

Université de Bourgogne

Faculté de droit

Master 2 Juriste d'affaires internationales

Parcours Recherche

Mémoire sur :

La jurisprudence arbitrale relative à la fiscalité
en droit des investissements

Sous la direction de
Rédigé par

M. Sébastien Manciaux
XU Chen

Remerciements

Je souhaite remercier sincèrement mon directeur de mémoire,
M. Sébastien MANCIAUX, pour ses conseils et sa disponibilité.
Je remercie également tous mes professeurs du Master II Juriste
d'affaires internationales.

Sommaire

Introduction	1
Partie I Arbitrabilité des litiges fiscaux en droit des investissements	6
Chapitre I Principes généraux de l'arbitrabilité des litiges	6
Chapitre II Les régimes spéciaux de l'arbitrabilité des litiges fiscaux en droit des investissements	20
Partie II Analyse du fond des litiges fiscaux en droit des investissements	37
Chapitre I Les mesures fiscales contrevenant aux garanties de stabilisation de l'Etat d'accueil	37
Chapitre II - Les mesures fiscales contrevenant aux engagements conventionnels de l'Etat d'accueil	56
Conclusion	73
Bibliographie	76

Introduction

Les deux disciplines juridiques, l'arbitrage et la fiscalité, sont traditionnellement considérées comme distinctes, et s'excluent l'une et l'autre. La fiscalité est un instrument classique d'intervention des Etats dans l'économie¹. Elle implique la collecte de fonds pour financer les besoins des Etats et des collectivités. Son rôle varie entre l'encouragement et le découragement de certaines activités sociales ou individuelles, et permet de réaffecter le revenu et la richesse d'un Etat. Ainsi, il n'est nul doute que le pouvoir d'imposition est une partie intégrante à la souveraineté de l'Etat.

L'arbitrage est, pour sa part, « une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes – l'arbitre ou les arbitres – lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention, sans être investies de cette mission par l'Etat »². Ainsi, son caractère essentiel réside dans le fait qu'il soit une institution privée et que les arbitres soient saisis par la volonté des parties. Ainsi, il semble naturel qu'une telle juridiction privée ne soit pas appropriée pour trancher les litiges découlant de l'*imperium* de l'Etat.

De ce fait, en tant qu'attribut de la souveraineté, il n'est guère surprenant que les tribunaux nationaux recherchent une compétence exclusive pour les litiges touchant à la fiscalité, laquelle semble donc essentiellement échapper à la compétence de l'arbitre. En d'autres termes, le contentieux fiscal, qui se définit comme tout litige entre un contribuable et l'administration fiscale au sujet de l'exigibilité ou le recouvrement de l'impôt, paraît plus apte à un règlement opéré par les juridictions étatiques, au moins en droit interne³. Les Etats sont donc réticents à confier aux personnes privées, telles que les arbitres, ces litiges touchant à leur souveraineté. Il en est de même dans les relations interétatiques.

En effet, les conventions fiscales bilatérales tendant à éviter les doubles impositions prévoient souvent que les litiges relatifs à leur application seraient

¹ S. Manciaux, « Changement de législation fiscale et arbitrage international », *Revue de l'arbitrage*, 2001, n°2, p.318

² R. David, « L'arbitrage dans le commerce international », *Economica*, Paris, 1982, p.9

³ L'article 2060 du Code civil français dispose qu' : « On ne peut compromettre [...] sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières intéressant l'ordre public ». Ainsi, l'arbitrage est totalement exclu dans la matière fiscale en droit français, la compétence de ce type de litige est réservée à la juridiction étatique.

réglés à l'amiable par les administrations fiscales concernées⁴. Ainsi, en cas de différend fiscal, les Etats préfèrent se concilier entre eux, sans que ne soit affectée leur souveraineté fiscale. Bien que certaines conventions⁵ prévoient l'intervention d'une commission d'arbitrage lorsque les États signataires ne parviennent pas à un accord amiable, la saisine de la commission d'arbitrage reste souvent facultative. Cependant, dans le cadre de l'OCDE, plusieurs rapports ont été proposés afin d'améliorer la résolution des différends en matière de conventions fiscales, tout en indiquant que l'arbitrage pouvait être une solution efficace pour résoudre les différends fiscaux transfrontaliers, notamment lorsque les autorités compétentes ne parvenaient pas à résoudre par voie amiable un différend relatif à une double imposition.

Ainsi, en 2008, l'OCDE a modifié son modèle de convention fiscale en prévoyant un arbitrage des différends transfrontaliers qui resteraient non résolus pendant plus de deux années, dès lors que le contribuable le demande⁶. Sous l'influence des efforts de cette organisation internationale, les conventions fiscales bilatérales tendent à intégrer de plus en plus souvent des dispositions relatives à l'arbitrage⁷. Malgré cette évolution, l'arbitrage demeure une mode de règlement des différends subsidiaire dans les conventions fiscales, auquel il est recouru successivement à un échec du

⁴ Par exemple, l'article 24 – 3 de la convention fiscale bilatérale relative à la double imposition du 30 mai 1984 entre la France et la Chine prévoit que « *les autorités compétentes des Etats contractants s'efforcent, par voie d'accord amiable, de résoudre les difficultés auxquelles peut donner lieu l'application de l'Accord* ».

En effet, à l'époque de cette convention, l'arbitrage n'était pas envisagé non plus par la convention type de l'OCDE, tandis que le rapport de 1984 estimait qu'il n'était pas pour le moment approprié de recommander une procédure arbitrale, car l'adoption d'une telle procédure représenterait un abandon inacceptable de la souveraineté fiscale.

⁵ Par exemple, les conventions fiscales franco – allemande, franco – canadienne, américaine

⁶ L'article 25- 5 de la Modèle de convention fiscale de l'OCDE prévoit que :

« Lorsque,

- a) en vertu du paragraphe 1, une personne a soumis un cas à l'autorité compétente d'un État contractant en se fondant sur le fait que les mesures prises par un État contractant ou par les deux États contractants ont entraîné pour cette personne une imposition non conforme aux dispositions de cette Convention, et que
- b) les autorités compétentes ne parviennent pas à un accord permettant de résoudre ce cas en vertu du paragraphe 2 dans un délai de deux ans à compter de la présentation du cas à l'autorité compétente de l'autre État contractant,

les questions non résolues soulevées par ce cas doivent être soumises à arbitrage si la personne en fait la demande. Ces questions non résolues ne doivent toutefois pas être soumises à arbitrage si une décision sur ces questions a déjà été rendue par un tribunal judiciaire ou administratif de l'un des États. À moins qu'une personne directement concernée par le cas n'accepte pas l'accord amiable par lequel la décision d'arbitrage est appliquée, cette décision lie les deux États contractants et doit être appliquée quels que soient les délais prévus par le droit interne de ces États. Les autorités compétentes des États contractants règlent par accord amiable les modalités d'application de ce paragraphe. »

⁷ Par exemple, l'article 26 -5 de la convention fiscale franco-américaine modifié le 9 janvier 2009 prévoit que : « Si, dans le cadre d'une procédure amiable engagée en application du présent article, les autorités compétentes se sont efforcées de trouver un accord complet sans toutefois y parvenir, le cas est résolu par un arbitrage dans les conditions définies au paragraphe 6 du présent article et par toute règle ou procédure convenue d'un commun accord par les Etats contractants, si :

- a) des déclarations fiscales ont été produites dans au moins l'un des Etats contractants pour les années d'imposition concernées ;
- b) le cas n'est pas un cas particulier dont les deux autorités compétentes considèrent d'un commun accord, avant la date à laquelle les procédures d'arbitrage auraient dû commencer, qu'il ne se prête pas à un règlement par voie d'arbitrage ; et
- c) toutes les personnes concernées s'engagent conformément aux dispositions du d) du paragraphe 6.

règlement amiable des différends.

Cependant, dans les relations internationales économiques, la situation est différente. Les Etats, et notamment ceux en développement, offrent souvent des avantages fiscaux aux investisseurs étrangers pour les attirer à leur territoire. De plus, afin de promouvoir les investissements⁸, ils peuvent aussi accorder des garanties contractuelles à ces avantages fiscaux pour donner confiance aux investisseurs et sécuriser leurs apports. Toutefois, le caractère souverain du pouvoir fiscal sous-tend que l'Etat est susceptible de retirer ces avantages, et qu'un éventuel litige puisse en résulter. Ainsi, afin de sécuriser au mieux l'investissement, il doit encore être mis à disposition un mécanisme fiable de règlement des différends.

La difficulté est de déterminer quel mécanisme doit-il être envisagé. En général, pour résoudre un différend entre l'Etat d'accueil et un investisseur, le recours aux tribunaux étatiques est insatisfaisant. A tort ou à raison, l'investisseur étranger pourrait craindre la partialité des tribunaux de l'Etat d'accueil, qui pourraient favoriser ce dernier. Quant aux tribunaux de l'Etat de l'investisseur, il est évident que le gouvernement refusera de se soumettre à la juridiction d'un autre Etat. La justice étatique doit donc être écartée. L'Etat d'accueil et les investisseurs étrangers préférant soumettre leurs différends à un mode de règlement neutre, ils peuvent naturellement privilégier l'arbitrage international⁹. Il leur est ainsi possible de choisir un lieu neutre dont la législation régirait la procédure de l'arbitrage. Pourtant, il était encore préférable de concevoir un arbitrage réellement international, détaché de tout droit national comme de toute juridiction nationale. C'est cette idée qui a inspiré la Convention de Washington conclue en 1965, et entrée en vigueur en 1966, établissant un Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements. À ce jour, elle a été signée par 158 Etats et ratifiée par 148¹⁰. Cependant, malgré sa ratification par de nombreux Etats, certains Etats, comme le Mexique, n'ont toujours pas signé cette convention. Un autre mécanisme supplémentaire a ainsi été prévu dans le cadre du CIRDI¹¹. Il permet à un investisseur de recourir à la procédure du Centre, alors même que les conditions contraignantes de compétence tenant à la nationalité imposées par la Convention, ne sont pas remplies.

⁸ La définition de l'investissement n'est pas unifiée en droit international, on emploie une conception large ici, comme indiqué dans les conventions de promotion et de protection des investissements, il désigne tous les avoirs, tels que les biens, droits et intérêts de toute nature.

⁹ En fait, un arbitrage local dans l'Etat d'accueil est aussi possible, mais il est douteux que cela puisse offrir la sécurité nécessaire dans certains pays en développement.

¹⁰ CIRDI Rapport annuel 2012, http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnualReports&year=2010_Fre, dernière consultation le 5 janvier 2013

¹¹ V. CIRDI Règlement du mécanisme supplémentaire <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility-fra/iii.htm>, dernière consultation le 5 janvier 2013

Cependant, l'arbitrage selon les règles CIRDI n'est pas le seul type d'arbitrage qui puisse trancher un litige entre un investisseur étranger et son Etat d'accueil. En pratique, des clauses d'arbitrage, souvent prévues dans des contrats d'investissements, peuvent désigner aussi un arbitrage selon le Règlement CCI ou selon le Règlement d'arbitrage CNUDCI. Le tribunal des différends irano-américains créé à la suite de la révolution iranienne et des accords d'Alger de 1981 est un autre exemple de mécanisme d'arbitrage d'investissement.

Depuis une vingtaine d'années, l'arbitrage d'investissement connaît une évolution considérable grâce à un nouveau développement : la conclusion de traités d'investissements. Il peut s'agir de traités bilatéraux relatifs à la promotion et la protection de l'investissement (TBI), qui prévoient généralement la possibilité pour tout investisseur étranger de recourir à un arbitrage contre l'Etat d'accueil¹². L'investisseur a généralement le choix entre différents mécanismes d'arbitrage, à savoir principalement l'arbitrage selon la Convention ou le mécanisme supplémentaire CIRDI, ou l'arbitrage selon le Règlement CNUDCI. Il peut également s'agir de traités multilatéraux qui contiennent des clauses d'arbitrage semblables à celles des traités bilatéraux. Par exemple, l'accord de libre échange nord-américain (ALENA), conclu entre les Etats-Unis, le Canada et le Mexique, prévoit un arbitrage selon la convention ou le mécanisme supplémentaire CIRDI ou selon le Règlement CNUDCI¹³. Une disposition similaire est présente dans le cadre de l'ALEAC (Accord de libre-échange d'Amérique centrale) et dans le traité sur la charte de l'énergie¹⁴.

¹² Pour l'instant, il existe environ 2800 traités bilatéraux dans le monde selon le rapport de l'ONU

¹³ L'article 1120 (1) du chapitre 11 ALENA: « 1. Sauf dispositions de l'annexe 1120.1 et à condition que six mois se soient écoulés depuis les événements qui ont donné lieu à la plainte, un investisseur contestant pourra soumettre la plainte à l'arbitrage en vertu :

a) de la Convention CIRDI, à condition que la Partie contestante et la Partie de l'investisseur soient parties à la Convention;

b) du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, à condition que la Partie contestante ou la Partie de l'investisseur, mais non les deux, soit partie à la Convention CIRDI; ou

c) des Règles d'arbitrage de la CNUDCI. »

¹⁴ L'article 26 (4) de la charte de l'énergie prévoit que :

« Si un investisseur choisit de soumettre le différend en vue de son règlement conformément au paragraphe 2 point c), il donne son consentement par écrit pour que le différend soit porté devant

a) i) le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, créé en application de la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, ouverte pour signature à Washington le 18 mars 1965, ci-après dénommée "convention CIRDI", si la partie contractante de l'investisseur et la partie contractante partie au différend sont toutes deux parties à la convention CIRDI ; ou

ii) le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, créé en application de la convention visée au point a), sur la base du règlement du mécanisme supplémentaire pour l'administration des procédures par le Secrétariat du Centre, ci-après dénommé "règlement du mécanisme supplémentaire", si la partie contractante de l'investisseur ou la partie contractante partie au différend, mais non les deux, est partie à la convention CIRDI ;

b) à un arbitre unique ou à un tribunal d'arbitrage ad hoc constitué sur la base du règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) ; ou

c) à une procédure d'arbitrage sous l'égide de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm

Cependant, si l'arbitrage d'un litige investisseur-Etat ne soulève aucune difficulté particulière en soi, le recours à l'arbitrage dans le cadre d'un litige fiscal opposant un investisseur à un Etat n'est pas évident. D'une part, en tant que pouvoir régalién, l'Etat craint que la soumission aux arbitres d'un litige fiscal puisse affecter sa souveraineté. Ainsi, certains traités d'investissement ou clauses d'arbitrage excluent les litiges fiscaux du pouvoir juridictionnel des arbitres.

D'autre part, peu de réglementations juridiques incarnent autant l'*imperium* de l'Etat que la fiscalité¹⁵, ainsi, les États doivent avoir une large marge d'appréciation en ce qui concerne l'adoption de mesures fiscales. Aucun Etat ne peut être obligé de s'abstenir de modifier sa loi fiscale, sauf pour les circonstances particulières dans lesquelles un accord de stabilisation fiscale est conclu.

Cependant, malgré cela, quand un Etat modifie sa législation fiscale applicable à un investisseur étranger, il doit le faire d'une manière qui respecte à la fois le droit international et son droit interne. Cette attente est la base sur laquelle se fonde un investisseur pour réaliser un investissement dans un État étranger. Un litige peut survenir si le changement de législation fiscale porte atteinte à cette attente légitime.

En pratique, l'arbitrage de tels différends s'avère être une réalité, les arbitres ont ainsi la possibilité de rencontrer des litiges relatifs à la matière fiscale, portés par des investisseurs étrangers contre les Etats d'accueil. Cependant, ce type de litige est relativement rare. Par exemple, parmi les deux centaines de litiges investisseur-Etat tranchées par le CIRDI, moins d'une dizaine sont liées à la fiscalité. En fait, une vingtaine de sentences arbitrales relatives à un litige fiscal peuvent être recensées, mais la plupart des réclamations ont échoué. Ce phénomène nous amène à nous interroger afin de savoir si la nature particulière des mesures fiscales a une incidence sur l'étendue de la compétence des arbitres et peut écarter toute responsabilité de l'Etat d'accueil alors même qu'il aurait causé un dommage aux investisseurs étrangers. Ainsi, par l'étude des sentences existantes, il nous convient tout d'abord d'examiner l'arbitrabilité de tels litiges (I) et d'analyser ensuite le fond des litiges pour déterminer dans quelles conditions un gouvernement pourrait être tenu internationalement responsable de ses mesures fiscales (II).

¹⁵ J.P. Le Gall, « Fiscalité et arbitrage », Rev. Arb., 1994, n°1, p.4

Partie I - Arbitrabilité des litiges fiscaux en droit des investissements

Relevant de leur pouvoir régalién, la fiscalité concerne directement l'intérêt public des Etats. Les litiges fiscaux relèvent, par conséquent, plus favorablement de la compétence des juridictions étatiques que de celle des juridictions privées. En matière interne, l'exclusivité de compétence des juridictions étatiques est un principe bien établi. Cependant, ce principe de compétence exclusive n'est pas absolu en matière internationale. Ainsi, les arbitres sont parfois compétents pour connaître de litiges relatifs à la fiscalité, notamment et surtout, dans le domaine du droit des investissements. Les principes généraux de l'arbitrabilité des litiges fiscaux (I) présentent des spécificités en matière de droit des investissements (II).

Chapitre I - Principes généraux de l'arbitrabilité des litiges fiscaux en droit commun

Bien que les litiges fiscaux soient généralement jugés par le juge de l'impôt étatique, il est possible, surtout dans le commerce international, qu'un tel différend soit soumis à l'arbitrage. Si l'arbitre est invité à se prononcer sur un litige fiscal, il peut rencontrer deux possibilités : soit l'objet du litige est civil ou commercial mais a une incidence fiscale (I), soit l'objet même du litige est fiscal (II). Cependant, la compétence de l'arbitre varie selon ces deux situations.

Section I - L'arbitrabilité des litiges à incidence fiscale

Il est courant que la notion d'arbitrabilité d'un litige soit liée à celle d'ordre public. Ainsi, dans certains litiges, bien que leur objet soit civil ou commercial, l'ordre public¹⁶ fiscal peut exercer une influence importante. Il est donc nécessaire de s'interroger afin de savoir si cette influence est suffisamment importante pour empêcher le recours à l'arbitrage pour régler des litiges civils ou commerciaux (I), et étudier ensuite, en admettant que l'arbitrage soit en principe possible, la véritable nature de la compétence des arbitres concernant

¹⁶ L'ordre public est « une norme qui, exprimée ou non dans une loi, correspond à l'ensemble des exigences fondamentales considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité, à la marche de l'économie ou même à la sauvegarde de certains intérêts particuliers Primordiaux. » G. Cornu, Vocabulaire juridique, Association H. CAPITANT, PUF, PARIS, 2011

ce genre de litige. (II)

I. L'influence de l'ordre public fiscal sur l'arbitrabilité des litiges civils

Pour savoir si des litiges touchant le droit fiscal sont exclus de la compétence de l'arbitre de par leur nature même, il nous faut au préalable connaître le rôle joué par l'ordre public sur l'arbitrabilité d'un litige (A), avant de s'intéresser plus particulièrement à celui de l'ordre public fiscal (B).

A. Les critères de l'arbitrabilité au regard de l'ordre public

L'arbitre n'est pas désigné compétent en vertu d'une loi, mais, en revanche, la loi établit des restrictions ou limites à l'accès à l'arbitrage. Les règles d'ordre public jouent ici pleinement leur rôle.

La première difficulté est de savoir si un conflit est inarbitrable dès lors qu'il touche à l'ordre public. En droit français, l'article 2060 du code civil prévient que « *On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public* ». A la lecture de cet article, certains auteurs en ont ainsi déduit que la seule présence d'une disposition d'ordre public rendait les droits litigieux *ipso facto* indisponibles, et dès lors, le litige était inarbitrable¹⁷. Cependant, le Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur cette question, dans un arrêt *Tissot*¹⁸ rendu par la chambre commerciale le 28 novembre 1950. Les juges déclarent que l'arbitrage ne peut être exclu par le seul fait qu'il existe un lien avec un aspect d'ordre public. Autrement dit, bien que les règles d'ordre public soient mises en cause dans le litige, l'arbitre ne perd pas son pouvoir d'y intervenir.

Selon ce principe, l'ordre public peut rendre inarbitrable un litige dans deux situations. Tout d'abord, il existerait, au sein des règles d'ordre public, une sorte de « noyau dur », c'est-à-dire un certain nombre de questions qui doivent être soustraites aux arbitres, et réservées aux juridictions étatiques. Dans les matières qui sont en dehors de ce « noyau dur », dans l'ordre public ordinaire en quelque sorte, où l'arbitrage serait en principe possible, il serait exclu en cas de violation de l'ordre public.¹⁹ Ainsi, un litige est considéré comme étant

¹⁷ Ch. Jarroson, « Arbitrabilité : Présentation méthodologique », R.J. Com. 1996. n°11. p. 3.

¹⁸ Cass. Com., 28 novembre 1950, *Tissot c/ Neff*, JCP 1951.IV. p. 5, S. 1951. I. 120, note ROBERT, Recueil Dalloz 1951, p. 170, RTD. Civ. 1951, p. 106, obs. HEBRAUD, RTD. Com. 1951, p. 275, obs. BOITARD

¹⁹ P. Ancel, « Arbitrage et ordre public fiscal », *Rev. Arb.* 2001, n°2, p.273

inarbitrable, soit en ce qu'il relève, de par sa nature, du « noyau dur » de l'ordre public, soit en ce qu'il concerne la violation d'une norme d'ordre public ordinaire. Cela révèle que le législateur forge les principes de l'arbitrabilité par matières, autrement dit, il existe une sorte de bloc intouchable.

Cependant, certains auteurs²⁰ considèrent comme artificielle cette distinction de l'ordre public, ils estiment que le seul critère posé par l'article 2059 du Code civil, à savoir que l'on ne peut compromettre que sur les droits dont on a la libre disposition, est suffisant pour englober tous les questions liées à l'arbitrabilité. Pourtant, ce courant présente des lacunes dans la mesure où l'inarbitrabilité de certains types des litiges résulte plutôt de leurs liens étroits avec l'intérêt public que de l'indisponibilité du droit en cause. En effet, la notion de disponibilité des droits n'est pas autonome à l'ordre public, mais elle en dépend²¹. Autrement dit, l'ordre public détermine la disponibilité des droits. En ce sens, le regroupement des règles d'ordre public n'est pas infondé.

En conséquence, la seule présence de l'ordre public n'est pas suffisante pour dessaisir l'arbitre. Cependant, l'ordre public fiscal présente des caractères spécifiques en raison de ses incidences patrimoniales et fiscales.

B. Le rôle de l'ordre public fiscal quant à l'arbitrabilité des litiges civils

Il est vrai que peu de réglementations juridiques incarnent autant l'*imperium* de l'Etat que la fiscalité, récif sur lequel s'ancre le pouvoir régalién de lever l'impôt²². Il est donc normal que ces règles fiscales résident dans le « noyau dur » de l'ordre public. Le litige qui touche ces règles semble aisément écarté de toutes les juridictions privées, car ces modes de règlement sont facilement exclus dès lors qu'il s'agit de traiter de toutes les matières concernant le pouvoir souverain de l'Etat, comme les matières pénale ou fiscale, ou de la nationalité²³. Ainsi, un contribuable ne peut pas attirer l'administration fiscale devant un tribunal arbitral.

La doctrine distingue aussi l'ordre public de protection et l'ordre public de direction. Le premier protège des intérêts variés, mais généralement, il s'agit des intérêts d'une partie faible, à l'instar d'un consommateur ou d'un non professionnel face à un professionnel, ou un locataire face au bailleur. L'ordre public de direction a, lui, pour objet de protéger l'intérêt général de la collectivité. Concernant celui-ci, « les règles de droit qui relèvent de cette zone de l'ordre public ne confèrent à proprement parler aucun droit subjectif, mais

²⁰ P. Level, « Arbitrabilité », Rev. Arb., 1992, n°2, p. 213, Ch. Jarroson, « Arbitrabilité : Présentation méthodologique », RJ. Com. 1996. n°11. p. 3

²¹ Ch. Jarroson, op.cit., p. 3.

²² J.P. Le Gall, « Fiscalité et arbitrage », Rev. Arb., 1994, n°1, p. 4

²³ I. Fadlalah, « L'ordre public dans les sentences arbitrales », RCADI, 1994, p.408

imposent des sujétions que les parties ne peuvent écarter ».²⁴ On retrouve ici l'ordre public fiscal. En fait, les règles fiscales n'attribuent aucun droit subjectif aux contribuables ou à l'administration fiscale, et ces deux derniers ne peuvent qu'accepter les assujettissements.

Ce courant de doctrine semble considérer que l'inarbitrabilité des contentieux fiscaux résulte de l'indisponibilité des droits fiscaux. Pourtant, le caractère indisponible des créances fiscales est contestable, car l'administration fiscale peut transiger avec le contribuable. En effet, les «limites à l'arbitrabilité s'expliquent parce qu'on est ici en présence de règles qui ne statuent pas sur des droits subjectifs, dont on pourrait ou non disposer, mais qui ont pour objet d'organiser les rapports de l'individu et de la collectivité »²⁵ Cela dit, ils sont rarement arbitrables en ce qu'ils touchent de trop près à l'intérêt public et de ce fait, ils sont réservés à la compétence des juridictions étatiques exclusivement. Il est donc évident que sont inarbitrables tous les litiges ayant pour objet l'assiette, le quantum ou l'exigibilité d'un impôt. La seule exception est en matière de droit des investissements, où un changement de la fiscalité peut entraîner un manquement aux obligations contractuelles de l'Etat. Dans cette hypothèse, les arbitres peuvent intervenir pour condamner l'Etat, mais ils restent incompétents pour statuer sur le montant des impôts indûment perçu par l'Etat

Si, en général, les contentieux purement fiscaux ne sont pas arbitrables, les litiges dont l'objet est civil ou commercial mais présentant un lien avec l'ordre public fiscal, connaissent une situation plus délicate. Le seul fait de la mise en jeu d'une règle fiscale d'ordre public ne suffit pas à exclure ces litiges de l'arbitrage. En réalité, les arbitres peuvent trancher certains problèmes, même relevant des domaines qui constituent ce « noyau dur » de l'ordre public. Par exemple, ils ont compétence pour résoudre un contentieux patrimonial entre des héritiers, bien qu'ils n'aient pas compétence pour statuer sur un ordre de dévolution successorale²⁶.

Il est donc possible de prétendre de même pour les litiges civils qui ont des incidences fiscales. C'est-à-dire, les litiges civils ou commerciaux présentant des questions fiscales - dans la plupart des cas, entre deux personnes privées – peuvent se voir tranchés par les tribunaux arbitraux.

²⁴ E. Loquin, « Arbitrage ; instance arbitrale », *J-cl. Prov. Civ*, fasc., 1030

²⁵ P. Ancel, « Arbitrage et ordre public fiscal », *Rev. Arb.* 2001, n°2, p.273

²⁶ P. Catala, « Arbitrage et patrimoine familial », *Rev. Arb.*, 1994, p.279

II. La compétence des arbitres concernant des litiges civils à incidence fiscale

Il a été vu précédemment que la présence de l'ordre public fiscal n'interdisait pas *prima facie* la compétence des arbitres, cependant, cet ordre public détermine le champ de compétence de l'arbitre (A). De plus, l'arbitre doit respecter et appliquer l'ordre public dans la sentence à peine d'une éventuelle annulation(B).

