

Chapitre VI

Considérations particulières applicables aux actifs incorporels

6.1. Aux termes de l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, lorsque les conditions convenues ou imposées pour l'utilisation ou le transfert d'actifs incorporels entre deux entreprises associées ne sont pas les mêmes que celles qui auraient été convenues entre des entreprises indépendantes, les bénéfices qui, sans ces conditions, auraient été réalisés par l'une des entreprises mais n'ont pu l'être du fait de ces conditions, peuvent être inclus dans les bénéfices de cette entreprise et imposés en conséquence.

6.2. L'objet du présent chapitre VI est de fournir des principes spécifiques en vue de la détermination des conditions de pleine concurrence pour les transactions qui portent sur l'utilisation ou le transfert d'actifs incorporels. L'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE a trait aux conditions applicables aux transactions entre entreprises associées, et ne vise pas à classer ces opérations dans telle ou telle catégorie. Par conséquent, la considération essentielle est de déterminer si une transaction se traduit par un transfert de valeur économique d'une entreprise associée à une autre, si cet avantage découle de biens corporels, d'actifs incorporels, de services ou d'autres éléments ou activités. Un élément ou une activité peut avoir une valeur économique même s'il n'est pas expressément mentionné au chapitre VI. Dès lors qu'un élément ou une activité a une valeur économique, il doit être pris en compte pour déterminer les prix de pleine concurrence, qu'il constitue ou non un actif incorporel au sens du paragraphe 6.6.

6.3. Les prescriptions énoncées aux chapitres I à III de ces Principes s'appliquent aussi bien aux transactions portant sur des actifs incorporels qu'aux autres transactions. Selon ces prescriptions, comme pour d'autres questions relatives aux prix de transfert, l'analyse des cas d'utilisation ou de transfert d'actifs incorporels doit débiter par une identification approfondie des relations commerciales ou financières entre les entreprises associées et les conditions et les circonstances économiques pertinentes rattachés

à ces relations, afin que la transaction réelle impliquant l'utilisation ou le transfert d'actifs incorporels puisse être déterminée avec précision. L'analyse fonctionnelle doit permettre de cerner les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques assumés¹ par chaque membre du groupe d'entreprises multinationales concerné. Dans les cas d'utilisation ou de transfert d'actifs incorporels, il est particulièrement important de fonder l'analyse fonctionnelle sur une compréhension des activités du groupe d'entreprises multinationales considéré à l'échelle mondiale, et de la façon dont les actifs incorporels sont utilisés par ce groupe d'entreprises multinationales pour ajouter ou créer de la valeur tout au long de la chaîne d'approvisionnement. Si nécessaire, il faut se demander lors de l'analyse effectuée, dans le cadre de la section D.2 du chapitre I, si des parties indépendantes auraient conclu l'accord considéré et, si oui, quelles en auraient été les modalités.

6.4. Afin de déterminer les conditions de pleine concurrence pour l'utilisation ou le transfert des actifs incorporels, il est important d'effectuer une analyse fonctionnelle et une analyse de la comparabilité, conformément à la section D.1 du chapitre I, sur la base de l'identification des actifs incorporels et des risques associés à des arrangements contractuels, puis en complétant l'analyse par un examen du comportement réel des parties, sur la base des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés, notamment le contrôle des fonctions importantes et des risques économiquement significatifs. En conséquence la section A suivante fournit des indications sur l'identification des actifs incorporels. La section B examine la propriété légale et d'autres conditions contractuelles, et apporte des recommandations sur l'évaluation du comportement des parties selon les fonctions, les actifs et les risques. La section C décrit des scénarios typiques impliquant des actifs incorporels, et la section D fournit des principes sur la détermination des conditions de pleine concurrence, notamment l'application de méthodes d'établissement des prix de transfert et de techniques d'évaluation, et fournit une approche pour déterminer les conditions de pleine concurrence pour une catégorie spécifique d'actifs incorporels difficiles à valoriser. L'annexe à ce chapitre contient des exemples illustrant l'application de ces recommandations.

-
1. La prise en charge des risques se réfère à la détermination de l'entreprise associée qui assume un risque spécifique conformément aux indications fournies dans la section D.1.2.1 du chapitre I, en prenant en compte le contrôle du risque et la capacité financière d'assumer ce risque. La prise en charge contractuelle du risque se réfère à la répartition des risques entre les parties dans les contrats.

A. Identifier les actifs incorporels

A.1. Généralités

6.5. Une définition du terme « incorporel » trop étroite ou trop large peut poser problème dans le cadre d'une analyse de prix de transfert. Si l'on applique une définition trop étroite du terme « incorporel », les contribuables ou les pouvoirs publics peuvent faire valoir que certains éléments n'entrent pas dans le champ de cette définition et peuvent donc être transférés ou utilisés sans donner lieu à une rémunération distincte, même si cette utilisation ou ce transfert ferait l'objet d'une rémunération en cas de transaction entre des entreprises indépendantes. À l'inverse, si l'on retient une définition trop large, les contribuables ou les pouvoirs publics peuvent faire valoir que l'utilisation ou le transfert d'un élément dans le cadre de transactions entre entreprises associées doit donner lieu à une rémunération dans des circonstances où cette rémunération n'existerait pas dans le cadre de transactions entre des entreprises indépendantes.

6.6. Dans ces Principes, par conséquent, le terme « incorporel » désigne une chose qui n'est pas un actif corporel ni un actif financier², qui peut être possédée ou contrôlée aux fins d'utilisation dans le cadre d'activités commerciales, et dont l'utilisation ou le transfert serait rémunéré s'il avait lieu dans le cadre d'une transaction entre parties indépendantes dans des circonstances comparables. Dans un cas d'espèce ayant trait à des actifs incorporels, toute analyse des prix de transfert doit être axée non pas sur des définitions comptables ou juridiques, mais sur la détermination des conditions dont seraient convenues des parties indépendantes pour une transaction comparable.

6.7. Les actifs incorporels qu'il importe de prendre en compte aux fins de la détermination des prix de transfert ne sont pas toujours considérés comme des actifs incorporels dans une optique comptable. Ainsi, les coûts associés à la mise au point d'actifs incorporels en interne, prenant par exemple la forme de dépenses de recherche-développement et de publicité, sont parfois passés en charge et non comptabilisés en immobilisations, de sorte que les actifs incorporels résultant de ces dépenses n'apparaissent pas toujours au bilan. Ces actifs incorporels peuvent néanmoins être utilisés pour créer une valeur économique importante, et leur prise en considération peut être nécessaire

-
2. Tel qu'il est utilisé dans ce paragraphe, le terme « actif financier » désigne tout actif qui est de la trésorerie, un instrument de fonds propres, un droit contractuel ou une obligation contractuelle de recevoir de la trésorerie ou un autre actif financier, ou d'échanger des actifs ou passifs financiers, ou un instrument dérivé. On peut citer à titre d'exemples les obligations, les dépôts bancaires, les actions et autres titres de participation, les contrats à terme standardisés ou de gré à gré, ainsi que les contrats d'échange.

aux fins de la détermination de prix de transfert. En outre, le surcroît de valeur pouvant découler de la nature complémentaire d'un ensemble d'actifs incorporels exploités ensemble ne transparaît pas toujours dans le bilan. En conséquence, pour déterminer si un élément doit ou non être considéré comme un actif incorporel aux fins de l'établissement de prix de transfert en vertu de l'article 9 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE, on peut s'appuyer sur sa qualification comptable, mais celle-ci ne doit pas être le seul fondement de cette détermination. En outre, la conclusion selon laquelle un élément doit être considéré comme un actif incorporel aux fins de l'établissement de prix de transfert ne détermine pas, ni ne découle de, sa qualification générale d'un point de vue fiscal – en tant que charge ou actif amortissable, par exemple.

6.8. L'existence et la portée d'une protection légale, contractuelle ou autre peut influencer sur la valeur d'un élément et sur les revenus qui doivent lui être attribués. L'existence d'une telle protection ne constitue cependant pas une condition nécessaire pour qu'un élément soit qualifié d'actif incorporel aux fins de l'établissement de prix de transfert. De même, si certains actifs incorporels peuvent être identifiés séparément et transférés individuellement, d'autres peuvent n'être transférés qu'avec d'autres actifs industriels ou commerciaux. Par conséquent, il n'est pas nécessaire qu'un élément soit transférable isolément pour qu'il puisse être considéré comme un actif incorporel aux fins de l'établissement de prix de transfert.

6.9. Il est important de distinguer les actifs incorporels des conditions de marché ou de la situation du marché local. Les caractéristiques d'un marché local, telles que le niveau de revenu disponible des ménages sur ce marché ou la taille ou la compétitivité relative de ce marché, ne peuvent être possédées ni contrôlées. Dans certaines circonstances, elles peuvent influencer sur la détermination du prix de pleine concurrence pour une transaction donnée et doivent être prises en compte dans le cadre d'une analyse de comparabilité, mais il ne s'agit pas d'actifs incorporels aux fins du chapitre VI. Voir la section D.6 du chapitre I.

6.10. L'identification d'un élément en tant qu'actif incorporel est un processus distinct du processus de détermination du prix correspondant à l'utilisation ou au transfert de cet élément compte tenu des faits et circonstances du cas d'espèce. Suivant le secteur d'activité et les autres faits spécifiques au cas d'espèce, l'exploitation d'actifs incorporels peut représenter une part importante ou modeste de la création de valeur du groupe d'entreprises multinationales considéré. Il convient de souligner qu'une rémunération distincte des paiements requis pour les biens ou services n'est pas justifiée en toutes circonstances pour tous les actifs incorporels, et que ces actifs ne débouchent pas tous sur un surcroît de revenus en toutes circonstances. Supposons par exemple qu'une entreprise fournit un service en utilisant un savoir-faire qui n'est pas unique, ce qui implique que d'autres

fournisseurs de services comparables disposent d'un savoir-faire comparable. Dans ce cas, même si ce savoir-faire constitue un actif incorporel, il peut être estimé que, compte tenu des faits et circonstances, ce savoir-faire ne justifie pas l'attribution d'un surcroît de revenus à l'entreprise, en sus des revenus normaux obtenus par des prestataires indépendants comparables fournissant des services similaires et utilisant un savoir-faire comparable qui n'est pas unique. Voir la section D.1.3 du chapitre I. Voir également le paragraphe 6.17 pour une définition des actifs incorporels « uniques ».

6.11. Une grande prudence s'impose pour déterminer si un actif incorporel existe, et s'il a été utilisé ou transféré. Ainsi, les dépenses de recherche-développement n'aboutissent pas toutes à la production ou à l'amélioration d'un actif incorporel, et toutes les activités de commercialisation n'entraînent pas nécessairement la création ou l'amélioration d'un actif incorporel.

6.12. Dans le cadre d'une analyse de prix de transfert ayant trait à des actifs incorporels, il importe d'identifier précisément les actifs incorporels pertinents. L'analyse fonctionnelle doit permettre d'identifier les actifs incorporels pertinents, la façon dont ils contribuent à la création de valeur dans le cadre des transactions examinées, les fonctions importantes qu'ils jouent et les risques spécifiques assumés en rapport avec la mise au point, l'amélioration, l'entretien, la protection et l'exploitation d'actifs incorporels, ainsi que la façon dont ils interagissent avec d'autres actifs incorporels, actifs corporels et activités industrielles ou commerciales pour créer de la valeur. Il peut être justifié d'agréger des actifs incorporels afin de déterminer des conditions de pleine concurrence pour l'utilisation ou le transfert d'actifs incorporels dans certains cas, mais il ne suffit pas d'indiquer que des actifs incorporels vaguement désignés ou indifférenciés ont un effet sur des prix de pleine concurrence ou d'autres conditions. Une analyse fonctionnelle approfondie, y compris une analyse de l'importance que revêtent les actifs incorporels pertinents identifiés dans les activités du groupe d'entreprises multinationales à l'échelle mondiale, doit étayer la détermination des conditions de pleine concurrence.

A.2. Application de ce chapitre à d'autres fins fiscales

6.13. Les principes figurant dans le présent chapitre sont exclusivement destinés au traitement des questions de prix de transfert. Elles ne sont pas destinées à être appliquées à d'autres fins fiscales. Ainsi, le commentaire de l'article 12 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE contient une analyse précise de la définition du terme « redevances » contenue dans ledit article (paragraphe 8 à 19). La définition des « redevances » qui figure à l'article 12 n'est pas destinée à fournir quelque instruction que ce soit en vue de déterminer si, et si oui à quel prix, l'utilisation ou le transfert d'actifs incorporels doit donner lieu à une rémunération entre parties indépendantes. Elle n'est donc d'aucune utilité pour l'établissement de prix de transfert. En outre, la façon

dont une transaction est qualifiée aux fins de la détermination de prix de transfert est sans rapport avec la question de savoir si un paiement particulier constitue une redevance ou s'il peut faire l'objet d'une retenue à la source en vertu de l'article 12. Le concept d'actifs incorporels aux fins de l'établissement des prix de transfert et la définition des redevances aux fins de l'article 12 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE sont deux notions différentes, qui ne doivent pas nécessairement concorder. Il se peut qu'un paiement entre des entreprises associées soit considéré comme ne constituant pas une redevance aux fins de l'article 12, tout en étant considéré aux fins de l'établissement de prix de transfert comme un paiement auquel peuvent s'appliquer les principes du présent chapitre. On pourrait citer à titre d'exemples certains paiements liés à une survaleur ou à une valeur d'exploitation. Il peut également arriver qu'un paiement légitimement considéré comme une redevance en vertu de l'article 12 d'une convention applicable ne constitue pas une rémunération correspondant à des actifs incorporels aux fins de ce chapitre. On pourrait citer à titre d'exemple des paiements effectués au titre de services techniques. De même, les principes figurant dans le présent chapitre ne sont pas destinés à être appliqués dans une optique douanière.

6.14. Les principes figurant dans ce chapitre ne s'appliquent pas non plus à la prise en compte de revenus, la comptabilisation en immobilisation des coûts de mise au point d'actifs incorporels, l'amortissement, ou d'autres questions similaires. Ainsi, une juridiction peut choisir de ne pas prélever d'impôt sur le transfert de catégories particulières d'actifs incorporels dans certaines circonstances. De même, une juridiction peut ne pas autoriser l'amortissement du coût de certains éléments acquis qui seraient considérés comme des actifs incorporels suivant les définitions qui figurent dans ce chapitre et dont le transfert peut être assujéti à l'impôt au moment où il a lieu dans la juridiction du cédant. Il est entendu que des incohérences entre les législations des différentes juridictions concernant ces questions peuvent parfois entraîner une double imposition ou une double exonération.

A.3. Catégories d'actifs incorporels

6.15. Lors de l'examen des aspects des actifs incorporels touchant aux prix de transfert, il arrive parfois que différentes catégories d'actifs incorporels soient décrites et diverses qualifications appliquées. Des distinctions sont parfois établies entre les actifs incorporels manufacturiers et les actifs incorporels de commercialisation, entre les actifs incorporels « plus faciles à définir » et les actifs incorporels « plus difficiles à définir », entre les actifs incorporels courants et spécifiques, ainsi qu'entre d'autres classes et catégories d'actifs incorporels. L'approche présentée dans ce chapitre pour déterminer les prix de pleine concurrence dans les cas se rapportant à des actifs incorporels n'est pas articulée autour de ces catégories. En conséquence,

il n'est aucunement tenté dans le cadre de ces Principes de délimiter avec précision différentes classes ou catégories d'actifs incorporels, ni de prescrire des résultats axés sur ces catégories.

6.16. Il est cependant couramment fait référence à certaines catégories d'actifs incorporels lors de l'examen des questions de prix de transfert. Pour faciliter ces examens, les définitions de deux termes couramment utilisés, à savoir « actifs incorporels de commercialisation » et « actifs incorporels manufacturiers », ont été incluses dans le Glossaire et sont mentionnées de temps à autre dans le cadre de ces Principes. Il convient de souligner que les références générales aux actifs incorporels de commercialisation ou manufacturiers ne dispensent pas les contribuables ni les administrations fiscales de leur obligation, dans le cadre d'une analyse des prix de transfert, d'identifier précisément les actifs incorporels pertinents, et que l'utilisation de ces termes n'indique aucunement qu'une approche différente doit être appliquée pour déterminer les conditions du principe de pleine concurrence quant aux transactions portant sur des actifs incorporels de commercialisation ou des actifs incorporels manufacturiers.

6.17. Dans certains cas, ces Principes font référence à des actifs incorporels « uniques et de valeur ». Les actifs incorporels « uniques et de valeur » sont ceux (i) qui ne sont pas comparables aux actifs incorporels utilisés par ou dont disposent les parties à des transactions potentiellement comparables, et (ii) dont l'utilisation par une entreprise dans le cadre de ses activités (telles que la production d'articles manufacturiers, la fourniture de services, des activités de commercialisation, de vente ou de gestion) est censée déboucher sur des avantages économiques futurs supérieurs à ceux qui auraient été escomptés en l'absence de ces actifs incorporels.

A.4. Illustrations

6.18. Cette section offre des exemples d'éléments qui sont souvent examinés lors des analyses de prix de transfert ayant trait à des actifs incorporels. Ces exemples sont destinés à clarifier les dispositions de la section A.1, mais cette liste ne saurait se substituer à une analyse approfondie. Ces exemples n'ont pas vocation à être exhaustifs ni à fournir une liste complète des éléments pouvant constituer ou non des actifs incorporels. De nombreux éléments ne figurant pas dans cette liste d'exemples peuvent être des actifs incorporels aux fins de la détermination de prix de transfert. Les exemples figurant dans cette section doivent être adaptés à l'environnement législatif et réglementaire spécifique de chaque juridiction. En outre, il faut examiner et évaluer les exemples qui figurent dans cette section dans le contexte de l'analyse de comparabilité (notamment fonctionnelle) de la transaction contrôlée en vue de mieux comprendre comment des actifs incorporels spécifiques et des éléments non considérés comme des actifs incorporels contribuent à la création de

valeur dans le contexte des activités du groupe d'entreprises multinationales à l'échelle mondiale. Il convient de souligner qu'une référence générale à un élément figurant dans cette liste d'exemples ne dispense pas les contribuables ni les administrations fiscales de leur obligation, dans le cadre d'une analyse des prix de transfert, d'identifier précisément les actifs incorporels pertinents sur la base des principes figurant dans la section A.1.

A.4.1. Brevets

6.19. Un brevet est un instrument juridique qui confère à son détenteur le droit exclusif d'utiliser une invention donnée pendant une durée limitée dans une zone géographique spécifique. Un brevet peut porter sur un objet physique ou un procédé. Les inventions brevetables sont souvent le résultat d'activités risquées et coûteuses de recherche-développement. Dans certaines circonstances, toutefois, des dépenses limitées de recherche-développement peuvent déboucher sur des inventions brevetables de grande valeur. L'auteur d'un brevet peut tenter de récupérer ses coûts de mise au point (et de dégager un revenu) en vendant les produits couverts par le brevet, en concluant avec des tiers des accords de licence leur permettant d'utiliser l'invention brevetée, ou en vendant purement et simplement le brevet considéré. L'exclusivité accordée par un brevet peut, dans certaines circonstances, permettre à son détenteur de tirer un surcroît de revenus de l'utilisation de son invention. Dans d'autres cas, une invention brevetée peut conférer à son détenteur des avantages en termes de coûts dont ne disposent pas ses concurrents. Dans d'autres situations encore, il arrive que les brevets ne confèrent aucun avantage commercial important. Les brevets sont des actifs incorporels au sens de la section A.1.

A.4.2. Savoir-faire et secrets industriels ou commerciaux

6.20. Le savoir-faire et les secrets industriels ou commerciaux sont des informations ou des connaissances exclusives qui facilitent ou améliorent une activité commerciale, mais qui ne sont pas enregistrées en vue de leur protection comme c'est le cas pour un brevet ou une marque de fabrique. Le savoir-faire et les secrets industriels ou commerciaux consistent généralement en des informations non divulguées de nature industrielle, commerciale ou scientifique ayant trait à une expérience acquise, qui trouvent une application pratique dans l'exploitation d'une entreprise. Le savoir-faire et les secrets industriels ou commerciaux peuvent avoir trait à des activités manufacturières, de commercialisation, de recherche-développement, ou à toute autre activité commerciale. La valeur du savoir-faire et des secrets industriels ou commerciaux dépend souvent de la capacité de l'entreprise considérée de préserver leur confidentialité. Dans certains secteurs, la divulgation des informations nécessaires à l'obtention d'une protection par brevet pourraient aider les concurrents à mettre au point d'autres solutions. En conséquence, une entreprise

peut, pour des raisons commerciales, choisir de ne pas faire enregistrer un savoir-faire brevetable, qui peut néanmoins contribuer de manière importante à la réussite de l'entreprise. La nature confidentielle du savoir-faire et des secrets industriels ou commerciaux peut être protégée dans une certaine mesure par (i) les dispositions législatives sur la concurrence déloyale ou similaires, (ii) les contrats de travail et (iii) les obstacles économique et technologiques à la concurrence. Le savoir-faire et les secrets industriels ou commerciaux sont des actifs incorporels au sens de la section A.1.

A.4.3. Marques de fabrique, noms commerciaux et marques commerciales

6.21. Une marque de fabrique est un nom, un symbole, un logo ou une illustration spécifique que son propriétaire peut utiliser pour distinguer ses biens et services de ceux d'autres entités. Les droits exclusifs attachés aux marques de fabrique sont souvent confirmés par le biais d'un système d'enregistrement. Le titulaire d'une marque de fabrique peut empêcher des tiers de l'utiliser d'une façon qui sèmerait la confusion sur le marché. L'enregistrement d'une marque de fabrique peut demeurer valable indéfiniment si cette marque est constamment utilisée et si cet enregistrement est dûment renouvelé. Une marque de fabrique peut être créée pour des biens ou des services, et peut s'appliquer à un bien ou service spécifique ou à une ligne de biens ou services. C'est peut-être sur le marché de la consommation finale que les marques de fabrique sont les plus familières, mais elles peuvent exister à tous les stades de commercialisation. Les marques de fabrique sont des actifs incorporels au sens de la section A.1.

6.22. Un nom commercial (qui est souvent, mais pas toujours, le nom d'une entreprise) peut avoir la même force de pénétration du marché qu'une marque de fabrique et peut, de fait, être enregistré sous une forme spécifique comme une marque de fabrique. Les noms commerciaux de certaines entreprises multinationales peuvent être aisément reconnus, et peuvent être utilisés pour la commercialisation de différents biens et services. Les noms commerciaux sont des actifs incorporels au sens de la section A.1.

6.23. Les termes « marque commerciale », « marque de fabrique » et « nom commercial » sont parfois utilisés indifféremment l'un pour l'autre. Dans d'autres contextes, une marque commerciale désigne une marque de fabrique ou un nom commercial investi d'une importance sociale et commerciale. Une marque commerciale peut, en fait, représenter une combinaison d'actifs incorporels et/ou d'autres éléments, qui peuvent être, entre autres, des marques de fabriques, des noms commerciaux, des relations avec la clientèle, des éléments de notoriété et une survaleur. Il peut être parfois difficile, voire impossible de dissocier ou transférer séparément les différents éléments constitutifs de la valeur d'une marque commerciale. Une marque commerciale peut consister en un seul actif incorporel, ou un ensemble d'actifs incorporels, au sens de la section A.1.

A.4.4. Droits conférés par les contrats et concessions

6.24. Les permis et concessions publiques peuvent être importants pour une activité donnée et correspondre à un large éventail de relations commerciales. Ils peuvent recouvrir, entre autres, l'octroi par une administration de droits d'exploitation de ressources naturelles ou de biens publics spécifiques (tel que l'attribution d'une bande de fréquences du spectre radioélectrique), ou du droit d'exercer des activités industrielles ou commerciales spécifiques. Les permis et concessions publiques sont des actifs incorporels au sens de la section A.1. Néanmoins, les permis et concessions publiques doivent être distingués des obligations d'immatriculation des sociétés qui constituent un préalable à l'exercice d'activités dans une juridiction particulière. Ces obligations ne sont pas des actifs incorporels au sens de la section A.1.

6.25. Les droits conférés par les contrats peuvent également être importants pour une activité donnée et correspondre à un large éventail de relations commerciales. Ils peuvent recouvrir, entre autres, les contrats conclus avec des fournisseurs et des clients essentiels, ainsi que les accords conclus concernant la fourniture de services par un ou plusieurs employés. Les droits conférés par les contrats sont des actifs incorporels au sens de la section A.1.

A.4.5. Licences et droits limités similaires sur des actifs incorporels

6.26. Des droits limités sur des actifs incorporels sont couramment transférés au moyen d'une licence ou d'autres dispositions contractuelles similaires, qu'elles soient écrites, orales ou implicites. Ces droits concédés sous licence peuvent être limités en termes de domaine d'utilisation, de conditions d'utilisation, de zone géographique ou sur d'autres plans. Ces droits limités sur des actifs incorporels constituent eux-mêmes des actifs incorporels au sens de la section A.1.

