



**LES LIENS ENTRE LES  
CONVENTIONS DE DOUBLE  
IMPOSITION ET LES TRAITÉS  
BILATÉRAUX RELATIFS AUX  
INVESTISSEMENTS**



Nations Unies  
Commission économique pour l'Afrique



**LES LIENS ENTRE LES  
CONVENTIONS DE DOUBLE  
IMPOSITION ET LES TRAITÉS  
BILATÉRAUX RELATIFS AUX  
INVESTISSEMENTS**



Nations Unies  
Commission économique pour l'Afrique

Pour commander des exemplaires de *Les liens entre les conventions de double imposition et les traités bilatéraux relatifs aux investissements*, veuillez contacter :

Section des publications et de la gestion des conférences  
Commission économique pour l'Afrique  
B.P. 3001  
Addis-Abeba, Éthiopie  
Tél: +251-11- 544-9900  
Télécopie: +251-11-551-4416  
Adresse électronique: eca-info@un.org  
Web: www.uneca.org

© 2020 Commission économique pour l'Afrique  
Addis-Abeba, Éthiopie

Tous droits réservés  
Premier tirage : janvier 2020

Toute partie du présent ouvrage peut être citée ou reproduite librement. Il est cependant demandé d'en informer la Commission économique pour l'Afrique et de lui faire parvenir un exemplaire de la publication.

Les appellations employées dans cette publication et la présentation des données qui y figurent n'impliquent de la part de la Commission économique pour l'Afrique aucune prise de position quant au statut juridique des pays, territoires, villes ou zones, ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites.

Conçu et imprimé à Addis-Abeba par le Groupe de la publication et de l'impression de la CEA, certifié ISO 14001:2015.  
Imprimé sur du papier sans chlore.

Photos de couverture: Shutterstock.com

# Table des matières

---

Remerciements.....	v
Avant-propos .....	vi
Résumé.....	viii
<b>1. Introduction.....</b>	<b>1</b>
<b>2. Traités bilatéraux d'investissement et conventions de double imposition .....</b>	<b>5</b>
2.1. Objectifs et principales caractéristiques des traités bilatéraux d'investissement .....	6
2.2. Objectifs et principales caractéristiques des conventions de double imposition .....	11
2.3. Tendances des traités bilatéraux d'investissement et des conventions de double imposition .....	14
<b>3. Les problèmes que soulèvent les traités bilatéraux d'investissement et les conventions de double imposition.....</b>	<b>19</b>
3.1. Des données empiriques hétérogènes militent en faveur d'un examen attentif des traités bilatéraux d'investissement et conventions de double imposition.....	19
3.2. Les pays en développement sont les plus durement touchés par les effets des conventions fiscales et des traités d'investissement .....	21
3.3. Les traités bilatéraux d'investissement et les conventions de double imposition peuvent compliquer les politiques de développement .....	23
3.3.1 Les traités bilatéraux d'investissement limitent la marge de manœuvre politique d'un gouvernement .....	23
3.3.2 Le règlement des différends entre investisseurs et États peut être faussé .....	24
3.3.3 Le système de règlement des différends entre investisseurs et États présente encore des défauts systémiques .....	25
3.3.4 Les conventions de double imposition limitent considérablement les droits d'imposition des pays .....	26
3.3.5 Les conventions de double imposition peuvent faciliter l'évasion fiscale des sociétés multinationales .....	27
3.3.6 L'impact fiscal des conventions de double imposition sur les pays africains .....	28
3.4. Les traités d'investissement peuvent compliquer la gestion des crises .....	29
<b>4. Clauses des traités bilatéraux d'investissement qui peuvent interagir avec les conventions de double imposition et les mesures fiscales correspondantes .....</b>	<b>31</b>
4.1. Préambule.....	35
4.2. Définitions de l'investisseur et de l'investissement .....	35
4.3. Traitement national.....	35
4.4. Traitement de la nation la plus favorisée .....	36
4.5. Traitement juste et équitable .....	37
4.6. Expropriation .....	38
4.7. Clause-cadre.....	40
4.8. Transfert des fonds .....	40
4.9. Exigences de résultat .....	41
4.10. Règlement des différends .....	41

<b>5. Les investisseurs sont incités à structurer leur investissement de manière à tirer le maximum d'avantages des traités bilatéraux d'investissement et des traités de double imposition</b> .....	<b>43</b>
5.1. Recherche de la juridiction la plus favorable (choix des traités bilatéraux d'investissement) .....	43
5.2. Picorage fiscal (traités bilatéraux d'investissement) .....	45
5.3. Chaînage conventionnel (conventions de double imposition) .....	46
<b>6. Conclusions et recommandations</b> .....	<b>48</b>
<b>7. Options pour la réforme des régimes fiscaux et d'investissement en Afrique</b> .....	<b>50</b>
<b>Bibliographie</b> .....	<b>61</b>

**Tableaux**

Tableau 1: Affaires de procédure amiable dans les pays africains et certains pays comparateurs en 2016 .....	13
Tableau 2: Difficultés potentielles du point de vue fiscal dans les accords internationaux d'investissement.....	32
Tableau 3: Exemples de formulations dans les accords internationaux d'investissement visant à préserver la marge d'action dans le domaine de la fiscalité.....	54

**Figures**

Figure I: Les cinq principaux pays africains ayant conclu le plus grand nombre de traités bilatéraux d'investissement .....	15
Figure II: Les principaux pays ayant conclu le plus grand nombre de traités bilatéraux d'investissement avec l'Afrique.....	15
Figure III: Les cinq principaux pays africains ayant conclu le plus grand nombre de conventions de double imposition.....	17
Figure IV: Les cinq pays ayant conclu le plus grand nombre de conventions de double imposition avec l'Afrique ...	17

**Encadrés**

Encadré I: Occidental c. République de l'Équateur (2002) et EnCana c. République de l'Équateur (2003).....	39
Encadré II: Antoine Goetz et al. c. République du Burundi (1995) .....	40
Encadré III: Vodafone c. Inde (2014, 2017) .....	42
Encadré IV: Optimisation fiscale des traités aux Pays-Bas .....	44

# Remerciements

---

La présente étude a été établie sous la direction générale de la Secrétaire exécutive de la Commission économique pour l'Afrique (CEA), Mme Vera Songwe. Sa rédaction a été coordonnée par le Directeur de la Division de l'intégration régionale et du commerce, Stephen N. Karingi.

L'équipe principalement chargée de rédiger l'étude était composée de Laura Páez, chef de la Section des institutions du marché, et de Martin Kohout, économiste associé dans cette Section, avec le concours de plusieurs collègues : Wafa Aidi, Joseph Baricako et Emmanuel Chinyama, qui ont contribué à l'étude par des observations et des révisions détaillées.

L'étude a largement bénéficié des observations et du soutien reçu dans le cadre de la réunion du Groupe spécial d'experts chargé d'examiner les options politiques pour stimuler l'investissement intra-africain par l'harmonisation régionale des politiques et traités d'investissement, qui s'est tenue en octobre 2017 à Addis-Abeba. Nous tenons particulièrement à remercier les

organisations et institutions suivantes qui ont participé à l'examen externe par les pairs du rapport à l'occasion de cette réunion : la Commission de l'Union africaine, l'Université britannique de Dubaï, la Communauté d'Afrique de l'Est, l'Institut international pour le développement durable, l'administration douanière de Namibie, le Centre de recherches fiscales Strathmore, le Ministère du commerce et de l'industrie de l'Afrique du Sud, la Commission économique et sociale pour l'Asie occidentale (CESAO), la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), l'Université de Dar es-Salaam et la Commission tanzanienne de planification. Nous tenons aussi à remercier Attiya Waris de l'Université de Nairobi et Rodrigo Polanco Lazo du World Trade Institute, qui ont également examiné le texte.

Nous remercions le personnel de la Section des publications de la CEA qui a apporté un appui logistique et assuré le contrôle indispensable de l'édition, la traduction, la mise en page, la conception, l'impression et la distribution du rapport.

