui-même (voir section D-5 de la Partie I du rapport « Attribution de bénéfices aux établissements stables »).

Paragraphe 3

27. Ce paragraphe rend explicite, pour ce qui concerne les dépenses d'un établissement stable, la directive générale figurant au paragraphe 2. Le paragraphe reconnaît spécifiquement que, dans le calcul des bénéfices d'un établissement stable, il doit être tenu compte des dépenses engagées aux fins de l'établissement stable, en quelque lieu qu'elles l'aient été. Il est évident que, dans certains cas, il sera nécessaire d'estimer ou de calculer par des moyens conventionnels le montant des dépenses entrant en ligne de compte. Dans le cas, par exemple, de frais généraux d'administration engagés au siège central de l'entreprise, il peut être judicieux de faire entrer en ligne de compte une fraction proportionnelle, déterminée d'après le rapport entre le chiffre d'affaires de l'établissement stable (ou éventuellement son bénéfice brut) et celui de l'entreprise dans son ensemble. Sous cette réserve, c'est le montant réel des dépenses engagées aux fins de l'établissement stable qui doit entrer en ligne de compte. La déduction pouvant être pratiquée par l'établissement stable au titre des dépenses de l'entreprise qui sont attribuées à cet établissement stable ne peut être subordonnée à leur remboursement effectif par l'établissement stable.

28. On a parfois fait observer que la nécessité de concilier les paragraphes 2 et 3 posait des problèmes pratiques dans la mesure où, en vertu du paragraphe 2, les prix des transactions entre l'établissement stable et le siège doivent normalement être fixés dans des conditions de pleine concurrence et procurer à l'entité qui effectue le transfert le type de bénéfice qu'elle aurait pu s'attendre à réaliser si elle effectuait une transaction avec une entreprise indépendante, tandis que les termes du paragraphe 3 laissent entendre que la déduction des dépenses encourues pour l'établissement stable doit correspondre au coût effectif de ces dépenses, normalement sans y ajouter un élément de bénéfice.

29. En fait, si l'application du paragraphe 3 peut poser des problèmes pratiques, en particulier pour ce qui est des principes de l'entreprise indépendante et des prix de pleine concurrence sur lesquels repose le paragraphe 2, il n'y a pas de différence de principe entre les deux paragraphes. Le paragraphe 3 indique que, dans la détermination des bénéfices d'un établissement stable, la déduction de certaines dépenses doit être autorisée tandis que le paragraphe 2 prévoit que les bénéfices déterminés conformément à la règle qui figure au paragraphe 3, et qui concerne la déduction des dépenses, doivent être ceux qu'une entreprise distincte exerçant les mêmes activités ou des activités similaires dans les mêmes conditions ou dans des conditions similaires aurait effectués. Par conséquent, si le paragraphe 3 fixe une règle applicable à la détermination des bénéfices de l'établissement stable, le paragraphe 2 suppose que les bénéfices ainsi déterminés correspondent à ceux qui auraient été réalisés par une entreprise distincte et indépendante.

30. En outre, le paragraphe 3 permet uniquement de déterminer les dépenses imputables à l'établissement stable pour la détermination des bénéfices qui lui sont imputables. Il ne traite pas la question de savoir si ces dépenses, une fois imputées, sont déductibles au moment du calcul des bénéfices imposables de l'établissement stable étant donné que les conditions de déductibilité des dépenses sont définies par le droit interne, sous réserve des dispositions de l'article 24 concernant la non-discrimination (et en particulier les paragraphes 3 et 4 de cet article).

31. En pratique, lorsqu'on applique ces principes à la détermination des bénéfices d'un établissement stable, la question peut se poser de savoir si une dépense particulière encourue par une entreprise peut vraiment être considérée comme effectuée dans l'intérêt de l'établissement stable, compte tenu des principes de l'entreprise distincte et indépendante énoncés au paragraphe 2. Il est vrai qu'habituellement des entreprises indépendantes chercheront à réaliser un bénéfice dans leurs transactions réciproques et que lorsqu'elles procèdent à des transferts d'actifs ou à des prestations de services réciproques elles exigeront un prix correspondant à ce que le marché peut supporter, mais il existe aussi des circonstances dans lesquelles il n'est pas possible de considérer qu'un actif ou un service particulier aurait pu être obtenu d'une entreprise indépendante ou dans lesquelles des entreprises indépendantes acceptent de partager les coûts d'une activité conjointe d'entreprises pour leur bénéfice mutuel. Dans de tels cas, il peut être souhaitable de considérer les dépenses encourues par l'entreprise comme étant à la charge de l'établissement stable. La difficulté vient de la nécessité de distinguer les cas de ce type et ceux où une dépense encourue par une entreprise ne doit pas être considérée comme une dépense de l'établissement stable et où le bien ou service doit être considéré, en vertu du principe de l'entreprise distincte et indépendante, comme ayant été transféré entre le siège et l'établissement stable à un prix qui comporte un élément de bénéfice. La question qui doit être posée est de savoir si le transfert interne de biens et de services, qu'il soit temporaire ou définitif, est du genre de ceux que l'entreprise, dans le cours normal de ses activités, aurait facturés à une tierce personne au prix de pleine concurrence, c'est-à-dire en incluant normalement dans le prix de vente un bénéfice approprié.