A.4.6. Survaleur et valeur d'exploitation

6.27. Suivant le contexte, le terme survaleur peut être utilisé pour faire référence à différents concepts. Dans certains contextes d'évaluation des entreprises et d'évaluation comptable, la survaleur correspond à la différence entre la valeur globale d'une entreprise en exploitation et la somme des valeurs de tous ses actifs corporels et incorporels identifiables séparément. Par ailleurs, la survaleur est parfois décrite comme une représentation des avantages économiques futurs associés à des actifs industriels ou commerciaux qui ne sont pas identifiés individuellement ni comptabilisés séparément. Dans d'autres contextes encore, la survaleur fait référence aux futures transactions escomptées avec les clients existants. Le terme « valeur d'exploitation » est parfois défini comme la valeur de l'ensemble des actifs d'une entreprise en exploitation, qui excède la somme des valeurs de ces différents actifs

considérés séparément. Il est généralement admis que la survaleur et la valeur d'exploitation ne peuvent être dissociés ou transférés séparément des autres actifs industriels ou commerciaux. Voir les paragraphes 9.68 à 9.70 pour un examen de la question connexe du transfert de l'ensemble des éléments d'une activité dans le contexte d'une réorganisation d'entreprise.

6.28. Aux fins de ce chapitre, il n'est pas nécessaire d'élaborer une définition précise de la survaleur ni de la valeur d'exploitation dans l'optique de la détermination des prix de transfert, ni d'établir dans quelles circonstances une survaleur ou une valeur d'exploitation peut constituer ou non un actif incorporel. Il importe cependant de reconnaître qu'une part importante et monétairement significative de la rémunération versée entre des entreprises indépendantes lorsque certains ou tous les actifs d'une entreprise en exploitation sont transférés peut représenter une rémunération correspondant à un élément évoqué dans l'une ou l'autre des différentes descriptions de la survaleur ou de la valeur d'exploitation. Lorsque des transactions similaires se déroulent entre des entreprises associées, cette valeur doit être prise en compte dans le cadre de la détermination d'un prix de pleine concurrence pour la transaction considérée. Lorsque la valeur de notoriété parfois désignée par le terme survaleur est transférée à une entreprise associée, ou partagée avec elle, dans le contexte du transfert ou de la concession sous licence d'une marque de fabrique ou d'autres actifs incorporels, il faut prendre en compte cette valeur de notoriété pour déterminer le niveau adéquat de la rémunération correspondante. Si les caractéristiques d'une entreprise, telles que la réputation de produire des biens ou de fournir des services de haute qualité, lui permettent de facturer des prix plus élevés qu'une entité n'ayant pas une telle réputation, et si ces caractéristiques peuvent être considérées comme constitutives d'une survaleur ou d'une valeur d'exploitation suivant l'une ou l'autre des définitions de ces termes, il faut prendre en compte ces caractéristiques pour déterminer les prix de pleine concurrence correspondant à la vente de biens ou à la fourniture de services entre des entreprises associées, qu'elles soient ou non considérées comme des éléments de survaleur. En d'autres termes, il ne suffit pas qu'une contribution de valeur d'une partie à une autre soit qualifiée d'élément constitutif d'une survaleur ou d'une valeur d'exploitation pour qu'il n'y ait pas lieu de rémunérer cette contribution. Voir le paragraphe 6.2.

6.29. Le fait que la survaleur et la valeur d'acquisition doivent être prises en compte pour la détermination du prix des transactions ne signifie aucunement que les mesures résiduelles de la survaleur calculées à des fins spécifiques d'évaluation comptable ou d'évaluation d'entreprise sont nécessairement des mesures appropriées du prix qui serait payé pour les activités ou droits concédés sous licence, ainsi que la survaleur ou valeur d'exploitation qui leur est associée, par des parties indépendantes. Les mesures de la survaleur et de la valeur d'exploitation établies dans le cadre d'une évaluation comptable ou d'une évaluation d'entreprise ne correspondent pas, en règle générale, au

prix de pleine concurrence d'une survaleur ou d'une valeur d'exploitation transférée dans le cadre d'une analyse de prix de transfert. Suivant les faits et les circonstances, néanmoins, les évaluations comptables et les informations sur lesquelles elles reposent peuvent fournir un point de départ utile pour réaliser une analyse de prix de transfert. Compte tenu de l'absence d'une définition unique et précise de la survaleur, il est essentiel que les contribuables et les administrations fiscales décrivent les actifs incorporels spécifiquement concernés par une analyse des prix de transfert, et déterminent si ces actifs incorporels donneraient lieu à une rémunération entre des entreprises indépendantes dans des circonstances comparables.

A.4.7. Synergies de groupe

6.30. Dans certaines circonstances, les synergies de groupe contribuent au niveau des revenus engrangés par un groupe d'entreprises multinationales. Ces synergies de groupe peuvent prendre de nombreuses formes différentes, telles qu'une gestion optimisée, une élimination des doubles emplois coûteux, des systèmes intégrés, une puissance d'achat, une capacité d'emprunt, etc. Ces caractéristiques peuvent influencer sur la détermination des conditions de pleine concurrence pour des transactions contrôlées, et doivent être prises en compte en tant que facteurs de comparabilité aux fins de l'établissement de prix de transfert. Dans la mesure où ils ne sont ni possédés ni contrôlés par une entreprise, il ne s'agit pas d'actifs incorporels au sens de la section A.1. Voir la section D.8 du chapitre I pour un examen du traitement réservé aux synergies de groupe dans l'optique de la détermination de prix de transfert.

A.4.8. Caractéristiques spécifiques des marchés

6.31. Les caractéristiques spécifiques d'un marché donné peuvent influencer sur les conditions du principe de pleine concurrence des transactions sur ce marché. Ainsi, le fort pouvoir d'achat des ménages sur un marché donné peut avoir une incidence sur les prix facturés pour certains biens de consommation de luxe. De même, des coûts de main-d'œuvre faibles, la proximité de certains marchés, des conditions météorologiques favorables et d'autres facteurs du même ordre peuvent influencer sur les prix pratiqués pour des biens et services spécifiques sur un marché donné. Ces caractéristiques spécifiques d'un marché ne peuvent cependant être possédées ni contrôlées, et ne constituent donc pas des actifs incorporels au sens de la section A.1, et elles doivent être prises en compte dans le cadre d'une analyse de prix de transfert par le biais de l'analyse de comparabilité requise. Voir la section D.6 du chapitre I sur les principes concernant le traitement des caractéristiques spécifiques des marchés dans l'optique de la détermination de prix de transfert.

B. Propriété des actifs incorporels et transactions portant sur la mise au point, l'amélioration, l'entretien, la protection et l'exploitation d'actifs incorporels

6.32. Dans les dossiers de prix de transfert portant sur des actifs incorporels, la détermination de l'entité (ou des entités) d'un groupe d'entreprises multinationales qui est *in fine* en droit de bénéficier des revenus tirés par le groupe de l'exploitation des actifs incorporels considérés est cruciale³. Une question connexe est de savoir quelle entité (ou quelles entités) du groupe doit *in fine* assumer les coûts, les investissements et autres charges associés à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation des actifs incorporels considérés. Bien que le propriétaire légal d'un actif incorporel puisse recevoir les revenus provenant de l'exploitation de cet actif, d'autres membres du groupe d'entreprises multinationales dont fait partie ce propriétaire légal peuvent avoir exercé des fonctions, utilisé des actifs⁴ ou assumé des risques qui devraient contribuer à la valeur de l'actif incorporel en question. Les membres du groupe d'entreprises multinationales qui exercent ces fonctions, utilisent ces actifs et assument ces risques doivent voir leur contribution rémunérée en vertu du principe de pleine concurrence. La présente section B confirme qu'*in fine*, la répartition des revenus tirés par le groupe d'entreprises multinationales considéré de l'exploitation d'actifs incorporels, de même que la répartition des coûts et autres charges liés à ces actifs incorporels entre les membres de ce groupe d'entreprises multinationales, repose sur la rémunération des membres dudit groupe qui exercent des fonctions, utilisent des actifs ou assument des risques dans le cadre de la mise au point, de l'amélioration, de l'entretien, de la protection et de l'exploitation de ces actifs incorporels suivant les principes décrits aux chapitres I à III.

6.33. Il peut être extrêmement difficile d'appliquer les dispositions des chapitres I à III pour traiter ces questions, pour différentes raisons. Suivant les faits du cas d'espèce portant sur des actifs incorporels, les facteurs suivants, entre autres, peuvent soulever des problèmes :

- i) un manque de comparabilité entre les transactions portant sur des actifs incorporels effectuées entre des entreprises associées et les

3. Tel qu'elle est utilisée ici, la notion d'« exploitation d'un actif incorporel » recouvre à la fois le transfert de l'actif incorporel considéré ou des droits sur cet actif incorporel et son utilisation dans le cadre d'opérations commerciales.

4. Tel qu'elle est utilisée dans la présente section B, la notion d'« utilisation d'actifs » recouvre la contribution apportée sous forme de financement et/ou d'autres formes de capital à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection ou à l'exploitation d'actifs incorporels. Voir le paragraphe 6.59.

transactions de ce type pouvant être identifiées entre des entreprises indépendantes ;

- ii) un manque de comparabilité entre les actifs incorporels en question ;
- iii) la possession et/ou l'utilisation de différents actifs incorporels par différentes entreprises associées appartenant au groupe d'entreprises multinationales considéré ;
- iv) la difficulté d'isoler l'effet induit par tel ou tel actif incorporel sur les revenus du groupe d'entreprises multinationales considéré ;
- v) le fait que différents membres d'un groupe d'entreprises multinationales puissent exercer des activités liées à la mise au point, l'amélioration, l'entretien, la protection et l'exploitation d'un actif incorporel, souvent d'une façon et avec un niveau d'intégration que l'on n'observe pas entre des entreprises indépendantes ;
- vi) le fait que les contributions de différents membres du groupe d'entreprises multinationales considéré à la création de valeur incorporelle puissent avoir lieu au cours d'années différentes de celles pendant lesquelles sont réalisés les éventuels gains associés ; et
- vii) le fait que les structures du contribuable puissent être fondées sur des dispositions contractuelles conclues entre des entreprises associées qui dissocient la propriété, la prise en charge du risque et/ou le financement des investissements en actifs incorporels de l'exercice de fonctions importantes, du contrôle des risques et des décisions liées aux investissements d'une façon que l'on n'observe pas dans le cadre de transactions entre des entreprises indépendantes, et qui peut contribuer à des phénomènes d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices.

Nonobstant ces problèmes potentiels, l'application du principe de pleine concurrence et des dispositions des chapitres I à III dans un cadre établi peut, dans la plupart des cas, permettre une attribution appropriée des revenus tirés par le groupe d'entreprises multinationales considéré de l'exploitation d'actifs incorporels.

6.34. Le cadre d'analyse des transactions portant sur des actifs incorporels entre des sociétés associées repose sur les étapes suivantes, conformément aux principes pour l'identification des relations commerciales ou financières fournis dans la section D.1 du chapitre I.

- i) identifier spécifiquement les actifs incorporels utilisés ou transférés dans la transaction et les risques spécifiques, économiquement significatifs liés à la mise au point, l'amélioration, l'entretien, la protection et l'exploitation d'actifs incorporels ;

- ii) identifier l'ensemble des accords contractuels en mettant particulièrement l'accent sur la détermination du propriétaire légal des actifs incorporels considérés sur la base des conditions des accords juridiques pertinents, notamment des immatriculations, des accords de licence et autres contrats pertinents, ainsi que d'autres indices de propriété légale, et les droits et obligations contractuels, notamment les risques contractuellement assumés dans les relations entre les entreprises associées ;
- iii) identifier les parties qui exercent des fonctions (en particulier les fonctions importantes décrites au paragraphe 6.56), utilisent des actifs et gèrent des risques liés à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation des actifs incorporels considérés, au moyen d'une analyse fonctionnelle, et identifier en particulier quelles parties contrôlent d'éventuelles fonctions externalisées et contrôlent les risques spécifiques et économiquement significatifs ;
- iv) confirmer l'existence d'une cohérence entre les conditions des accords contractuels pertinents et le comportement des parties, et déterminer si la partie assumant les risques économiquement significatifs de l'étape 4 (i) du paragraphe 1.60, contrôle les risques et possède la capacité financière d'assumer les risques liés à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation des actifs incorporels ;
- v) identifier les transactions contrôlées liées à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation des actifs incorporels considérés compte tenu de la propriété légale de ces actifs, les autres relations contractuelles pertinentes établies par les immatriculations et contrats pertinents, ainsi que du comportement des parties, notamment de leurs contributions respectives en termes de fonctions exercées, d'actifs utilisés et de risques assumés, tout en tenant compte du cadre d'analyse et d'allocation des risques exposé dans la section D.1.2.1 du chapitre I ;
- vi) si possible, déterminer les prix de pleine concurrence de ces transactions sur la base des contributions de chaque partie en termes de fonctions exercées, d'actifs utilisés et de risques assumés, à moins que les principes de la section D.2 du chapitre I s'appliquent.

B.1. Propriété des actifs incorporels et dispositions contractuelles relatives aux actifs incorporels

6.35. Les droits reconnus par la loi et les dispositions contractuelles constituent le point de départ de toute analyse de prix de transfert relative à des transactions portant sur des actifs incorporels. Les conditions d'une transaction peuvent être déduites de contrats écrits, de documents publics tels que les enregistrements de brevets ou de marques de fabrique, ou de la correspondance et/ou d'autres communications entre les parties considérées. Les contrats peuvent décrire les rôles, responsabilités et droits des entreprises associés en matière d'actifs incorporels. Ils peuvent indiquer quelle entité (ou quelles entités) apporte des fonds, réalise des activités de recherche-développement, entretient et protège les actifs incorporels, et exerce les fonctions nécessaires à l'exploitation des actifs incorporels, telles que la fabrication, la commercialisation et la distribution. Ils peuvent indiquer comment les recettes et les dépenses du groupe d'entreprises multinationales associées aux actifs incorporels doivent être réparties, et peuvent spécifier la forme et le montant des paiements devant être reçus par tous les membres du groupe pour leurs contributions. Les prix et autres conditions précisés dans ces contrats peuvent être conformes ou non au principe de pleine concurrence.

6.36. Lorsqu'il n'existe pas de dispositions écrites, ou lorsque les faits, notamment le comportement des parties diffèrent des dispositions contractuelles écrites ou de tout accord, ou complément à ces dispositions, entre les parties, il convient de déduire la transaction des faits tels qu'ils sont établis, et notamment du comportement des parties (voir la section D.1.1 du chapitre I). Il est donc souhaitable que les entreprises associées documentent leurs décisions et intentions concernant l'attribution des droits importants sur des actifs incorporels. Les documents relatifs à ces décisions et intentions, notamment les accords écrits, doivent généralement être en place lorsque ou avant que des entreprises associées procèdent à des transactions débouchant sur la mise au point, l'amélioration, l'entretien, la protection ou l'exploitation d'actifs incorporels.

6.37. Le droit d'utiliser certains types d'actifs incorporels peut être protégé par des systèmes d'enregistrement et des lois spécifiques concernant la propriété intellectuelle. Les brevets, les marques de fabrique et les droits d'auteur sont des exemples d'actifs incorporels de ce type. En règle générale, le titulaire légal de ces actifs incorporels dispose du droit exclusif sur le plan juridique et commercial d'utiliser ces actifs, ainsi que du droit d'empêcher des tiers de les utiliser ou de porter quelque atteinte que ce soit aux droits sur ces actifs. Ces droits du titulaire légal peuvent être conférés pour une zone géographique spécifique et/ou pour une période spécifique.

6.38. Il existe également des actifs incorporels qui ne peuvent être protégés dans le cadre de systèmes particulier d'enregistrement de la propriété intellectuelle, mais qui sont protégés contre toute imitation ou appropriation

non autorisée par les règles de droit sur la concurrence déloyale ou d'autres dispositions juridiques applicables, ou par contrat. La présentation commerciale, les secrets industriels ou commerciaux et le savoir-faire peuvent entrer dans cette catégorie d'actifs incorporels.

6.39. La portée et la nature de la protection offerte par le droit applicable peut varier d'une juridiction à l'autre, de même que les conditions suivant lesquelles cette protection est assurée. Ces divergences peuvent être dues soit à des différences de fond entre juridictions concernant le droit relatif à la propriété intellectuelle, soit à des différences pratiques concernant la mise en application locale de ces lois. Ainsi, le bénéfice d'une protection juridique peut être subordonné pour certains actifs incorporels à certaines conditions, telles qu'une utilisation commerciale persistante de l'actif incorporel considéré ou le renouvellement en temps voulu de son enregistrement. Cela signifie que dans certaines circonstances ou juridictions, la protection dont fait l'objet un actif incorporel peut être extrêmement limitée en droit ou en pratique.

6.40. Le propriétaire légal, sera considéré comme le propriétaire de l'actif incorporel considéré aux fins de l'établissement des prix de transfert. Si aucun propriétaire légal n'est identifié en vertu du droit ou des contrats applicables, le membre du groupe d'entreprises multinationales qui, compte tenu des faits et circonstances, contrôle les décisions concernant l'exploitation de l'actif incorporel considéré et peut en pratique restreindre son utilisation par des tiers sera considéré comme le propriétaire légal de cet actif aux fins de la détermination des prix de transfert.

6.41. Dans l'optique de l'identification du propriétaire légal d'actifs incorporels, un actif incorporel et toute licence relative à celui-ci sont considérés comme différents aux fins de la détermination des prix de transfert, chacun ayant un propriétaire différent. Voir le paragraphe 6.26. Ainsi, la société A, qui le propriétaire légal d'une marque de fabrique, peut octroyer une licence exclusive à la société B pour la fabrication, la commercialisation et la vente de biens faisant appel à cette marque de fabrique. Un actif incorporel, la marque de fabrique, est la propriété légale de la société A. Un autre actif incorporel, la licence d'utilisation de la marque de fabrique en relation avec la fabrication, la commercialisation et la distribution de produits de marque, est la propriété légale de la société B. Suivant les faits et circonstances, les activités de commercialisation entreprises par la société B en vertu de sa licence peuvent avoir une incidence sur la valeur de l'actif incorporel sous-jacent dont la société A est légalement propriétaire, la valeur de la licence de la société B, ou les deux.

6.42. La détermination de la propriété légale et des arrangements contractuels des actifs considérés, constitue une première étape importante de l'analyse, mais ces déterminations sont un processus distinct de la question de la rémunération suivant le principe de pleine concurrence. Aux fins de la

détermination des prix de transfert, la propriété légale d'un actif incorporel ne confère, en soi, aucun droit de conserver *in fine* les revenus tirés par le groupe d'entreprises multinationales considéré de l'exploitation de cet actif, même si ces revenus peuvent initialement être perçus par son propriétaire légal en raison de son droit légal ou contractuel d'exploiter l'actif incorporel en question. Les revenus qui sont *in fine* conservés par le propriétaire légal ou qui lui sont attribués dépendent des fonctions qu'il exerce, des actifs qu'il utilise et des risques qu'il assume, ainsi que des contributions apportées par les autres membres du groupe d'entreprises multinationales considéré compte tenu des fonctions qu'ils exercent, des actifs qu'ils utilisent et des risques qu'ils assument. Ainsi, dans le cas d'un actif incorporel mis au point en interne, si le propriétaire légal n'exerce aucune fonction, n'utilise aucun actif et n'assume aucun risque pertinents, et s'il intervient uniquement en tant qu'entité détentrice de titre, le propriétaire légal n'aura droit *in fine* à aucune part des revenus tirés par le groupe d'entreprises multinationales de l'exploitation de l'actif incorporel considéré, en dehors de l'éventuelle rémunération de pleine concurrence correspondant à la détention du titre.

6.43. La propriété légale et les relations contractuelles servent simplement de points de référence pour identifier et analyser les transactions contrôlées portant sur l'actif incorporel considéré, et pour déterminer la rémunération appropriée des membres du groupe contrôlé concernant ces transactions. La détermination de la propriété légale, conjuguée à l'identification et à la rémunération des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés par l'ensemble des membres contributeurs qui sont pertinents, offre le cadre d'analyse qui permet de déterminer les prix de pleine concurrence et les autres conditions des transactions portant sur des actifs incorporels. Comme pour tout autre type de transaction, l'analyse doit prendre en compte l'ensemble des faits et circonstances pertinents dans le cas d'espèce, et la détermination des prix doit refléter les autres solutions réalistes envisageables par les membres concernés du groupe. Les principes énoncés dans ce paragraphe sont illustrés par les exemples 1 à 6 qui figurent dans l'annexe I au chapitre VI.

6.44. Dans la mesure où les membres d'un groupe d'entreprises multinationales n'ont aucune certitude au moment où ils prennent des décisions concernant des actifs incorporels, sur leurs résultats effectifs ni sur les conséquences éventuelles qu'auront au fil du temps les risques associés à la mise au point ou à l'acquisition de ces actifs incorporels, il importe de distinguer (a) la rémunération anticipée (ou *ex ante*), qui désigne les revenus futurs sur lesquels table un membre du groupe d'entreprises multinationales au moment d'une transaction; et (b) la rémunération effective (ou *ex post*), qui désigne les revenus effectivement perçus par un membre du groupe d'entreprises multinationales grâce à l'exploitation de l'actif incorporel considéré.

6.45. Les termes de la rémunération devant être versée aux membres du groupe d'entreprises multinationales considéré qui contribuent à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation des actifs incorporels est généralement déterminée sur une base *ex ante*. Autrement dit, elle est établie au moment où la transaction est conclue et avant que les conséquences éventuelles des risques associés à l'actif incorporel considéré ne se matérialisent. Cette rémunération peut être fixe ou conditionnelle. L'attribution des bénéfices (ou pertes) effectifs *ex post* de la société, après rémunération des autres membres du groupe d'entreprises multinationales, peut différer de la rémunération anticipée en fonction de la façon dont les risques associés à l'actif incorporel ou les autres risques pertinents liés à la transaction ou à l'accord interviennent effectivement. La transaction délimitée avec précision, comme le souligne la section D.1 du chapitre I, déterminera quelle entité associée assumera ces risques et en supportera donc les conséquences (coûts ou rendements supplémentaires) lorsque ceux-ci se matérialisent de manière différente à celle qui était prévue (voir la section B.2.4).

6.46. Une question importante est de savoir comment déterminer la rémunération de pleine concurrence qui revient aux membres d'un groupe en contrepartie des fonctions qu'ils exercent, des actifs qu'ils utilisent et des risques qu'ils assument dans le cadre constitué par les arrangements contractuels du contribuable, la propriété légale des actifs incorporels et le comportement des parties. La section B.2 porte sur l'application du principe de pleine concurrence aux situations relatives à des actifs incorporels. Sauf indication contraire, lorsqu'il est fait mention de revenus de pleine concurrence ou d'une rémunération de pleine concurrence dans la section B.2, il s'agit de revenus anticipés (*ex ante*) dans le premier cas et d'une rémunération anticipée (*ex ante*) dans le second cas.

B.2. Fonctions, actifs et risques liés à des actifs incorporels

6.47. Comme indiqué plus haut, déterminer qu'un membre particulier d'un groupe d'entreprises multinationales est le propriétaire légal d'actifs incorporels n'implique pas, en soi, que ce propriétaire légal peut nécessairement prétendre à un revenu après avoir rémunéré les autres membres du groupe d'entreprises multinationales considéré pour les contributions qu'ils ont apportées en exerçant des fonctions, en utilisant des actifs et en assumant des risques.

6.48. Lors de la détermination des prix de pleine concurrence concernant des transactions entre entreprises associées, les contributions des membres du groupe d'entreprises multinationales liées à la création de valeur incorporelle doivent être prises en considération et faire l'objet d'une rémunération appropriée. En vertu du principe de pleine concurrence et des prescriptions énoncées aux chapitres I à III, tous les membres du groupe d'entreprises multinationales considéré doivent recevoir une rémunération appropriée s'ils

exercer des fonctions, utilisent des actifs ou assument des risques en relation avec la mise au point, l'amélioration, l'entretien, la protection ou l'exploitation d'actifs incorporels. Il est donc nécessaire de déterminer, au moyen d'une analyse fonctionnelle, quel membre (ou membres) exerce des fonctions de mise au point, d'amélioration, d'entretien, de protection et d'exploitation des actifs incorporels ou exerce un contrôle sur ces fonctions, quel membre (ou membres) apporte les financements et autres actifs, et quel membre (ou membres) assume les différents risques associés à l'actif incorporel considéré. Naturellement, dans chacun de ces domaines, il peut s'agir ou non du propriétaire légal de l'actif incorporel considéré. Comme indiqué au paragraphe 6.133, il importe également lors de la détermination de la rémunération de pleine concurrence des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés de prendre en considération les facteurs de comparabilité pouvant contribuer à la création de valeur ou à la production de revenus tirés par le groupe d'entreprises multinationales de l'exploitation des actifs incorporels considérés, pour déterminer les prix des transactions concernées.

