



**RAPPORT DE RÉFÉRENCE SUR L'ATTRIBUTION DE BÉNÉFICES AUX  
ÉTABLISSEMENTS STABLES - PARTIE I : CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES**

**Le 2 août 2004**

## TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE.....	4
RAPPORT SUR L'ATTRIBUTION DE BÉNÉFICES AUX ÉTABLISSEMENTS STABLES .....	6
PARTIE I : CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES .....	6
A. Introduction .....	6
B. Interprétation du paragraphe 1 de l'article 7 : détermination des bénéfices d'une entreprise.....	8
B-1. Approches de la détermination des bénéfices.....	8
(i) L'approche de « l'activité commerciale pertinente » .....	9
(ii) L'approche de « l'entité fonctionnellement distincte » .....	10
(iii) Conclusion .....	11
B-2 Application symétrique de l'approche autorisée de l'OCDE.....	13
(i) Questions traitées par l'approche autorisée de l'OCDE – l'application symétrique du principe de pleine concurrence en vertu de l'article 7.....	13
(ii) Questions non traitées par l'approche autorisée de l'OCDE .....	16
C. Interprétation du paragraphe 2 de l'article 7 : détermination des bénéfices imputables à un établissement stable.....	17
(i) Fonctions (activités).....	24
(ii) Actifs employés et conditions d'utilisation.....	25
(iii) Risques assumés .....	26
(iv) Attribution d'une cote de crédit à l'ES .....	27
(v) Attribution du capital et financement des opérations de l'ES.....	28
a) Introduction – l'importance du capital « libre » .....	28
b) Interprétation actuelle de l'article 7 .....	29
c) Principes de l'approche autorisée de l'OCDE .....	30
Approche fondée sur la sous-capitalisation .....	34
d) Détermination des coûts de financement de l'ES .....	38
Détermination du prix de pleine concurrence des opérations de trésorerie .....	40
e) L'approche autorisée de l'OCDE concernant l'ajustement des intérêts versés .....	41
f) Conclusion .....	43
C-3. Deuxième étape : détermination des bénéfices de l'entreprise distincte fictive à partir de l'analyse de comparabilité.....	43
(i) Introduction.....	43
(ii) Prise en compte des transactions .....	44
(iii) Application des méthodes de fixation des prix de transfert pour l'attribution de bénéfices.....	46
(iv) Analyse de comparabilité.....	48
(a) Actifs immobilisés .....	49
(b) Biens incorporels .....	53
Introduction.....	53
2. Incidence des biens incorporels sur les bénéfices devant être attribués à l'ES.....	59
(c) Services internes .....	62
(d) Documentation.....	63
(v) ES constitué d'un agent dépendant.....	64

Illustration pratique de l'application de l'approche autorisée de l'OCDE — l'agent dépendant chargé des ventes.....	67
Aspects administratifs et documentation.....	69
D.    Interprétation du paragraphe 3 de l'article 7 .....	69
E.    Interprétation du paragraphe 4 de l'article 7 .....	71
F.    Interprétation du paragraphe 5 de l'article 7 .....	72

## 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. On observe des différences considérables dans les législations internes des pays membres concernant l'imposition des établissements stables. Actuellement, il n'existe pas non plus de consensus parmi les pays Membres au sujet de l'interprétation correcte de l'article 7. L'absence d'interprétation commune 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 focalisé l'attention sur la nécessité de parvenir à une position consensuelle sur l'interprétation et l'application pratique de l'article 7.

3. 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 du Modèle sur l'article 7 en mars 1994<sup>1</sup>, et notamment sur la révision fondamentale du principe de pleine concurrence, dont les résultats ont été intégrés aux Principes de l'OCDE de 1995 applicables en matière de prix de transfert (les Principes). Ces principes traitent de l'application de la règle de pleine concurrence aux transactions effectuées entre entreprises associées au titre de l'article 9. 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 distincte fictive et comment les indications données dans les Principes 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 ou 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 l'objectif politique décrit 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, à des problèmes spécifiques concernant les établissements stables dans le secteur financier, où les opérations effectuées par l'intermédiaire d'un ES sont très répandues. Un rapport de référence contenant les résultats provisoires du test de l'application de l'hypothèse de travail aux ES en général (Partie I) et pour l'imputation des bénéfices aux établissements stables des banques (Partie II) a été rendu public pour commentaires en février 2001. Vingt-cinq réponses ont été reçues des milieux d'affaires, d'associations bancaires et de cabinets de conseil, reflétant une grande variété de vues et d'intérêts. Compte tenu de la diversité des positions exprimées et de la complexité des questions, une consultation s'est tenue à Paris en

---

<sup>1</sup> Cette révision suit la publication du document « Questions de fiscalité internationale n° 5 : Modèle de Convention fiscale : Attribution de revenus aux établissements stables ».

avril 2002 avec les commentateurs du rapport de référence. Cette consultation fut très fructueuse car elle permit de trouver un terrain commun concernant les principes, les points à éclaircir et ceux méritant des travaux supplémentaires.

5. Une Partie II révisée et une Partie III (opérations financières mondiales) ont été publiées pour commentaires le 4 mars 2003. Dix-neuf réponses ont été reçues des milieux d'affaires, d'associations bancaires et de cabinets de conseil. Là encore, compte tenu de la complexité des questions, une deuxième consultation s'est tenue à Genève en mars 2004. Cette révision de la Partie I tient compte des commentaires reçus et des discussions menées lors des deux consultations.

#### **Des commentaires sont souhaités sur la Partie I révisée**

- **Notamment sur les points dont la signification ou l'incidence pratique n'est pas claire.**

6. L'objectif est désormais de finaliser les Parties I-III début 2005. Une fois finalisées, les conclusions de ces rapports seront mises en œuvre en apportant des modifications aux commentaires sur l'article 7. Des **orientations** pratiques supplémentaires seront rédigées sous la forme de rapports d'information et/ou de chapitres des Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert. L'évaluation de l'HT approche de 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.

#### **Des commentaires sont souhaités sur**

- **Les problèmes transitoires susceptibles de résulter de la mise en œuvre des conclusions actuelles de la Partie I par le biais des modifications apportées aux commentaires sur l'article 7, y compris des suggestions pour les résoudre au mieux. Un exemple de problème transitoire potentiel est la question de savoir comment attribuer la propriété économique des biens incorporels existants qui ont été créés à une époque où les contribuables n'étaient pas tenus de justifier par des documents le processus de décision qui avait abouti à la création du bien incorporel (voir Section C-2(b) pour une description des modalités d'attribution de la propriété économique de biens incorporels). Les commentateurs devraient noter que ces questions transitoires ne seront pas traitées dans les rapports eux-mêmes mais feront l'objet d'autres travaux dès que les rapports auront été finalisés. Les commentaires reçus seront pris en compte à ce stade.**

# 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 de double imposition 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.

1. 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. On observe des différences considérables dans les législations internes des pays membres concernant l'imposition des établissements stables. Actuellement, il n'existe pas non plus de consensus parmi les pays Membres au sujet de l'interprétation correcte de l'article 7. 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 groupe de travail n° 6, qui a la responsabilité principale de cette question, a jugé indispensable, si l'on veut atteindre l'objectif d'élimination du risque de double imposition ou d'imposition insuffisante, de définir une position consensuelle au sujet de l'interprétation et de l'application pratique de l'article 7 (en particulier aux fins de recours à la procédure amiable et d'interprétation des conventions fiscales fondées sur le Modèle de Convention fiscale de l'OCDE). Pour y parvenir, le groupe de travail n° 6 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 simplicité, de facilité d'application pratique et de cohérence de la politique fiscale. 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, par exemple pour les banques, les opérations financières mondiales et les assurances. L'évaluation de l'HT approche de 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 développement 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. Une fois finalisées, les conclusions des Parties I-III seront mises en œuvre via les commentaires sur l'article 7. Cela nécessitera de déterminer si une conclusion particulière est suffisamment autorisée en vertu du libellé existant des Commentaires sur l'article 7. Il est possible que des modifications clarifiant les commentaires soient nécessaires pour valider la conclusion proposée. Dans ce cas, il faudrait poursuivre les travaux afin de voir quelle est la meilleure façon d'opérer les modifications et quelles pourraient en être les conséquences pour les conventions fiscales bilatérales existantes. Ces travaux complémentaires seraient menés de concert avec le groupe de travail n° 1. Comme le projet approche de son terme, il faudra également examiner les questions transitoires éventuellement soulevées par les changements apportés aux commentaires sur l'article 7.

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). Toutefois, le Rapport de 1994 a été établi avant que le Comité des affaires fiscales (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). Ces Principes 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 distincte fictive. L'évaluation et le développement de l'hypothèse de travail ont consisté à examiner comment les indications données dans les Principes pourraient s'appliquer pour l'attribution de bénéfices à un ES 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. Par exemple, le Rapport ne traite pas de la question de savoir si un ES existe dans le cas d'une

activité industrielle ou commerciale déterminée. 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 la mise à jour de janvier 2003).

7. Cette révision de la Partie I (Considérations générales) du Rapport tient compte des commentaires formulés lors des consultations publiques en avril 2002 et en mars 2004. La Partie I n'était pas programmée pour être discutée lors des consultations de mars 2004, mais une grande partie des débats sur les Parties II et III révisées s'avéra très pertinente pour les questions abordées dans la Partie I. Le projet sur l'attribution de bénéfices aux ES se poursuivra jusqu'à la publication de la Partie IV traitant de l'assurance. S'agissant d'une question suffisamment indépendante, l'objectif est de finaliser les autres Parties du Rapport même si la Partie IV n'est pas achevée. Par conséquent, l'intention est de produire une version finale des Parties I, II et III au premier semestre de 2005.

8. 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 partie B analyse l'article 7, paragraphe 1, qui énonce les règles essentielles concernant la répartition des droits d'imposition des bénéfices commerciaux d'une entreprise<sup>2</sup> 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 Partie C 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 Partie D étudie le sens du paragraphe 3, concernant les dépenses, et sa relation avec le paragraphe 2. La Partie E examine le paragraphe 4, qui 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 Partie F 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 servant d'agent dépendant (section C-3 (v)).

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

### **B-1. Approches de la détermination des bénéfices**

9. 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) ?

10. 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

---

<sup>2</sup> 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.

signification du terme « bénéfiques ». Cette partie du Rapport analyse plus en détail les deux interprétations générales et examine brièvement les variantes possibles de l'interprétation du terme « bénéfiques ».

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

11. La première interprétation générale, dite approche de « l'activité commerciale pertinente », définit les bénéfiques d'une entreprise en retenant uniquement les bénéfiques de l'activité commerciale à laquelle l'ES participe (« activité commerciale pertinente »).

12. Selon cette approche, l'article 7(1) limite les bénéfiques attribuables à un ES en vertu de l'article 7(2) : les bénéfiques attribués ne peuvent pas excéder les bénéfiques que l'entreprise dans son ensemble tire de l'activité commerciale pertinente. Les bénéfiques 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.

13. Les bénéfiques 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 bénéfiques imputables à un ES en vertu du paragraphe 1 de l'article 7 serait déterminée uniquement d'après les bénéfiques 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 bénéfiques 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.

14. 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 bénéfiques 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 bénéfiques 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.

15. 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 bénéfiques 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.

16. 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 pas être attribués à l'ES, sauf 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 échanges mondiaux d'instruments financiers s'effectuent de telle manière que plusieurs pays, et non un seul, seraient considérés comme participant à « l'activité commerciale pertinente ».

17. 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 en matière de prix de transfert sur l'utilisation de données portant sur plusieurs années doivent être appliquées.

18. 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 »**

19. La deuxième interprétation générale du concept de « bénéfices d'une entreprise » est l'approche de « l'entité fonctionnellement distincte ». 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 (voir le paragraphe 13 ci-dessus). 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 C ci-dessous.

20. 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. 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.

21. 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*

22. En résumé, les pays Membres utilisent actuellement deux grandes interprétations de l'article 7, paragraphe 1<sup>3</sup>. 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

---

<sup>3</sup>. Mentionnons, pour information, que les pays membres du groupe de travail 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 stable.

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 incompatibles avec le contenu de l'article 7 et ne produisant pas un résultat compatible avec une saine politique fiscale.

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.

23. 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 simple, plus facile à administrer et plus compatible avec le principe de pleine concurrence appliqué dans le contexte de l'article 9.

24. Du point de vue de la simplicité, 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).

25. 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 ».

26. 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 APP dans le cadre de la Procédure amiable.

27. 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.

28. Le paragraphe 4 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 ». Pour atteindre cet objectif, il faut choisir, afin de tester l'hypothèse de travail, l'une des deux approches décrites plus haut. Après avoir examiné les mérites respectifs de l'une et de l'autre, le groupe de travail a 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.

29. 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 bénéficiaires 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 »).

## **B-2 Application symétrique de l'approche autorisée de l'OCDE**

30. Le concept de symétrie a différentes significations dans le contexte de l'attribution de bénéfices à un ES d'une manière qui ne génère pas de double imposition, et il est important d'être clair sur les questions traitées par l'approche autorisée de l'OCDE et sur celles qui ne le sont pas. Plusieurs questions relatives à l'interaction entre l'article 7 et l'article 23, comme les différences de calcul des bénéfices imposables dans le pays d'accueil et le pays d'origine, dues par exemple à des règles différentes en matière de déductibilité des dépenses, aux détails des règles nationales sur l'allègement par le biais de crédits ou d'exemptions, etc., sont antérieures à l'élaboration de l'approche autorisée de l'OCDE qui n'a pas d'incidence sur elles.

31. D'une part, l'approche autorisée de l'OCDE aborde directement les problèmes générés par le manque actuel de consensus sur l'approche fondamentale de l'application du principe de pleine concurrence (faut-il appliquer l'approche de l'entité fonctionnellement distincte ou celle de l'activité commerciale pertinente) en optant définitivement pour l'approche de « l'entité fonctionnellement distincte ». L'une des conséquences de l'approche autorisée de l'OCDE est que l'approche de « l'entité fonctionnellement distincte » est utilisée indépendamment du fait qu'un pays est le pays d'accueil ou le pays d'origine ou qu'il exonère de la double imposition par le recours à l'exemption ou à des méthodes d'imputation. L'élaboration, dans le cadre de l'approche autorisée de l'OCDE, d'une interprétation commune de l'article 7, devrait réduire l'incidence de la double imposition en atténuant l'une de ses causes communes, à savoir les différences dans la manière dont les pays calculent la part des bénéfices à attribuer à un établissement stable en vertu du principe de pleine concurrence. Le développement de l'approche autorisée de l'OCDE constitue donc une amélioration considérable par rapport à la situation existante, même si elle ne règle pas tous les problèmes.