A. Les limites de la compétence des arbitres

Bien que l'ordre public fiscal émergeant dans un litige civil ou commercial n'exclue pas son arbitrabilité, il peut délimiter la compétence des arbitres. Le principe est bien établi depuis une sentence de la CCI, qui avait pour objet d'interpréter les deux sentences déjà rendues condamnant un Etat contractant à payer une somme d'argent à un entrepreneur. En l'espèce, l'administration fiscale de l'Etat a estimé que cette indemnité correspondait à des bénéfices industriels et commerciaux et a donc imposé l'entrepreneur sur ce montant. Ensuite, à la demande de l'entrepreneur, le tribunal arbitral a dû interpréter ses premières sentences en considérant que le montant payé par l'Etat correspondait à des dommages et intérêts, et non pas à la rémunération d'une activité. Il a déclaré qu'²⁷ :

« Attendu que le Tribunal arbitral est le juge des contrats signés entre parties; qu'il n'est pas le juge de l'impôt ; que dès lors, toute demande tendant à voir dire que le demandeur serait ou ne serait pas imposable échappe à la compétence de ce tribunal ; qu'un tel litige met en effet en cause le demandeur et l'Etat non pas en tant que cocontractant ; mais en tant qu'autorité fiscale ;

Attendu, en revanche, que le Tribunal est compétent pour toute question contractuelle entrant dans le domaine de la clause compromissoire, même si celle-ci devait avoir une incidence pour le juge fiscal, incidence qu'il appartient à celui-ci de déterminer ;

Que c'est d'ailleurs uniquement selon cette ligne de partage que l'arbitre peut, tout à la fois, respecter la clause compromissoire qui lui confère la connaissance des litiges contractuels, et la compétence exclusive des juridictions étatiques pour statuer en matière fiscales ;

Attendu, en l'espèce, que les demandes dont le Tribunal arbitral est saisi ne constituent pas ; par leur objet, des demandes fiscales, même si elles peuvent avoir une incidence fiscale »

²⁷ CCI, n°6233/1992, Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1991-1995, t.III, p.332 ; P. ANCEL, « Arbitrage et ordre public fiscal », Rev. arb. 2001, p. 304, « Arbitrabilité », RCADI, 2002, p.172

On rencontre donc ici une situation où les règles civiles conduisent la solution fiscale. Dans ce cas là, même s'il y a un enjeu fiscal, il n'existe pas de problème de sursis à statuer pour l'arbitre, car ce n'est pas la décision de l'administration fiscale qui commande la solution arbitrale, mais à l'inverse, le fisc tire les conséquences de la sentence arbitrale.

Un autre problème révélé ici est celui de l'effet de la sentence. Bien entendu, cette sentence lie les deux parties en cause. En principe, l'autorité de la chose jugée de la sentence ne produit des effets qu'entre les parties. Ainsi, si l'administration fiscale n'est pas partie, la sentence n'aura pas cet effet à son égard. Mais elle est liée par la sentence dans la mesure où elle l'est par une décision civile ou commerciale d'une juridiction étatique²⁸. C'est-à-dire que la sentence constituant un fait pour l'administration fiscale, celle-ci pourra requalifier sur le plan fiscal ce que le juge civil a décidé²⁹.

Par conséquent, les arbitres sont pleinement compétents pour connaître de tout ce qui entre dans le domaine de la clause compromissoire, l'existence de problèmes fiscaux n'affecte pas leur compétence s'ils respectent la compétence exclusive des juridictions fiscales imposées par les règles d'ordre public.

Cependant, la situation contraire est plus compliquée. Si la solution du litige civil ou commercial dépend du droit fiscal, c'est-à-dire lorsque les règles d'ordre public fiscal ont une influence sur la finalité du litige, l'arbitre est-il compétent pour trancher ce litige ? Ou encore est-il obligé de respecter cet ordre public fiscal ? La jurisprudence a donné une réponse positive, l'arbitre doit respecter l'ordre public fiscal sous peine de voir sanctionnée sa violation dans leur sentence.

B. L'application de l'ordre public fiscal par arbitres

Si un litige civil à incidence fiscale est arbitral, l'arbitre doit respecter les règles d'ordre public fiscal dans sa décision. On considère que l'arbitre n'est pas seulement en droit d'apprécier le litige par rapport aux règles fiscales, mais aussi de prononcer la nullité du contrat si celui-ci viole l'ordre public fiscal.

Tout d'abord, il est admis que l'arbitre a le pouvoir d'apprécier la validité d'un contrat au regard de l'ordre public. L'affaire Danton Défense³⁰ en est un célèbre exemple, dans cette affaire, les arbitres avaient considéré « être en

²⁸ I.Fadlallah, « Arbitrage international et litiges fiscaux », *Rev. Arb.*, 2001, n°2 p.305

²⁹ I.Fadlallah, *op.cit.*, p.306

³⁰ CA Paris, 20 mai 1994, *Rev. Arb.* n° 2, 1994, p.397

droit d'apprécier si la convention est ou non une contre-lettre au sens de l'article 1840 du Code général des impôts, et si, par la suite, la cause en est illicite ». Cependant, ils avaient refusé de prononcer la nullité de la contre-lettre. A la suite d'une demande en annulation de la sentence, la cour d'appel de Paris avait cependant refusé de contrôler la qualification retenue par les arbitres en considérant que les arbitres avaient un pouvoir souverain de qualifier les actes, et a ensuite rejeté ce recours.

Tout d'abord, cette solution ne fait aucun doute dans la mesure où le caractère d'ordre public fiscal d'un texte ne le fait pas échapper à l'arbitre³¹.

L'arbitre est compétent mais est aussi obligé de trancher le litige selon le droit qui lui est applicable, bien qu'il soit de nature d'ordre public. Ce serait absurde si l'arbitre perdait sa compétence dès que le droit applicable à un litige comprenait des règles d'ordre public, car, dès lors, une des parties pourrait facilement échapper à l'arbitrage en invoquant une mise en cause de l'ordre public

Cette solution est cependant surprenante quant au refus de la cour d'appel de Paris d'exercer un contrôle de la qualification retenue par les arbitres³². La cour considère que « l'annulation d'une sentence pour cause de violation par les arbitres d'une règle d'ordre public ne s'étend pas au cas où est alléguée la dénaturation des actes soumis aux arbitres et que le contrôle de la Cour d'appel, saisi d'un recours en annulation fondé sur l'article 1486-6° du nouveau Code de procédure civile, ne porte pas sur la qualification que les arbitres ont souverainement donnée des conventions liant les parties... ». En effet, si le juge de contrôle examine la qualification, il risque de s'immiscer dans le fond du litige, car celle-ci est étroitement liée avec des éléments de faits et le contenu des conventions retenus par l'arbitre. Cependant, l'absence ou la mauvaise application d'une règle d'ordre public du fait de la fausse qualification de droit ou de fait retenue par l'arbitre, pourrait porter préjudice à la sécurité juridique et l'intérêt public. Ainsi, l'élargissement au contrôle du respect par l'arbitre de l'ordre public semble nécessaire en raison de l'évolution de plus en plus libérale du droit français à l'égard de l'arbitrabilité.³³

Si l'arbitre a le pouvoir d'apprécier un contrat au regard d'une règle d'ordre public fiscal, comme en témoigne cette célèbre affaire, cela implique logiquement qu'il soit aussi compétent pour sanctionner la violation de cet ordre public. En matière interne, les arbitres doivent s'abstenir « lorsque l'objet de la contestation, mettant en jeu des règles impératives, fait apparaître une violation de l'ordre public »³⁴. En matière internationale, dans l'arrêt Ganz³⁵, la

³¹ I.Fadlallah, « Arbitrage international et litiges fiscaux », *Rev. Arb.*, 2001, n°2 p.305

³² P. Mayer, « La sentence arbitrale contraire à l'ordre public au fond », *Rec. Arb.*, 1994, p.636 ; P. Ancel, « Arbitrage et ordre public fiscal », *Rev. Arb.* 2001, n°2, p.283

³³ Cass. Civ. 1^{re}, 3 juin 1998, *Rev. Arb.*, 1999, p. 71, note E.Loquin

³⁴ CA Paris, 20 janvier 1989, Sté Phocéenne de Dépôts, *Rev. Arb.*, 1989, p.280, note L. Idot

Cour de cassation a jugé que l'arbitre a « le pouvoir d'apprécier la licéité d'un contrat au regard des règles relevant de l'ordre public international et d'en sanctionner l'illicéité en prononçant en particulier sa nullité ». En effet, le pouvoir d'apprécier le contrat selon l'ordre public est plus dangereux que celui d'en sanctionner la violation, car le premier risque d'ordonner l'exécution d'un contrat illicite alors que le second implique seulement de tirer les conséquences d'une violation de l'ordre public. Ainsi, le principe en matière internationale devrait s'appliquer aussi en matière interne. Plus précisément, l'arbitre devrait pouvoir prononcer la nullité du contrat si le litige viole l'ordre public fiscal.

En conclusion, concernant les litiges à incidence fiscale, s'ils ne concernent ni l'assiette, le quantum ou l'exigibilité de l'impôt, la présence de l'ordre public fiscal n'exclut pas la compétence des arbitres, de plus, ils doivent trancher les litiges au regard de cet ordre public fiscal, c'est-à-dire le respecter et l'appliquer. Cependant, si les litiges ont un objet fiscal, les compétences des arbitres vont être plus limitées.

Section II - L'arbitrabilité des litiges à objet fiscal

Il peut arriver aussi qu'un litige dont l'objet est l'impôt s'élève devant l'arbitre. Si les litiges dont les objets sont civils ou commerciaux mais à incidence fiscale sont, par principe, arbitrables, les litiges à objet fiscal rencontrent plus d'obstacles pour être tranchés par les arbitres. Leur arbitrabilité est différente selon qu'ils relèvent de deux situations : les différends fiscaux se rattachent à l'exécution du contrat (I) ou ils concernent les véritables contentieux fiscaux, c'est-à-dire opposant l'Etat et un contribuable (II).

I. Le litige contractuel à l'objet fiscal

Il arrive que les litiges soient contractuels mais que la discussion principale porte sur des questions fiscales. L'arbitre est généralement compétent pour trancher ces litiges (A), mais une difficulté survient lorsqu'il y a un litige proprement fiscal en instance devant l'administration fiscale, l'arbitre est donc face à un problème délicat, qui est celui de la nécessité de surseoir à statuer (B).

³⁵ CA Paris, 29 mars 1991, Ganz, Rev. Arb., 1991, p.478, note L. Idot

A. La soumission à l'arbitre des litiges contractuels à objet fiscal

Il est courant que les parties prévoient dans le contrat la modalité de la charge d'un impôt, par exemple, la taxe douanière ou le TVA, etc. Dans cette hypothèse, les parties ont, par contrat, convenu que l'une d'elles supporterait en tout ou en partie la charge des impôts générés par l'opération et qui, du point de vue fiscal, incombent normalement à l'autre, par exemple dans le cadre d'une vente³⁶. Les demandes devant les arbitres peuvent être très différentes: un des cocontractants peut souhaiter engager la responsabilité de l'autre qui n'a pas payé l'impôt qu'il aurait du contractuellement acquitter; il peut aussi demander le remboursement de l'impôt qu'il a payé, alors qu'il avait été, dans le contrat, mis à la charge de l'autre partie ; il peut encore invoquer que l'impôt payé par son cocontractant ne devrait pas être retenu sur le prix du contrat.

Deux arrêts importants méritent d'être présentés. Il s'agit tout d'abord d'une sentence de la CCI rendue le 26 août 1988³⁷. Le litige concernait un contrat de travaux conclu entre une société belge et une entreprise algérienne. Une clause de ce contrat prévoyait que l'ensemble des impôts et taxes seraient pris en charge par la partie algérienne. A la suite de redressements d'impôts à son encontre, la société belge demandait à l'arbitre d'exiger de la partie algérienne, la réparation de son préjudice. L'arbitre ayant retenu sa compétence, a jugé que la partie belge ne pouvait obtenir réparation des dommages causés par elle-même mais devait être remboursée du reste par son cocontractant

La seconde est une sentence en date du 6 août 1993³⁸, qui concerne également un contrat de travaux conclu entre une entreprise italienne et une société algérienne. Le contrat prévoyait que la société algérienne devrait supporter tous les impôts exigés par l'administration fiscale locale. Mais en l'absence d'acquiescement dans les délais de l'impôt par la partie algérienne, la société italienne a dû payer cet impôt. Cette dernière demande donc un remboursement. L'arbitre se déclare compétent et considère que la partie algérienne devait rembourser à la société italienne le redressement fiscal payé par celle-ci.

Dans ces deux affaires, les impôts redressés constituaient un fait acquis, un fait juridique en fonction duquel les arbitres étaient appelés à appliquer la stipulation du contrat, c'est-à-dire la clause de prise en charge³⁹. Ces conventions aménageant la charge de l'impôt sont parfaitement valables, car

³⁶ B. Hanotiau, « Arbitrabilité », RCADI, 2002, p.174

³⁷ CCI, Sentence du 26 août 1988, cité par J.P. Le Gall, « Fiscalité et arbitrage », Rev. Arb., 1994, n°2, p. 255

³⁸ CCI, Sentence n°6754, 26 août 1993, J.D.I., 1995, p. 1009 ; Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1991-1995, t.III, p. 600

³⁹ J.P. Le Gall, « Fiscalité et arbitrage », Rev. Arb., 1994, n°2, p. 270

elles ne modifient pas au regard du fisc la désignation du redevable⁴⁰. Pour l'administration fiscale, il suffit qu'il existe un redevable légal qui reste tenu de sa dette fiscale ; d'ailleurs, elle n'aura pas d'action contre ce redevable qui doit supporter contractuellement la dette d'impôt. Les litiges concernant ces clauses n'intéressent donc pas l'ordre public fiscal, ils sont absolument contractuels. Ainsi, il n'y a aucun raison d'interdire les arbitres de trancher ce genre de litiges, qui sont incontestablement arbitrables.

Cependant, des difficultés surgissent lorsque la dette d'impôt est contestée, et que l'arbitre doit en attribuer la charge. Il rencontre alors un problème de sursis à statuer.

B. Le problème du sursis à statuer

Il est possible que le montant de l'impôt, faisant l'objet d'un recours arbitral, soit contesté par une des parties vis-à-vis de l'administration fiscale. La question est donc de savoir si l'arbitre peut continuer de trancher le litige malgré le problème purement fiscal soulevé. La réponse est délicate. S'il poursuit, il risque d'être contredit par le juge de l'impôt ; sinon, il doit attendre la décision du fisc au risque que l'arbitrage excède le délai prévu.

Certains auteurs⁴¹ sont favorables à un sursis à statuer par l'arbitre. Si le contribuable conteste la dette d'impôt qu'il a payée devant un tribunal arbitral, l'arbitre doit surseoir à statuer ou s'abstenir de prendre en compte cette dette d'impôt contestée, dès lors que le recours devant la juridiction étatique, normalement compétente, demeure ouvert, et ce, même si aucun recours n'a encore été exercé. L'arbitre ne peut donc tirer aucune conséquence de cette dette d'impôt contestée, car étant litigieuse, il revient au juge de l'impôt exclusivement compétent, d'en avoir connaissance.

La jurisprudence judiciaire confirme cette solution. Dans un litige entre une société X et la société Elf⁴², la Cour d'appel a énoncé que « la circonstance que l'imposition par l'Administration anglaise soit contestée dans son principe et son montant est indifférente pour la solution du litige ». Cependant, la Cour de cassation a cassé cet arrêt aux motifs que la cour d'appel aurait du « renvoyer à titre préjudiciel à la juridiction administrative compétente en matière fiscale la question de savoir si le fisc britannique était en droit de percevoir un impôt au sens de la Convention fiscale franco-britannique ».

D'après M. Le Gall⁴³, cette jurisprudence pourrait être transposée en matière

⁴⁰ P. Ancel, « Arbitrage et ordre public fiscal », *Rev. Arb.* 2001, n°2, p.285

⁴¹ J.P. Le Gall, *op. cit.*, p. 271

⁴² Cass. Com., 23 mars 1993, RJF 6/93., n°795

⁴³ J.P. Le Gall, « Fiscalité et arbitrage », *Rev. Arb.*, 1994, n°2, p. 273

d'arbitrage. Il considère que « la détermination d'une dette d'impôt contestée - quant à son exigibilité et son quantum - est une question relevant de la compétence exclusive, d'ordre public, des juridictions étatiques dès lors que l'action devant celles-ci n'est pas prescrite ». Ainsi, l'arbitre doit attendre la décision de la juridiction étatique compétente avant de se prononcer sur le litige concerné.

L'avantage de cette solution est que les solutions soient bien harmonisées. Il n'y aurait plus aucun risque de contradiction entre le tribunal arbitral et l'administration fiscale. Il n'y aurait non plus aucune contestation possible sur l'existence ou l'étendue de l'obligation fiscale.

Pourtant, cette solution idéale présente également des inconvénients importants. En premier lieu quant à la durée de la procédure. Les contentieux fiscaux durent plusieurs mois, voire des années, mais l'arbitrage est une procédure efficace et à court terme, généralement, les arbitres doivent rendre la sentence en quelque mois. De par la nature même de l'arbitrage, l'arbitre est chargé d'une mission, celle de trancher un litige de nature civile ou commerciale, et il lui importe de le faire dans les délais qui lui sont impartis⁴⁴. Autrement dit, c'est une obligation pour lui de résoudre le différend dont il a été saisi dans une période raisonnable et déterminée.

De plus, dans la plupart des cas, le demandeur à l'arbitrage est souvent aussi celui qui est habilité à contester l'impôt, le litige étant survenu par le fait qu'il ait payé un impôt contesté qui aurait dû être supporté par l'autre partie⁴⁵. Si l'arbitre a une obligation de surseoir à statuer, le demandeur sera face à une situation compliquée : soit il conteste l'impôt et attend la décision arbitrale patiemment, soit il respecte l'impôt que l'administration fiscale lui a demandé mais prend le risque d'alourdir la charge de l'autre partie et de se voir reproché de n'avoir pas tenté de minimiser le dommage.

Face à ces difficultés, la doctrine propose plusieurs solutions qui ne demandent pas forcément un sursis à statuer de l'arbitre. Selon M. Ancel⁴⁶, si les parties en font la demande expresse ou lorsque la décision du juge fiscal est sur le point d'être rendue, les arbitres doivent attendre la décision du juge de l'impôt. Sinon, l'arbitre n'aura pas l'obligation de surseoir à statuer. Dans ce cas là, les arbitres doivent tout d'abord apprécier le caractère sérieux des contestations des impôts : s'ils estiment que la contestation est sérieuse, ils doivent alors renvoyer, à titre préjudiciel, devant le juge de l'impôt et surseoir à statuer ; si en revanche, ils estiment que la contestation n'est pas sérieuse, il faut leur permettre de statuer sans attendre. Mais cette solution est

⁴⁴ B. Hanotiau, « Arbitrabilité », RCADI, 2002, p.175

⁴⁵ I.Fadlallah, « Arbitrage international et litiges fiscaux », *Rev. Arb.*, 2001, n°2 p.308

⁴⁶ P. Ancel, « Arbitrage et ordre public fiscal », *Rev. Arb.* 2001, n°2, p.281

contestable dans la mesure où l'arbitre est un juge privé, sa compétence pour juger du caractère sérieux d'une contestation d'impôt est douteuse. Bien que la sentence ne lie nullement l'administration ni le juge de l'impôt, cela pourrait se révéler dangereux pour l'intérêt public. Une deuxième proposition de M. Fadlallah⁴⁷, suggère que les arbitres devraient pouvoir prononcer des condamnations adaptées pour assurer la cohérence des décisions. Par exemple, ils pourraient envisager de condamner l'une des parties à garantir et relever l'autre de toute imposition qui serait mise à sa charge et à constituer à cette fin une garantie bancaire d'un montant raisonnable en fonction des éléments disponibles. Cette solution semble plus opportune que la précédente, en ce qu'elle ne soulève pas de problème d'intérêt public, l'arbitre peut trancher le litige dans le champ de sa pleine compétence et ne dépasse pas le délai qui lui est imparti.

Ainsi, l'arbitre a plein droit pour trancher un litige contractuel à objet fiscal qui oppose, dans la majorité des cas, deux personnes privées. Cependant, face à un contentieux fiscal proprement dit, entre le contribuable et l'Etat, qui concerne directement l'intérêt public, leur compétence est réduite.

II. Le litige fiscal entre Etat et contribuable

Ayant directement trait à l'intérêt public, le litige fiscal proprement dit, opposant un contribuable et l'administration fiscale est donc réservé, en France, aux juridictions étatiques (A). Cependant, aux Etats-Unis, l'arbitrabilité des litiges fiscaux est largement admise (B).

A. Le principe de prohibition en France

Par litige fiscal, on entend ici tout litige entre un contribuable et l'administration fiscale au sujet de l'exigibilité ou le recouvrement de l'impôt⁴⁸. Ayant trait à l'intérêt public et à la souveraineté, l'arbitrage de ce genre de litige est *a priori* banni. Cependant, en matière internationale, la seule justification de la prérogative souveraine ne suffit pas à exclure l'arbitrage, car des sentences existent malgré la mise en cause de la souveraineté.

Depuis longtemps, des arbitrages *ad hoc* ont été institués entre Etats pour régler des difficultés particulières d'ordre public⁴⁹. Le développement des conventions fiscales bilatérales tend à ce que l'arbitrage devienne un mode régulier pour résoudre les différents fiscaux entre Etats. Bien que les

⁴⁷ I.Fadlallah, « Arbitrage international et litiges fiscaux », *Rev. Arb.*, 2001, n°2 p.308

⁴⁸ J.P. Le Gall, « Fiscalité et arbitrage », *Rev. Arb.*, 1994, n°1, p. 23

⁴⁹ J.P. Le Gall, *op.cit.*, n°1, p. 24

contribuables puissent participer aux procédures d'arbitrage, ils n'en seront jamais parties. La situation est identique dans le cadre de la convention européenne relative à l'élimination des doubles impositions (dite aussi convention d'arbitrage). L'entreprise concernée doit d'abord se soumettre aux autorités fiscales compétentes de l'Etat où elle est située, dans les trois ans suivant la première notification de la mesure qui entraîne ou est susceptible d'entraîner une double imposition. Si les autorités compétentes des deux Etats ne parviennent pas à un accord éliminant la double imposition par voie amiable dans les deux ans de la demande initiale, elles doivent engager une « procédure arbitrale »⁵⁰. Encore une fois, c'est un « arbitrage » entre deux personnes publiques, le contribuable ne peut pas être partie à la procédure.

Cependant, pour déclencher une procédure arbitrale, dans tous les cas, il faut qu'une convention d'arbitrage soit conclue entre les parties. Pourtant les personnes publiques sont en principe dans l'incapacité de compromettre en droit interne⁵¹. Ce principe se justifie par la crainte que les arbitres, en tant que juridictions privées, ne soient pas aussi sensibles aux intérêts publics, que le seraient les juridictions étatiques. En général, ce principe ne produit plus d'effet pour l'arbitrage international. Cependant, en matière fiscale, ce principe vaut tout autant bien que ce soit en droit interne ou international, en raison du lien étroit unissant la fiscalité à la souveraineté. La seule exception concerne la matière des investissements, car, dans ce cas particulier, pour attirer et assurer les investisseurs étrangers, l'Etat d'accueil s'engage souvent à soumettre tout litige éventuel à un arbitrage. Cependant, même dans cette matière pour laquelle l'arbitrage est largement admis, les arbitres demeurent prudents à l'égard des litiges fiscaux⁵².

Si un contribuable venait à contester sa créance fiscale, bien qu'il puisse transiger avec l'administration fiscale, il ne peut pas saisir un arbitre, l'ordre public français le prohibant. Cependant, si l'on peut négocier un droit, il appert que ce droit est disponible, et, par conséquent, qu'il soit possible de soumettre le litige dont il est l'objet, à une juridiction privée. Bien que cela ne soit pas le cas en France, le litige fiscal peut être tranché par un arbitre aux Etats-Unis.

B. Le développement aux Etats-Unis de l'arbitrabilité des litiges fiscaux

Aux Etats-Unis, la procédure d'arbitrage d'un litige fiscal interne a été établie dès les années 90.⁵³ Elle offre une véritable possibilité aux contribuables de s'opposer à l'administration fiscale devant l'arbitre.

⁵⁰ Article 6 et 7 de la « Convention relative à l'élimination des doubles impositions en cas de correction des bénéfices d'entreprises associées », 90/436/CEE, 23 juillet 1990

⁵¹ Article 2060 du code civil

⁵² Voir infra

⁵³ « Rules of Practice and Procedure of the United States Tax Court 124 », Juillet 1990

En 1998, l'initiative a été prise par le Parlement américain, à travers l'IRS *Restructuring and Reform Act*, de promouvoir les procédures alternatives de règlements des différends dans le domaine fiscal⁵⁴. Dans ce texte, le Parlement a notamment demandé à l'*Internal Revenue Service* (IRS) d'établir un programme pilote afin d'inciter le recours à l'arbitrage. L'IRS a alors rédigé un texte instituant les procédures d'arbitrage de la matière fiscale en 2000. Pour la première fois, le contribuable était en droit de saisir un arbitre pour régler son contentieux avec l'administration fiscale. Ce programme a été instauré de manière permanente et définitive en 2006.

Pour que le litige fiscal soit réglé, le contribuable doit tout d'abord introduire une procédure de réclamation (Appeals Process), et une audience de réclamation (Appeals Conference) doit ainsi se dérouler. Si après ce stade, la question de fait (factual issue) reste irrésolue, le contribuable a le droit de recourir à l'arbitrage.

Tout recours à l'arbitrage doit se fonder sur la volonté commune des parties. Ainsi, pour initier une procédure d'arbitrage, le contribuable et l'Assistant Regional Director of Appeals doivent conclure une convention d'arbitrage⁵⁵. Dans un premier temps, le contribuable doit formuler une demande auprès de l'administration fiscale, qui s'engage à répondre dans un délai de deux semaines. Si la demande est acceptée, les deux parties s'engagent ensuite à rédiger une convention d'arbitrage dans un délai d'un mois. Finalement, la sentence doit être rendue dans les trois mois à compter de la signature du compromis. Cependant, si aucun accord n'est trouvé entre le contribuable et l'administration fiscale, l'arbitrage n'aura pas lieu.

La première sentence rendue en cette matière a été celle du groupe *Apple Computer Inc c/ l'IRS*, il s'agissait d'un litige relatif au prix de transfert pratiqué sur un produit déterminé (printed circuit board) pendant trois ans. Le tribunal arbitral (the Panel) a dû établir les faits, c'est-à-dire le montant du revenu en cause, pour chacune de ces années⁵⁶. La procédure concertée par les parties est une « baseball arbitration »⁵⁷, les arbitres ne pouvant pas moduler les demandes des parties, car ils se trouvent limités au choix de l'une de leurs propositions.

⁵⁴ Internal Revenue Bulletin, n. 2000-3, 18 janvier 2000, p. 317. « IRS launches pilot programs in ADR », Disp. Resol. J., Nov. 2000, Jan. 2001

⁵⁵ B. Hanotiau, « Arbitrabilité », RCADI, 2002, p.176

⁵⁶ J.-P. LE GALL, « Fiscalité et arbitrage », Rev. arb. 1994, n° 1, p.29

⁵⁷ La « baseball arbitration », également appelée « arbitrage de la dernière offre » (« final offer arbitration » ou « last offer arbitration »), est une procédure dans laquelle chaque partie fait une proposition, puis les parties s'échangent simultanément leurs propositions, qui sont transmises dans un même temps au tribunal arbitral. Après avoir entendu les parties lors d'une audience contradictoire, le tribunal retient l'une des deux propositions, sans possibilité d'apprécier son bien-fondé et sans pouvoir donner sa propre proposition, l'idée étant d'inciter les parties à rapprocher le plus possible leurs positions en décourageant toute exagération.

Des législations spécifiques prévoyant l'arbitrage de litiges fiscaux ont aussi été adoptées au niveau des Etats fédéraux. Ces textes concernent surtout l'arbitrage en matière successorale ou relatif à la détermination et l'évaluation de l'impôt⁵⁸. Par exemple, l'Uniform Interstate Arbitration of Death Taxes Act, prévoit le recours à l'arbitrage si la détermination du domicile *de cuius* est douteuse.

En conclusion, en droit commun, le litige, qu'il soit à l'objet ou à l'incidence fiscal, reste arbitral s'il est de nature civile ou commerciale. Au contraire, l'arbitrabilité du litige fiscal proprement dit, entre un contribuable et une administration fiscale ou un Etat, demeure limitée mais variée : en France, le recours à l'arbitrage est prohibé alors qu'il serait tout à fait possible aux Etats-Unis. De plus, la porte de l'arbitrage est ouverte en ce qui concerne la matière des investissements, où l'Etat est qualifié de contractant et peut parfaitement compromettre.