32. La réponse à cette question sera affirmative si la dépense a été originairement exposée dans le cadre d'une fonction visant directement à réaliser un chiffre d'affaires sur un bien ou sur un service spécifique et à réaliser un bénéfice par le truchement d'un établissement stable. Par contre, la réponse sera négative si, à la lumière des faits et circonstances d'un cas particulier, il résulte que la dépense a été originairement exposée

dans le cadre d'une fonction visant essentiellement l'optimisation des coûts de toute l'entreprise ou la promotion générale de son chiffre d'affaires.¹

33. Lorsque des marchandises sont fournies, pour fins de revente, soit à l'état de produits finis, de matières premières ou de produits en cours de fabrication, il est normalement indiqué d'appliquer les dispositions du paragraphe 2 et, par conséquent, d'allouer à la division de l'entreprise qui effectue la fourniture un élément de profit calculé en fonction du prix de pleine concurrence. Il peut cependant y avoir des exceptions. Ainsi, les marchandises peuvent avoir été fournies non pour fins de revente, mais pour usage temporaire dans le cadre d'activités commerciales de telle sorte qu'il soit approprié pour chacune des divisions de l'entreprise qui partagent l'utilisation de ces biens de n'en supporter qu'une partie du coût, c'est-à-dire, dans le cas d'équipement, la partie de la dépense d'amortissement qui se rapporte à l'usage de chacune de ces divisions. Évidemment, il ne faut pas perdre de vue que la simple acquisition de marchandises ne constitue pas un établissement stable (sous-paragraphe 4 d) de l'article 5) de sorte que la question de l'attribution de bénéfices ne se pose pas dans un tel cas.

34. Dans le cas de biens incorporels, les règles applicables aux relations entre entreprises du même groupe (c'est-à-dire le versement de redevances ou les accords de partage des coûts) ne peuvent être appliquées aux relations entre des divisions d'une même entreprise. En fait, il peut être extrêmement difficile d'attribuer la « propriété » d'un bien incorporel à une seule division d'une entreprise et de prétendre que cette division devrait recevoir des redevances d'autres divisions comme si elle était indépendante. Puisqu'il n'y a qu'une entité juridique, il est impossible d'attribuer la propriété d'un bien à une division spécifique. De plus, il sera souvent difficile, en pratique, d'attribuer les coûts de création de biens incorporels à une seule division. Il peut donc être préférable de considérer que les coûts de création de droits intangibles sont attribuables à toutes les divisions de l'entreprise qui les utiliseront et que leurs coûts de création doivent être répartis en conséquence. Dans ce cas, il serait indiqué de répartir entre les différentes divisions de l'entreprise les coûts réels de création ou d'acquisition de ces droits incorporels, ainsi que les coûts supportés ultérieurement à l'égard de ces droits incorporels, sans tenir compte d'un élément de profit ou de redevances. Les autorités fiscales doivent toutefois être conscientes que les effets négatifs éventuels des activités de recherche et de développement, tels la responsabilité légale du producteur et la pollution de l'environnement, doivent aussi être attribués aux différentes divisions de l'entreprise et donner lieu par conséquent, le cas échéant, à des versements compensatoires.

35. Le domaine des services est celui dans lequel des difficultés risquent de survenir lorsqu'on tentera de déterminer si, dans un cas donné, le coût d'un service spécifique doit être réparti entre les différentes divisions d'une entreprise soit en fonction du coût réel, soit en fonction du coût majoré d'un élément de profit représentant le bénéfice de la partie de l'entreprise qui fournit ce service. Il se peut que l'activité commerciale de l'entreprise, ou une partie de celle-ci, corresponde à la fourniture de tels services et que des frais standard soient perçus pour ceux-ci. Dans ce cas, il sera généralement approprié de facturer un service pour un montant équivalent à celui qui serait facturé à un client indépendant.

36. Lorsque l'activité principale d'un établissement stable consiste à rendre des services spécifiques à l'entreprise dont il fait partie, que leurs coûts représentent une fraction substantielle des dépenses de l'entreprise et que ces services lui procurent un avantage réel, le pays d'accueil peut exiger qu'une marge de bénéfice soit incluse dans le montant des coûts. Le pays d'accueil devra alors, dans la mesure du possible, éviter des solutions schématiques et se fonder sur la valeur que les services en question peuvent représenter dans les circonstances propres à chaque cas d'espèce.

1. Les transferts internes d'actifs financiers, qui concernent principalement les banques et autres institutions financières, soulèvent des problèmes particuliers qui ont été traités dans les Parties II et III du rapport intitulé *Attribution de bénéfices aux établissements stables*.

37. Le plus souvent, cependant, la fourniture de services représente simplement une partie des fonctions administratives générales de l'ensemble de la société. Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'entreprise a un programme de formation dont bénéficient les salariés de chacune de ses divisions. Il sera habituellement indiqué de considérer les coûts de tels services comme faisant partie des frais généraux d'administration de l'ensemble de l'entreprise, ceux-ci devant alors être répartis à leur coût réel entre les différentes divisions pour lesquelles ils ont été encourus sans que l'on procède à une majoration représentant le bénéfice d'une autre division.