### *(i) Questions traitées par l'approche autorisée de l'OCDE – l'application symétrique du principe de pleine concurrence en vertu de l'article 7*

32. Les commentaires existants sur l'article 7 considèrent que l'établissement symétrique des comptes de l'ES par le contribuable est une condition nécessaire, mais non suffisante, pour que ces comptes soient acceptés par les administrations fiscales. L'établissement symétrique des comptes signifie que « les valeurs des transactions ou les *méthodes* (c'est nous qui soulignons) de répartition des bénéfices ou des dépenses dans les comptes de l'établissement stable correspondent exactement aux valeurs ou aux méthodes utilisées dans la comptabilité du siège » (paragraphe 12.1).

33. Les contribuables qui ont établi des comptes symétriques selon la méthode préconisée par les commentaires étaient, dans le passé, exposés au risque de double imposition dans les cas où le pays d'accueil appliquait une méthode d'attribution des bénéfices, par exemple l'approche de l'activité commerciale pertinente, tandis que le pays d'origine appliquait l'approche de l'entité fonctionnellement distincte. Dans le cadre de l'approche autorisée de l'OCDE, les contribuables qui ont produit des comptes symétriques en appliquant l'approche de l'entité fonctionnellement distincte (tout en suivant les autres étapes de l'approche autorisée de l'OCDE, y compris l'attribution du capital) devraient, en principe, être en mesure de garantir aux deux administrations fiscales qu'une fraction des bénéfices de pleine concurrence a été attribuée à l'ES.

34. Il existe toutefois un certain nombre de questions à traiter pour parvenir à l'objectif d'application symétrique du principe de pleine concurrence prévu par l'article 7. L'article 7, et donc l'approche autorisée

de l'OCDE, ne prescrit pas les termes spécifiques ou les mécanismes de la législation nationale, mais se contente de plafonner le montant des bénéfices attribuables qui peuvent être imposés dans le pays d'accueil de l'ES. Pour se conformer aux termes de l'article 7(2), il n'est pas nécessaire que la législation interne du pays d'accueil mentionne expressément le principe de pleine concurrence - bien qu'en fait ce soit l'orientation adoptée par les législations de certains pays. La législation interne d'un pays d'accueil peut être rédigée en des termes différents et comporter des mécanismes différents, à condition qu'il soit admis que si ces dispositions internes aboutissent à une attribution excessive de bénéfices par rapport à ce que justifierait le principe de pleine concurrence de l'article 7(2), la limite de l'article 7(2) prévaut. La manière exacte dont la limitation de l'article 7(2) s'applique dépend de l'interaction entre la législation nationale et le droit des conventions dans le pays d'accueil. Par exemple, dans certains pays, les dispositions des conventions sont prioritaires sur les législations nationales par le mécanisme de l'autorité compétente. D'autres pays autorisent le contribuable à mentionner, dans sa déclaration, une approche autorisée par une convention qui diffère de l'approche nationale, sans référence au processus de l'autorité compétente.

35. L'interaction des règles de la convention et des règles nationales est particulièrement importante pour expliquer le fait que l'approche autorisée de l'OCDE admet plusieurs approches conformes au principe de pleine concurrence pour l'attribution de capital à un ES, tandis que les règles internes de nombreux pays n'en reconnaissent qu'une seule, comme l'indique la Section C-2(v)(c). On s'est inquiété du risque que des problèmes surviennent lorsque les règles internes du pays d'accueil prescrivent l'une des approches autorisées en matière d'attribution de capital, tandis que les règles internes du pays d'origine en prescrivent une autre. Surtout, lorsque les règles internes des pays d'accueil et d'origine imposent des approches autorisées différentes pour l'attribution de capital à l'Etablissement stable dans des conditions de pleine concurrence, le pays d'origine peut ne pas accorder d'allègement au titre de l'impôt sur les bénéfices calculé selon les règles du pays d'accueil. Les contribuables se sont également inquiétés de la charge administrative entraînée par la nécessité de recalculer systématiquement le capital de l'ES selon les règles du pays d'origine.

36. Toutefois, une solution au problème de l'application par deux pays de deux approches différentes, toutes deux conformes à la Convention, de l'attribution de capital, se trouve dans les commentaires existants sur l'article 23, dans la section intitulée *Conflicts de qualification* (paragraphes 32.1-32.7). Dans les cas où le pays d'origine et le pays d'accueil traitent différemment le même élément pour l'application des dispositions de la Convention, l'article 23 contraint le pays d'origine à accorder un allègement (par la méthode d'exemption ou par la méthode d'imputation, selon le cas et sous réserve des limites prévues par la législation nationale) sur les bénéfices qui ont été attribués au pays d'accueil « conformément aux dispositions de la Convention ». Cela signifie que, lorsque les règles internes du pays d'accueil sont conformes à la Convention, le pays d'origine doit accorder un allègement sur cette base, nonobstant le fait que ses propres règles nationales (quand bien même seraient-elles conformes aux dispositions de la Convention) traitent l'élément différemment.

37. Dans le cadre de l'admission, par l'approche autorisée de l'OCDE, de plusieurs approches de l'attribution de capital aux ES, cela signifie que toute règle du pays d'accueil compatible avec une ou plusieurs de ces approches autorisées attribue des bénéfices à l'établissement stable conformément aux dispositions de la Convention, à condition que le résultat dans le cas particulier soit cohérent avec le principe de pleine concurrence, c'est-à-dire que l'approche attribuée à l'ES un montant de capital conforme à la discussion qui figure à la Section C-2(v). Il s'ensuit que, dans ces circonstances, le pays d'origine doit accorder un allègement sur les bénéfices calculés selon la méthode du pays d'accueil. C'est le cas même lorsque le pays d'origine applique une règle interne qui attribue le capital conformément à une autre approche autorisée.

38. En résumé, pour accorder un allègement de la double imposition, le pays d'origine doit accepter que l'impôt prélevé par le pays d'accueil soit conforme à la Convention si le pays d'accueil, a utilisé une

approche autorisée, sauf si cette approche ne génère pas un résultat conforme au principe de pleine concurrence dans le cas particulier. L'allègement accordé par le pays d'origine peut cependant faire l'objet de limitations dans le cadre national, comme c'est le cas pour tout autre impôt appliqué par un pays d'accueil.

39. Le principe ci-dessus est destiné à donner une certitude aux contribuables et à minimiser le risque de double imposition de manière efficace en évitant de devoir recourir systématiquement à la procédure amiable lorsque les pays d'accueil et d'origine suivent des approches autorisées différentes pour l'attribution du capital. Toutefois, comme dans les dossiers des prix de transfert en général, les administrations fiscales peuvent être en désaccord avec les contribuables et même entre elles sur le point de savoir si une approche particulière génère un résultat de pleine concurrence dans des circonstances spécifiques. L'attribution de capital à un ES génère des questions très complexes et il n'est ni raisonnable, ni réaliste d'attendre que l'approche autorisée de l'OCDE produise une solution qui supprime entièrement les possibilités de litige.

40. Lorsque le pays d'origine estime que le résultat de l'approche suivie par le pays d'accueil pour l'attribution du capital n'est pas compatible avec le principe de pleine concurrence, le pays d'origine peut ajuster les résultats en utilisant l'approche du pays d'accueil ou en appliquer une autre en vue d'ajuster le montant du capital attribué à l'ES, et donc les bénéfices éligibles à un allègement de la double imposition, en fonction d'un montant de pleine concurrence. Lorsque les administrations fiscales sont en désaccord entre elles sur le fait de savoir si une approche autorisée particulière de l'attribution de capital génère un résultat de pleine concurrence dans les circonstances particulières, il est possible d'utiliser la procédure amiable pour résoudre ces différends.

41. Il est utile de rappeler à ce stade que la procédure amiable n'implique pas forcément des négociations entre deux administrations. L'article 25(2) impose à l'autorité compétente d'engager des négociations avec l'autorité compétente de l'autre État contractant « si elle n'est pas *elle-même* en mesure d'y apporter une solution satisfaisante » (c'est nous qui soulignons). Les pays peuvent avoir des préférences différentes pour telle ou telle approche autorisée de l'attribution du capital, mais un consensus se dégage parmi les administrations fiscales pour reconnaître que, nonobstant les règles nationales sur l'attribution du capital, il peut y avoir des circonstances dans lesquelles leur approche nationale privilégiée génère un résultat qui n'est pas compatible avec le principe de pleine concurrence. Dans ces circonstances, il incombe à l'autorité compétente de l'un des États contractants de résoudre le cas sans référence à l'autorité compétente de l'autre État contractant.

42. De la même manière, comme pour le calcul des prix de transfert en général, l'approche autorisée de l'OCDE n'a pas le pouvoir de supprimer entièrement les motifs de désaccord des administrations fiscales sur d'autres aspects de l'attribution de bénéfices à un ES, par exemple le prix auquel les biens sont transférés d'une division de l'entreprise à une autre. L'application symétrique de l'approche autorisée de l'OCDE ne signifie bien évidemment pas que le pays d'origine doit accorder automatiquement un allègement basé sur le prix que le pays d'accueil choisit d'attribuer à une transaction. L'approche autorisée de l'OCDE continue d'exiger que les pays d'accueil attribuent les bénéfices à l'ES conformément au principe de pleine concurrence.

43. Lorsque les administrations fiscales des pays d'origine et d'accueil sont en désaccord sur le prix d'une transaction, une double imposition peut survenir, tout comme dans l'hypothèse où les administrations seraient en désaccord sur le prix de transactions entre entreprises associées. Dans ces circonstances, il serait possible d'utiliser la procédure amiable pour régler le différend, tout comme elle le serait pour résoudre des différends analogues résultant d'ajustements effectués sur des transactions entre entreprises associées. Comme avec n'importe quelle procédure amiable, le règlement peut impliquer un retrait de l'ajustement opéré par l'administration du pays d'accueil s'il s'avère incompatible avec le

principe de pleine concurrence. Pour juger du bien-fondé de la méthode retenue par le pays d'accueil pour déterminer les bénéfices de l'ES, on peut examiner si elle génère un résultat rationnel pour les bénéfices du reste de l'entreprise, en tenant compte des différences entre la manière dont les pays d'origine et d'accueil mesurent les bénéfices imposables.

44. Enfin, il y a lieu de noter que l'application symétrique de l'approche autorisée de l'OCDE devrait *en principe* signifier que, pendant une année donnée, les bénéfices cumulés attribués au siège social et à ses ES doivent être exactement égaux aux bénéfices de l'entreprise cette même année, à supposer que les règles comptables et fiscales des pays d'origine et d'accueil soient identiques. Lorsqu'une entreprise possédant un seul ES autre que le siège réalise un bénéfice de 15 par exemple, et si les bénéfices correctement attribués à l'ES par le pays d'accueil en vertu de l'approche autorisée de l'OCDE sont de 30, il en résulte en théorie que l'administration fiscale du siège social calculera une perte de 15 (de sorte que les bénéfices cumulés de l'ES et du siège sont égaux au bénéfice de 15 réalisé par l'entreprise). Cependant, il est rare, en pratique, que les règles fiscales et comptables soient identiques dans le pays d'origine et dans le pays d'accueil, de sorte qu'un certain degré d'asymétrie au cours d'une période comptable donnée est inévitable. Lorsqu'il y a asymétrie (sauf pour des raisons d'ordre comptable ou d'un autre ordre qui ne relèvent pas des conventions), la procédure amiable permettrait, comme on l'a noté précédemment, de résoudre tout écart initial important, comme elle le fait pour des différends qui surviennent à l'occasion de l'application de l'article 9 aux transactions entre entreprises associées.

*(ii) Questions non traitées par l'approche autorisée de l'OCDE*

45. L'application symétrique de l'approche autorisée de l'OCDE implique l'application symétrique du principe de pleine concurrence à l'attribution de bénéfices à un ES aux fins poursuivies par les administrations des pays d'origine et d'accueil. Il est toutefois admis qu'il existe des questions échappant à l'application symétrique du principe de pleine concurrence qui sont susceptibles d'entraîner une double imposition. En outre, dans certaines situations, la capacité des pays de supprimer la double imposition est limitée, même par le biais de la procédure amiable. Ces limitations ne sont pas générées par l'approche autorisée de l'OCDE, mais sont antérieures à son élaboration et résultent de questions fondamentales concernant la portée et l'interprétation des conventions fiscales<sup>4</sup>.

46. L'une de ces limitations concerne la manière dont les pays définissent le terme « bénéfices ». L'article 7(7) ne contient aucune définition de ce terme (voir le paragraphe 32 des commentaires), et le pays d'accueil peut donc appliquer la définition appropriée qui existe dans sa législation nationale. Afin d'éliminer la double imposition en vertu de l'article 23 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, le pays d'origine calcule les bénéfices selon la définition contenue dans sa législation nationale. Le résultat peut être fort différent du montant de bénéfice attribué par le pays d'accueil (voir les paragraphes 39-41 et 62 des commentaires sur l'article 23). Les pays d'accueil et d'origine peuvent par exemple appliquer différents taux d'amortissement des actifs. Si le pays d'accueil applique un taux d'amortissement des immobilisations inférieur à celui du pays d'origine, les bénéfices attribués à l'ES dépasseront (du fait de l'amortissement moindre) les bénéfices de l'ES enregistrés dans les comptes de l'entreprise dans son ensemble. Pour l'exercice considéré, les bénéfices cumulés imputables à l'ES et au pays d'origine dépasseront les bénéfices réels de l'entreprise (de même que dans le cas de transferts, de l'usine de production de l'entreprise à une autre division de l'entreprise, de stocks qui ne sont pas vendus la même année). Sur l'ensemble des années, ces différences de calendrier disparaissent en principe, de sorte que les bénéfices cumulés imputables au pays d'origine et à l'ES doivent être égaux aux bénéfices comptabilisés par l'entreprise dans son ensemble.

---

<sup>4</sup> Le groupe de travail conjoint sur la résolution des différends examine les questions relatives au champ d'application et à l'objet de la Procédure amiable.

47. Il peut également exister des différences de nature plus permanente entre la manière dont les pays d'accueil et d'origine définissent les bénéficiaires ; par exemple, le pays d'accueil peut ne pas autoriser la déduction des frais de représentation, alors que le pays d'origine le fait. Dans ces circonstances, la différence perdurera bien évidemment au fil du temps. Toutefois, ces différences entre les règles de calcul des bénéficiaires imposables échappent au champ d'application des conventions fiscales, et en particulier des articles 7 et 9. Par conséquent, la question de l'imposition incompatible avec la Convention n'est pas générée par ces différences et les pays ne sont pas tenus de les résoudre.