Chapitre II - Les régimes spéciaux de l'arbitrabilité des litiges fiscaux en droit des investissements

Les parties à un litige fiscal relatif à un investissement international sont un Etat et un investisseur étranger. Par crainte de la partialité de la juridiction étatique de l'Etat d'accueil, les investisseurs étrangers souvent préfèrent voir régler leur différend par une juridiction plus neutre, à l'instar d'un tribunal arbitral, comme, par exemple, le CIRDI. Cependant, ils ne peuvent soumettre leur litige à l'arbitrage que si les deux parties y consentent (I) ou s'il existe un traité qui leur confère ce droit (II).

Section I - L'arbitrabilité fondée sur le consentement des parties

En tant que juridiction non-étatique, la compétence de l'arbitre se fonde sur la convention d'arbitrage conclue entre les parties. En matière d'investissement, il est courant que l'investisseur et l'Etat d'accueil prévoient une telle convention dans leur contrat afin de résoudre d'éventuels différends. Concernant les litiges fiscaux entre les investisseurs étrangers et les Etats

⁵⁸ B. Hanotiau, « Arbitrabilité », RCADI, 2002, p.177

d'accueil, certaines décisions sur la compétence sont rendues concernant ces clauses compromissoires (I), il est donc possible d'en tirer des conséquences et d'analyser l'arbitrabilité de ce genre de litiges (II)

I. Exemples de litiges arbitrables

Une clause compromissoire est souvent insérée dans le contrat d'investissement, lorsqu'il n'existe pas, entre l'Etat d'origine de l'investisseur et l'Etat d'accueil, un traité bilatéral des investissements. A l'exemple de la première affaire (A), cette clause compromissoire se rencontrait particulièrement souvent avant les années 90, ces dernières ayant connu un important développement des traités bilatéraux des investissements, mais, bien que moins fréquente, il est possible de les rencontrer encore à notre époque, comme l'atteste la seconde affaire. (B)

A. L'affaire Kaiser Bauxite Company c/ Jamaïque

La première affaire qui mérite d'être présentée est celle opposant une entreprise américaine - « Kaiser Bauxite Company » - à l'Etat de Jamaïque⁵⁹. En 1957, Kaiser a conclu un accord avec le gouvernement jamaïcain relatif à la propriété et l'exploitation de ses installations minières de bauxite en Jamaïque. L'accord principal contenait une clause d'« aucun autre impôt », (*no further tax*), selon laquelle la Jamaïque s'engageait à ne pas imposer de redevances ou de taxes supplémentaires qui n'auraient pas été expressément prévues et mentionnées dans cet accord. Cet accord fut modifié par deux autres accords en 1969 et en 1972, tous deux avaient inséré une clause compromissoire prévoyant la soumission au CIRDI de tous différends découlant de l'un des accords.

En 1974 la Jamaïque avait édicté une nouvelle loi qui prévoyait un impôt supplémentaire sur l'extraction de bauxite en Jamaïque à partir du 1er janvier 1974. Le 8 mai 1974, la Jamaïque, qui a ratifié la Convention du CIRDI en 1968, sans réserve, a déposé une notification auprès du CIRDI, en vertu de l'article 25 alinéa 4 de la Convention, afin de priver de compétence le CIRDI pour tous les litiges découlant directement d'investissements relatifs à des minéraux ou toute autre ressource naturelle.

En Juin 1974, Kaiser engageait une procédure d'arbitrage du CIRDI dans l'objectif de faire constater que la nouvelle loi ne lui était pas opposable et d'obtenir le remboursement des montants payés aux termes de la Loi

⁵⁹ Affaire Kaiser bauxite cy c/ Jamaïque (No. ARB/74/3), décision sur la compétence du 6 juin 1975, *I. L. R.*, vol.114, 1999, p.144

jamaïcaine. Mais la Jamaïque avait refusé de nommer un arbitre et de comparaître. Le tribunal a donc décidé d'examiner sa propre compétence vis-à-vis de ce litige au titre d'une question préjudicielle. Une décision sur la compétence est donc rendue le 6 juin 1975.

Tout d'abord, la compétence du centre s'étend à tout litige découlant d'un investissement selon l'article 25 l'alinéa 1 de la convention de Washington.

« La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement ».

Le Tribunal a estimé que le litige avait un lien direct avec l'investissement. De même, cet investissement était parmi ceux qui sont envisagés par la Convention. Il a ensuite relevé que la Jamaïque était bien un Etat partie à la Convention et que la société Kaiser était la ressortissante d'un autre Etat contractant. La clause compromissoire, dans les deux accords, était rédigée d'une manière très large et couvrait donc les matières fiscales, ce qui constituait un consentement écrit à l'arbitrage du CIRDI, au sens de la Convention.

La question cruciale était donc celle de savoir si la notification de la Jamaïque en vertu de l'article 25 alinéa 4 pouvait avoir pour effet de priver de compétence le CIRDI. Cet article prévoit que :

« Tout Etat contractant peut, lors de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la Convention ou à toute date ultérieure, faire connaître au Centre la ou les catégories de différends qu'il considérerait comme pouvant être soumis ou non à la compétence du Centre. Le Secrétaire Général transmet immédiatement la notification à tous les Etats contractants. Ladite notification ne constitue pas le consentement requis aux termes de l'al. (1). »

Le tribunal a finalement dénié tout effet à la notification de la Jamaïque sur le litige en cause. Il considère que la notification jamaïcaine n'avait aucune incidence sur les clauses compromissoires contenue dans les deux accords de 1969 et 1972, et que ces clauses ne pouvaient être retirées unilatéralement. Le tribunal affirme que cette notification faite par la Jamaïque n'avait d'effet que pour les futurs investisseurs. Juger autrement reviendrait à priver la Convention de toute valeur pratique pour les Etats contractants et les investisseurs.

B. Duke Energy Peru Investments No. 1 Ltd. c/ Pérou

On peut également citer une autre affaire récente, sous l'arbitrage du CIRDI, opposant la société Duke energy et l'Etat du Pérou⁶⁰. En 1999, Duke energy, par le truchement de ses filiales Duke Energy International Bermuda (DEI Bermuda) and Duke Energy International Peru (DEI Peru), avait acquis une participation de 90% dans l'entreprise Egenor, une joint-venture dont 60% de ses actions étaient détenues par un investisseur américain, Domination energy. Plusieurs accords de stabilisation juridique (legal stabilization agreement, LSA) ont été signés entre le gouvernement péruvien et la Domination energy. Dans le cadre de la transaction, la société Duke Energy a signé un accord de garantie avec Domination Energy et le Pérou, qui prévoyait que toutes les obligations et garanties originellement accordées par le Pérou demeuraient efficaces et exécutoires contre ce dernier. En 2000, la société Duke Energy a demandé au gouvernement péruvien la conclusion d'un nouveau LSA qui couvrirait entièrement son investissement au Pérou. Toutefois, ce LSA, appelé « DEI Bermudes LSA », n'a été signé qu'en Juillet 2001. Diverses garanties avaient été mises en œuvre par ces accords. En effet, ils comprenaient la stabilisation des régimes juridiques applicables aux investisseurs concernés, y compris le droit à la stabilisation de l'impôt sur le revenu, et le droit de soumettre au CIRDI les différends provenant de ou dans le cadre de l'accord.

En Novembre 2001, l'administration fiscale péruvienne (SUNAT) reconnaissait DEI Bermudes responsable de paiements insuffisants d'impôt, équivalant à quelque 48,3 millions de dollars, y compris les intérêts et les pénalités, pour la période des années 1996-1999.

Le DEI Bermudes considérait que cette taxe imposée par le SUNAT violait certaines garanties de l'accord et a donc invoqué la clause compromissoire prévue dans ce même accord. Ainsi, le 7 octobre 2003, l'entreprise DEI Bermudes saisissait le CIRDI afin de voir trancher ce différend avec l'Etat péruvien.

Le Pérou s'opposait à la compétence du CIRDI. Il considérait que l'accord de stabilité juridique conclu entre les deux parties n'avait pas explicitement ni implicitement couvert l'investissement indirect du DEI Bermudes dans le DEI Egenor. De plus, le différend dans le présent arbitrage n'aurait pas été couvert par la convention d'arbitrage contenue dans cet accord.

Le tribunal a tout d'abord affirmé que l'investissement indirect du DEI Bermudes au DEI Egenor faisait partie de ceux envisagés par l'accord des parties. Bien que cet investissement ait été réalisé par un certain nombre

⁶⁰ Affaire Duke Energy Peru Investments No. 1 Ltd.c/ Pérou, CIRDI (No. ARB/03/28), sentence sur la compétence du 1 février 2006, GAILLARD E., « La jurisprudence du CIRDI, 2003-2008 », p.238

d'accords successifs et juridiquement distincts, le tribunal l'a reconnu comme une entité. Le principe d'« unité d'investissement » (unity of investment) était directement applicable dans cette affaire.

En citant une autre affaire du CIRDI⁶¹, le tribunal arbitral a confirmé que la convention d'arbitrage devait être interprétée dans le respect du principe de bonne foi, et ne devait ainsi pas suivre une interprétation *a priori* stricte ou large, mais devait être interprétée dans une façon qui puisse mener à découvrir et respecter la volonté commune des parties.

Ainsi, le tribunal a déclaré qu'il lui apparaissait que les parties avaient l'intention de soumettre au CIRDI tout différend naissant entre eux, s'ils portaient sur l'interprétation, l'exécution ou la validité du DEI Bermudes LSA.

Le défendeur invoquait aussi que le demandeur avait échoué à établir une violation *prima facie* du DEI LSA, ce qui devait donc amener le tribunal à se déclarer incompétent. Le tribunal ayant constaté que la taxe imposée pouvait violer les protections conférées par le DEI LSA, s'était reconnu compétent pour trancher le différend dès lors qu'une violation *prima facie* de l'accord était établie.

Enfin, le défenseur réclamait que si le tribunal s'estimait compétent pour trancher ce litige, il devait tout de même refuser de le faire, car les questions litigieuses principales avaient déjà été résolues par la cour d'impôt péruvienne en 2004.

Le tribunal rejette les raisonnements du défendeur quant à la recevabilité du litige. Tout d'abord, ce n'était pas le même litige que celui qui avait été traité par la cour d'impôt péruvienne, le litige en cause n'était pas un litige purement fiscal mais un litige d'investissement découlant de l'imposition des taxes. La cour d'impôt péruvienne n'avait pas et ne pouvait pas juger sur le régime fiscal stabilisé pour l'investissement du demandeur par le DEI LSA. Ainsi, le tribunal s'est déclaré pleinement compétent pour trancher ce litige.

Par conséquent, la jurisprudence révèle que les litiges fiscaux sont largement arbitrables en matière d'investissement, mais sous certaines conditions. La clause compromissoire jouant un rôle crucial pour l'arbitrabilité de ces litiges.

II. Le fondement de la compétence arbitrale

Les deux sentences citées présentent les conditions de l'arbitrabilité des litiges

⁶¹ Amco Asia Corp. et al c/ République Indonésienne, ICSID Case No. ARB/81/8, Sentence rendue sur la compétence le 5 septembre 1983, I ICSID Reports, p. 394

fiscaux en matière d'investissement. En effet, pour qu'un litige fiscal entre un investisseur étranger et son Etat d'accueil soit arbitral, la convention d'arbitrage conclue entre eux doit être valable (A) et couvrir les domaines en cause(B).

A. La validité de la clause compromissoire

En droit interne français, l'ordre public interdit aux personnes de droit public de compromettre. Cependant, en matière internationale, l'Etat et les organismes publics sont plus libres pour conclure des conventions d'arbitrage.

Depuis la moitié du vingtième siècle, la restriction en droit interne de l'arbitrabilité des litiges dont l'Etat est partie ne s'applique plus à l'arbitrage international. La capacité de l'Etat français à compromettre en matière de commerce international est admise pour la première fois dans l'arrêt Myrtoon⁶² rendu en 1957. La Cour d'appel de Paris énonce que « l'interdiction faite à l'Etat de compromettre est limitée aux contrats d'ordre interne et sans application pour les conventions ayant un caractère international ». La Cour de cassation confirme cette solution en 1966, par l'arrêt Galakis⁶³. Elle a déclaré que la prohibition édictée pour le contrat interne ne devait pas s'appliquer à un contrat international passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce international.

Si en France, la personne du droit public est en droit de compromettre dans les contrats internationaux depuis longtemps, il en est différemment pour d'autres pays. La question est donc de savoir si le principe français peut s'appliquer aux autres Etats considérés comme incapables de compromettre. La jurisprudence française a jugé que la règle étrangère qui interdit à l'Etat étranger de compromettre ne peut pas, en France, produire d'effets⁶⁴. La clause d'arbitrage est ainsi valable même si une loi étrangère applicable ne reconnaît pas ce droit.

En effet, si un Etat conclut une convention d'arbitrage insérée dans un contrat, et provoque ultérieurement la nullité de cette convention selon son propre droit, cela constitue une violation du principe de *bonne foi*. La CCI a aussi eu l'occasion de se prononcer sur ce problème, dans une sentence rendue en 1971⁶⁵, dans laquelle elle énonce que « l'ordre public international s'opposerait avec force à ce qu'un organe étatique, traitant avec des

⁶² CA Paris 10 avril 1957, Société Myrtoon Steamship, JCP 1957, II, n° 10077, note H. Motulsky.

⁶³ Cass. Civ. 2ème, 2 mai 1966, J.C.P., 1966, II,14798, note Ligneau ; JDI 1966, 648, note Level ; D. 1966, 575, note J. Robert.

⁶⁴ CA Paris, 17 décembre 1991, Gatoil, Rev. Arb. 1993, p.281, note Synvet ; CA Paris, 13 juin 1996, Koweit Foreign Trading Company,

⁶⁵ CCI, n°1939, en 1971, cité par Y. Derains, « Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales », Rev. Arb., 1973, p.145.

personnes étrangères au pays, puisse passer ouvertement, le sachant et le coulant, une clause d'arbitrage qui met en confiance le cocontractant et puisse ensuite, que ce soit dans la procédure arbitrale ou dans la procédure d'exécution, se prévaloir de la nullité de sa propre parole ».

Ainsi, si l'Etat ne peut pas provoquer la nullité de la clause compromissaire qu'il a conclue, il ne peut non plus retirer son consentement. Dans l'affaire Kaiser bauxite c/ Jamaïque⁶⁶, le CIRDI a considéré que si les deux parties avaient donné un consentement écrit à la soumission de leur litige au CIRDI, aucune des parties ne pourrait révoquer unilatéralement un tel consentement et priver le Centre de sa compétence. En l'espèce, l'Etat de Jamaïque prétendait que sa notification devait priver le CIRDI de sa compétence pour arbitrer le litige en cause. Cependant, le tribunal arbitral a déclaré que le consentement écrit était bien inséré dans la clause compromissaire conclue entre les deux parties et la Jamaïque ne pouvait pas le retirer, sa notification n'ayant d'effet qu'envers les investisseurs futurs.

Si la validité de la convention d'arbitrage conclue par un Etat ne pose pas de problème et si l'Etat s'engage à respecter son compromis, pour que le litige fiscal entre un investisseur étranger et son Etat d'accueil soit arbitrable, il nécessite encore que la convention d'arbitrage couvre le domaine fiscal.

B. La domaine couvert par la convention d'arbitrage

La fiscalité représente la souveraineté de l'Etat. Il n'est donc pas étonnant que l'Etat voudrait réserver les litiges fiscaux à la juridiction étatique. Cela est confirmé par le fait que de nombreux traités bilatéraux des investissements ont exclu le domaine fiscal de leur champ d'application. Cependant, pour certains Etats, notamment ceux en développement, les exemptions ou réductions fiscales sont un avantage pour attirer les investisseurs étrangers. Ainsi dans les contrats d'investissements, ils insèrent souvent une clause compromissaire couvrant tous les domaines ayant trait à l'investissement, y compris ceux de la fiscalité.

Les deux affaires citées en sont autant d'exemples. Dans l'affaire Kaiser bauxite Cy c/ Jamaïque, la clause compromissaire est rédigée d'une manière très générale :

« Each of the parties hereto hereby agrees and consents to any legal dispute arising under the Principle Agreement or this Agreement being submitted to the International Centre for Settlement of Investment Disputes established by the Convention set out in the schedule to the Investment Dispute Awards

⁶⁶ Affaire Kaiser bauxite Cy c/ Jamaïque (No. ARB/74/3), op.cit.

(Enforcement) Act, 1966 of Jamaica »

La clause d'arbitrage insérée dans l'accord de stabilité juridique liant Duke Energy et l'Etat du Pérou est également très large :

« It being the intention of both parties that problems arising in connection with the enforcement of this Agreement be resolved as expeditiously as possible, the parties agree hereinafter that any dispute, controversy or claim between them, concerning the interpretation, performance or validity of this Agreement, shall be submitted to the International Centre for Settlement of Investment Disputes to be resolved by de jure international arbitration, pursuant to the Conciliation and Arbitration Rules set forth in the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States which was approved by Peru pursuant to Legislative Resolution N. 26210. »

En effet, la majorité des clauses de règlement des différends dans la sphère des relations économiques internationales sont rédigées de la même manière, englobant l'ensemble des contentieux que pourrait générer l'investissement considéré.⁶⁷ Ainsi, l'Etat défendeur ne peut pas invoquer que le litige fiscal généré par l'investissement ne soit pas couvert par la clause, sous peine de la violation du principe de bonne foi. Comme dans l'affaire Duke Energy c/ Pérou, les tribunaux du CIRDI sont enclins à retenir une acception large des clauses d'arbitrage en respectant le principe de *bonne foi*.

Ainsi, si le champ de la clause d'arbitrage comprend le domaine fiscal, les Etats d'accueil ne peuvent pas invoquer la non-arbitrabilité du litige en raison de l'ordre public. Deux sentences arbitrales⁶⁸ ont été rendues dans ce sens. Dans une première sentence du 30 novembre 1996, le tribunal *ad hoc* a considéré que le fait que le différend portait sur une question relevant de l'ordre public n'était pas en soi un obstacle à son arbitrabilité. Dans cette affaire, un Etat africain avait conclu un contrat d'investissement contenant une clause d'arbitrage et une clause de stabilisation fiscale. Bien que l'Etat invoquait l'incompétence du tribunal arbitral pour trancher les questions fiscales, les arbitres ont considéré que les parties avaient consenti à soumettre à l'arbitrage tous litiges apparus, y compris les litiges fiscaux. Les arbitres ont ajouté aussi qu' « on ne peut considérer qu'un différend fiscal soit, par principe, inarbitrable ».

Une seconde sentence concernant le même Etat africain, a été rendue quelques jours après, le 9 décembre 1996. Cette fois, le litige fiscal provenait de contrats d'Etats conclus entre l'Etat africain et une entreprise pétrolière. Le

⁶⁷ S. Manciaux, « Changement de législation fiscale et arbitrage international », Rev. arb., 2001, n°2, p.318

⁶⁸ Sentences inédites, citées par E. Gaillard, « L'arbitrabilité des litiges fiscaux dans les investissements internationaux », Rev. Prat. Dr. Ent., 1999, n°12, pp.42-43, et S. Manciaux, *op. cit.*

tribunal arbitral a jugé pareillement que pour la première affaire. En effet, il a considéré que l'invocation de la non-arbitrabilité du litige en raison de son caractère fiscal ne pouvait pas être soutenu, car ce genre de litige était contenu dans la clause d'arbitrage et qu'une telle invocation consistait en une violation du principe de bonne foi dans l'exécution des contrats. En effet, d'après le tribunal, « l'ordre public international ne constitue pas un obstacle à l'arbitrabilité des litiges fiscaux ; au contraire, selon la sentence, l'ordre public international exige que le litige soit arbitral dès qu'il existe une clause d'arbitrage recouvrant ce type de litige ».

Il se peut aussi que le litige fiscal invoqué n'entre pas dans le domaine couvert par la clause compromissoire. Cela a concerné un litige entre un Etat africain et un groupement européen⁶⁹. L'Etat africain avait bénéficié d'un financement du Fonds européen de Développement pour un projet d'infrastructure. Par crainte de subir une sanction favorable au groupement européen, l'Etat africain invoquait une créance fiscale pour compenser cette éventuelle sanction devant l'arbitre. Cependant, l'arbitre s'est déclaré au motif que la clause compromissoire ne couvrait pas les différends relevant du domaine fiscal. L'arbitre a décidé que « l'administration [...] est ici partie à l'arbitrage en sa qualité de cocontractant et pour les différends nés de l'exécution d'obligations contractuelles. [Elle] ne peut donc prétendre poursuivre l'exécution d'obligations fiscales d'origine légale sans étendre le champ de l'arbitrage au-delà des termes de la clause compromissoire ».

Par conséquent, le litige fiscal entre l'investisseur étranger et son Etat d'accueil est arbitral à la condition qu'une convention d'arbitrage existe et couvre le domaine fiscal. Cependant, s'il n'existe pas de clause compromissoire, le litige fiscal peut également être tranché par l'arbitrage si une convention internationale lie l'Etat d'accueil et l'Etat d'origine de l'investisseur.

Section II - L'arbitrabilité fondée sur les conventions

La multiplication des traités bilatéraux et multilatéraux des investissements a offert une meilleure protection aux investisseurs étrangers. La grande majorité des TBI contient une disposition relative au règlement des différends par voie d'arbitrage. Pour que les arbitres puissent trancher un litige fiscal relevant de l'investissement, il faut tout d'abord que le tribunal arbitral ait la compétence pour le traiter (I) mais aussi que le litige soit recevable par le tribunal(II).

⁶⁹ Sentence du 22 février 2000, (inédate), cité par I.Fadlallah, « Arbitrage international et litiges fiscaux », *Rev. Arb.*, 2001, n°2 p.309

I. La compétence du tribunal arbitral pour traiter d'un litige fiscal

L'importance de la fiscalité justifie la prudence de l'Etat à compromettre en cette matière. Ainsi, la grande majorité des traités de promotion et de protection des investissements, bilatéraux ou multilatéraux, réservent un traitement spécial aux différends relatifs aux investissements englobant des questions fiscales (A). Sauf quelques exceptions notoires, le recours à l'arbitrage n'est ouvert, par de nombreux traités, que pour certains types de litiges fiscaux relatifs à l'investissement. Les mesures fiscales, bien qu'elles puissent affecter les intérêts des investisseurs, sont largement exclues de l'arbitrage. (B)

A. Analyse des dispositions conventionnelles

A l'égard des questions fiscales, les Etats ont des attitudes très différentes. Ainsi, les traités d'investissements n'ont pas un régime identique vis-à-vis de l'arbitrabilité des litiges fiscaux relatifs à l'investissement.

Dans certains traités bilatéraux d'investissements, les mesures fiscales sont explicitement exclues. Ainsi, les différends engendrés par les mesures fiscales de l'Etat d'accueil, quoique concernant un investissement, ne peuvent pas être soumis à l'arbitrage sur le fondement des dispositions du TBI relatives au règlement de différends, car l'Etat n'a pas donné son consentement à l'arbitrage de cette matière. Par exemple, le TBI conclu en 1985 entre la Chine et Singapour, prévoit, dans son article V⁷⁰, que les dispositions de ce traité ne s'appliqueraient pas aux questions fiscales dans le territoire de chacune des Parties contractantes et que ces questions devraient être régies par le traité sur l'élimination des doubles impôts conclu entre les deux parties contractantes, et le droit interne de chaque Partie contractante.

Dans d'autres TBI, l'Etat limite à certains domaines l'arbitrabilité des litiges fiscaux relatifs à l'investissement, comme il est prévu dans l'article XI du TBI-type des Etats-Unis :

« Les dispositions de la présente Convention, et en particulier ses articles VII et VIII, ne s'appliqueront en matière fiscale que pour ce qui concerne :

- a) L'expropriation en vertu de l'article II ;*
- b) Les transferts en vertu de l'article V ;*
- c) L'observation et l'exécution des termes des contrats et autorisations d'investissement auxquels se réfère l'article VI 1) (a) et (b)*

⁷⁰ Cet article prévoit que « The provisions of this Agreement shall not apply to matters of taxation in the territory of either Contracting Party. Such matters shall be governed by any Avoidance of Double Taxation Treaty between the two Contracting Parties and the domestic laws of each Contracting Party »

Les questions visées au 2) (c) ne sont pas incluses dans la mesure où elles sont soumises aux dispositions sur le règlement des différends qui résultent des conventions sur l'élimination des doubles impositions entre les deux parties- à moins que ces questions aient fait l'objet d'une procédure en vertu de ces dispositions sur le règlement des différends et n'aient pu être résolues dans un délai raisonnable ».

Ainsi, cet article prévoit une exclusion de principe du recours à l'arbitrage des différends en matière fiscale, mais, par exception, l'autorise pour certains domaines, à l'exemple du domaine de l'expropriation. En effet, ce type de dispositions est assez courant. La plupart des TBI conclus par le Canada⁷¹ prévoient les mêmes limites à l'arbitrabilité des litiges issus de mesures fiscales. Les pays latino-américains font également des réserves similaires concernant les litiges nés à la suite de mesures fiscales.

Cependant, certains pays ont une attitude plus souple à propos de cette question. Le TBI-type français, comme le récent TBI-type chinois, ne font une exclusion de la matière fiscale que pour les dispositions prévoyant le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée.

Dans le cadre de l'ALENA, les mesures fiscales peuvent être examinées par l'arbitre si elles risquent de violer une obligation de l'État d'accueil prévue dans le Chapitre 11. Cependant, concernant l'expropriation, cet accord multilatéral prévoit un régime spécial pour protéger la souveraineté des États contractants, dit « tax veto »⁷². S'il est allégué que des mesures fiscales ont pour objectif une expropriation de l'investisseur, les autorités fiscales compétentes des États concernés peuvent lui dénier le droit à recourir à l'arbitrage. En effet, au moment de notifier à l'État d'accueil de son intention de recourir à l'arbitrage, l'investisseur doit également présenter les mesures fiscales litigieuses aux autorités fiscales compétentes de son État d'accueil et d'origine. Il ne pourra procéder à l'arbitrage que si les autorités compétentes « refusent d'examiner la question ou, ayant accepté de le faire, ne parviennent pas, à déterminer que la mesure n'est pas une expropriation ». Ce droit de veto exige l'unanimité: les deux autorités compétentes doivent estimer que la mesure n'est pas une expropriation.

Bien que plusieurs modes d'exemptions soient prévus pour les mesures fiscales, la pratique concernant la qualification de ces mesures reste divergente.

⁷¹ Voir Le TBI Canada Equateur, le TBI Canada Venezuela, le TBI Canada Philippines, etc.

⁷² L'article 2103 (6) du l'ALENA

B. La qualification des mesures fiscales exclues de l'arbitrage

L'exclusion de l'arbitrage à l'égard des mesures fiscales est justifiée par le fait que la souveraineté de l'Etat pourrait être affectée par la perte de son pouvoir fiscal. En pratique, plusieurs sentences ont eu l'opportunité de se prononcer sur cette question, dont les résultats diffèrent fortement.

Dans l'affaire de l'OEPC c/ Equateur⁷³, l'Etat équatorien déniait la compétence du tribunal arbitral de la LCIA pour trancher un litige concernant le droit au remboursement de TVA. Selon ce défendeur, les questions de TVA et du non-remboursement de celle-ci étaient clairement des questions fiscales exclues de l'arbitrage en vertu de l'article X du traité⁷⁴. Mais cet article X prévoyait aussi que certaines questions fiscales pouvaient être résolues par l'arbitrage, à l'instar des questions fiscales relatives au respect et à l'exécution d'un contrat d'investissement. Le Tribunal a considéré que le contrat conclu entre l'OEPC et l'Equateur était effectivement un contrat d'investissement au sens du TBI américano-équatorien et que le débat véritable des parties concernait l'existence d'un droit au remboursement des taxes incontestablement dues, exigibles et payées. Ainsi, le tribunal a conclu que ce litige avait un lien avec le respect et l'exécution du contrat d'investissement, selon l'article X du TBI, et qu'il était donc compétent pour le trancher.