38. Le traitement des services rendus dans le cadre de la gestion courante d'une entreprise soulève la question de savoir s'il y a lieu de considérer qu'une fraction des bénéfices totaux d'une entreprise devrait être regardée comme le résultat d'une bonne gestion. Supposons le cas d'une société dont le siège central est établi dans un pays, mais qui exerce toutes ses activités d'entreprise par l'intermédiaire d'un établissement stable situé dans un autre pays. Dans le cas extrême, il pourrait arriver que seules les réunions du conseil d'administration se tiennent au siège central et que toutes les autres activités de la société en dehors de celles qui comportent des formalités purement juridiques, s'exercent dans l'établissement stable. Dans ce cas, on pourrait en effet soutenir qu'une partie au moins des bénéfices de l'ensemble de l'entreprise est imputable à une gestion judicieuse et au sens des affaires dont font preuve les administrateurs ; cette fraction de bénéfice de l'entreprise devrait donc être imputée au pays où est situé le siège central. Si la société avait été gérée par un organisme de gestion, il n'est pas douteux que cet organisme aurait demandé une rémunération pour ses services et cette rémunération aurait peut-être consisté en un simple pourcentage des bénéfices de l'entreprise. Mais, quels que soient les avantages théoriques de cette méthode, des considérations pratiques militent fortement contre son adoption. Dans le cas évoqué, les dépenses de gestion seraient, bien entendu, déduites des bénéfices de l'établissement stable, conformément aux dispositions du paragraphe 3, mais si l'on considère le problème dans son ensemble, il ne semble pas qu'il puisse y avoir des raisons suffisantes pour aller encore plus loin en faisant entrer en ligne de compte à titre de déduction un montant fictif, représentant des « bénéfices dus à la gestion ». Il n'y a donc pas lieu, dans les cas semblables au cas extrême évoqué ci-dessus, de tenir compte, dans la détermination des bénéfices imposables de l'établissement stable, de montants fictifs représentant les bénéfices dus à la gestion.

39. Il se peut évidemment que les pays où il est d'usage d'imputer une certaine part des bénéfices totaux d'une entreprise au siège central de l'entreprise à titre de bénéfices de bonne gestion désirent continuer à le faire. Aucune disposition de l'article ne vise à les en empêcher. Il résulte toutefois de ce qui est dit au paragraphe 38 ci-dessus qu'un pays où se trouve un établissement stable n'est nullement obligé, lors du calcul des bénéfices imposables à cet établissement stable, de déduire une somme censée représenter une fraction des bénéfices de gestion attribuables au siège central.

40. Il est fort possible qu'au cas où le pays dans lequel est situé le siège central d'une entreprise impute au siège central un certain pourcentage des bénéfices de l'entreprise au simple titre de bonne gestion, alors que le pays dans lequel l'établissement stable est situé ne le fait pas, le total des sommes imposables dans les deux pays qui en résulte soit plus élevé qu'il ne devrait. Dans les cas de ce genre, le pays où se trouve le siège central de l'entreprise devrait prendre l'initiative d'effectuer tout ajustement dans le calcul des impôts à payer dans ce pays qui serait nécessaire pour qu'il n'existe aucune double imposition.

41. Le traitement des charges d'intérêts soulève des interrogations particulières. Premièrement, il se peut que certains montants, sous la dénomination d'intérêts, soient facturés à un établissement stable par son siège central au titre de « prêts » internes que ce dernier lui aurait octroyés. Hormis dans le cas d'entreprises financières, de banques notamment, il est généralement convenu que ces « intérêts » internes ne doivent pas être pris en compte, et ce pour deux raisons :

– d'un point de vue juridique, le transfert de la jouissance d'un capital, contre rémunération et promesse de restitution à l'échéance, est, en fait, un acte formel qui n'est guère compatible avec la véritable nature juridique de l'établissement stable ;

– d'un point de vue économique, les dettes et créances internes peuvent se révéler inexistantes. En effet, dans l'hypothèse où l'entreprise serait exclusivement, ou de manière prépondérante, financée par des fonds propres, elle ne devrait pas être autorisée à facturer des intérêts qu'elle n'a manifestement pas supportés. S'il est vrai que la symétrie des charges et des recettes ne faussera pas le résultat global de l'entreprise, il n'en reste pas moins que les résultats partiels risquent d'être modifiés arbitrairement.

42. C'est pour ces raisons que l'interdiction de déduire des charges liées à des prêts ou comptes fournisseurs internes doit demeurer une règle d'application générale, sous réserve des problèmes spécifiques aux banques dont il est fait état ci-dessous.

43. La question de la déduction des intérêts versés au titre d'emprunts effectivement contractés par l'entreprise est toutefois une question différente. Ces emprunts peuvent se rapporter en partie ou en totalité aux activités de l'établissement stable ; de fait, les emprunts contractés par une entreprise sont destinés à financer soit les activités du siège central, soit celles de l'établissement stable, soit les activités de l'un et de l'autre. La question qui se pose à propos de ces dettes porte sur la manière de déterminer la part des intérêts qui doit être déduite lors du calcul des bénéfices imputables à l'établissement stable.