48. En résumé, le problème pour les ES est que l'élimination de la double imposition (par crédit ou par exemption) ne dépend pas seulement de l'interprétation commune des règles d'attribution des bénéficiaires selon le principe de pleine concurrence visées à l'article 7, mais aussi de l'interaction entre les législations internes du pays d'origine pour supprimer la double imposition et l'article 23 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE. Pour remédier à cette situation, il faudrait modifier la législation interne des pays sur l'allègement de la double imposition, et éventuellement l'article 23, ce qui dépasse la portée du présent Rapport.

### **C. Interprétation du paragraphe 2 de l'article 7 : détermination des bénéficiaires imposables à un établissement stable**

49. Le paragraphe 2 de l'article 7 stipule que, « sous réserve des dispositions du paragraphe 3 » de l'article 7, les bénéficiaires à imputer à un ES sont :

« les bénéficiaires 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. »

50. Cette formulation trouve ses origines dans le projet de convention adopté par la Société des Nations en 1932/33 et peut être considérée comme l'expression du principe de pleine concurrence dans le contexte des établissements stables. Le paragraphe 11 des commentaires sur l'article 7 indique que ce texte « correspond au principe de pleine concurrence envisagé dans les commentaires sur l'article 9 ». Les Principes publiés en 1995 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. Ces instructions sont plus récentes que les dernières modifications apportées aux commentaires concernant l'application du principe de pleine concurrence prévu à l'article 7.

51. Par conséquent, le groupe de travail a formulé l'approche autorisée de l'OCDE à partir de l'idée que les orientations sur l'application du principe de pleine concurrence de l'article 9 contenues dans les Principes doivent être appliquées à l'attribution de bénéficiaires à un ES en utilisant le principe de pleine concurrence conformément à l'article 7(2). Le groupe de travail a testé l'approche autorisée de l'OCDE dans plusieurs situations concrètes et secteurs d'activité afin de voir si cette idée doit être adoptée comme norme pour l'attribution de bénéficiaires conformément à l'article 7(2).

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

- (1) Aux fins de l'article 7, il est nécessaire de supposer que l'ES est une entreprise fictive 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 ; et

- (2) 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, comme on le verra à la partie D ci-dessous.

53. Pour tenir compte de ces deux préoccupations, l'approche autorisée de l'OCDE doit appliquer les instructions figurant dans les Principes non pas directement, mais par analogie. Le présent Rapport examine comment et dans quelle mesure les instructions contenues dans les Principes 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.

54. L'interprétation de l'article 7(2) selon l'approche autorisée de l'OCDE est qu'il faut une analyse en deux étapes. Premièrement, une analyse fonctionnelle et factuelle afin de considérer 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, utilisant des actifs et assumant des risques. Deuxièmement, une analyse des Principes concernant l'application du principe de pleine concurrence aux entreprises fictives qui exercent des fonctions, utilisent des actifs et assument des risques. La section C-2 ci-dessous examine l'analyse factuelle et fonctionnelle et l'attribution des fonctions, actifs, risques et capitaux propres à l'ES. La section C-2 examine l'attribution des bénéfices à l'ES conformément à ses fonctions, 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. En guise d'introduction, la section ci-dessous présente les principes fondamentaux à appliquer.

### **C-1 Principes fondamentaux utilisés pour attribuer des bénéfices à un ES**

Cette Section constitue une introduction aux principes de base de l'approche autorisée de l'OCDE. L'élaboration des principes de base décrits ci-dessous est examinée plus en détails dans la suite du rapport.

#### *Principes de base de l'approche autorisée de l'OCDE*

55. L'approche autorisée de l'OCDE admet que l'ES constitue une entreprise fictive distincte exerçant les mêmes activités ou des activités similaires dans les mêmes conditions ou dans des conditions similaires et attribue les bénéfices à l'ES conformément à l'Article 7 en utilisant les orientations sur l'application du principe de pleine concurrence visé à l'Article 9 qui sont données par les principes de l'OCDE en matière de prix de transfert, en appliquant ces principes par analogie et si nécessaire en les adaptant et en les complétant pour tenir compte des différences actuelles entre un ES et une entreprise juridiquement distincte. 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 transactions 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 devrait permettre d'obtenir l'égalité de traitement entre les différents types d'ES mais 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. Par conséquent, on peut s'attendre à ce que les transactions effectuées par l'intermédiaire d'ES soient effectivement plus rentables en raison des possibilités d'utilisation efficace du capital, de diversification des risques, d'économies d'échelle, etc.

Analyse fonctionnelle et factuelle

56. Dans le cadre de l'approche autorisée de l'OCDE, l'analyse fonctionnelle et factuelle permet de concevoir l'ES comme une entreprise fictive distincte et détermine les fonctions (c'est-à-dire les activités) de cette entreprise fictive distincte ainsi que les conditions (c'est-à-dire les caractéristiques significatives sur le plan économique) dans lesquelles ces fonctions sont exercées, sur la base des orientations sur la comparabilité résultant de l'application des principes applicables en matière de prix de transfert par analogie. L'analyse fonctionnelle tient également compte des actifs utilisés et des risques assumés du fait de l'accomplissement de ses activités. Il sera particulièrement important de déterminer les fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque de l'entreprise et de savoir dans quelle mesure l'ES exerce une ou plusieurs de ses fonctions car cela a des conséquences pour l'attribution des actifs et des risques comme on le verra ci-dessous. Les fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque varient d'un secteur d'activité à l'autre (par exemple les fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque d'une société d'extraction pétrolière et d'une banque ne sont généralement pas les mêmes) et d'une entreprise à l'autre à l'intérieur d'un même secteur (ni les sociétés d'extraction de pétrole ni les banques ne sont toutes les mêmes). En outre, il faut souligner qu'une entreprise particulière peut exercer une ou plusieurs fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque dont chacune doit être prise en compte. A l'évidence, la détermination doit se faire au cas par cas car les fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque et leur importance relative dépendront des faits et circonstances particulières. Outre les fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque, il sera également important de rémunérer d'autres fonctions conformément au principe de pleine concurrence. En résumé, l'analyse fonctionnelle et factuelle permet de déterminer l'attribution de bénéfices à un ES conformément aux fonctions exercées, aux actifs utilisés et aux risques assumés, et donne aussi des indications sur l'affectation de capital « libre » et de dettes portant intérêt à l'ES.

57. L'analyse factuelle et fonctionnelle revêt une importance décisive. Lorsqu'on attribue 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. Les écritures comptables doivent être cohérentes avec l'analyse fonctionnelle et factuelle et en découler. Lorsque c'est le cas, la comptabilité fournit le point de départ pour déterminer les bénéfices attribuables à l'ES.

#### Attribution d'actifs

58. L'analyse fonctionnelle et factuelle actuelle 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. Cette analyse permettra d'attribuer les actifs à l'ES et de déterminer s'ils sont créés par les activités de l'entreprise proprement dite ou acquis auprès d'une autre entreprise. L'attribution d'actifs et leur classification auront des conséquences à la fois sur la répartition des bénéfices et sur l'attribution à l'ES des capitaux et des dettes portant intérêt. L'attribution d'actifs corporels et incorporels doit être fondée sur la propriété économique telle qu'elle est déterminée au moyen d'une analyse fonctionnelle et factuelle des deux parties de l'entreprise qui interviennent dans la transaction, en mettant l'accent sur les fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque concernant ces actifs. Par conséquent, l'acquisition effective d'un actif par une partie de l'entreprise n'est pas déterminante pour l'attribution de la propriété économique de celui-ci au sein de l'entreprise. La partie de l'entreprise à laquelle l'actif est attribué se verra également attribuer tout bénéfice correspondant (compte tenu de toute transaction effectuée au prix de pleine concurrence pour rémunérer d'autres parties de l'entreprise au titre des fonctions exercées en ce qui concerne cet actif).

#### Attribution des risques

59. L'analyse fonctionnelle et factuelle attribuera à l'ES tous les risques inhérents à ses fonctions propres ou créées par elle et tiendra compte de toute transaction ultérieure liée au transfert ultérieur de risques ou au transfert de la gestion de ces risques à d'autres parties de l'entreprise. 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 des bénéfices que sur l'attribution de capital à l'ES. Comme le capital suit les risques, le titulaire de la propriété économique se verra attribuer le capital nécessaire pour assumer les risques correspondants. Selon la nature des activités de l'entreprise, les risques peuvent être soit intimement liés aux actifs attribués à l'ES soit avoir un lien moins étroit avec l'existence d'actifs. L'attribution des risques est particulièrement importante dans le secteur financier où elle a des répercussions considérables à la fois sur l'attribution du capital, 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 est souvent plus difficile d'évaluer les risques mais il reste néanmoins nécessaire de s'efforcer de quantifier les risques importants, par exemple ceux découlant du développement d'un bien incorporel unique. Sur le fond, la prise en charge des risques par chaque division de l'entreprise dépend de l'accomplissement effectif ou de la gestion des risques des fonctions fondamentales associées à l'activité.

#### Attribution du capital

60. 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) 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 objectif 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 qu'il emploie et les risques qu'il assume. Dans le secteur financier, les réglementations fixent des niveaux minimums en capital afin de 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 le secteur non financier. Pour jouer ce rôle d'amortisseur, une partie du capital attribué à l'ES doit être constitué de fonds propres, c'est-à-dire de fonds subordonnés aux droits de tous les créanciers (y compris les organismes de prêts) mis à la disposition de l'entreprise par des investisseurs prêts à accepter des risques plus élevés en échange d'un rendement supposé être largement supérieur au taux hors risque.

61. 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 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 le biais d'un ES est que le capital 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 serait contraire à la situation de fait et incompatible avec l'approche autorisée de l'OCDE. Le capital doit découler des risques. En d'autres termes, le capital doit être attribué à l'ES par référence aux risques qui résultent de ses activités, et non l'inverse.

62. Cette attribution de capital 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 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 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 reposent sur une hypothèse commune, à savoir que l'une des conditions internes de l'ES est le fait

que le qualité de sa signature est généralement la même que celle de l'entreprise dont il fait partie. Il n'y a pas lieu que le reste de l'entreprise garantisse la solvabilité de l'ES ou que l'ES garantisse la solvabilité du reste de l'entreprise.

63. 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 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, il est essentiel de mettre en évidence :

- 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 C-2 (v) (c)) ;
- qu'il n'existe pas un seul montant de capital de pleine concurrence, mais une plage d'attributions potentielles à l'intérieur de laquelle il est possible de trouver un montant de capital susceptible de se conformer au principe énoncé ci-dessus.<sup>5</sup>

### **Coûts de financement**

64. 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 correspondant aux fonctions, aux actifs et aux risques qui lui sont attribués, en utilisant l'une des approches autorisées pour l'attribution de capital. Ces questions sont examinées plus en détail à la Section C-2(v)(d).

#### *Prise en compte des transactions*

65. La prise en compte (ou non) des transactions 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 transactions entre un ES et le reste de la banque 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 la banque, ni de faire garantir la cote de crédit du reste de la banque par l'ES.

66. En second lieu, les transactions 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. Cela augmente les possibilités de transferts répondant à des motivations fiscales entre les deux entités et contribue aussi à réduire l'utilité de toute documentation (en l'absence inévitable de contrats juridiquement contraignants par exemple) qui pourrait exister par ailleurs. Il est donc nécessaire d'examiner plus attentivement les transactions entre un ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie que les transactions entre deux

---

<sup>5</sup> La section B-2 sur l'application symétrique de l'approche autorisée de l'OCDE examine les interactions entre les règles du pays d'accueil et celles du pays d'origine et indique les moyens de réduire l'incidence de la double imposition.

entreprises associées, et il incombe au contribuable de prouver clairement que la transaction doit être prise en compte.

67. Cette nécessité d'un examen plus minutieux signifie qu'il est nécessaire de 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 la répartition des bénéfices conformément à l'article 7(2). Une analyse fonctionnelle et factuelle permettra de déterminer si un événement réel et identifiable s'est produit et doit être pris en compte comme transaction significative sur le plan économique entre l'ES et une autre partie de l'entreprise. Un document comptable et des pièces justificatives de la même date faisant apparaître une « transaction » 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 mais ne serait pas déterminant lorsqu'on a pu constater qu'il n'était pas compatible avec l'analyse fonctionnelle et factuelle et par conséquent avec la réalité économique de la transaction.

68. Des transactions effectuées entre l'ES et une autre partie de l'entreprise (selon les modalités déterminées par les parties à la transaction) seront comparées à des transactions entre entreprises indépendantes en suivant, par analogie, l'analyse de comparabilité décrite dans les Principes en matière de prix de transfert. Même des transactions entre entreprises associées peuvent ne pas être reconnues lorsqu'elles n'ont pas lieu dans les conditions commerciales normales qui s'appliqueraient entre entreprises indépendantes (voir Paragraphe 1.38 des Principes qui examine les circonstances dans lesquelles des transactions entre entreprises associées ne seraient pas reconnues ou seraient réajustées pour les rendre conformes à la réalité économique et commerciale).

69. Troisièmement, lorsque des transactions sont susceptibles d'être reconnues, 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, en effectuant une analyse factuelle et fonctionnelle.

#### *Attribution de bénéfices*

70. L'attribution de bénéfices à un établissement stable d'une entreprise selon le principe de pleine concurrence résultera des facteurs suivants :

- L'attribution de fonctions, d'actifs et de risques entre cet établissement et le reste de l'entreprise dont il fait partie sur la base d'une analyse fonctionnelle et factuelle, et compte tenu des transactions qui peuvent être mises en évidence de manière appropriée.
- L'attribution de capital sur la base des actifs et des risques attribués à l'ES.
- La fixation, selon le principe de pleine concurrence, du prix des transactions qui peuvent être mises en évidence de manière appropriée, ayant répondu au critère de seuil.
- La mise en évidence de transactions entre l'entreprise et des tiers indépendants qui peuvent être attribuées à l'ES (sous réserve par exemple d'un transfert d'emprunts de tiers à la suite de l'attribution de capital en fonction des actifs et risques de l'ES).
- La détermination de la comparabilité entre les opérations effectuées et des transactions sur le marché libre, effectuée en appliquant directement les facteurs de comparabilité des Principes (caractéristiques de la propriété ou des services, analyse fonctionnelle, conditions économiques

et stratégies des entreprises) ou par analogie (conditions contractuelles) à la lumière de la situation factuelle particulière de l'ES ; et

- La détermination de la rémunération de pleine concurrence versée au titre des fonctions exercées par l'ES, compte tenu des actifs et des risques qui lui sont attribués, en appliquant par analogie les méthodes traditionnelles des Principes fondées sur les transactions ou, lorsque ces méthodes ne peuvent être appliquées d'une manière satisfaisante, les méthodes transactionnelles fondées sur les bénéficiers.

