

La Chronique du FfD



CIVIL SOCIETY
FINANCING FOR
DEVELOPMENT
Mechanism

Le mécanisme de la société civile pour le Financement du développement est une plateforme ouverte de la société civile qui regroupe plusieurs centaines d'organisations et de réseaux de différentes régions du monde. Le principe directeur du mécanisme de Financement du développement est de veiller à ce que la société civile puisse s'exprimer à travers une voix collective.

COURIR À LA CATASTROPHE : LA MENACE DE L'ARBITRAGE

Vendredi dernier, les employés du ministère du Commerce du gouvernement britannique ont appris à leur réveil qu'ils étaient poursuivis en justice par une société d'investissement singapourienne et potentiellement redevables de millions de livres sterling d'argent public.

Pourquoi ? Parce que la Cour suprême du Royaume-Uni avait annulé une demande d'ouverture d'une nouvelle mine de charbon à Cumbria, dans le nord de l'Angleterre, faisant le constat de son incompatibilité avec les objectifs climatiques du Royaume-Uni. Cette décision était, selon les investisseurs, contraire à un accord commercial de 1975 entre le Royaume-Uni et Singapour, qui incluait une clause de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE). Le Royaume-Uni devait, selon eux, indemniser l'entreprise pour la perte de profits liée à la mise à l'arrêt de la mine.

Les mécanismes RDIE ont acquis, à juste titre, une triste réputation. Ces instruments établissent des mécanismes d'arbitrage souvent secrets et en grande partie sans redevabilité, mécanismes qui existent ainsi parallèlement au système juridique habituel d'un pays. Ces « tribunaux secrets » ont été utilisés à maintes reprises par des entreprises poursuivant des gouvernements pour des politiques susceptibles d'affecter leurs profits.

La fermeture de la dernière mine de charbon du Royaume-Uni était considérée comme l'une des principales réussites du gouvernement britannique en matière de lutte contre le changement climatique. Se retrouver soudainement condamné à verser des millions de livres sterling d'indemnisation à cause de cette fermeture a dû être douloureux.

On pourrait s'attendre à ce qu'une telle expérience décourage de l'idée même de tribunaux d'arbitrage secrets. Pourtant, le Royaume-Uni, comme de nombreuses autres victimes du RDIE, a continué à flirter avec l'arbitrage dans ses soumissions écrites et orales à la Convention fiscale des Nations Unies (CNUCED). De même, plusieurs États membres de l'UE continuent toujours de plaider en faveur de l'arbitrage.

Soyons absolument clairs : l'arbitrage porte atteinte aux droits fiscaux et à la souveraineté des *tous les* États, tant du Nord que du Sud, au profit d'un groupe restreint d'entreprises.

Selon les données de la CNUCED, les investisseurs ont contesté *des mesures fiscales* dans 165 affaires RDIE entre 1987 et 2021. Parmi celles-ci, l'Espagne est le pays le plus contesté, avec 42 affaires entre 2012 et 2021. 60 % de ces affaires en lien avec la fiscalité, sur cette période, concernaient des pays développés. Ce phénomène profite aux entreprises basées dans quelques pays : par exemple, 26 de ces affaires provenaient d'entreprises basées aux États-Unis.

Nous sommes donc tous perdants face à l'arbitrage, et il existe de nombreux exemples montrant comment l'arbitrage peut être préjudiciable à tous les pays et à l'intérêt public.

Il ne s'agit pas seulement d'une question de capacités : les mécanismes d'arbitrage présentent des défis intrinsèques que les pays du Nord rencontrent également. Les organisations de la société civile et les agences des Nations Unies ont mené des recherches approfondies et ont identifié diverses difficultés. Par exemple :

1. Comme ils n'ont généralement pas de mandat sur l'ensemble du cadre juridique, les mécanismes d'arbitrage contribuent à la fragmentation juridique et privilégient les intérêts des investisseurs au détriment des intérêts publics, du développement durable et des droits de l'homme.
2. Ils portent atteinte à la souveraineté fiscale en laissant la compréhension de questions juridiques complexes à des arbitres privés sans redevabilité.
3. Ils manquent de transparence : les décisions ne sont pas systématiquement publiées, alors qu'elles créent des précédents négatifs qui peuvent profiter aux entreprises individuelles mais sont souvent préjudiciables à la société.
4. Ils créent un climat réglementaire défavorable, notamment en matière de législation fiscale, et sont souvent utilisés pour contester des lois d'intérêt public, notamment les protections environnementales et les réglementations sanitaires qui sont essentielles pour relever les défis contemporains.
5. Ils offrent aux multinationales une voie juridique privilégiée qui n'est pas accessible aux citoyens ou aux entreprises nationales, tout en excluant les communautés affectées et la société civile.
6. Ils échouent souvent à garantir des résultats équitables, notamment parce que les tribunaux manquent d'expertise en matière de droit fiscal national, de politiques de développement et de droits de l'homme.