Cependant, dans une autre affaire concernant l'Equateur et une entreprise canadienne Encana⁷⁵, bien que la demande fût similaire, le tribunal avait raisonné différemment. Le défendeur prétendait que la demande de la société canadienne était inextricablement liée à une "mesure fiscale" et donc exclue du champ d'application de l'accord bilatéral par l'article XII (I). Le Tribunal a considéré que le terme de « mesure fiscale » devait être interprété dans son sens commun dans le contexte du TBI. L'imposition couvrait l'impôt indirect tel que la TVA. Ainsi, le terme de « mesure fiscale » incluait tous les aspects du régime fiscal qui détermine le montant des impôts exigibles ou remboursables et s'étendait à toutes les mesures prévoyant l'allègement de l'impôt. Le tribunal a confirmé aussi que l'affaire de l'OEPC ne constituait pas la jurisprudence en cette matière. Il a finalement conclu que la demande du droit au remboursement de la TVA, par l'entreprise Encana, était exclue du champ

⁷³ Affaire OEPC c/ Equateur, op.cit.

⁷⁴ L'article X prévoit que :

« 1. With respect to its tax policies, each Party should strive to accord fairness and equity in the treatment of investment of nationals and companies of the other Party.

2. Nevertheless, the provisions of this Treaty, and in particular Article VI and VII, shall apply to matters of taxation only with respect to the following: (a) expropriation, pursuant to Article III; (b) transfers, pursuant to Article IV; or (c) the observance and enforcement of terms of an investment agreement or authorization as referred to in Article VI (1) (a) or (b), to the extent they are not subject to the dispute settlement provisions of a Convention for the avoidance of double taxation between the two Parties, or have been raised under such settlement provisions and are not resolved within a reasonable period of time. »

⁷⁵ Affaire Encana c/ Equateur, op.cit.

d'application du TBI par l'article XII en ce qu'elle était une « mesure fiscale », sous réserve de l'exception prévue pour les cas d'expropriation.

Dans le cadre de l'ALENA, un droit de « tax veto » a été exercé en Avril 2008⁷⁶. En l'espèce, les États-Unis et le Canada avaient publié une déclaration conjointe dans laquelle ils décidaient qu'une nouvelle taxe introduite par le gouvernement canadien en Octobre 2006 ne constituait pas une expropriation au sens de l'ALENA. Un groupe d'investisseurs américains avait manifesté son « intention » de poursuivre le Canada en Octobre 2007, suite à la décision du Canada d'introduire un impôt sur les revenus fiduciaires dans le secteur de l'énergie. La déclaration conjointe a eu pour effet de bloquer cette demande, les investisseurs américains ne pouvaient donc plus soumettre à l'arbitrage leur litige avec le Canada.

Par conséquent, les critères limitant le recours à l'arbitrage pour les litiges fiscaux entre l'investisseur et l'Etat d'accueil sont variés. Cependant, même si le tribunal peut avoir compétence pour trancher le litige fiscal selon le traité d'investissement, le litige peut ne pas être recevable. En pratique, les investisseurs étrangers peuvent avoir déjà saisi la juridiction étatique, ce qui permet à l'Etat d'accueil d'invoquer l'irrecevabilité du litige afin de dessaisir les arbitres.

II. La recevabilité des litiges fiscaux par le tribunal arbitral

Si un litige fiscal n'est pas exclu de l'arbitrage par le traité d'investissement, pour qu'il soit tranché par les arbitres, il faut encore que le demandeur réponde de la qualification d'« investisseur » au sens du traité invoqué. Cependant, cet investisseur étranger, demandeur à l'arbitrage, est aussi le contribuable de l'Etat d'accueil. A ce titre, il exerce souvent parallèlement un recours interne auprès de la juridiction compétente de l'impôt, la question soulevée est alors de savoir si la décision interne peut produire des effets à l'égard de l'arbitrage international (A). Ainsi, dans certains traités d'investissement, une clause de l'option irrévocable est prévue pour éviter une telle litispendance. (B)

A. L'influence d'un recours interne sur l'arbitrage

Il est courant qu'un TBI définisse le statut d'investisseur, et seul l'investisseur qualifié par le traité peut en bénéficier, et donc soumettre son différend avec l'Etat d'accueil à l'arbitrage. En effet, on trouve dans la majorité des traités

⁷⁶ Canada, U.S.A. agree to nip expropriation claim in bud in tax case, Investment Arbitration Reporter, vol.1 No. 3, 18 juin 2008.

bilatéraux ou multilatéraux d'investissement une définition assez large de l'investisseur⁷⁷. Toutefois, l'investisseur étranger est tout de même un contribuable de l'Etat d'accueil. Ainsi, bien qu'il ait plein droit de soumettre à l'arbitrage tout litige relatif à son investissement, lorsqu'il conteste le paiement d'un impôt, l'investisseur se dirige vers l'administration fiscale locale, avant de recourir à l'arbitrage. Il survient alors un problème, celui de savoir si la décision locale aura une influence auprès des arbitres saisis.

En effet, par principe, le consentement à l'arbitrage international signifie l'exclusion d'autres recours. Le plus important document régissant l'arbitrage d'investissement, la Convention du CIRDI confirme cet effet⁷⁸ :

« Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours ».

Malgré la reconnaissance de ce principe, les demandeurs se tournent parfois en premier lieu vers les juridictions nationales dans l'espoir d'obtenir une décision qui leur soit satisfaisante et ainsi d'économiser les frais importants liés à l'arbitrage international. Si l'investisseur a successivement saisi la juridiction étatique puis le tribunal arbitral international, il peut naître des difficultés quant aux conséquences de l'autorité de la chose jugée de la décision de juge étatique. Dans l'affaire Duke energy c/ Pérou⁷⁹, l'Etat péruvien invoquait l'irrecevabilité du recours au CIRDI en raison de l'autorité de la chose jugée ; ce litige ayant été déjà résolu par la cour de l'impôt péruvienne. Il considérait que : *« should the Tribunal decide that it has jurisdiction to hear this dispute [...], it should nevertheless decline to exercise its jurisdiction and, instead, find that the claim is inadmissible because the key issues in dispute have already been fully resolved within the Peruvian tax*

⁷⁷ Dans l'affaire Feldman c/ Mexique (Arbitrage CIRDI (No. ARB(AF)/99/1), sentence rendue sur la compétence du 6 décembre 2000), M.Feldman, de nationalité américaine, mais résident permanent du Mexique, possédait au Mexique une entreprise d'exportation de tabac. Selon la réglementation, l'Etat percevait une taxe sur l'exportation du tabac. Suite à l'entrée en vigueur de l'ALENA, M.Feldman a demandé à l'Etat Mexicain le remboursement des taxes perçues, en se fondant sur ce traité multilatéral. Cependant, le Mexique s'était opposé à la compétence du tribunal arbitral au motif que M.Feldman était un ressortissant mexicain, et non pas un investisseur étranger au sens de l'article 201 de l'ALENA. Le défendeur avait ainsi considéré que le « résident permanent » équivalait à un national. Cependant, le tribunal arbitral retient une interprétation différente, à savoir que « les résidents permanents sont traités comme des ressortissants d'un Etat partie donné, que si cet Etat est différent de l'Etat où l'investissement est réalisé ». Ainsi, le tribunal conclut que le demandeur, en tant que citoyen des Etats-Unis, ne devrait pas être exclu de la protection prévue par le chapitre onze, simplement parce qu'il est également un résident permanent du Mexique.

De même dans l'affaire de Link-trading c/ Moldavie (sentence rendue sur la compétence du 16 février 2001), le tribunal arbitral ad hoc a rendu une décision similaire. Il a considéré que le demandeur, en tant qu'entreprise conjointe américano-moldave, avait qualité pour agir conformément au traité bilatéral d'investissement entre les deux Etats, bien qu'il ait été établi dans la République de Moldavie.

⁷⁸ L'article 26 de la Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats

⁷⁹ Affaire Duke Energy Peru Investments No. 1 Ltd.c/ Pérou op.cit.

system by operation of the Peruvian Tax Court and Peru's Tax Amnesty Law »⁸⁰

Cependant, le tribunal du CIRDI a jugé qu'il ne s'agissait pas du même litige que celui soumis à la juridiction étatique. Le tribunal a donné plusieurs raisons pour justifier cette conclusion, tels que les parties, l'objet et la cause du litige étaient différents⁸¹. De plus, il a confirmé que le tribunal international n'était pas tenu de suivre la solution d'une juridiction étatique. En effet, dans nombreux de cas, les tribunaux internationaux ne se considèrent pas liés par les décisions des tribunaux nationaux, à l'instar de l'affaire *Amco c/ Indonésie*⁸² où il est énoncé qu'« [...] an international tribunal is not bound to follow the result of a national court. One of the reasons for instituting an international arbitration procedure is precisely that parties -rightly or wrongly- feel often more confident with a legal institution which is not entirely related to one of the parties. If a national judgment was binding on an international tribunal such a procedure could be rendered meaningless. »

Ainsi, en général, les tribunaux arbitraux d'investissement insistent sur leur priorité lorsqu'ils sont confrontés à des tentatives de porter la même réclamation ou une réclamation étroitement liée devant un tribunal national. Si, au contraire, les arbitres devaient prendre en compte le jugement étatique, les investisseurs étrangers pourraient être dissuadés de demander réparation en droit interne aux juridictions nationales, car une telle action pourrait avoir pour effet de les empêcher de recourir à l'arbitrage investisseur-État.

Cependant, en pratique, afin d'éviter un recours parallèle, certains TBI imposent aux investisseurs étrangers de choisir une mode de règlement des différends, et, une fois le choix opéré, ils ne peuvent plus saisir d'autres moyens de recours.

B. L'effet de la clause de l'option irrévocable

Dans certains traités bilatéraux d'investissement, la disposition relative à l'offre par l'Etat de recourir à l'arbitrage est simple, à l'instar de celui conclu entre la France et le Liban:

«Tout différend relatif aux investissements entre l'une des Parties

⁸⁰ Affaire Duke Energy Peru Investments No. 1 Ltd.c/ Pérou, para.152, op.cit.

⁸¹ Affaire Duke Energy Peru Investments No. 1 Ltd.c/ Pérou, para.159, « there is no commonality of parties (the parties to the Tax Court proceedings were DEI Egenor and SUNAT, while the parties to this arbitration are DEI Bermuda and Peru); none of the issues in this arbitration (i.e., the claims for breaches by Peru of the guarantees contained in the DEI Bermuda LSA) was, or could have been, within the purview or jurisdiction of the Tax Court; the causes of action under the proceedings arise from different laws and under different obligations; distinct relief is sought under each of the proceedings »

⁸² *Amco c/ Indonésie*, Award, 20 Novembre 1984, para. 17

contractantes et un investisseur de l'autre Partie contractante est réglé à l'amiable dans la mesure possible. Si un différend n'a pas pu être réglé dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une ou l'autre des parties au différend, il est soumis à la demande de l'une ou l'autre des parties au différend à l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C.I.R.D.I), créé par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, signée à Washington le 18 mars 1965 ».

Il ne pose des conditions que par rapport à la qualité des investisseurs et à la nature des litiges. Cependant, de nombreux TBI sont plus complexes et posent d'autres conditions au recours à l'arbitrage. Par exemple, le TBI conclu entre l'Equateur et le Canada, qui en son article XII privilégie un règlement à l'amiable, puis prévoit, après un délai de six mois, le choix pour l'investisseur entre l'arbitrage du CIRDI ou l'arbitrage *ad hoc* de la CNUDCI, à condition que l'investisseur ait renoncé à toute autre procédure, notamment à toute procédure devant les juridictions locales. Comme cela a été vu dans l'affaire *Encana c/ Equateur*⁸³ concernant le refus de l'allègement de certaines taxes sur la valeur ajoutée (TVA). Dans la sentence rendue sur la compétence, les arbitres ont demandé à l'entreprise Encana de signifier une renonciation à tous ses droits aux recours internes à l'Etat équatorien pour que l'affaire soit arbitrale.

Certains autres traités connaissent également cette alternative, mais d'une manière différente. Par exemple, le TBI conclu entre les Etats-Unis et l'Equateur offre à l'investisseur de choisir entre plusieurs modes de règlement des différends, y compris celui de la juridiction étatique et de l'arbitrage CIRDI, etc.⁸⁴. Cependant, une fois le choix opéré, il devient irrévocable. C'est la clause dite de l'option irrévocable (« *fork in the road* »). En écartant les procédures parallèles, ce type de clause permet d'éviter les risques importants de décisions contradictoires ou de double recouvrement de la créance. Cependant, en pratique, il est difficile de donner effet à cette clause. Dans l'affaire *OEPC c/ Equateur*⁸⁵, l'Etat équatorien, en invoquant la clause *fork in the road* prévue dans le TBI conclu entre les Etats-Unis et l'Equateur, arguait que le litige fiscal avait déjà été soumis à la juridiction étatique, et que le

⁸³ Affaire *Encana Corporation c/ République Equatorienne*, LCIA (No.UN3481), sentence sur la compétence rendue le 27 février 2004, *138 I.L.R.*, p.219

⁸⁴ Selon l'article VI 2 et 3 (a) du TBI Etats-Unis – Equateur, “the national or company concerned may choose to submit the dispute, under one of the following alternatives, for resolution: “to the courts or administrative tribunals of the Party that is a party to the dispute” or “ in accordance with any applicable, previously agreed dispute-settlement”, or they may choose to consent in writing to the submission of the dispute for settlement by binding arbitration “to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (“Centre”)", or “to the Additional Facility of the Centre, if the Centre is not available”, or “ in accordance with the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)” or “ any other arbitration institution, or in accordance with any other arbitration rules, as may be mutually agreed between the parties to the dispute “.

⁸⁵ Affaire *Occidental Exploration and Production Company c/ République équatorienne*, LCIA, (No.UN3467), sentence finale du 1er juin 2004, *138 I.L.R.*, p.35.

tribunal arbitral du LCIA devait donc se dessaisir. Pourtant, le tribunal arbitral a recherché s'il y avait bien « triple identité », selon laquelle un litige doit impliquer les mêmes parties, et l'action doit avoir le même objet et la même cause, pour qu'il puisse s'agir d'un même litige et que le mécanisme de la *fork in the road* puisse rendre irrecevable sa soumission aux tribunaux concurrents. Le litige soumis au tribunal arbitral est fondé sur le traité, à la différence de ceux soumis aux juges équatoriens, fondés sur le contrat. De plus, le tribunal a ajouté que le mécanisme de la *fork in the road*, de par sa définition même, supposait que l'investisseur ait le choix entre des modes alternatifs. Cela exige que le choix soit entièrement libre et non soumis à aucune forme de contrainte. Cependant, le droit fiscal équatorien obligeait le contribuable à exercer une demande devant les tribunaux au cours d'une brève période de vingt jours suivant l'émission de toute résolution qui pourrait l'affecter. Ainsi, en l'espèce, le Tribunal a considéré que l'investisseur n'avait pas de véritable choix.

De même, dans l'affaire *Yukos c/ Russie*⁸⁶, le tribunal arbitral *ad hoc* a eu recours au critère de « triple identité » pour conclure que les diverses procédures judiciaires russes et le recours devant la Cour européenne des droits de l'Homme ne parvenaient pas à déclencher la disposition de l'option irrévocable prévue dans le traité de charte de l'énergie.

Par conséquent, si un investisseur étranger souhaite soumettre à l'arbitrage le litige fiscal l'opposant à l'Etat d'accueil, il doit respecter les conditions prévues par le traité applicable, tant celles générales que celles spécifiques aux litiges fiscaux. L'arbitrabilité des litiges fiscaux dépend du contenu du contrat d'investissement et du TBI. Cependant, il faut souligner que le litige fiscal entre l'investisseur et son Etat d'accueil n'est pas par nature inarbitrable. En revanche, le litige fiscal en matière d'investissement est, par principe, arbitrable, sous réserve de certaines exceptions.

⁸⁶ Yukos Universal Ltd. c/ Russie, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. AA 227 (30 novembre 2009), <http://italaw.com/documents/YULvRussianFederation-InterimAward-30Nov2009.pdf>, dernière consultation le 5 janvier 2013.

Partie II - Analyse du fond des litiges fiscaux en droit des investissements

Une fois la compétence du tribunal arbitral établie, les arbitres doivent examiner les mesures fiscales en cause. Cependant, la nature de ces mesures peut parfois limiter la compétence des arbitres. Traditionnellement, parmi les litiges arbitrables, les investisseurs disposaient généralement d'une garantie de stabilisation fiscale de l'Etat d'accueil (I). Cependant, avec le développement du droit des investissements internationaux, et surtout la multiplication des traités régionaux et bilatéraux relatifs aux investissements, les principes du droit des investissements permettent en effet de mieux protéger les investisseurs contre les mesures fiscales de l'Etat d'accueil même en l'absence d'une telle clause. (II)

Chapitre I Les mesures fiscales contrevenant aux garanties de stabilisation de l'Etat d'accueil

Les investisseurs étrangers sont généralement sceptiques quant à l'opportunité d'investir dans les économies en développement ou en transition, en raison des incertitudes et de l'instabilité de leurs politiques et administration. Afin de rassurer les investisseurs potentiels, ces pays tentent d'éliminer les facteurs qui décourageraient les investissements étrangers. Ainsi, la clause de stabilisation est un outil contractuel qui permet de préserver les investissements étrangers des variations de l'environnement juridique qui les entoure. Au cours des années, en matière fiscale, ce type de clause a connu un développement considérable quant à sa forme (I) et son effet (II).

Section I L'évolution de la forme de la clause de stabilisation fiscale

Pour protéger les investisseurs étrangers, différents techniques et mécanismes de stabilisation ont été élaborés et adoptés. Ainsi, la clause de stabilisation qui est finalement retenue exige un examen attentif car ses effets diffèrent d'une clause à l'autre. En matière fiscale, traditionnellement, les clauses ont pour objet d'éviter un changement de la législation fiscale

applicable à l'investissement (I). Cependant, récemment, l'utilisation des clauses d'équilibre économique a pris le pas sur les clauses traditionnelles (II).

I. La clause de stabilisation fiscale traditionnelle

Dans les années 70, les clauses de stabilisation fiscale avaient été effectivement utilisées contre des nationalisations opérées par les nouveaux Etats. Depuis, l'usage de la clause de stabilisation en matière fiscale s'est largement imposé auprès des industriels. Originellement, ces clauses avaient pour objet de simplement geler le régime fiscal applicable au jour de l'établissement de l'investissement. Cependant, cette simple garantie s'est révélée insuffisante. Il convient donc de présenter ce type de clause (A) avant de l'évaluer (B).

A. Aperçu de la clause de stabilisation fiscale traditionnelle

Les clauses de stabilisation visent à stabiliser les modalités et conditions d'un projet d'investissement, contribuant ainsi à gérer des risques non commerciaux⁸⁷. Parmi ces risques, le régime fiscal de l'Etat d'accueil est particulièrement crucial pour les investissements étrangers, souvent réalisés à long terme. Ainsi, les clauses de stabilisation en matière fiscale sont fréquentes en pratique.

Cependant, la forme des clauses de stabilisation fiscales peut être diverse. La clause peut prévoir un champ d'application très général, englobant le domaine fiscal et d'autres domaines juridiques. Par exemple, dans la convention conclue entre l'entreprise COTCO et le Cameroun, l'article 24 imposait à l'Etat du Cameroun de « ne pas modifier son régime juridique, fiscal, douanier et de contrôle des changes de manière à porter atteinte aux droits et obligations de COTCO »⁸⁸. Elle peut aussi ne concerner que le régime fiscal à l'instar du contrat entre le Chili et l'entreprise Noranda Mines :

« ... Le précédent traitement fiscal, y compris les taux, les normes déterminant le revenu imposable en liquide et toute autre disposition pertinente [...] demeurera inchangé durant un délai de trente ans à compter de la date du commencement des

⁸⁷ L. Cotula, « Regulatory takings, stabilization clauses and sustainable development » in OECD Investment Policy Perspectives 2008, OECDE publishing, 2009, p.75

⁸⁸ Article 24-2 of the Convention of Establishment between the Republic of Cameroon and the Cameroon Oil Transportation Company : « the Republic of Cameroon shall not modify the legal, tax, customs and exchange control regime in such a way as to adversely affect the rights and obligations of COTCO...», cite par L. Cotula, « Foreign investment contracts», <http://pubs.iied.org/pdfs/17015IIED.pdf>, consultée la dernière fois le 05 janvier 2013

opérations commerciales...»⁸⁹

Traditionnellement, les clauses de stabilisation sont aussi appelées « clauses de gel ». Selon ce type de clauses, la loi applicable à l'investissement est fixée au jour où le contrat est conclu ou l'investissement est établi. Ainsi, l'investissement ne sera pas affecté par des changements postérieurs de la loi interne par l'Etat d'accueil. Autrement dit, ces clauses ont pour effet de « geler » la loi de l'État d'accueil en ce qui concerne le projet d'investissement, et la nouvelle loi lui sera alors inapplicable. Cette clause de gel peut être prévue d'une manière absolue, comme celle insérée dans le contrat liant la société *Kaiser Bauxite* et la Jamaïque⁹⁰ :

« no further taxes shall be imposed on bauxite, bauxite reserves, or bauxite operations, or any assets used in bauxite operations or dividends on bauxite operations. »

Elle peut aussi être partielle, c'est-à-dire qu'elle encadre d'éventuelles aggravations ultérieures⁹¹, tel que l'article 25 du contrat conclu entre la société *Power and Traction Finance Company Ltd* et l'Etat grec⁹² :

« l'Etat est autorisé à imposer des taxes [...] aux voyageurs aussi bien qu'aux lignes de chemin de fer, tramway et bus de la compagnie à condition que le total de toutes les taxes ainsi imposées incluant les frais de contrôle n'excède jamais 5% [...] du prix du trajet (calculé avant l'addition desdites taxes) »

Il est aussi possible que les clauses de stabilisation soient édictées d'une manière plus souple que les clauses de gel. Ainsi, la clause peut ne pas interdire à l'Etat d'accueil de modifier sa législation interne mais s'il le fait, la modification se devra d'être cohérente avec le contrat d'investissement, c'est-à-dire que la nouvelle loi ne s'appliquerait au projet que si elle était compatible avec le contrat d'investissement. Dans ce sens, certains contrats d'investissement prévoient une clause de non aggravation, tel que dans l'article 10(4) de l'accord entre la société *Petrola Hellas SA* et la Grèce⁹³, qui devint finalement un décret législatif grec :

« any new legislation concerning taxation or custom duties [...] shall not apply to the cases covered by the Agreement, unless it creates a more favorable regime for Petrola ».

⁸⁹ Art. 89 of the "Andacollo" Agreement between Chile and Noranda Mines Ltd. of July 15, 1977, cité par W. PETER, « Stabilisation clauses in state contracts », RCAI, N°8, 1998, p.879

⁹⁰ *Kaiser bauxite cy c/ Jamaïque* (No. ARB/74/3), CIRDI, op.cit.,

⁹¹ S.Manciaux, « Changement de législation fiscale et arbitrage international », Rev. arb.,2001, n°2, p.325

⁹² *Power and Traction Finance company Ltd c/ Grèce*, arbitrage ad hoc, sentence rendue le 18 mars, cité par J. Wetter et S. Schwebel, « Some little-known cases on concessions », *XL. Brit. Y.B.Int'L* ; 1964, 183, spec. P.201

⁹³ *Petrola Hellas SA c/ Grèce*, arbitrage ad hoc, sentence rendue le 22 avril 1978, *XI Yearbook Commercial Arbitration*, 1986, p.105 et s.

En général, ces clauses classiques fonctionnent pour geler les systèmes juridiques et fiscaux de l'Etat d'accueil. En faisant ainsi, l'investissement étranger n'est pas affecté par des changements législatifs ou fiscaux dans l'Etat d'accueil tout au long de sa durée. Cependant, malgré ses avantages importants pour la protection des investisseurs étrangers, ce type de clause connaît certaines limites.

B. Evaluation de la clause de stabilisation fiscale traditionnelle

Depuis plus de 30 ans, les clauses de stabilisation ont été un élément commun des contrats d'investissement à long terme, en particulier dans les secteurs des infrastructures, des mines et de l'énergie. Les contrats à long terme sont plus vulnérables au risque politique ou réglementaire, au cours de la vie d'un projet d'investissement, l'Etat d'accueil pourrait subir un changement de gouvernement et un nouveau gouvernement pourrait mettre en œuvre différentes politiques et réglementations à l'égard des investissements étrangers. Ainsi, par l'insertion dans le contrat d'une clause de stabilisation, l'investisseur privé disposera d'une gamme de moyens plus étendue lui permettant de défendre ses intérêts et de se prémunir de façon très générale contre tout risque de *change in law*⁹⁴. Le changement de régime fiscal est donc constamment couvert par ces clauses de stabilisation en raison de l'atteinte considérable qu'il pourrait porter aux intérêts des investisseurs étrangers.

En pratique, pour attirer les investisseurs étrangers, l'Etat d'accueil, et notamment les pays en développement, offrent souvent des avantages fiscaux importants. Cependant, l'Etat est toujours en droit de changer sa législation dans cette matière, les avantages offerts pouvant alors être retirés à tout moment au cours du projet d'investissement. Pour réduire ce risque, les investisseurs étrangers exigent l'intégration de clauses de stabilisation fiscale dans les documents du projet principal, afin de fixer le régime fiscal favorable et d'éviter une modification ultérieure.

Dans ce courant traditionnel, que ce soit des clauses de gel ou des clauses d'intangibilité, elles ont pour objet de protéger le projet contre des variations défavorables de l'environnement juridique et fiscal. La validité de ce type de clause a été mise en cause, certains considéraient que les clauses de stabilisation étaient invalides en vertu du droit international, car elles limitaient la souveraineté, et notamment le pouvoir législatif, de l'Etat. Pourtant, depuis l'arrêt *Texaco c/ Lybie*⁹⁵, le principe de la validité des clauses de stabilisation

⁹⁴ P. Weil « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », in *Ecrits de droit international*, PUF, Paris, 2000, p.331.

⁹⁵ *Texaco Overseas Petroleum Co&California Asiatic Oil Co c/ Libyan Arab Republic*, arbitrage *ad hoc*, décision rendu sur le fond le 19 janvier 1977, *JDI*, 1977, p.350-389, note. J.F. Lalive

est établi et a été confirmé à plusieurs reprises⁹⁶. Le point de vue actuellement répandu est qu'une clause de stabilisation ne limite pas la souveraineté de l'Etat. Bien au contraire, l'accord d'un Etat à être lié par une clause de stabilisation est considéré comme un exercice valable de la souveraineté de cet État. Ainsi, en matière fiscale, une fois la clause de stabilisation conclue, l'Etat s'interdit de changer ou aggraver les taxes prévues. S'il agit contrairement, il doit engager sa responsabilité et payer une indemnité⁹⁷. De ce fait, l'avantage d'insérer une clause de stabilisation fiscale est la certitude de son efficacité, confortée par la jurisprudence arbitrale.

Cependant, les clauses de stabilisation classique ont des désavantages. Du point de vue du gouvernement hôte, tout d'abord, la stabilisation de son droit interne en le fixant à une date spécifique peut conduire à des difficultés pratiques quant à son application. Si un gouvernement conclut des contrats d'investissement contenant des clauses de stabilisation à différents moments dans le temps, alors il doit être appliqué à chaque projet la loi en vigueur au moment de la conclusion du contrat. Ainsi, un régime particulier ou personnalisé, établi à la fois par le contrat et la loi anciennement applicable, s'applique pour chaque investisseur. La question pourrait être particulièrement plus compliquée en matière de stabilisation fiscale. Selon un rapport de la banque mondiale⁹⁸, si les impôts sont stabilisés pour différentes mines, un défi administratif peut survenir au cours du temps. Comme les lois fiscales changent, chaque mine stabilisée aura un régime fiscal datant du moment où le système de stabilisation a été conclu. Cela signifie que, à un moment quelconque dans le temps, différentes mines seront soumises à des régimes fiscaux différents, et l'autorité fiscale de l'Etat d'accueil devra faire face à une situation complexe pour surveiller et appliquer chaque régime. Cela vaut tout autant pour les autres secteurs. Néanmoins, le plus grand souci pour l'Etat d'accueil est de voir sa compétence législative limitée par la clause de stabilisation fiscale, car il perdra un moyen efficace de contrôle de son économie interne. Ainsi, de nombreux pays ne proposent pas de garantie de stabilité du régime fiscal.