71. 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 bénéficiers attribuables qui peuvent être imposés dans le pays d'accueil de l'ES. En conséquence, les bénéficiers 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, déterminées en appliquant les Principes 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 mise en évidence d'une transaction analogue afin de déterminer les bénéficiers d'un ES.

## **C-2 Première étape : déterminer les activités et conditions de l'entreprise distincte fictive**

72. 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 activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues ». L'approche suivie par les Principes, 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 ».

73. En outre, les instructions sur la comparabilité données au paragraphe 1.15 des Principes 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. Comme le remarque le paragraphe 1.17, « 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 distincte et juridiquement indépendante fictive, mais également les « conditions » dans lesquelles ces fonctions sont exercées. Sauf indication contraire dans le texte, le terme « conditions » désigne à la fois les conditions « internes » et « externes ».

74. 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 1 des Principes) afin de déterminer les fonctions de l'entreprise distincte fictive et les caractéristiques économiquement pertinentes (conditions « internes » et « externes ») de l'exercice de ces fonctions.

(i) *Fonctions (activités)*

75. Le chapitre I des Principes fournit des informations très complètes et détaillées sur 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 à l'entreprise distincte fictive et au reste de l'entreprise dont il fait partie afin de déterminer les activités et responsabilités significatives sur le plan économique qui sont assumées par l'ES et de voir quel est leur rapport avec les activités et les responsabilités de l'entreprise dans son ensemble. 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. 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 établissement stable servant d'agent), 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 C-3(v) ci-dessous.

76. Les instructions des Principes 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 actifs utilisés et des risques pris. Cette section aborde cet aspect. 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 instructions des Principes sont basées sur une comparaison entre les conditions des transactions entre entreprises associées et celles des transactions entre des entreprises indépendantes. Toutefois, à 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.

77. 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 routine aux fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque. Ces dernières sont celles qui nécessitent un processus actif de prise de décision concernant les principaux postes de bénéfices de l'entreprise. Il sera donc décisif de les identifier lors de l'analyse fonctionnelle. La Partie II du Rapport traite de l'importance des fonctions humaines dans le secteur financier, mais si ces fonctions peuvent jouer un rôle plus limité dans la génération de bénéfices dans certains types d'entreprises non financières, elles peuvent revêtir une importance dans certaines entreprises non financières, lorsque par exemple la création de biens incorporels de valeur constitue un moteur des bénéfices.

78. Les directives données au sujet de la comparabilité au chapitre I des Principes 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.

79. Dans l'exemple du distributeur cité au paragraphe 15 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 serait important d'identifier une stratégie d'entreprise afin de procéder à l'analyse de comparabilité, au titre de la seconde étape de l'approche autorisée de l'OCDE, entre les opérations qui s'effectuent 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 15 ci-dessus, il peut être adéquat d'attribuer une perte à B mais pas à A, par exemple du fait que l'entreprise, nouvelle venue sur le marché du pays B, met en œuvre un plan de pénétration sur le marché.

80. 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 et toutes celles exercées par l'ES pour le compte d'autres divisions de l'entreprise. Dans un autre cas, l'analyse fonctionnelle peut révéler que certaines activités nécessaires pour exercer la fonction de distribution, comme les études de marché, sont menées en dehors du pays dont relève l'établissement stable. Ces activités devront être prises en compte lors de l'attribution de bénéfices à l'ES, bien que la méthode exacte pour y parvenir dépende des faits et des circonstances.

81. 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, lorsque l'analyse fonctionnelle a déterminé que l'ES a réalisé les principales fonctions de prise de risque d'entrepreneur, l'ES se verra attribuer les actifs et les risques associés à ces fonctions. Cela conduit en retour à l'attribution à l'ES des revenus et des dépenses associés à ces actifs et risques.

82. 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. Comme le remarque le document provisoire du GTC sur les bénéfices des entreprises publié en 2001, la nature automatisée et de routine 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. Un ES serveur n'exercera pas de fonctions essentielles de prise de risque d'entrepreneur en l'absence de personnel.

(ii) *Actifs employés et conditions d'utilisation*

83. Les Principes soulignent, au paragraphe 1.20, que la rémunération correspondra en général non seulement aux fonctions exercées, mais également aux actifs mis en œuvre et aux risques assumés. Les actifs peuvent être utilisés en différentes qualités, par exemple de propriétaire unique ou de copropriétaire, de locataire ou de membre d'un accord de répartition des coûts. Il peut s'agir d'actifs incorporels ou matériels. Ils peuvent être acquis ou créés en interne par les activités propres de l'entreprise. L'analyse fonctionnelle doit établir tous ces faits, car l'attribution des bénéfices à l'ES dépendra de ces caractéristiques.

84. 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 utilisés dans

les fonctions exercées par l'ES. En effet, le revenu perçu de tiers inclut le rendement des actifs utilisés (qu'ils soient possédés ou non) par des entreprises dans la mesure où ces actifs servent à générer ce revenu, bien que les bénéficiaires d'une entreprise qui possède l'actif soient différents des bénéficiaires d'une entreprise qui utilise un actif possédé par quelqu'un d'autre et qui doit donc payer pour cet usage. Dans la mesure où les actifs sont employés dans les fonctions exercées par l'ES, leur utilisation doit être prise en compte dans l'attribution des bénéfices aux fonctions accomplies par l'ES. Les actifs de l'entreprise qui ne sont pas utilisés par l'ES ne doivent pas être pris en compte afin d'attribuer des bénéfices à l'ES. Il peut également s'avérer nécessaire de prendre en compte les actifs attribués au cours de l'analyse de comparabilité, au titre de la deuxième étape de l'approche autorisée de l'OCDE. Par exemple, une entreprise qui doit utiliser une usine et des équipements onéreux escompte, toutes choses égales par ailleurs, générer un bénéfice supérieur à une entreprise qui n'a pas besoin de recourir à de tels actifs.

85. Toutefois, déterminer l'utilisation d'un actif est une condition nécessaire mais non suffisante. Il faut également, lors de l'analyse fonctionnelle, examiner les conditions dans lesquelles l'actif est utilisé : en qualité de propriétaire, de locataire ou de membre d'un accord de répartition de coûts. Cette qualité influe sur la fraction des bénéfices à attribuer à l'ES. En effet, le revenu provenant de tiers inclut un rendement des actifs employés par une entreprise, dans la mesure où ces actifs servent à générer ce revenu et le montant de ce revenu attribué à l'ES varie selon que l'ES est le propriétaire, le locataire ou un membre d'un ARC. La division de l'entreprise qui est le propriétaire « économique » de l'actif peut être ou ne pas être l'ES utilisant cet actif.

86. 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 correctement le rendement provenant de tiers concernant l'actif. 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, qu'il soit corporel ou incorporel, est déterminée par une analyse fonctionnelle et factuelle, et dépend en particulier de l'accomplissement des principales fonctions de prise de risque d'entrepreneur concernant l'actif. La section C-3 (iv) (a) et (b) contient une discussion des facteurs à prendre en compte pour déterminer la propriété économique des actifs corporels et incorporels dans le contexte d'un ES.

(iii) *Risques assumés*

87. Concernant les risques, 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, conformément à l'analyse des actifs, le groupe de travail conclut de même à la possibilité de considérer que c'est l'ES qui assume le risque, même si, juridiquement parlant, c'est l'entreprise dans son ensemble. De fait, on devrait considérer que l'ES assume tous les risques inhérents à ses propres fonctions ou résultant de ces fonctions (c'est-à-dire aux fins poursuivies par l'établissement stable), ainsi que les risques qui se rapportent directement à ces activités. Par exemple, l'ES supporte généralement les risques résultant de la négligence des employés participant à la fonction qu'il exerce. La détermination des risques assumés par l'ES a des conséquences sur l'attribution de capital et sur son niveau. En effet, une entreprise assumant des risques supplémentaires significatifs devrait accroître ses fonds propres de manière à conserver la même solvabilité. La question des fonds propres est examinée en général à la section C-2. Cette question est extrêmement importante pour les banques et elle est analysée en détail dans la partie II.

88. 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, 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. Les sections C-3 (ii) et C-3 (iv) (d) analysent plus en détail dans quelle mesure cette documentation est déterminante.

89. En résumé, dans la mesure où l'on constate que des risques sont assumés par l'entreprise par suite d'une fonction exercée par l'ES, ces risques doivent être pris en compte lors de l'attribution de bénéfices à l'ES exerçant cette fonction. Si l'on constate qu'il n'y a pas eu de risques assumés par l'entreprise en raison d'une fonction exercée par l'ES, ces risques ne doivent pas être pris en compte pour l'attribution de bénéfices à l'ES. Il convient de remarquer que cette analyse des risques se limite exclusivement aux risques inhérents à l'exercice d'une fonction ou générés par cette fonction. Comment prendre en compte les éventuelles transactions ultérieures relatives au transfert de 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 constitue une question distincte (traitée à la section C-3 ci-dessous).

90. L'importance et la nature des risques courus par l'ES ont également une incidence sur le montant de fonds propres à attribuer à l'ES. 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 capitaux propres 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. Les capitaux propres ont pour objet de fournir un garde-fou au cas où ces risques se concrétiseraient par des pertes.

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

91. On observe que les établissements stables 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 des capitaux propres 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 capitaux propres 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 des capitaux propres à l'ES à d'autres fins.

92. 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.

93. 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.

94. 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.

95. L'une des conséquences du fait qu'en général l'ES a la même cote de crédit que l'entreprise est le fait que l'approche autorisée de l'OCDE ne reconnaît pas les transactions 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 circonstances. 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 en matière de prix de transfert 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 au Paragraphe 29 de la Partie II, a généralement le 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.

96. 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 nécessaire pour assumer les risques encourus devrait 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. Des ES ayant la même cote de crédit que le siège ne se trouvent pas dans une situation similaire à celle d'une filiale qui a une cote de crédit différente de celle de sa société mère.

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

a) Introduction – l'importance du capital « libre »

97. 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 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 « capitaux propres » est défini comme un investissement ne générant aucun rendement déductible fiscalement selon les règles du pays où se trouve l'ES.

98. Comme les intérêts versés sont généralement déductibles de l'impôt, il faut garantir une imputation à un établissement stable d'un montant approprié de capitaux propres 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 les capitaux propres et les dettes portant intérêt est habituellement beaucoup plus élevé en dehors du secteur financier. Historiquement, l'attribution de capital 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 et des coûts de financement à un ES.

b) Interprétation actuelle de l'article 7

99. 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 C-2(v)(d) consacrée à la détermination des coûts de financement de l'ES.

100. 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 ».

101. Toutefois, un accord amiable peut être difficile à atteindre du fait des approches différentes que les pays Membres suivent actuellement pour attribuer le capital 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.

c) Principes de l'approche autorisée de l'OCDE

102. 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, les actifs sont attribués à un ES en fonction du lieu de la propriété économique des actifs et de la prise des risques associés à ces actifs ou à la tentative de création d'actifs. Dès lors que l'analyse factuelle et fonctionnelle a attribué les actifs et les risques adéquats de l'entreprise à l'ES sur la base de la propriété économique, l'étape suivante de l'attribution d'un montant de pleine concurrence des bénéfices à l'ES consiste à déterminer quelle fraction des capitaux propres 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 les capitaux propres nécessaires pour couvrir les risques et les actifs attribués à l'ES.

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

103. 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 des capitaux propres 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 (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.

104. 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.

105. 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.

106. 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 importants ; 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 d'entrepreneur 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, sachant 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 des capitaux propres supplémentaires devraient être attribués pour couvrir ce risque d'entrepreneur.

107. 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 capitaux propres 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.

108. Il est difficile de quantifier le montant des capitaux propres supplémentaires 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.

109. 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 transaction donnant lieu à des versements d'intérêts. Le troisième est de savoir comment calculer le montant des intérêts versés qui doit être imputable à un ES et comment procéder aux ajustements nécessaires aux intérêts versés enregistrés dans les comptes de l'ES.

*Stade 2 Détermination des capitaux propres nécessaires pour financer les actifs et couvrir les risques attribués à l'ES*

110. 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 des capitaux propres à l'ES,

l'hypothèse de travail considère que l'ES doit disposer d'un montant adéquat de capitaux propres 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 ».

111. Selon l'approche autorisée de l'OCDE, l'établissement stable a besoin en vue de l'imposition de se voir imputer un montant de capital « libre » conforme au principe de pleine concurrence, indépendamment de la question de savoir si 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 qui est attribué dans le cadre de l'analyse fonctionnelle et factuelle.

112. 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 que d'autres ; par conséquent, les activités exercées par l'intermédiaire d'un ES peuvent nécessiter, proportionnellement, des capitaux propres plus ou moins importants que ceux de l'entreprise dans son ensemble.

113. 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. Comme on l'a vu à la Section B-2 qui examine l'application symétrique de l'approche autorisée de l'OCDE, lorsqu'une approche autorisée de l'attribution de capital 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.

114. 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.

115. 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/fonds propres plus étroit que les entreprises non financières, catégorie d'entreprises qui, par définition, inclut une gamme d'activités plus large que la banque.

#### *L'approche de la répartition du capital*

116. 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 % des capitaux propres de l'entreprise lui reviendront.

117. Lorsque des entreprises ont des structures de capital correspondant à celles qui sont observées dans des entreprises indépendantes comparables, l'affectation du capital 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 de l'entreprise peut également fournir un bon point de départ pour l'attribution du capital à l'ES.

118. Comme la méthode de répartition du capital s'efforce d'attribuer le capital 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.

119. Un second avantage est le fait que lorsque l'entreprise dont l'ES fait partie est surcapitalisée (par exemple entièrement financée par l'émission d'actions) la méthode de répartition du capital (associée au fait de considérer la solvabilité de l'entreprise comme une condition interne de l'ES) devrait réduire les risques d'imposition insuffisante engendrés par les transactions internes portant intérêt. 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.

120. 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.

121. 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 cette partie de l'entreprise. 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. Lorsqu'un actif a été vendu, le capital sur lequel il reposait précédemment devient généralement disponible pour financer toutes les opérations de l'entreprise et ne doit donc pas en général être isolé. Cependant, 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.

122. 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 entreprises 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.