44. L'approche suggérée dans ces Commentaires avant 1994, à savoir une répartition à la fois directe et indirecte des dettes effectives, s'est révélée irréalisable, notamment parce qu'elle n'était guère susceptible d'être appliquée de manière uniforme. Par ailleurs, il est notoire que la répartition indirecte des charges d'intérêts en totalité ou de la partie de ces intérêts qui reste après certaines imputations directes, se heurte à des difficultés pratiques. De plus, il est bien connu que la répartition directe des charges totales d'intérêts peut ne pas refléter de façon fidèle les coûts de financement de l'établissement stable puisque le contribuable est à même de contrôler l'endroit où les emprunts sont contractés et certains ajustements peuvent s'avérer nécessaires pour traduire la réalité économique, et en particulier le fait qu'une entreprise indépendante doit normalement disposer d'un certain montant de capital « libre ».

45. Compte tenu des considérations qui précèdent, la majorité des pays membres a estimé qu'il serait préférable de rechercher une solution praticable qui tiendrait compte d'une structure de capital appropriée aussi bien à l'entreprise qu'aux fonctions qu'elle exerce. La structure de capital appropriée sera déterminée en tenant compte du fait que pour exercer ses activités, l'établissement stable a besoin d'un certain montant constitué à la fois de capital « libre » et de dettes portant intérêt. L'objectif est donc d'imputer à l'établissement stable une part des intérêts correspondant au principe de pleine concurrence après lui avoir imputé une proportion appropriée du capital « libre » suffisante pour couvrir les fonctions qu'il exerce, les actifs qu'il détient et les risques qu'il assume. Selon le principe de pleine concurrence, un établissement stable doit disposer d'un capital suffisant pour couvrir les fonctions qu'il exerce, les actifs dont il est le propriétaire économique et les risques qu'il assume. Dans le secteur financier, les réglementations fixent des niveaux minimums en capital réglementaire destiné à servir d'amortisseur au cas où les risques inhérents à l'activité se traduiraient par des pertes financières. Le capital fournit un garde-fou analogue dans les secteurs non financiers.

46. Comme expliqué dans la section D-2 (v) b) de la Partie I du rapport intitulé « Attribution de bénéfices aux établissements stables », il existe différentes méthodes acceptables d'attribution du capital « libre » permettant d'aboutir à un résultat conforme au principe de pleine concurrence. Chacune de ces méthodes présente des avantages et des inconvénients qui lui sont propres et qui revêtent une importance plus ou moins grande selon les faits et les circonstances spécifiques à chaque cas particulier. Ces différentes méthodes prennent des points de départ différents pour la détermination du montant du capital « libre » imputable à un établissement stable en fonction desquels l'accent est davantage placé soit sur la

structure effective de l'entreprise dont fait partie l'établissement stable, soit sur les structures du capital d'entreprises comparables indépendantes. L'essentiel lorsqu'on procède à l'attribution du capital « libre », c'est de :

- connaître les avantages et les inconvénients des diverses méthodes et les circonstances dans lesquelles ceux-ci vont probablement se manifester ;
- reconnaître qu'il n'existe pas un seul montant du capital « libre » de pleine concurrence, mais qu'il existe une gamme de solutions pour calculer le montant du capital « libre » imputable grâce auxquelles il est possible de trouver un montant de capital « libre » correspondant au principe fondamental énoncé précédemment.

47. Il est toutefois reconnu que l'existence de différentes méthodes également acceptables d'attribution du capital « libre » à un établissement stable permettant d'obtenir un résultat conforme au principe de pleine concurrence peut soulever des problèmes de double imposition. La principale inquiétude, particulièrement aiguë dans le cas d'institutions financières, tient au fait que si les règles énoncées respectivement dans la législation interne de l'État où est situé l'établissement stable et dans celle de l'État de l'entreprise requièrent l'application de méthodes différentes, le montant des bénéfices calculés par l'État où se situe l'établissement stable peut être supérieur au montant des bénéfices calculés par l'État de l'entreprise à des fins d'élimination de la double imposition.

48. Compte tenu de l'importance de cette question, le Comité s'est efforcé de trouver une solution pratique. Les pays membres de l'OCDE sont pour cette raison convenus d'accepter que soit utilisé, pour la détermination du montant d'intérêts déductibles qui sera utilisé pour le calcul de l'allègement de la double imposition, le capital imputé en application de la méthode employée par l'État où se situe l'établissement stable sous réserve que les deux conditions suivantes soient réunies : premièrement, si la différence entre le montant du capital imputé par cet État et par l'État de l'entreprise s'explique par l'existence d'un conflit dans le choix des méthodes d'imputation du capital préconisé dans les législations internes, et deuxièmement, si les États sont d'accord que l'État dans lequel se situe l'établissement stable a utilisé une méthode autorisée d'imputation du capital et s'ils sont également d'accord que méthode aboutit à un résultat conforme au principe de pleine concurrence dans le cas considéré. Les pays membres de l'OCDE estiment qu'ils sont capables d'arriver à un tel résultat que ce soit en application de leur législation interne, dans le cadre de l'interprétation des articles 7 et 23 ou selon la procédure amiable prévue à l'article 25 et, en particulier, en utilisant la possibilité offerte par cet article de résoudre toutes questions concernant l'application ou l'interprétation des conventions fiscales dont ils sont signataires.