6.49. L'importance relative de ces contributions à la création de valeur incorporelle par les membres du groupe sous la forme de fonctions exercées, d'actifs utilisés ou de risques assumés variera en fonction des circonstances. Supposons, par exemple, qu'un actif incorporel dont la mise au point est achevée et qui est actuellement exploitable soit acheté à une tierce partie par un membre du groupe d'entreprises multinationales, et exploité dans le cadre de fonctions de fabrication et de distribution exercées par d'autres membres de ce groupe, tout en étant activement géré et contrôlé par l'entité acquéreuse de cet actif incorporel. On suppose que cet actif incorporel ne nécessite aucune activité de mise au point, exige peu ou pas d'activités d'entretien ou de protection, et a une utilité sans doute limitée en dehors du domaine d'exploitation ciblé au moment de l'acquisition. Il n'y pas de risque de mise au point associé à cet actif incorporel, même si son acquisition et son exploitation comportent d'autres risques. Les fonctions essentielles exercées par l'acquéreur sont celles nécessaires pour sélectionner l'actif incorporel le plus approprié sur le marché, pour analyser ses avantages potentiels en cas d'utilisation par le groupe d'entreprises multinationales considéré, et pour prendre le risque de l'acheter ou non. L'actif essentiel utilisé réside dans les fonds nécessaires à l'achat de cet actif incorporel. Si l'acquéreur est capable d'exercer et exerce effectivement toutes les fonctions essentielles décrites, y compris celle de contrôler les risques associés à l'acquisition et à l'exploitation de l'actif incorporel, on peut raisonnablement en conclure que, après avoir procédé à une rémunération de pleine concurrence des fonctions de fabrication et de distribution exercées par d'autres entreprises associées, le propriétaire serait en droit de conserver ou de se voir attribuer le bénéfice ou la perte éventuelle résultant de l'exploitation de l'actif incorporel à la suite de son acquisition. L'application des chapitres I à III peut être relativement évidente

dans un scénario aussi simple, mais l'analyse peut être plus difficile dans des situations où :

- i) des actifs incorporels sont mis au point en interne par un groupe d'entreprises multinationales, en particulier lorsque ces actifs incorporels sont transférés entre des entreprises associées alors qu'ils sont encore en cours de développement ;
- ii) des actifs incorporels achetés ou mis au point en interne servent de plateforme pour d'autres activités de développement ; ou
- iii) d'autres aspects, tels que la commercialisation ou la fabrication, sont particulièrement importants pour la création de valeur.

Les principes d'application générale qui figurent ci-après sont particulièrement utiles pour, et essentiellement axés sur, ces cas d'espèce plus délicats.

B.2.1. Exercice et contrôle des fonctions

6.50. Suivant les principes énoncés aux chapitres I à III, chaque membre d'un groupe d'entreprises multinationales doit recevoir une rémunération de pleine concurrence pour les fonctions qu'il exerce. Dans les cas d'espèce portant sur des actifs incorporels, cela recouvre les fonctions liées à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation d'actifs incorporels. L'identité du membre (ou des membres) du groupe d'entreprises multinationales considéré exerçant des fonctions liées à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation d'actifs incorporels est donc un élément essentiel à prendre en compte pour déterminer les conditions de pleine concurrence pour des transactions contrôlées.

6.51. La nécessité de veiller à ce que tous les membres du groupe d'entreprises multinationales considéré soient rémunérés de manière appropriée pour les fonctions qu'ils exercent, les actifs qu'ils apportent et les risques qu'ils assument, implique que pour être en droit de conserver *in fine* tous les revenus tirés de l'exploitation d'actifs incorporels, le propriétaire légal de ces actifs doit exercer toutes les fonctions, apporter tous les actifs utilisés et assumer tous les risques liés à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation des actifs incorporels en question. Cela ne signifie pas cependant que les entreprises associées constituant un groupe d'entreprises multinationales doivent structurer leurs activités concernant la mise au point, l'amélioration, l'entretien, la protection ou l'exploitation d'actifs incorporels d'une façon particulière. Il n'est pas essentiel que le propriétaire légal exerce physiquement toutes les fonctions liées à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation d'un actif incorporel par le biais de son propre personnel pour être en droit

in fine de conserver ou de se voir attribuer une part des revenus tirés par le groupe d'entreprises multinationales considéré de l'exploitation de cet actif incorporel. Dans le cadre de transactions entre des entreprises indépendantes, certaines fonctions sont parfois externalisées à d'autres entités. Un membre d'un groupe d'entreprises multinationales qui est le propriétaire légal d'actifs incorporels peut externaliser de manière similaire des fonctions liées à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation d'actifs incorporels à des entreprises indépendantes ou associées.

6.52. Lorsque des entreprises associées autres que le propriétaire légal d'un actif incorporel exercent des fonctions pertinentes dont on anticipe qu'elles contribueront à la valeur de cet actif, elles doivent obtenir une rémunération de pleine concurrence pour les fonctions qu'elles exercent suivant les principes énoncés dans les chapitres I à III. Pour établir la rémunération de pleine concurrence correspondant à ces contributions fonctionnelles, il faut déterminer s'il existe des transactions comparables sur le marché libre, quelle est l'importance des fonctions exercées pour la création de valeur incorporelle, et quelles sont les options réalistes à la disposition des parties. Les considérations spécifiques décrites aux paragraphes 6.53 à 6.58 doivent également être prises en compte.

6.53. En cas de transaction d'externalisation entre des entreprises indépendantes, on constate généralement qu'une entité exerçant des fonctions au nom du propriétaire légal d'un actif incorporel qui ont trait au développement, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection ou à l'exploitation de cet actif opère sous le contrôle de ce propriétaire légal (comme l'explique le paragraphe 1.65). Compte tenu de la nature des relations existant entre des entreprises associées qui sont membres d'un groupe d'entreprises multinationales, il peut néanmoins arriver que des fonctions externalisées exercées par des entreprises associées soient contrôlées par une entité autre que le propriétaire légal de l'actif incorporel considéré. Dans ce cas, le propriétaire légal de cet actif incorporel doit également verser une rémunération de pleine concurrence à l'entité qui exerce les fonctions de contrôle liées à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation de l'actif en question. Pour déterminer quel est le membre du groupe d'entreprises multinationales qui contrôle effectivement l'exercice des fonctions considérées, il convient d'appliquer des principes analogues à ceux énoncés dans la section D.1.2.1 du chapitre I concernant la détermination du contrôle des risques. L'évaluation de la capacité d'une entité donnée d'exercer un contrôle et la performance d'un tel contrôle constituera un élément important de l'analyse.

6.54. Si le propriétaire légal ne contrôle pas et n'exerce pas les fonctions liées à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation de l'actif incorporel considéré, il n'aura droit à aucun avantage courant attribuable aux fonctions externalisées. En fonction du cas d'espèce,

la rémunération de pleine concurrence devant être versée par le propriétaire légal aux autres entreprises associées qui exécutent ou contrôlent des fonctions liées à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection ou à l'exploitation des actifs incorporels considérés peut correspondre à n'importe quelle proportion des revenus totaux tirés de l'exploitation de ces actifs incorporels. Un propriétaire légal n'exerçant aucune fonction pertinente liée à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation de l'actif incorporel considéré n'aura droit à aucune part des revenus liés à l'exercice ou au contrôle desdites fonctions. Il aura droit à une rémunération de pleine concurrence pour toute fonction qu'il exerce, tout actif qu'il utilise et tout risque qu'il assume. Voir les sections B.2.2 à B.2.3. La section D.1.2 du chapitre I est particulièrement pertinente pour déterminer les fonctions qu'il exerce, les actifs qu'il utilise et les risques qu'il assume.

6.55. La valeur relative des contributions à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation d'actifs incorporels varie en fonction des faits du cas d'espèce. Le membre (ou les membres) du groupe d'entreprises multinationales considéré dont la contribution est la plus importante dans un cas donné doit recevoir une rémunération d'un niveau plus élevé. Ainsi, si une entreprise se contente de financer des activités de recherche-développement, ses revenus anticipés doivent être plus faibles que si elle finançait ces activités tout en les contrôlant. Toutes choses égales par ailleurs, ces revenus anticipés doivent être encore plus élevés si l'entité concernée finance, contrôle et exerce physiquement les activités de recherche-développement en question. Voir également la section B.2.2 sur les financements.

6.56. Lors de la détermination de la rémunération de pleine concurrence des contributions fonctionnelles des divers membres du groupe d'entreprises multinationales considéré, certaines fonctions importantes auront un statut particulier. La nature de ces fonctions importantes dépendra des faits et circonstances de chaque cas d'espèce. Pour les actifs incorporels mis au point en interne, ou pour les actifs incorporels mis au point en interne ou achetés qui servent de plateforme pour d'autres activités de mise au point, ces fonctions particulièrement importantes peuvent être, entre autres, la conception et le contrôle des programmes de recherche et de commercialisation, la fixation des orientations et des priorités en matière de projets créatifs, notamment de l'axe des activités de recherche fondamentale, le contrôle des décisions stratégiques concernant les programmes de mise au point d'actifs incorporels, ainsi que la gestion et le contrôle des budgets. Pour tout actif incorporel (qu'il soit mis au point en interne ou acheté), les autres fonctions importantes peuvent également correspondre à la prise de décisions clés concernant la défense et la protection des actifs incorporels, ainsi que le contrôle de qualité courant relatif aux fonctions exercées par des entreprises indépendantes ou associées pouvant avoir un effet sensible sur la valeur de l'actif incorporel considéré. Ces fonctions importantes contribuent généralement de manière significative

à la création de valeur incorporelle et, si ces fonctions importantes sont externalisées par le propriétaire légal dans le cadre de transactions entre entreprises associées, l'exercice de ces fonctions doit être rémunéré au moyen d'une part appropriée des revenus tirés par le groupe d'entreprises multinationales considéré de l'exploitation des actifs incorporels.

6.57. Dans la mesure où il peut être difficile de trouver des transactions comparables portant sur l'externalisation de ces fonctions importantes, il peut être nécessaire d'utiliser des méthodes de détermination des prix de transfert qui ne sont pas directement fondées sur des comparables, notamment des méthodes transactionnelles de partage des bénéfices et des techniques d'évaluation *ex ante*, afin de rémunérer de manière appropriée l'exercice de ces fonctions importantes. Lorsque le propriétaire légal externalise l'essentiel ou la totalité de ces fonctions importantes à d'autres membres du groupe d'entreprises multinationales considéré, l'attribution d'une quelconque part des revenus tirés de l'exploitation des actifs incorporels concernés, après avoir rémunéré les autres membres du groupe pour leurs fonctions doit être soigneusement réfléchi en tenant compte des fonctions effectives qu'elles exercent, des actifs qu'elles utilisent et des risques qu'elles assument selon les principes de la section D.1.2 du chapitre I. Les exemples 16 et 17 de l'annexe I au chapitre VI illustrent les principes énoncés dans ce paragraphe.

6.58. Dans la mesure où les fonctions importantes décrites au paragraphe 6.56 contribuent souvent à la gestion des fonctions exercées, actifs utilisés et risques assumés qui sont essentiels pour la réussite de la mise au point, de l'amélioration, de l'entretien, de la protection ou de l'exploitation d'actifs incorporels, et sont par conséquent cruciales pour la création de valeur incorporelle, il est nécessaire d'évaluer avec soin les transactions entre les parties qui exercent ces fonctions importantes et les autres entreprises associées. Une méthode unilatérale de détermination des prix de transfert sera nettement moins fiable si la partie (ou les parties) exerçant une part significative de ces fonctions importantes est la partie testée. Voir l'exemple 6.

B.2.2. Utilisation d'actifs

6.59. Les membres du groupe d'entreprises multinationales qui utilisent des actifs dans le cadre du développement, de l'amélioration, de l'entretien, de la protection ou de l'exploitation d'un actif incorporel doivent recevoir en conséquence une rémunération appropriée. Il peut s'agir, sans que cette liste soit limitative, d'actifs incorporels utilisés dans le cadre d'activités de recherche, de mise au point ou de commercialisation (tels que du savoir-faire, des relations avec la clientèle, etc.), d'actifs corporels ou de financements. Un membre d'un groupe d'entreprises multinationales peut financer tout ou partie des fonctions de mise au point, d'amélioration, d'entretien et de protection d'un actif incorporel, tandis qu'un ou plusieurs autres membres exercent toutes les

fonctions considérées. Lors de l'évaluation du rendement anticipé approprié de ce financement dans de telles circonstances, il convient de prendre en compte le fait que, dans le cadre de transactions de pleine concurrence, une partie qui apporte des fonds mais ne contrôle pas les risques, ni n'exerce aucune autre fonction liée à l'activité financée ou à l'actif en question, ne bénéficie généralement pas d'un rendement anticipé équivalent à celui d'un investisseur dont la situation est similaire mais qui exerce et contrôle également des fonctions importantes et contrôle des risques importants associés à l'activité financée. La nature et le montant de la rémunération attribuable à une entité qui assume uniquement des coûts liés à des actifs incorporels doit être déterminée sur la base de tous les faits pertinents, et doit correspondre à la rémunération qui serait versée dans le cadre de montages financiers similaires entre des entités indépendantes sous réserve que de tels montages puissent être identifiés. Voir les principes de la section D.1.2.1.6 du chapitre I, et particulièrement l'exemple 3 des paragraphes 1.85 et 1.103, qui illustrent une situation où des parties fournissant le financement ne contrôlent pas le risque financier associé au financement.

6.60. Le financement et la prise de risques sont intrinsèquement liés au sens où le financement coïncide souvent avec la prise de certains risques (par exemple, une partie qui apporte des fonds et qui assume contractuellement le risque de les perdre). La nature et la part du risque assumé variera cependant selon les caractéristiques économiquement pertinentes de la transaction. Le risque sera, par exemple, inférieur lorsque la partie à laquelle le financement est accordé a une solvabilité élevée, lorsque des actifs sont engagés, ou lorsque l'investissement financé est à faible risque, par rapport à un risque plus élevé lorsque la solvabilité est inférieure, que le financement n'est pas garanti, ou que l'investissement financé est à haut risque. En outre, plus le montant des fonds fournis est important, plus l'impact potentiel du risque sur le fournisseur du financement est important.

6.61. Selon les principes de la section D.1.2 du chapitre I, la première étape d'une analyse des prix de transfert relative aux risques consiste à identifier les risques économiquement significatifs et leur spécificité. Lors de l'identification des risques spécifiques liés à un investissement, il est important de distinguer les risques financiers liés au financement fournis pour les investissements des risques opérationnels liés aux activités opérationnelles pour lesquelles le financement est utilisé, notamment le risque de développement lorsque le financement sert au développement d'un actif incorporel. Lorsqu'une partie qui fournit un financement exerce un contrôle du risque financier associé à l'octroi de ce financement, sans prise en charge ni contrôle d'un autre risque spécifique, elle ne pourra s'attendre généralement qu'à un rendement corrigé des risques de son financement.

6.62. Les accords contractuels déterminent généralement les conditions de la transaction de financement, clarifiées ou précisées par les caractéristiques économiques de la transaction dont témoigne le comportement des parties⁵. Le rendement qui serait généralement attendu par le bailleur de fonds devrait être égal à un rendement approprié, corrigé des risques. Ce rendement peut être déterminé, par exemple, en fonction du coût du capital ou du rendement de solutions de remplacement réalistes présentant des caractéristiques économiques comparables. Lors de la détermination du rendement approprié des activités de financement, il est important de tenir compte des options de financement réalistes qui s'offrent à la partie qui reçoit les fonds. Il peut y avoir une différence entre le rendement escompté par le bailleur de fonds sur une base *ex ante* et le rendement effectif reçu sur une base *ex post*. Par exemple, lorsque le bailleur de fonds accorde un prêt à un taux d'intérêt fixe, la différence entre le rendement effectif et le rendement escompté tiendra compte du risque relatif au fait que l'emprunteur ne puisse pas s'acquitter d'une partie ou de la totalité des paiements dus.

6.63. L'étendue et le type d'activités qui seront nécessaires pour exercer un contrôle du risque financier lié à l'octroi du financement dépendront du niveau de risque lié à l'investissement pour le bailleur de fonds, en tenant compte de la somme d'argent en jeu et de l'investissement pour lequel ce financement est utilisé. Conformément à la définition du contrôle mentionnée aux paragraphes 1.65 et 1.66 de ces Principes, l'exercice du contrôle d'un risque financier spécifique implique la capacité à prendre les décisions pertinentes relatives à l'opportunité porteuse de risque, en l'occurrence l'octroi du financement, ainsi que l'exercice effectif de ces fonctions de prise de décisions. En outre, la partie qui assure le contrôle du risque financier doit exercer les activités indiquées aux paragraphes 1.65 et 1.66 en rapport avec les activités quotidiennes d'atténuation des risques liés à ces risques lorsque ces dernières sont externalisées et en rapport avec tout travail préparatoire nécessaire pour faciliter la prise de décisions si elle n'exerce pas ces activités elle-même.

6.64. Lorsque le financement fourni à une partie est consacré au développement d'un actif incorporel, les décisions pertinentes de saisir, d'éviter ou de rejeter une opportunité porteuse de risque et les décisions de répondre aux risques associés à cette opportunité, et selon quelles modalités, sont des décisions liées à l'octroi du financement et aux conditions de la transaction. Selon les faits et circonstances, de telles décisions peuvent dépendre de l'évaluation de la solvabilité de la partie qui reçoit les fonds et de l'évaluation

5. Des principes complémentaires seront fournis concernant les caractéristiques économiquement significatives pour la détermination des conditions de pleine concurrence des transactions financières, y compris lorsque le financement est utilisé pour le financement de projet, notamment pour investir dans le développement d'actifs incorporels. Ces travaux seront réalisés en 2016 et 2017.

de l'impact possible des risques liés au projet de développement sur les attentes en matière de rendement du financement octroyé ou du financement supplémentaire exigé. Les conditions sous-jacentes à l'octroi du financement peuvent comprendre la possibilité d'associer les décisions de financement aux principales décisions de développement qui ont un impact sur le rendement du financement. Par exemple, il peut être nécessaire de prendre des décisions sur la nécessité de passer à l'étape suivante du projet ou d'autoriser des investissements dans des actifs coûteux. Plus le risque de développement est élevé et plus le risque financier est étroitement lié au risque de développement, plus le bailleur de fonds devra avoir la capacité d'évaluer la progression du développement de l'actif incorporel et les conséquences de cette progression sur l'obtention du rendement escompté du financement et plus le bailleur de fonds pourra lier étroitement la poursuite de l'octroi du financement aux principaux développements opérationnels pouvant avoir un impact sur son risque financier. Le bailleur de fonds devra avoir la capacité d'effectuer des évaluations relatives à la poursuite de l'octroi du financement et devra procéder effectivement à ces évaluations, dont il devra tenir compte par la suite pour prendre effectivement des décisions pertinentes sur l'octroi du financement.

B.2.3. Prise en charge de risques

6.65. Les types de risques particuliers pouvant avoir une importance dans le cadre d'une analyse fonctionnelle relative à des transactions portant sur des actifs incorporels sont (i) les risques liés à la mise au point d'actifs incorporels, notamment le risque que des activités coûteuses de recherche-développement ou de commercialisation ne débouchent sur un échec ou selon le moment où cet investissement a lieu (que celui-ci intervienne à un stade précoce, à mi-parcours du processus d'élaboration, ou à un stade tardif aura un impact sur le niveau du risque d'investissement sous-jacent); (ii) le risque d'obsolescence des produits, notamment la possibilité que les progrès technologiques réalisés par des concurrents aient un effet préjudiciable sur la valeur des actifs incorporels considérés; (iii) le risque d'atteinte aux droits sur des actifs incorporels, notamment le risque que la défense des droits sur les actifs incorporels considérés ou la défense contre des allégations d'atteintes émanant de tierces parties ne s'avère chronophage, coûteuse et/ou infructueuse; (iv) les risques découlant de la responsabilité du fait des produits et risques similaires liés aux biens et services fondés sur les actifs incorporels considérés; et (v) les risques d'exploitation et incertitudes liés aux revenus générés par les actifs incorporels considérés. L'existence et le niveau de ces risques dépend des faits et circonstances de chaque cas d'espèce, ainsi que de la nature de l'actif incorporel concerné.

6.66. L'identité du membre (ou des membres) du groupe d'entreprises multinationales considéré qui assume les risques liés à la mise au point,

à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation d'actifs incorporels constitue un élément important à prendre en compte pour déterminer les prix de transactions contrôlées. La prise en charge des risques détermine quelle entité (ou entités) supportera les conséquences si le risque se matérialise. La délimitation précise de la transaction contrôlée, sur la base des principes de la section D.1 du chapitre I, peut permettre de déterminer si les risques sont assumés par le propriétaire légal ou par d'autres membres du groupe. Ces derniers doivent alors recevoir une compensation au titre de leurs contributions à cet égard.

6.67. Les principes de la section D.1.2 du chapitre I s'appliquent au moment de déterminer quel membre (ou membres) du groupe assume les risques liés aux actifs incorporels. Les étapes 1 à 5 du processus d'analyse des risques dans une transaction contrôlée exposé au paragraphe 1.60 devraient particulièrement être suivis pour déterminer quelle partie doit assumer les risques liés à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation d'actifs incorporels.

6.68. Il est particulièrement important de s'assurer que le membre (ou les membres) du groupe d'entreprises multinationales considéré qui prétend à des revenus au titre de la prise en charge de risques assume effectivement la responsabilité des actions à entreprendre et des coûts à supporter en cas de matérialisation des risques considérés. Si, tel que le détermine le cadre d'analyse du risque au paragraphe 1.60 de ces lignes directrices, les coûts sont à la charge d'une entreprise associée autre que celle assumant le risque, ou que des actions sont menées par celle-ci, le prix de transfert doit alors être ajusté afin que les coûts soient affectés à la partie assumant le risque et que l'autre entreprise associée soit convenablement rémunérée pour toutes les activités entreprises dans le cadre de la matérialisation du risque. L'exemple 7 qui figure à l'annexe I au chapitre VI illustre ce principe.

B.2.4. Revenus ex post effectifs

6.69. Il est assez courant que la rentabilité effective (*ex post*) diffère de la rentabilité anticipée (*ex ante*). Cela peut être la conséquence d'une matérialisation du risque différente de celle anticipée, et ce par l'émergence de faits imprévisibles. Ainsi, il peut arriver qu'un produit compétitif soit retiré du marché, qu'une catastrophe naturelle ait lieu sur un marché essentiel, qu'un actif essentiel dysfonctionne pour des raisons imprévues, ou qu'une percée technologique de la part d'un concurrent ait pour effet de rendre obsolètes ou moins désirables les produits fondés sur l'actif incorporel considéré. Il peut également arriver que les prévisions financières, sur lesquelles reposent les calculs des revenus *ex ante* et les dispositions de rémunération, aient correctement pris en compte les risques et la probabilité que des événements prévisibles surviennent, et que les différences entre les chiffres réels et

anticipés de la rentabilité reflètent le jeu de ces risques. Enfin, il peut arriver que ces projections financières ne prennent pas suffisamment en compte les risques des différents résultats qui se produisent et qu'elles donnent alors lieu à une surestimation ou une sous-estimation des bénéfices attendus. Dans ces circonstances, la question se pose de savoir si, et si oui comment, les bénéfices ou pertes doivent être répartis entre les membres d'un groupe d'entreprises multinationales ayant contribué à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation de l'actif incorporel considéré.

6.70. Pour répondre à cette question, il faut procéder à une analyse minutieuse visant à déterminer quelle entité (ou entités) du groupe d'entreprises multinationales assume en fait les risques économiquement significatifs tels qu'ils ont été identifiés au moment de déterminer la transaction (voir la section D.1 du chapitre I). Comme l'indique ce cadre d'analyse, la partie assumant effectivement les risques économiquement significatifs peut être ou non l'entreprise associée qui assume contractuellement ces risques, tel que le propriétaire légal de l'actif incorporel considéré, ou peut être ou non le bailleur de fonds de l'investissement. Une partie qui ne se voit pas affectée les risques qui donnent lieu à l'écart entre les résultats prévus et les résultats réels, dans le cadre des principes des sections D.1.2.1.4 à D.1.2.1.6 du chapitre I, n'aura pas droit à la différence entre les bénéfices réels et prévus, ou à supporter les pertes causées par ces différences, si ce risque se matérialise, à moins que ces parties n'accomplissent les fonctions importantes indiquées au paragraphe 6.56 ou qu'elles contribuent au contrôle des risques économiquement significatifs fixés au paragraphe 1.105. Il est par ailleurs déterminé que la rémunération de pleine concurrence au titre de ces fonctions inclue un élément de partage des profits. En outre, il faut se demander si la rémunération *ex ante* versée aux membres du groupe d'entreprises multinationales pour les fonctions qu'ils exercent, les actifs qu'ils utilisent et les risques qu'ils assument est effectivement conforme au principe de pleine concurrence. Il convient également de vérifier, par exemple, si le groupe a en fait sous-estimé ou surestimé les bénéfices anticipés, entraînant le versement de paiements insuffisants ou de trop-perçus (déterminés sur une base *ex ante*) à certains membres du groupe au titre de leur contribution. Les transactions dont la valorisation est hautement incertaine au moment de la transaction sont particulièrement sensibles à une telle sous-estimation ou surestimation. Ce point est exposé plus en détail dans la section D.4.