#### *Méthode de répartition du capital économique*

123. 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.

#### *Approche fondée sur la sous-capitalisation*

124. 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 capitaux propres) dont l'ES aurait besoin. L'étape suivante consisterait à déterminer la répartition du financement entre dette portant intérêt et capital « libre ».

125. 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 C-2(iv) selon laquelle, en général, l'ES doit avoir la même cote de crédit que l'entreprise dans son ensemble).

126. 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/fonds propres, plutôt que sur les capitaux propres pris isolément, et il serait souhaitable d'utiliser la même méthode que celle employée pour restreindre les intérêts versés pour les entreprises associées. 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 ».

127. Cette approche soulève la question du large éventail de ratios dettes/fonds propres qu'on observe dans l'intervalle de pleine concurrence (entre les groupes multinationaux et leurs créanciers tiers) 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 certains groupes multinationaux sont fortement endettés 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.

128. D'autres variables clés, les conditions « externes » – emplacement de l'ES emprunteur, qualité et nature des actifs, trésorerie, secteur d'activité, stratégies des entreprises, acquisitions et cessions de capital, 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 capitaux propres pour une entreprise réunissant ces critères. D'autres travaux sur ces questions sont actuellement effectués par le Groupe de travail n° 6 dans le cadre d'un projet distinct traitant des entreprises associées et de la sous-capitalisation.

129. 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 des capitaux propres attribués aux différents ES peut être supérieur au montant des fonds propres que possède l'entreprise dans son ensemble.

### *Méthode du régime de protection - Quasi sous-capitalisation – Fonds propres réglementaires minimums*

130. 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/fond propres réglementaires minimums). Cette approche ne constitue pas une approche autorisée de l'OCDE, dans le 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.

131. 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.

132. 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).

133. 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 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 « 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 ». Le groupe de travail n°6 travaille actuellement sur les dispositions en question, dans le cadre d'un projet distinct consacré aux entreprises associées et à la sous-capitalisation. Toutes les vues exprimées à la suite de ces travaux sur la question de savoir si les règles nationales de sous-capitalisation qui adoptent une approche de régime de protection peuvent être considérées comme conformes au principe de pleine concurrence doivent être replacées dans le contexte de l'ES.

### *Autres méthodes*

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

### *Attribution de capital à l'ES d'une entreprise sous-capitalisée*

135. 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 le recours à l'emprunt (entreprises dites \$2, 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 séparée des problèmes associés aux entreprises sous-capitalisées fait suite à la discussion principale des approches pour l'attribution du capital.

136. 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 de l'entreprise sur un montant de pleine concurrence avant d'imputer ce capital à l'ES.

137. 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 fonds propres 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 fonds propres 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.

138. Une deuxième approche consisterait à ajuster le capital 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 ajusté conformément à l'article 7 en suivant une approche fondée sur la répartition du capital.

139. Comme l'explique la section B-2, sachant que ces deux approches sont à même de produire un résultat de pleine concurrence, l'approche utilisée par le pays d'accueil devrait être acceptée par le pays d'origine, sauf dans les cas où la méthode retenue par le pays d'accueil ne génère pas un résultat compatible avec le principe de pleine concurrence. 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.

140. 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 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.

#### *Conclusion sur l'attribution de capital à l'ES*

141. 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.

142. 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 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 les capitaux propres nécessaires. Comme l'illustrent les discussions ci-dessus, il n'existe pas d'approche unique permettant de traiter toutes les circonstances.

143. 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.

144. Le fait que les pays puissent prévoir, dans leurs régimes internes, plusieurs approches autorisées de l'attribution de capital soulève des préoccupations quant aux risques de double imposition. Toutefois, l'article 23 impose aux pays d'origine d'accepter les règles internes du pays d'accueil cohérentes avec une ou plusieurs approches autorisées, à condition que le résultat soit compatible avec le principe de pleine concurrence dans un cas particulier. Il s'ensuit que, dans ces circonstances, le pays d'origine devrait accorder un allègement pour l'impôt sur les bénéfices calculé selon les règles du pays d'accueil. C'est le cas même si une règle interne du pays d'origine attribue le capital en suivant une autre approche autorisée.

145. Cependant, 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 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.

d) Détermination des coûts de financement de l'ES

#### *Introduction*

146. 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.

147. 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 de transactions internes portant intérêt. Ces différentes approches sont examinées dans la première sous-section ci-dessous. La prise en compte des transactions internes déroge aux Commentaires actuels sur l'article 7(3) qui n'admettent les transactions 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 transactions internes portant intérêt.

### *Approches autorisées de l'attribution de coûts de financement à des ES*

148. 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 transactions 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.

149. 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 (l'« approche directe ou indirecte »). Sur cette base, la prise en compte des transactions internes portant intérêt est admise pour les entreprises financières, mais non pour les entreprises non financières (par. 18.3 des Commentaires sur l'Article 7). L'approche autorisée de l'OCDE rejette cette approche « directe » et « indirecte » au profit de l'application de la méthode fonctionnelle visée dans les Principes. 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 transactions, il y a des cas où celles-ci peuvent être considérées comme des transactions internes portant intérêts au sein d'entreprises non financières en vue de rémunérer une fonction de trésorerie (« opération de trésorerie »). Les fonctions de trésorerie sont décrites ) la Partie II de ce rapport, Sous-section D-2 (iii) (b).

150. Lorsqu'une telle approche est employée, la question de savoir si des mouvements de fonds seraient considérés comme « opération de trésorerie » dépendrait d'une analyse fonctionnelle et factuelle de l'« opération » et des conditions dans lesquelles elle a été effectuée. Il serait en particulier nécessaire, afin de qualifier une transaction d'« opération de trésorerie », d'identifier une division de l'entreprise comme étant celle qui exerce au fond les fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque concernant les fonds ou 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 de trésorerie » interne. En l'absence de ces fonctions entrepreneuriales de prise de risque, il ne serait pas possible de prendre en compte des transactions internes portant intérêt à des prix de pleine concurrence.

151. 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 transactions 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 transactions internes portant intérêt.

152. 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 ».

153. Comme pour l'attribution de capital, il ne semble pas possible d'élaborer une approche unique 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 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 et le pays d'origine doit accepter leurs résultats dans un cas particulier, à condition que ce résultat soit compatible avec le principe de pleine concurrence.

154. L'une des raisons mentionnées dans les Commentaires actuels sur l'article 7(3) pour ne pas reconnaître les transactions 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 de trésorerie » ne rémunère que l'exercice des fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque exercées au titre des actifs monétaires et financiers de l'entreprise. S'il n'y a pas de fonction entrepreneuriale essentielle de prise de risque, seules 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 de telles fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque étant donné qu'elle serait considérée comme le propriétaire économique de tous les actifs monétaires et financiers de cette entreprise.

155. 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 transactions 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 C-2(v)(c) ci-dessus.

#### *Détermination du prix de pleine concurrence des opérations de trésorerie*

156. Enfin, il reste à examiner comment rémunérer les « opérations 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 de l'OCDE en matière de prix de

transfert. Par exemple, lorsque « l'opération 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 entrepreneuriales essentielles de prise de risque 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).

157. 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 entrepreneuriales essentielles de prise de risque pour 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 révisée (section D-2 (iii) (b)). Comme il est mentionné à la partie II, l'application d'une marge à une transaction 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.

158. D'autres transactions financières 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 essentielles de prise de risque d'entrepreneur pour ces risques.

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

159. 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.

160. 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.

161. 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 capitaux propres qui a été couvert par des emprunts portant intérêt. Cela pose la question de savoir comment déterminer le montant des intérêts non déductibles.

162. 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 les capitaux propres additionnels qui auraient dû être imputés 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.

163. 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 capitaux propres 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 capitaux propres 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 attribué à l'ES à un montant compris dans l'intervalle de pleine concurrence – cette question est examinée plus en détail à la section B-2 ci-dessus.

164. 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 « risque » ? 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 capitaux propres 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 des capitaux propres de l'ES à un niveau inférieur à l'intervalle de pleine concurrence.

165. 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 « risque » 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 des capitaux propres 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 ».

f) Conclusion

166. La première étape de l'approche autorisée de l'OCDE détermine les caractéristiques et les fonctions de l'entreprise distincte et juridiquement indépendante fictive. Une analyse fonctionnelle et factuelle attribue les fonctions, les actifs et les risques à l'ES, et des capitaux propres sont attribués en quantité suffisante pour soutenir ces fonctions, actifs et risques. L'attribution de capital 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.

167. 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 des capitaux propres 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 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 transactions 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 factuelle et fonctionnelle détaillée qui attribue les fonctions, les actifs et les risques à l'ES, puis attribue des capitaux propres en quantité suffisante pour soutenir les actifs mis en œuvre et les risques assumés.

168. 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 C-3 (iv) (d).

**C-3. Deuxième étape : détermination des bénéfices de l'entreprise distincte fictive à partir de l'analyse de comparabilité**

(i) Introduction

169. L'approche autorisée de l'OCDE stipule le choix et l'application des méthodes décrites dans les Principes pour déterminer les bénéfices à imputer à un ES à partir des fonctions qu'il exerce, des actifs et des risques attribués conformément aux indications de la précédente section. L'ES devrait obtenir une rémunération de pleine concurrence pour ses fonctions, compte tenu des actifs utilisés et risques assumés, de la même manière qu'une entreprise indépendante comparable.

170. Une analyse fonctionnelle et factuelle de l'ES aura déjà été effectuée au cours de la construction de l'entreprise fictive « distincte exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues ». 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 distincte fictive « traitant en toute indépendance avec l'entreprise dont il constitue un ES ». Dans certains cas, il peut par conséquent être nécessaire de procéder à une analyse fonctionnelle et factuelle d'une autre division de l'entreprise (dont l'ES fait partie) si l'autre division contribue aux fonctions exercées par l'ES ou exerce des activités liées aux actifs ou aux risques attribués à l'ES ou vice versa.

171. Si l'on continue de suivre, par analogie, l'approche des Principes, il convient d'imputer les bénéfices à un ES en appliquant les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions (méthode du prix

comparable sur le marché libre, méthode du prix de revient majoré) ou, lorsque ces méthodes ne peuvent pas être appliquées de façon fiable, les méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfices (méthode du partage des bénéfices et méthode transactionnelle de la marge nette).

172. La question se pose de savoir comment adapter les directives des Principes au contexte de l'ES. 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 » et non des « transactions entre entreprises associées » qui gouvernent les relations économiques et financières entre l'ES et une autre division de l'entreprise.

173. L'approche autorisée de l'OCDE doit comparer les *opérations* 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. Par analogie avec les Principes, 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 doivent aussi s'appliquer pour permettre d'agréger les opérations de l'ES, le cas échéant, lorsqu'on détermine les bénéfices imputables à l'ES. Le reste de la présente section examine de façon un peu plus détaillée quelques-uns des problèmes identifiés plus haut.

(ii) *Prise en compte des transactions*

174. 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 transactions 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. Cela accroît les possibilités de transferts répondant à des motivations fiscales entre les deux entités et contribue aussi à réduire l'utilité de tous les documents (en l'absence inévitable, par exemple, de contrats juridiquement contraignants) qui pourraient exister par ailleurs. Il est donc nécessaire d'examiner plus attentivement les transactions entre un ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie que les transactions entre deux entreprises associées et c'est au contribuable qu'il incombe d'être en mesure de démontrer clairement que la transaction doit être prise en compte.

175. Cette nécessité d'un examen plus minutieux signifie qu'il est nécessaire de franchir un seuil avant d'admettre qu'une opération 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 le paragraphe 1.38 des Principes 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 effectuées 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 opérations intervenues entre entreprises associées.

176. Le point de départ de l'évaluation d'une « opération » potentielle sera normalement les documents comptables de l'ES qui font apparaître l'existence prétendue d'une telle « opération ». Selon l'approche autorisée de l'OCDE, cette « opération », 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 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 est intervenue, plutôt que les documents comptables ou autres fournis par l'entreprise.

177. 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 ». 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.

178. Une opération intervient au sein d'une entité juridique unique et par conséquent, il n'y a pas de « clauses contractuelles » à analyser. Toutefois, l'approche autorisée de l'OCDE considère les « opérations » comme analogues à des transactions entre des entreprises associées et par conséquent les indications qui figurent aux paragraphes 1.28 et 1.29 peuvent être appliquées dans le contexte de l'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 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. »

179. On peut procéder à une analyse des clauses contractuelles dans le cadre de l'analyse factuelle et fonctionnelle 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 stipule qu'il sera nécessaire « d'examiner si le comportement des parties est conforme aux clauses de l'opération ou si ce comportement indique que *ces clauses* n'ont pas été respectées ou sont une fiction ». Le paragraphe note ensuite que dans de tels cas « une analyse plus approfondie est nécessaire pour déterminer les clauses réelles de la transaction ». Une telle analyse sera encore plus importante dans le contexte de l'ES lorsque les clauses des transactions entre les différentes parties de l'entreprise ne sont pas contractuellement contraignantes.

180. En résumé, un document comptable retraçant une « opération » qui a pour effet de transférer des risques, des responsabilités et des bénéfices importants sur le plan économique constituerait un point de

départ utile en vue de l'imputation de bénéfices, mais ce document ne serait pas déterminant s'il était considéré incompatible avec l'analyse fonctionnelle et factuelle et en conséquence, à la réalité économique de l'opération. L'approche autorisée de l'OCDE se fonde en définitive sur l'analyse fonctionnelle et factuelle pour déterminer la réalité économique sous-jacente à une opération relative à l'attribution de risques qui fait l'objet d'un document.

181. Une fois que le seuil ci-dessus a été dépassé et qu'une opération est prise en compte comme existante, l'approche autorisée de l'OCDE applique, par analogie, les directives données aux paragraphes 1.36 à 1.41 des Principes. Les directives sont appliquées aux transactions intervenues entre l'ES et d'autres parties de l'entreprise, plutôt qu'à des opérations. Par conséquent, l'examen d'une opération devrait se fonder sur l'opération effectivement intervenue entre l'ES et l'autre partie de l'entreprise et sur les modalités de cette transaction, selon les méthodes utilisées par le contribuable dans la mesure où elles sont conformes à celles qui sont exposées aux chapitres II et III des Principes. 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 ».