D'autre part, pour les investisseurs, ce mécanisme présente aussi des

⁹⁶ Vue les affaires : AGIP c/ Congo (CIRDI, No.ARB/77/1, sentence rendu le 8 aout 1980, Rev. Crit D.I.P 1982 p.105) ; Revere Copper v. OPIC (I.L.M vol.56,p.258) ; Aminoil c/ Koweït (sentence rendu le 24 mars 1982, AFDI,1982,vol.28, p.454 - 470,note. G.Burdeau),

⁹⁷ Par exemple, Petrola Hellas c/ Grèce , op.cit., Duke energy c/ Pérou, op.cit.

⁹⁸ James Otto *et al*, « Mining Royalties: A Global Study of their Impact on Investors, Government, and Civil Society», The World Bank, 2006, p 212. « If taxes are stabilized for various mines, an administrative challenge can arise over time. As the underlying tax laws change, each stabilized mine will have a tax regime dating to the time the stabilization arrangement was entered into. This means that at any one point in time, different mines will be subjected to different tax regimes, and the government agency charged with tax administration will face an increasingly complicated situation of monitoring and enforcing each regime. » http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2006/09/11/000090341_200609_11105823/Rendered/PDF/372580Mining0r101OFFICIAL0USE0ONLY1.pdf, Consulté la dernière fois le 05 janvier 2013

inconvenients. Tout d'abord, les clauses de stabilisation fiscale classiques ne peuvent pas interdire l'Etat d'accueil de légiférer pour l'intérêt public, et par conséquent, un régime fiscal gelé au moment de la conclusion du contrat est susceptible d'être licitement modifié. De plus, elles ne précisent pas le régime d'attribution des dommages, ce qui limite l'efficacité de ce type de clause. L'indemnité versée par l'Etat d'accueil en compensation de l'aggravation de l'impôt stabilisé ne satisfait généralement pas les investisseurs étrangers. Ainsi, la clause se développe dans l'optique de trouver une forme satisfaisant à la fois l'Etat d'accueil et l'investisseur étranger, c'est-à-dire, en préservant la compétence législative étatique, tout en garantissant une meilleure compensation de l'investisseur.

II. La clause de stabilisation fiscale moderne

Comme l'exercice du pouvoir souverain de l'Etat d'accueil ne peut pas être complètement restreint en vertu d'une clause de stabilisation fiscale classique, certaines techniques ont été récemment développées d'une manière qui respecte cette réalité et en même temps protège l'équilibre économique du contrat d'investissement. Cette technique moderne est connue sous le nom de « clause d'équilibre économique » (A). En comparaison avec les clauses classiques, les investisseurs tendent à choisir ce type de clause grâce à ses avantages considérables. (B)

A. Présentation de la clause de stabilisation fiscale moderne

Depuis vingt à trente ans, les clauses de stabilisation ont connu une importante évolution. Au lieu de cibler le pouvoir législatif de l'Etat fondé sur la souveraineté, les clauses modernes visent à mettre en place un mécanisme contractuel de répartition de l'effet économique des risques politiques. Selon cette approche moderne, le changement de la législation fiscale par l'Etat d'accueil n'est pas contractuellement interdit, cependant une telle action doit être contrebalancée par la clause prévoyant que l'équilibre économique du contrat sera maintenu pendant la durée du contrat.

Ainsi, une clause d'équilibre économique est conçue pour stabiliser le rendement économique de l'investisseur plutôt que pour stabiliser le régime juridique ou fiscal. L'Etat est donc en droit de faire des modifications qui affectent le projet d'investissement, mais l'investisseur et l'Etat se consulteront pour déterminer les conséquences économiques pertinentes. Les parties devront renégocier le contrat pour restaurer la position économique de l'investisseur ou l'Etat devra tout simplement payer une indemnité. En d'autres termes, ce type de clause de stabilisation exige que, si l'Etat d'accueil

promulgue une nouvelle loi ou prend des mesures fiscales qui aggravent les charges du projet, les parties doivent se concerter afin de retrouver un équilibre économique entre l'Etat et investisseur.

Comme les clauses traditionnelles, les clauses d'équilibre économique peuvent avoir une portée très générale, englobant tant le droit fiscal que d'autres domaines juridiques, tel que prévu dans le contrat de partage de production Azérie⁹⁹ :

« In the event that any Governmental Authority invokes any present or future law, treaty, intergovernmental agreement, decree or administrative order which contravenes the provisions of this Agreement or adversely or positively affects the rights or interests of Contractor hereunder, including, but not limited to, any changes in tax legislation, regulations, or administrative practice, the terms of this Agreement shall be adjusted to re-establish the economic equilibrium of the Parties, and if the rights or interests of Contractor have been adversely affected, then SOCAR shall indemnify the Contractor (and its assignees) for any disbenefit, deterioration in economic circumstances, loss or damages that ensue therefrom ».

Ce type de clause peut également ne concerner que la matière fiscale, à l'instar du contrat entre l'entreprise canadienne Encana et l'Etat de l'Equateur qui prévoit que :

*« Tax Regime Amendment.- In case of any amendment to the tax regime or labor participation effective at the date of execution of this Contract as described in this Clause, or its interpretation, or creation of new taxes or liens not provided for in this Contract, which may affect this Contract's economy, a correction factor in the participation percentages shall be included to absorb the increase or decrease of a tax charge or labor participation aforementioned ».*¹⁰⁰

Quant à son effet, il est clair que, dans ce type de clause, des nouvelles lois ou mesures fiscales seront applicables à l'investissement, mais une modification de contrat d'investissement afin de rétablir l'équilibre économique entre l'investisseur et l'Etat d'accueil ou un paiement d'une indemnité à l'investisseur est exigée. Par ailleurs, certaines clauses peuvent être rédigées avec une plus grande précision, en ce qu'elles demandent aux parties de se rencontrer pour négocier les modifications au contrat, à l'exemple d'une clause prévue dans le contrat entre l'entreprise Sofala field et l'Etat du Mozambique¹⁰¹ :

⁹⁹ Art. 24-2 of the agreement dated 19 April 1999 on the Exploration Development and Production sharing Republic between the State Oil Co of Azerbaijan and Kura Valley Development Co Ltd and Socar Oil Affiliate, A.F.M. Maniruzzaman, *The pursuit of stability in international energy investment contracts*, *Journal of World Energy Law & Business*, 2008, Vol. 1, No. 2, p.128

¹⁰⁰ Encana c/ Equateur, sentence finale, para 34, op. cit.

¹⁰¹ Contrat Mozambique – Sofala field, 1998, cité par P. Cameron, « Stabilization in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil and Gas Investors », Association of International Petroleum Negotiators (AIPN), Final Report, 5 Juillet 2006, p.33

« In the event that after the Effective Date any applicable law, decree, rule or regulation of the Republic of Mozambique including the Income Tax Code as the same applies to Industrial Tax, not being a law, decree, rule or regulation of the kind referred to in Article [], is made or amended which results in an adverse change of a material character to the economic value derived from the Petroleum Operations by the Contractor, the Parties will, if the Contractor so requests, meet as soon as possible thereafter, to agree on changes to this Agreement which will ensure that the Contractor derives from the Petroleum Operations, following such changes, the same economic benefits as it would have derived if the law, decree, rule or regulation aforesaid had not been made or amended. »

De même, ce type de clauses peut poser certaines limitations à son application¹⁰². Par exemple, certaines clauses exigent que l'investisseur ait subi un certain montant de pertes financières avant qu'une compensation ne soit due. D'autres contrats stipulent que pour certains types de nouvelles lois, par exemple, les lois protégeant la santé, l'environnement, la sécurité individuelle ou publique, l'indemnisation ne sera pas due.

En bref, ce mécanisme de stabilisation se focalise sur le résultat économique du changement de législation fiscale et non plus sur la législation fiscale de l'Etat en elle-même. Ainsi, l'utilisation de ce type de clause a connu une augmentation considérable, au détriment des clauses de stabilisations classiques.

B. Une tendance favorable aux clauses de stabilisation fiscale modernes

Selon ce nouveau système de stabilisation, l'Etat conserve pleinement son droit de modifier son régime fiscal, bien que celui-ci puisse affecter l'investissement étranger, car la clause n'exige seulement de l'Etat l'indemnisation de l'investisseur pour les pertes financières causées par ces nouvelles lois. Ainsi, ce type de clause a un effet de nature corrective, elle se concentre sur la compensation des conséquences économiques de la nouvelle législation fiscale, plutôt que d'empêcher son adoption¹⁰³. De ce fait, cette clause de stabilisation fiscale moderne est plus acceptable pour l'Etat d'accueil en raison de son respect du pouvoir régalién de la fiscalité.

La préférence des investisseurs pour les clauses d'équilibre économique découle de son mécanisme de compensation. En cas de modification

http://lba.legis.state.ak.us/sga/doc_log/2006-07-05_aipn_stabilization-cameron_final.pdf, dernière consultation le 05 janvier 2013

¹⁰² A. Shemberg, « Stabilization and Human rights », IFC/SRSG Research Paper, 11 March 2008 [http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilizationClausesandHumanRights/\\$FILE/Stabilization+Paper.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilizationClausesandHumanRights/$FILE/Stabilization+Paper.pdf), p.8, dernière consultation le 05 janvier 2013

¹⁰³ A.F.M. Maniruzzaman, « The pursuit of stability in international energy investment contracts », *op.cit.*, p.126

unilatérale du régime fiscal par l'Etat d'accueil, la compensation apportée grâce à une clause moderne pourrait être plus favorable que celle obtenue en vertu de clauses traditionnelles¹⁰⁴. L'indemnité versée en cas de violation d'une clause de gel est souvent une réparation du dommage direct, ce qui est bien inférieur à la somme que l'investisseur envisageait, alors que grâce aux clauses d'équilibre économique, la compensation prévue vise à maintenir l'ensemble de l'investissement sur une base continue.

Cependant, ce mécanisme de compensation devrait idéalement être suffisamment détaillé pour éviter toute incertitude quant au déclenchement et au montant de la réparation. En pratique, il est souvent difficile de convenir d'une définition de l'équilibre économique entre les parties. La première question qui se pose ici est de savoir si le désaccord entre les parties sur cette définition peut être soumis au CIRDI. En fait, selon certains auteurs, les différents points de vue des parties sur le réajustement des contrats ne sont que des conflits d'intérêts et ne sont donc pas considérés comme «les litiges d'ordre juridique» visés à l'article 25 (1) de la Convention du CIRDI¹⁰⁵. Toutefois, le différend sera d'ordre juridique si une des parties viole son obligation de renégocier de bonne foi.

Bien que l'investisseur puisse recourir à l'arbitrage, l'incertitude concernant le calcul de l'indemnisation demeure. Il n'y a pas encore de sentences arbitrales connues concernant ce mécanisme impliquant un certain rééquilibrage des intérêts économiques des parties dans le cas d'une modification unilatérale du régime fiscal par l'Etat d'accueil. Ainsi, sur ce point, la clause de stabilisation fiscale classique présente un avantage en ce que plusieurs sentences arbitrales permettent de rendre visible le résultat de sa violation.

De ce fait, dans la pratique, le développement de la clause de stabilisation fiscale tend vers une nouvelle forme. Certains contrats d'investissement tentent de combiner les deux types de clauses de stabilisation, c'est-à-dire, d'associer les clauses d'équilibre économiques aux clauses de gel, tel que le contrat type kazakhs de partage de production :¹⁰⁶

«Article 21

21.1. The Tax Regime set forth in the Contract shall be permanently in effect until the

¹⁰⁴ A. Faruque, « Validity and efficacy of stabilisation clauses - Legal protection vs. Functional value », *Journal of International Arbitration*, 2006, Vol.23, p.331

¹⁰⁵ A.F.M. Maniruzzaman, « The pursuit of stability in international energy investment contracts », *op.cit.*, p.133

¹⁰⁶ Contract for additional exploration for and production and production sharing of crude hydrocarbons in the Chinarevskoye Oil and Gas-Condensate Field in West Kazakhstan Oblast pursuant to licence series MG no. 253D (Petroleum) between the Republic of Kazakhstan State Committee for Investments (the Competent Body) and Production sharing agreement between The Republic of Kazakhstan State Committee for Investments (the Competent Body) and the Zhaikmunai Limited Liability Partnership (the Contractor), Kazakhstan, 1997. Cité par P. Cameron, « Stabilization in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil and Gas Investors », *op. cit.*, p.35

expiration of the Term of the Contract.

21.2. If changes are made in the law after the Contract signing date that make further observance of the original terms and conditions of the Contract impossible or that lead to a significant change in its general economic terms and conditions, the Contractor and representatives of the Competent Body and Tax Agencies may make changes in or correction to the Contract that are needed to restore the economic interests of the Parties as of the Contract signing date. These changes in or correction to Contract terms and conditions shall be made within sixty days of the time of written notification of a Tax Agency or the Contractor. »

Dans cet exemple, la clause commence par une simple déclaration prévoyant que le régime fiscal énoncé dans le contrat doit rester intangible pendant toute la durée du contrat. Puis il est prévu que la situation de l'investisseur ne doit pas être aggravée après les modifications apportées aux lois de l'Etat d'accueil. Ce genre de clause est appelé « clauses hybride ». Ainsi, ce type de clause produit deux effets, tout d'abord, les nouvelles lois fiscales ne s'appliquent pas à l'investissement concerné, mais aussi il demande aux Etats de rétablir l'investisseur dans la même situation qu'il était avant les modifications du régime fiscal.

En conclusion, le développement de la clause de stabilisation fiscale est considérable à la fois dans sa forme et ses effets. Les nouvelles formes de clause, la clause d'équilibre économique et la clause hybride, cherchent à obtenir un compromis entre deux droits conflictuels : la liberté législative de l'Etat et les attentes légitime de l'investisseur étranger. Ces nouvelles formes de clause sont donc plus populaires que les clauses de stabilisation fiscale classique, mais ce sont les effets de ces dernières qui ont été précisés par la jurisprudence arbitrale.

Section II Le développement de l'effet de la clause de stabilisation fiscale

Nonobstant sa forme, la clause de stabilisation fiscale a pour effet de protéger l'intérêt des investisseurs étrangers. Ainsi, l'insertion d'une clause de stabilisation fiscale, est assez commune en pratique. Cependant, en dépit des clauses de stabilisation, les Etats, et surtout les pays en développement, renient parfois leurs engagements en modifiant leur législation fiscale, violant ainsi les termes des clauses de stabilisation. Plusieurs sentences ont ainsi été rendues sur ce problème. En l'absence de sentences relatives à l'effet de la

clause de stabilisation moderne, il convient de s'intéresser aux sentences concernant des clauses de stabilisation fiscale traditionnelle. Mais l'étude de ces décisions révèle un déclin de ses effets, car, si ce type de clause influençait directement l'issue des litiges dans les sentences anciennes (I), son effet est plus modéré selon les sentences récentes. (II)

I. Les effets de la clause de stabilisation fiscale selon les sentences anciennes

Le changement unilatéral du régime fiscal de l'Etat peut produire des dommages considérables aux investisseurs étrangers. Certaines sentences anciennes se sont prononcées sur ce phénomène en essayant de protéger les investisseurs contre cette action souveraine unilatérale (A). Selon ces sentences, il est remarquable que les résultats diffèrent selon si la partie lésée dispose ou non d'une clause de stabilisation fiscale. (B)

A. Présentation de sentences anciennes relatives aux effets de la clause de stabilisation fiscale

La première sentence rendue quant aux effets de la clause de stabilisation fiscale concernait un litige opposant la société *Power and Traction Finance Company* et la Grèce, datée de 1930¹⁰⁷. La question dans cette affaire était de savoir si les clauses de stabilisation fiscale contenues dans la Convention de 1925 pouvaient exempter la société du paiement d'une taxe spéciale sur les billets de chemin de fer imposé par une loi grecque (no. 3383) de 1929. Les articles 24 et 25 de la convention établissaient diverses exonérations fiscales pour la société¹⁰⁸.

En décembre 1925, la Grèce a édicté un décret afin d'installer un fonds spécial pour les employés retraités des chemins de fer, qui a mis en place une charge supplémentaire de 10 *lepta* par billet pour une ligne gérée par la Société. Une loi a été promulguée en 1929 qui confirmait la loi de 1925 et prévoyait d'ailleurs que les frais en question étaient payables à un fonds spécial de retraite. Malgré la qualification de " charge sociale " par l'Etat, le tribunal arbitral a considéré que « la taxe instituée par la loi 3828 est un impôt, si non dans le sens le plus rigoureux du terme, tout au moins dans le sens général qui résulte de la terminologie employée par l'article 25, paragraphe 2 de la convention ».

¹⁰⁷ Affaire *Power and Traction Finance Company Ltd. c/ la Grèce*, op.cit.

¹⁰⁸ V. la clause citée *supra*.

Comme la limite de 5% d'aggravation fiscale se trouvait atteinte avant l'établissement de la taxe de 10 *lepta*, le tribunal a conclu que « la taxe instituée par la loi 3828 excède la limite contractuelle acceptée par l'Etat et se trouve en contradiction avec la convention du 17 octobre 1925 ».

En qualifiant le contrat de concession de service public, le gouvernement grec a allégué ainsi que les conditions posées par la convention pourraient être unilatéralement modifiées par une loi ayant une nature générale et impartiale. Cependant, cet argument a été expressément rejeté par le tribunal, en déclarant que « l'exercice de la souveraineté législative, modifiant les conditions de la concession d'un service public ne doit pas avoir pour effet de léser le concessionnaire, et s'il en était ainsi, ce dernier serait en droit d'obtenir la réparation du préjudice résultant de la modification de la concession ».

La deuxième sentence importante concerne elle aussi l'Etat grec, mais cette fois-ci, il était opposé à l'entreprise Petrola Hellas S.A.¹⁰⁹. Dans cette affaire, un accord entre l'Etat grec et Petrola a été confirmé par le décret n° 1211 de 1972. Par décret législatif de 1974, une taxe ponctuelle extraordinaire a été imposée aux sociétés économiquement plus fortes en Grèce. Sur la force de celle-ci, les autorités fiscales grecques ont obligé l'entreprise Petrola à payer des taxes supplémentaires pour les années 1974 à 1977. La société s'est pourtant opposée à l'imposition de cette taxe, s'appuyant sur l'article 10 (4) de l'accord de 1972 entre elle et la Grèce¹¹⁰, selon laquelle toute loi ultérieure imposant de nouvelles taxes ou droits de douane ne s'appliquerait pas à la société Petrola, à moins que la nouvelle législation ait créé un régime fiscal plus favorable. Finalement, les arbitres ont approuvé cet argument et statué en faveur de Petrola en ordonnant à l'Etat grec de la rembourser pour les impôts supplémentaires acquittés.

Ces deux sentences plutôt anciennes révèlent justement que la jurisprudence a donné très tôt effet à la clause de stabilisation fiscale. A ce titre, il est possible de conclure qu'une telle clause peut protéger effectivement les investisseurs étrangers, contre une modification unilatérale du régime fiscal par l'Etat d'accueil. Cependant, si l'investisseur ne disposait pas d'une telle clause, les résultats des litiges auraient été probablement beaucoup moins favorables.

B. L'influence de la clause de stabilisation fiscale sur les résultats

En outre de la constatation de l'efficacité de la clause de stabilisation fiscale, les sentences précitées dévoilent aussi les fondements permettant de donner

¹⁰⁹ Petrola Hellas SA c/ Grèce, avril 1978, *op.cit.*

¹¹⁰ V. la clause citée, *supra*.

effet aux clauses de stabilisation fiscale.

Si les clauses de stabilisation fiscale sont, par principe, valides, elles lient contractuellement les Etats d'accueil. Ainsi, si l'Etat n'a pas respecté son obligation de maintenir la stabilité de sa législation fiscale, il doit engager sa responsabilité contractuelle, nonobstant la nature du contrat. Dans l'affaire *Power and Traction Finance Company Ltd.*, la Grèce alléguait que la convention en cause n'était pas un contrat ordinaire dans le sens du droit civil, mais une concession de service public. Ainsi, une telle concession ne devait pas affecter sa souveraineté législative, et elle était donc en droit de modifier unilatéralement le régime fiscal accordé. Cependant, le tribunal arbitral a jugé au contraire :

« Que la convention soit une concession de service public ou un contrat de droit civil, il est incontestable que, dans l'un et l'autre cas, elle comporte des engagements bona fide qui doivent être respectés. »

Cette sentence est ainsi instructive en ce qu'elle révèle l'argument retenu par les arbitres pour fonder l'efficacité des clauses de stabilisation fiscale ; le principe du respect de bonne foi des engagements contractuels souscrits.¹¹¹ Ce principe fondamental a aussi été rappelé explicitement dans l'affaire *Petrola Hellas*. Dans cette affaire, le contrat d'investissement s'était vu conférer une valeur de loi, pourtant, les arbitres n'en avaient pas tiré les conséquences. Au contraire, le tribunal a retenu la responsabilité contractuelle de l'Etat :

« Subsidiairement, le demandeur a allégué que, dans l'hypothèse où il aurait à s'acquitter de l'imposition exceptionnelle, l'Etat grec devra être considéré comme responsable au préjudice subi, en raison de la violation par ce dernier, dans l'exercice de son pouvoir souverain, de ses obligations contractuelles. Un tel préjudice devra effectivement être compensé par l'Etat grec sur le fondement du principe de bonne foi ».

De ce qui précède, il peut être déduit que l'effet juridique de la clause de stabilisation peut être fondé sur le principe de bonne foi. Cela dit, les arbitres ont fondé leur décision sur l'effet fondamental de tout contrat à l'égard de ceux qui y sont parties : dès lors que des parties ont choisi de contracter, elles sont tenues de respecter leurs engagements.¹¹² Autrement dit, un Etat ne doit pas être autorisé à répudier une position qu'il a assumée volontairement et sur laquelle l'investisseur étranger s'est établi. Ainsi, dans les deux sentences citées, les arbitres ont donné plein effet aux clauses de stabilisation fiscale liant les deux parties, en reconnaissant aux

¹¹¹ S. Manciaux, « Changement de législation fiscale et arbitrage international », op. cit. p.333

¹¹² S. Manciaux, « Changement de législation fiscale et arbitrage international », op. cit. p.334

investisseurs étrangers le droit à une compensation. En conséquence, l'entreprise Petrola a été remboursée des taxes exceptionnelles qu'elle avait payées et la société Power and traction a choisi de se concilier avec l'Etat grec pour conclure une transaction en acceptant une aggravation moins lourde de la fiscalité.

Si les investisseurs, dans les sentences précitées, ont finalement obtenu un résultat satisfaisant grâce au plein effet des clauses de stabilisation fiscale, à l'époque la situation aurait été plus délicate en l'absence d'une telle clause. Dans l'affaire *Freeport MC MoRan*¹¹³, l'Indonésie voulait modifier le régime fiscal applicable à la société Freeport, en supprimant certains avantages. En l'absence de clause de stabilisation fiscale, la société a finalement dû accepter le nouveau régime sans obtenir aucune compensation. Dans une autre affaire *Tesoro Petroleum Corporation c/ Trinité et Tobago*¹¹⁴, datée aussi de la même époque que l'affaire *Petrola Hellas*, l'Etat trinitadien avait créé une nouvelle taxe pétrolière et l'avait imposée à la joint-venture constituée entre les deux parties. Comme la société ne bénéficiait pas de clause de stabilisation fiscale, elle a essayé de faire pression à travers la joint-venture, le litige se déplaçant ainsi dans le domaine du droit des sociétés. Enfin, par la procédure de conciliation du CIRDI, les parties ont conclu un arrangement mettant fin au litige.

Il est remarquable que ces deux affaires dans lesquelles les investisseurs ne possédaient pas de clauses de stabilisation fiscale se soient résolues par une transaction. En l'absence d'un engagement étatique stabilisant la législation fiscale, les investisseurs n'ont pas contesté le principe de l'application à leur encontre d'une modification de cette législation¹¹⁵. La souveraineté de l'Etat lui permet d'imposer une telle modification aux personnes qui y sont assujetties. Il n'est donc pas responsable pour les pertes subies par l'investisseur étranger si cette modification ne le prive pas de l'investissement en entier¹¹⁶. Des considérations extra-juridiques peuvent être une autre explication aux résultats de ces deux affaires¹¹⁷. Il est important pour les investisseurs de garder une relation amiable avec leur Etat d'accueil, ainsi sont-ils davantage favorables à une conciliation en cas de litige s'ils envisagent de réaliser un investissement à long terme. Cela peut aussi expliquer le résultat de l'affaire *Power and Traction Finance Ltd*. Cependant, il serait étonnant que la transaction ait été réalisée aux mêmes

¹¹³ Affaire *Freeport Mc MoRan c/ Indonésie*, transaction en 1974, cité par W. Peter, in *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*, Kluwer Law International, Le Haye, 1995., p.47

¹¹⁴ Affaire, *Tesoro Petroleum Co c/ Trinité et Tobago*, CIRDI (No. CONC/83/1), rapport de conciliation datant du 27 novembre 1985, L.Nurick et Stephen J. Schnably, « The first ICSID Conciliation; Tesoro Petroleum Co vs Trinité et Tobago », I ICSID Rev.- FILJ, 1986, p.340

¹¹⁵ S. Manciaux, « Changement de législation fiscale et arbitrage international », op. cit., p.324

¹¹⁶ Dans ce cas là, il s'agit d'une expropriation indirecte, les autres recours juridiques sont disponibles pour protéger les investisseurs étrangers. V. *infra*.

¹¹⁷ V. S. Manciaux « Changement de législation fiscale et arbitrage international », op. cit., p.324

conditions que si la société n'avait pas disposée d'une clause de stabilisation fiscale.

Ainsi, bien que les effets de la clause de stabilisation fiscale soient relatifs si on prend en compte les considérations extra juridiques des investisseurs, elle reste un moyen efficace pour protéger ces derniers. Cependant, avec le développement du droit des investissements, ce moyen classique a connu une marginalisation progressive.

II. Le champ d'application de la clause de stabilisation selon les sentences récentes

Dans les années 70, la présence d'une clause de stabilisation fiscale classique avait une influence considérable sur le résultat de litiges relatifs à un changement de la législation fiscale. Avec le développement du droit des investissements internationaux, les sentences récentes (A) rendues en cette matière révèlent que même si une telle clause produit toujours un effet, sa présence n'est plus un facteur aussi déterminant pour l'issue du litige(B).

A. Présentation de sentences récentes relative au champ d'application de la clause de stabilisation fiscale

Les sentences récentes concernant les effets des clauses de stabilisation fiscale sont très rares. La seule sentence se prononçant sur cette matière est celle rendue dans le cadre d'un litige opposant la société Duke Energy et l'Etat du Pérou¹¹⁸. Cette décision était très attendue car elle est la première décision arbitrale visant à analyser la portée et l'interprétation de la stabilisation juridique depuis les sentences classiques des années 1970.

Comme il a été présenté précédemment¹¹⁹, le litige était né du fait que l'autorité fiscale du Pérou (à savoir la SUNAT) avait condamné la société Duke Energy à payer une somme d'impôt, en accusant l'entreprise d'avoir réalisé une fausse restructuration afin de profiter indument d'avantages fiscaux. Toutefois, l'investisseur, bénéficiant d'une clause de stabilisation fiscale (prévu dans l'accord LSA), a affirmé qu'une telle opération devrait être non imposable selon les termes de la loi de 1994 du Pérou (MRL). Mais la décision de SUNAT, rendue sous l'autorité de l'article VIII du Code des impôts péruvienne (Article

¹¹⁸ Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd. c/ Pérou, CIRDI (No. ARB /03/28), sentence finale rendue le 18 août 2008, *op.cit.*

¹¹⁹ Les faits de cette affaire ont été présentés dans le chapitre II de la première partie

VIII), avait en effet mis en place des changements dans l'interprétation de la loi MRL. La question était donc de savoir si cette nouvelle interprétation violait la clause de stabilisation fiscale conclue entre les deux parties.