B.2.5. Quelques conséquences de l'application des sections B.1 et B.2

6.71. En substance, si le propriétaire légal d'un actif incorporel :

- exerce et contrôle toutes les fonctions (y compris les fonctions importantes décrites au paragraphe 6.56) liées à la mise au point, à

l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation de cet actif incorporel ;

- fournit tous les actifs, y compris les fonds, nécessaires à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation de l'actif incorporel considéré ; et
- assume tous les risques liés à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation de l'actif incorporel en question,

il est alors en droit de recevoir la totalité des revenus anticipés, *ex ante*, qui devraient être tirés par le groupe d'entreprises multinationales concerné de l'exploitation de cet actif incorporel. Pour autant qu'un ou plusieurs membres de ce groupe d'entreprises multinationales autres que le propriétaire légal exercent des fonctions, utilisent des actifs ou assument des risques liés à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection ou à l'exploitation de l'actif incorporel considéré, ces entreprises associées doivent obtenir une compensation sur la base d'une rémunération de pleine concurrence au titre de leurs contributions. Cette rémunération peut, suivant les faits et circonstances, constituer la totalité ou une part importante des revenus escomptés de l'exploitation de l'actif incorporel considéré.

6.72. Le droit d'un membre du groupe d'entreprises multinationales concerné aux bénéfices ou pertes liés à des différences entre la rentabilité effective (*ex post*) et une bonne estimation de la rentabilité anticipée (*ex ante*), dépendra de l'entité ou des entités du groupe d'entreprises multinationales assumant les risques tels qu'ils ont été identifiés au moment de l'identification de la transaction (voir la section D.1 du chapitre I). Cela dépendra également de l'entité ou des entités qui exercent les fonctions les plus importantes, tel que le souligne le paragraphe 6.56, ou qui contribuent au contrôle des risques économiques les plus significatifs, tel que le souligne le paragraphe 1.105, et pour lesquelles il est établi qu'une rémunération de pleine concurrence pour ces fonctions peut inclure un élément de partage des bénéfices.

B.3. Identifier et déterminer les prix et autres conditions des transactions contrôlées

6.73. La réalisation de l'analyse décrite dans la section D.1 du chapitre I, complétée par le présent chapitre, devrait faciliter une évaluation claire de la propriété légale des actifs incorporels ainsi que des fonctions, actifs et risques associés à ces actifs, et une identification précise des transactions dont les prix et autres conditions doivent être déterminés. En règle générale, les transactions identifiées par le groupe d'entreprises multinationales considéré dans les documents d'immatriculation et contrats pertinents sont celles dont les prix et autres conditions doivent être déterminés suivant le principe de

pleine concurrence. Néanmoins, l'analyse peut révéler que des transactions s'ajoutant aux transactions décrites dans les documents d'immatriculation et contrats, ou différentes de ces transactions, ont en fait eu lieu. Conformément à la section D.I du chapitre I, les transactions (et leurs véritables conditions) devant être analysées sont celles dont il est établi qu'elles ont eu lieu sur la base du comportement effectif des parties et des autres faits pertinents.

6.74. Il convient de déterminer les prix de pleine concurrence et les autres conditions des transactions suivant les principes qui figurent aux chapitres I à III, en tenant compte des contributions à la valeur incorporelle anticipée des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés au moment où ces fonctions sont exercées, ces actifs utilisés et ces risques assumés, comme indiqué dans la section B de ce chapitre. La section D fournit des principes supplémentaires sur les méthodes d'établissement des prix de transfert et autres dispositions applicables pour déterminer les prix de pleine concurrence et autres conditions des transactions portant sur des actifs incorporels.

B.4. Application des principes précédents à des scénarios spécifiques

6.75. Les principes énoncés dans cette section B doivent être appliqués dans diverses situations liées au développement, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation d'actifs incorporels. Une considération essentielle dans chaque cas est que les entreprises associées contribuant à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection ou à l'exploitation d'actifs incorporels dont un autre membre du groupe d'entreprises multinationales considéré est le propriétaire légal doivent recevoir une rémunération de pleine concurrence au titre des fonctions qu'ils exercent, des risques qu'ils assument et des actifs qu'ils utilisent. Pour déterminer si les entreprises associées qui exercent des fonctions ou assument des risques liés à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation d'actifs incorporels ont reçu en conséquence une rémunération de pleine concurrence, il est nécessaire d'examiner (i) l'ampleur et la nature des activités entreprises et (ii) le montant et la forme de la rémunération payée. Pour déterminer si la rémunération fournie dans le cadre de la transaction contrôlée est conforme au principe de pleine concurrence, il faut se référer à l'ampleur et à la nature des activités d'entités indépendantes comparables exerçant des fonctions similaires, à la rémunération reçue par des entités indépendantes comparables exerçant des fonctions similaires, et à la création anticipée de valeur incorporelle par des entités indépendantes comparables exerçant des fonctions similaires. Cette section décrit l'application de ces principes dans des scénarios courants.

B.4.1. Développement et amélioration d'actifs incorporels de commercialisation

6.76. Une situation courante dans laquelle ces principes doivent être appliqués se présente lorsqu'une entreprise associée avec le propriétaire légal d'une marque de fabrique exerce des fonctions de commercialisation ou de vente dont bénéficie le propriétaire légal de la marque en question, par exemple dans le cadre d'un accord de commercialisation ou d'un accord de distribution/commercialisation. Dans ce cas de figure, il est nécessaire de déterminer comment l'entité chargée de la commercialisation ou de la distribution doit être rémunérée pour ses activités. Une question importante est de savoir si l'entité chargée de la commercialisation/distribution doit être rémunérée uniquement pour avoir fourni des services de promotion et de distribution, ou si elle doit également être rémunérée pour avoir accru la valeur de la marque de fabrique considérée et d'autres actifs incorporels de commercialisation grâce aux fonctions qu'elle a exercées, aux actifs qu'elle a utilisés et aux risques qu'elle a assumés.

6.77. L'analyse de ce point passe par une évaluation (i) des obligations et droits découlant des enregistrements légaux et des accords conclus entre les parties; (ii) des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés par les parties; (iii) de la création de valeur incorporelle anticipée qui devrait résulter des activités de l'entité chargée de la commercialisation/distribution; et (iv) de la rémunération fournie pour les fonctions exercées par l'entité chargée de la commercialisation/distribution (compte tenu des actifs utilisés et des risques assumés). La situation est relativement claire lorsqu'un distributeur intervient uniquement en tant qu'agent, le propriétaire de la marque de fabrique et des autres actifs incorporels de commercialisation considérés lui remboursant ses dépenses promotionnelles tout en dirigeant et contrôlant ses activités. Dans ce cas, le distributeur a généralement droit uniquement à une rémunération correspondant à ses activités d'agent. Il n'assume pas les risques associés à la poursuite de la valorisation de la marque de fabrique et des autres actifs incorporels de commercialisation considérés, et il n'aura donc droit à aucune rémunération complémentaire à cet égard.

6.78. Lorsque le distributeur supporte effectivement le coût de ses activités de commercialisation (par exemple en l'absence de toute disposition prévoyant le remboursement des dépenses en cause par le propriétaire légal), l'analyse doit viser à déterminer dans quelle mesure le distributeur peut bénéficier d'une fraction des avantages potentiels découlant des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés actuellement ou dans l'avenir par ce distributeur. En règle générale, dans le cadre de transactions de pleine concurrence, la capacité d'une partie qui n'est pas le propriétaire légal d'une marque de fabrique et d'autres actifs incorporels de commercialisation de bénéficier des avantages découlant d'activités de commercialisation qui

accroissent la valeur de ces actifs incorporels sera principalement fonction de la nature des droits de cette partie. Par exemple, un distributeur pourra bénéficier des avantages découlant des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés par lui pour renforcer la valeur d'une marque de fabrique et d'autres actifs incorporels de commercialisation, en termes de chiffre d'affaires et de part de marché, s'il a conclu un contrat à long terme de distribution exclusive du produit de marque considéré. Dans une telle situation, il est possible que les efforts déployés par le distributeur aient accru la valeur de ses propres actifs incorporels, à savoir ses droits de distribution. Il convient alors de déterminer la part des avantages considérés revenant au distributeur sur la base de ce qu'un distributeur indépendant obtiendrait dans des circonstances comparables. Dans certains cas, un distributeur peut exercer des fonctions, utiliser des actifs ou assumer des risques allant au-delà de ce qu'un distributeur indépendant ayant des droits similaires pourrait supporter ou réaliser pour ses propres activités de distribution, et qui créent une valeur supérieure à celle créée par d'autres entités de commercialisation / distribution en situation similaire. En pareil cas, un distributeur indépendant demandera généralement une rémunération supplémentaire au propriétaire de la marque de fabrique ou des autres actifs incorporels considérés. Une telle rémunération peut prendre la forme d'une hausse des bénéfices tirés des activités de distribution (résultant d'une diminution du prix d'achat du produit considéré), d'une réduction du taux de la redevance, ou d'une part des bénéfices liés à l'augmentation de la valeur de la marque de fabrique et des autres actifs incorporels considérés, l'objectif étant de rémunérer le distributeur au titre de ses fonctions, actifs et risques, et de la création de valeur anticipée. Les exemples 8 à 13 figurant à l'annexe I au chapitre VI illustrent de façon plus détaillée l'application de la présente section B dans le contexte des accords de commercialisation et de distribution.

B.4.2. Dispositions relatives à la recherche-développement et à l'amélioration des procédés

6.79. Les principes énoncés dans les paragraphes précédents s'appliquent également aux situations dans lesquelles des fonctions de recherche-développement sont exercées par un membre d'un groupe d'entreprises multinationales en vertu de dispositions contractuelles conclues avec une entreprise associée qui est le propriétaire légal des actifs incorporels pouvant résulter de ces activités. La rémunération appropriée des services de recherche dépendra de tous les faits et circonstances du cas d'espèce, notamment du fait de savoir si l'équipe de recherche possède une expérience et des qualifications sans équivalent au regard des activités de recherche considérées, si elle assume des risques (compte tenu, par exemple, du lieu où est réalisée la recherche fondamentale), si elle utilise ses propres actifs incorporels, ou si elle est contrôlée et gérée par une autre partie. Une rémunération égale au

remboursement des dépenses augmenté d'une marge modeste ne correspondra pas à la valeur anticipée ni au prix de pleine concurrence des contributions de cette équipe de recherche dans tous les cas de figure.

6.80. Les principes énoncés dans la présente section s'appliquent également aux situations dans lesquelles un membre d'un groupe d'entreprises multinationales fournit des services de fabrication susceptibles de déboucher sur des améliorations de procédé ou de produit au nom d'une entreprise associée qui assumera la propriété légale de ces améliorations de procédé ou de produit. Les exemples 14 à 17 qui figurent à l'annexe I au chapitre VI illustrent de manière plus détaillée l'application de la présente section B dans le contexte des dispositions relatives à la recherche-développement.

B.4.3. Paiements pour l'utilisation du nom d'une société

6.81. Des questions se posent souvent concernant la rémunération de pleine concurrence à verser au titre de l'utilisation des noms de groupe, noms commerciaux et autres actifs incorporels similaires. Il convient de trancher ces questions sur la base des principes énoncés dans la présente section B et des facteurs commerciaux et juridiques en jeu. De manière générale, aucun paiement ne sera reconnu aux fins de la détermination de prix de transfert au titre de la simple prise en compte de l'appartenance à un groupe d'entreprises multinationales, ou d'une utilisation du nom du groupe considéré uniquement destinée à refléter l'appartenance à ce groupe. Voir le paragraphe 7.12.

6.82. Dès lors qu'un membre du groupe d'entreprises multinationales considéré est le propriétaire d'une marque de fabrique ou d'un autre actif incorporel au nom du groupe, et que l'utilisation de ce nom confère un avantage financier à des membres du groupe autres que celui qui est légalement propriétaire de l'actif incorporel considéré, il est raisonnable d'en conclure que cette utilisation aurait donné lieu à un paiement dans le cadre d'une transaction de pleine concurrence. De même, un tel paiement peut être approprié dès lors qu'un membre du groupe possède des éléments de survaleur concernant une activité représentée par une marque de fabrique non déposée, que l'utilisation de cette marque de fabrique par une autre partie constituerait une représentation trompeuse, et que l'utilisation de cette marque de fabrique procure un avantage financier évident à un membre du groupe autre que celui qui possède les éléments de survaleur et la marque de fabrique non déposés en question.

6.83. Pour déterminer le montant du paiement relatif à un nom de groupe, il importe de prendre en considération le montant de l'avantage financier que représente l'utilisation de ce nom pour son utilisateur, les coûts et avantages associés à d'autres options, et les contributions relatives à la valeur de ce nom du propriétaire légal, d'une part, et de l'entité utilisant ce nom, d'autre part, sous la forme de fonctions exercées, d'actifs utilisés et de risques assumés. Il

convient d'examiner avec soin les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques assumés par l'utilisateur du nom considéré qui concourent à créer ou accroître la valeur de ce nom dans sa juridiction. Les facteurs qui joueraient un rôle important dans le cadre d'une concession sous licence de ce nom à une entreprise indépendante dans des circonstances comparables, en application des principes énoncées dans les chapitres I à III, doivent être pris en compte.

6.84. Dès lors qu'une entreprise existante et florissante est acquise par une autre entreprise, et que la première commence à utiliser un nom, une marque de fabrique ou un autre élément de marque faisant référence à la seconde, il ne faut pas partir du principe que cette utilisation doit donner lieu à un paiement. Si l'on peut raisonnablement s'attendre à ce que l'entreprise achetée tire un avantage financier de l'utilisation de la marque de l'entreprise acquéreuse, le montant d'un éventuel paiement doit être déterminé en fonction du niveau de cet avantage anticipé.

6.85. Il peut également arriver que l'entreprise acquéreuse mette à profit la position occupée par l'entreprise achetée pour développer ses propres activités sur le territoire où opère cette dernière, en l'amenant à utiliser sa marque. Dans ce cas, il convient de se demander si l'acquéreur doit effectuer un paiement à l'entreprise achetée, ou la rémunérer de quelque autre manière que ce soit, pour les fonctions exercées, les risques assumés et les actifs utilisés (y compris sa position sur le marché) en rapport avec l'utilisation accrue du nom de l'acquéreur.

C. Transactions portant sur l'utilisation ou le transfert d'actifs incorporels

6.86. Aux fins de la détermination des prix de transfert, il est non seulement nécessaire d'identifier avec précision les actifs incorporels concernés dans chaque cas d'espèce, et d'identifier le propriétaire de ces actifs, mais il faut aussi identifier et qualifier correctement, au début de toute analyse de prix de transfert portant sur des actifs incorporels, les transactions contrôlées qui ont spécifiquement trait à ces actifs. Il convient d'appliquer les principes du chapitre I pour identifier et qualifier les transactions se rapportant à l'utilisation ou au transfert d'actifs incorporels. Outre les principes relatifs à l'identification de la transaction (section D.1 du chapitre I) et aux réorganisations d'entreprises (chapitre IX, en particulier la partie I), la section C du présent chapitre décrit des scénarios typiques qui peuvent être utiles pour déterminer si une transaction fait intervenir des actifs incorporels ou des droits sur des actifs incorporels. Voir l'exemple 19. La qualification d'une transaction aux fins de la détermination de prix de transfert est sans conséquence pour les éléments devant être déterminés en vertu de l'article 12 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE. Voir par exemple les paragraphes 8 à 19 du Commentaire de l'article 12 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE.

6.87. Il existe deux grandes catégories de transactions pour lesquelles l'identification et l'examen des actifs incorporels seront utiles aux fins de la détermination de prix de transfert. Il s'agit (i) des transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels et (ii) des transactions portant sur l'utilisation d'actifs incorporels en relation avec la vente de biens ou la fourniture de services.

C.1. Transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels

C.1.1. Transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels

6.88. Les droits sur des actifs incorporels eux-mêmes peuvent être transférés dans le cadre de transactions contrôlées. Ces transactions peuvent porter sur le transfert de tous les droits sur l'actif incorporel considéré (par exemple, une vente de cet actif incorporel ou la concession d'une licence exclusive d'utilisation perpétuelle de l'actif en question) ou de certains droits uniquement (par exemple, une concession de licence ou un transfert similaire de droits limités d'utilisation d'un actif incorporel, pouvant faire l'objet de restrictions géographiques, d'une limitation de durée ou de restrictions relatives au droit d'utiliser cet actif, de l'exploiter, de le reproduire, de le transférer à nouveau ou de poursuivre sa mise au point). Il convient d'appliquer les principes énoncés aux chapitres I à III aux transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels. Des principes complémentaires concernant la détermination des conditions de pleine concurrence pour ce type de transactions figurent également dans les sections D.1, D.2 et D.3 du présent chapitre.

6.89. Dans le cadre des transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels, il est essentiel d'identifier avec précision la nature des actifs incorporels ou des droits sur des actifs incorporels qui sont transférés entre des entreprises associées. Lorsque les droits transférés font l'objet de limitations, il est également essentiel de déterminer la nature de ces limitations et toute l'étendue des droits transférés. Il convient de noter à cet égard que les qualifications retenues pour les transactions ne sont aucunement déterminantes pour l'analyse des prix de transfert. Ainsi, dans le cas d'un transfert du droit exclusif d'exploitation d'un brevet dans le pays X, la décision du contribuable de qualifier cette transaction soit de vente de la totalité des droits de brevet dans le pays X, soit de concession de licence exclusive d'utilisation perpétuelle d'une partie des droits de licence mondiaux, n'a pas d'incidence sur la détermination du prix de pleine concurrence si, dans l'un ou l'autre cas, la transaction dont le prix est établi est un transfert de droits exclusifs d'exploitation du brevet dans

le pays X au cours de sa durée d'utilité résiduelle. Par conséquent, l'analyse fonctionnelle doit permettre de déterminer avec précision la nature des droits transférés sur des actifs incorporels.

6.90. Les restrictions imposées dans le cadre d'accords de licence ou d'accords similaires concernant l'utilisation d'un actif incorporel pour la mise au point de nouveaux actifs incorporels ou de nouveaux produits faisant appel à cet actif incorporel revêtent souvent une importance considérable dans une analyse de prix de transfert. Il importe donc, pour déterminer la nature d'un transfert de droits sur des actifs incorporels, de se demander si le cessionnaire reçoit le droit d'utiliser l'actif incorporel transféré aux fins de nouvelles activités de recherche-développement. Dans le cadre de transactions entre des entreprises indépendantes, il arrive qu'en vertu des dispositions adoptées, le cédant/donneur de licence conserve l'intégralité des droits sur les éventuelles améliorations de l'actif incorporel concédé sous licence qui pourraient avoir lieu au cours de la durée de la licence. On observe également des transactions entre entreprises indépendantes dans le cadre desquelles le cessionnaire/preneur de licence conserve les droits sur les éventuelles améliorations qu'il est susceptible de réaliser, soit pour la durée de la licence, soit de manière perpétuelle. La nature des éventuelles limitations concernant la poursuite de la mise au point des actifs incorporels transférés, ou la capacité du cessionnaire et du cédant de tirer un avantage économique de telles améliorations, peut avoir une incidence sur la valeur des droits transférés et la comparabilité de deux transactions portant par ailleurs sur des actifs incorporels identiques ou étroitement comparables. Ces limitations doivent être évaluées à la fois à la lumière des dispositions écrites des accords conclus et du comportement effectif des parties concernées.

6.91. Il convient d'appliquer les dispositions de la section D.1.1 du chapitre I pour déterminer la nature exacte d'une transaction portant sur un transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels, pour déterminer la nature des actifs incorporels éventuellement transférés, et pour identifier les éventuelles limitations imposées par les conditions du transfert concernant l'utilisation des actifs incorporels en question. Ainsi, même s'il est spécifié par écrit qu'une licence est non exclusive ou d'une durée limitée, l'administration fiscale ne devra pas nécessairement respecter cette spécification si celle-ci ne concorde pas avec le comportement des parties. L'exemple 18 qui figure à l'annexe I au chapitre VI illustre les dispositions de ce paragraphe.

C.1.2. Transferts de combinaisons d'actifs incorporels

6.92. Des actifs incorporels (y compris des droits limités portant sur des actifs incorporels) peuvent être transférés séparément ou en combinaison avec d'autres actifs incorporels. L'examen des transactions portant sur le transfert d'une combinaison d'actifs incorporels soulève souvent deux questions liées.

6.93. La première porte sur la nature et les conséquences économiques des interactions entre différents actifs incorporels. Il peut arriver que certains actifs incorporels aient davantage de valeur en combinaison avec d'autres actifs incorporels que séparément. Il importe donc de déterminer la nature des interactions juridiques et économiques entre les actifs incorporels qui sont transférés conjointement.

6.94. Ainsi, un produit pharmaceutique est souvent associé à trois types d'actifs incorporels, voire davantage. Le principe actif peut être protégé par un ou plusieurs brevets. Ce produit a également fait l'objet de procédures d'essai, et un organisme public de réglementation a pu délivrer une autorisation de mise sur le marché du produit en question sur un marché géographique donné et pour des indications approuvées spécifiques, sur la base des essais réalisés. Le produit peut être commercialisé sous une marque de fabrique particulière. Combinés, ces actifs incorporels peuvent avoir une valeur extrêmement élevée. Isolément, un de ces actifs ou plusieurs peuvent avoir une valeur nettement plus faible. Ainsi, la marque de fabrique sans le brevet et l'autorisation réglementaire de mise sur le marché peut avoir une valeur limitée, étant donné que le produit considéré ne pourrait être vendu sans l'autorisation de mise sur le marché, et que des produits génériques concurrents ne pourraient être exclus du marché en l'absence du brevet. De même, la valeur du brevet peut être nettement plus élevée après l'obtention d'une autorisation réglementaire de mise sur le marché qu'en l'absence de cette autorisation. Les interactions entre ces actifs de catégories différentes, ainsi que la répartition des rôles entre les parties s'agissant de l'exécution des fonctions, de la prise en charge des risques et du financement des coûts associés à la protection des actifs incorporels considérés, constituent donc des éléments très importants à prendre en compte dans une analyse de prix de transfert concernant un transfert de ces actifs incorporels. Lorsque différentes entreprises associées détiennent des droits sur les actifs incorporels utilisés, il importe d'examiner leurs contributions relatives en termes de création de valeur.

6.95. La seconde question, liée à la première, tient à l'importance de veiller à ce que tous les actifs incorporels transférés dans le cadre d'une transaction particulière aient été identifiés. Il peut arriver, par exemple, que des actifs incorporels soient tellement interdépendants qu'il est fondamentalement impossible de transférer l'un sans transférer l'autre. De fait, il est fréquent que le transfert d'un actif incorporel passe nécessairement par celui d'autres actifs incorporels. Dans ce cas, il importe d'identifier tous les actifs incorporels mis à la disposition du cessionnaire en conséquence d'un transfert d'actifs incorporels, en appliquant les principes énoncés dans la section D.1 du chapitre I. Ainsi, le transfert de droits d'utilisation d'une marque de fabrique dans le cadre d'un accord de licence s'accompagne généralement de la concession sous licence de la valeur de notoriété, parfois qualifiée de survaleur, associée à cette marque de fabrique, sachant que cette survaleur a

été créée par le cédant. Tout droit de licence exigé devra être déterminé à la fois sur la base de la marque de fabrique et de la valeur de notoriété qui lui est associée. L'exemple 20 qui figure à l'annexe I au chapitre VI illustre les principes énoncés dans ce paragraphe.

6.96. Il importe d'identifier les situations dans lesquelles des contribuables ou des administrations fiscales peuvent tenter de dissocier artificiellement des actifs incorporels qui, pour des raisons de fond, ne seraient pas dissociés par des parties indépendantes dans des circonstances comparables. Ainsi, il convient d'identifier les tentatives de dissocier artificiellement une marque de fabrique ou un nom commercial de la survalueur ou de la valeur de notoriété qui est de fait associée à cette marque de fabrique ou à ce nom commercial, et de procéder à une analyse critique de ces tentatives. L'exemple 21 qui figure à l'annexe I au chapitre VI illustre les principes énoncés dans ce paragraphe.

6.97. Il convient de reconnaître que le processus d'identification de tous les actifs incorporels transférés dans le cadre d'une transaction particulière consiste à identifier, en se fondant sur les accords écrits pertinents et le comportement effectif des parties, les transactions effectives ayant eu lieu, en appliquant les principes énoncés dans la section D.1 du chapitre I.