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

182. Prenons le cas d'un ES qui distribue un produit fabriqué par son siège social. Les opérations de l'ES consistent à se procurer le produit auprès du siège social pour le vendre à un tiers client. On suppose 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 avec le siège social. Pour déterminer le bénéfice imputable à l'ES au titre de ces opérations, 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, on pourrait utiliser la méthode du prix comparable sur le marché libre pour déterminer le bénéfice que l'ES aurait réalisé s'il avait été une « entreprise distincte » au sens du paragraphe 2 de l'article 7. Le montant du bénéfice brut qui lui est attribué sera égal à la différence entre les recettes perçues par l'ES grâce à la vente à des tiers clients et le prix facturé par le siège social, ajusté, si nécessaire, en fonction du prix de pleine concurrence pour des transactions comparables entre des tiers distributeurs et des fabricants comparables.

183. En l'absence de prix comparable sur le marché libre, le bénéfice brut de l'ES peut être déterminé par référence à la marge comparable du prix de revente appliquée aux recettes des ventes à des tiers clients. Le bénéfice net sera ensuite calculé en déduisant les dépenses engagées par l'entreprise aux fins poursuivies par l'ES, y compris la rémunération au titre de fonctions exercées par d'autres divisions de l'entreprise pour les besoins de l'ES. Se reporter à la partie D, ci-après. Ce résultat est compatible avec le paragraphe 17.3 des commentaires se rapportant au paragraphe 3 de l'article 7 du Modèle, qui indique :

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

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

184. Un problème se pose en cas de transactions entre l'ES et une autre partie de la même entreprise lorsque les coûts afférents à cette transaction ont été supportés par l'autre partie de cette entreprise. Dans la

mesure où les coûts qui ont été supportés par l'autre partie de l'entreprise se sont traduits dans le prix de pleine concurrence appliqué à cette transaction, ces coûts ne doivent pas être imputés à l'ES. De plus, il est nécessaire d'examiner avec soin la comptabilisation interne des coûts imputés aux différentes transactions, par exemple pour s'assurer que les coûts supportés dans le cadre d'une transaction ne sont pas à nouveau invoqués pour une autre transaction. Par exemple, les coûts de vérification du produit correspondant à un prix comparable sur le marché libre appliqué à la « vente » d'un produit à l'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 et les indications qui figurent dans ce paragraphe seront utiles par analogie dans le cas où une transaction intervient entre l'ES et une autre partie de la même entreprise.

185. 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 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, on déterminerait une rémunération appropriée pour les fonctions exercées par d'autres divisions de l'entreprise, sur la base de données comparables, et ce montant serait déduit afin d'obtenir le bénéfice net de pleine concurrence de l'ES. Les deux méthodes devraient donner le même résultat. La section D 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.

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

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

188. Lorsque l'ES effectue des opérations avec d'autres divisions de l'entreprise, ces opérations (pourvu qu'elles satisfassent au critère de seuil ci-dessus) influenceront sur l'attribution des bénéfices dans la mesure où elles sont en rapport avec les fonctions exercées par l'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. 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.

(iv) *Analyse de comparabilité*

189. Les Principes identifient cinq facteurs déterminant la comparabilité entre transactions contrôlées et non contrôlées : les caractéristiques de la propriété ou des services, l'analyse fonctionnelle, les clauses contractuelles, la situation économique et les stratégies commerciales. L'approche autorisée de l'OCDE vise à appliquer les mêmes facteurs afin d'assurer la comparabilité entre les opérations 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 puisqu'elles sont fondées essentiellement sur les faits. La notion de clauses contractuelles repose sur les relations entre des entreprises qui, bien qu'associées, sont juridiquement distinctes, et elle doit donc s'appliquer par analogie aux opérations effectuées au sein d'une même entité juridique (voir l'analyse figurant à la Section C-3(iii) quant à la manière d'appliquer, par analogie, les indications relatives aux clauses contractuelles qui figurent aux paragraphes 1.28 et 1.29. des Principes). Une fois que les « clauses contractuelles » des transactions internes ont été déterminées, une comparaison peut être effectuée avec les clauses contractuelles de transactions potentiellement comparables entre entreprises indépendantes.

190. 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, par exemple, pour ce qui concerne la fourniture de services).

191. Un autre résultat de l'analyse de comparabilité pourrait être que l'ES et l'autre division de l'entreprise traitant avec l'ES aient structuré leurs opérations d'une manière comparable à des coparticipants économiques à une activité, ce qui correspond à un accord de répartition des coûts (ARC). Si l'ES et l'autre division de l'entreprise sont considérés comme des coparticipants économiques à une activité, les opérations sont traitées d'une manière analogue à des opérations entre entreprises associées dans un ARC.

192. 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, l'entreprise ayant certaines activités soumises à un ARC théorique devrait toutefois atteindre un seuil élevé pour fournir des éléments probants fiables corroborant sa position. C'est pourquoi il incombera au contribuable de préparer et de remettre, si on le lui demande, la documentation à jour qui aurait été établie pour justifier un ARC réel structuré conformément aux directives du chapitre VIII des Principes. 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.

193. 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, « 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.

194. Conformément aux instructions antérieures sur la prise en compte des transactions, 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.

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

196. L'approche actuelle que l'on trouve dans les Commentaires relatifs au Modèle est fondée sur la nature des biens concernés, par exemple en postulant que la fourniture de produits en vue de leur revente constitue un approvisionnement alors que la fourniture de biens incorporels n'en constitue pas. Cette approche pose en outre des problèmes lorsque différents types de biens sont fournis dans le cadre d'un lot. L'un des instruments d'analyse utilisé actuellement par les pays Membres pour déterminer l'effet d'opérations internes sur l'attribution des bénéfices est « l'approche directe ou indirecte » décrite au paragraphe 17.2 des Commentaires 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, le Groupe de travail s'accorde 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.

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

(a) Actifs immobilisés

### *Déterminer la propriété des actifs immobilisés au moment de l'acquisition*

198. Les actifs matériels peuvent être détenus en pleine propriété ou loués, les deux solutions ayant des avantages et des inconvénients sur le plan commercial. Le point de départ de l'analyse consiste à déterminer la nature des risques se rapportant à l'actif qui est utilisé dans l'ES. La nature de ces risques est variable selon que l'entreprise est ou non propriétaire de l'actif. Si l'actif est loué à un tiers, l'ES sera généralement considéré comme utilisant un actif loué et ni l'ES, ni aucune autre composante de l'entreprise, ne pourront être considérés comme son propriétaire économique. Toutefois, lorsque l'entreprise est titulaire d'une licence, les droits contractuels dont elle dispose pour utiliser l'actif faisant l'objet de la location ou de la licence peuvent constituer en eux-mêmes un actif<sup>6</sup> appartenant à l'entreprise. Lorsqu'un actif matériel est acquis par l'entreprise dans son ensemble, localisé dans un seul ES et utilisé exclusivement par celui-ci, on peut se demander quelle est la composante de l'entreprise qui doit être considérée comme propriétaire économique de l'actif.

199. La propriété économique d'un actif appartient à la composante ou aux composantes de l'entreprise qui assument en particulier les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque pour cet actif, telles qu'elles résultent de l'analyse factuelle et fonctionnelle. C'est pourquoi, en pratique, l'acquisition effective de l'actif par une composante de l'entreprise n'est pas déterminante pour l'attribution de la propriété économique au sein de l'entreprise.

### *Changement dans l'utilisation d'un actif immobilisé*

200. 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 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 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. A l'issue de ce déplacement, l'analyse factuelle et fonctionnelle de l'article 7(2) fera apparaître l'ES comme utilisateur de l'actif et, par voie de conséquence, les bénéfices liés à l'utilisation de cet actif seront imputables à l'ES. Le déplacement de la machine du siège social à l'ES est un fait réel et identifiable ; il constitue donc une opération interne.

201. La question est alors de savoir comment prendre en compte l'acquisition et l'utilisation par l'ES d'un actif acquis auprès d'un tiers ou transféré par une autre composante de l'entreprise, lors du calcul du montant du bénéfice qui doit être imputé à l'ES. L'ES doit-il être considéré comme ayant « acheté » au siège social l'actif immobilisé ? Faut-il considérer l'ES comme louant l'actif immobilisé ? Est-il possible de considérer l'ES comme participant à une activité de type ARC concernant l'actif immobilisé ? Pour répondre à ces questions, il faut examiner la situation de fait de l'ES. S'il y avait eu un changement dans l'utilisation d'un actif immobilisé entre deux entreprises indépendantes, on aurait pu répondre à la question de savoir si l'actif a été acheté ou loué en examinant les dispositions contractuelles conclues par les parties (à condition que leur comportement effectif soit conforme aux dispositions contractuelles ; voir les paragraphes 1.28 et 1.29 des Principes). Mais il n'y a pas de « conditions contractuelles » puisque la transaction intervient du point de vue juridique au sein d'une même entreprise. Cela étant, comme l'indique la Section C-3 (iii), les directives des paragraphes 1.28 et 1.29 peuvent être appliquées par analogie en assimilant aux « conditions contractuelles » les livres comptables et tous documents internes

---

<sup>6</sup> Un droit d'usage peut devenir un engagement au fil du temps, si la redevance ou le loyer excède l'avantage économique qui résulte du droit d'utiliser l'actif.

concomitants censés transférer des risques, des obligations et des avantages d'une composante de l'entreprise à une autre.

202. Lorsqu'un actif matériel a été transféré d'une composante de l'entreprise à une autre, ce transfert est manifestement un fait économique important et il remplira le critère fixé pour la reconnaissance d'une opération interne. Il faut alors déterminer la nature de cette opération. Un élément important à prendre en compte à cet effet est la documentation établie par le contribuable au moment du transfert. L'opération peut être qualifiée dans cette documentation de location, de vente pure et simple ou de début d'une activité de type "ARC". Mais, comme c'est toujours le cas pour les transferts intra-entreprise, la qualification de l'opération dans les documents produits ne sera admise fiscalement que si ces documents reflètent la réalité économique. Lorsque, par exemple, un document qualifie une opération de location, cette qualification ne sera admise que si, en fait, le propriétaire économique originel du bien supporte encore le risque économique et prend les principales décisions entrepreneuriales de prise de risque en ce qui concerne ce bien.

203. Comme on l'a indiqué plus haut, la propriété économique d'un bien appartient à la composante de l'entreprise qui exerce les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque en ce qui concerne ce bien. En fonction du bien et des circonstances de son transfert, les principales décisions entrepreneuriales de prise de risque concernant le bien transféré peuvent consister à organiser l'utilisation successive du bien pour de brèves périodes par différentes composantes de l'entreprise. Dans ces conditions, la propriété de l'actif n'est pas transférée à l'ES censé l'utiliser pour une courte période (il s'agira d'une « location » du bien et cette qualification l'emportera sur toute autre qualification résultant des documents) et le propriétaire économique supportera le risque que le bien n'ait pas à être utilisé par d'autres composantes de l'entreprise et ne produise donc pas suffisamment de revenus pour couvrir des dépenses liées à la propriété.

204. En revanche, un transfert peut être qualifié dans les documents de "location" alors qu'en fait l'ES est responsable de l'entretien régulier d'un actif pour lequel cet entretien représente un coût important, ou doit recruter du personnel pour exécuter des réparations imprévues, et si c'est à l'ES qu'il incombe de décider à quel moment l'actif ne devra plus être entretenu, mais remplacé, il est possible que l'ES assume la plupart des risques liés à la propriété de l'actif. Dans ces conditions, il apparaît que la propriété économique de l'actif a été transférée à l'ES.

205. Comme il est indiqué au paragraphe 196, il faut tout d'abord établir si l'entreprise est elle-même propriétaire de l'actif ou le loue à une entreprise indépendante. Lorsque l'entreprise elle-même loue le bien, on voit mal comment l'analyse factuelle et fonctionnelle pourrait démontrer qu'une composante de l'entreprise exerce les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque dans des conditions qui équivalent à la propriété du bien, puisque l'entreprise elle-même assume uniquement les risques du locataire. Lorsque l'entreprise est propriétaire du bien, il peut être souhaitable de déterminer ce que feraient des parties indépendantes utilisant un actif similaire dans des conditions similaires. Comme indiqué aux paragraphes 200-202, les documents établis pour l'opération seront utiles à cet égard, mais si le comportement des parties n'est pas conforme à ces documents, il faudra tenir compte du comportement effectif de l'ES et du reste de l'entreprise pour déterminer la véritable nature de l'opération.

206. Pour déterminer la nature de l'opération, on pourra s'appuyer sur les conditions (expresses ou tacites) conclues entre les parties, en suivant par analogie les indications données aux paragraphes 1.28 et 1.29 des Principes (voir la discussion générale à la Section C-3 (ii)). Le contribuable a alors l'obligation d'établir les documents nécessaires au moment du transfert et doit veiller à ce que la qualification donnée dans ces documents soit conforme au comportement ultérieur des différentes composantes de l'entreprise.

207. Si l'on considère que les faits correspondent à la fourniture d'un actif immobilisé d'une manière comparable à une vente pure et simple entre entreprises indépendantes, il faudra déterminer la juste valeur marchande de l'actif au moment du transfert. Selon l'HT, lorsque l'actif est transféré du siège social à l'ES, la juste valeur marchande servira de base au calcul de la déduction pour amortissement dans le pays d'accueil. Ce calcul de la déduction pour amortissement sera effectué conformément à la législation interne du pays d'accueil pour chaque année au cours de laquelle l'actif est utilisé par l'ES.

208. Par ailleurs, lorsque l'actif est transféré de l'ES à une autre composante de l'entreprise, sa juste valeur marchande au moment du transfert est généralement utilisée comme base de calcul de la déduction pour amortissement dans le pays vers lequel l'actif a été transféré. La situation dans le pays d'accueil de l'ES dépend de la législation interne de ce pays et de l'interaction entre cette législation et l'article 7.

209. La législation interne de nombreux pays admet fiscalement le transfert de l'actif hors du territoire par exemple en calculant une plus-value ou une moins-value par comparaison entre la juste valeur marchande de l'actif au moment du transfert et sa valeur comptable ou sa valeur amortie fiscale (voir le paragraphe 15 des commentaires du Modèle de convention relatifs à l'article 7). Cependant, la législation interne de certains pays n'autorise pas l'imposition des plus-values latentes d'un tel transfert, alors que la prise en compte d'une moins-value pourrait être obligatoire en vertu d'une convention fiscale applicable. On notera que l'approche autorisée de l'OCDE détermine seulement l'imputation de bénéfices à l'ES dans le cadre de l'article 7. L'approche autorisée de l'OCDE ne prime pas sur la législation interne qui vise à empêcher l'utilisation abusive de pertes fiscales ou de crédits d'impôt par le transfert d'actifs.