# Avant-propos

---

L'Afrique se trouve actuellement à la croisée des chemins pour ce qui est de la réglementation des investissements. La situation mondiale à cet égard évolue rapidement, et les pionniers donnent le ton et cherchent à influencer le régime international de l'investissement. Jusqu'à présent, le continent africain s'est borné à une attitude réactive, et les responsables africains ont assez peu participé aux forums où sont discutés l'investissement et les questions fiscales connexes.

Le dialogue sur les accords internationaux relatifs aux investissements a bien lieu à l'échelle mondiale, et il a considérablement évolué au cours des dernières années. Les tentatives de réformer le régime actuel, en particulier le régime du règlement des différends entre les investisseurs et les États, ont évolué ; il ne s'agit plus de lancer mais de consolider les réformes en visant des instruments tels que les traités bilatéraux qui ne sont pas conformes aux besoins actuels de

la politique de développement et qui en réalité n'ont pas abouti à une augmentation réelle des investissements. Bien qu'un nombre croissant de pays africains se soient engagés activement dans de telles réformes, d'autres n'ont pas encore commencé à aborder ce problème.

En outre, il est de plus en plus évident que l'investissement est devenu l'une des principales sources extérieures de financement du développement pour beaucoup de pays en développement, notamment africains. À mesure que la mobilisation des ressources devient critique pour les pays africains face aux ambitieux objectifs énoncés dans le Programme de développement durable à l'horizon 2030 et l'Agenda 2063 : L'Afrique que nous voulons, et compte tenu de l'engagement pris dans le Programme d'action d'Addis-Abeba de la troisième Conférence internationale sur le financement du développement d'étudier et d'exploiter de nouvelles sources complémentaires de financement du



développement au-delà de l'aide publique au développement, le continent africain doit mieux comprendre quel type d'accords internationaux peuvent intéresser et retenir les investisseurs dans l'optique du développement durable.

Cela est devenu évident pour les États membres de la Commission économique pour l'Afrique, comme en témoigne leur volonté de réviser les accords internationaux existants en matière d'investissement qui n'ont guère permis d'attirer ceux-ci, mais aussi dans le contexte du dialogue continental sur l'investissement qu'ils ont engagé. En effet, depuis 2013, les États membres de la CEA encouragent un dialogue sur les questions d'investissement dans le cadre de la Conférence des ministres africains du commerce.

Dans l'esprit de ce dialogue, la CEA a récemment été chargée par les ministres du commerce de l'Union africaine de mener une étude sur les liens entre les conventions de double imposition et les traités bilatéraux d'investissement. Cette étude, qui répond directement à cet appel, fournit des éléments analytiques sur la façon dont la relation entre ces deux types d'instruments peut affecter l'investissement et déterminer l'impact que cela peut avoir sur la capacité du continent

d'exploiter et de conserver l'investissement tout en évitant d'engendrer des flux financiers illicites découlant d'activités d'investissement des multinationales dans le cadre des conventions de double imposition.

J'espère sincèrement que la publication de cette étude contribuera à une meilleure compréhension de ce que les pays africains doivent faire pour revoir et développer les traités bilatéraux d'investissement et les conventions de double imposition qu'ils concluent afin de concourir à la mobilisation d'investissements qui soient transformateurs et au service du développement du peuple africain.

**La Secrétaire générale adjointe de l'ONU et  
Secrétaire exécutive de la Commission  
économique pour l'Afrique**



**Vera Songwe**

# Résumé

L'investissement direct étranger (IDE) promet d'accélérer la transformation structurelle et la réduction de la pauvreté en Afrique. Ces investissements sont essentiels si l'on veut accroître l'équipement national, engendrer des retombées positives et nouer des liaisons interindustrielles tout en facilitant l'importation de nouvelles technologies et de savoir-faire.

L'investissement étranger en Afrique a considérablement augmenté au cours des dernières décennies, mais on est encore loin d'atteindre le chiffre de 5 % de l'encours total d'IDE. Entre autres facteurs, le caractère attractif des économies africaines en tant que destination des investissements étrangers est obéré par la perception d'un risque considérable.

La réglementation de l'investissement est un facteur essentiel si l'on veut attirer les flux d'investissements ; c'est le régime des investissements qui détermine si les résultats seront tangibles et durables en matière de développement. Contrairement aux règles du commerce international, regroupées dans le système commercial multilatéral régi par l'Organisation mondiale du commerce (OMC), le régime international des investissements est décentralisé et présente tout un réseau d'accords bilatéraux et multilatéraux.

Comme dans d'autres régions du monde, la plupart des pays africains ont eu recours à des traités bilatéraux d'investissement et de double imposition pour stimuler les entrées d'investissements étrangers. Ces pays ont généralement accepté des conventions types et ont bénéficié de l'appui de leurs homologues au lieu de proposer leur propre formule répondant à leurs ambitions propres en matière de développement. Pourtant, ces dernières années, on a constaté une expansion graduelle de régimes locaux, aux niveaux bilatéral, régional et continental, ce qui témoigne de l'abandon progressif de certaines démarches

habituelles. Les modèles et protocoles régionaux d'investissement, ainsi qu'un code panafricain des investissements récemment adopté et, dans certains pays, l'élimination progressive des traités bilatéraux d'ancienne génération, l'adoption de traités d'un type nouveau et la renégociation de conventions fiscales confirment le fait que les décideurs africains entendent s'affirmer. Les événements récents s'inscrivent dans le contexte plus large de la réforme des régimes d'investissement et de la fiscalité internationale dans le monde entier.

Désireux de mieux comprendre, de façon uniforme, les caractéristiques des traités bilatéraux d'investissement et des traités de double imposition, les ministres africains du commerce, en 2016, ont demandé à la Commission économique pour l'Afrique (CEA) de réaliser une étude qui est un premier balisage des liens entre ces deux types d'instruments. Cette évaluation préliminaire a pour but de contribuer au débat en cours sur l'investissement mondial et la réforme de la fiscalité en déterminant les thèmes, les problèmes et les possibilités communs à l'Afrique afin de profiter au mieux de l'investissement étranger pour contribuer à la transformation structurelle et au développement durable.

## **Objectifs et caractéristiques des conventions relatives à l'investissement bilatérales à la double imposition**

Les traités bilatéraux d'investissement sont conçus avant tout pour protéger les investisseurs étrangers contre les risques découlant de la politique intérieure, qui pourraient nuire à leurs investissements dans le pays d'accueil. Tous les traités bilatéraux d'investissement définissent les entités et les actifs couverts. Au niveau fondamental, ces traités protègent contre les spoliations sans indemnisation, tant sous une forme directe résultant par exemple de la nationalisation, que sous une forme indirecte

dictée par les politiques suivies. De plus, ces traités contiennent des garanties supplémentaires, en particulier le traitement national, qui protègent les investisseurs étrangers contre tout traitement discriminatoire par rapport aux entités nationales, ainsi que la clause de la nation la plus favorisée, qui garantit aux investisseurs un traitement au moins aussi favorable que celui des autres entreprises étrangères présentes dans le pays.

La norme de traitement équitable entend protéger les investisseurs contre tout traitement arbitraire ou abusif de la part de l'État d'accueil. Les traités bilatéraux d'investissement tendent généralement à garantir le libre transfert des capitaux à l'entrée et à la sortie du pays. De nombreux traités d'investissement particuliers interdisent aussi d'imposer des obligations de résultat selon lesquelles les entreprises étrangères devraient se conformer à des exigences supplémentaires formulées par le gouvernement du pays d'accueil. Enfin et surtout, les traités d'investissement permettent aux investisseurs de défendre leurs droits devant un tribunal d'arbitrage des différends entre le pays d'accueil et l'investisseur.

Les conventions de double imposition sont conçues principalement pour éviter d'imposer deux fois la même activité, ce qui fausserait les investissements, mais ces conventions jouent également un rôle auxiliaire, celui d'aider à lutter contre la fraude fiscale. En vertu de ces conventions, l'économie d'accueil ne peut prélever d'impôts sur le revenu des sociétés que lorsque la présence de l'entreprise satisfait aux critères d'établissement stable énoncés dans le traité, qui peuvent être, par exemple, la présence permanente d'un bureau ou d'une usine. Les impôts que ces conventions régissent comprennent la retenue à la source sur le revenu passif, les intérêts et les dividendes, ainsi que les gains en capital.

