

# LES DEMANDES DE BRUTAGE FISCAL EN MATIÈRE D'ARBITRAGE INTERNATIONAL D'INVESTISSEMENT

par

**Franck LE MENTEC**

*Avocat associé, Cohen & Gresser LLP*

## RÉSUMÉ

La présentation de demandes de brutage fiscal – ou « *tax gross-up* » – des indemnités pouvant être réclamées lors d'une procédure d'arbitrage par les parties lésées est essentielle. L'objectif de telles demandes consiste en la prise en considération de l'impact fiscal dans le calcul opéré par les arbitres des indemnités compensatrices des préjudices. L'analyse des décisions d'arbitrage révèle le plus souvent une mauvaise appréciation de cette problématique, que cela soit de la part des parties ou des juges. Plusieurs remèdes peuvent être envisagés.

## SUMMARY

*The submission of tax gross-up requests for indemnities that can be claimed during arbitration proceedings by the injured parties is critical. The objective of such requests is to include the tax consequences in the calculation made by the arbitrators of the compensation for damages. The analysis of arbitration decisions most often reveals a poor appreciation of this issue, whether on the part of the parties or the judges. Several remedies can be considered.*

## INTRODUCTION

Les juristes étant sans doute, par nature, peu aventureux, ou en tout cas bien précautionneux, on ne croise que rarement des fiscalistes dans les contrées de l'arbitrage international

d'investissement, tout comme les spécialistes d'arbitrages internationaux ne s'aventurent pas sur les terres des impôts. A la croisée des chemins pourtant, la question du brutage fiscal – ou « *tax gross-up* » – des indemnités pouvant être réclamées par les parties lésées est essentielle. L'objectif de telles demandes est que l'impact fiscal soit inclus dans le calcul opéré par les arbitres des indemnités compensatrices des préjudices. La doctrine est peu disert en la matière (1). Aussi, la revue de nombre de décisions d'arbitrage révèle le plus souvent une mauvaise appréciation de la problématique, que cela soit de la part des parties ou des juges.

Le point de départ en la matière est clair : le calcul de l'indemnisation due à la partie ayant subi un préjudice s'appuie sur le principe de la réparation intégrale (2). Le plaignant doit être remis dans sa situation *ex ante* (3). L'évaluation pécuniaire de l'indemnité compensatrice repose sur l'indemnisation de la perte subie et celle du gain manqué de l'autre, l'un et l'autre recevant une acception large. Cela conduit notamment à ce que l'éventuelle imposition des indemnités reçues soit prise en compte dans la détermination des sommes à verser. Il a à cet égard été jugé, à de nombreuses reprises, que l'indemnisation est intégrale dès lors que les dommages et intérêts sont alloués nets d'impôts (4).

---

(1) V. par ex., N H. Tran Thang, « Tax gross-up claims in investment treaty arbitration », *Young ICCA blog*, févr. 2011 ; J. Kudrna, « Tax gross-up in investment treaty arbitration: legitimate concern or a method to inflate damages », *The American review of International arbitration*, 329, 2019. V. ég. « Taxation and currency issues in damages awards », in *Damages in International arbitration guide*, GAR, 2022, p. 366 et s. ; R. W. Woord, « To tax gross up or not to tax gross up », 19 *Cal. Tax. L.* 14, 19, 2010 (visant les décisions de justice américaines, mais pouvant aussi être transposé en matière d'arbitrage) ; M. Keller & E. Leikin, « A taxing endeavour: addressing the tax consequences of investment arbitration awards », *Journal of international arbitration*, 37, n° 2, 2020, p. 191-208.

(2) V. Sur la genèse de ce principe, V. *Factory at Chorzow (Allemagne c/ Pologne)*, Merits, 1928 PCIJ (Ser. A), n° 17.

(3) V. pour une analyse complète, H. M. Gamaleldin, *Etude des règles d'indemnisation du préjudice dans l'arbitrage international : vers une indemnisation adéquate du préjudice*, thèse dactyl. 2014.