210. Comme l'indique la section B-2(i), les différences de traitement dans la législation interne du pays d'origine et du pays d'accueil peuvent donner lieu à une double imposition découlant d'un traitement asymétrique du transfert de l'actif. Par exemple, si l'actif est transféré au siège social dans un pays dont l'administration fiscale ne prend pas en compte la plus-value latente en cas de transfert nominal, le contribuable n'obtiendra pas d'allègement immédiat au titre de l'impôt acquitté pour ce transfert dans le pays dont relève l'ES.

211. Pour que l'approche autorisée de l'OCDE s'applique d'une façon totalement symétrique dans cette situation, il faut que le pays d'origine du siège social admette que le transfert sur son territoire donne lieu à une aliénation du bien par l'entreprise et à une réacquisition immédiate à sa valeur marchande. Il en résultera un bénéfice ou une plus-value qui pourra être taxé dans le pays d'origine du siège, ce qui permettra à ce pays d'imputer sur ce bénéfice ou cette plus-value l'impôt acquitté dans le pays d'accueil de l'ES au titre du transfert. Toutefois, l'absence de droit d'imposition du bénéfice ou de la plus-value dans la législation interne du pays d'origine du siège rendra impossible l'imposition du bénéfice ou de la plus-value se rapportant au transfert, et donc l'allègement immédiat de la double imposition.

212. Dans la situation ci-dessus, l'approche autorisée de l'OCDE ne peut être appliquée d'une manière symétrique sans modification de la législation interne du pays du siège. Comme on l'a vu à la section B-2, remédier à une telle situation déborde le cadre du présent rapport. Toutefois, si l'actif est finalement aliéné par l'entreprise avec un bénéfice ou une plus-value, un allègement partiel ou total de la double imposition peut être obtenu à ce moment si le pays du siège applique le système de l'imputation et autorise le report sur les exercices ultérieurs des crédits non utilisés à compter de la date du transfert de l'actif par l'ES.

213. Si l'on considère à l'issue de l'analyse factuelle et fonctionnelle que l'actif immobilisé est fourni d'une manière comparable à une location ou une licence entre entreprises indépendantes, il n'y aura pas à prendre en compte une plus-value ou moins-value au moment du transfert de l'actif. Les bénéfices seront répartis entre les parties au transfert nominal, par exemple sur la base d'une transaction comparable entre entreprises indépendantes (location ou licence). Par conséquent, pour le calcul de son bénéfice imposable, l'ES pourra déduire un montant équivalent au prix de pleine concurrence pour l'usage de la location ou de

la licence qui aurait été convenu entre des entreprises indépendantes si elles avaient réalisé la même transaction. Pour savoir si la transaction représentant le changement d'utilisation de l'actif est comparable à une location ou à une licence, on se reportera aux paragraphes 198-202.

214. Autre possibilité, l'ES et les autres composantes de l'entreprise ont pu organiser leur transaction d'une manière comparable à celle de coparticipants économiques à une activité de type « ARC » envisageant l'utilisation successive d'un actif immobilisé par plusieurs composantes de l'entreprise. Si l'on suit, par analogie, les indications données au chapitre VIII des Principes, 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, 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.

215. Dans les autres cas, il faudra peut-être prendre en compte une appréciation ou une dépréciation de la valeur de l'actif 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 a cessé de participer à l'activité de type ARC, ou encore une autre composante de l'entreprise a commencé d'utiliser l'actif et est devenue participante à l'activité de type ARC.

(b) Biens incorporels

*Introduction*

216. 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.

217. 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'ARC), 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.

*Directives existantes*

218. 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 1994 était que les paiements nominaux ne sont pas reconnus pour l'utilisation

de biens incorporels par une composante de l'entreprise ; autrement dit, les redevances nominales 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 des entreprises 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 ».

219. 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 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.

#### *Directives quant à l'application de l'approche autorisée de l'OCDE aux biens incorporels*

220. 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.

221. Contrairement à l'absence de directives dans le contexte de l'ES, les Principes consacrent un chapitre entier (chapitre VI) au traitement des biens incorporels, qui distingue utilement entre les biens corporels de commercialisation et les autres biens corporels 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.

222. La possibilité d'utiliser l'analyse fonctionnelle pour déterminer la "propriété" économique d'un actif a déjà été validée dans une situation courante où les actifs sont créés en raison des fonctions de l'entreprise ; il s'agit du cas des actifs financiers créés par les entreprises financières telles que les banques. Comme le montrent les paragraphes 10 et 11 de la partie II, cette détermination se fonde sur le lieu où sont exercées les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque.

223. 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 dans le respect des principes généraux de la partie I et conformément à l'attribution des actifs et des risques financiers telle qu'elle est exposée aux parties II et III.

224. On formulera maintenant dans cette section des directives sur trois 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 ; troisièmement, les transactions 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.

### ***1. La division (ou les divisions) de l'entreprise qui est propriétaire économique du bien incorporel***

225. 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.

#### *L'attribution de biens incorporels à une seule division de l'entreprise*

##### Biens incorporels manufacturiers développés en interne

226. 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.

227. Entre entreprises associées, 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. Bref, l'exercice des fonctions de développement ne détermine pas à lui seul la propriété juridique. La question principale est celle 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.

228. La décision d'assumer initialement le risque de développement paraît similaire à la notion de principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque décrite aux parties II et III, laquelle est utilisée pour déterminer la propriété économique des actifs financiers. Il semble possible de déterminer au moyen d'une analyse factuelle et fonctionnelle similaire la propriété d'un bien incorporel récemment développé. Comme il est indiqué à la Section B-1(iii) de la partie II, il importe de déterminer non seulement les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque qui sont exercées, mais également leur importance relative. Les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque sont celles qui nécessitent une *prise active de décision* en ce qui concerne la prise en charge et la *gestion quotidienne* des différents risques et des portefeuilles de risques [c'est nous qui soulignons].

229. Dans les entreprises financières, selon le mode d'organisation de l'entreprise qui est utilisé, la prise active de décision et la gestion quotidienne 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 principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque 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 risque.

230. Le degré de centralisation de la prise de décision concernant le développement de biens incorporels sera fonction de la situation 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 que, comme l'indique le paragraphe 226, on s'attache essentiellement, pour déterminer qui prend les principaux risques entrepreneuriaux, à la prise active de décision et à la gestion quotidienne 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 quotidienne 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, comme il est indiqué au paragraphe 11 de la partie II, cette détermination doit avoir lieu au cas par cas, étant donné que les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque et, surtout, leur importance relative, sont susceptibles de varier selon les faits et circonstances.

231. 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. 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.

232. Les parties II et III examinent de façon détaillée les différents types de risques liés aux actifs financiers. 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 suffisant lui aura été attribué pour qu'il puisse supporter le risque. Dans le cas d'un actif financier, les risques sont supportés par le propriétaire économique, à moins qu'une opération reconnue ait transféré les risques à une autre composante de l'entreprise. Seuls les bénéficiaires du propriétaire économique subissent les conséquences de la cristallisation du risque lié à la création d'actifs financiers.

233. 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 principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque, notamment en prenant la décision initiale de développement du bien (ou en participant à cette décision) ou en gérant au jour le jour 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 principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque, précisément parce qu'elle devait en tirer un avantage. Cela peut se vérifier aussi bien pour les biens matériels que pour les biens incorporels.

234. Conformément, cette fois encore, à la position adoptée 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 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 quotidienne des risques liés à la création du nouveau bien incorporel.

#### *Biens incorporels manufacturiers acquis*

235. 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, comme on l'a vu au paragraphe 196 ci-dessous. Il faut se demander comment attribuer la propriété de ces actifs une fois qu'ils ont été acquis. De nouveau, selon l'approche autorisée de l'OCDE, la démarche consiste à déterminer les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque.

236. 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 principales décisions entrepreneuriales de prise de risque pour le développement du bien incorporel sont également chargées des principales décisions entrepreneuriales de prise de risque 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.

237. Dans d'autres cas, l'un des facteurs importants pour déterminer qui prend les principaux risques entrepreneuriaux peut être l'intention d'utiliser le bien acquis. Le raisonnement à cet égard est le suivant : lorsqu'un bien incorporel existant est acquis, il n'y a pas de risque d'échec dans le développement du bien incorporel (puisque le développement a déjà été couronné de succès). Le risque est que le bien incorporel acquis ne soit pas utilisé fructueusement ; par exemple, on se heurtera à des difficultés pratiques pour

rendre un logiciel compatible avec les systèmes en place, ou l'amélioration que le bien incorporel apporte au produit existant ne se traduit pas par une augmentation des ventes proportionnelle au coût du bien incorporel acquis. En pareil cas, les risques liés à l'échec paraissent peser davantage sur l'utilisateur, c'est-à-dire que c'est l'utilisateur qui prend les principaux risques entrepreneuriaux.

238. 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 prend les principaux risques entrepreneuriaux.

#### Biens incorporels de commercialisation

239. 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, dans les parties II et III, 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 ?

240. Il semblerait plus difficile, pour la première étape de l'approche autorisée de l'OCDE, d'attribuer la propriété unique ou conjointe de biens incorporels de commercialisation à une composante de l'entreprise dans le cadre d'une analyse factuelle et fonctionnelle, surtout lorsque ces biens incorporels de commercialisation sont à rayonnement mondial. Le lien entre l'exécution de fonctions, la prise en charge initiale et ultérieure des risques et la création d'un bien incorporel de commercialisation à rayonnement mondial peut être moins direct que dans le cas d'un bien incorporel manufacturier, de sorte qu'il peut être plus difficile d'identifier les fonctions et les risques qui se rapportent véritablement à la création et à l'entretien continu des biens incorporels de commercialisation à rayonnement mondial. Les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque conduisant à la décision de créer un bien incorporel de commercialisation à rayonnement mondial auront probablement été exercées longtemps auparavant lorsqu'il s'agit d'une marque de grande notoriété, ou auront relativement peu d'importance par rapport aux coûts récurrents de l'entretien de biens incorporels de commercialisation à rayonnement mondial comme une marque. De plus, les marques exigent généralement un entretien constant en termes de publicité et de promotion et, dans ce cas également, ces activités peuvent être dispersées au sein de l'entreprise. Quant à la gestion continue des risques, elle peut être dispersée au sein de l'entreprise ou simplement rattachée au partage des frais de publicité.

241. En revanche, lorsque le bien incorporel de commercialisation est spécifique au pays d'accueil de l'ES, il sera possible de déterminer la "propriété unique ou conjointe" du bien incorporel. En effet, du fait de la nature particulière du bien incorporel de commercialisation, il devrait être plus facile d'identifier les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque conduisant à la création et à l'entretien continu des biens incorporels de commercialisation concernés. En outre, il devrait être plus facile de déterminer où ces fonctions s'exercent, car il est peu probable qu'elles soient dispersées au sein de l'entreprise, en étant probablement exercées par l'ES ou le siège social.

242. En conclusion, les mêmes principes devraient s'appliquer pour déterminer la propriété "économique" unique ou conjointe des biens incorporels de commercialisation et des biens incorporels manufacturiers. Toutefois, en raison de différences factuelles, il pourra se révéler impossible de désigner une seule composante de l'entreprise comme propriétaire d'un bien incorporel de commercialisation à rayonnement mondial, alors qu'il sera possible dans certains cas de désigner une seule composante de

l'entreprise comme propriétaire d'un bien incorporel de commercialisation spécifique au pays d'accueil de l'ES.

## **2. Incidence des biens incorporels sur les bénéfices devant être attribués à l'ES**

243. Si l'on conclut, selon l'analyse fonctionnelle et factuelle, que l'ES a exercé, au moins en partie, la fonction de création du 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.

244. 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, 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 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 bénéfices de l'ES.

245. 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 bénéfices. Par conséquent, les bénéfices 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.

246. Ce à quoi s'attache essentiellement l'article 7, c'est attribuer les bénéfices 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 imputé au sein de l'entreprise et la solution qui consiste à imputer le revenu comme s'il s'agissait d'une opération donnant lieu au versement d'une redevance entre entreprises indépendantes dans des circonstances similaires est loin d'être la seule. 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 nominale ne vaut que pour l'attribution des bénéfices à l'ES 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 bénéfices résiduels. Si ces modalités sont mises en oeuvre dans le cas d'un ES, les éléments indiqués ci-dessus concernant une « redevance » n'auront pas à être pris en compte.

247. Un ES d'un groupe multinational bien connu, qui fournit des biens ou des services sous le nom commercial du groupe multinational sans toutefois contribuer à la réputation du groupe multinational à l'extérieur du pays d'accueil serait, selon l'approche autorisée de l'OCDE, pleinement rémunéré pour sa participation à la propriété du nom commercial en percevant les revenus en provenance de tiers correspondant aux fonctions qu'il exerce, moins les dépenses exposées dans l'exercice de ces fonctions, puisque le prix payé par les tiers tiendrait compte de la valeur du nom commercial et le volume des ventes aux tiers serait de même fonction de ce nom commercial. Par conséquent, en pareil cas, il ne serait normalement pas nécessaire d'imputer une fraction supplémentaire du revenu du bien incorporel de commercialisation, mais cette fois encore, il s'agira de déterminer si, oui ou non, l'ES a pris en compte suffisamment de charges liées à la création, au développement ou à l'entretien du bien incorporel de commercialisation qu'il a utilisé.

248. L'imputation de revenus supplémentaires peut néanmoins être justifiée dans certains cas. Par exemple, il se peut que l'ES ait exercé des fonctions particulières qui se sont traduites par une augmentation de la valeur du nom commercial à l'extérieur du pays d'accueil, sans que ces fonctions aient été rémunérées conformément au principe de pleine concurrence. En outre, si, exceptionnellement, une autre division de l'entreprise s'avère être « propriétaire » du nom commercial, les directives du chapitre VI des Principes concernant les activités de commercialisation exercées par les entreprises qui ne sont pas propriétaires de marques de commerce ou de noms commerciaux sont susceptibles d'être appliquées par analogie à l'ES exerçant ces activités de commercialisation.

249. Il importe de souligner que si l'ES n'a pas contribué à la valeur du nom commercial, mais a profité des dépenses de commercialisation engagées au niveau mondial à l'extérieur du pays d'accueil, il devrait rémunérer la division concernée de l'entreprise en partageant les dépenses ou en déterminant ses bénéfices d'une façon telle que ces dépenses soient rapportées à l'utilisation du bien incorporel dans le pays d'accueil de l'ES. Cette détermination devrait se faire au cas par cas, en raison notamment des divers types de marque et des différentes conditions du marché. Les noms commerciaux à rayonnement mondial ne sont pas tous de grande valeur et les campagnes de commercialisation à l'échelle mondiale ne profitent pas à tous les pays.