Les normes de traitement accordées par les conventions de double imposition se limitent généralement au traitement national. Seul un très petit nombre de conventions fiscales contiennent la clause de la nation la plus favorisée. La plu-

part des conventions fiscales ne permettent pas l'accès à un organisme d'arbitrage et prévoient au contraire une procédure amiable en vertu de laquelle les investisseurs peuvent notifier aux autorités fiscales de l'un des pays leur désaccord avec les autorités du pays d'accueil. Les autorités compétentes des deux pays peuvent alors chercher une solution conjointe. L'arbitrage n'est pas actuellement l'option la plus couramment utilisée, mais elle est envisagée dans les futures conventions fiscales.

Les traités bilatéraux existants sur les investissements et sur la double imposition imposent généralement des engagements plus fermes de la part du pays d'accueil que ce n'est le cas dans les pays d'origine ou chez les investisseurs eux-mêmes. Les traités bilatéraux sur les investissements contiennent souvent des clauses juridiquement contraignantes uniquement pour le pays d'accueil mais non pas pour les autorités du pays d'origine ou les investisseurs. À leur tour, les traités de double imposition fixent un maximum d'impôt à percevoir et ils ne créent pas de nouveaux types d'impôt en dehors de ceux qui figurent déjà dans le code fiscal du pays. En outre, ces traités ne prévoient pas d'importantes incidences financières pour les États d'origine des investissements car ceux-ci offrent habituellement des mesures d'allègement fiscal unilatéral. L'utilisation parfois abusive par les investisseurs des deux instruments peut compliquer encore leurs effets négatifs potentiels sur les pays d'accueil des investissements.

Les indications empiriques sur l'impact des traités bilatéraux relatifs aux investissements et des conventions de double imposition sur le volume des investissements sont mitigées. La plupart des études récentes indiquent généralement les effets positifs des traités bilatéraux sur les investissements sur le volume des investissements réalisés par rapport aux conclusions résultant d'études antérieures. En outre, des doutes subsistent concernant l'importance de la robustesse des mécanismes de règlement des différends pour les investisseurs et quant aux interactions entre les traités relatifs aux investissements et les institutions nationales.

### **Traités bilatéraux relatifs aux investissements et à la double imposition en Afrique**

Il y a actuellement en Afrique 515 traités bilatéraux relatifs aux investissements en vigueur et 47 d'entre eux concernent uniquement des pays africains. Le continent africain compte aussi plus de 450 traités de double imposition, dont 59 proprement intra-africains. Les pays les plus actifs dans la conclusion de ces traités, en Afrique, sont surtout ceux d'Afrique du Nord. Les cinq pays ayant le plus grand nombre de traités bilatéraux relatifs aux investissements en vigueur sont l'Algérie, l'Égypte, Maurice, le Maroc et la Tunisie. En ce qui concerne les traités de double imposition, l'Afrique du Sud, l'Égypte, le Maroc, Maurice et la Tunisie sont les plus actifs sur le continent.

Alors que les pays industrialisés ont habituellement été les principaux partenaires des pays africains dans la conclusion de traités bilatéraux d'investissement et de conventions de double imposition, les traités Sud-Sud sont de plus en plus courants. Les pays d'Europe de l'Ouest conservent cependant certains des réseaux les plus denses de conventions d'investissement ou de conventions fiscales.

Les pays africains sont désormais très actifs dans l'établissement d'un régime continental des investissements. Parmi les exemples, on peut citer le Code panafricain des investissements, adopté par les ministres en octobre 2017, et le projet de protocole sur les investissements se rapportant à l'Accord portant création de la Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf). L'objectif du Code est de formuler une position commune et cohérente sur l'investissement de façon à équilibrer les objectifs de promotion des investissements venant de l'extérieur et intra-africains et de conserver la souveraineté en matière de choix de la politique intérieure.

### **Les traités bilatéraux d'investissement et les conventions de double imposition peuvent créer des obstacles aux politiques de développement**

La capacité d'un gouvernement d'adopter et d'appliquer des politiques est déterminée de façon décisive par les options disponibles et par ses ressources financières. Ces deux aspects peuvent toutefois être infléchis par l'existence de conventions fiscales et d'investissement mal conçues.

Les anciens traités bilatéraux d'investissement, en particulier, ont tendance à contenir des définitions vagues des principales normes de traitement, ce qui limite la marge de manœuvre des autorités, introduit une incertitude au sujet des conséquences de leurs dispositions principales et risque donc de compromettre la prise de décision politique. L'impact de résultats qui seraient incertains peut encore être aggravé par l'impression que le système présente des carences en matière de règlement des différends entre investisseur et État d'accueil.

Dans certains cas, les pays en développement (généralement les parties aux arbitrages) sont plus susceptibles de gagner dans les arbitrages que les sociétés privées (qui sont généralement les demandeurs). Pourtant, plusieurs affaires importantes ont été réglées impliquant souvent l'admission par l'État défendeur d'une certaine malversation. En outre, en ne prenant en considération que les cas d'arbitrage jugés sur le fond et non sur la compétence ou la procédure, les investisseurs ont plus de chances de gagner. Les pays en développement ont en outre souvent du mal à se défendre eux-mêmes, plus que leurs homologues des pays industrialisés.

Les conventions de double imposition ne se bornent pas à amoindrir les droits en matière fiscale des pays d'accueil, mais peuvent aussi permettre l'évasion fiscale, les sociétés étrangères étant à même d'exploiter les lacunes de la fiscalité ou les disparités entre un régime fiscal national et international. Par exemple, ces sociétés peuvent structurer leurs activités de façon à ne pas atteindre le seuil définissant l'établissement stable, ou bien elles peuvent encore transférer artificielle-

ment des profits par diverses juridictions fiscales pour réduire au minimum l'obligation fiscale. L'évasion fiscale est particulièrement problématique pour les pays africains, dont l'assiette fiscale est relativement étroite et fortement dépendante de l'imposition des sociétés. L'évasion fiscale est l'une des filières des flux financiers illicites, et on estime qu'en moyenne 73 milliards de dollars de capitaux fuient chaque année l'Afrique, ce qui retarde considérablement la mobilisation interne des ressources.

### **Importance des traités de double imposition dans l'arbitrage relatif aux investissements**

La mesure dans laquelle les traités bilatéraux d'investissement s'appliquent aux conventions fiscales et aux questions fiscales dépend en général de leur conception. Au minimum, ces traités couvrent tous les domaines relatifs aux investissements, y compris la fiscalité. La portée ou la définition des normes de traitement garanties par un traité relatif aux investissements sont décisives quand un tribunal est amené à déterminer si un investisseur prétend à bon droit qu'il est victime de la violation d'un traité du fait des agissements de l'État en question. En pratique, ces traités contiennent souvent des exclusions relatives à la fiscalité.

Le préambule d'une convention n'entraîne pas d'obligations juridiquement contraignantes mais aide les arbitres à interpréter le traité. L'accent mis sur l'obligation des États et le silence sur leurs droits dans le préambule risquent de modifier l'évaluation d'une requête relative à un traité. La définition des investisseurs dans les traités bilatéraux relatifs aux investissements et les critères d'établissement stable peuvent ne pas correspondre exactement, ce qui offre à certains investisseurs la latitude de contester l'action de l'État d'accueil sans être imposables dans le pays. Le traitement national, qui est traité aussi bien par les traités bilatéraux d'investissement que par les conventions de double imposition, peut faire obstacle à des mesures légales ou administratives ayant pour but de remédier à l'évasion fiscale. La clause de la nation la plus favorisée est fréquemment invoquée par les investisseurs

pour importer des normes de traitement plus favorables ou pour améliorer l'accès à l'arbitrage, ce qui peut augmenter l'incertitude pour le pays d'accueil.