C.1.3. Transferts d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels combinés à d'autres transactions commerciales

6.98. Dans certaines situations, des actifs incorporels ou des droits sur des actifs incorporels peuvent être transférés avec des actifs industriels ou commerciaux, ou avec des services. Il importe alors de déterminer si des actifs incorporels ont effectivement été transférés en relation avec la transaction considérée. Il importe également que tous les actifs incorporels transférés en relation avec une transaction particulière soient identifiés et pris en compte lors de l'analyse des prix de transfert. Les exemples 23 à 25 qui figurent à l'annexe I au chapitre VI illustrent les principes énoncés dans ce paragraphe.

6.99. Dans certaines situations, il peut s'avérer à la fois possible et approprié de dissocier les transactions relatives à des biens corporels ou des services des transferts d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels aux fins de la réalisation d'une analyse des prix de transfert. Dans ces situations, il convient de décomposer le prix d'un contrat global pour confirmer que chaque élément de la transaction est conforme au principe de pleine concurrence. Dans d'autres situations, des transactions peuvent être si étroitement liées qu'il sera difficile de dissocier les transactions relatives à des biens corporels ou des services des transferts d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels. La fiabilité des comparables disponibles constituera un facteur important à prendre en compte pour déterminer si des transactions doivent être combinées ou dissociées. Il importe en particulier de déterminer si les

comparables disponibles permettent une évaluation précise des interactions entre les transactions considérées.

6.100. L'existence d'un accord de franchise constitue une situation dans laquelle des transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels peuvent être combinées avec d'autres transactions. En vertu d'un accord de franchise, un membre d'un groupe d'entreprises multinationales peut accepter de fournir une combinaison de services et d'actifs incorporels à une entreprise associée en contrepartie d'une redevance unique. Si les services et les actifs incorporels fournis dans le cadre d'un tel accord sont suffisamment spécifiques pour qu'il soit impossible d'identifier des comparables fiables pour l'ensemble constitué par les services et les actifs incorporels en question, il peut s'avérer nécessaire de dissocier les différents éléments de cet ensemble de services et d'actifs incorporels, pour les examiner séparément aux fins de la détermination des prix de transfert. Il convient cependant de garder à l'esprit que les interactions entre divers actifs incorporels et services peuvent accroître leurs valeurs respectives.

6.101. Dans d'autres situations, la fourniture d'un service et le transfert d'un ou plusieurs actifs incorporels peuvent être si étroitement interdépendants qu'il est difficile de dissocier les transactions aux fins d'analyse des prix de transfert. Ainsi, certains transferts de droits sur des logiciels peuvent être combinés avec l'engagement du cédant de fournir des services de maintenance permanente des logiciels, qui peuvent inclure des mises à jour périodiques. Dans les situations où des services et des transferts d'actifs incorporels sont interdépendants, il peut être nécessaire de déterminer les prix de pleine concurrence sur une base globale.

6.102. Il convient de souligner que l'identification retenue pour la transaction considérée, à savoir la fourniture de biens ou services, le transfert d'actifs incorporels ou la combinaison des deux, n'impose pas nécessairement l'utilisation d'une méthode particulière de détermination des prix de transfert. Ainsi, l'application de la méthode du coût majoré ne conviendra pas à toutes les transactions relatives à des services, et les transactions relatives à des actifs incorporels ne nécessitent pas toutes des évaluations complexes ou l'application de la méthode du partage des bénéfices. Les faits de chaque cas d'espèce, et les résultats de l'analyse fonctionnelle requise, détermineront la façon dont les transactions sont combinées, identifiées et analysées aux fins de la détermination des prix de transfert, ainsi que la sélection de la méthode d'établissement des prix de transfert la plus appropriée au cas d'espèce. L'objectif visé *in fine* est de déterminer les prix et autres conditions pertinentes qui seraient fixés entre des entreprises indépendantes dans le cadre de transactions comparables.

6.103. En outre, il convient également de souligner que pour déterminer si des transactions doivent être combinées ou dissociées aux fins d'analyse,

il faut généralement identifier la transaction effectivement intervenue, sur la base des accords écrits ayant été conclus et du comportement effectif des parties concernées. L'identification de la transaction effectivement intervenue constitue une condition nécessaire pour déterminer la méthode d'établissement des prix de transfert la plus appropriée au cas d'espèce.

C.2. Transactions portant sur l'utilisation d'actifs incorporels en relation avec la vente de biens ou la fourniture de services

6.104. Des actifs incorporels peuvent être utilisés en relation avec des transactions contrôlées dans des situations où il n'y a pas de transfert de l'actif incorporel considéré ni des droits sur cet actif incorporel. Ainsi, des actifs incorporels peuvent être utilisés par une des parties à une transaction contrôlée, ou les deux, en relation avec la fabrication de biens vendus à une entreprise associée, en relation avec la commercialisation de biens achetés à une entreprise associée, ou en relation avec la prestation de services au nom d'une entreprise associée. La nature d'une telle transaction doit être clairement spécifiée, et tout actif incorporel pertinent utilisé par l'une ou l'autre des parties en relation avec cette transaction contrôlée doit être identifié et pris en compte dans le cadre de l'analyse de comparabilité, de la sélection et de l'application de la méthode de détermination des prix de transfert la plus appropriée à la transaction considérée, et du choix de la partie testée. Des principes supplémentaires concernant la détermination des conditions de pleine concurrence pour les transactions portant sur l'utilisation d'actifs incorporels en relation avec la vente de biens ou la prestation de services figurent dans les sections D.1 et D.4 du présent chapitre.

6.105. L'exemple suivant illustre la nécessité d'examiner l'utilisation d'actifs incorporels par une partie à une transaction contrôlée portant sur une vente de biens. Supposons qu'un constructeur automobile utilise des brevets exclusifs de valeur pour fabriquer des voitures, qu'il vend ensuite à des distributeurs associés. Supposons que ces brevets contribuent de manière importante à la valeur des véhicules automobiles en question. Ces brevets et leur contribution en termes de valeur doivent être identifiés et pris en compte dans le cadre de l'analyse de comparabilité de la transaction consistant en la vente des voitures par le constructeur automobile à ses distributeurs associés, de la sélection de la méthode de détermination des prix de transfert la plus appropriée à cette transaction, et de la sélection de la partie testée. Les distributeurs associés qui achètent les voitures n'acquièrent cependant aucun droit sur les brevets du constructeur. Dans ce cas, les brevets sont utilisés dans le cadre de l'activité de fabrication et peuvent influencer sur la valeur des véhicules automobiles, mais les brevets eux-mêmes ne sont pas transférés.

6.106. Un autre exemple permet d'illustrer l'utilisation d'actifs incorporels en relation avec une transaction contrôlée. Supposons qu'une société d'exploration

ait acquis ou élaboré des données et analyses géologiques de valeur, ainsi qu'un savoir-faire et un logiciel d'exploration complexe. Supposons en outre qu'elle utilise ces actifs incorporels pour fournir des services d'exploration à une entreprise associée. Ces actifs incorporels doivent être identifiés et pris en compte dans le cadre de l'analyse de comparabilité des transactions relatives à ces services entre la société d'exploration et l'entreprise associée, de la sélection de la méthode de détermination des prix de transfert la plus appropriée à la transaction considérée, et de la sélection de la partie testée. Si l'on suppose que l'entreprise associée à la société d'exploration n'acquiert aucun droit sur les actifs incorporels de ladite société, ces actifs incorporels sont utilisés pour la fourniture de services et peuvent influencer sur la valeur de ces services, mais ils ne sont pas transférés.

D. Principes supplémentaires pour déterminer les conditions de pleine concurrence dans le cas de transactions portant sur des actifs incorporels

6.107. Après avoir identifié les transactions portant sur des actifs incorporels, en identifiant expressément les actifs concernés, et avoir déterminé la ou les entités légalement propriétaires de ces actifs, ainsi que les entités apportant une contribution à la valeur de ceux-ci, il devrait être possible de déterminer les conditions de pleine concurrence pour les transactions considérées. Les prescriptions énoncées aux chapitres I à III des présents Principes devraient être appliquées pour déterminer les conditions de pleine concurrence dans le cas de transactions portant sur des actifs incorporels. En particulier, le processus en neuf étapes décrit au paragraphe 3.4 peut s'avérer utile pour déterminer les conditions de pleine concurrence dans le cas de telles transactions. Afin de conduire une analyse de comparabilité conformément aux principes du chapitre III et au processus décrit au paragraphe 3.4, il est essentiel de prendre en compte les principes exposés dans les sections A, B et C du présent chapitre VI.

6.108. Les principes exposés dans les chapitres I à III peuvent toutefois se révéler difficiles à appliquer lorsque les transactions contrôlées portent sur des actifs incorporels. Ces actifs peuvent présenter un caractère spécifique compliquant la recherche de comparables et, parfois, la détermination de la valeur au moment de la transaction. En outre, dans certains cas, des entreprises associées, pour des raisons commerciales tout à fait légitimes tenant aux liens existant entre elles, peuvent réaliser des transactions portant sur des actifs incorporels selon des modalités que des entreprises indépendantes n'envisageraient pas (voir paragraphe 1.11). L'utilisation ou le transfert d'actifs incorporels peut soulever des problèmes complexes concernant la comparabilité, le choix des méthodes de prix de transfert et la détermination des conditions de pleine concurrence pour les transactions.

La présente section D fournit des principes supplémentaires concernant l'application des principes exposés dans les chapitres I – III pour déterminer les conditions de pleine concurrence dans le cas de transactions portant sur des actifs incorporels.

6.109. La section D.1 présente des principes supplémentaires généraux concernant toutes les transactions portant sur des actifs incorporels. La section D.2 expose des principes supplémentaires particuliers destinés aux transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels. La section D.3 rassemble des principes supplémentaires concernant le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels dont la valeur est très incertaine au moment de la transaction. Enfin, la section D.4 fournit une approche pour la fixation du prix des actifs incorporels difficiles à valoriser et la section D.5 présente des principes supplémentaires relatifs aux transactions portant sur l'utilisation d'actifs incorporels en lien avec la vente de biens ou services sans transfert de droits sur ces actifs.

D.1. Principes généraux applicables aux transactions portant sur des actifs incorporels

6.110. La section D du chapitre I et le chapitre III présentent des principes à prendre en compte ainsi que le processus recommandé pour réaliser une analyse de comparabilité. Les prescriptions énoncées dans ces sections des Principes s'appliquent à toutes les transactions contrôlées portant sur des actifs incorporels.

6.111. La mise en application des prescriptions énoncées dans les Principes concernant le contenu d'une analyse de comparabilité et le processus correspondant dans le cas d'une transaction portant sur des actifs incorporels suppose la prise en compte, lors de l'analyse des prix de transfert, des options réalistes qui s'offrent à chacune des parties à la transaction.

6.112. La prise en compte des options réalistes qui s'offrent aux parties à la transaction conduit à examiner le point de vue de chaque partie à la transaction. Une analyse de comparabilité centrée uniquement sur l'une des parties à la transaction ne fournit pas, en règle générale, les éléments requis aux fins de l'évaluation d'une transaction portant sur des actifs incorporels (y compris lorsqu'une méthode unilatérale de fixation de prix de transfert est finalement retenue).

6.113. S'il importe de tenir compte, lors de l'analyse de comparabilité, du point de vue des deux parties à la transaction, les circonstances économiques propres à l'une des parties ne devraient pas être utilisées pour imposer une conclusion contraire aux options réalistes offertes à l'autre partie. Par exemple, on ne devrait pas attendre d'un cédant qu'il accepte de vendre tout ou partie de ses droits sur un actif incorporel à un prix moins avantageux pour lui que ses

autres options réalistes (y compris la non-cession de ces droits), simplement parce que l'entreprise associée cessionnaire manque des ressources requises pour l'exploitation efficace des droits ainsi cédés. De même, on ne devrait pas attendre d'un cessionnaire qu'il accepte d'acquérir des droits sur un ou plusieurs actifs incorporels à un prix auquel il serait impossible pour lui d'envisager une exploitation rentable par son entreprise des droits ainsi acquis. Cette situation serait en effet moins favorable pour le cessionnaire que l'option réaliste qui s'offre à lui de renoncer à acquérir les droits.

6.114. Il sera souvent possible d'identifier, pour une transaction portant sur des actifs incorporels, un prix conforme aux options réalistes offertes à chacune des parties. L'existence d'un tel prix répond au principe selon lequel les groupes d'entreprises multinationales cherchent à optimiser l'allocation de leurs ressources. Lorsque le prix minimum acceptable par le cédant, compte tenu des options réalistes qui lui sont offertes, est supérieur au prix maximum acceptable par le cessionnaire, compte tenu des options réalistes dont ce dernier dispose, il peut être nécessaire d'examiner s'il convient soit de renoncer à la transaction au titre du principe de non-reconnaissance de la section D.2 du chapitre I, soit de modifier autrement les modalités de la transaction. De même, lorsqu'il est avancé que l'utilisation actuelle d'un actif incorporel ou qu'une option réaliste envisagée (telle qu'une autre utilisation de l'actif concerné) ne permet pas d'optimiser l'allocation des ressources, il pourrait être nécessaire d'examiner si ces affirmations sont compatibles avec les circonstances réelles du cas d'espèce. Ces discussions soulignent l'importance de prendre en compte l'ensemble des faits et circonstances entourant l'identification d'une transaction portant sur des actifs incorporels.

D.2. Principes supplémentaires relatifs aux transferts d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels

6.115. Cette section fournit des principes supplémentaires en réponse aux difficultés propres aux transferts d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels entre entreprises associées. Ces transactions recouvrent notamment les ventes d'actifs incorporels ainsi que les transactions économiquement équivalentes à une vente. Ces transactions peuvent aussi porter sur la concession de droits sur un ou plusieurs actifs incorporels ou sur une opération similaire. La finalité de cette section n'est pas de fournir des instructions exhaustives en matière de fixation des prix de transfert pour les actifs incorporels. Cette section complète les dispositions applicables par ailleurs énoncées aux chapitres I à III et les principes figurant dans les sections A, B, C et D.1 du présent chapitre, dans le cas de transferts d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels, en fournissant des principes adaptés aux difficultés particulières fréquemment soulevées par ces transferts.

D.2.1. Comparabilité des actifs incorporels ou des droits sur les actifs incorporels

6.116. Lors de la mise en application des dispositions des chapitres I à III dans le cas d'une transaction portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels, il convient de reconnaître que de nombreux actifs incorporels présentent des caractéristiques spécifiques en vertu desquelles les revenus et bénéfices futurs pourront différer grandement. Il est donc essentiel de tenir compte des caractéristiques spécifiques des actifs incorporels lors de la réalisation d'une analyse de comparabilité portant sur un transfert de tels actifs. Cela est particulièrement important si la méthode de prix de transfert retenue comme étant la plus appropriée est la méthode du prix comparable ou une autre méthode utilisant des comparables. Dans le cas du transfert d'un actif incorporel ou de droits sur un actif incorporel fournissant à l'entreprise un avantage compétitif unique sur le marché, les transactions ou actifs incorporels réputés comparables doivent être analysés attentivement. Il est essentiel de s'assurer que les comparables identifiés offrent dans les faits un potentiel de bénéfices similaire.

6.117. Les paragraphes suivants exposent certaines des caractéristiques propres aux actifs incorporels qui peuvent être pertinentes en vue d'une analyse de comparabilité portant sur des transferts d'actifs incorporels ou de droits sur de tels actifs. La liste proposée ci-après n'est pas exhaustive et, selon le cas d'espèce, la prise en compte de facteurs supplémentaires ou différents pourra s'avérer essentielle pour réaliser une analyse de comparabilité.

D.2.1.1. Exclusivité

6.118. La nature exclusive ou non exclusive des droits sur les actifs incorporels qui font l'objet d'une transaction portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels peut être un élément de comparabilité important. Dans certains cas, le propriétaire légal d'un actif incorporel est en droit d'exclure des tiers de l'utilisation de cet actif. Par exemple, un brevet est assorti d'un droit exclusif, valable plusieurs années, d'utiliser l'invention brevetée. Si une partie qui contrôle des droits sur des actifs incorporels peut exclure d'autres entreprises du marché, ou leur interdire l'utilisation d'actifs incorporels qui procurent un avantage commercial, elle peut disposer d'un niveau élevé de pouvoir ou d'influence sur le marché. Une partie qui détient des droits non exclusifs sur des actifs incorporels n'est pas en mesure d'exclure tous les concurrents et ne dispose pas, en règle générale, d'un tel niveau de pouvoir ou d'influence sur le marché. Il importe donc de tenir compte, aux fins d'une analyse de comparabilité, de la nature exclusive ou non exclusive des droits sur les actifs incorporels.

D.2.1.2. Portée et durée de la protection juridique

6.119. La portée et durée de la protection juridique des actifs incorporels concernés par un transfert peuvent être des éléments de comparabilité importants. Les protections juridiques associées à certains actifs incorporels peuvent empêcher les concurrents d'une entreprise d'entrer sur un marché donné. Dans le cas d'autres catégories d'actifs incorporels, comme le savoir-faire ou les secrets industriels ou commerciaux, les protections juridiques peuvent être d'une nature différente et se révéler moins efficaces ou moins durables. Si les actifs incorporels ont une durée d'utilité réduite, la durée des protections juridiques peut être un élément pertinent, la durée des droits sur les actifs incorporels ayant une incidence sur les attentes des parties à la transaction en matière de bénéfices générés par l'exploitation des actifs concernés. Par exemple, deux brevets par ailleurs comparables n'ont pas la même valeur si l'un expire après douze mois tandis que l'autre demeure valable dix ans.

D.2.1.3. Couverture géographique

6.120. La couverture géographique des actifs incorporels ou des droits sur des actifs incorporels est un élément de comparabilité important. Selon la nature des produits, des actifs incorporels et des marchés concernés, la concession de droits mondiaux sur des actifs incorporels peut avoir une valeur supérieure à une concession de droits limités à une ou plusieurs juridictions.

D.2.1.4. Durée d'utilité

6.121. De nombreux actifs incorporels ont une durée d'utilité réduite. Comme indiqué plus haut, la durée d'utilité d'un actif incorporel peut dépendre de la nature et de la durée des protections juridiques qui lui sont associées. Parmi les autres facteurs qui influencent la durée d'utilité de certains actifs incorporels figurent le rythme des évolutions technologiques dans le secteur concerné et l'apparition de produits nouveaux et potentiellement améliorés. Dans certains cas, la durée d'utilité d'un actif incorporel peut être prolongée.

6.122. Lors de la réalisation d'une analyse de comparabilité, il conviendra donc de tenir compte de la durée d'utilité prévisionnelle des actifs incorporels concernés. En règle générale, et toutes choses étant égales par ailleurs, les actifs incorporels devant procurer des avantages commerciaux sur une période plus longue se verront attribuer une valeur plus élevée que d'autres actifs incorporels similaires mais procurant ces avantages sur une période plus courte. En outre, l'évaluation de la durée d'utilité d'un actif incorporel doit également tenir compte de l'utilisation qui est faite de cet actif. La durée d'utilité d'un actif incorporel qui sous-tend des activités continues de recherche-développement peut ainsi s'étendre au-delà de la vie commerciale de la première génération de produits liés à cet actif incorporel.

D.2.1.5. Avancement du développement

6.123. L'avancement du développement de certains actifs incorporels peut être un critère pertinent aux fins d'une analyse de comparabilité. Il est fréquent qu'un actif incorporel soit transféré dans le cadre d'une transaction contrôlée avant même que la viabilité commerciale des produits qui lui sont liés ait été démontrée. L'industrie pharmaceutique est un exemple souvent cité, puisqu'un composé chimique peut être breveté et les brevets correspondants (ou les droits d'utilisation de ces brevets) peuvent être transférés dans le cadre d'une transaction contrôlée bien avant que les activités de recherche-développement et les essais aient démontré que ce composé chimique permet un traitement sûr et efficace d'une pathologie donnée.

6.124. En règle générale, les actifs incorporels liés à des produits dont la viabilité commerciale est établie se verront attribuer une valeur plus élevée que d'autres actifs incorporels par ailleurs comparables mais liés à des produits dont la viabilité commerciale reste à démontrer. Lors d'une analyse de comparabilité portant sur des actifs incorporels en cours de mise au point, il convient d'évaluer la probabilité que les phases ultérieures de leur mise au point permettent de générer des retombées commerciales importantes dans le futur. Dans certains cas, il est utile de consulter les données sectorielles concernant les risques associés aux phases ultérieures de mise au point des actifs. En tout état de cause, les circonstances propres au cas d'espèce doivent être prises en compte.

D.2.1.6. Droits relatifs aux améliorations, révisions et mises à jour

6.125. Les droits des parties sur les améliorations, révisions et mises à jour relatives aux actifs incorporels constituent souvent un élément important aux fins d'une analyse de comparabilité portant sur ces actifs. Les produits protégés par des actifs incorporels peuvent, dans certains secteurs, devenir relativement vite obsolètes ou non compétitifs en l'absence d'efforts continus de mise au point et d'amélioration des actifs incorporels concernés. Par conséquent, un accès aux mises à jour et aux améliorations peut permettre de transformer des avantages de court terme tirés des actifs incorporels en avantages sur un plus long terme. En vue d'une analyse de comparabilité, il importe donc de préciser si une concession de droits sur des actifs incorporels inclut ou non un accès aux améliorations, révisions et mises à jour relatives aux actifs concernés.

6.126. Une question très similaire, souvent importante en vue d'une analyse de comparabilité, consiste à savoir si le cessionnaire d'actifs incorporels obtient le droit d'utiliser ces actifs dans le cadre d'activités de recherche destinées à mettre au point des actifs nouveaux et améliorés. Par exemple, le droit d'utiliser une plate-forme logicielle existante comme point de départ

pour développer de nouveaux produits logiciels peut raccourcir les délais de mise au point et permettre à une entreprise d'être la première à commercialiser un nouveau produit ou une nouvelle application, plutôt que de rejoindre un marché déjà occupé par des produits concurrents. Il importe donc, en vue d'une analyse de comparabilité portant sur des actifs incorporels, de tenir compte des droits des parties à utiliser ces actifs pour mettre au point des versions nouvelles et améliorées de leurs produits.

D.2.1.7. Avantages escomptés

6.127. Les différentes questions de comparabilité examinées ci-après influent sur les anticipations des parties à la transaction quant aux avantages que procurera l'utilisation des actifs incorporels considérés. Lorsque les avantages escomptés de l'utilisation de deux actifs incorporels diffèrent largement, il est difficile de considérer ces deux actifs comme suffisamment comparables aux fins d'une analyse de prix de transfert à défaut d'ajustements de comparabilité fiables. En particulier, la rentabilité réelle et potentielle des produits, existants ou à venir, qui sont liés à un actif incorporel doit entrer en ligne de compte. Il est peu probable que des actifs incorporels liés à des produits ou services offrant une rentabilité élevée puissent être comparés à d'autres actifs incorporels liés à des produits ou services dont la rentabilité est simplement égale à la moyenne du secteur. Tous les facteurs ayant une influence sensible sur les avantages que les parties à une transaction contrôlée pensent retirer d'un actif incorporel doivent être pris en compte lors de la réalisation d'une analyse de comparabilité.

D.2.2. Comparaison des risques dans les cas de transferts d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels

6.128. En vue d'une analyse de comparabilité portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels, il convient de tenir compte des risques liés à la probabilité d'obtenir des avantages économiques issus des actifs incorporels, et d'analyser la répartition des risques entre les parties selon le cadre défini à la section D.1.2 du chapitre I. Les catégories de risques décrites ci-après devraient, notamment, entrer en ligne de compte pour décider si des transferts d'actifs incorporels ou de combinaisons d'actifs incorporels sont des transactions comparables, et si des actifs incorporels eux-mêmes sont comparables.

- Risques liés à l'évolution future des actifs incorporels. Les questions soulevées ici sont les suivantes : les actifs incorporels sont-ils à ce jour liés à des produits commercialement viables et pourraient-ils l'être à l'avenir ? quel est le coût prévisionnel des futures activités de mise au point et de tests ? quelle est la probabilité que ces activités soient

couronnées de succès? et d'autres questions similaires. Il importe particulièrement de tenir compte des risques propres à la phase de mise au point lorsque les transactions portent sur le transfert d'actifs incorporels en cours de mise au point.

- Risques liés à l'obsolescence des produits et à la perte de valeur des actifs incorporels. Cette catégorie de risques renvoie à la probabilité que des concurrents lancent à l'avenir des produits et des services pouvant réduire de manière significative le marché des produits liés aux actifs incorporels soumis à l'analyse.
- Risques liés aux violations de droits sur des actifs incorporels. Cette catégorie de risques suppose d'évaluer plusieurs éléments : la probabilité que des tiers obtiennent gain de cause après avoir fait valoir que des produits liés à des actifs incorporels portent atteinte à leurs propres droits sur des actifs incorporels; le montant des frais probablement supportés pour se défendre en cas de poursuites de cette nature; la probabilité que le titulaire de droits sur des actifs incorporels parvienne effectivement à empêcher des tiers de porter atteinte à ses droits; le risque que des produits de contrefaçon n'abaissent la rentabilité des marchés visés; et la probabilité que des dommages-intérêts importants soient accordés en cas de violation des droits.
- Responsabilité au titre des produits et risques similaires liés à l'utilisation future des actifs incorporels.