Ainsi, le tribunal devait évaluer si le champ des clauses de stabilisation fiscale incluait une interprétation stable de la loi MRL, et si oui, une nouvelle interprétation de ces lois était-elle une violation de la garantie de stabilisation fiscale? Tout d'abord, le tribunal a jugé que la MRL a été incluse dans le champ de la clause de stabilisation fiscale entre les parties. Ensuite, le tribunal a dû s'interroger pour savoir si les engagements de stabilisation fiscale de l'Etat ne concernaient que les textes officiels des lois et règlements fiscaux, ou s'ils couvrent également l'interprétation et l'application spécifiques de ces lois. Le tribunal a estimé que :

« Si au moment où la garantie a été accordée, l'application des règles existantes conduit à une interprétation cohérente, cette interprétation doit être réputée intégrée dans la stabilité garantie. Dans un sens large, la stabilité est le standard par lequel l'ordre juridique en vigueur à la date où la garantie est accordée est perpétué, y compris l'interprétation cohérente et stable en vigueur au moment où le LSA est conclu. Le Tribunal est convaincu que le maintien de telles interprétations stables de la loi en vigueur au cours de l'exécution du LSA, fait partie de la continuité des règles existantes. »¹²⁰

Le changement d'interprétation de la loi MRL par les autorités gouvernementales (c'est-à-dire la SUNAT), était donc couvert par l'étendue des garanties de stabilisation fiscale. Cependant, il existe une difficulté importante dans la mesure où il n'existe pas de critère objectif permettant de comparer les interprétations de la SUNAT, puisque la loi n'a, elle, pas été modifiée, et il n'y avait aucune interprétation stable préexistante. En fait, de par leur nature propre, les lois suscitent souvent des interprétations différentes basées sur des principes assez raisonnables. Ainsi, le tribunal a décidé qu'en l'espèce, la clause de stabilisation fiscale devait effectivement garantir que:

« (a) les lois ou les règlements qui font partie du régime fiscal au moment où le LSA est exécutée ne seront pas amendé ou modifié au détriment de l'investisseur, (b) une interprétation stable ou application qui est en place au moment où le LSA est exécutée ne sera pas modifiée au détriment de l'investisseur, et (c) même en l'absence de (a) et (b), les lois stabilisées ne seront pas interprétées ou appliquées d'une manière manifestement déraisonnable ou arbitraire. »¹²¹

¹²⁰ Duke energy c/ Pérou, op. cit., Para 219

¹²¹ Duke energy c/ Pérou, op.cit., Para 227

Par conséquent, le tribunal a conclu que

« *Bien que l'article VIII pourrait être invoqué par la SUNAT pour évaluer la légitimité des transactions à des fins fiscales, la SUNAT violait la garantie de stabilisation fiscale en appliquant l'article VIII pour changer l'interprétation stable de la loi MRL qui prévalait en 1996 et faisait donc partie du régime fiscal stabilisé pour [DEI] Egenor.* »¹²²

Après que le Tribunal ait énoncé que l'interprétation incohérente de la loi MRL a violé la clause de stabilisation fiscale, il a aussi retenu la responsabilité du Pérou, sur un autre fondement, celui des normes du droit international. En effet, l'action de l'autorité fiscale péruvienne avait constitué une violation du principe de l'estoppel, qui est considéré comme un principe général du droit. Enfin, les arbitres, en se fondant sur le montant calculé par le demandeur, ont condamné le Pérou à payer 18 millions de dollars ainsi que les intérêts simples en réparation de la violation de ses engagements.

Bien que l'affaire *Duke Energy c/ Pérou* a été la seule qui concernait directement le champ d'application de la clause de stabilisation fiscale, une telle clause était présente dans d'autres sentences, telles que *Link Trading c/ Moldavie*¹²³ ou *Encana c/ Equateur*¹²⁴. Cependant, dans ces affaires, la modification des lois fiscales en cause n'entraient pas dans le champ de garantie de stabilisation, les clauses ne pouvaient donc pas produire d'effet.

En conséquence, si la clause de stabilisation fiscale a eu un plein effet dans l'affaire *Duke Energy c/ Pérou*, la sentence révèle toutefois que le même résultat aurait pu être obtenu par une autre voie, en appliquant le droit international.

B. La portée des sentences récentes concernant la clause de stabilisation fiscale

Les sentences récentes ont confirmé et clarifié l'effet de la clause de stabilisation. Pour qu'une clause de stabilisation fiscale produise effet, la seule condition est que le changement en cause de législation fiscale fasse partie explicitement des garanties couvertes par cette clause.

Dans l'affaire *Encana c/ Equateur*, des clauses de stabilisation fiscale modernes ont été prévues dans différents contrats de participation pétrolier entre les parties¹²⁵. Cependant, aucun de ces contrats ne faisait expressément

¹²² *Duke energy c/ Pérou*, op.cit., Para.345

¹²³ *Link-Trading c/. Moldova, arbitrage ad hoc*, (UNCITRA) sentence finale rendu le 18 Avril 2002, op.cit.

¹²⁴ *Encana c/ Ecuadeur*, LCIA, sentence finale rendue le 3 février 2006, op. cit .,

¹²⁵ V. Clause cité, supra. «

référence à la TVA, qui allait être l'impôt en cause¹²⁶. Le tribunal a donc estimé qu'« en l'absence d'un engagement spécifique de l'Etat d'accueil, l'investisseur étranger n'a ni le droit ni aucune attente légitime à ce que le régime fiscal ne changera pas, peut-être à son désavantage, pendant la période de l'investissement »¹²⁷.

De même, dans l'affaire Link trading c/ Moldavie, le demandeur a considéré que l'amendement à la loi budgétaire avait été pris en violation d'une garantie gouvernementale sur une période de dix années de stabilité du régime fiscal et douanier. Cependant le tribunal a relevé que la stabilisation fiscale prévue dans la loi moldave offrait seulement une stabilité à l'égard des seules exonérations fiscales prévues par cette loi. Il a donc conclu que « l'État n'avait consenti aucune obligation spécifique envers le demandeur à maintenir inchangés les coutumes et les régimes fiscaux applicables aux clients du demandeur pour l'importation de marchandises de la FEZ dans le territoire douanier de la République de Moldavie ».¹²⁸

Ainsi, il n'est pas douteux que la clause de stabilisation fiscale puisse produire plein effet et permette donc d'engager la responsabilité de l'Etat d'accueil si une modification fiscale entrait dans son champ de garantie, comme présenté dans l'affaire Duke Energy c/ Pérou. Cependant, cette même affaire nous dévoile un autre chemin pour assurer la protection de l'investisseur étranger contre une telle modification en appliquant le droit international, et plus précisément, les principes généraux du droit.

Dans cette affaire, après avoir déterminé la responsabilité en vertu de la clause de stabilisation fiscale, le tribunal procède à une analyse exhaustive d'une théorie alternative de la responsabilité du Pérou : le principe de l'estoppel en droit international. En effet, ayant jugé le Pérou responsable sur la base de la clause de stabilisation fiscale, le tribunal « n'avait pas besoin d'examiner d'autres moyens alternatifs invoqués par le demandeur quant à la responsabilité de l'Etat, et notamment la violation de la doctrine de *Propios actos* ou la bonne foi ». Cependant, le Tribunal s'est estimé « néanmoins obligé, après avoir entendu une quantité importante de preuve et arguments

¹²⁶ «The preceding sub-clauses of clause 11 make reference to income tax and labor participation payments (11.1 and 11.2), a contribution for use of water and use of natural construction materials (11.3), a contribution to the Superintendency of Companies (11.4), a tax on total assets (11.5), contributions to the "Fund for the Amazon Region Ecodevelopment and Strengthening of its Sectional Organizations" (11.6); and notarial fees in connection with the execution of the contract as a public deed (11.7). The equivalent clause in the Block 27 Participation Contract is in broadly similar terms, although there is some divergence in the recitals of the relevant taxes and charges. Neither of the Participation Contracts made any express reference to value added tax. », Encana c/ Ecuadeur, *op.cit.*, Para 35

¹²⁷ Encana c/ Ecuadeur, *op.cit.*, Para.173

¹²⁸ Link trading c/ Moldova, *op.cit.*, para.86

sur ce point, d'exposer ses vues sur la question ». ¹²⁹ Les arbitres ont voulu démontrer que, même en l'absence des dispositions assurant une stabilité fiscale du LSA, le Pérou avait violé les normes du droit international et était donc responsable indépendamment de l'interprétation spécifique de la clause de stabilisation fiscale.

Ainsi, le tribunal a apprécié l'invocation du principe de l'estoppel et l'opportunité de son application afin d'engager la responsabilité du Pérou. D'après le tribunal, le principe de l'estoppel a été universellement appliqué comme principe général du droit, tant en droit interne qu'international, pour interdire à un Etat, de prendre des actions ou des positions contraires ou incompatibles avec les actions ou positions qu'il a prises antérieurement, au détriment d'un autre ¹³⁰. Grâce à son approbation de la fusion sous l'autorité de la loi MRL, le Pérou avait donné à la société Duke Energy une attente raisonnable à ce qu'une telle position le lierait. Ainsi, le tribunal a considéré que ces actions de l'État avaient suscité la confiance de l'investisseur, et, un changement d'interprétation de la loi MRL étant contraire au principe de l'estoppel, l'Etat péruvien était donc responsable de la violation de ses obligations reconnues par le droit international.

Si la même conclusion peut être obtenue par un autre raisonnement, le rôle de la clause de stabilisation fiscale classique devient marginal. De ce fait, la clause de stabilisation fiscale moderne se concentre plutôt sur les conséquences économiques d'un changement du régime fiscal.

En conclusion, si auparavant les résultats des litiges dépendaient plutôt de l'existence d'une clause de stabilisation fiscale, une telle clause ne joue plus, de nos jours, un rôle aussi important. Avec le développement du droit international des investissements, les obligations insérées dans les traités internationaux des investissements, tel que le traitement national ou le traitement juste et équitable, peuvent offrir une protection similaire aux clauses de stabilisation fiscale classiques. Ainsi, ces dernières années, la plupart des sentences relatives à un changement de régime fiscal s'est fondée sur la base de traités bilatéraux ou régionaux des investissements.

¹²⁹ Duke Energy c/ Equateur, *op.cit.* para.379

¹³⁰ Duke Energy c/ Equateur, *op.cit.* para 231

Chapitre II - Les mesures fiscales contrevenant aux engagements conventionnels de l'Etat d'accueil

Avec le développement des traités d'investissement, les Etats offrent aux investisseurs étrangers de multiples protections en s'engageant à respecter un certain nombre d'obligations. Cependant, ce qui rend les questions fiscales spéciales, est la dépendance des Etats à leur fiscalité qui est leur principale source de revenu. Ainsi, il est clair que les Etats ne veulent pas renoncer à leur souveraineté fiscale lorsqu'ils s'engagent à un traité d'investissement mais au contraire, ils conservent suffisamment de pouvoirs réglementaires à cet égard. Néanmoins, conformément à ces traités, les parties signataires doivent être très prudentes dans l'édiction de leur législation fiscale. Toute mesure fiscale erratique, discriminatoire, mal fondée pourrait conduire à une violation de certaines obligations conventionnelles (II) ou encore une expropriation (I).

Section I - Les mesures fiscales constitutives d'une expropriation

Les traités d'investissement interdisent généralement l'expropriation, qui est la forme la plus extrême de l'ingérence étatique à l'encontre des investissements étrangers. Une expropriation peut être accomplie directement, sous ordre gouvernemental ou par l'utilisation de la force publique, ou indirectement, par des mesures gouvernementales qui ont un effet équivalent à une expropriation directe. Ces expropriations indirectes peuvent être produites par des mesures fiscales, comme par le biais d'autres mesures réglementaires. En pratique, plusieurs sentences rendues quant à des litiges concernant une expropriation causée par des mesures fiscales (I), ont permis de définir les caractères d'une telle expropriation (II).

I. Les litiges relatifs à une expropriation provoquée par une mesure fiscale

Si le tribunal ne rencontre aucune difficulté particulière pour caractériser une expropriation directe, l'identification d'une expropriation indirecte, notamment celle provoquée par des mesures fiscales, est moins évidente. La frontière entre une expropriation indirecte causée par des mesures fiscale et la

réglementation fiscale légale est imprécise. En tant qu'élément central de la souveraineté, le tribunal arbitral tend à protéger le pouvoir fiscal de l'Etat d'accueil. Ainsi, à l'exception de très rares cas (A), la plupart des sentences ont rejeté, lors de l'examen du fond, les demandes en indemnisation d'une « expropriation fiscale ». (B)

A. Les mesures fiscales conduisant à une expropriation indirecte

Bien que le tribunal reconnaisse généralement la légitimité de la mesure fiscale contestée, par deux sentences les arbitres ont conclu à une privation de la propriété privée.

La première affaire opposait la République du Burundi à des investisseurs belges¹³¹ (à savoir M. Goetz et autres). Par un décret-loi d'août 1992, le Burundi avait institué un régime de zone franche permettant à certaines entreprises établies au Burundi de bénéficier d'un ensemble d'exonérations fiscales et douanières. L'obtention du bénéfice de ce régime était subordonnée à l'octroi d'un agrément ministériel dénommé « certificat d'entreprise franche ».

La société AFFIMET, détenue principalement par les investisseurs belges, avait été constituée sous la loi burundaise en décembre 1992. Son objet principal était la production, l'affinage et la commercialisation de métaux précieux. Le 3 février 1993, le Ministre du commerce et de l'industrie délivra à l'AFFIMET un certificat d'entreprise franche. Sur la base de ce certificat, la société effectua des investissements conséquents en vue de la réalisation optimale de l'objet social.

Cependant, le 20 août 1993, le ministre informait l'AFFIMET que son certificat de zone franche avait été suspendu. Pourtant, par lettre du 10 janvier 1994, le Ministre prévenait la société AFFIMET que son certificat était rétabli avec tous ses effets. Mais suite à l'intervention du Premier ministre burundais et une étude plus approfondie par un consultant international, la société a été informée que, conformément à l'ordonnance ministérielle du 29 mai 1995, qui prévoyait que le régime ne s'appliquait plus aux sociétés impliquées dans l'extraction et la vente de minerais, son certificat avait finalement été retiré.

La société AFFIMET a donc soumis ce litige au CIRDI en demandant l'annulation de la décision du 29 mai 1995 de retrait du certificat de zone franche ou, si cela n'était pas possible, le versement de dommages-intérêts. S'appuyant sur les termes de l'article 4 du TBI conclu entre la Belgique et le

¹³¹ Affaire Antoine Goetz c/ République de Burundi, CIRDI (No. ARB/95/3), sentence rendue le 10 février 1999, ICSID Rev.—FILJ, 2000, p.457

Burundi, qui impose à chaque Etat partie de « ne prendre aucune mesure privative ou restrictive de propriété, ni aucune autre mesure ayant un effet similaire à l'égard des investissements sur son territoire», le tribunal arbitral a qualifié le retrait des avantages fiscaux par le Burundi d'expropriation indirecte, car il a privé de toute utilité les investissements réalisés et détourné les investisseurs des bénéfices qu'ils pouvaient attendre de leurs investissements. Le tribunal arbitral a donc soutenu les prétentions des investisseurs belges.

La deuxième sentence est plus ancienne, et opposait la société Revere Copper à une société d'assurance OPIC¹³². Ce litige résultait d'un accord de concession pour une durée de vingt-cinq années, conclu en 1967 par une filiale de la société Revere Copper avec le gouvernement de la Jamaïque. Une clause de stabilisation garantissant que les taxes et autres charges financières ne seraient pas modifiées pendant toute la durée de la concession, avait été acceptée par l'Etat. Sept ans après la conclusion de l'accord, un gouvernement nouvellement élu annonçait qu'il ne serait pas lié par les contrats de concession de mines d'aluminium existants et a émis une série de mesures qui privaient Revere de certaines de ses garanties d'investissement. De plus en violation de la clause de stabilisation fiscale, le gouvernement avait augmenté les taxes et redevances, se fondant sur des changements dans l'environnement économique qui justifieraient ces augmentations. Moins d'un an après la mise en œuvre de ces mesures, le revenu de Revere avait considérablement diminué, l'obligeant à fermer son usine.

La société Revere a ensuite cherché à obtenir une indemnisation de la part de l'entreprise OPIC, auprès de laquelle elle avait souscrit une assurance du risque politique, qui la couvrait contre toute action d'expropriation. Mais l'OPIC refusa la demande d'indemnisation et une procédure d'arbitrage fût déclenchée. Dans l'arbitrage qui suivit, le tribunal avait reconnu qu'une simple violation du contrat ne constituait pas une expropriation, mais conclut que dans ce cas, la dénonciation par le gouvernement de l'accord de stabilité fiscale avait directement empêché la société Revere d'exercer un contrôle effectif sur l'utilisation ou la disposition de ses biens. Ainsi, il a conclu qu'il s'agissait d'une expropriation au sens prévu par l'assurance.

L'affaire Revere Copper ne découlait pas d'un traité d'investissement et n'a pas été un exemple d'arbitrage investisseur-État. Néanmoins, comme dans l'affaire Goetz, sa conclusion sous-tend qu'un changement de fiscalité peut entraîner une expropriation indirecte. Cependant, d'autres sentences confrontées à la même hypothèse, semblent aller à l'encontre de ces deux décisions.

¹³² Affaire Revere Copper and Brass Incorporated c/ Overseas Private Investments Corporation (OPIC), AAA, sentence rendue le 24 août 1978, XVII LIM, 1978, p.1321

B. Les sentences refusant la qualification d'expropriation causée par des mesures fiscales

Il est relativement difficile pour les investisseurs étrangers de prouver que leur investissement a subi une véritable dépossession par l'Etat. Exception faite des deux sentences précitées, toutes les demandes en indemnisation d'investisseurs qui invoquaient une expropriation indirecte provoquée par des mesures fiscales, ont été rejetées.

La première affaire qui mérite d'être évoquée est celle de *Feldman c/ Mexique*¹³³. Cette affaire concernait un différend sur l'application de certaines lois fiscales par le Mexique à l'exportation de cigarettes par la CEMSA, une société constituée selon les lois du Mexique, mais détenue et contrôlée par M. Feldman, un citoyen des Etats-Unis. Dans ce litige, le demandeur alléguait qu'à travers l'action de son Ministère des Finances et du Crédit public, le refus du Mexique de rembourser les droits d'accise appliqués aux cigarettes exportées par la société CEMSA, et, le refus continu du Mexique à reconnaître le droit de la société CEMSA au remboursement de ces impôts sur les exportations potentielles de cigarettes, constituaient une violation des dispositions de l'ALENA, en particulier l'article 1110 relatif à l'expropriation et l'indemnisation. Cependant, le tribunal arbitral a refusé de constater une expropriation indirecte, car « l'investissement du demandeur, l'entreprise exportatrice CEMSA, [...] restait sous le contrôle complet du demandeur ».

Dans l'affaire *Encana c/ Equateur*¹³⁴, la question portait sur le droit du demandeur à des remboursements de TVA, auxquels il pensait avoir droit selon la loi équatorienne au moment où il avait investi, et sur le droit de l'Etat de rendre une décision interprétative qui excluait rétroactivement l'investisseur de tels remboursements. En fait, l'Etat équatorien avait opéré un changement dans l'interprétation de sa loi fiscale interne en 1997 et avant cette époque, la loi était interprétée en ce sens qu'aucune TVA n'était imputable en amont sur les importations. Face au refus du gouvernement hôte d'un tel remboursement, la société Encana avait saisi l'arbitrage en alléguant avoir été victime d'une expropriation indirecte et directe de son investissement. Mais le tribunal a rejeté la demande en réparation d'une expropriation indirecte au motif que, malgré le refus de remboursement de la TVA, l'entreprise avait continué à réaliser des profits. De plus, l'Etat avait fait preuve de bonne foi et les cours nationales indépendantes étant à la disposition des investisseurs,

¹³³ Affaire *Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) c/ les États-Unis du Mexique*, CIRDI (No. ARB (AF) / 99 /1), sentence rendue sur le fond le 16 décembre 2002,. VII ICSID Rep.,2005, p. 327 et p.341

¹³⁴ *Encana c/ Equateur*, op.cit.

l'Etat n'avait donc pas agi abusivement.

La sentence Encana a eu un écho dans l'affaire Link-trading c/ Moldavie¹³⁵. Cette affaire concernait un changement de régime fiscal d'une zone franche économique dans laquelle le demandeur avait implanté son entreprise. Le demandeur a allégué que, par suite de ces changements, ses clients n'étaient plus en mesure d'acheter ses marchandises, ce qui nuisait à son entreprise. Il avait allégué ainsi que la mesure fiscale en cause équivalait à une expropriation. En rejetant la demande, le tribunal arbitral a jugé qu'en soi, le changement normal du droit fiscal, même désavantageux pour les investisseurs étrangers, ne constituait pas une expropriation indirecte.

En fait, dans la plupart des litiges concernant un changement de législation fiscale, les demandeurs invoquent une expropriation indirecte causée par de nouvelles mesures fiscales, tel que dans les affaires OEPC c/ Equateur¹³⁶ ou Archer Daniels c/ Mexique¹³⁷. Cependant, à l'instar des trois sentences citées ci-dessus, de telles demandes sont généralement rejetées par le tribunal arbitral. Les investisseurs qui souhaitent contester les mesures fiscales de l'Etat d'accueil rencontrent donc des difficultés pour atteindre le seuil élevé de la qualification d'expropriation.

II. La caractérisation d'une expropriation indirecte provoquée par une mesure fiscale

Les sentences précitées révèlent que le tribunal arbitral accorde aux États une très large marge d'appréciation en ce qui concerne l'adoption de mesures fiscales. En consacrant la souveraineté fiscale de l'Etat d'accueil, ces sentences ont aussi clarifié les critères caractéristiques d'une expropriation indirecte causée par des mesures fiscales étatiques. Confronté à un litige relatif à une potentielle expropriation, le tribunal arbitral doit tout d'abord apprécier si l'impact économique de la modification du droit fiscal s'approche de celui d'une expropriation directe (A) ; et ensuite si la nature des mesures fiscales peut justifier celles-ci, alors même qu'elles porteraient atteinte aux investissements étrangers (B).

¹³⁵ Affaire Link-trading c/ Moldavie, op.cit.

¹³⁶ Affaire OEPC c/ Equateur, op.cit.

¹³⁷ Affaire Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c/Les Etats-Unis du Mexique, CIRDI (No. ARB (AF)/04/5), sentence rendue 21 novembre 2007.

http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC782_En&caSelId=C43, dernière consultation le 5 janvier 2013

A. Effet économique des mesures fiscales sur les investissements étrangers

Les tribunaux arbitraux ont souvent refusé de qualifier d'expropriation une mesure fiscale, si elle n'avait pas eu essentiellement pour effet de priver de la totalité ou de la plus grande partie de la valeur économique de l'investissement. Il est généralement admis que l'atteinte doit être importante pour constituer une expropriation, c'est-à-dire priver l'investisseur étranger de ses droits de propriété fondamentaux ou gêner durablement l'investissement. Par exemple, pour justifier la qualification de la mesure fiscale jamaïcaine d'expropriation, le tribunal arbitral a considéré que «la dénonciation par le gouvernement jamaïcain de ses engagements à long terme vis-à-vis de RJA (filiale de Revere Copper) a en substance le même effet sur le control effectif de l'utilisation et de l'exploitation des biens que si ceux-ci avaient été concédés par un accord de concession qui aurait été dénoncé.... ». Face à l'opposition de l'entreprise d'assurances (OPIC), qui avait supposé que la filiale RJA détenait toujours son investissement en totalité et qu'elle pouvait donc continuer de fonctionner comme avant, le Tribunal a répondu: « tel est peut-être le cas mais [...] nous ne considérons plus comme effectif le contrôle exercé par RJA sur l'utilisation et l'exploitation de ses biens du fait que l'action gouvernementale ait détruit ses droits contractuels »¹³⁸.

De même, dans l'autre sentence Goetz, où la mesure fiscale étatique avait été reconnue expropriatrice, selon le tribunal, « dès lors que,[...], la révocation du certificat d'entreprise franche les a contraint à arrêter toute activité [...], ce qui a privé de toute utilité les investissements réalisés et détourné les investisseurs requérants du bénéfice qu'ils pouvaient attendre de leurs investissements, la mesure litigieuse peut être regardée comme "une mesure ayant un effet similaire" à une mesure privative ou restrictive de propriété au sens de l'article 4 de la Convention d'investissement. »¹³⁹

Ainsi, une mesure fiscale de l'Etat d'accueil peut constituer une expropriation lorsqu'elle réduit considérablement les droits économiques de l'investisseur, tel que la propriété ou le contrôle de son investissement. Cependant, une simple réduction des actifs ne constitue pas une expropriation.

Dans le cadre de l'ALENA, le Tribunal a énoncé, dans l'affaire Feldman c/ Mexique, que « l'action réglementaire n'avait pas privé le requérant du contrôle de sa société, gêné directement les opérations internes de la société ou évincé le requérant de sa place d'actionnaire majoritaire. Le requérant est libre de poursuivre d'autres activités commerciales, telles que l'exportation des boissons alcoolisées, de matériels de photographie [...]. Il a, certes, été

¹³⁸ Revere copper c/ OPIC, op.cit. para 53, p.1348

¹³⁹ Goetz c Burundi, op.cit., para 124

effectivement empêché d'exporter des cigarettes [...], mais cela n'équivaut pas à une privation du contrôle de sa société »¹⁴⁰.

Similairement, dans l'affaire OEPC c/ Equateur, en refusant de caractériser une expropriation indirecte, le tribunal avait tout d'abord jugé que le non-remboursement de la TVA n'affectait pas une partie substantielle de l'investissement du demandeur¹⁴¹. Ensuite, il a conclu que la mesure contestée ne pouvait pas être considérée comme une expropriation, car elle n'avait ni privé le demandeur des avantages économiques raisonnablement attendus ou de l'utilisation de son investissement, ni affecté une partie significative de l'investissement du demandeur¹⁴².

Plus tard, dans l'affaire Archer Daniels C/ Mexique, le tribunal a déclaré que le critère le plus important utilisé par les tribunaux internationaux dans la caractérisation d'une expropriation indirecte « était de savoir si la mesure gouvernementale portait atteinte aux droits de propriété à un point que ces droits en étaient devenus tellement inefficaces qu'ils devaient être réputés comme ayant été expropriés »¹⁴³. En se fondant sur ce critère et sur les faits de l'espèce, le Tribunal a conclu que la mesure fiscale contestée n'avait pas privé les demandeurs du droit fondamental de propriété ou de gestion de leur investissement.

Ainsi, en général, il y a expropriation lorsque l'investisseur a été manifestement et totalement privé de la propriété de son investissement. Cependant, bien que l'impact économique soit le critère le plus important pour caractériser une expropriation indirecte par des mesures fiscales, l'objet et le contexte d'une telle mesure peuvent aussi entrer en ligne de compte dans l'analyse des expropriations.

B Les conditions de légalité d'une expropriation indirecte

La plupart des traités d'investissement obligent les États parties à ne pas exproprier illicitement de leur investissement les investisseurs de l'autre Etat partie ou prendre des mesures qui ont un effet similaire, sauf à des fins publiques, sur une base non discriminatoire, conformément à une procédure régulière et contre le versement d'une indemnité.

Dans le cadre de l'ALENA, le chapitre 11 autorise une expropriation justifiée par un intérêt public et appliquée sur une base non discriminatoire. Ainsi, dans

¹⁴⁰ Feldman c/ Mexique, op.cit., para. 152

¹⁴¹ OEPC c/ Equateur, op.cit. para. 86

¹⁴² OEPC c/ Equateur, op.cit. para. 89

¹⁴³ Christie G.C., "What Constitutes a Taking of Property under International Law," British rB. Int'lL. 307 (1962), atp. 311], cité dans Archers Daniels c/ Mexique, op.cit. para, 241

l'affaire *Feldman c/ Mexique*, le tribunal de l'ALENA a souligné que « les gouvernements doivent pouvoir agir librement dans l'intérêt public à travers [...] de nouveaux régimes fiscaux, l'octroi ou le retrait de subventions gouvernementales, les réductions ou les augmentations des niveaux tarifaires, [...] ». ¹⁴⁴ Pour justifier la mesure fiscale en l'espèce, il a indiqué que « dans l'exercice de leur pouvoir de réglementation, les gouvernements modifient fréquemment leurs lois et règlements pour répondre à l'évolution de la situation économique ou des considérations politiques, économiques ou sociales. Ces réorientations peuvent fort bien rendre certaines activités moins rentables ou même ôter toute justification économique à leur poursuite » ¹⁴⁵. En conséquence, le tribunal a estimé que la mesure fiscale prise par le Mexique ne constituait pas une expropriation indirecte.