Lorsqu'ils évaluent les demandes de réparations après une violation présumée d'un traitement équitable ou après une expropriation, les tribunaux prennent habituellement en considération plusieurs éléments, notamment les « espérances légitimes » des investisseurs. Une mesure qui serait contraire aux dispositions d'un traité fiscal valable peut aller à l'encontre des attentes des investisseurs. Les experts peuvent également être amenés à se demander si en l'absence d'un traité de double imposition les modifications apportées aux prélèvements à la source ne risquent pas de déclencher un différend.

Lorsqu'il n'y a pas de critères de performance obligatoires dans un investissement bilatéral, l'État d'accueil peut inciter les investisseurs à se conformer à des exigences similaires par des incitations fiscales. Mais cette pratique peut aussi soulever la question des avantages fiscaux, parfois déterminants, dans les méthodes d'évasion fiscale appliquées par les sociétés. Enfin, des mesures spécifiques peuvent être contestées dans une procédure de règlement des différends entre investisseur et État ou lors d'une procédure amiable, ou même les deux, et la préférence des investisseurs pour l'une ou l'autre méthode causera des incertitudes et entraînera pour l'État hôte des coûts liés au contentieux.

### **L'application abusive des traités peut accroître l'effet des externalités négatives**

À moins que les traités bilatéraux d'investissement et les conventions de double imposition ne contiennent des garanties précises, ils peuvent inciter des investisseurs étrangers, originaires de pays tiers, à restructurer leurs investissements afin de profiter de la meilleure combinaison possible de moyens de protection des investissements et d'avantages fiscaux résultant de ces accords. Ce comportement opportuniste, cependant, échappe à ce à quoi les États contractants ont consenti en signant ces accords et aggrave encore

les répercussions de certains des aspects problématiques de ces traités. L'utilisation abusive des traités peut compromettre davantage la capacité des États d'accueil de promouvoir des politiques de développement et peut aller à l'encontre de l'esprit et de l'objet de ces traités.

Trois types distincts mais mutuellement compatibles d'utilisation abusive des traités ont été repérés. D'abord, les investisseurs d'un pays tiers peuvent vouloir structurer leurs opérations de façon à profiter d'une meilleure protection offerte par la convention fiscale plutôt que d'investir directement. Ensuite, un traité d'investissement peut être attrayant étant donné qu'il peut servir de point d'entrée à un traitement meilleur présent dans des traités semblables par le canal de la clause de la nation la plus favorisée. Enfin, les entreprises peuvent canaliser leurs investissements au moyen d'une juridiction distincte pour profiter du traitement favorable offert par les conventions de double imposition. Les conventions fiscales couvrant des juridictions dont la législation est favorable peuvent s'avérer particulièrement propices à un comportement opportuniste.

### **Conclusions et recommandations de politique générale**

La présente étude met en lumière les divers liens qui existent entre les conventions de double imposition et les conventions bilatérales d'investissement et certains des problèmes qu'elles posent aux pays africains signataires. On reconnaît de plus en plus qu'il faut aligner les accords conclus sur les ambitions et les préoccupations des États en fait de développement. Les dirigeants africains peuvent envisager de prendre plusieurs mesures aux niveaux national, bilatéral et multinationale pour dissiper ces difficultés. Étant donné le grand nombre de traités d'investissement conclus dans les années 90 et le début des années 2000 qui sont récemment arrivés à expiration ou sont sur le point de l'être, le moment est venu de procéder à un examen en vue d'une réforme. Les pays africains qui souhaitent se prévaloir de conventions bilatérales d'investissement ou de double imposition sont encouragés à s'inspirer des analyses mondiales en cours sur l'investissement et les questions fiscales et à y contribuer.

Dans l'immédiat, les pays africains devraient faire un bilan de leurs traités bilatéraux d'investissement et de double imposition et déterminer dans quelle mesure ces traités sont compatibles avec leurs besoins de développement pour attirer l'investissement productif, être en mesure de mobiliser les ressources du pays par l'impôt et réduire les flux financiers illicites. Les responsables africains devraient également définir et mettre en œuvre une démarche nationale visant à développer la politique d'investissement et à définir une politique fiscale éclairée par leurs plans de développement. Cette démarche déterminera si oui ou non et dans quelle mesure ils veulent que les pays utilisent ces instruments. Le processus national et l'engagement des parties prenantes doivent être encouragés et faire partie intégrante de l'élaboration des politiques pour assurer la qualité et les résultats durables de celles-ci. Le renforcement des institutions nationales permettrait aussi de s'attaquer à certaines des questions que les traités bilatéraux d'investissement et les conventions de double imposition cherchent à régler. Il faut donner la priorité aux institutions nationales et au renforcement des capacités indépendamment de la position nationale prise sur les traités bilatéraux d'investissement et des conventions de double imposition.

Les projets d'intégration régionale et continentale peuvent être utilisés pour introduire des politiques fiscales et d'investissement mieux conçues. Il est essentiel que ces initiatives soient coordonnées et n'ajoutent pas encore une couche supplémentaire de complexité aux traités et aux dispositifs existants. Le protocole relatif à l'investissement qui fera partie de la phase II des négociations relatives à la zone de libre-échange continentale africaine, qui vont débiter en octobre 2019, offre une occasion unique de garantir la cohérence et la clarification du contexte de l'investissement sur le continent. Il sera contraignant pour tous les membres et pourrait fournir un ensemble de règles qui remplacerait les traités d'investissements intra-africains existants. Ces règles devraient également calibrer de son champ d'application à double traités de taxation et d'imposition de façon plus générale. Par la suite, la zone de libre-échange continentale africaine pourrait également servir pour des dis-

cussions de politiques sur des approches de la fiscalité, notamment la question des flux financiers illicites. Les pays africains devraient également utiliser ces mécanismes régionaux et surtout continentaux pour formuler leur vision d'avenir concernant l'investissement et les politiques fiscales s'agissant des régimes d'investissement et fiscaux mondiaux.

Plusieurs modèles sont à la disposition des décideurs qui souhaitent promouvoir des traités bilatéraux d'investissement en les reformulant et repenser à des conventions de double imposition. En dehors des modèles et protocoles régionaux et continentaux, notamment le Code panafricain des investissements, ils souhaiteront peut-être consulter les nouveaux modèles nationaux apparus en Afrique et dans d'autres régions. S'agissant des conventions de double imposition, les diri-

geants peuvent s'inspirer, et même aller au-delà, des modèles de convention de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et de l'ONU, du projet du Groupe des Vingt et de l'OCDE sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices dévoilé en 2015, le manuel de 2016 des Nations Unies pour la négociation des traités fiscaux bilatéraux entre les pays développés et en développement, et consulter la monographie de 2018 intitulée « Érosion de la base d'imposition et transfert des bénéfices en Afrique : Réformes de l'imposition des entreprises multinationales » et le Rapport économique sur l'Afrique 2019 : La politique budgétaire au service du financement du développement durable de la CEA pour inspirer les politiques de lutte contre l'évasion fiscale. On trouvera à la fin du présent rapport des exemples des options disponibles.





# 1. Introduction

---

L'investissement étranger apporte une puissante impulsion à la transformation structurelle, indispensable pour mettre les économies africaines sur la voie du développement durable de long terme afin de réaliser le Programme de développement durable à l'horizon 2030 et l'Agenda 2063 : L'Afrique que nous voulons, de l'Union africaine. Les flux d'investissements permettent de construire et d'augmenter les avoirs productifs d'un pays et ont le potentiel de susciter des retombées positives dans l'économie par des liaisons interindustrielles en amont et en aval, l'augmentation de la productivité par le transfert des technologies et des compétences, de capital humain, de production à valeur ajoutée élevée, d'insertion dans les chaînes de valeur mondiales et d'une croissance plus élevée avec augmentation des recettes fiscales (Ozturk, 2007). Les investissements étrangers peuvent à terme contribuer à la réduction de la pauvreté (Fowowe et Shuaibu, 2014).

La part de l'Afrique dans l'investissement étranger direct mondial reste globalement faible, à moins de 5 %. Par ailleurs, après un pic d'IDE en 2015, les flux ont été plus modérés et se sont établis à 46 milliards de dollars en 2018 (CNUCED, 2019c). L'amélioration des conditions macroéconomiques, une croissance robuste, un marché de consommation et une classe moyenne en expansion, des taux de rendement sur investissement relativement élevés, des ressources naturelles abondantes et les découvertes récentes de produits minéraux, de gaz et de pétrole sont autant de facteurs qui ont contribué à un accroissement des investissements directs étrangers (IDE) (CEA, 2016).