D.2.3. Ajustements de comparabilité concernant des transferts d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels

6.129. Les prescriptions énoncées aux paragraphes 3.47 à 3.54 relatives aux ajustements de comparabilité s'appliquent aux transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels. Il importe de noter que les différences entre actifs incorporels peuvent avoir des conséquences économiques significatives et qu'il peut être difficile de réaliser de manière fiable l'ajustement requis. En particulier, lorsque les montants associés aux ajustements de comparabilité représentent un pourcentage élevé du prix de l'actif incorporel transféré, il peut être fondé de penser, selon les circonstances particulières du cas d'espèce, que le calcul de l'ajustement n'est pas fiable et que les actifs incorporels retenus ne sont en fait pas suffisamment comparables pour être pris en compte aux fins d'une analyse de prix de transfert valable. Si aucun ajustement de comparabilité fiable n'est possible, il peut être nécessaire de choisir une méthode de prix de transfert moins dépendante de l'identification d'actifs incorporels comparables ou de transactions comparables.

D.2.4. Utilisation de comparables issus de bases de données

6.130. La comparabilité et la possibilité de réaliser des ajustements de comparabilité revêtent une importance particulière dans l'examen des actifs incorporels potentiellement comparables et des taux de redevance tirés de bases de données commerciales ou de recueils spécifiques de contrats de licence ou d'accords similaires accessibles au public. Les principes énoncés à la section A.4.3.1 du chapitre III s'appliquent pleinement pour évaluer l'intérêt des transactions répertoriées dans ces sources. Il importe notamment d'évaluer si les informations publiques issues de bases de données du commerce et de recueils spécifiques sont suffisamment détaillées pour permettre d'évaluer les caractéristiques particulières des actifs incorporels qui peuvent s'avérer importantes dans la réalisation d'une analyse de comparabilité. Lors de l'examen de contrats de licence comparables issus de bases de données, les circonstances propres au cas d'espèce, y compris la méthodologie appliquée, doivent entrer en ligne de compte à la lumière des dispositions du paragraphe 3.38.

D.2.5. Sélection de la méthode de prix de transfert la plus appropriée aux transactions portant sur un transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels

6.131. Les prescriptions prévues par les présents Principes concernant le choix de la méthode de prix de transfert la plus appropriée aux circonstances du cas d'espèce sont énoncées aux paragraphes 2.1 à 2.12. Ces principes s'appliquent pleinement aux cas portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels. Lors de la sélection de la méthode de prix de transfert la plus appropriée aux transactions portant sur un transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels, il convient d'accorder une attention particulière aux éléments suivants : (i) la nature des actifs incorporels concernés ; (ii) les difficultés rencontrées fréquemment, voire le plus souvent, pour identifier des transactions sur le marché libre et des actifs incorporels potentiellement comparables ; et (iii) la difficulté à appliquer certaines méthodes de prix de transfert décrites au chapitre II à des transactions portant sur un transfert d'actifs incorporels. Les questions examinées ci-après revêtent une importance particulière dans la sélection des méthodes de prix de transfert conformément aux Principes.

6.132. Lors de l'application des principes énoncés aux paragraphes 2.1 à 2.12 à des transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels, il importe de souligner que des transactions structurées de manière différente peuvent avoir des conséquences économiques similaires. Par exemple, la fourniture d'un service utilisant des actifs incorporels peut avoir des conséquences économiques très similaires à celles d'une transaction portant sur un transfert d'actif incorporel (ou de droits sur un actif incorporel) puisque, dans les deux cas, la valeur de l'actif incorporel peut être transmise

au cessionnaire. En conséquence, lors de la sélection de la méthode de prix de transfert la plus appropriée à une transaction portant sur un transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels, il importe de prendre en compte les conséquences économiques de la transaction, plutôt que de suivre une classification arbitraire.

6.133. Ce chapitre établit clairement que, dans le cas de transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels, il est important de ne pas considérer simplement que la totalité du bénéfice résiduel, obtenu après déduction de revenus limités correspondant à la rémunération des fonctions exercées, devrait nécessairement être attribuée au propriétaire des actifs incorporels. La sélection de la méthode de prix de transfert la plus appropriée devrait s'appuyer sur une analyse fonctionnelle permettant une compréhension claire des processus opérationnels à l'échelle mondiale de l'entreprise multinationale concernée et de la manière dont les actifs incorporels transférés interagissent avec d'autres fonctions, actifs et risques constitutifs du fonctionnement à l'échelle mondiale de l'entreprise. L'analyse fonctionnelle devrait identifier les facteurs de création de valeur, qui peuvent notamment inclure les risques encourus, les caractéristiques du marché, le lieu considéré, les stratégies d'entreprise ou les synergies obtenues au sein d'un groupe d'entreprises multinationales. Tous les facteurs pertinents ayant une contribution significative à la création de valeur devraient entrer en ligne de compte lors de la sélection de la méthode de prix de transfert et lors de tout ajustement apporté à cette méthode sur le fondement de l'analyse de comparabilité.

6.134. Les principes énoncés aux paragraphes 2.12, 3.58 et 3.59 concernant l'utilisation de plusieurs méthodes de prix de transfert sont applicables aux transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels.

6.135. Les paragraphes 3.9 à 3.12 et le paragraphe 3.37 fournissent des principes relatifs à l'agrégation de transactions aux fins d'une analyse de prix de transfert. Ces principes s'appliquent pleinement aux transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels et sont complétés par les principes énoncés à la section C du présent chapitre. De fait, les transferts d'actifs incorporels concernent souvent un ensemble d'actifs incorporels, ou sont souvent associés à des transactions portant sur une vente de biens ou sur une prestation de services. Dans ce cas, l'analyse de prix de transfert la plus pertinente est probablement celle qui tient compte des relations étroites entre les différentes transactions agrégées de manière à améliorer la fiabilité de l'analyse.

D.2.6. Principes supplémentaires sur les méthodes de prix de transfert dans le cas de transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels

6.136. Selon les circonstances spécifiques du cas d'espèce, chacune des cinq méthodes de prix de transfert de l'OCDE décrites au chapitre II peut s'avérer être la plus appropriée lorsque la transaction porte sur le transfert contrôlé d'un ou de plusieurs actifs incorporels. Le recours à des méthodes alternatives peut également être approprié.

6.137. Lorsque l'analyse de comparabilité identifie des informations fiables concernant des transactions comparables sur le marché libre, la fixation de prix de pleine concurrence pour le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels peut s'appuyer sur ces comparables, après avoir apporté les ajustements appropriés et fiables.

6.138. Toutefois, l'analyse de comparabilité (notamment l'analyse fonctionnelle) relative à des transferts d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels révélera souvent l'absence de transactions comparables sur le marché libre permettant d'établir le prix de pleine concurrence et les autres conditions d'une transaction. C'est le cas en particulier lorsque les actifs incorporels concernés présentent des caractéristiques uniques, ou s'ils revêtent une importance telle qu'ils ne sont transférés qu'entre entreprises associées. D'autres facteurs peuvent conduire à la même conclusion, en particulier l'absence de données disponibles concernant des transactions potentiellement comparables. Malgré les difficultés liées au manque de comparables fiables, il est généralement possible de fixer le prix de pleine concurrence et les autres conditions d'une transaction contrôlée.

6.139. Lorsqu'il est impossible d'identifier des informations fiables concernant des transactions comparables sur le marché libre, le principe de pleine concurrence conduit à appliquer une autre méthode de calcul du prix dont des tiers indépendants auraient convenu dans des circonstances comparables. En vue de ce calcul, les éléments suivants doivent entrer en ligne de compte :

- les fonctions exercées, les actifs détenus et les risques assumés par les parties à la transaction ;
- les motivations opérationnelles qui ont motivé la réalisation de la transaction ;
- les perspectives de chaque partie à la transaction et les options réalistes qui s'offrent à elle ;
- les avantages concurrentiels conférés par les actifs incorporels, notamment la rentabilité relative des produits et services, existants ou potentiels, liés aux actifs incorporels ;

- les avantages économiques escomptés de la réalisation de la transaction ;
- d'autres facteurs de comparabilité, tels que les caractéristiques des marchés locaux, les économies de localisation, le collectif de travail et les synergies obtenues au sein d'un groupe d'entreprises multinationales.

6.140. Lors de l'identification des prix et des autres conditions dont auraient convenu des tiers indépendants dans des circonstances comparables, il importe souvent d'identifier avec soin les aspects caractéristiques d'une transaction contrôlée qui découlent de la relation entre les parties. Les entreprises associées ne sont pas tenues de structurer leurs transactions précisément selon les modalités que des tiers indépendants auraient retenues. Toutefois, lorsque les modalités adoptées par des entreprises associées pour structurer leurs transactions diffèrent de celles habituellement retenues par des tiers indépendants, il convient de tenir compte des effets de ces structures sur les prix et les autres conditions des transactions dont des tiers indépendants auraient convenu dans des circonstances comparables, afin d'évaluer les avantages potentiellement retirés par chacune des parties dans des conditions de pleine concurrence.

6.141. Une attention particulière est de mise dans l'application de certaines méthodes de prix de transfert de l'OCDE à des transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels. Les méthodes unilatérales, y compris la méthode du prix de revente et la méthode transactionnelle de la marge nette, ne sont pas, en règle générale, des méthodes fiables aux fins de la valorisation directe d'actifs incorporels. Ces approches peuvent quelquefois être utilisées pour valoriser indirectement des actifs incorporels, en les utilisant pour attribuer à certaines fonctions des valeurs à partir desquelles est déduite la valeur résiduelle des actifs incorporels. Cependant, il est alors important de garder à l'esprit les principes exposés au paragraphe 6.133 et de veiller à ce que la totalité des fonctions, risques, actifs et autres facteurs contribuant à la génération de revenus soit correctement identifiée et évaluée.

6.142. L'utilisation de méthodes de prix de transfert cherchant à estimer la valeur d'un actif incorporel à partir du coût de mise au point de cet actif est généralement déconseillée. En effet, le coût de mise au point d'un actif incorporel est rarement corrélé avec sa valeur et son prix de transfert ultérieurs. En conséquence, il convient habituellement de renoncer aux méthodes de fixation des prix de transfert qui reposent sur le coût de mise au point d'un actif incorporel.

6.143. Toutefois, dans certains cas limités, les méthodes de prix de transfert fondées sur le coût estimatif de reproduction ou de remplacement de l'actif incorporel peuvent être employées. Ces approches peuvent s'avérer valables

dans le cas de la mise au point d'actifs incorporels utilisés au titre d'activités internes (par exemple, des logiciels internes), en particulier lorsque les actifs incorporels concernés ne sont pas des actifs incorporels uniques et de valeur. Lorsque les actifs incorporels concernés sont liés à des produits déjà commercialisés, cependant, les méthodes fondées sur le coût de remplacement soulèvent d'importants problèmes de comparabilité. Il importe alors, entre autres questions à trancher, d'évaluer les effets sur la valeur des actifs incorporels de tout report du processus de mise au point. En effet, le premier entrant sur un marché retire souvent des avantages significatifs du lancement précoce d'un produit. En conséquence, la valeur d'un produit identique (et des actifs incorporels liés) développé ultérieurement sera inférieure à celle d'un produit de référence (et des actifs incorporels liés) déjà présent sur un marché. Dans ce cas, le coût de remplacement estimé ne fournira pas d'évaluation satisfaisante de la valeur d'un actif incorporel objet d'un transfert. De même, lorsqu'un actif incorporel fait l'objet de protections juridiques ou présente des caractéristiques d'exclusivité, la valeur découlant du droit d'exclure des concurrents de l'utilisation de l'actif incorporel ne sera pas reflétée par une analyse fondée sur le coût de remplacement. Les évaluations reposant sur les coûts ne sont généralement pas fiables lorsqu'elles sont utilisées pour déterminer le prix de pleine concurrence d'actifs incorporels en cours de développement.

6.144. Les dispositions du paragraphe 2.10 relatives à l'utilisation d'approches empiriques s'appliquent à la détermination d'un prix de transfert approprié pour toute transaction contrôlée, y compris en cas d'utilisation ou de transfert d'actifs incorporels. En conséquence, une méthode empirique ne peut pas être utilisée pour établir si un prix ou une répartition des revenus respecte bien les conditions de pleine concurrence, notamment dans le cas d'une répartition des revenus entre un cédant d'actifs incorporels et son cessionnaire.

6.145. Les méthodes de prix de transfert présentant la plus forte probabilité d'être utiles dans les situations de transferts d'un ou de plusieurs actifs incorporels sont la méthode du prix comparable sur le marché libre et la méthode transactionnelle du partage des bénéfices. Des techniques d'évaluation peuvent également s'avérer utiles. Des principes supplémentaires concernant les méthodes de prix de transfert ayant les plus fortes probabilités d'être utiles dans le cas de transferts d'actifs incorporels sont présentés ci-après.

D.2.6.1. Application de la méthode du prix comparable sur le marché libre

6.146. Lorsque des transactions comparables sur le marché libre ont été identifiées de manière fiable, la méthode du prix comparable sur le marché libre peut être appliquée pour déterminer les conditions de pleine concurrence d'un transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels. Les

principes généraux figurant dans les paragraphes 2.13 à 2.20 s'appliquent lorsque la méthode du prix comparable sur le marché libre est utilisée en lien avec des transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels. Lors de l'utilisation de la méthode du prix comparable sur le marché libre en lien avec le transfert d'actifs incorporels, il importe notamment de veiller à la comparabilité entre les actifs incorporels ou droits sur des actifs incorporels qui font l'objet de la transaction contrôlée et ceux faisant l'objet de transactions sur le marché libre potentiellement comparables. Les caractéristiques économiquement pertinentes ou les facteurs de comparabilité présentés dans la section D.1 du chapitre I doivent entrer en ligne de compte. Les éléments exposés dans les sections D.2.1 à D.2.4 du présent chapitre revêtent une importance particulière pour l'évaluation de la comparabilité d'actifs incorporels particuliers faisant l'objet d'un transfert et pour la réalisation des ajustements de comparabilité, lorsque c'est possible. Il convient de garder à l'esprit que, bien souvent, lorsque des actifs incorporels sont concernés, l'identification de comparables fiables peut s'avérer difficile, voire impossible.

6.147. Dans certains cas, des actifs incorporels achetés par un groupe d'entreprises multinationales auprès d'entreprises indépendantes sont transférés, immédiatement après l'achat, à un membre du groupe en question au moyen d'une transaction contrôlée. Le prix payé pour les actifs incorporels fournira souvent (après les ajustements appropriés, notamment au titre des actifs acquis ne faisant pas l'objet d'un nouveau transfert) un comparable utile pour déterminer le prix de pleine concurrence de la transaction contrôlée selon la méthode du prix comparable sur le marché libre. Selon les faits et circonstances du cas d'espèce, le prix d'achat auprès du tiers pourra alors être utile pour déterminer le prix de pleine concurrence et les autres conditions de la transaction contrôlée, même si les actifs incorporels sont acquis indirectement au travers d'un achat de titres de participation, ou si le prix versé au tiers concerné pour acquérir des titres de participation ou des actifs dépasse la valeur comptable des actifs ainsi achetés. Les exemples 23 et 26 de l'annexe I au chapitre VI illustrent le contenu du présent paragraphe.

D.2.6.2. Application des méthodes transactionnelles de partage des bénéfices

6.148. Dans certains cas, une méthode transactionnelle du partage des bénéfices peut être utilisée pour déterminer les conditions de pleine concurrence d'un transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels lorsqu'il est impossible d'identifier des transactions comparables sur le marché libre. La section C du chapitre II contient des principes devant être pris en compte lors de l'utilisation de méthodes de partage des bénéfices. Ces principes sont pleinement applicables aux situations portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels. Lors

de l'évaluation de la fiabilité des méthodes transactionnelles de partage des bénéfices, il convient de tenir compte de la disponibilité de données fiables et appropriées relatives aux bénéfices à considérer et à la répartition correcte des dépenses, d'une part, et de la fiabilité des paramètres utilisés pour répartir les bénéfices à considérer, d'autre part.

6.149. Les méthodes transactionnelles de partage des bénéfices peuvent être appliquées en lien avec la vente de la totalité des droits sur des actifs incorporels. Comme dans les autres cas d'application de méthodes transactionnelles de partage des bénéfices, une analyse fonctionnelle complète, tenant compte des fonctions exercées, des actifs détenus et des risques assumés par chacune des parties est un élément essentiel de l'analyse. Lorsqu'une analyse transactionnelle du partage des bénéfices est fondée sur les dépenses et revenus prévisionnels, il importe de tenir compte des préoccupations relatives à l'exactitude de ces prévisions mentionnées à la section D.2.6.4.1.

6.150. Il est également parfois suggéré qu'une analyse de partage des bénéfices peut être appliquée aux transferts d'actifs incorporels en cours de mise au point. Aux fins d'une telle analyse, la valeur relative des contributions à la mise au point des actifs incorporels avant et après leur transfert peut être étudiée. Cela peut supposer que l'on cherche à amortir la contribution du cédant au titre de l'actif incorporel en cours de mise au point sur la durée d'utilité présumée de cette contribution, en faisant l'hypothèse d'une absence d'activités de mise au point ultérieures. Ces approches s'appuient en règle générale sur des estimations de flux de trésorerie et de bénéfices attendus après le transfert, et une fois menées à bien la phase de développement de l'actif incorporel.

6.151. Dans le cas d'actifs incorporels en cours de mise au point, la prudence est de mise lorsque des approches de partage des bénéfices sont utilisées soit pour évaluer les contributions des parties à la création des revenus au cours des années suivant le transfert, soit pour procéder à l'allocation des revenus futurs selon le principe de pleine concurrence. La contribution ou la valeur de travaux menés avant le transfert ne sont pas nécessairement corrélées au coût de ces travaux. Par exemple, un composé chimique pouvant déboucher sur une forme pharmaceutique à très fort potentiel commercial peut être mis au point dans un laboratoire pour un coût relativement modeste. De plus, une telle analyse de partage des bénéfices devrait prendre en compte toute une série de facteurs difficiles à évaluer. Il s'agit notamment des niveaux de risque relatifs et de la valeur des contributions des activités de recherche avant et après le transfert; du risque relatif et de ses effets sur la valeur pour les autres activités de mise au point menées avant et après le transfert; du taux d'amortissement approprié pour différentes contributions à la valeur de l'actif incorporel; d'hypothèses concernant le calendrier de lancement de nouveaux produits potentiels; ou de la valeur des contributions autres que celles provenant d'actifs incorporels

à la génération effective des bénéfices. Dans ce contexte, les estimations des bénéfices et des flux de trésorerie peuvent s'avérer particulièrement incertaines. L'ensemble de ces facteurs peut conduire à s'interroger quant à la fiabilité d'une telle analyse de partage des bénéfices. Voir la section D.4 sur les actifs incorporels difficiles à valoriser.

6.152. Lorsque des droits partiels sur des actifs incorporels dont la phase de mise au point est achevée sont transférés sous la forme d'une licence ou d'une transaction similaire et qu'il est impossible d'identifier des transactions comparables sur le marché libre, une approche de partage des bénéfices peut souvent être utilisée pour évaluer les contributions respectives des parties à l'obtention des bénéfices à considérer. La contribution aux bénéfices émanant des droits sur les actifs incorporels mis à disposition par le donneur de licence ou le cédant des droits serait, dans ce cas, l'un des facteurs contribuant à l'obtention des bénéfices après le transfert. Toutefois, d'autres facteurs devraient également être pris en compte, tout particulièrement les fonctions exercées et les risques assumés par le preneur de licence/cessionnaire. Parmi les autres facteurs pertinents entrant en ligne de compte, citons les autres actifs incorporels utilisés par le donneur de licence/cédant et par le preneur de licence/cessionnaire dans leurs activités respectives. Lors d'une telle analyse, il importe d'examiner avec soin les limites définies dans les conditions générales du transfert quant à l'utilisation des actifs incorporels par le preneur de licence/cessionnaire et quant aux droits du donneur de licence/cédant à utiliser ces actifs dans la poursuite de ses activités de recherche-développement. En outre, il peut être opportun d'évaluer les contributions du preneur de licence à l'augmentation de la valeur des actifs incorporels qui font l'objet de la licence. Dans cette approche, l'allocation des bénéfices dépendra des conclusions de l'analyse fonctionnelle, laquelle inclura une analyse des principaux risques encourus. Il ne faut pas présumer qu'une analyse de partage des bénéfices relative à un accord de licence doit conduire à allouer tous les bénéfices résiduels, après déduction des revenus correspondant à la rémunération des fonctions exercées, au donneur de licence/cédant.

D.2.6.3. Utilisation des techniques d'évaluation

6.153. Lorsque des transactions sur le marché libre comparables et fiables ne peuvent être identifiées pour le transfert d'un ou de plusieurs actifs incorporels, il est possible d'employer des techniques d'évaluation pour estimer le prix de pleine concurrence d'actifs incorporels transférés entre entreprises associées. En particulier, les techniques fondées sur l'évaluation des revenus, et plus précisément sur la valeur actualisée des flux de revenus ou de trésorerie futurs susceptibles d'être tirés de l'exploitation de l'actif incorporel objet de l'évaluation, peuvent s'avérer très utiles lorsqu'elles sont correctement utilisées. En fonction des faits et circonstances du cas d'espèce, les techniques d'évaluation peuvent être employées par les contribuables et les

administrations fiscales soit dans le cadre de l'une des cinq méthodes de prix de transfert de l'OCDE exposées au chapitre II, soit comme une approche de travail utile pour déterminer un prix de pleine concurrence.

6.154. L'utilisation de techniques d'évaluation aux fins d'une analyse de prix de transfert portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels doit se conformer au principe de pleine concurrence et aux prescriptions exposées dans les présents Principes. Il importe notamment de tenir compte des prescriptions énoncées aux chapitres I à III. Les principes relatifs aux options réalistes, aux caractéristiques économiquement pertinentes, notamment les risques assumés (voir section D.1 du chapitre I), et à l'agrégation des transactions (voir paragraphes 3.9 à 3.12) s'appliquent pleinement à l'utilisation des techniques d'évaluation en vue d'une analyse de prix de transfert. Par ailleurs, les règles exposées dans les présents Principes concernant la sélection de la méthode de détermination des prix de transfert s'appliquent pour décider de l'opportunité de recourir à ces techniques d'évaluation (voir paragraphes 2.1 à 2.12). Les principes exposés dans les sections A, B, C et D.1 du présent chapitre s'appliquent également lorsqu'il est envisagé d'employer des techniques d'évaluation.

6.155. Il est essentiel d'examiner les hypothèses et autres arguments qui sous-tendent toute application des techniques d'évaluation. L'application des principes comptables reconnus peut conduire à des hypothèses prudentes en matière d'évaluation et d'estimation de la valeur des actifs figurant au bilan d'une entreprise. Cette prudence propre à l'approche comptable peut se traduire par des définitions trop restrictives en vue de la fixation des prix de transfert ou par des approches d'évaluation qui ne sont pas toujours conformes au principe de pleine concurrence. Lors de la fixation des prix de transfert, il ne convient donc pas de considérer que des évaluations réalisées à des fins comptables reflètent nécessairement des valorisations ou des prix de pleine concurrence à moins d'avoir examiné en détail les hypothèses sous-jacentes. En particulier, les évaluations d'actifs incorporels issues d'affectations de prix d'acquisition effectuées à des fins comptables ne sont pas concluantes aux fins de la fixation des prix de transfert et devraient être utilisées avec prudence, après examen attentif des hypothèses sous-jacentes.

6.156. Les présents Principes n'ont pas pour finalité de fournir une présentation exhaustive des techniques d'évaluation utilisées par les spécialistes. Ils ne visent pas non plus à valider ou rejeter tel ou tel recueil de normes d'évaluation utilisé par ces spécialistes ou par les comptables, ni à décrire en détail ou à valider une ou plusieurs techniques ou méthodes d'évaluation comme étant particulièrement adaptées en vue d'une analyse des prix de transfert. Cependant, lorsque les techniques d'évaluation sont appliquées en tenant dûment compte des présents Principes, des circonstances spécifiques du cas d'espèce, des pratiques et principes d'évaluation reconnus, et en veillant à la validité des

hypothèses qui sous-tendent l'évaluation et à leur conformité avec le principe de pleine concurrence, ces techniques peuvent s'avérer utiles pour conduire une analyse des prix de transfert en l'absence de transactions comparables sur le marché libre. Il convient toutefois de se référer aux paragraphes 6.142 et 6.143 pour ce qui concerne la fiabilité des techniques d'évaluation fondées sur les coûts de mise au point des actifs incorporels et leur application.