(4) V. *Rusoro Mining Ltd. c/ République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/12/5, sentence 22 août 2016 ; *Phillips Petroleum Company Venezuela Limited et ConocoPhillips Petrozuata BV c/ Petróleos de Venezuela SA*, affaire ICC n° 16848/JRF/CA, sentence finale, septembre 2012 ; *Tenaris SA et Talta-Trading and Marketing Sociedad Unipessoal LDA c/ République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/12/23, sentence 12 décembre 2016 ; *Venezuela Holdings, BV, et al.* (affaire anciennement connue sous le nom de *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, BV, et al.*) c/ *Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/07/27, sentence 9 octobre 2014 ; *Achmea BV c/ République slovaque*, CNUDCI, PCA Case No. 2008-13 (anciennement *Eureko BV c/ République*

Les difficultés naissent lorsque le calcul des compensations économiques dues est effectué après impôts, ce qui est en pratique généralement le cas, notamment lorsque l'évaluation du préjudice est calculée selon la méthode usuelle des flux de trésorerie libre (ou méthode des *Discounted Cash Flows*). On relève en effet des demandes de brutage fiscal souvent simplistes, ne prenant pas en compte l'ensemble des règles applicables, telles que le sort des déficits antérieurs ou postérieurs au dommage, l'évolution des taux d'imposition ou encore l'impact éventuel d'un régime de groupe. Les raccourcis pris mènent inévitablement à un rejet généralisé de ces demandes (I). Lorsque le juge se montre par ailleurs sensible à l'argument fiscal, il préférera effectuer un pas de côté et contourner la question du brutage (II). Une telle situation n'est pas satisfaisante et quelques remèdes peuvent être proposés (III).

## I. – UN REJET EN PRATIQUE SYSTÉMATIQUE

Deux types de demandes peuvent être formulées. Celles-ci peuvent viser l'élimination d'une double imposition soit dans l'Etat d'investissement, soit dans l'Etat du siège de l'investisseur (5). Dans les deux cas, aucune décision publique n'a, à notre connaissance, octroyé un brutage fiscal. Les motifs de rejet peuvent varier :

— dans une affaire *Mobil c/ Canada* (6), les arbitres ont rejeté le principe même d'un brutage fiscal en indiquant qu'aucun principe de droit international ne requerrait une telle majoration fiscale ;

— le rejet pour manque de preuve est le plus fréquent. Dans une affaire *Antin c/ Espagne*, les requérants demandaient un *tax gross-up* s'élevant à 72 millions d'euros. Le tribunal rejette la

---

*slovaque*), sentence 7 décembre 2012; *Chevron Corporation (Etats-Unis) et Texaco Petroleum Company (Etats-Unis) c/ République de l'Equateur*, CNUDCI, PCA Case No. 34877 ("Chevron c/ Equateur"), sentence partielle sur le fond, 30 mars 2010; *Equateur*, sentence finale 31 août 2011; *Siemens AG c/ République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/8, sentence 6 février 2007; *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC et Schwab Holding AG c/ Royaume d'Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/15/36, sentence 6 septembre 2019.

(5) V. Paul Simonis, *BITs and taxes*, 42/(4) Intertax 234, 264 (2014).

(6) *Mobil Investments Canada Inc and Murphy Oil Co v. Canada*, ICSID n° ARB (AF)/07/4, 485, 22 mai 2012.

demande car il n'était apporté aucune preuve de la nature et du montant de l'impôt dû sur les dommages et intérêts réclamés. Une même cause de rejet fut retenue dans les affaires *Eiser c/ Espagne* (7), *Masdar c/ Espagne* (8), *Crystallex c/ Venezuela* (9) ;

— retenant une déclinaison du motif de l'absence de preuve, dans l'affaire *Venezuela Holdings, BV, et al. c/ Venezuela*, le tribunal arbitral a précisément rejeté la demande car il n'y avait qu'un « risque » d'imposition, qualifiant une telle demande de spéculative et incertaine (10). Ce fondement se retrouve en particulier lorsque la demande de brutage renvoie à la taxation des dommages-intérêts dans l'Etat du siège de la société mère. Dans l'espèce *Abengoa c/ Mexique* (11), le tribunal arbitral a statué en ces termes : « *Les demandeurs n'ont cependant fourni aucune preuve d'une éventuelle double imposition future, et le tribunal arbitral ne peut spéculer sur le traitement fiscal que les autorités fiscales mexicaines pourraient appliquer à l'indemnisation et à la livraison des actifs. Par conséquent, il n'est pas possible d'augmenter la compensation accordée à SDS pour tenir compte d'un éventuel futur traitement fiscal inéquitable de cette attribution* ».

Dans ce sillage, dans une décision *Servier c/ Pologne* (12), il a été décidé que : « *bien que le tribunal ait examiné les ramifications fiscales potentielles de cette sentence, il ne trouve aucune raison de spéculer sur l'adéquation, d'une manière ou d'une autre, de toute proposition de "recouvrement brut" pour tenir compte de l'obligation fiscale potentielle, que ce soit en Pologne ou en France. Le traitement fiscal ultime d'une récompense qui représente la "véritable valeur" d'un investissement devrait être traité par les autorités fiscales de la juridiction d'origine de l'investisseur, ainsi que de l'Etat d'accueil* ».