L'expérience de l'Afrique et d'autres régions en développement révèle pourtant que l'investissement peut comporter des coûts environnementaux, sociaux et économiques élevés pour

l'économie et la société d'accueil, sans toujours tenir ses promesses. En particulier, les investissements qui favorisent l'économie d'enclave, caractéristique du secteur extractif, avec une intégration très faible dans l'économie locale et qui ne favorisent pas suffisamment l'industrialisation et la diversification économique (Gui-Diby et Renard, 2015) n'apporteront que très peu de valeur ajoutée et peuvent même compromettre les efforts que font les pays africains pour parvenir à transformer structurellement leur économie (CEA, 2013).

La réglementation de l'investissement est un facteur décisif pour déterminer si les flux d'investissements croissants, en Afrique comme dans tous les pays en développement, se traduiront bien par des résultats tangibles, à long terme, en matière de développement (Akyüz, 2015). Selon leur type et selon leur origine, les investissements peuvent être régis par une combinaison de facteurs politiques, législatifs, relevant du droit international et, dans certains cas, en particulier pour les projets d'investissement à grande échelle, par des contrats passés avec l'État hôte. Les différents niveaux de réglementation peuvent former un environnement législatif complexe et peuvent être contreproductifs s'il s'agit de trouver le bon équilibre entre les droits et les obligations des pays d'accueil, d'une part, et les investisseurs, d'autre part.

Contrairement aux règles s'appliquant au commerce régi par l'Organisation mondiale du commerce (OMC), le régime mondial de l'investissement est décentralisé et caractérisé en grande partie par ce qu'on a pu appeler un « plat de spaghetti » de traités et d'investissements régionaux et bilatéraux très divers et de traités commerciaux comportant des chapitres sur l'investissement (Muchlinski, 1999 ; Peterson, 2007) désignés sous le nom d'accords internationaux d'invest-

tissement<sup>1</sup>. Les pays africains ont eu tendance à conclure des traités bilatéraux d'investissement dans le cadre de leur stratégie de promotion de l'IDE. Dans leur volonté d'intégration régionale actuelle, un certain nombre de communautés économiques régionales en Afrique, notamment le Marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA), la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) et la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC), ont conclu des protocoles et des traités types relatifs à l'investissement dans leurs États membres. Bien qu'ils s'écartent des modèles traditionnels d'accords internationaux d'investissement à certains égards, ces instruments régionaux peuvent augmenter encore la complexité de l'ensemble des traités existants étant donné qu'ils font souvent double emploi avec des traités bilatéraux d'investissement dans le continent (Páez, 2017).

Les traités et conventions fiscales relatifs à la double imposition comportent des dispositions favorisant les investissements sur le plan fiscal. Il s'agit d'accords bilatéraux visant à réduire la complexité administrative de l'investissement étranger et à atténuer ainsi le risque de double imposition qui fausserait l'allocation des ressources et affecterait les investissements (Neumayer, 2007).

De nombreux traités internationaux, aussi bien bilatéraux d'investissement que de double imposition, sont apparus comme une mesure permettant de répondre aux différends potentiels qui pourraient surgir entre pays sur les questions d'investissement et de fiscalité, et à divers degrés, pourraient imposer des limites au pouvoir souverain des États. Les deux types de traité semblent

<sup>1</sup> Les règles de l'Organisation mondiale du commerce contiennent des dispositions relatives aux investissements multilatéraux : c'est le cas de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, qui accorde une protection de ces droits, l'Accord général sur le commerce des services, qui couvre les investissements prenant la forme d'une « présence commerciale » de fournisseurs internationaux de services, et l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce, qui interdit l'imposition de règles supplémentaires aux investisseurs susceptibles d'entraîner des distorsions du commerce. Voir Vandeveld (2005) et Commission économique pour l'Afrique (2015) pour une analyse de ces instruments. En outre, des efforts sont en cours pour promouvoir la facilitation des investissements au niveau multilatéral (Mukibi et Barkan, 2017).

symptomatiques de leurs régimes internationaux pertinents, caractérisés par un chevauchement des intérêts, de la concurrence et de l'héritage de l'histoire. Leur contenu, qui est d'une grande importance pour les pays, les entreprises et les populations, est déterminé par les objectifs, le pouvoir de négociation et les compétences des négociateurs de chaque traité. Dans le cadre d'une prise de conscience accrue et d'une meilleure appréciation des conséquences (parfois involontaires) de ces accords, des efforts sont faits à l'échelle mondiale pour aligner les conventions fiscales et d'investissement sur les exigences et les ambitions en matière de développement des gouvernements hôtes et des différentes parties prenantes.

Après la Seconde Guerre mondiale, les pays industrialisés ont fait la promotion des traités bilatéraux d'investissement comme moyen de contrer les efforts des pays en développement et des pays socialistes pour entraîner une refonte de l'ordre juridique international en matière d'investissement. Ces pays, parmi lesquels figurent de nombreuses nations nouvellement indépendantes, se sont efforcés d'obtenir une large reconnaissance de leur droit d'exercer leur souveraineté sur leurs ressources et leurs activités économiques, éventuellement sous la forme d'une expropriation non indemnisée (Vandeveld, 2005)<sup>2</sup>. C'était vrai également de beaucoup de pays africains, en particulier pendant la période qui a suivi l'accès à l'indépendance, qui ont également utilisé les traités bilatéraux d'investissement pour confirmer leur statut de nouveaux États (CEA, 2016).

<sup>2</sup> Le 1er mai 1974, l'Assemblée générale a adopté la Déclaration sur l'instauration d'un Nouvel Ordre économique international, qui énonce les principes de « la pleine souveraineté permanente de chaque État sur ses ressources naturelles et toutes ses activités économiques... y compris le droit à la nationalisation ou au transfert de propriété à ses ressortissants » [art. 4 (e)]. La Charte des droits et devoirs économiques des États (du 12 décembre 1974) stipule que chaque État a le droit « de nationaliser, d'exproprier ou de transférer la propriété de biens étrangers, auxquels cas l'État qui adopte de telles mesures devrait verser une indemnisation appropriée, en tenant compte de ses lois et règlements pertinents et de toutes les circonstances que l'État juge pertinentes [art. 2 (a)] ». Alors que la Déclaration sur l'établissement d'un Nouvel Ordre économique international est muette sur la question de l'indemnisation en cas d'expropriation, une cause défendue depuis longtemps par les États développés, la Charte ne l'introduit qu'en tant que possibilité, avec une méthode d'évaluation indépendante des normes du droit international.

De leur côté, les conventions de double imposition, conclues pour la première fois dès la fin du XIXe siècle, cherchaient à résoudre les désaccords entre les pays sur les moyens de répartir les droits fiscaux dans les cas où une double imposition pouvait se produire. Les deux premières conventions fiscales types, introduites en 1928 par la Société des Nations et en 1963 par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), ont attribué la plupart des droits fiscaux à l'économie d'origine de l'investissement (Guzman, 2005). Ces conventions ont été suivies par la première convention fiscale type des Nations Unies, présentée en 1980, qui mettait davantage l'accent sur les droits du pays dans lequel l'investissement est réalisé et était plus favorable aux pays en développement importateurs de capitaux. Si les modèles de conventions de l'OCDE et des Nations Unies ont été mis à jour à plusieurs reprises depuis leur entrée en vigueur, cette répartition entre le pays d'origine et le pays d'accueil reste essentiellement inchangée.

Les pays africains sont devenus dépendants des traités bilatéraux d'investissement et des conventions de double imposition non seulement pour attirer et promouvoir les investissements étrangers directs mais aussi comme instruments diplomatiques et politiques pour promouvoir et faire progresser les relations économiques internationales (Dagan, 2000 ; Brauner, 2016). Les liens historiques ont souvent influencé le choix des partenaires (Allee et Peinhardt, 2000 ; Braun et Zagler, 2014). Les capacités administratives et les capacités de négociation ont également affecté le contenu des traités passés avec les pays africains, qui ont souvent accepté les modèles et projets proposés par leurs homologues parfois sans pleinement se rendre compte des conséquences négatives éventuelles (VanDuzer, 2016 ; Hearson, 2017 ; Poulsen et Aisbett, 2013)<sup>3</sup>.