6.157. Les techniques d'évaluation consistant à estimer la valeur actualisée des flux de trésorerie futurs susceptibles d'être tirés de l'exploitation des actifs incorporels transférés peuvent être particulièrement utiles lorsqu'elles sont correctement appliquées. Ces techniques présentent de nombreuses variantes. D'une manière générale, la valeur de l'actif incorporel est évaluée à partir de la valeur estimée des flux de trésorerie futurs que l'actif est susceptible de générer durant le reste de sa durée d'utilité prévisionnelle. Sa valeur est estimée en calculant la valeur actualisée des flux de trésorerie attendus⁶. Cette approche suppose, entre autres conditions, de disposer de données fiables et réalistes en matière de prévisions financières, de taux de croissance, de taux d'actualisation, de durée d'utilité des actifs incorporels et d'effets fiscaux de la transaction. Elle exige en outre, lorsque nécessaire, la prise en compte des valeurs finales. En fonction des faits et circonstances du cas d'espèce, la valeur actualisée des flux de trésorerie susceptibles d'être tirés de l'exploitation d'un actif incorporel devrait être calculée du point de vue de chacune des parties pour parvenir à un prix de pleine concurrence. Le prix de pleine concurrence s'établira à l'intérieur de la plage de valeurs actualisées estimées selon le point de vue du cédant et du cessionnaire. Les exemples 27 à 29 qui figurent à l'annexe I au chapitre VI illustrent le contenu du présent paragraphe.

-
6. Les évaluations financières fondées sur des prévisions s'appuient souvent sur des flux de trésorerie prévisionnels. Les estimations fondées sur les droits constatés, comme celles réalisées à des fins comptables ou fiscales, reflètent parfois mal l'échéancier des flux de trésorerie, ce qui peut conduire à des résultats différents selon que l'approche est fondée sur les revenus ou sur les flux de trésorerie. Toutefois, plusieurs arguments conduisent à considérer que, dans certains cas, les prévisions fondées sur les revenus donnent en pratique des résultats plus fiables que celles fondées sur les flux de trésorerie aux fins de la fixation des prix de transfert. Dans tous les cas, cependant, on veillera à ce que les estimations fondées sur les revenus ou sur les flux de trésorerie soient utilisées de manière cohérente et lorsque les circonstances le justifient. Par conséquent, les références à une approche fondée sur les flux de trésorerie renvoient plus largement aux estimations fondées sur les revenus et sur les flux de trésorerie, appliquées à bon escient.

D.2.6.4. Préoccupations propres à l'application de méthodes fondées sur la valeur actualisée des flux de trésorerie prévisionnels

6.158. Lors de l'application des techniques d'évaluation, y compris celles fondées sur les flux de trésorerie prévisionnels, il convient de tenir compte de la volatilité potentielle des estimations de valeur obtenues. De légères modifications apportées à l'une des hypothèses qui sous-tendent le modèle d'évaluation ou à un ou plusieurs paramètres de l'évaluation peuvent conduire à de grandes variations de la valeur estimée de l'actif incorporel fournie par le modèle. Un faible changement dans le pourcentage du taux d'actualisation ou dans celui des taux de croissance retenus pour établir les prévisions financières, ou une petite modification apportée aux hypothèses relatives à la durée d'utilité de l'actif incorporel peuvent profondément altérer l'évaluation définitive. En outre, cette volatilité est souvent amplifiée lorsque des changements concernent simultanément deux hypothèses ou paramètres, voire davantage.

6.159. La fiabilité de l'estimation de la valeur d'un actif incorporel obtenue à partir d'un modèle d'évaluation dépend tout particulièrement de la fiabilité des hypothèses sous-jacentes et du fait que l'évaluateur ait fait preuve d'une diligence raisonnable et d'un jugement sûr dans la validation des hypothèses retenues et dans l'estimation des paramètres employés.

6.160. Le rôle déterminant des hypothèses sous-jacentes et des paramètres d'évaluation justifie que les contribuables et les administrations fiscales qui utilisent des techniques d'évaluation pour déterminer les prix de pleine concurrence d'actifs incorporels transférés doivent : décrire expressément chaque hypothèse utilisée dans la construction du modèle d'évaluation ; énoncer les principes suivis lors du choix des paramètres d'évaluation ; et se tenir prêts à soutenir le caractère raisonnable des hypothèses et paramètres d'évaluation considérés. De plus, à titre de bonne pratique, les contribuables qui utilisent des techniques d'évaluation devraient inclure dans leur documentation relative aux prix de transfert une analyse de sensibilité montrant les effets que des changements dans les hypothèses et les paramètres retenus auraient sur la valeur estimée des actifs incorporels concernés.

6.161. En vue d'estimer la fiabilité d'un modèle d'évaluation, il peut être approprié de connaître la finalité première de l'évaluation et d'examiner les hypothèses et paramètres d'évaluation retenus dans le cadre de différentes évaluations conduites par le contribuable à des fins autres que fiscales. Il serait souhaitable que l'administration fiscale concernée demande des explications concernant toute incohérence entre les hypothèses utilisées pour évaluer un actif incorporel en vue de déterminer des prix de transfert et celles utilisées à d'autres fins. Par exemple, une telle demande est appropriée lorsqu'une entreprise a utilisé des taux d'actualisation élevés lors d'une analyse de prix de transfert tandis qu'elle utilise habituellement des taux plus faibles pour évaluer des projets potentiels de fusions et d'acquisitions. Il en va de même lorsqu'il

est affirmé que certains actifs incorporels ont une durée d'utilité réduite alors que, dans les prévisions réalisées dans d'autres contextes opérationnels, des actifs incorporels liés produisent des flux de trésorerie après la fin de la « durée d'utilité » annoncée en vue de la fixation des prix de transfert. Les évaluations utilisées par un groupe d'entreprises multinationales lorsque celui-ci prend ses décisions opérationnelles peuvent être plus fiables que celles menées aux seules fins d'une analyse des prix de transfert.

6.162. Les sections ci-après identifient plusieurs caractéristiques devant entrer en ligne de compte dans l'évaluation de certaines hypothèses importantes qui sous-tendent les calculs d'un modèle d'évaluation fondé sur l'actualisation des flux de trésorerie. Elles permettent de déterminer si une technique d'évaluation donnée a été appliquée de manière fiable. Indépendamment des diverses préoccupations décrites ci-dessus et présentées en détail dans les paragraphes suivants, selon les circonstances, l'application d'une telle technique d'évaluation, que ce soit dans le cadre de l'une des cinq méthodes des prix de transfert de l'OCDE ou comme une approche de travail utile, peut s'avérer plus fiable que n'importe quelle méthode de prix de transfert, en particulier en l'absence de transactions comparables sur le marché libre.

D.2.6.4.1. Degré d'exactitude des prévisions financières

6.163. La fiabilité de l'évaluation d'un actif incorporel transféré obtenue par des techniques d'évaluation fondées sur l'actualisation des flux de trésorerie dépend de l'exactitude des prévisions de flux de trésorerie et de revenus futurs sur lesquelles repose cette évaluation. Toutefois, l'exactitude des prévisions financières étant subordonnée à des évolutions du marché à la fois inconnues et imprévisibles à la date de l'évaluation, ce qui explique la nature incertaine des prévisions, il est essentiel que les contribuables et les administrations fiscales examinent avec soin les hypothèses qui sous-tendent les prévisions relatives aux revenus et aux dépenses à venir.

6.164. Il peut être particulièrement important de connaître l'origine et la finalité des prévisions financières pour procéder à leur évaluation. Certains contribuables réalisent des prévisions financières de manière régulière au titre de la planification de leurs activités, notamment parce que la direction de l'entreprise concernée s'appuie sur ces prévisions pour prendre des décisions de nature commerciale ou en matière d'investissement. Il est fréquent que les prévisions établies par une entreprise dans une finalité de planification non fiscale soient plus fiables que celles réalisées aux seules fins fiscales ou aux seules fins d'une analyse de prix de transfert.

6.165. La durée couverte par les prévisions entre également en ligne de compte pour évaluer la fiabilité de celles-ci. Plus la période durant laquelle un

actif incorporel est censé générer des flux de trésorerie positifs est étendue, moins est probable que les prévisions de revenus et de dépenses soient fiables.

6.166. Un autre élément de l'évaluation de la fiabilité des prévisions consiste à déterminer si le rendement des actifs incorporels et des produits et services qui leur sont liés a été clairement établi sur le plan financier. La prudence est toujours de mise avant de considérer que les résultats obtenus par le passé sont un indicateur fiable pour l'avenir, puisque de nombreux facteurs sont susceptibles de changer. Cependant, les résultats d'exploitation obtenus par le passé peuvent fournir des indications utiles sur le rendement à venir des produits et services liés aux actifs incorporels. Les prévisions relatives à des produits et services qui n'ont pas encore été commercialisés ou sont en cours de mise au point sont par nature moins fiables que celles qui s'appuient sur un historique de données.

6.167. La décision d'inclure ou non les coûts de mise au point dans les prévisions de flux de trésorerie doit tenir compte de la nature de l'actif incorporel transféré. Certains actifs incorporels peuvent avoir une durée d'utilité indéterminée et faire l'objet d'activités de mise au point continues. Dans ce cas, il est opportun d'inclure les coûts futurs de mise au point dans les prévisions de flux de trésorerie. Dans d'autres cas, comme dans celui des brevets, les prévisions portent sur un actif incorporel dont la phase de mise au point est terminée et qui ne constitue pas un socle pour la mise au point de nouveaux actifs incorporels. Dans cette situation, les coûts de mise au point ne devraient pas être inclus dans les prévisions de flux de trésorerie relatives à l'actif incorporel transféré.

6.168. Lorsque, pour les raisons mentionnées ci-dessus ou pour quelque autre motif, il est fondé de penser que les prévisions qui sous-tendent l'évaluation manquent de fiabilité ou sont incertaines, il importe de consulter les indications figurant à la section D.3.

D.2.6.4.2. Hypothèses relatives aux taux de croissance

6.169. Le taux de croissance prévisionnel est un paramètre clé pour certaines prévisions de flux de trésorerie et doit à ce titre être examiné avec soin. Les prévisions de flux de trésorerie sont souvent fondées sur les flux de trésorerie existants (ou sur les premiers flux de trésorerie suivant le lancement du produit pour les actifs incorporels en cours de développement) multipliés par un pourcentage de taux de croissance. Dans ce cas, le mode de calcul du taux de croissance doit être étudié. En particulier, il est rare que les revenus tirés d'un produit donné augmentent selon un taux de croissance fixe sur une longue période. Il importe de faire preuve de prudence et de ne pas accepter trop rapidement des modèles simples utilisant des taux de croissance fixes alors que ce choix n'est justifié ni par une expérience acquise avec des

produits et sur des marchés similaires, ni par des prévisions raisonnables sur la conjoncture commerciale à venir. En règle générale, une technique d'évaluation fondée sur des prévisions de flux de trésorerie futurs est mise en œuvre de manière fiable lorsqu'elle s'appuie sur une étude des tendances d'évolution des revenus et des dépenses réalisée à partir de l'expérience acquise dans le secteur et dans l'entreprise pour des produits similaires.

D.2.6.4.3. Taux d'actualisation

6.170. Le ou les taux d'actualisation employés pour calculer la valeur actualisée des flux de trésorerie prévisionnels sont un élément central d'un modèle d'évaluation. Le taux d'actualisation prend en compte la valeur temps de l'argent et les risques ou incertitudes relatifs aux flux de trésorerie prévisionnels. De légers changements apportés à certains taux d'actualisation pouvant déboucher sur de fortes variations de la valeur des actifs incorporels calculée grâce à ces techniques, il est essentiel que les contribuables et les administrations fiscales prêtent une grande attention aux analyses conduites et aux hypothèses retenues lors du choix du ou des taux d'actualisation employés dans le modèle d'évaluation.

6.171. Il n'existe pas d'approche unique pour établir un taux d'actualisation approprié dans tous les cas aux fins de la fixation des prix de transfert. Les contribuables et les administrations fiscales ne devraient pas considérer qu'un taux d'actualisation fondé sur l'approche du coût moyen pondéré du capital ou sur toute autre approche peut être utilisé dans toutes les analyses relatives aux prix de transfert pour lesquelles le calcul des taux d'actualisation appropriés est important. En effet, la détermination du taux d'actualisation approprié passe par un examen des circonstances, des risques et des flux de trésorerie propres à chaque cas d'espèce.

6.172. Lors de la fixation et de l'évaluation des taux d'actualisation, il importe de reconnaître que, dans certains cas, notamment si l'évaluation porte sur des actifs incorporels en cours de mise au point, les actifs incorporels figurent parmi les composantes les plus risquées de l'activité du contribuable. Il convient également d'avoir à l'esprit que certaines activités sont par nature plus risquées que d'autres et que certains flux de trésorerie présentent naturellement une volatilité plus forte que d'autres. Par exemple, la probabilité que les dépenses prévues pour la recherche-développement soient effectivement engagées peut être supérieure à celle de voir les prévisions de revenus effectivement atteintes. Les taux d'actualisation devraient donc refléter les niveaux de risque de l'ensemble des activités ainsi que la volatilité des différents flux de trésorerie prévus en tenant compte des circonstances propres à chaque cas d'espèce.

6.173. Certains risques pouvant être pris en compte tant lors de l'établissement des prévisions financières que lors de la fixation du taux d'actualisation, on veillera à ne pas comptabiliser ces risques à double titre lors des calculs d'actualisation.

D.2.6.4.4. Durée d'utilité des actifs incorporels et valeurs finales

6.174. Les techniques d'évaluation sont souvent fondées sur des prévisions des flux de trésorerie générés par l'exploitation de l'actif incorporel pendant sa durée d'utilité. Dans ce cas, la définition de la durée d'utilité réelle de l'actif incorporel est l'une des hypothèses clés qui sous-tendent le modèle d'évaluation.

6.175. La durée d'utilité prévisionnelle d'un actif incorporel doit être établie en examinant l'ensemble des faits et circonstances du cas d'espèce. La durée d'utilité d'un actif incorporel peut dépendre notamment de la nature et de la durée des protections juridiques dont il bénéficie. Elle peut également dépendre du rythme des évolutions technologiques et d'autres facteurs qui ont une incidence sur les conditions de concurrence dans l'environnement économique considéré. Voir à ce propos la section D.2.1.4.

6.176. Dans certains cas, des actifs incorporels peuvent continuer à alimenter les flux de trésorerie pendant plusieurs années après l'expiration des protections juridiques ou après le retrait du marché des produits qui leur étaient spécifiquement liés. Cela peut être notamment le cas lorsqu'une génération d'actifs incorporels constitue le socle de la mise au point des générations suivantes d'actifs incorporels et de nouveaux produits. Dans ce cas, il peut être justifié d'attribuer une fraction des flux de trésorerie générés par de nouveaux produits encore à l'état de projet à des actifs incorporels parvenus, quant à eux, au terme de leur durée d'utilité. Il convient par ailleurs de reconnaître que, si certains actifs incorporels ont une durée d'utilité indéterminée au moment de l'évaluation, cela ne signifie pas pour autant que des revenus exceptionnels leur seront indéfiniment attribuables.

6.177. À cet égard, lorsqu'un actif incorporel alimente des flux de trésorerie au-delà de la période couverte par les prévisions financières raisonnables, on pourra être amené à calculer la valeur finale des flux de trésorerie générés par cet actif. Si une évaluation utilise des valeurs finales, les hypothèses formulées pour leur calcul doivent être clairement énoncées et les hypothèses sous-jacentes examinées en détail, notamment pour ce qui concerne les taux de croissance.

D.2.6.4.5. Hypothèses relatives à l'imposition

6.178. Lorsque la technique d'évaluation vise à isoler les flux de trésorerie prévisionnels générés par un actif incorporel, il peut être nécessaire d'évaluer et de quantifier les effets sur les prévisions de flux de trésorerie des futurs impôts sur les bénéfices prévisionnels. Les éléments fiscaux à prendre en compte couvrent notamment : (i) les impôts prévisionnels qui devraient grever les futurs flux de trésorerie ; (ii) les réductions d'impôt liées à l'amortissement fiscal dont le cessionnaire pourrait, le cas échéant, bénéficier ; (iii) les impôts que le cédant devrait, le cas échéant, acquitter au titre du transfert.

D.2.7. Conditions de paiement

6.179. Les contribuables disposent d'une grande latitude concernant les conditions de paiement des actifs incorporels transférés. Lors d'une transaction entre parties indépendantes, ces paiements prennent souvent la forme d'un versement unique pour un montant forfaitaire. Il est également fréquent d'observer des versements périodiques pendant une durée déterminée. Les accords portant sur des versements périodiques peuvent donner lieu soit à une série de paiements partiels d'un montant égal, soit à des paiements conditionnels dont le montant varie en fonction du volume de vente des produits liés aux actifs incorporels, de la rentabilité, ou d'un autre paramètre. Les principes énoncés dans la section D.1.1 du chapitre I devraient être suivis lors de l'analyse des accords conclus par un contribuable en matière de conditions de paiement.

6.180. Lors de l'examen des dispositions relatives aux conditions de paiement prévues par les accords conclus par un contribuable, il convient de souligner que certaines modalités de paiement supposent des risques plus ou moins importants pour l'une des parties. Par exemple, un paiement conditionné aux ventes ou bénéfices à venir suppose généralement un risque plus élevé pour le cédant que le versement unique d'un montant forfaitaire ou qu'une série de paiements partiels d'un montant égal, du fait de l'existence d'une condition. Les conditions de paiement retenues doivent être appropriées au regard des faits et circonstances du cas d'espèce, y compris les accords conclus par écrit, le comportement effectif des parties et la capacité des parties à gérer et assumer les risques de paiement correspondants. En particulier, le montant des paiements prévus devrait tenir compte de la valeur temps de l'argent et des éléments de risque propres aux conditions de paiement choisies. Par exemple, si une technique d'évaluation est appliquée pour calculer la valeur forfaitaire actualisée d'un actif incorporel transféré et qu'un contribuable choisit un paiement conditionné aux ventes à venir, le taux d'actualisation employé pour convertir l'évaluation forfaitaire en un flux de paiements conditionnés par les ventes pendant la durée d'utilité de l'actif transféré devrait tenir compte, d'une part, du risque accru pour le cédant si les ventes ne se réalisent pas et donc si

les paiements n'interviennent pas et, d'autre part, des conséquences, en termes de valeur temps de l'argent, du report des paiements sur les années suivantes.

D.3. Détermination du prix de pleine concurrence de transactions impliquant des actifs incorporels pour lesquels l'évaluation est très incertaine au moment de la transaction

6.181. Les actifs incorporels ou les droits sur des actifs incorporels possèdent parfois des caractéristiques très spécifiques, de sorte qu'il est difficile de trouver des éléments de comparaison et, dans certains cas, d'évaluer la valeur d'un actif incorporel au moment où il fait l'objet d'une transaction. Lorsque l'évaluation d'un actif incorporel ou des droits sur un actif incorporel pouvant être effectuée au moment de la transaction est très incertaine, le problème qui se pose est de savoir comment déterminer le prix de pleine concurrence. La solution consiste, tant pour le contribuable que pour l'administration fiscale, à se référer à la manière dont des entreprises indépendantes auraient procédé dans des circonstances comparables pour tenir compte, dans la fixation du prix de la transaction, de l'incertitude entourant l'évaluation. C'est pour cette raison que les principes et le processus recommandés dans la section D du chapitre I, ainsi que les principes énoncés au chapitre III, tel que complété par les directives du présent chapitre pour mener une analyse de comparabilité, sont pertinents.

6.182. En fonction des faits et des circonstances, des entreprises indépendantes peuvent adopter différents mécanismes pour faire face à ce problème de grande incertitude de l'évaluation d'un actif incorporel pouvant être effectuée au moment de la transaction. Ainsi, l'une des possibilités consiste à fixer le prix dès le départ sur la base des avantages escomptés (compte tenu des divers facteurs économiques). Pour déterminer les avantages escomptés, des entreprises indépendantes rechercheraient dans quelle mesure l'évolution future est envisageable et prévisible. Dans certains cas, des entreprises indépendantes jugeront que les mises au point sont suffisamment prévisibles et que, par conséquent, les prévisions d'avantages sont suffisamment fiables pour que le prix de la transaction soit fixé dès le départ en fonction de ces prévisions, sans se réserver le droit de procéder à des ajustements à l'avenir.

6.183. Dans d'autres cas, des entreprises indépendantes jugeront que la fixation du prix uniquement sur la base des avantages escomptés ne permet pas de se prémunir suffisamment contre les risques liés à la forte incertitude qui entoure l'évaluation de l'actif incorporel. Des entreprises indépendantes pourront alors opter par exemple pour des contrats de plus courte durée ou de faire figurer dans leurs contrats des clauses de révision des prix, ou d'adopter une structure de paiement impliquant des paiements conditionnels, de façon à se prémunir contre des événements insuffisamment prévisibles. À ces fins, un accord impliquant des paiements conditionnels est tout

accord sur le prix dans lequel le montant ou le calendrier des paiements est tributaire d'événements éventuels, notamment la réalisation des seuils financiers prédéterminés comme les ventes ou les bénéfices, ou d'étapes de développement prédéterminées (par exemple une redevance ou des versements d'étape périodiques). Ainsi, le taux de la redevance pourra être relevé à mesure qu'augmentent les ventes du licencié, ou des paiements supplémentaires pourraient intervenir au moment où certains objectifs de développement sont atteints avec succès. Pour un transfert des actifs incorporels ou des droits sur des actifs incorporels à un stade où ils ne sont pas prêts à être commercialisés, mais exigent la poursuite de leur mise au point, les modalités de paiement adoptées par des parties indépendantes sur le transfert initial, pourraient inclure la détermination de montants conditionnels supplémentaires qui ne seraient exigibles qu'au moment où les étapes spécifiées auront été réalisées au cours de leur mise au point ultérieure.

6.184. On peut également imaginer que des entreprises indépendantes décident d'assumer le risque d'événements imprévisibles. Cependant, l'éventualité d'événements majeurs ou de développements imprévus pour les parties au moment de la transaction ou d'événements ou développements prévus et considérés comme ayant une faible probabilité d'occurrence modifiant les hypothèses fondamentales retenues pour la fixation du prix, peut donner lieu à une renégociation du prix d'un commun accord et à leur avantage mutuel. Par exemple, une telle renégociation pourrait être conforme à des conditions de pleine concurrence si un taux de redevance calculé en fonction des ventes d'un médicament breveté se révélait tout à fait excessif en raison de la mise au point inattendue d'un nouveau traitement très bon marché. Du fait du niveau excessif de la redevance, le licencié pourra n'avoir plus aucun intérêt à fabriquer ou à vendre le médicament, ce qui pourra justifier une renégociation du contrat par le licencié. Il peut arriver que le donneur de licence ait un intérêt à maintenir le médicament sur le marché et de conserver le même licencié pour la fabrication ou la vente de ce médicament, et ce en raison des compétences et de l'expertise du licencié ou d'une relation de coopération de longue date entre eux. Dans ces circonstances, les parties pourraient prospectivement renégocier à leur avantage mutuel tout ou partie de l'accord et fixer un taux de redevance plus faible. En tout état de cause, si la renégociation avait lieu, elle dépendrait de tous les faits et circonstances de chaque cas.

6.185. Dans le cas où, dans des circonstances comparables, des entreprises indépendantes auraient opté pour la mise en place d'un mécanisme pour faire face à la forte incertitude qui entoure l'évaluation de l'actif incorporel (par exemple une clause de révision des prix), l'administration fiscale doit avoir la possibilité de déterminer le prix d'une transaction impliquant un actif incorporel ou des droits sur un actif incorporel sur la base d'un tel mécanisme. De même, dans le cas où des entreprises indépendantes, dans des circonstances comparables, auraient jugé imprévisibles des événements ultérieurs si

fondamentaux que leur survenance aurait abouti à une renégociation pour l'avenir du prix fixé pour une transaction, ces événements devraient également conduire à modifier le prix d'une transaction comparable entre entreprises associées.