250. 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 bénéfices. 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 bénéfices, il serait possible d'imputer les revenus du bien incorporel dans le cadre du calcul du partage des bénéfices 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 partage 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.

251. 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 de capitaux, 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 prestataire de services de R-D en sous-traitance, 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 d'étape effectués par le propriétaire économique du bien incorporel.

### **3. Opérations intra-entreprise liées à l'utilisation d'un bien incorporel**

252. Tout comme dans le cas des actifs immobilisés, 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 au titre de ce bien incorporel. Des bénéfices seraient imputés pour cette opération par référence aux transactions comparables entre entreprises indépendantes (par exemple, le paiement d'une redevance) et dépendraient d'une analyse factuelle et fonctionnelle de l'opération, du type de droit corporel obtenu ou du type de droit potentiel acquis (exclusivité ou non-exclusivité), etc. Des directives sur ces points sont données aux chapitres VI et VIII des Principes. 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.

253. Comme on l'a vu, à la différence des actifs immobilisés, 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.

254. 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. Ainsi, le régime pour les biens incorporels (lorsque les faits et circonstances démontrent que le traitement examiné dans le présent paragraphe doit s'appliquer) serait équivalent à celui des actifs corporels transférés pour utilisation par l'ES et non à des fins de revente.

255. Un autre résultat possible de l'analyse de l'opération 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.

256. Des principes similaires à ceux examinés ci-dessus s'appliquent aux transactions prises en compte au titre des biens incorporels acquis par une entreprise par l'octroi de licence d'un tiers. Comme on l'a vu au paragraphe 196, 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 transaction avec une autre partie de l'entreprise. La propriété économique de cet actif est imputable à cette partie de l'entreprise qui exerce des fonctions entrepreneuriales essentielles de prise de risque liées au 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 transaction entre ces deux parties est reconnue, l'analyse factuelle et fonctionnelle déterminera le caractère de cette transaction (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.

257. On notera que l'analyse du paragraphe 256 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 de type 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. Si en appliquant par analogie les directives 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.

(c) Services internes

258. 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.

259. 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.

260. Sur ce point, il est utile de rappeler que les Principes ont sensiblement actualisé depuis 1996 les directives des commentaires 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. Les commentaires de l'article 7 se fondent sur une interprétation du principe de pleine concurrence qui est antérieure aux Principes. 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 coûtant<sup>7</sup>. Les circonstances de fait en question sont celles qui

7. 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 ».

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 a révisé cette interprétation, de sorte que les entreprises associées sont maintenant toujours tenues de se conformer au principe de pleine concurrence.

261. 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, 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 seront utiles pour résoudre ces questions. De plus, l'application du principe de pleine concurrence pourrait indiquer un prix du service rendu qui serait supérieur ou inférieur au coût supporté par le siège social pour fournir le service (voir le paragraphe 7.33 des Principes).

262. 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 directives données dans les Principes, 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. 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.

263. Enfin, il y a lieu de rappeler le paragraphe 7.37 des Principes, 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 ».

(d) Documentation

264. L'approche autorisée de l'OCDE consisterait également à appliquer par analogie les directives qui figurent au chapitre V des Principes en ce qui concerne les documents à utiliser. En particulier, les critères qui s'appliquent actuellement aux documents concernant les transactions s'appliqueraient aussi à

ceux qui ont trait aux opérations en question et le résumé des recommandations qui figure aux paragraphes 5.28 et 5.29 des Principes devrait être suivi. Pour se conformer à ses obligations, l'entreprise non-résidente doit justifier par des documents à jour l'attribution de bénéfices à l'ES et s'assurer que ces documents sont compatibles avec le comportement ultérieur des différentes composantes de l'entreprise. En résumé, dans le contexte de l'ES, les informations sur l'attribution de bénéfices à cet établissement qui sont disponibles dans le pays d'origine devraient être facilement disponibles pour le pays d'accueil et vice-versa.

265. Cependant, comme certaines opérations n'ont pas toujours été prises en compte pour l'imputation des bénéfices à un ES, les contribuables risquent d'être moins habitués à fournir les documents concernant ces opérations 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 sensibilisent les contribuables sur ce point, de façon qu'une documentation suffisante soit établie pour ces opérations conformément aux directives du chapitre V des Principes. Les administrations fiscales et les contribuables devraient également appliquer les directives générales figurant au chapitre V à ce sujet.

(v) *ES constitué d'un agent dépendant*

#### *Introduction*

266. 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 (un "ES constitué d'un agent dépendant"), mais d'analyser les conséquences de l'existence d'un ES constitué d'un agent dépendant du point de vue des bénéfices qui doivent 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. Toutefois, certaines modalités d'organisation des entreprises font qu'il y a de plus en plus de structures pouvant remplir les conditions fixées et donc d'ES constitués d'un agent dépendant au sens de l'article 5 (5).

267. Faute de directive quant à la façon de déterminer les bénéfices imputables à un ES constitué d'un 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 constitué d'un 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 constitué d'un 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 factuelle et fonctionnelle des activités de l'agent dépendant et souligne l'importance à accorder aux principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque, permet de déterminer la fraction des bénéfices imputable à un ES constitué d'un agent dépendant, dans des conditions conformes au principe de pleine concurrence. Dès lors, on ne présume aucunement qu'un ES constitué d'un 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 constitué d'un agent dépendant est nul, négligeable ou négatif.

268. Le cas où des transactions mondialisées sur instruments financiers sont effectuées par un agent désigné à cette fin ("entreprise constituée d'un agent dépendant") qui est lui-même une filiale à 100 % du groupe effectuant les transactions mondialisées et a donc qualité d'ES constitué d'un agent dépendant en vertu de l'article 5 (5) est examiné dans le détail à la partie III 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.

#### *L'approche autorisée de l'OCDE T pour l'ES constitué d'un agent dépendant*

269. 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 constituée d'un agent dépendant (qui est résidente du pays d'accueil) 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, par exemple, la commission versée à l'entreprise constituée d'un agent dépendant sur la base du volume de produits vendus, ont été effectuées dans des conditions de pleine concurrence.

270. En ce qui concerne l'ES constitué d'un agent dépendant, il y a lieu 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 qui ont été 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 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 ou commerciaux qui peuvent être attribués aux opérations réalisées via l'ES constitué d'un agent dépendant dans le pays d'accueil.

271. En présence d'un ES constitué d'un 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 factuelle et fonctionnelle 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 constituée d'un 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 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 ; 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 constitué d'un agent dépendant en fonction de ces actifs, de ces risques et de ce capital. L'analyse sera 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 principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque. A 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 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.

272. En pratique, l'entreprise constituée d'un agent dépendant pourra ne pas exercer les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque et, dans ce cas, l'attribution des actifs, des risques et des bénéfices imputables à l'établissement stable constitué d'un agent dépendant sera réduite en conséquence ou ne seront 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 principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque conduisant au développement d'un bien incorporel manufacturier ou d'un bien incorporel

de commercialisation, de sorte que l'ES constitué d'un agent dépendant ne sera généralement pas considéré comme le « propriétaire économique » de ce bien incorporel.

273. Pour déterminer les bénéfices imputables à l'ES constitué d'un 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 constitué d'un 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 constitué d'un agent dépendant.

274. 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 constituée d'un agent dépendant réduit à zéro les bénéfices imputables à l'ES constitué d'un 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 de l'entreprise non résidente constitué d'un agent dépendant, alors qu'avec l'approche autorisée de l'OCDE, ces risques seront attribués à l'ES constitué d'un agent dépendant à des fins fiscales si, et uniquement si, l'agent dépendant a exercé les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque en ce qui concerne les risques en question.

275. 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.

276. 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 ceux constitués d'un agent dépendant, 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 constitué d'un agent dépendant pour les risques et les actifs de l'entreprise non résidente, même si les bénéfices proviennent d'activités exercées via l'ES constitué d'un agent dépendant. Distinguer entre les entreprises exerçant des activités via un ES constitué d'un 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. De plus, une telle distinction peut aboutir à une application incohérente de l'approche autorisée de l'OCDE dans le secteur financier, étant donné que, lorsque les courtiers/négociants effectuent des opérations sur un marché local par l'intermédiaire d'un ES, il s'agit généralement d'un agent dépendant, alors que dans la même situation les banques effectuent leurs opérations par l'intermédiaire d'un ES constitué d'une installation fixe d'affaires.

277. Sous un autre angle, la méthode du « contribuable unique » aboutirait à un même résultat pour l'attribution des bénéfices à un ES constitué d'un agent dépendant même si les faits étaient très différents. L'attribution des bénéfices à un ES constitué d'un agent dépendant serait identique pour deux situations différentes, lorsque l'analyse factuelle et fonctionnelle 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.

278. 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 constitué d'un 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.

*Illustration pratique de l'application de l'approche autorisée de l'OCDE — l'agent dépendant chargé des ventes*

279. 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 constituée d'un agent dépendant dans le cadre de l'article 9 (dans cet exemple, l'agent dépendant est une entreprise associée).

280. Dans le cadre d'un contrat classique de mandat de vente, l'entreprise constituée d'un 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 constituée d'un 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.

281. 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 de l'entreprise non résidente constitué d'un agent dépendant. Comme on l'a déjà indiqué, il faudra à cet effet déterminer si les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque sont exercées par l'entreprise non résidente elle-même ou par l'entreprise constituée d'un 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 peut faire intervenir des fonctions entrepreneuriales de prise de risque

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, ou l'entreprise constituée d'un 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 stockage (toutefois, ils peuvent créer de nouveaux risques, par exemple le risque de perdre la vente lorsque la marchandise n'est pas disponible au moment où le client en a besoin).

282. Compte tenu de tous ces éléments, nous supposerons, pour illustrer l'application de l'approche autorisée de l'OCDE à l'agent dépendant, que l'entreprise exerce à un moment donné toutes les fonctions d'un distributeur (c'est-à-dire qu'elle achète et vend pour son propre compte) et qu'elle supporte et gère ensuite le risque de stockage, notamment le risque que les produits en stock deviennent obsolètes. Supposons en outre qu'à l'issue d'une restructuration cette entreprise soit transformée en entreprise constituée d'un agent dépendant comme on l'a vu au paragraphe 269 ci-dessus. Supposons enfin que l'analyse fonctionnelle démontre que le personnel qui exerçait les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque pour les stocks et de gestion des risques reste employé dans l'entreprise constituée d'un agent dépendant et continue d'exercer ces fonctions, mais maintenant 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 constitué d'un 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.

283. 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 constitué d'un agent dépendant. Dans d'autres circonstances, l'analyse fonctionnelle et factuelle pourrait démontrer que les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque sont maintenant exercées par le siège social de l'entreprise non résidente et que ceux qui prenaient antérieurement les décisions dans l'entreprise associée ne sont plus employés par l'entreprise constituée d'un agent dépendant qui est située dans le pays d'accueil, ou n'exercent pas d'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 de l'entreprise résidente constitué d'un agent dépendant, mais à son siège social.

284. 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 constituée d'un 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 de l'entreprise non résidente constitué d'un agent dépendant. Comme on l'a déjà indiqué, on déterminera à cet effet qui exerce les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque, à savoir l'agent dépendant ou l'entreprise non résidente.

285. On peut se trouver en présence d'un ES constitué d'un agent dépendant lorsqu'après une restructuration un groupe multinational a mis en place un mode de fonctionnement qui a pour but de transformer une opération complète en plusieurs opérations à « risque fractionné » dans le pays d'accueil. Il ressort des développements qui précèdent que, même si un dispositif contractuel parvient à débarrasser de certains « risques » l'entreprise constituée d'un agent dépendant, en les transférant à une autre entreprise (l'entreprise non résidente), la principale question demeure : les risques qui ont été transférés à l'entreprise non résidente ne doivent-ils pas néanmoins être attribués à son ES constitué d'un agent dépendant qui opère dans le pays d'accueil. L'approche autorisée de l'OCDE répond à cette question par une analyse

fonctionnelle et factuelle, en particulier en identifiant l'entreprise qui exerce les principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque. Dans ce contexte, on se rappellera que, dans le cadre de l'approche autorisée de l'OCDE, il n'est pas possible, au sein d'une même entreprise, de transférer les risques découlant des principales fonctions entrepreneuriales de prise de risque qui engendrent ces risques.

#### Aspects administratifs et documentation

286. 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 constitué d'un 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 constitué d'un agent dépendant est l'entreprise constituée d'un agent dépendant — et si des bénéfices sont attribués à l'issue d'une analyse fonctionnelle à l'ES constitué d'un 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 constitué d'un 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 constitué d'un 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 constitué d'un 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 constituée d'un agent dépendant et de l'ES constitué d'un agent dépendant. 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'OCDE.

287. Les ES constitués d'un agent dépendant 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 constitué d'un 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 de l'entreprise non résidente constitué d'un agent dépendant. L'entreprise non résidente pourra n'avoir aucune présence matérielle dans le pays d'accueil et l'entreprise constituée d'un 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 constitué d'un agent dépendant.

#### **D. Interprétation du paragraphe 3 de l'article 7**

288. 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”.

289. 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 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.

290. 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 ».

291. 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 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 précise : « Il convient d'examiner ces paiements à ce stade », probablement parce que l'analyse générale de l'imputation des dépenses apparaît sous le même titre. La version originale 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).

292. Les modifications apportées aux commentaires du Modèle 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 (« il convient d'examiner [ces paiements] à ce stade ») qui a trait à la place de cette analyse a disparu au fil des modifications.

293. En résumé, il apparaît que l'intention initiale de l'article 7(3) était de faire en sorte que les dépenses au titre 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 rattachent directement à des opérations avec des tiers.

294. 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. 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 245 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.

## **E. Interprétation du paragraphe 4 de l'article 7**

295. 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 ».

296. 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 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, partie C(iii) des Principes. 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.

297. 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”.

298. Cela empêche semble-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 ».

299. 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. 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.

300. 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. Toutefois, les pays Membres estiment que cette méthode de répartition n'est pas compatible avec les directives concernant le principe de pleine concurrence qui sont données dans les Principes, ou qu'il est extrêmement difficile de faire en sorte que le résultat de l'application de cette méthode soit conforme au principe de pleine concurrence. Les pays Membres considèrent également que des méthodes autres que la répartition des bénéfices totaux pourraient être applicables, même dans les cas les plus difficiles. En conséquence, 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. Le Groupe de travail n'a 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.

## **F. Interprétation du paragraphe 5 de l'article 7**

301. 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.

302. 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.

303. De l'avis du Groupe de travail, 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.