Plus récemment, une nouvelle dynamique dans la pratique et le discours sur les conventions fiscales et les traités d'investissement est apparue,

les répercussions négatives de certains de ces instruments étant profondément ressenties. Les pays industrialisés se sont également montrés plus actifs dans l'investissement international, se retrouvant de plus en plus dans une position de défendeur dans un arbitrage prévu en vertu des traités bilatéraux d'investissement (Vandevelde, 2005). Ainsi, une nouvelle génération de traités bilatéraux d'investissement est apparue pour compenser la trop grande importance accordée aux droits des investisseurs et tenant davantage compte du droit des gouvernements de réglementer, de la nécessité de préserver leur marge de manœuvre politique et du respect des droits de l'homme et des obligations des entreprises (Seatzu et Vargiu, 2015 ; CNUCED, 2017). Le Groupe des Vingt qui comprend également les pays BRICS (Brésil, Russie, Inde, Chine et Afrique du Sud) et certains pays de l'OCDE dirige actuellement les travaux sur les modifications à apporter à la fiscalité mondiale pour mettre fin aux pratiques d'évasion fiscale auxquelles se livrent les multinationales (Brauner, 2017).

Tout comme les traités bilatéraux d'investissement sont considérés comme limitant la marge de manœuvre politique de certains pays, les conventions de double imposition peuvent être considérées comme affectant la mobilisation des recettes fiscales du pays d'accueil (CNUCED, 2000 ; ActionAid, 2016b). Ces deux instruments peuvent également entrer en interaction dans des affaires d'arbitrage résultant de disparités dans les traités, disparités qui peuvent exercer un effet négatif. Les pays africains sont donc invités à réévaluer ensemble leurs traités fiscaux et d'investissement et sont encouragés à choisir dans un ensemble d'options permettant de trouver un meilleur équilibre entre les droits des investisseurs et la capacité des États membres d'attirer et de conserver les investissements favorables au développement durable.

Souhaitant promouvoir l'investissement et les instruments et méthodes fiscales qui répondent le mieux aux besoins de développement de leur pays, les ministres africains du commerce ont demandé en novembre 2016 à l'Union africaine et à la Commission économique pour l'Afrique de

<sup>3</sup> De Branbère (2017) fait observer que dans le cas des dispositions relatives à un traitement juste et équitable dans les traités bilatéraux relatifs aux investissements, les pays africains ont généralement accepté les définitions données par leurs partenaires.

mener une étude qui serait un premier balisage sur les liens entre les traités bilatéraux d'investissement et les conventions de double imposition et qui ferait progresser le dialogue continental en cours sur les politiques d'investissement, entamé lors de la huitième session ordinaire de la Conférence des ministres de l'Union africaine en octobre 2013. Étant donné que les régimes d'investissement et la fiscalité sont généralement choisis dans diverses instances et négociés par divers acteurs publics, des disparités et des doubles emplois entre les deux instruments sont devenus évidents. En reliant les deux débats et en se concentrant sur le domaine de la fiscalité, cette étude cherche à faciliter la réflexion sur la manière dont les pays africains peuvent redéfinir leur conception de l'investissement et des conventions fiscales pour attirer un plus grand nombre d'investissements productifs sans compromettre d'autres facteurs de développement durable, notamment leur capacité de mobiliser les ressources fiscales nationales et de disposer d'une marge de manœuvre politique suffisante pour formuler et appliquer des politiques en fonction des aspirations et de la situation nationales.

La présente étude met en lumière certaines des conséquences possibles, pour les pays africains et notamment les importateurs de capitaux, des interactions entre les traités bilatéraux d'investissement et les conventions de double imposition. La structure de la présente étude est la suivante : la section 1 présente les éléments et caractéristiques les plus frappants de ces conventions et fait le point sur les réseaux actuels de conventions fiscales et d'investissements en Afrique ; la section 2 contient une discussion des obstacles potentiels que ces conventions peuvent opposer à une bonne gouvernance, séparément et ensemble ; la section 3 examine en détail les clauses des traités d'investissement les plus susceptibles d'interagir avec les conventions fiscales ; la section 4 se concentre sur le niveau de l'entreprise et sur la façon dont les investisseurs peuvent évaluer ensemble les conventions fiscales et d'investissement lorsqu'ils structurent leurs opérations mondiales ; la section 5 présente des pistes possibles et formule des recommandations politiques ; on trouvera à la section 6 un modèle avec des actions plus spécifiques et des changements à apporter aux conventions fiscales.

## 2. Traités bilatéraux d'investissement et conventions de double imposition

---

Les pays africains ont fait d'importants progrès en matière de gouvernance au cours des dernières années, mais ils continuent d'être perçus comme présentant un risque élevé, ce qui les empêche de recueillir les investissements nécessaires. Cette prudence, en particulier celle des investisseurs non encore établis sur le continent (Ernst and Young, 2016)<sup>4</sup>, a dans une large mesure été déterminée par des événements passés, par une mauvaise compréhension des risques inhérents et par des coûts d'information élevés sur les possibilités réelles d'investissement.

Les traités d'investissement sont conçus pour donner aux investisseurs des garanties crédibles contre des risques tels que l'expropriation ou la refonte imprévue des politiques, les pratiques malencontreuses et la mauvaise application de la loi par le gouvernement ou les autorités du pays d'accueil, ce qui compromettrait ou même éliminerait la valeur de leur investissement. Les traités bilatéraux d'investissement ont donc été conçus comme des outils permettant de promouvoir la protection des droits et obligations des investisseurs de la part des pays d'accueil des investissements, réduisant ainsi les risques et augmentant l'intérêt du pays en matière d'investissement (Mina, 2015). Les traités bilatéraux d'investisse-

ment expriment effectivement une ouverture à l'investissement et aux entreprises associées et reconnaissent que les investisseurs doivent protéger leurs placements.

Les conventions de double imposition cherchent à garantir que les investisseurs étrangers ne seront pas assujettis à des impôts prélevés sur le même revenu ou la même activité par les autorités fiscales du pays d'origine et celles du pays d'accueil. Conséquence de cet objectif, les conventions fiscales peuvent éliminer l'imposition « excessive » à la source (dans le pays d'accueil), prévenir la discrimination fiscale entre les investisseurs nationaux et étrangers et réduire la complexité des opérations administratives tout en améliorant la transparence et la prévisibilité fiscales (Pickering, 2014). De nombreux traités de double imposition sont également expressément conçus pour réduire le risque de fraude fiscale en donnant aux autorités fiscales de chacun des deux pays des mécanismes de partage de l'information et d'assistance fiscale. Essentiellement, les traités de double imposition témoignent de la volonté d'un pays d'appliquer des « normes fiscales internationalement reconnues » et de son désir d'une intégration plus profonde dans l'économie mondiale (Cooper, 2014). Ces qualités des conventions de double imposition sont considérées par les investisseurs qui cherchent un environnement favorable à l'investissement comme des outils qui leur permettront de rapatrier le produit de leur investissement dans les conditions les plus avantageuses.

À la lumière des avantages et de la protection que les traités bilatéraux d'investissement et les conventions de double imposition offrent aux investisseurs, ceux-ci sont souvent perçus comme

---

<sup>4</sup> Conçu par Ernst and Young (2016), le programme sur l'attractivité de l'Afrique, qui concerne l'Afrique subsaharienne, indique que l'Afrique est la destination la plus attrayante pour les investisseurs déjà présents sur le continent, 66 % d'entre eux estimant que cet attrait du continent s'est amélioré au cours de l'année écoulée et 81 % prévoyant encore une amélioration au cours des trois prochaines années. Par contraste, pour le groupe des investisseurs qui ne sont pas déjà établis en Afrique, celle-ci vient au deuxième rang comme destination attrayante, 30 % seulement d'entre eux estimant que l'attractivité de l'Afrique s'est améliorée au cours de l'année écoulée, dont la moitié s'attend à ce que cette attractivité s'améliore au cours des trois prochaines années.

des outils attrayants qui encouragent l'investissement. Les deux types d'instruments, cependant, doivent être examinés avec soin étant donné que par plusieurs de leurs aspects relatifs à la protection de l'investissement ils sont complexes, comme on le montre plus en détail dans les sections suivantes.