D.4. Actifs incorporels difficiles à valoriser

6.186. Une administration fiscale peut éprouver des difficultés à établir ou à vérifier quels sont les développements ou événements qui peuvent être considérés comme pertinents pour déterminer le prix d'une transaction impliquant le transfert d'actifs incorporels ou des droits sur des actifs incorporels et à déterminer dans quelle mesure la concrétisation de ces développements ou événements ou leur orientation pourrait avoir été prévue ou être raisonnablement prévisible au moment où la transaction a été conclue. Les développements ou événements qui peuvent être pertinents pour l'évaluation d'un actif incorporel sont, le plus souvent, étroitement liés à l'environnement commercial dans lequel l'actif incorporel est développé ou exploité. Par conséquent, l'évaluation permettant de déterminer quels sont les développements ou événements pertinents et de déterminer si l'orientation de ces développements ou événements aurait pu être prévue ou était raisonnablement prévisible nécessite des connaissances spécifiques, une expertise et une approche de l'environnement commercial dans lequel l'actif incorporel est développé ou exploité. En outre, les évaluations qu'il est prudent d'effectuer lors de l'évaluation du transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels dans le cadre d'une transaction sur le marché libre, ne peuvent pas être considérées comme nécessaires ni utiles à des fins autres que les prix de transfert par un groupe d'entreprises multinationales lorsque le transfert a lieu au sein du groupe, ce qui aboutit à des évaluations qui peuvent être incomplètes. Par exemple, une entreprise peut transférer un actif incorporel, à un stade précoce du développement, à une entreprise associée, fixer une redevance qui ne reflète pas la valeur de l'actif incorporel au moment du transfert et faire valoir plus tard qu'il n'était pas possible, au moment du transfert, de prévoir avec certitude le succès qu'a eu le produit. La différence entre la valeur *ex ante* et la valeur *ex post* d'un actif incorporel serait par conséquent attribuée par le contribuable à des développements plus favorables que prévu. L'expérience générale des administrations fiscales dans ces situations montre qu'elles n'ont pas les connaissances commerciales spécifiques ni l'accès aux informations pour leur permettre d'examiner la demande du contribuable et de démontrer que la différence entre la valeur *ex ante* et la valeur *ex post* de l'actif incorporel résulte d'hypothèses de fixation des prix non conformes au principe de pleine concurrence avancées par le contribuable. Au contraire, les administrations fiscales qui cherchent à examiner les demandes du contribuable sont largement tributaires des documents et informations fournis par le contribuable. Ces situations associées à l'asymétrie des

informations entre les contribuables et les administrations fiscales peuvent être risquées dans le cadre des prix de transfert. Voir le paragraphe 6.191.

6.187. Dans ces situations impliquant le transfert d'un actif incorporel ou des droits sur un actif incorporel, les résultats *ex post* peuvent servir de point de départ aux administrations fiscales pour constater que le prix de la transaction *ex ante* est conforme au principe de pleine concurrence convenu entre des entreprises associées et qu'il existait des incertitudes au moment de la transaction. En l'absence de différences entre les projections *ex ante* et les résultats *ex post*, qui ne résultent pas de développements ou d'événements imprévisibles, les différences peuvent indiquer que le prix de la transaction convenu par des entreprises associées au moment où la transaction a été conclue peut ne pas avoir tenu compte de manière appropriée des développements ou événements pertinents qui pourraient avoir affecté la valeur de l'actif incorporel et les prix fixés dans les transactions.

6.188. En réponse aux problèmes soulevés ci-dessus, cette section propose une approche conforme au principe de pleine concurrence que les administrations fiscales peuvent adopter pour pouvoir déterminer les situations dans lesquelles les prix fixés pour les transactions, déterminés par les contribuables, sont conformes au principe de pleine concurrence et reposent sur une pondération adéquate des développements ou événements prévisibles, qui sont pertinents pour l'évaluation de certains actifs incorporels difficiles à valoriser et les situations dans lesquelles ce n'est pas le cas. Dans le cadre de cette approche, les éléments probants *ex post* fournissent une présomption de preuve quant à l'existence d'incertitudes au moment de la transaction, permettant de déterminer si le contribuable a tenu compte de manière appropriée des développements ou événements raisonnablement prévisibles au moment de la transaction et de la fiabilité des informations utilisées *ex ante* pour déterminer le prix de transfert applicable au transfert de ces actifs incorporels ou de ces droits sur les actifs incorporels. Cette présomption de preuve peut être réfutée, comme indiqué aux paragraphes 6.193 et 6.194, s'il est possible de démontrer qu'elle n'affecte pas la détermination précise du principe de pleine concurrence. Cette situation doit être distinguée de la situation dans laquelle on utilise l'appréciation a posteriori en prenant les résultats *ex post* à des fins d'évaluation fiscale sans se demander si les informations sur lesquelles sont fondés les résultats *ex post* auraient pu ou dû être raisonnablement connues par les entreprises associées au moment de conclure la transaction.

6.189. L'expression « actifs incorporels difficiles à valoriser » désigne des actifs incorporels ou des droits sur des actifs incorporels pour lesquels, au moment du transfert entre des entreprises associées, (i) il n'existe pas de comparables fiables et (ii) au moment de la conclusion de la transaction, les prévisions des flux de trésorerie ou de revenus futurs susceptibles d'être tirés de l'actif incorporel transféré ou les hypothèses utilisées pour évaluer l'actif

incorporel sont très incertaines, et rendent difficile la prévision du niveau de réussite finale de l'actif incorporel au moment du transfert.

6.190. Les transactions impliquant le transfert ou l'utilisation des actifs incorporels difficiles à valoriser décrits au paragraphe 6.189 peuvent présenter une ou plusieurs des caractéristiques suivantes :

- L'actif incorporel n'est développé que partiellement au moment du transfert ;
- Il n'est pas prévu d'exploiter commercialement l'actif incorporel avant plusieurs années après la transaction ;
- L'actif incorporel ne rentre pas lui-même dans le cadre de la définition de l'actif incorporel du paragraphe 6.189 mais il fait partie intégrante de la mise au point ou de l'amélioration d'autres actifs incorporels qui rentrent dans le champ d'application de la définition des actifs incorporels difficiles à valoriser ;
- Il est prévu d'exploiter l'actif incorporel d'une manière qui est nouvelle au moment du transfert et l'absence d'expérience du développement ou de l'exploitation d'actifs incorporels similaires rend les prévisions très incertaines ;
- L'actif incorporel, selon la définition des actifs incorporels difficiles à valoriser du paragraphe 6.189, a été transféré à une entreprise associée en échange du paiement d'une somme forfaitaire ;
- L'actif incorporel est utilisé ou développé dans le cadre d'un ARC ou d'accord similaires.

6.191. En ce qui concerne ces actifs incorporels, l'asymétrie des informations entre le contribuable et les administrations fiscales, notamment les informations prises en compte par le contribuable pour déterminer le prix de la transaction, peut revêtir une importance particulière et peut aggraver les difficultés des administrations fiscales à vérifier le principe de pleine concurrence à partir duquel le prix a été déterminé, pour les raisons évoquées au paragraphe 6.186. Par conséquent, l'administration fiscale éprouvera des difficultés à effectuer une évaluation du risque à des fins de prix de transfert, à évaluer la fiabilité des informations sur lesquelles se fonde le prix déterminé par le contribuable ou à examiner si l'actif incorporel ou les droits sur les actifs incorporels ont été transférés à un prix sous-évalué ou surévalué par rapport au prix de pleine concurrence jusqu'à ce que les résultats *ex post* soient connus au cours des années suivant le transfert.

6.192. Dans ces circonstances, l'administration fiscale peut considérer les résultats *ex post* comme une présomption d'éléments probants relatifs au bien-fondé des accords de prix *ex ante*. Néanmoins, la prise en compte des éléments probants *ex post* doit reposer sur la détermination que ces éléments

probants doivent être pris en compte pour évaluer la fiabilité des informations qui ont servi de base au calcul du prix *ex ante*. Lorsque l'administration fiscale est en mesure de confirmer la fiabilité des informations sur lesquelles se fonde le prix *ex ante*, nonobstant l'approche décrite dans cette section, des ajustements reposant sur les niveaux de bénéfices *ex post* doivent alors être effectués. Lors de l'évaluation des accords de prix *ex ante*, l'administration fiscale est autorisée à utiliser les éléments probants *ex post* relatifs aux résultats financiers pour déterminer les accords de prix de pleine concurrence, notamment les accords de prix éventuels, qui auraient été conclus entre des entreprises indépendantes au moment de la transaction, en tenant compte des orientations du paragraphe 6.185. En fonction des faits et circonstances du cas d'espèce et en tenant compte des orientations de la section B.5 du chapitre III, une analyse des informations sur plusieurs années peut convenir à l'application de cette approche.

6.193. Cette approche ne s'appliquera pas aux transactions impliquant le transfert ou l'utilisation d'actifs incorporels difficiles à valoriser rentrant dans le champ d'application du paragraphe 6.189, si au moins l'une des exceptions suivantes s'applique :

- i) Le contribuable fournit :
 1. Les informations détaillées des prévisions *ex ante* utilisées au moment du transfert pour déterminer les accords de prix, notamment les modalités de prise en compte des risques dans les calculs pour déterminer le prix (par exemple, pondération selon les probabilités) et le bien-fondé de sa prise en compte des événements raisonnablement prévisibles et des autres risques ainsi que la probabilité de réalisation, et
 2. Des preuves fiables que la différence significative entre les prévisions financières et les résultats réels est due à : a) des développements ou événements imprévisibles survenant après la détermination du prix, que les entreprises associées ne pouvaient pas prévoir au moment de la transaction ou b) la réalisation de la probabilité d'occurrence des résultats prévisibles et au fait que ces probabilités n'étaient pas sous-estimées ou surestimées de manière significative au moment de la transaction.
- ii) Le transfert des actifs incorporels difficiles à valoriser est couvert par un accord préalable en matière de prix bilatéral ou multilatéral, en vigueur pour la période concernée entre les juridictions du cessionnaire et du cédant ;
- iii) Toute différence significative entre les projections financières et les résultats réels mentionnés au (i).2 ci-dessus n'a pas pour effet de réduire ou d'augmenter la rémunération des actifs incorporels

difficiles à valoriser de plus de 20% par rapport à la rémunération définie au moment de la transaction ;

- iv) Une durée de commercialisation de 5 ans s'est écoulée après l'année au cours de laquelle l'actif incorporel difficile à valoriser a généré pour la première fois des revenus d'une partie non liée pour le cessionnaire et pendant cette période de commercialisation, une différence significative entre les prévisions financières et les résultats réels mentionnés au (i).2 ci-dessus n'a pas excédé de plus de 20% les prévisions pour cette période⁷.

6.194. La première exception signifie que, même si des éléments probants *ex post* sur les résultats financiers fournissent des informations pertinentes aux administrations fiscales pour examiner le bien-fondé des accords de prix *ex ante*, dans les circonstances où le contribuable peut démontrer de manière satisfaisante ce qui était prévisible au moment de la transaction et pris en compte dans les hypothèses de prix, et démontrer que les développements se traduisant par une différence entre les prévisions et les résultats sont dus à des événements imprévisibles, les administrations fiscales ne seront pas en droit de procéder à des ajustements des accords de prix *ex ante* reposant sur les résultats *ex post*. Par exemple, si les éléments probants des résultats financiers démontrent que les ventes des produits utilisant l'actif incorporel transféré se sont élevées à 1 000 par an tandis que les accords de prix *ex ante* étaient fondés sur des prévisions de ventes ne dépassant pas 100 par an, l'administration fiscale examinera alors les raisons pour lesquelles les ventes atteignent des volumes aussi élevés. Si ces volumes plus élevés sont dus, par exemple, à une croissance exponentielle de la demande de produits utilisant l'actif incorporel à la suite d'une catastrophe naturelle ou de tout autre événement imprévu, qui était clairement imprévisible au moment de la transaction ou dont la probabilité de réalisation était très faible, le prix *ex ante* sera alors considéré comme conforme au principe de pleine concurrence sauf s'il existe d'autres éléments probants que les résultats financiers, indiquant que le prix fixé n'était pas conforme au prix de pleine concurrence.

6.195. Il conviendrait de faciliter le règlement des situations de double imposition résultant de l'application de l'approche des actifs incorporels difficiles à valoriser dans le cadre d'une procédure amiable aux termes de la convention applicable.

7. Dans certains secteurs d'activités, il n'est pas rare qu'un actif incorporel soit transféré avec une clause conditionnelle relative à un second usage ou à un usage supplémentaire. En ce qui concerne les types d'actifs incorporels concernés, la période prise en compte recommence avec la nouvelle commercialisation.

D.5. Principes supplémentaires pour les transactions portant sur l'utilisation d'actifs incorporels en lien avec la vente de biens ou la fourniture de services

6.196. Cette section fournit des principes supplémentaires pour l'application des principes exposés dans les chapitres I à III lorsqu'une partie à la transaction contrôlée, ou les deux, utilisent des actifs incorporels en lien avec la vente de biens ou la fourniture de services sans procéder à un transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels. Lorsqu'elle porte sur des actifs incorporels, l'analyse de prix de transfert doit étudier avec soin les effets de l'existence de ces actifs sur les prix et les autres conditions des transactions contrôlées.

D.5.1. Les actifs incorporels comme facteur de comparabilité des transactions portant sur l'utilisation d'actifs incorporels

6.197. Les principes généraux énoncés dans la section D.1 des chapitres I et III s'appliquent également aux analyses de comparabilité qui visent des transactions portant sur des actifs incorporels en lien avec une transaction contrôlée relative à la vente de biens ou à la fourniture de services. Cependant, le fait que les actifs concernés soient des actifs incorporels peut soulever des défis en matière de comparabilité.

6.198. Aux fins d'une analyse des prix de transfert, lorsque la méthode de fixation des prix de transfert la plus appropriée est celle du prix de revente, du coût majoré ou la méthode transactionnelle de la marge nette, la partie à la transaction qui présente le degré de complexité moindre est souvent retenue comme partie testée. Dans de nombreux cas, les prix de pleine concurrence ou la part des bénéfices attribuée à la partie testée peuvent être déterminés sans qu'il soit nécessaire d'évaluer les actifs incorporels utilisés en lien avec la transaction. Cette situation se présente généralement lorsque seule la partie non testée utilise des actifs incorporels. Dans certains cas toutefois, la partie testée, malgré le degré de complexité moindre de ses activités, peut utiliser de fait des actifs incorporels. De même, les parties à des transactions sur le marché libre potentiellement comparables peuvent utiliser des actifs incorporels. Dès lors qu'une telle situation se présente, il devient nécessaire d'examiner les actifs incorporels utilisés par la partie testée ou par les parties aux transactions sur le marché libre potentiellement comparables, les actifs incorporels constituant un facteur de comparabilité aux fins de l'analyse.

6.199. Par exemple, une partie testée qui assure la commercialisation et la distribution de biens achetés dans le cadre de transactions contrôlées peut avoir mis au point des actifs incorporels relevant du domaine de la commercialisation dans les zones géographiques où elle conduit ses activités, comme des listes de clients, des relations avec la clientèle ou des données

relatives aux clients. Elle peut aussi avoir développé des savoir-faire en matière de logistique, développé des logiciels ou d'autres outils qui lui procurent des avantages dans l'exercice de ses activités de distribution. Les effets de ces actifs incorporels sur la rentabilité de la partie testée devraient être pris en compte lors de l'analyse de comparabilité.

6.200. Il convient cependant de souligner que bien souvent, lorsque la partie testée utilise de tels actifs incorporels, les parties aux transactions comparables sur le marché libre disposent elles aussi d'actifs de même type. Ainsi, dans le cas d'une entreprise de distribution, il est probable qu'une entité indépendante exerçant des activités de distribution dans le même secteur et sur le même marché que la partie testée connaisse des clients potentiels et soit entrée en relation avec eux, qu'elle ait recueilli des données concernant ces clients, qu'elle dispose de ses propres systèmes logistiques efficaces ou détienne dans d'autres domaines encore des actifs incorporels similaires à ceux de la partie testée. Dans ce cas, le degré de comparabilité peut être suffisamment élevé pour que les prix acquittés ou les marges engrangées par les entreprises potentiellement comparables constituent un indicateur approprié pour déterminer une rémunération de pleine concurrence des fonctions que la partie testée exerce et des actifs incorporels qu'elle possède.

6.201. Lorsque la partie testée et l'entreprise potentiellement comparable détiennent des actifs incorporels comparables, ceux-ci ne sont pas des actifs incorporels uniques et de valeur au sens du paragraphe 6.17 et aucun ajustement de comparabilité n'est par conséquent nécessaire au titre des actifs incorporels. Dans ce cas, le comparable potentiel représente le mieux la contribution des actifs incorporels de la partie testée aux bénéficiaires de celle-ci. Toutefois, si des actifs incorporels uniques et de valeur sont détenus et utilisés soit par la partie testée, soit par l'entreprise potentiellement comparable, il peut être nécessaire de réaliser des ajustements de comparabilité, voire de sélectionner une autre méthode de prix de transfert. Dans ce cas de figure, les principes exposés aux sections D.2.1 à D.2.4 s'appliquent à l'évaluation de la comparabilité des actifs incorporels.

6.202. Il convient que les contribuables et les administrations fiscales fassent preuve de retenue lorsqu'ils rejettent des comparables potentiels du fait de l'utilisation d'actifs incorporels par les parties à des transactions potentiellement comparables ou par la partie testée. En règle générale, des comparables potentiels ne devraient pas être rejetés parce que l'existence d'actifs incorporels non spécifiés ou d'une survalueur importante a été avancée. Si des transactions ou des entreprises identifiées sont par ailleurs comparables, elles peuvent fournir le meilleur indicateur disponible pour fixer le prix de pleine concurrence, indépendamment de l'existence d'actifs incorporels relativement peu importants utilisés soit par la partie testée, soit par les parties aux transactions potentiellement comparables. Le rejet de transactions

potentiellement comparables devrait être fondé sur l'existence et l'utilisation d'actifs incorporels non comparables seulement lorsque ces derniers peuvent être identifiés de façon claire et distincte et qu'il s'agit manifestement d'actifs uniques et de valeur.

D.5.2. Détermination de prix de pleine concurrence pour des transactions portant sur l'utilisation d'actifs incorporels en lien avec la vente de biens ou la fourniture de services

6.203. Les principes énoncés dans les chapitres I à III s'appliquent à la fixation des prix de pleine concurrence pour les transactions portant sur l'utilisation d'actifs incorporels en lien avec la vente de biens ou la fourniture de services. On distingue généralement deux types de situations. Dans le premier cas, l'analyse de comparabilité, notamment l'analyse fonctionnelle, conclut à l'existence de comparables suffisamment fiables pour déterminer les conditions de pleine concurrence pour la transaction en utilisant une méthode de prix de transfert fondée sur des comparables. Dans le second cas, l'analyse de comparabilité, notamment l'analyse fonctionnelle, ne permet pas d'identifier de manière fiable des transactions comparables sur le marché libre, ce qui découle souvent directement de l'utilisation par une partie à la transaction, ou par les deux parties, d'actifs incorporels uniques et de valeur. Les approches applicables dans les deux cas afin de déterminer les prix de transfert sont décrites dans les paragraphes suivants.

D.5.2.1. Situations où des comparables fiables existent

6.204. Il est fréquent que des comparables fiables puissent être identifiés malgré l'utilisation d'actifs incorporels par l'une au moins des parties à une transaction contrôlée de vente de biens ou de fourniture de services. Selon les circonstances du cas d'espèce, l'une ou l'autre des cinq méthodes de prix de transfert de l'OCDE décrites au chapitre II pourra être la plus appropriée si la transaction s'accompagne de l'utilisation d'actifs incorporels en lien avec une transaction contrôlée de vente de biens ou de fourniture de services et si des comparables fiables existent.

6.205. Lorsque la partie testée n'utilise pas d'actifs incorporels uniques et de valeur, et lorsque des comparables fiables peuvent être identifiés, les prix de pleine concurrence peuvent souvent être établis en employant une méthode unilatérale, notamment les méthodes du prix comparable sur le marché libre, du prix de revente, du coût majoré ou la méthode transactionnelle de la marge nette. Dans ce cas, les indications présentées dans les chapitres I à III sont généralement suffisantes aux fins de la détermination des prix de pleine concurrence, sans qu'il y ait lieu d'examiner en détail la nature des actifs incorporels utilisés par l'autre partie à la transaction.

6.206. Il convient de se référer aux principes décrits aux sections D.2.1 à D.2.4 du présent chapitre pour déterminer si l'utilisation des actifs incorporels par la partie testée retire toute leur fiabilité aux transactions comparables sur le marché libre qui ont été identifiées ou rend nécessaire la réalisation d'ajustements de comparabilité. Le recours à des ajustements de comparabilité ou le choix d'une méthode de prix de transfert moins dépendante des transactions comparables sur le marché libre ne s'imposent que si les actifs incorporels utilisés par la partie testée sont des actifs uniques et de valeur. Lorsque les actifs incorporels utilisés par la partie testée sont d'une autre nature, les prix versés ou perçus, les marges et revenus obtenus par les parties lors de transactions comparables sur le marché libre peuvent fournir un indicateur fiable pour déterminer les conditions de pleine concurrence.

6.207. Lorsque des ajustements de comparabilité s'imposent du fait des différences entre les actifs incorporels utilisés par la partie testée dans le cadre d'une transaction contrôlée et les actifs incorporels utilisés par une partie dans le cadre d'une transaction sur le marché libre potentiellement comparable, le calcul d'ajustements de comparabilité fiables peut soulever des questions factuelles auxquelles il est difficile de répondre. Il convient alors de procéder à un examen approfondi des faits et circonstances du cas d'espèce et des données disponibles concernant les effets des actifs incorporels sur les prix et les bénéfices. Lorsqu'une différence de nature entre différents actifs incorporels a manifestement un effet sur les prix mais ne peut faire l'objet d'une estimation fiable, il peut s'avérer nécessaire de choisir une méthode de prix de transfert moins dépendante de l'identification de comparables fiables.

6.208. Il convient également de souligner que, dans le cas d'une utilisation d'actifs incorporels en lien avec une transaction contrôlée de vente de biens ou de services, les différences de nature entre les actifs incorporels utilisés ne sont pas les seules raisons justifiant des ajustements de comparabilité. En particulier, des ajustements de comparabilité peuvent s'imposer du fait de différences existant entre les marchés, les avantages de localisation, les stratégies opérationnelles, le collectif de travail, les synergies d'entreprise et d'autres facteurs similaires. Si ces facteurs ne peuvent être qualifiés d'actifs incorporels au sens donné à ce terme dans la section A.1 du présent chapitre, ils peuvent cependant avoir des effets importants sur les prix de pleine concurrence dans des situations caractérisées par l'utilisation d'actifs incorporels.

D.5.2.2. Situations où il n'existe pas de comparables fiables

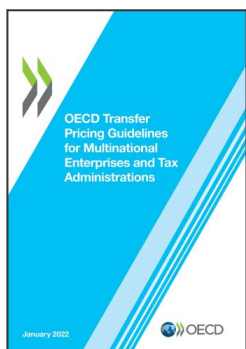
6.209. Lorsqu'aucune transaction sur le marché libre comparable de manière fiable n'a pu être identifiée, la méthode transactionnelle du partage des bénéfices peut être utilisée pour définir une répartition conforme au principe de pleine concurrence des bénéfices générés par les ventes de produits ou

les fournitures de services assorties de l'utilisation d'actifs incorporels. La méthode transactionnelle du partage des bénéfices peut notamment être utilisée lorsque les deux parties à la transaction apportent des contributions uniques et de grande valeur à la transaction.

6.210. La section C dans la partie III du chapitre II contient des indications à prendre en compte pour mettre en œuvre la méthode transactionnelle du partage des bénéfices. Ces indications s'appliquent pleinement aux situations caractérisées par l'utilisation d'actifs incorporels en lien avec la vente de produits ou la fourniture de services dans le cadre de transactions contrôlées.

6.211. Lors de l'application d'une méthode de partage des bénéfices à un cas d'espèce caractérisé par l'utilisation d'actifs incorporels, il faut veiller à identifier les actifs incorporels concernés et à étudier de quelle manière ils contribuent à la création de valeur et évaluer avec soin les autres fonctions exercées qui génèrent des revenus, les actifs utilisés et les risques assumés. Pour pouvoir être mise en œuvre de manière fiable, une méthode de partage des bénéfices ne pourra reposer uniquement sur des affirmations imprécises concernant l'existence et l'utilisation d'actifs incorporels.

6.212. Lorsque les circonstances le justifient, des méthodes de fixation des prix de transfert ou des méthodes d'évaluation qui ne dépendent pas de l'identification de transactions sur le marché libre qui soient comparables et fiables peuvent également être utilisées pour définir les conditions de pleine concurrence pour une vente de produits ou fourniture de services lors de laquelle des actifs incorporels sont utilisés en lien avec la transaction. La solution alternative retenue devrait tenir compte de la nature des biens ou services fournis et de la contribution à la création de valeur apportée par les actifs incorporels et par les autres facteurs pertinents.



Extrait de :
OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022

Accéder à cette publication :
<https://doi.org/10.1787/0e655865-en>

Merci de citer ce chapitre comme suit :

OCDE (2022), « Considérations particulières applicables aux actifs incorporels », dans *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*, Éditions OCDE, Paris.

DOI: <https://doi.org/10.1787/6f022a01-fr>

Cet ouvrage est publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE. Les opinions et les arguments exprimés ici ne reflètent pas nécessairement les vues officielles des pays membres de l'OCDE.

Ce document, ainsi que les données et cartes qu'il peut comprendre, sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région. Des extraits de publications sont susceptibles de faire l'objet d'avertissements supplémentaires, qui sont inclus dans la version complète de la publication, disponible sous le lien fourni à cet effet.

L'utilisation de ce contenu, qu'il soit numérique ou imprimé, est régie par les conditions d'utilisation suivantes :
<http://www.oecd.org/fr/conditionsdutilisation>.