49. Comme cela a déjà été indiqué, des considérations spéciales sont à prendre en compte s'agissant des charges d'intérêts internes sur des avances entre différentes parties d'une entreprise financière (une banque notamment), eu égard au fait qu'octroyer et recevoir des avances sont des opérations étroitement liées à la conduite des affaires courantes de ce type d'entreprises. Ce problème, ainsi que d'autres concernant l'application de l'article 7 aux établissements permanents de banques et d'entreprises exerçant des activités mondialisées, est abordé dans les Parties II et III du rapport intitulé « Attribution de bénéfices aux établissements stables ».

50. La détermination des placements imputables à un établissement stable par l'intermédiaire duquel sont exercées des activités d'assurance soulève aussi des interrogations particulières, dont il est question dans la Partie IV du rapport.

51. Il se trouve généralement qu'il existe, ou que l'on peut établir, une comptabilité appropriée pour chaque partie ou secteur de l'entreprise de sorte que les bénéfices et les dépenses, après avoir été ajustés s'il en est besoin, peuvent être imputés à une partie déterminée de l'entreprise avec un très haut degré de précision. Cette méthode d'imputation doit, en général, être adoptée de préférence lorsqu'il existe une possibilité suffisante de la mettre en pratique. Il y a cependant des cas où ce n'est pas possible et les

paragraphes 2 et 3 n'entendent nullement impliquer que d'autres méthodes ne peuvent être valablement adoptées, en cas de besoin, en vue d'établir les bénéfices d'un établissement stable selon le critère de l'« entreprise distincte ». Il se peut, par exemple, que pour déterminer les bénéfices d'une entreprise d'assurances, des méthodes de calcul spéciales, telles que celle consistant à appliquer des coefficients appropriés aux primes brutes versées par les titulaires de polices dans le pays considéré, puissent parfaitement convenir. De même, s'il s'agit d'une entreprise relativement modeste qui poursuit ses activités de part et d'autre d'une même frontière, il peut n'y avoir ni compte distinct pour l'établissement stable, ni possibilité d'en établir. Dans d'autres cas, il peut aussi arriver que les activités de l'établissement stable soient si étroitement liées à celles du siège central qu'il serait impossible de les dissocier en se fondant strictement sur la comptabilité de la succursale. Lorsqu'il est d'usage, en pareil cas, d'évaluer les bénéfices de l'établissement stable, considéré comme entreprise indépendante, au moyen de critères appropriés, il semble raisonnable de continuer à appliquer cette méthode, encore que le résultat auquel elle aboutit puisse ne pas atteindre le degré de précision que donnerait la détermination du bénéfice sur la base d'une comptabilité adéquate. Même dans les cas où il n'est pas d'usage d'appliquer une telle méthode, il peut être nécessaire, à titre exceptionnel et pour des raisons d'ordre pratique, d'estimer les bénéfices de pleine concurrence selon d'autres méthodes.

Paragraphe 4

52. Dans certains cas, il est d'usage de calculer les bénéfices à imputer à un établissement stable non pas sur la base de la comptabilité séparée ou en faisant une estimation des bénéfices conformément au principe de l'entreprise distincte, mais simplement en répartissant les bénéfices totaux de l'entreprise selon diverses formules. Une telle méthode diffère de celles qui sont envisagées au paragraphe 2, car il s'agit non pas d'une attribution de bénéfices selon le principe de l'entreprise distincte, mais d'une répartition des bénéfices totaux ; en fait, elle peut aboutir à un résultat différent de celui que donnerait un calcul sur la base de la comptabilité séparée. Le paragraphe 4 indique clairement qu'un État contractant peut continuer à employer une telle méthode si elle est couramment adoptée dans ce pays, même si le montant qui en résulte peut parfois différer, dans une certaine mesure, de celui que donnerait une comptabilité séparée, à condition que l'on puisse équitablement considérer que le résultat obtenu est conforme aux principes contenus dans l'article. Il faut souligner, cependant, que de manière générale les bénéfices à imputer à un établissement stable doivent être déterminés par référence à la comptabilité de l'établissement stable si celle-ci reflète réellement la situation. On considère qu'une méthode d'imputation basée sur une répartition des bénéfices totaux convient en général moins bien qu'une méthode qui ne vise que les activités de l'établissement stable ; elle ne devrait être utilisée que lorsque, à titre exceptionnel, elle a été traditionnellement employée de manière courante par le passé et que, de façon générale, les autorités fiscales comme les contribuables des pays intéressés la jugent satisfaisante. Il est bien entendu que le paragraphe 4 peut être supprimé lorsqu'aucun des États n'utilise une telle méthode. Cependant, lorsque les États contractants souhaitent pouvoir utiliser une méthode qui n'a pas été en usage dans le passé, il convient de le préciser en modifiant le paragraphe au cours des négociations bilatérales.