Nous entendons l'argument selon lequel une grande partie de ces preuves concerne l'arbitrage fiscal dans les traités commerciaux ou d'investissement, mais il n'y a aucune raison de penser qu'il en serait autrement pour les questions fiscales transfrontalières : la logique et les mécanismes problématiques de l'arbitrage sont les mêmes.

Nous tenons à souligner le point suivant : à l'instar d'autres mesures qui complexifient et privatisent le système fiscal, l'arbitrage n'est dans l'intérêt d'aucun pays, mais uniquement dans celui des acteurs privés.

Et même pour les entreprises, de nombreuses questions se posent : le secteur privé insiste souvent sur l'importance de la sécurité juridique. Cependant, le meilleur moyen d'y parvenir n'est pas de fragmenter la loi par une multiplicité de mécanismes de recours privés, mais de disposer d'un mécanisme public simple et unifié dans le cadre de la Convention-cadre.

Pour réduire le nombre de litiges, il faut mettre l'accent sur la prévention, notamment en introduisant des reporting publics pays-par-pays et en simplifiant le système grâce à une taxation unitaire et une répartition par formule (formulary apportionment, en anglais).

CHÉRIE...NON !

Alors que les négociations plongent dans les profondeurs du monde de la fiscalité des entreprises, cette semaine a été un véritable voyage dans le monde imaginaire. C'est maintenant au tour de l'idée selon laquelle il existerait des solutions faciles et équitables aux litiges en matière de prix de transfert.

En lisant la "Issues Note" du Workstream III, il semble clair que certains gouvernements estiment que le système pourrait devenir plus "sûr" grâce aux accords préalables en matière de prix de transferts (APAs en anglais).

Cependant, un bref retour en arrière sur l'histoire plus récente de ce type particulier de décisions fiscales soulève de fortes inquiétudes, quant à leur capacité à constituer une voie adéquate pour sortir du labyrinthe.

Les accords préalables en matière de prix de transferts sont parfois utilisés comme un outil pour négocier un accord entre des sociétés multinationales individuelles et une administration fiscale spécifique (appelés "APAs" unilatéraux) au sujet de l'application et de l'interprétation de règles floues du système de prix de transfert.

Mais ces accords sont très controversés, en particulier depuis le scandale des LuxLeaks en 2014, après lequel elles ont été qualifiées de « Sweetheart Deals ». Au même moment, plusieurs de ces accords sont devenus l'objet d'affaires d'aides d'État, initiées par la Commission européenne.



ET ENSUITE, NOUS AVONS BESOIN D'UN TROISIÈME PROTOCOLE POUR RÉSOUDRE LES LITIGES RELEVANT DU PROTOCOLE 1, ET D'UN QUATRIÈME PROTOCOLE POUR RÉSOUDRE LES LITIGES ENTRE LES PROTOCOLES 1, 2 ET 3.

MOI JE VOUS LE DIS, C'EST DU GÉNIE !

La Commission a fini par perdre nombre de ces affaires, mais en 2024, la plus célèbre d'entre elles – l'affaire dite « Apple » – s'est soldée par l'annulation de deux "accords préalables en matière de prix de transferts" par la Cour de justice de l'Union européenne. Le pays à l'origine de ces accords, l'Irlande, aurait ainsi dépensé 10 millions d'euros, du contribuable bien-sûr, dans sa bataille judiciaire face à la Commission. Le plus absurde dans cette affaire, vient du fait que cette défaite de l'Irlande lui a tout de même permis de récupérer environ 13 milliards d'euros d'impôts impayés auprès d'Apple. En ce qui concerne, le débat sur la « répartition équitable des droits d'imposition », il est à noter que les revenus d'Apple avaient pourtant été générés dans toute l'Europe, en Afrique, au Moyen-Orient et en Inde.

La morale de toute cette histoire semble être la suivante : les accords préalables en matière de prix de transferts, n'apportent de certitude à personne. Et il semble évident que nous ne parviendrons pas à corriger l'injustice du système fiscal mondial actuel (notamment en ce qui concerne la fiscalité des entreprises) en enfermant ce problème fondamental dans un protocole dédié au règlement des différends. Ce dont nous avons réellement besoin c'est d'un système fondamentalement différent, et c'est bien dans le cadre du Workstream I, à savoir la Convention-cadre, que nous pourrions y parvenir.



L'HISTOIRE DE LA NAISSANCE DES NÉGOCIATIONS POUR UNE CONVENTION FISCALE DE L'ONU

IL A JOUÉ UN RÔLE DE PREMIER PLAN DANS LA LUTTE MENÉE PAR LA SOCIÉTÉ CIVILE POUR OBTENIR UNE CONVENTION FISCALE DES NATIONS UNIES ÉQUITABLE, EFFICACE ET PROGRESSIVE.

DÉCOUVREZ L'HISTOIRE DE L'ORGANISME FISCAL MONDIAL, LE FAMEUX "GLOBAL TAX BODY"