## 2.1. Objectifs et principales caractéristiques des traités bilatéraux d'investissement

Les traités bilatéraux d'investissement offrent aux investisseurs des normes de traitement bien précises qui engendrent un ensemble de droits. La raison d'être de ces normes est d'établir des règles du jeu équitables vis-à-vis des autres investisseurs, nationaux ou internationaux, et de les protéger contre les comportements discriminatoires et arbitraires des autorités du pays d'accueil, ainsi que d'autres risques politiques. Ces droits sont généralement renforcés par la faculté de recourir directement à l'arbitrage international en matière d'investissement.

La forme des traités bilatéraux d'investissement est généralement très similaire, mais ils peuvent varier considérablement sur le fond (Muchlinski, 2009). Les éléments les plus déterminants des traités d'investissement comprennent notamment un préambule, la définition du champ d'application, les définitions des termes, les normes de traitement, la protection contre la discrimination, une clause-cadre, les prescriptions de performance, le transfert de capitaux et le règlement des différends<sup>5</sup>. On trouvera ici une description des éléments les plus frappants :

### a) Préambule

Le préambule d'un traité bilatéral d'investissement en énonce les objectifs. Il fait généralement

<sup>5</sup> Les traités bilatéraux relatifs aux investissements contiennent habituellement aussi une norme relative à la « protection et à la sécurité ». Mais la jurisprudence n'est pas strictement cohérente sur l'applicabilité de cette norme aux mesures prises par les États et, en pareil cas, ne définit pas la mesure dans laquelle cette norme peut être dissociée de celle du traitement juste et équitable (Schreuer, 2010). Dans la pratique des traités, le traitement juste et équitable et la norme de protection et de sécurité sont souvent mentionnés ensemble (c'est le cas, par exemple, du traité bilatéral conclu en 2007 par le Congo et la Namibie et de celui conclu en 2014 par le Kenya et le Qatar).

référence à la volonté d'établir des conditions favorables à l'investissement en présentant les droits des investisseurs et l'intention de renforcer les relations économiques (voir, par exemple, le traité bilatéral d'investissement de 1993 entre la Gambie et la Suisse). Les préambules de traités plus récents sont également amenés à faire référence au développement durable, comme on peut le voir dans le traité bilatéral d'investissement de 2016 entre le Brésil et le Malawi. En soi, les préambules ne créent pas des obligations juridiques, mais ils sont pris en compte par les arbitres dans l'éventualité d'un litige<sup>6</sup>.

### b) Champ d'application

Le champ d'application d'un traité bilatéral d'investissement peut varier, d'une concentration étroite sur la protection de l'investissement et des investisseurs à un ensemble plus général d'activités liées à l'objectif de resserrement des liens économiques, notamment la promotion de l'investissement et la coopération en matière d'investissement. Tous ces traités concernent les dimensions de l'investissement qui peuvent être affectées par la violation des normes définies d'un traité par une mesure légale ou administrative concernant notamment l'environnement, la santé, la sécurité et la réglementation. Sauf mention contraire, ces traités englobent aussi les traités fiscaux et de double imposition (Davie, 2015 ; Dermikol, 2018 ; par exemple, le traité bilatéral d'investissement entre le Burundi et les Comores de 2001). Un examen mené par Chaisse (2016b) montre un large éventail de mesures fiscales ayant fait l'objet de contestations fondées sur des conventions fiscales, notamment les impôts sur les bénéfices exceptionnels, les enquêtes fiscales, la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), les impôts sur les sociétés, les taxes d'importation et la taxation des fiducies de revenu. Un traité relatif aux investissements peut couvrir les investissements une fois qu'ils sont

<sup>6</sup> Quand les arbitres déterminent la validité des prétentions d'un investisseur en fonction des dispositions d'un traité relatif aux investissements, ils appliquent la règle générale d'interprétation définie au paragraphe 2 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités qui se lit comme suit : 'Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, le préambule et les annexes inclus.'

réalisés ou s'appliquer à la phase préparatoire et à celle du lancement de l'investissement.

### **c) Définitions de l'investisseur et des investissements**

Les définitions précisent quelles entités et quels types d'actifs sont couverts par le traité. Un investisseur est le plus souvent défini comme une personne physique ou morale résidant dans la juridiction du pays signataire, même si une présence substantielle dans l'économie d'origine est parfois requise (Yannaca-Small, 2008 ; par exemple, dans le traité bilatéral relatif aux investissements, conclu entre le Maroc et le Nigéria en 2017). Dans certains accords, la forme de la personne morale inclut uniquement un type bien précis de propriété de l'investissement. La définition de l'investissement varie selon les traités (CNUCED, 2011). Dans les traités plus anciens en particulier, l'investissement est souvent défini de façon ouverte, englobant « tous les types d'actifs », et on énonce généralement une liste indicative de tels actifs (c'est le cas, par exemple, du traité bilatéral relatif aux investissements, conclu par les Pays-Bas et le Ghana en 1989). Des traités plus récents peuvent contenir des critères plus précis, et une liste exhaustive des types d'actifs couverts accompagnée parfois d'une « liste négative » des actifs non couverts (c'est le cas, par exemple, du traité bilatéral relatif aux investissements, conclu en 2015 par le Canada et la Guinée). Certains traités d'investissement, comme le traité conclu en 1986 par les États-Unis et l'Égypte, peuvent également autoriser la propriété indirecte par l'intermédiaire d'entités affiliées.

### **d) Normes de traitement**

Tous les traités bilatéraux relatifs aux investissements contiennent sous une forme ou une autre des normes relatives ou absolues. Les premières empêchent par exemple un traitement discriminatoire par rapport à un traité de référence, les secondes impliquent que l'application du traité soit évaluée en fonction d'un ensemble de critères plutôt que par comparaison avec d'autres entités. Les normes de traitement les plus couramment utilisées comprennent le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée et le traitement juste et équitable.

Le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée sont des principes intégrant des normes relatives. Le traitement national dispose que les investisseurs étrangers ne peuvent être soumis à un traitement moins favorable que celui appliqué aux investisseurs nationaux. La clause de la nation la plus favorisée garantit que les avantages accordés à un investisseur d'un pays tiers, en particulier ceux contenus dans un traité bilatéral relatif aux investissements ou un autre traité conclu entre l'État d'accueil et le pays tiers, doivent être accordés aussi aux investisseurs couverts par le traité de base. Ainsi, les investisseurs étrangers ne peuvent être traités de façon moins favorable que leurs concurrents internationaux. En conséquence, la clause de la nation la plus favorisée assure que la valeur relative du traité de base n'est pas compromise, au fil des ans, par la conclusion de nouveaux traités avec d'autres partenaires (Schill, 2008).

À son tour, le traitement juste et équitable représente une norme absolue de traitement car il est considéré en fonction d'un ensemble d'éléments précis. Son expression peut être assez large (comme dans le traité bilatéral relatif aux investissements conclu en 2001 entre le Burkina Faso et le Bénin), liée à des normes coutumières internationales de traitement et assortie d'une liste indicative d'éléments à considérer (par exemple, le traité bilatéral conclu en 2016 entre le Nigéria et Singapour) ou précisée dans le traité (c'est le cas, par exemple, de l'Accord économique et commercial global (AECG) de 2016 entre l'Union européenne et le Canada). Les investisseurs font souvent valoir, et de nombreux tribunaux sont d'accord avec eux, que le traitement juste et équitable protège leurs « attentes légitimes ou raisonnables » (Dolzer, 2014). Les investisseurs qui se disent lésés font valoir l'existence d'une norme de traitement juste et équitable ou d'une clause plus générale les protégeant contre tout mauvais traitement de la part de l'État d'accueil qui ne serait pas couverte par d'autres normes (Klärer, 2010 ; CNUCED, 2015a).