53. Il ne conviendrait pas, dans le contexte de ces Commentaires, d'analyser longuement les méthodes nombreuses et variées comportant une répartition des bénéfices totaux, qui ont été adoptées dans des domaines particuliers pour l'imputation des bénéfices. Ces méthodes sont bien précisées dans les ouvrages relatifs à l'imposition internationale. Toutefois, il ne semble pas inutile de résumer brièvement certaines des méthodes principales et d'énoncer quelques principes généraux concernant leur application.

54. Les méthodes comportant une répartition des bénéfices totaux ont pour trait caractéristique qu'une certaine proportion des bénéfices de l'ensemble de l'entreprise est imputée à une partie de celle-ci, toutes les parties de l'entreprise étant censées avoir contribué à la rentabilité de l'ensemble sur la base du ou des critères adoptés. Ce qui différencie en général ces méthodes, ce sont les divers critères utilisés pour déterminer la proportion exacte du total des bénéfices. On peut valablement grouper les critères

ordinairement employés en trois grandes catégories, selon qu'ils reposent sur les recettes de l'entreprise, sur ses dépenses ou sur la structure de son capital. Le premier groupe comprend les méthodes de répartition basées sur le chiffre d'affaires ou les commissions, le second celles basées sur les salaires et le troisième celles basées sur la fraction du fonds de roulement de l'entreprise attribuée à chaque succursale ou partie de l'entreprise. Il est évidemment impossible de dire *in abstracto* qu'une méthode est par elle-même plus précise qu'une autre. Une méthode particulière sera plus ou moins appropriée selon les cas auxquels elle s'appliquera. Dans certaines entreprises, notamment celles qui fournissent des services ou fabriquent des spécialités avec une marge bénéficiaire élevée, le bénéfice net dépendra surtout du chiffre d'affaires. Pour les entreprises d'assurances, la méthode appropriée peut consister à effectuer une répartition des bénéfices totaux sur la base des primes versées par les titulaires de polices dans chacun des pays considérés. S'il s'agit d'une entreprise qui fabrique certains articles dont le prix de revient est élevé du fait des matières premières ou de la main-d'œuvre utilisées, les bénéfices pourront dépendre plus étroitement des dépenses. Pour les banques et établissements financiers, la fraction du fonds de roulement total peut constituer le critère le plus adéquat. D'une manière générale, une méthode comportant une répartition des bénéfices totaux devrait permettre d'obtenir un chiffre de bénéfices imposables qui corresponde d'aussi près que possible au chiffre qu'on aurait obtenu sur la base de la comptabilité séparée ; il ne serait pas opportun de chercher à ce propos à énoncer des directives particulières autres que la suivante, à savoir qu'il appartient à l'autorité fiscale, après consultation des autorités des autres pays intéressés, d'adopter la méthode qui, compte tenu de tous les faits connus, semble la plus apte à produire ce résultat.

55. L'emploi d'une méthode basée sur l'imputation à une partie d'une entreprise d'une certaine proportion du bénéfice total de l'ensemble pose évidemment un problème, celui de la méthode à utiliser pour calculer le bénéfice global de l'entreprise. Il se peut que ce problème soit résolu différemment selon la législation en vigueur dans les différents pays. Dans ce domaine, il serait impossible de trouver une solution en énonçant une règle rigide. On ne peut guère s'attendre à ce qu'il soit admis que les bénéfices à imputer soient ceux que fournissent les calculs effectués conformément à la législation d'un pays particulier ; chaque pays intéressé devrait avoir le droit de calculer les bénéfices selon les dispositions de sa propre législation.

Paragraphe 5

56. Au paragraphe 4 de l'article 5, on a énuméré un certain nombre d'exemples d'activités qui, bien qu'elles s'exercent dans une installation fixe d'affaires, doivent être considérées comme n'étant pas visées par l'expression « établissement stable ». Lorsqu'on examine les règles selon lesquelles devrait se faire l'imputation des bénéfices à un établissement stable, le principal de ces exemples est celui mentionné au paragraphe 5 du présent article, c'est-à-dire le bureau d'achat.

57. Bien entendu, il n'est pas question dans le paragraphe 5 des organisations uniquement créées en vue d'effectuer des achats ; ces organisations ne constituent pas des établissements stables et les dispositions du présent article relatives à l'imputation des bénéfices ne peuvent leur être appliquées. Le paragraphe traite du type d'établissement stable qui, bien qu'il exerce également d'autres activités d'entreprise, effectue des achats pour son siège central. Dans un tel cas, le paragraphe stipule que les bénéfices de l'établissement stable ne doivent pas être majorés d'un montant fictif représentant les bénéfices résultant de ces achats. Il s'ensuit, bien entendu, que toute dépense découlant des activités d'achat sera également exclue du calcul des bénéfices imposables réalisés par l'établissement stable.

Paragraphe 6

58. Dans ce paragraphe, on a voulu indiquer clairement qu'une méthode d'imputation une fois adoptée ne devrait pas être modifiée simplement parce que, pour une certaine année, une méthode donne des

résultats plus favorables. Les conventions de double imposition ont, entre autre, pour but de donner à une entreprise d'un État contractant certaines assurances au sujet du régime fiscal qui sera accordé à l'établissement stable qu'elle a dans l'autre État contractant ainsi qu'à la partie de l'entreprise, située dans le pays du siège, avec laquelle l'établissement stable est en rapport. Ainsi, le paragraphe 6 assure une certaine continuité et uniformité dans le régime fiscal.