---

(7) *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxemburg v. Espagne*, ICSID n°ARB/13/36, 4 mai 2017.

(8) *Masdar Solar & Wind Cooperatief UA v. Espagne*, ICSID n° ARB/14/1, 16 mai 2018.

(9) *Crystallex International corporation v. Venezuela*, ICSID n° ARB (AF)/11/2, 4 avril 2016.

(10) *Venezuela Holdings, BV, et al.* (affaire anciennement connue sous le nom de *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, BV, et al.*) *c/ Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/07/27, sentence 9 octobre 2014.

(11) *V. Abengoa, SA et COFIDES, SA c/ Etats-Unis du Mexique*, affaire CIRDI n°ARB(AF)/09/2, sentence 8 avril 2013, ¶770-777.

(12) *V. Les Laboratoires Servier, SAS, Biofarma, SAS, Arts et Techniques du Progrès SAS c/ République de Pologne*, PCA, sentence (14 février 2012), ¶ 666.

Enfin, dans une décision *Saint Gobain c/ Venezuela* (13), les juges ont refusé la demande de brutage formulée pour éviter une imposition dans l'Etat du siège, en la qualifiant de spéculative et d'infondée. Les juges mentionnent en particulier que cette demande « *aurait requis au moins un peu de développement de la part des demandeurs pour la considérer comme justifiée* ». Les demandeurs n'avaient en l'espèce indiqué ni le fondement légal d'une éventuelle taxation, ni même le taux applicable. La même analyse fut retenue dans les décisions *Mobil c/ Canada* (14), *Clayton c/ Canada* (15), *Glencore International c/ Colombie* (16).

Ce qui ressort de ces sentences est l'imprécision des demandes de brutage transmises aux arbitres. On sent à chaque fois l'arbitre démuni, reprochant même aux parties de ne pas l'avoir suffisamment éclairé sur les aspects fiscaux à prendre en compte. La rédaction de certaines sentences à cet égard est particulièrement frappante et parfois sévère. Et l'on peut même se demander si de telles approximations, soulignées par les juges, ne sont pas susceptibles d'être source d'engagements de responsabilité professionnelle pour les conseils accompagnant les parties dans de telles procédures. Comment peut-on négliger l'élément fiscal de cette manière, alors qu'il peut conduire le bénéficiaire à perdre un quart ou un tiers du montant qui lui sera alloué ?

## II. – DES SUCCÉDANÉS INSATISFAISANTS

Les demandes de brutage ne trouvant pas d'exemples d'application, on relève quelques substituts utilisés par les parties ou les arbitres. Certains ne peuvent que surprendre le fiscaliste :

— premièrement, quelques Etats, dans le cadre des procédures en cause, s'engagent à s'abstenir de taxer les indemnités qui seront

---

(13) *V. Saint-Gobain Performance Plastics Europe v. La République bolivarienne du Venezuela*, ICSID Case n° ARB/12/13, *Decision on liability and the principles of quantum*, 30 décembre 2016.

(14) *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corp v. Canada*, ICSID Case n° ARB/AF/07/4, *Decision on liability and the principles of quantum*, 22 mai 2012.

(15) *Bilcon of Delaware et al. v. Government of Canada*, UNCITRAL, sentence 10 janvier 2019.

(16) *Glencore International AG & CI Prodeco SA v. Republic of Colombia*, ICSID Case n° ARB/16/6, sentence 27 août 2019.

versées. Tel fut par exemple le cas dans l'affaire *Chevron* (17), où l'Equateur avait consenti à ne pas imposer les dommages et intérêts à percevoir par la partie lésée. Il est évident que de telles solutions ne peuvent que rester isolées, la plupart des Etats ayant des cadres constitutionnels ou législatifs ne leur permettant pas d'abandonner, de manière dérogatoire, leurs prérogatives fiscales ;

— deuxièmement, certains juges ont voulu contourner la problématique de la double imposition à la source en décidant un paiement des dommages et intérêts directement à la société mère de la société lésée. A titre d'illustration, dans une affaire *PSEG c/ Turquie* (18), une société américaine a sollicité un brutage fiscal de 39 % au montant des dommages et intérêts demandés compte tenu de l'imposition de ces derniers en Turquie, chez sa filiale, partie à la procédure d'arbitrage. En revanche, une telle demande de brutage n'était pas formulée en cas de versement de l'indemnité à la société mère. Le tribunal a ainsi jugé qu'« *il ne trouvait aucune raison d'attribuer la compensation à la société de projet et qu'il l'accordera à PSEG Global [la société mère]. La question du gross-up n'est donc plus pertinente dans ce contexte* ». Dans une autre affaire *Corn Products c/ Mexique* (19), une société américaine n'a pas sollicité de *gross-up* durant la procédure d'arbitrage. Néanmoins, s'étant aperçue par la suite de l'imposition des dommages et intérêts à recevoir par sa filiale mexicaine au Mexique, une correction du montant a été sollicitée par la partie lésée (20). Le Tribunal a alors amendé sa copie en indiquant que « *les dommages et intérêts devaient être payés à la société mère américaine, plutôt qu'à la filiale mexicaine* ».