De ce fait, l'exercice légitime du pouvoir de réglementation fiscale, en réponse à un intérêt public, n'équivaut pas à une expropriation, même si elle a affecté économiquement certaines activités des investisseurs. De plus, la spécificité de la fiscalité a été aussi prise en compte par le tribunal arbitral. Dans l'affaire *Encana c/ Equateur*, selon le tribunal, en principe, « une loi fiscale ne peut pas être considérée comme une expropriation en soi; si elle l'était, une prérogative étatique universelle serait niée par une garantie contre les expropriations » ¹⁴⁶. Il a observé que « si une loi fiscale est extraordinaire, punitive dans le montant, ou arbitraire dans son incidence, la question de l'expropriation indirecte serait soulevée » ¹⁴⁷. Ainsi, selon ce tribunal, les changements de lois fiscales de l'Etat d'accueil sont un risque commercial normal, qui doit être prévu et pris en charge par tous les investisseurs étrangers, à moins que le gouvernement se soit engagé spécifiquement auprès des investisseurs étrangers, ou si la taxe est punitive.

En conséquence, il n'y a aucun doute que l'évolution des réglementations fiscales, et même l'augmentation de l'imposition, sont, en principe, un exercice légitime de la souveraineté fiscale. Une mesure fiscale qui rend un investissement non rentable n'est pas nécessairement une expropriation, mais peut simplement refléter les risques commerciaux et réglementaires des investissements. La caractérisation d'une mesure fiscale expropriatrice nécessite donc une distinction entre ces risques généraux et une privation économiquement grave de l'investissement, tel que la violation d'un engagement de stabilisation fiscale, l'application arbitraire et discriminatoire envers l'investisseur étranger ou la violation des attentes légitimes manifestement identifiables. Ces critères peuvent être utilisés pour distinguer

¹⁴⁴ *Feldman c/ Mexique*, op. cit. para 103, ,

« governments must be free to act in the broader public interest through protection of the environment, new or modified tax regimes, the granting or withdrawal of government subsidies, reductions or increases in tariff levels [...] ». »

¹⁴⁵ *Feldman c/ Mexique*, op.cit. para. 112

¹⁴⁶ *Encana c/ Equateur*, op.cit., para 177

¹⁴⁷ *Encana c/ Equateur*, op.cit., para173

les effets normaux d'un changement de régime fiscal, des effets extraordinaires qui constitue un abus du pouvoir de taxation.

Cependant, bien que le changement de législation fiscale de bonne foi, même désavantageux pour les investisseurs étrangers, ne constitue pas une expropriation, il peut tout de même violer certaines obligations spécialement consenties par les Etats d'accueil à travers des traités internationaux d'investissement.

Section II - Les mesures fiscales contrevenant aux autres obligations de l'Etat d'accueil

Toute aggravation fiscale n'entraîne pas une expropriation mais cause certainement un dommage économique à l'investisseur. Si trente ans avant, l'investisseur ne disposait pas d'autres moyens que la clause de stabilisation pour se défendre face à une telle mesure fiscale non expropriatrice, le développement des traités d'investissement, surtout bilatéraux et régionaux, rend leur recours plus efficace. Certains Etats s'engagent spécialement à offrir aux investisseurs étrangers un traitement national en matière fiscale, une aggravation fiscale ne pouvant ainsi viser les seuls étrangers (I). Cependant, un tel traitement n'est pas assuré par tous les Etats, certains TBI excluent son application en matière fiscale, de plus, le traitement prévu par l'Etat à ses propres ressortissants peut être défavorable; ainsi, un standard autonome, à savoir le traitement juste et équitable, se développe pour protéger les investisseurs étrangers (II).

I. Les mesures fiscales violant l'obligation de traitement national

Le traitement national interdit un traitement moins favorable à un investisseur étranger qui se trouve dans des circonstances ou des situations analogues à un acteur national. Ce traitement ancien et classique ne s'applique pas en matière fiscale dans tous les traités d'investissements¹⁴⁸, c'est surtout dans le cadre de l'ALENA ou selon le modèle du TBI américain que ce traitement s'étend au régime fiscal. Il est nécessaire d'examiner la question des «circonstances analogues» (A) avant celle du «traitement non moins favorable» (B), car si les circonstances ne sont pas similaires, aucune obligation n'impose à l'Etat défendeur d'accorder aux investissements des demandeurs le meilleur traitement accordé aux investissements domestiques.

¹⁴⁸ Par exemple, la clause de TN ne s'applique pas aux questions fiscales selon le modèle du TBI français.

A. Identification des circonstances analogues

Il est clair que l'application du traitement national implique une comparaison, et toutes les «circonstances» dans lesquelles le traitement a été accordé doivent être prises en compte afin d'identifier les opérateurs comparables. Cependant, la délimitation du champ d'activités des investisseurs nationaux à comparer soulève des difficultés. La plupart des sentences soutiennent que deux ou plusieurs investisseurs ou leurs investissements sont dans des circonstances analogues s'ils opèrent et sont en compétition dans le même secteur.

Dans l'affaire *Feldman c/ Mexique*, le tribunal a déterminé que le demandeur était dans des circonstances analogues avec des revendeurs de cigarettes mexicains, mais pas par rapport aux producteurs de cigarettes mexicains, bien que tous étaient des concurrents potentiels dans le secteur d'exportation des cigarettes. Selon le tribunal, « *la sphère des entreprises qui sont dans des circonstances analogues sont des entreprises détenues par des investisseurs étrangers et nationaux qui interviennent dans le même domaine de revente / exportation de cigarettes. [...] Les autres entreprises mexicaines qui peuvent également exporter des cigarettes, comme les producteurs de cigarettes mexicains, ne sont pas dans des circonstances analogues* »¹⁴⁹

Cette explication a été reprise par le tribunal de *Archer Daniels c/ Mexique*, il a confirmé que l'objectif de l'article 1102 de l'ALENA est de s'assurer qu'une mesure nationale ne bouleversait pas les rapports de concurrence entre les investisseurs nationaux et étrangers, ainsi a-t-il jugé que l'entreprise ALMEX, possédée par le demandeur et l'industrie sucrière mexicaine sont dans des circonstances analogues, car les deux faisaient partie du même secteur, en concurrence dans la fourniture des édulcorants pour les boissons sans alcool et les aliments transformés¹⁵⁰.

Cependant, cette détermination n'a pas été acceptée par tous les tribunaux arbitraux. En vue de protéger les investisseurs étrangers, certains tribunaux préfèrent une interprétation plus large de ce terme. Dans l'affaire *OEPC c/ Equateur*, l'entreprise OEPC a allégué que le retrait du remboursement de la TVA par le gouvernement équatorien violait le traitement national, car ces remboursements ont été réalisés au profit des entreprises locales d'exportation de produits non pétroliers, tels que des fleurs, des produits miniers ou des fruits de mer¹⁵¹. En réponse, l'Equateur arguait que la qualification de « situations analogues » selon la clause de traitement national

¹⁴⁹ *Feldman c/ Mexique*, op.cit., para.171

¹⁵⁰ *Archer Daniel c/ Mexique*, op.cit., para.201

¹⁵¹ *OEPC c/ Equateur*, op.cit.

limitait son application aux entreprises concurrentes dans le même secteur économique. Il a donc nié toute violation du traitement national, invoquant que la société *Petroecuador* - en tant que concurrent de l'Occidental dans l'exportation de pétrole – s'est également vue refuser le remboursement de la TVA.

Le tribunal a pris la partie de l'OEPC et a retenu une interprétation extrêmement extensive du terme de "situation analogue" sur une base téléologique :

*« En fait, "dans des situations analogues" ne peut pas être interprété dans le sens strict proposé par l'Equateur car l'objectif du traitement national est de protéger les investisseurs par rapport aux producteurs locaux, et cela ne peut se faire en s'adressant exclusivement au secteur dans lequel l'activité donnée est effectuée »*¹⁵²

Il ne fait aucun doute que, comme toutes les autres normes d'un traité d'investissement, le traitement national s'interprète dans un sens large de protection des investisseurs étrangers. Cependant, une volonté très générale de «protection» ne peut donner aucune indication sur la vraie raison pour laquelle la concurrence est ou n'est pas un facteur pertinent pour vérifier une violation éventuelle du traitement national.

Pour justifier son interprétation large, le tribunal a aussi comparé les termes de « circonstances analogues » avec ceux de « produits analogues » selon le régime du traitement national dans le cadre de l'OMC. En effet, dans le contexte de l'OMC, il a été jugé que cette notion doit être interprétée de façon restrictive et que les produits analogues sont des produits directement concurrents ou substituables. Cependant, le tribunal a trouvé cette interprétation non pertinente pour la question traitée dans ce cas :

« En fait, le but du traitement national dans le présent différend est contraire à celui du GATT / OMC, puisqu'il est d'éviter aux exportateurs d'être placés dans une position désavantageuse sur les marchés étrangers en raison de taxes indirectes payées dans le pays d'origine, alors que dans l'OMC, l'objectif est d'éviter aux produits importés d'être affectés par une distorsion de concurrence avec les produits nationaux similaires en raison de taxes et d'autres règlements dans le pays de destination ».

Malgré des solutions controversées, la jurisprudence indique tout de même l'ordre dans lequel le tribunal doit procéder à l'examen de l'application de la clause du traitement national. Il commence par rechercher s'il existe des investisseurs nationaux dans le même secteur, mais l'absence de concurrents nationaux n'est pas conclusive, des investisseurs étrangers et nationaux de secteurs différents peuvent connaître des circonstances analogues. Si les investisseurs étrangers et nationaux sont dans une situation analogue, le tribunal doit alors déterminer si la mesure fiscale en cause est plus favorable

¹⁵² OEPC c/ Equateur, op.cit., para. 173

aux investisseurs nationaux qu'étrangers.

B. Détermination de l'effet discriminatoire des mesures fiscales

Le traitement national interdit toute discrimination fondée sur la nationalité de l'investisseur étranger. C'est-à-dire que le régime fiscal accordé à l'investisseur étranger doit être au moins aussi favorable que celui accordé aux investisseurs nationaux dans des circonstances analogues. Ainsi, le contrôle d'une violation éventuelle de ce standard doit porter sur l'effet particulier que la mesure fiscale produit.

Il est clair que le principe du traitement national a pour objet d'empêcher toute discrimination fondée sur la nationalité. Cependant, ce principe n'exige pas expressément que la différence de traitement soit motivée par la nationalité de l'investisseur ou de l'investissement. Dans l'affaire *Feldman c/ Mexique*, le tribunal a considéré qu' :

*« Il n'est pas évident, que tout départ du traitement national doit être explicitement interprété comme un résultat de la nationalité de l'investisseur. Il n'en ressort pas ainsi de l'article 1102. Au contraire, l'article 1102, en ses termes, suggère qu'il suffit de montrer un traitement moins favorable pour l'investisseur étranger que pour les investisseurs nationaux dans des circonstances analogues. En l'espèce, il a été prouvé qu'il y a un seul citoyen / investisseur américain, le demandeur, qui allègue d'une violation du traitement national en vertu de l'article 1102 de l'ALENA, et au moins un investisseur national (M. Poblano) qui a été traité plus favorablement. Pour des raisons pratiques et juridiques, le Tribunal est prêt à supposer que la différence de traitement est le résultat de la nationalité du demandeur, du moins en l'absence de toute preuve contraire »*¹⁵³

Il est remarquable que le tribunal ait présumé l'élément subjectif. En d'autres termes, la volonté explicite de l'Etat n'est pas nécessaire. En effet, le tribunal a considéré ensuite qu' :

« En outre, comme le défendeur soutient, si la motivation des actions d'un gouvernement ne devrait pas être examinée, il n'y a effectivement aucun moyen pour le demandeur ou le Tribunal de conclure que l'acte discriminatoire du gouvernement est le résultat de la nationalité du demandeur, en l'absence de preuves crédibles de la part du défendeur d'une motivation différente. Si les violations de l'article 1102 étaient limitées à celles constituant une discrimination explicite (probablement de jure) contre les étrangers, par exemple, à travers une loi qui traiterait les investisseurs étrangers et les investisseurs nationaux différemment, ce serait fortement limiter l'efficacité du principe de traitement national en matière de protection des investisseurs

¹⁵³ Feldman c/ Mexique, op.cit., para.181

étrangers. »¹⁵⁴

De ce fait, l'intention est importante, mais l'intention protectionniste n'est pas nécessairement déterminante. Ainsi, le tribunal de Archers Daniels c/ Mexique a affirmé qu' « *afin de déterminer si la taxe offrait un traitement moins favorable aux requérants, les tribunaux précédents ont davantage pris en compte les effets néfastes de la mesure sur les investisseurs concernés et leurs investissements, que l'intention de l'Etat défendeur* ». ¹⁵⁵

Dans l'affaire OPEC c/ Equateur, le tribunal a considéré qu'une discrimination pouvait être caractérisée même sans intention discriminatoire de l'Etat d'accueil :

« *Dans le présent différend le fait est que OEPC a reçu un traitement moins favorable que celui accordé aux entreprises nationales. Le Tribunal est convaincu que cela n'a pas été fait avec l'intention de discriminer les entreprises étrangères. [...] Toutefois, le résultat de la politique adoptée et l'interprétation suivie par le SRI était, de fait, un traitement moins favorable de l'OEPC* » ¹⁵⁶

Ainsi, si le régime fiscal offert aux investisseurs étrangers est moins favorable que celui offert aux investisseurs nationaux dans des circonstances analogues, est donc établie *de facto* une discrimination en violation de l'obligation de traitement national.

En conséquence, la clause de traitement national est un moyen efficace pour protéger les investisseurs étrangers contre des mesures fiscales arbitraires et discriminatoires, notamment protectionnistes, adoptées par les Etats d'accueil. Cependant, cette protection connaît certaines limites. Tout d'abord, l'application du traitement national ne s'étend pas au domaine fiscal pour de nombreux traités d'investissement. En outre, il est possible qu'une mesure fiscale soit arbitraire mais non discriminatoire, les investisseurs nationaux étant tout autant affectés par une telle mesure. Un nouveau standard, le traitement juste et équitable, largement appliqué à la matière fiscale, a donc pour effet de combler ces lacunes.

II. Les mesures fiscales violant l'obligation de traitement juste et équitable

Le traitement juste et équitable est un principe fondamental en droit des investissements. Visant à assurer la protection de l'investissement étranger,

¹⁵⁴ Feldman c/ Mexique, op.cit., para.18

¹⁵⁵ Archers daniels c/ Mexique, op.cit.para 209

¹⁵⁶ OEPC c/ Equauer, op.cit.para. 177

ce standard a été inséré dans presque tous les traités d'investissement et s'applique souvent en matière fiscale. Ainsi, une mesure fiscale arbitraire ou injuste peut engager la responsabilité de l'Etat d'accueil pour la violation de ce standard. Certaines sentences ont ainsi été rendues en cette matière (A). Cependant, l'interprétation de ce traitement peut être différente selon le contexte, il convient ainsi de déterminer son contenu au travers de la jurisprudence. (B)

A. Exemples de litiges fiscaux relatifs à l'obligation de traitement juste et équitable

Bien que le traitement juste et équitable soit inséré dans tous les TBI, certains interdisent son application en matière fiscale. Par exemple, dans le TBI Canada – Equateur, l'exclusion des mesures fiscales s'étend à toutes les normes de traitement, à part celle concernant une expropriation. Ainsi, dans l'affaire *Encana c/ Equateur*¹⁵⁷, bien que l'entreprise canadienne *Encana* ait allégué une violation du traitement juste et équitable de l'Equateur par ses mesures fiscales, le tribunal arbitral a finalement décidé qu'il n'avait pas compétence pour statuer sur cette demande car le traitement juste et équitable ne s'appliquait pas aux mesures fiscales en vertu du TBI.

Cependant, dans une affaire similaire, la même demande a été acceptée conformément au TBI américano-équatorien. Cette affaire opposait la société américaine Occidental Exploration and Production Company (OEPC) à l'Etat équatorien¹⁵⁸. En 1999, la société OEPC avait conclu un contrat de participation avec Petroecuador, une société publique équatorienne, pour l'exploration et la production pétrolières en Equateur. La société OPEC avait droit au remboursement de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) qu'elle payait sur les achats nécessaires à ses activités d'exploration et de production.

Cependant, en 2001, l'autorité fiscale équatorienne -à savoir le *Servicio de Rentas Internas* (SRI)- a décidé que le remboursement de la TVA avait déjà été pris en compte dans la formule de participation aux termes du contrat avec Petroecuador. Ainsi, il a dénié à la société OEPC, et à d'autres sociétés du secteur pétrolier, le droit au remboursement. De plus, le SRI a demandé aux sociétés pétrolières de reverser des sommes qui avaient été précédemment remboursées par le gouvernement.

Ce changement du régime fiscal avait donné lieu à d'importants contentieux portés par les compagnies pétrolières étrangères (y compris la compagnie OEPC) devant les tribunaux équatoriens, ainsi qu'au moins deux arbitrages

¹⁵⁷ *Encana c/ Equateur*, op.cit.

¹⁵⁸ *OEPC c/ Equateur*, op.cit

internationaux – celui de la société américaine OEPC et de la société canadienne Encana. La société OEPC a considéré que les mesures fiscales adoptées par le SRI contrevenaient au Traité bilatéral d'investissement conclu entre les Etats- Unis et l'Equateur. Ainsi, en octobre 2002, elle a engagé une procédure d'arbitrage international aux termes des Règles d'arbitrage de la CNUDICI.

Le tribunal a jugé que l'OEPC n'avait pas reçu un traitement juste et équitable en vertu du traité, nonobstant le fait que l'autorité fiscale équatorienne ait agi de bonne foi à l'égard de l'admissibilité à des remboursements de TVA. En effet, le tribunal a considéré que l'environnement juridique et commercial, auquel était confrontée l'entreprise, était vague et instable, car le droit fiscal avait été modifié sans aucune précision.

Récemment, une autre sentence a été rendue sur l'application du traitement juste et équitable aux mesures fiscales. En 2008, trois demandeurs russes avaient engagé une procédure d'arbitrage CNUDI pour obtenir la résolution de leur litige avec la Mongolie¹⁵⁹, alléguant de violations multiples du traité bilatéral d'investissement conclu entre la Russie et la Mongolie. Les violations invoquées résultaient du traitement subi par leur société minière d'or, le GEM. Cette société GEM, établie sous la loi mongole et détenue par les investisseurs russes, opérait dans le secteur des mines d'or en Mongolie depuis 1997, et était la deuxième plus grande société dans ce domaine.

En mai 2006, la Mongolie a introduit un impôt sur les bénéfices exceptionnels (WPT) des ventes d'or à un prix supérieur à 500 USD l'once, le montant dépassant serait donc imposé au taux de 68%. Au même moment, l'autorité fiscale mongole a fait un certain nombre de réclamations contre la société GEM afin d'obtenir le paiement des arriérés d'impôts résultant de l'application du WPT. A défaut d'avoir satisfait ces demandes, les actifs et les comptes bancaires de la société GEM ont été saisis par les autorités fiscales en décembre 2008.

Les demandeurs ont affirmé que cette mesure fiscale avait entraîné des pertes considérables pour leur entreprise en Mongolie et avait ainsi violé la garantie du traitement juste et équitable prévu dans le TBI. Cependant, le tribunal a jugé que l'impôt sur des bénéfices exceptionnels mis en place par la Mongolie était compatible avec la norme du traitement juste et équitable établi par le TBI, en considérant que ce changement du régime fiscal était une exécution normale du pouvoir fiscal de l'Etat.

¹⁵⁹ Affaire Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company c/. Mongolie, arbitrage sous règle de la CNUDICI, sentence rendu le 28 avril, 2011 <http://italaw.com/documents/PaushokAward.pdf>, dernière consultation 05 janvier 2013

Ces deux sentences rendues, bien qu'ayant des résultats différents, ont interprété la portée du traitement juste et équitable en matière fiscale. Il est donc nécessaire d'étudier les conséquences et le contenu de ce traitement.

B. L'interprétation jurisprudentielle du traitement juste et équitable en matière fiscale

Bien que le contenu du traitement juste et équitable soit encore flou et incertain, la jurisprudence a contribué à identifier ses éléments, qui se décomposent surtout entre l'obligation de transparence, l'absence de déni de justice et l'obligation de protéger les attentes légitimes de l'investisseur.

Dans l'affaire OEPC c/ Equateur, le tribunal a estimé qu'un changement du régime fiscal non transparent et imprécis constituait une violation de ce standard. En se référant au préambule du TBI américano-équatorien, le tribunal a énoncé que :

*« Bien que le traitement juste et équitable ne soit pas défini dans le traité, son préambule consigne clairement l'accord entre les parties qu'un tel traitement est souhaitable pour maintenir la stabilité des conditions d'investissement et maximiser l'utilisation efficace des ressources économiques. La stabilité des conditions juridiques et commerciales est donc un élément essentiel du traitement juste et équitable »*¹⁶⁰.

Par la suite, le tribunal note que *« la loi fiscale a été modifiée sans apporter de clarté quant à son sens et son champ d'application, et tant la pratique que la réglementation n'ont pas été cohérentes avec ces modifications »*¹⁶¹. Le tribunal a ensuite invoqué les sentences des affaires *Metalclad*¹⁶² et *TECMED*¹⁶³, dans lesquelles la violation du traitement juste et équitable avait été établie car les gouvernements avaient agi de façon incohérente, non transparente et imprévisible.

Enfin, le tribunal a conclu que l'obligation du traitement juste et équitable n'a pas été respectée par l'Equateur. En outre, le fait que l'autorité fiscale équatorienne ait agi de bonne foi ne peut pas l'exempter de cette violation, car *« il s'agit là d'une obligation objective qui ne dépend pas de la question de savoir si le contrevenant a agi ou non de bonne foi »*¹⁶⁴.

Si le tribunal dans l'affaire OEPC n'a interprété qu'un élément du traitement

¹⁶⁰ OEPC c/ Equateur, op.cit. para.183

¹⁶¹ OEPC c/ Equateur, op.cit. para.184

¹⁶² Metalclad Corp c/ Mexique, CIRDI (NoARB(AF)/97/1), sentence rendu le 30 aout 2000, *ICSID Rep.* 2002, p.212,para.99

¹⁶³ Tecnicas Medioambientales Teemed S. A. c/ Mexique, sentence le 29 mai 2003, *ILM*, vol.43, 2004, p p.133, para. 154.

¹⁶⁴ OEPC c/ Equateur, op.cit. para.186

juste et équitable, le tribunal saisi de l'affaire *Paushok c/. Mongolie* a davantage analysé ce traitement. Il a tout d'abord retenu un sens large du traitement juste et équitable, comprenant « les exigences de transparence, de bonne foi, d'une conduite ni arbitraire, ni manifestement inéquitable, ni injuste, ni idiosyncrasique, ni discriminatoire ou en manquement à une procédure régulière, et le respect des attentes raisonnables et légitimes des investisseurs »¹⁶⁵

Concernant l'exigence de transparence, les demandeurs ont affirmé que l'adoption de la taxe en une semaine et sans aucune consultation de l'industrie affectée n'était pas une action transparente. Cependant, le Tribunal a rejeté ce moyen et a jugé qu'il n'y avait aucune obligation en vertu du droit local applicable à mener de telles consultations ou de consacrer un temps supérieur à l'adoption de la loi¹⁶⁶. En se référant à la pratique de nombreux autres Etats où certaines lois sont adoptées avec célérité et sans grand débat, le tribunal a aussi conclu qu'il était normal que la législation soit adoptée rapidement, en particulier dans le contexte de la récente crise économique mondiale.

Les investisseurs russes ont aussi invoqué qu'ils avaient pour attente légitime que l'impôt n'augmenterait pas. Cependant, le tribunal a conclu que les demandeurs n'avaient pas réussi à prouver une telle attente légitime. A la différence du tribunal saisi de l'affaire OEPIC, le tribunal a remarqué en l'espèce qu'il n'était pas rare pour les États, en particulier dans les premiers stades de développement économique, d'augmenter le taux d'imposition. La sentence souligne également qu'aucun accord de stabilisation fiscale n'avait été conclu entre les investisseurs et la Mongolie. Par ailleurs, en commentant l'exigence de prévisibilité, le tribunal a déclaré qu'« *un investisseur, sans un accord qui limite ou interdit la possibilité de hausses d'impôts, ne doit pas être surpris d'être frappé par des augmentations d'impôt dans les années subséquentes et un tel événement ne pourrait être considéré comme" imprévisible* »¹⁶⁷

En conséquence, une mesure fiscale discriminatoire, arbitraire ou injuste peut constituer une violation des normes des traités d'investissements. Bien que le traitement juste et équitable ait un large contenu, il reste flou et incertain. Cependant, le traitement national, lorsqu'il s'applique en matière fiscale, est plus concret et efficace pour protéger les investisseurs étrangers contre une mesure fiscale protectionniste. Mais ainsi, le défaut de cette norme est que son champ d'application demeure relativement étroit. Il faut aussi noter que

¹⁶⁵ *Paushok c/. Mongolie*, op.cit. para.253.

« principles to be applied: transparency, good faith, conduct that cannot be arbitrary, grossly unfair, unjust, idiosyncratic, discriminatory, lacking in due process or procedural propriety and respect of the investor's reasonable and legitimate expectations. »

¹⁶⁶ *Paushok c/. Mongolie*, op.cit. para.304

¹⁶⁷ *Paushok c/. Mongolie*, op.cit. para.305

certaines mesures fiscales, bien qu'elles puissent affecter les investissements étrangers, peuvent être justifiées d'après le tribunal arbitral. Les tribunaux arbitraux reconnaissent ainsi aux Etats d'accueil un large pouvoir législatif en matière fiscale.

Conclusion

Les litiges concernant la fiscalité ont été traditionnellement résolus devant les juridictions nationales de l'État souverain qui a perçu l'impôt. En droit français, bien qu'un litige civil ou commercial ayant une incidence fiscale soit arbitral, l'ordre public s'oppose à l'arbitrage d'un litige purement fiscal entre un contribuable et l'autorité fiscale. Cependant, aux Etats-Unis, un tel litige fiscal interne peut être tranché par un arbitre. Malgré la pratique américaine, le recours à l'arbitrage fiscal reste une procédure exceptionnelle dans le reste du monde, potentiellement concurrencée par d'autres modes de résolution alternatifs des litiges. En France, on note en effet que plus de 90% des litiges opposant le contribuable à l'administration fiscale trouvent une solution non juridictionnelle¹⁶⁸, soit parce que le contribuable a accepté les rappels d'impôts, soit parce qu'une issue non contentieuse a permis de résoudre le différend.

Si un litige fiscal n'est, par principe, pas arbitral en droit interne, cela ne vaut pas en matière de droit des investissements international. Il est courant que les Etats en développement offrent des avantages fiscaux pour attirer les investissements étrangers. Cependant, il est inquiétant pour ces investisseurs étrangers que tous litiges découlant de ces avantages fiscaux doivent être tranchés par une juridiction étatique, car celle-ci pourrait dépendre du gouvernement hôte, la procédure est ainsi potentiellement inéquitable. L'arbitrage international se révèle donc être une mode de règlement des différends approprié pour cette matière.

De ce fait, traditionnellement, les investisseurs étrangers exigent souvent l'insertion d'une clause compromissoire dans leur contrat d'investissement conclu avec l'Etat. Toutefois, afin qu'un éventuel tribunal arbitral puisse trancher un litige fiscal entre un investisseur étranger et son Etat d'accueil, la clause compromissoire doit couvrir le domaine fiscal.