Paragraphe 7

59. Bien qu'on n'ait pas jugé nécessaire de définir le terme « bénéfices » dans la Convention, il doit néanmoins être entendu que ce terme employé dans le présent article comme dans d'autres articles de la Convention a un sens large et comprend tous les revenus tirés de l'exploitation d'une entreprise. Cette acception générale correspond à l'emploi qui est fait du terme dans la législation fiscale de la plupart des pays membres de l'OCDE.

60. Cette interprétation du terme « bénéfices » crée toutefois un doute quant à l'application de la Convention. Si les bénéfices d'une entreprise incluent des catégories de revenus qui sont traités séparément dans d'autres articles de la Convention, comme les dividendes, on peut se demander si l'imposition de ces bénéfices est régie par les dispositions de l'article concernant les dividendes, etc., ou par les dispositions du présent article.

61. Cette question ne présente guère d'intérêt pratique dans la mesure où on obtient le même résultat du point de vue fiscal en appliquant indifféremment les dispositions du présent article ou celles de l'article spécial. En outre, il est à noter que certains des articles spéciaux contiennent des dispositions particulières donnant la priorité à un article déterminé (cf. le paragraphe 4 de l'article 6, le paragraphe 4 des articles 10 et 11, le paragraphe 3 de l'article 12 et le paragraphe 2 de l'article 21).

62. Il a paru néanmoins souhaitable d'énoncer une règle d'interprétation afin de préciser le champ d'application du présent article par rapport aux autres articles concernant une catégorie particulière de revenus. Conformément à la pratique généralement suivie dans les conventions bilatérales en vigueur, le paragraphe 7 donne tout d'abord la préférence aux articles consacrés aux dividendes, intérêts etc. En conséquence, le présent article sera applicable aux bénéfices d'entreprise qui n'entrent pas dans les catégories de revenus couvertes par les articles spéciaux et, en outre, aux dividendes, intérêts, etc., qui, en vertu du paragraphe 4 des articles 10 et 11, du paragraphe 3 de l'article 12 et du paragraphe 2 de l'article 21, tombent sous le coup des dispositions du présent article (cf. les paragraphes 12 à 18 des Commentaires sur l'article 12 qui traite des principes applicables aux fins de déterminer si, dans le cas particulier des logiciels, des versements doivent être classés soit comme bénéfices d'entreprise visés par l'article 7 ou comme gains en capital relevant de l'article 13, soit comme redevances visées par l'article 12). Il est entendu que les éléments de revenu visés par les articles spéciaux peuvent être imposés, compte tenu des dispositions de la Convention, soit séparément, soit comme bénéfices d'entreprise, conformément à la législation fiscale des États contractants.

63. Les États contractants restent libres d'adopter sur une base bilatérale des explications ou des définitions particulières concernant le terme « bénéfices », afin de mieux préciser la démarcation entre ce terme et la notion de dividende, par exemple. Il conviendrait notamment de le faire si, dans une convention en cours de négociation, des modifications ont été apportées aux définitions prévues dans les articles spéciaux concernant les dividendes, intérêts et redevances. De telles précisions pourront aussi être jugées souhaitables si les États contractants veulent souligner que, conformément à la législation fiscale de l'un ou des deux États, le terme « bénéfices » comprend des catégories spéciales de recettes, comme le revenu provenant de l'aliénation ou de la location d'une entreprise ou de biens mobiliers utilisés par une entreprise. A ce propos, il conviendra peut-être d'examiner s'il serait utile de prévoir également d'autres règles pour l'imputation de ces bénéfices spéciaux.

64. Il est également à noter que la définition du terme « redevances » au paragraphe 2 de l'article 12 du Projet de Convention de 1963 et du Modèle de Convention de 1977 comprenait les rémunérations « pour l'usage ou la concession de l'usage d'un équipement industriel, commercial ou scientifique ». La mention de ces rémunérations a subséquemment été supprimée de cette définition afin d'assurer que les revenus provenant de la location d'équipement industriel, commercial ou scientifique, incluant les revenus de la location de conteneurs, soient visés par les dispositions de l'article 7 plutôt que celles de l'article 12, un résultat que le Comité des affaires fiscales estime être approprié compte tenu de la nature de ces revenus.