— troisièmement, la voie de traverse la plus usitée apparaît être de décider que les paiements seront effectués « nets d'impôts ». Dans une autre affaire *Ascom c/ Kazakhstan*, les juges, sans analyser précisément les conséquences fiscales de l'allocation de dommages-intérêts, ont décidé d'un montant « net », sans plus

---

(17) V. *Chevron v. Ecuador*, UNCTRAL, PCA n° 34877, 30 mars 2010 et 31 août 2011.

(18) V. *PSEG Global Inc v. République de Turquie*, ICSID n° ARB/02/5, sentence 19 janvier 2007.

(19) V. *Corn Products International Inc. v. United Mexican States*, ICSID n° ARB(AF)/04/1, sentence 23 mars 2010.

(20) V. « *Corn Products asks tribunal to correct award so as to take account of likely taxation of award in Mexico* », *Investment Arbitration reporter*, 14 oct. 2009. « *ICSID Tribunal corrects award that it will be shielded from taxation* », *Investment arbitration reporter*, 9 avril 2010.

d'explication (21). De la même manière, un montant « *net de taxes vénézuéliennes* » (qui était le pays d'investissement) a été octroyé à la société luxembourgeoise Tenaris (22).

Dans l'affaire opposant Amoco à l'Iran (23). Le tribunal a décidé aussi d'un paiement « *net d'impositions iraniennes* ». De même, une société néerlandaise ayant investi en Slovaquie a pu demander une indemnisation du préjudice financier lié à l'imposition des dommages et intérêts; compte tenu du fait que les dividendes reçus de la filiale slovaque n'auraient pas été taxés. Le tribunal a décidé le paiement de dommages et intérêts net d'impôts (24).

Ces demandes ne sont toutefois pas toujours accueillies : dans une affaire *Occidental c/ Equateur* (25), une société américaine demandait également une indemnisation nette d'impôt à payer en Equateur, ou à tout le moins que l'indemnité soit directement allouée à l'entité américaine, non soumise à l'impôt en Equateur. Les juges ont rejeté toutes les demandes de l'entité américaine. Les juges ont décidé dans le même sens dans l'affaire *Crystallex c/ Venezuela* précitée.

De telles décisions prévoyant des paiements « nets d'impôts » peuvent laisser perplexe, et les parties sans boussole précise. De quels impôts parle-t-on ? Sur quelles périodes ? Comment prendre en compte une éventuelle réduction de déficits ? Une telle formulation, source de multiples interprétations, devrait être évitée, ou en tout cas faire l'objet de la part des arbitres de plus de détails. Cela suppose que les parties leur aient communiqué au préalable l'ensemble des données pertinentes.

Il n'est pas rare – et c'est même plutôt la règle – d'observer que, dans une sentence de plusieurs centaines de pages, seulement

---

(21) *V. Anatoli Stati, Gabriel Stati, Ascom Groupe SA and Terra Raf Trans raiding Ltd v. Kazakhstan*, SCC No 116/2010, sentence 19 décembre 2013.

(22) *V. Tenaris SA and Talta – Trading e Markieting Sociedadale Unipessoal Lda v. République bolivarienne du Venezuela*, ICSID Case n° ARB/11/26, sentence 29 janvier 2016.

(23) *V. Amoco Iran Oil Company v. Iran, NIOC*, 25 IRAN-US CTR 301. V. également *Siemens v. Argentina*, 86; *Venezuela Holding BV v. Venezuela*, ICSID, n° ARB/7/27, octobre 2014.

(24) *V. Achmea v. Slovakia*, UNCITRAL, PCA n° 2008-13.

(25) *V. Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, ICSID Case n° ARB/06/11, sentence 5 octobre 2012.

deux ou trois paragraphes sont consacrés au traitement fiscal du versement des indemnités. L'impression – visuelle – donnée par les décisions est qu'après avoir franchi la montagne constituée des faits de l'espèce, de l'appréciation juridique souvent complexe des traités et contrats en cause et de l'examen attentif des calculs économiques de préjudices, les juges n'ont manifestement plus la force d'affronter un nouveau col fiscal. Et ils l'abandonnent alors d'un revers de plume.