De plus, les investisseurs étrangers cherchent souvent à inclure des clauses de stabilisation fiscale dans les contrats d'investissement à long terme conclus avec les Etats d'accueil, en particulier dans les marchés émergents. Ce type

¹⁶⁸ S. LAMBERT-WIBER, « Les modes alternatifs au règlement des litiges fiscaux », LPA 22 mai 2007 n° 102

de clause a pour effet de protéger les investisseurs étrangers contre un changement de législation fiscale de l'Etat d'accueil

Cependant, avec le développement du droit des investissements, la clause compromissoire et la clause de stabilisation fiscale sont de moins en moins exigées. Les traités d'investissement, toutefois, peuvent permettre aux investisseurs étrangers de demander réparation par la voie de l'arbitrage international contre les mesures fiscales de l'État d'accueil, dès lors qu'elles sont expropriatrices, discriminatoires ou violent certains standards minimums d'équité.

L'histoire des TBI a commencé en 1959 lorsque le Pakistan et l'Allemagne ont signé le premier accord de ce genre, et d'autres pays ont par la suite suivi avec des pactes semblables. Toutefois, ce sont ces deux dernières décennies qui ont vu la formidable croissance du nombre de TBI entre les États. Il y avait environ 385 TBI en 1989, cependant une décennie plus tard, en 1999, leur nombre était passé à 1857. Depuis les années 1980, il a émergé un réseau mondial des traités d'investissement comprenant non seulement des accords multilatéraux de libre-échange, comme l'Accord nord-américain de libre-échange (ALENA), mais aussi de nombreux traités bilatéraux d'investissement (TBI) conclus à ce jour entre une grande variété d'Etats. A la fin de l'année 2011, il existait 3264 accords internationaux d'investissement, dont 2833 TBI¹⁶⁹. En créant des droits substantiels au profit de l'investisseur étranger et en lui conférant un pouvoir direct d'exercice de ces droits contre l'Etat d'accueil, ces traités ont établi un régime de protection des investissements fondé sur des règles visant à assurer un certain nombre d'objectifs, dont la suppression des obstacles à l'investissement par l'élimination des traitements arbitraires et discriminatoires contre les investisseurs étrangers.

Les accords investisseur-État et les traités d'investissement créent ainsi des moyens de contester les mesures défavorables en matière fiscale, auxquels les investisseurs recourent de plus en plus. Certains États ont exclu les mesures fiscales du champ d'application de certaines ou de toutes les protections d'investissement qu'ils garantissent. Ainsi, avant de recourir à l'arbitrage pour contester des mesures fiscales de l'Etat d'accueil, les investisseurs devraient examiner attentivement le texte du traité applicable pour s'assurer qu'il ne contient pas une disposition excluant les mesures fiscales de l'arbitrage.

Ces traités prévoient souvent des garanties contre toute expropriation illicite et

¹⁶⁹ World investment report 2011 : Non-Equity Modes of International Production and Development, UNCTAD, http://www.unctad.org/en/docs/wir2011_embargoed_en.pdf, dernière consultation le 05 janvier 2013

tout traitement injuste et inéquitable, ainsi que, dans certains cas, des garanties telles que les investisseurs étrangers bénéficient d'un "traitement national", c'est-à-dire aucune discrimination fondée sur la nationalité.

La garantie du traitement national, incarnée par l'article 1102 de l'ALENA, a une pertinence particulière dans le contexte fiscal. Une mesure fiscale peut être discriminatoire si elle produit des effets différents aux investisseurs étrangers qu'aux investisseurs nationaux dans des circonstances analogues. La discrimination peut aussi s'apprécier de facto.

Les traités d'investissement s'opposent généralement à l'expropriation des investisseurs sans compensation adéquate. Le changement de législation fiscale par l'Etat d'accueil peut violer un tel principe. Par exemple, la révocation d'un certificat d'entreprise franche qui offrait des exemptions ou des réductions d'impôt et de droits douaniers, forçant les investisseurs à cesser leur activité, peut constituer une expropriation indirecte.

Dans l'affaire Yukos c/ Russie, portée devant la Cour permanente d'arbitrage de La Haye, un nombre important d'investisseurs exigent des milliards de dollars de dommages et intérêts au motif que la confiscation de l'entreprise Yukos pour manquement allégué au paiement des taxes de retour en Russie, constituait une expropriation de fait en violation de la Charte de l'énergie (TCE). Pour sa part, la Russie affirme que la confiscation des actifs de Yukos était une mesure légitime, souveraine et était simplement une conséquence de l'application du code des impôts russe. Cette affaire soulève de nombreuses questions concernant, d'une part, la protection des investisseurs par les traités contre l'expropriation et, d'autre part, le pouvoir souverain de l'Etat d'accueil en matière fiscale.

Le pouvoir souverain de lever l'impôt demeure une prérogative étatique. Toutefois, si un État est partie à des traités d'investissement ou a conclu des accords de stabilisation fiscale, les investisseurs peuvent légitimement saisir l'arbitrage international pour se protéger d'une mesure fiscale contestable en vertu de ces instruments.

Bibliographie

Ouvrages:

- Ouvrages généraux :

-CARREAU D. et JUILLARD P., *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 3^e ed., 2007, t.744

-DOUVIER P-J, *Fiscalité internationale, 20 études de dossiers*, Paris, Litec, 1996, t.264

-JACQUET J.-M., DELEBECQUE Ph. et CORNELOUP S., *Droit du commerce international*, Paris, Dalloz, 2^e ed., 2010,

-OPPETIT B., *Théorie de l'arbitrage*, Paris, PUF, 1998, t.127

- Ouvrages spéciaux :

- Actes du Colloque du CEPANI du 4 décembre 2001, *Arbitrage et fiscalité*, Bruylant, Bruxelles, 2001, t.213

- ALTMAN Z.D., *Dispute Resolution under Tax Treaties*, Amsterdam, IBFD, 2005, t.492 (Paris, CUJAS BU-Droit, sur place)

-
- CASTAGNEDE B., *Précis de fiscalité internationale*, Paris, PUF, 3^e ed., 2010, t.580
- GAILLARD E., *La jurisprudence du CIRDI, 1965-2003*, Paris, A.Pedone, 2004, t.1105
- GAILLARD E., *La jurisprudence du CIRDI, 2003-2008*, Paris, A.Pedone, 2010,
- HORN N., *Arbitrating foreign investment disputes Procedural and substantive legal aspects*, Le Haye, Kluwer Law International, 2004, t.535
- LANG M. et ZÜGER M., *Settlement of disputes in tax treaty law*, Le Haye, Kluwer Law International, 2002, t.592, (Paris, CUJAS BU-Droit, sur place)
- MANCIAUX S., *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autre Etats, trente années d'activité du CIRDI*, Paris, Litec, 2004, t.727
- PETER W. et DE KUYPER J.-Q., *Arbitration and renegotiation of international investment agreements*, Le Haye, Kluwer Law International, 1995, t.458
- Proceedings of a Seminar held in Florence, *Resolution of tax treaty conflicts by arbitration*, Deventer-Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, t.101
- RACINE J.-B., *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, LGDJ, 1999, t.309
- ROUVILLOIS F., *La société au risque de la judiciarisation*, Paris, Litec, 2008, t.149
- SID AHMED K., *Droits fondamentaux du contribuable et procédure fiscale*, Paris, L'Harmattan, 2008, t. 329
- ZÜGER M., *Arbitration under Tax Treaties, Improving Legal Protection in International Tax Law*, Amsterdam, IBFD, 2001, t.

Articles:

- GILLIS WETTER J. et SCHWEBEL M., Some little-known cases on concessions , *XL British Yearbook of International Law*, 1964,183, spéc., p.201-204
- OPPETIT B., Arbitrage, médiation et conciliation, *Revue de l'arbitrage*. 1984, n° 3, p. 30
- LE GALL J.-P., Fiscalité et arbitrage, *Revue de l'arbitrage* 1994, n° 1, pp. 1-38 et n° 2, pp. 253-276
- FADLALLAH I., L'ordre public dans les sentences arbitrales, *Recueil de cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1994, p.411
- MAYER P. La sentence arbitrale contraire à l'ordre public au fond, *Revue de l'arbitrage*, 1994, p. 636
- PARK W.-W., Finality and Fairness in Tax Arbitration, vol.11 N° 2, *Journal of international arbitration*, p. 19, 1994
- JARROSON Ch., Arbitrabilité : Présentation méthodologique, *RJ. Com.*, 1996, n°11. p. 3
- BOULLEZ C. et SCHIELE P., Le règlement non contentieux des conflits en droit fiscal, *Bulletin fiscal de Francis Lefebvre*, 1997, p. 437
- BOULLEZ C., Procédure amiable et arbitrage en matière de droit fiscal international conventionnel, *Bulletin fiscal de Francis Lefebvre*, 1997, p. 137
- LOQUIN E., Arbitrage : instance arbitrale, *Jurisclasseur Procédure. Civil*, 1998, fasc.1030
- GAILLARD E., L'arbitrabilité des litiges fiscaux dans les investissements internationaux, *Rev. Prat. Dr. Ent.*, 1999, n° 12, p. 42.
- WEIL P., Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique, in *Ecrits de droit international*, PUF, Paris, 2000, p. 331.

-
- PARK W.-W., Arbitration and the Fisc : NAFTA's Tax Veto, *Chicago Journal of International Law*, 2001, p.231
 - DERAINS Y., L'impact des accords de protection des investissements sur l'arbitrage, *Gazette du Palais*, 03 mai 2001 n° 123, p.10 et s.
 - LEMAIRE V. A., Le nouveau visage de l'arbitrage entre État et investisseur étranger : le chapitre 11 de l'ALENA, *Revue de l'arbitrage*, 2001, n° 1, p. 43
 - ANCEL P., Arbitrage et ordre public fiscal, *Revue de l'arbitrage* 2001, n° 2, p. 269
 - COZIAN M., "Arbitrage et incidences fiscales des clauses de garantie de passif", *Revue de l'arbitrage* 2001, n° 2, p. 289
 - FADLALLAH I., "Arbitrage international et litiges fiscaux", *Revue de l'arbitrage* 2001, n° 2, p. 299
 - MANCIAUX S., "Changement de législation fiscale et arbitrage", *Revue de l'arbitrage* 2001, n° 2, p. 311
 - HANOTIAU B., L'arbitrabilité, *Recueil de cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 2002, p.25 – 254
 - DE HOSSON F.-C., The slow and lonesome death of the arbitration Convention, *Intertax* 31 (12), 2003, pp. 482-483
 - PERDRIEL-VAISSIERE H., Le règlement amiable des conflits en droit fiscal conventionnel français, *L'Année Fiscale* 2003, pp. 245 et s.
 - PISTONE P., Time for arbitration in international taxation, *Intertax* 33(3), 2005, p. 102
 - PIERRE J.-L., Conventions fiscales bilatérales et Convention Européenne d'arbitrage, *Procédures-Jurisclasseur*, 2006, pp. 29 et s.
 - OTTO J. *et al*, « Mining Royalties: A Global Study of their Impact on Investors, Government, and Civil Society», The World Bank, 2006, http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2006/09/11/000090341_20060911105823/Rendered/PDF/372580Mining0r101OFFICIAL0USE0ONLY1.pdf,
 - FARUQUE A., Validity and efficacy of stabilisation clauses - Legal protection vs. Functional value, *Journal of International Arbitration*,. 2006, Vol.23, p.331

-
- CAMERON P., Stabilization in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil and Gas Investors, Association of International Petroleum Negotiators (AIPN), Final Report, 5 Juillet 2006, http://lba.legis.state.ak.us/sga/doc_log/2006-07-05_aipn_stabilization-cameron_final.pdf
 - BENNETT M., Why the OECD supports arbitration, *International Tax Review*, Feb. 2007, Vol. 18
 - KISSEL B., US to arbitrate tax disputes, *International Tax Review*, Mars 2007, Vol. 18, Issue 3, p. 21-22
 - DESAX M. et VEIT M., Arbitration of Tax Treaty Disputes: the OECD proposal, *Arbitration International*, 23 (3), 2007, p. 405-430
 - LAMBERT-WIBER S., Les modes alternatifs au règlement des litiges fiscaux, *Les petites affiches*, 22 mai 2007, n° 102
 - BAZIN J., L'arbitrage en matière de prix de transfert : de la clandestinité au plébiscite, *Les Nouvelles Fiscales*, 15 juillet 2007, n° 984
 - AGUILAR ALVAREZ G. et PARK W., The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11, XXVIII *The Yale Journal of International Law*, p.365
 - SEMBERG A. Stabilization Clauses and Human Rights, IFC/SRSG Research Paper, 11 March 2008
[http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilizationClausesandHumanRights/\\$FILE/Stabilization+Paper.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilizationClausesandHumanRights/$FILE/Stabilization+Paper.pdf),
 - MANIRUZZAMAN A.F.M., The pursuit of stability in international energy investment contracts, *Journal of World Energy Law & Business*, 2008, Vol. 1, No. 2, p.128
 - BEN HAMIDA W., La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements, *Journal du droit international (Clunet)*, n°4, octobre 2008, p.278-307
 - DE LA MARDIERE C., La juridiciarisation de la fiscalité, in *La société au risque de la judiciarisation*, Débat et Colloque, Litec, 2008

ANNEXE

Liste des litiges fiscaux étudiés

1. Sentences arbitrales

◆ Arbitrage de CIRDI

- **Alcoa Minerals of Jamaica Inc. c/ Jamaïque,**

Procédure : arbitrage CIRDI (No. ARB/74/2), sentence rendue sur la compétence le 6 juillet 1975, puis instance abandonnée à la suite du règlement amiable du différend

Source : *IV Yearbook Commercial Arbitration*, 1979, p.206 et s.

- **Kaiser Bauxite Cy c/ Jamaïque,**

Procédure : arbitrage CIRDI (No. ARB/74/ 3), sentence rendue sur la compétence le 6 juillet 1975, puis instance abandonnée à la suite du règlement amiable du différend

Source : *I ICSID Rep.*, 1993, p.296

- **Reynolds Jamaica Mines Ltd et Reynolds Metals Cy c/ Jamaïque**

Procédure : arbitrage CIRDI (No. ARB/74/4), sentence rendue sur la compétence le 6 juillet 1975, puis instance abandonnée à la suite du règlement amiable du différend

Source : Sentence sur la compétence inédite

- **Tesoro Petroleum Co c/ Trinité et Tobago,**

Procédure : procédure de conciliation sous les auspices du CIRDI (No. CONC/83/1), rapport de conciliation datant du 27 novembre 1985

Source : L.Nurick et Stephen J. Schnably, « The first ICSID Conciliation; Tesoro Petroleum Co vs Trinité et Tobago », *I ICSID Rev.-FILJ*, 1986, p.340

- **Antoine Goetz et autres c/ République du Burundi,**

Procédure : arbitrage CIRDI (No. ARB/95/3), sentence rendue le 10 février 1999

Source : *XV ICSID Rev.—FILJ*, 2000, p.457

- **Metalclad Corp. c/ Mexique,**

Procédure : arbitrage CIRDI (No.ARB(AF)/97/1), sentence rendu le 30 aout 2000

Source : , ICSID Rep. 2002, p.212

- **Marvin Roy Feldman Karpa CEMSA) c/ Mexique,**

Procédure : arbitrage CIRDI (No. ARB(AF)/99/1), sentence rendue sur la compétence 6 décembre 2000 et puis sentence rendue sur le fond le 16 décembre 2002,.

Source : *VII ICSID Rep.*,2005, p. 327 et p.341

- **Révision par la Cour Suprême de l'Ontario, 3 Décembre 2003**

<http://ita.law.uvic.ca/documents/FeldmanONCourt2.pdf>

- **Révision par la Cour d'appel de l'Ontario, 11 Janvier 2005**

<http://ita.law.uvic.ca/Feldmanv.Mexico.htm>

- **Tecnicas Medioambientales Tecmed S. A. c/ Mexique**

Procédure : arbitrage CIRDI (No. ARB (AF)/00/2), sentence rendue le 29 mai 2003

Source : *ILM*, vol.43, 2004 , .133

- **Tokios Tokelés c/ Ukraine**

Procédure : arbitrage CIRDI (No. ARB/02/18), sentence rendue sur la compétence le 29 avril 2004 et puis sentence rendue sur le fond le 26 juin 2007,.

Source : sentence sur la compétence *XX ICSID Rev.—FILJ*, 2005, p.205, sentence sur le fond, GAILLARD E., « *La jurisprudence du CIRDI, 2003-2008* », p.368 et p.3372

- **Archer Daniels Midland Cy and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c/ Mexique,**

Procédure : arbitrage CIRDI (No. ARB (AF)/04/5), sentence rendue 21 novembre 2007.

Source :

http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC782_En&caseId=C43

- **Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd. c/ Pérou**

Procédure : arbitrage CIRDI (No. ARB /03/28), sentence rendue sur la compétence le 1^{er} février 2006 et puis sentence rendue sur le fond le 18 août 2008,

Source : GAILLARD E., « *La jurisprudence du CIRDI, 2003-2008* », p.238 et p.430, 485

◆ Arbitrage de la CCI

● **Société belge c/ Société algérienne**

Procédure : sentence rendue le 26 aout 1988

Source : J.P. Le Gall, « Fiscalité et arbitrage », *Rev. Arb.*, 1994, n°2, p. 255

● **Owner of Company registered in Lebanon c/ Etat africain (non précisé)**

Procédure : arbitrage CCI (No. 6233/1992), sentence rendue en 1992

Source : *Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1991-1995*, p.332

● **Société italienne c/ Société algérienne**

Procédure : arbitrage CCI (No. 6754/1993), sentence rendue en 1992

Source : *J.D.I.*, 1995, p. 1009 ; *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1991-1995*, t.III, p. 600

◆ Arbitrage de LCIA

● **Occidental Exploration and Production Company c/ République de l'Equateur**

Procédure : arbitrage LCIA (No. UN3467), sentence rendue le 1er juin 2004

Source : *International law Reports*, Vol.138, 2010, p.35 et s.

-
- Judgment of High Court of Justice regarding non-justiciability of challenge to arbitral award, 29 April 2005.

Source : International law Reports, Vol.138, 2010, p.93 et s.

- Judgment of the Court of Appeal regarding non-justiciability of challenge to arbitral award, 9 September 2005._

Source : International law Reports, Vol.138, 2010, p.93 et s.

- Judgment of the High Court of Justice regarding challenge to arbitral award, 2 March 2006.

Source : International law Reports, Vol.138, 2010, p.159 et s.

- Judgment of the Court of Appeal regarding challenge to arbitral award, 4 July 2007.

Source : International law Reports, Vol.138, 2010, p.159 et s.

- **EnCana Corporation c/ République de l'Equateur,**

Procédure : arbitrage LCIA (No. UN3481), sentence sur la compétence le 27 février 2004, et puis sentence finale rendue le 3 février 2006

Source : International law Reports, Vol.138, 2010, p.219 et s.

- ◆ **Arbitrage de l'AAA**

- **Revere Copper and Brass Incorporated c/ Overseas Private Investments Corporation,**

Procédure : - arrêt de la Cour suprême jamaïcaine en 1976

- Sentence arbitrale AAA du 24 août 1978

Source : *XVII LIM*, 1978, p.1321

◆ Arbitrage de SCC

● **Amto LLC. c/ Ukraine,**

Procédure : arbitrage SCC (No. 080/2005), sentence rendue le 26 mars 2008

Source : <http://ita.law.uvic.ca/documents/AmtoAward.pdf>

◆ Arbitrage *ad hoc*

● **Power and Traction Finance company Ltd c/ Grèce,**

Procédure : arbitrage *ad hoc*, sentence rendue le 18 mars 1930

Source : J.Gillis Wetter et Stephen M.Schwebel, « Some little-known cases on concessions » , XL Brit. Y.B Int' l L., 1964,183, spéc., p.201-204

● **Petrola Hellas SA c/ Grèce**

Procédure : arbitrage *ad hoc*, sentence rendue le 22 avril 1978

Source : XI *Yearbook Commercial Arbitration*, 1986, p.105 et s.

● **Compagnie pétrolière américaine c/ Etat africain X**

Procédure : arbitrage *ad hoc*, sentence rendue sur la compétence le 30 novembre 1996 puis une sentence sur le fond ultérieure

Source : E. Gaillard, « L'arbitrabilité des litiges fiscaux dans les investissements internationaux », *Rev. Prat. Dr. Ent.*, 1999, n° 12, p. 42.

- **Compagnie pétrolière européen c/ Etat africain X,**

Procédure : arbitrage *ad hoc*, sentence rendue sur la compétence le 9 décembre 1996 puis une sentence sur le fond ultérieure

Source : E. Gaillard, « L'arbitrabilité des litiges fiscaux dans les investissements internationaux », *Rev. Prat. Dr. Ent.*, 1999, n° 12, p. 42.

- **Link-Trading stock company c/. Moldavie**

Procédure : arbitrage *ad hoc*, (UNCITRA), sentence rendue sur la compétence du 16 février 2001, sentence finale rendue le 18 Avril 2002

Source : *ICSID Rep.*, Vol. 13, p.29 et s.

- **Sergei Paushok, CJSC Golden East Cy & CJSC Vostokneftegaz Cy c/. Mongolie**

Procédure : arbitrage *ad hoc*, sous règle de la CNUDCI, sentence rendu le 28 avril, 2011

Source : <http://italaw.com/documents/PaushokAward.pdf>,

2. Litiges résolues par la transaction

- **Bougainville Copper Ltd c/ Papouasie Nouvelle-Guinée**

Procédure : transaction en 1974

Source : W.Peter, Arbitration and Renegociation of International Investment Agreements, spec., p.52

- **Freeport Mc MoRan c/ Indonésie,**

Procédure : transaction en 1974

Source : W.Peter, Arbitration and Renegociation of International Investment Agreements, spec., p.47

3. Jugements des juridictions étatiques

Cass. Com., 28 novembre 1950, Tissot c/ Neff RTD. Civ. 1951, p. 106, obs. HEBRAUD,

CA Paris, 20 janvier 1989, Sté Phocéenne de Dépôts, Rev. Arb., 1989, p.280, note L. Idot

CA Paris, 29 mars 1991, Ganz, Rev. Arb.,1991, p.478, note L. Idot

Cass. Com., 23 mars 1993, RJF 6/93., n°795

CA Paris, 20 mai 1994, *Rev. Arb.* n° 2, 1994, p.397

Cass. Civ. 1^{re}, 3 juin 1998, Rev. Arb., 1999, p. 71, note E.Loquin

Textes officiels :

Improving the resolution of tax treaty dispute, OCDE, février 2007,
<http://www.oecd.org/dataoecd/17/59/38055311.pdf>

Model Tax Convention on Income and on Capital, OCED, Juin 2008
<http://www.oecd.org/dataoecd/14/32/41147804.pdf>

Convention 90/436/CEE relative à l'élimination des doubles impositions dans le cas de correction des bénéfices entre entreprises associées.

Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats, Washington, 1965

Convention entre les Etats-Unis d'Amérique et __ sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements

L'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Royaume d'Arabie saoudite sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements

L'accord entre le Gouvernement de la République populaire de Chine et _ sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements

L'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République populaire de Chine en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu

North American Free Trade Agreement, entrée en vigueur 1^{er} janvier 1994
<http://www.nafta-sec-alena.org/en/view.aspx?conID=590>

Sites internet :

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/>

<http://www.oecd.org>

<http://www.ibfd.org/portal/>

<http://italaw.com/index.htm>

Table des matières

INTRODUCTION	1
PARTIE I ARBITRABILITE DES LITIGES FISCAUX EN DROIT DES INVESTISSEMENTS	6
Chapitre I Principes généraux de l'arbitrabilité des litiges fiscaux en droit commun	6
Section I L'arbitrabilité des litiges à incidence fiscale	6
§ 1. - L'influence de l'ordre public fiscal sur l'arbitrabilité des litiges civils	7
A. Les critères de l'arbitrabilité au regard de l'ordre public	7
B. Le rôle de l'ordre public fiscal quant à l'arbitrabilité des litiges civils	8
§ 2. - La compétence des arbitres concernant des litiges civils à incidence fiscale	10
A. Les limites de la compétence des arbitres	10
B. L'application de l'ordre public fiscal par arbitres	11
Section II L'arbitrabilité des litiges à objet fiscal	13
§ 1. - Le litige contractuel à l'objet fiscal	13
A. La soumission à l'arbitre des litiges contractuels à objet fiscal	13
B. Le problème du sursis à statuer	15
§ 2. - Le litige fiscal entre Etat et contribuable	17
A. Le principe de prohibition en France	17
B. Le développement aux Etats-Unis de l'arbitrabilité des litiges fiscaux	18

Chapitre II Les régimes spéciaux de l'arbitrabilité des litiges fiscaux en droit des investissements 20

Section I L'arbitrabilité fondée sur le consentement des parties 20

§ 1. - Exemples de litiges arbitrables 21

A. L'affaire Kaiser Bauxite Company c/ Jamaïque 21

B. Duke Energy Peru Investments No. 1 Ltd. c/ Pérou 22

§ 2. - Le fondement de la compétence arbitrale 24

A. La validité de la clause compromissoire 25

B. La domaine couvert par la convention d'arbitrage 26

Section II L'arbitrabilité fondée sur les conventions 28

§ 1. - La compétence du tribunal arbitral pour traiter d'un litige fiscal... 28

A. Analyse des dispositions conventionnelles 29

B. La qualification des mesures fiscales exclues de l'arbitrage ... 30

§ 2. - La recevabilité des litiges fiscaux par le tribunal arbitral 32

A. L'influence d'un recours interne sur l'arbitrage..... 32

B. L'effet de la clause de l'option irrévocable 34

PARTIE II ANALYSE DU FOND DES LITIGES FISCAUX EN DROIT DES INVESTISSEMENTS 37

Chapitre I Les mesures fiscales contrevenant aux garanties de stabilisation de l'Etat d'accueil 37

Section I L'évolution de la forme de la clause de stabilisation fiscale 37

§ 1. - La clause de stabilisation fiscale traditionnelle 38

A. Aperçu de la clause de stabilisation fiscale traditionnelle 38

B. Evaluation de la clause de stabilisation fiscale traditionnelle ... 40

§ 2. - La clause de stabilisation fiscale moderne	42
A. Présentation de la clause de stabilisation fiscale moderne	42
B. Une tendance favorable aux clauses de stabilisation fiscale modernes	44

Section II Le développement jurisprudentiel de l'effet de la clause de stabilisation fiscale 46

§ 1. - Les effets de la clause de stabilisation fiscale selon les sentences anciennes	47
A. Présentation de sentences anciennes relatives aux effets de la clause de stabilisation fiscale	47
B. L'influence de la clause de stabilisation fiscale sur les résultats	48

§ 2. - Le champ d'application de la clause de stabilisation selon les sentences récentes	51
A. Présentation de sentences récentes relative au champ d'application de la clause de stabilisation fiscale	51
B. La portée des sentences récentes concernant la clause de stabilisation fiscale	53

Chapitre II - Les mesures fiscales contrevenant aux engagements conventionnels de l'Etat d'accueil 56

Section I Les mesures fiscales constitutives d'une expropriation 56

§ 1. - Les litiges relatifs à une expropriation provoquée par une mesure fiscale	56
A. Les mesures fiscales conduisant à une expropriation indirecte	57
B. Les sentences refusant la qualification d'expropriation causée par des mesures fiscales	59

§ 2. - La caractérisation d'une expropriation indirecte provoquée par une mesure fiscale	60
A. Effet économique des mesures fiscales sur les investissements étrangers	60
B. Les conditions de légalité d'une expropriation indirecte	62

Section II Les mesures fiscales contrevenant aux autres obligations de l'Etat d'accueil	64
§ 1. - Les mesures fiscales violant l'obligation de traitement national	64
A. Identification des circonstances analogues	65
B. Détermination de l'effet discriminatoire des mesures fiscales	67
§ 2. - Les mesures fiscales violant l'obligation de traitement juste et équitable	68
A. Exemples de litiges fiscaux relatifs à l'obligation de traitement juste et équitable	69
B. L'interprétation jurisprudentielle du traitement juste et équitable en matière fiscale	71
CONCLUSION	73
BIBLIOGRAPHIE	76
ANNEXE	81