ADDENDUM:

RECOMMANDATION DU CONSEIL SUR L'ATTRIBUTION DE BÉNÉFICES AUX ÉTABLISSEMENTS STABLES

(Adopté par le Conseil le 17 juillet 2008)

LE CONSEIL,

Vu l'Article 5(b) de la Convention relative à l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques en date du 14 décembre 1960;

Vu la Recommandation du Conseil, en date du 23 octobre 1997 relative au Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune (ci-après dénommé le « Modèle de Convention fiscale ») [C(97)195/FINAL], en particulier son article 7 (Bénéfices des entreprises) sur l'imposition des bénéfices des entreprises attribuables à des établissements stables ;

Vu la Recommandation du Conseil, en date du 13 juillet 1995 [C(95)126/FINAL], modifiée les 11 avril 1996 [C(96)46/FINAL], 24 juillet 1997 [C(97)144/FINAL] et 28 octobre 1999 [C(99)138/FINAL], sur la détermination des prix de transfert entre entreprises associées ;

Vu le rapport du Comité des affaires fiscales sur l'attribution de revenus aux établissements stables [DAFFE/CFA(93)10/REV2] (ci-après désigné comme « le Rapport de 1993 ») ;

Vu la Recommandation du Conseil du 26 novembre 1993 concernant l'attribution de revenus aux établissements stables eu égard aux dispositions du Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune [C(93)147/FINAL] ;

Vu le rapport sur les Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales [DAFFE/CFA(95)19], adopté le 27 juin 1995 par le Comité des affaires fiscales tel que complété par le rapport sur les droits incorporels et les services adopté le 23 janvier 1996 par le Comité des affaires fiscales [DAFFE/CFA(96)2], par le rapport sur les accords de répartition des coûts adopté le 25 juin 1997 par le Comité des affaires fiscales [DAFFE/CFA(97)27] et par le rapport sur les principes pour la conclusion d'accords préalables en matière de prix dans le cadre de la procédure amiable adopté le 30 juin 1999 par le Comité des affaires fiscales [DAFFE/CFA(99)31] (ci-après désigné comme « les Principes ») ;

Vu le Rapport de 2008 l'attribution de revenus aux établissements stables adopté le 24 juin 2008 par le Comité des affaires fiscales [CTPA/CFA(2008)31] ci-après désigné comme « le Rapport de 2008 ») ;

Vu la mise à jour de 2008 du Modèle de convention fiscale adoptée le 25 juin 2008 par le Comité des affaires fiscales [CTPA/CFA(2008)36/ANN], et en particulier ses commentaires révisés sur l'article 7 (ci-après désignés comme « les Commentaires de 2008 ») ;

Vu la nécessité fondamentale de coopérer entre administrations fiscales afin de supprimer les obstacles que présente la double imposition pour la libre circulation des biens, des services et du capital entre pays Membres et économies non Membres ;

Considérant que la Recommandation du Conseil du 23 octobre 1997 [C(97)195/FINAL] recommande aux pays Membres qu'aux fins de leurs conventions fiscales bilatérales conclues sur la base du Modèle de convention fiscale, la détermination des bénéfices devant être attribués à l'établissement stable situé dans un État d'une entreprise d'un autre État se fasse sur la base de l'article 7 (bénéfices des entreprises) du Modèle de convention fiscale et des commentaires correspondants tels que modifiés en tant que de besoin ;

Notant que les pratiques relatives à l'attribution de bénéfices aux établissements stables et les interprétations du texte existant de l'article 7 du Modèle de convention fiscale et des commentaires correspondants tel qu'il figure dans la plus récente mise à jour du Modèle de convention fiscale antérieure à 2008 varient considérablement et que cette absence d'interprétation commune et d'application cohérente de l'article 7 peut conduire à des problèmes de double imposition ou de non-imposition ;

Notant que ces problèmes revêtent une importance croissante compte tenu du grand nombre d'entreprises multinationales opérant par l'intermédiaire d'établissements stables, en particulier dans le secteur financier ;

Reconnaissant la nécessité de parvenir à une plus grande cohérence dans les approches des administrations fiscales d'une part et des entreprises de l'autre, dans la détermination des bénéfices attribuables aux établissements stables ;

I. RECOMMANDE aux gouvernements des pays Membres:

(i) que leurs administrations fiscales suivent, lors de l'application des dispositions de leurs conventions fiscales bilatérales rédigées sur la base de l'article 7 du Modèle de convention fiscale, les conseils du Rapport de 2008 dans la mesure où ses conclusions ne sont pas contradictoires avec les Commentaires de 2008 sur l'article 7 ;

(ii) que leurs administrations fiscales encouragent les contribuables à suivre les conseils du Rapport de 2008 lorsqu'ils appliquent les dispositions des fiscales bilatérales rédigées sur la base de l'article 7 du Modèle de convention fiscale et que, à cet effet, elles accordent au rapport une large publicité dans leurs pays et le fassent traduire, s'il y a lieu, dans leurs langue(s) nationale(s).

II. INVITE les économies non Membres dont les conventions fiscales bilatérales comportent des dispositions rédigées sur la base de l'article 7 du Modèle de convention fiscale à tenir compte des termes de la présente Recommandation.

III. CHARGE le Comité des affaires fiscales :

(i) de poursuivre ses travaux sur l'application des conclusions du Rapport de 2008 de façon à pouvoir faire figurer dans la prochaine mise à jour du Modèle de convention fiscale une nouvelle version de l'article 7 qui permette l'application de l'intégralité des conclusions du Rapport de 2008 ;

(ii) de publier en même temps une version modifiée du Rapport de 2008 ne reprenant plus les références obsolètes au texte actuel de l'article 7.

IV. DÉCIDE d'abroger la Recommandation du Conseil du 26 novembre 1993 [C(93)147/FINAL].