### III. – LES REMÈDES

On le voit, la question du brutage fiscal s'apparente à ce jour plus à une terre en jachère qu'à une culture éprouvée. Plusieurs axes de réflexions et solutions peuvent être envisagés pour améliorer la situation des plaignants.

**Que demander ?** Même si les calculs peuvent se révéler complexes et sujets à discussion, une absence de prise en compte de l'imposition de l'indemnisation allouée n'est pas acceptable. Des juges ont d'ailleurs pu considérer que « *la difficulté de calcul ne peut priver un investisseur, qui a souffert d'un dommage, d'être compensé de ses pertes* » (26).

Il convient tout d'abord de ne pas sous-estimer la complexité du traitement fiscal des indemnités qui seront versées. On sait qu'en France, l'article 238 bis C du Code général des impôts prévoit que les indemnités reçues en contrepartie d'une nationalisation, expropriation ou toute autre mesure restrictive de caractère similaire prise par un gouvernement étranger ne sont pas soumises à impôt. Il n'en va pas de même pour les indemnités perçues au titre de perte d'exploitation par exemple, qui elles seront taxables. Et surtout, il n'en va pas de même dans beaucoup de pays.

Le calcul de l'impact fiscal peut s'avérer bien délicat, en particulier lorsque la structure lésée est en pertes ou en cours de liquidation, situation qui se rencontre fréquemment lorsque l'entité locale a été expropriée ou a subi un dommage significatif. Le mode local d'imputation des déficits et ses éventuelles limitations devront alors être appréhendés. S'il s'agit d'un actif

---

(26) V. *Lemire v. Ukraine*, ICSID, sentence 20 mai 1992, para. 249.



qui a été perdu ou endommagé, la question de l'application du régime spécifique aux plus-values devra être soulevée. Des problématiques d'allocation de profits au sein d'un groupe peuvent également se poser, ou encore l'application de retenues à la source.

Ces traitements fiscaux peuvent d'ailleurs donner lieu à débat entre les parties. Dans une affaire *Micula c/ Roumanie* (27), une demande de brutage destinée à limiter l'impôt roumain avait été sollicitée. Une divergence d'appréciation entre les parties sur l'application de l'impôt roumain fut toutefois l'objet d'après développements. Les juges ne souhaitant pas rentrer dans la discussion n'ont finalement pas spécifié si la compensation devait ou non s'entendre net d'impôts.

La décision d'arbitrage elle-même peut donner lieu à des difficultés d'interprétation fiscale : à titre d'exemple, les juges américains ont pu estimer que la compensation pour retard de paiement devait être considérée comme taxable au taux ordinaire, alors que l'indemnisation afférente à la résiliation de la concession, par voie d'expropriation, était éligible au régime des plus-values à long terme (28). Les juges américains ont considéré la rédaction de la sentence ambiguë sur ces points et il fut alors demandé à un expert d'interpréter la sentence, 16 ans après le prononcé de celle-ci...

Il est tout aussi important de ne pas surestimer la complexité fiscale. Le fiscaliste est besogneux et saura exposer, de manière claire, à destination de non-spécialistes, l'ensemble des conséquences fiscales qu'emportera l'allocation d'une indemnité, quelle qu'en soit la nature. Encore faut-il qu'il soit sollicité et que sa mission soit clairement définie. En tout état de cause, la question fiscale doit être traitée correctement et pleinement.

**Comment le demander ?** En pratique, les parties avisées recourent à des notes d'experts fiscaux, en complément des analyses économiques d'évaluation des préjudices. On peut observer que les Etats, prenant appui sur une jurisprudence peu favorable aux parties lésées, revue ci-avant, contestent par principe la recevabilité des demandes de *tax gross-up* et ne nomment pas

---

(27) *V. Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL, SC Multipacl SRL v. Romania*, ICSID Case n° ARB/05/20.

(28) *V. US tax court, RJR Nabisco v. IRS*, TC Memo 1998-252, Docket NO. 3796-95.

de leur côté d'experts. Les experts fiscaux des parties lésées ne sont que rarement sollicités lors des sessions dites de *cross-examination*, passage relativement désagréable où l'expert passe sous les foudres des conseils adverses. Cela ne peut qu'étonner compte tenu des enjeux en cause. Cela démontre également que la partie fiscale n'a sans doute pas la place qu'elle devrait avoir dans les procédures d'arbitrage.