### **e) Protection contre l'expropriation**

À la base des traités bilatéraux relatifs aux investissements on trouve habituellement la volonté de protéger les investisseurs contre la saisie dis-

criminateur, sans indemnisation, de leurs actifs (Park, 2009). L'expropriation directe sous la forme de la saisie directe des actifs d'un investisseur (et du produit de ceux-ci) par l'État, le plus souvent par la nationalisation, et sa variante indirecte, qui s'applique quand il y a des mesures et des politiques particulières entraînant notamment une expropriation subreptice<sup>7</sup>, sont couvertes dans beaucoup de traités bilatéraux relatifs aux investissements.

Le droit international autorise les pays à exproprier de leurs actifs des investisseurs internationaux quand la conduite de l'expropriation et son indemnisation répondent à des règles. L'expropriation doit répondre à un objectif d'intérêt général, ne pas être discriminatoire, être conforme au respect de la légalité et être suivie par « une indemnisation prompte, adéquate et effective » selon la formule Hull (CNUCED, 2004, 2012a ; voir le texte du traité bilatéral relatif aux investissements, conclu en 1998 par l'Afrique du Sud et le Sénégal).

Les arbitres ont également appliqué un certain nombre de méthodes d'évaluation du caractère juste et équitable et du cas d'expropriation indirecte. Tout comme le traitement juste et équitable, la notion « d'attente légitime » des investisseurs est largement reconnue dans la jurisprudence. Dans le raisonnement des arbitres, ceux-ci sont de plus en plus amenés à appliquer le test de proportionnalité et à considérer la protection d'un investisseur contre le risque entraîné par le droit d'un État de légiférer (Radi, 2013). En d'autres termes, les arbitres mesurent l'impact d'une décision sur les investisseurs, au regard de l'intérêt légitime de l'État qui a pris la mesure en question (Fortier et Drymer, 2005). Cette démarche constitue un compromis entre deux méthodes opposées qui ont également été appliquées par les arbitres : la doctrine des « pouvoirs de police » et la doctrine des « effets isolés ». La première doctrine dans sa version extrême protège toutes les mesures prises dans l'intérêt général contre une contestation en vertu des traités bilatéraux relatifs aux investissements tout en méconnaissant l'impact de ces

<sup>7</sup> L'expression « expropriation subreptice » renvoie à un type d'expropriation indirecte entraîné par l'effet cumulé d'un ensemble de mesures différentes.

mesures sur l'investisseur. La seconde doctrine tient compte uniquement des implications de ces mesures pour l'investisseur (Dolzer, 2002 ; Kriebaum, 2007b ; Radi, 2013 ; Pellet, 2015).

#### **f) La clause-cadre**

Certains traités bilatéraux d'investissement contiennent une clause-cadre qui étend la protection offerte par le droit international aux accords conclus entre les investisseurs et l'État (par exemple, dans le traité conclu en 1989 par le Royaume-Uni et le Ghana). De tels arrangements ne seraient autrement exécutoires que par les moyens offerts par la législation nationale, qui permet éventuellement l'arbitrage international, ou par un mécanisme spécial, s'il en est prévu un dans un contrat avec l'État hôte. Les contrats conclus avec de grands investisseurs dans le secteur minier ou les contrats de concession illustrent ce type d'engagement<sup>8</sup>. En dehors de la violation d'un contrat, au moins l'une des normes de traitement en vertu d'un traité bilatéral d'investissement doit également être violée pour qu'une contestation invoquant une clause-cadre d'un traité puisse aboutir.

La jurisprudence, pourtant, n'est pas tout à fait cohérente pour ce qui est de la compétence, de la recevabilité ou de l'interprétation de la clause-cadre<sup>9</sup> (Footer, 2017). Par exemple, les arbitres ont parfois refusé d'examiner des demandes découlant de contrats contenant une clause de forum exclusif, c'est-à-dire l'exigence d'un mécanisme particulier de règlement des différends (Demirkol,

<sup>8</sup> Dans l'arbitrage international entre Randgold, une compagnie minière basée à Jersey, et le Mali, on constate la pertinence des accords conclus entre les gouvernements et les entreprises (affaire no ARB/13/16 du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements). La société en question contestait le montant des impôts demandés par les autorités maliennes en 2013, les trouvant « sans raison ni fondement » et en contravention avec la garantie de stabilité fiscale (c'est-à-dire pas de modification du régime fiscal applicable) prescrite dans les conventions minières bilatérales. Après un procès qui a duré trois ans, le tribunal du Centre international a rendu son arrêt en juin 2016 en faveur de l'investisseur et ordonné au Gouvernement malien d'indemniser la société d'un montant de 29,2 millions de dollars (Biesheuvel, 2016).

<sup>9</sup> Dans l'affaire qui a opposé Hochtief AG à l'Argentine (affaire no ARB/07/31 du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), la différence entre juridiction et recevabilité est donnée comme la suivante : « la juridiction est un attribut d'un tribunal et non d'une requête, tandis que la recevabilité est un attribut d'une requête et non d'un tribunal » (par. 90).



2018). D'autre part, en l'absence même d'une clause générale, un contrat ou un engagement précis conclu avec un investisseur peut renforcer l'allégation de violation d'un traitement juste et équitable ou une expropriation en vertu d'un traité bilatéral d'investissement.

### g) Interdiction des exigences de résultat

Les parties contractantes peuvent également renoncer au droit d'imposer des exigences de résultat aux investisseurs pour les forcer à nouer des liens plus étroits avec l'économie du pays hôte (comme convenu, par exemple, dans le traité bilatéral d'investissement Canada-Cameroun de 2014). Ces critères obligatoires peuvent prendre différentes formes, notamment l'exigence d'un approvisionnement local, des quotas d'emploi local et la formation du personnel local, le transfert de technologie, une participation locale minimale à la propriété de l'entreprise et un minimum d'exportations (Nikiéma, 2014). Au lieu de prescrire des exigences, les pays importateurs de capitaux peuvent fournir des incitations fiscales pour encourager le respect de conditions semblables. Même si un traité bilatéral d'investissement n'interdit pas l'inclusion d'exigences de résultat, les membres de l'OMC peuvent être empêchés d'en imposer aux investisseurs en vertu de l'Accord de l'OMC sur les mesures concernant les investissements liées au commerce<sup>10</sup>.

### h) Transfert de fonds

Les traités d'investissement garantissent aussi le rapatriement des fonds de l'économie d'accueil vers le pays d'origine de l'investissement, accordant en général à l'investisseur le droit de déplacer les bénéfices réalisés sur ses investissements, notamment les profits, les dividendes et

les intérêts. Cette disposition vise à accorder aux investisseurs une liberté totale de transfert, bien que de nombreux traités bilatéraux d'investissement associent le respect de la législation fiscale nationale à l'exercice de ce droit (comme, par exemple, le traité bilatéral d'investissement de 1997 conclu entre l'Égypte et la Russie) ou permettent une suspension temporaire en temps de crise (comme c'est précisé dans le traité bilatéral d'investissement conclu en 2016 par le Rwanda et le Maroc).

### i) Règlement des différends

Les traités bilatéraux d'investissement autorisent les entités privées à défendre leur droit conventionnel vis-à-vis des États étrangers en recourant à l'arbitrage international<sup>11</sup>. La plupart des traités bilatéraux d'investissement prévoient en effet le règlement des différends entre l'investisseur et l'État, l'investisseur lésé déposant alors directement sa demande, ainsi que le règlement des différends entre États par lequel l'État d'origine défend l'investisseur en son nom. Outre les traités bilatéraux d'investissement, les investisseurs peuvent également recourir à l'arbitrage international si cela est indiqué dans le contrat d'investissement conclu avec le Gouvernement du pays hôte ou en vertu de la législation de celui-ci<sup>12</sup>. La grande majorité des traités bilatéraux d'investissement prescrivent une période de réflexion ou une période provisoire avant que l'investisseur puisse présenter une réclamation, parfois aussi à la condition qu'une résolution à l'amiable soit recherchée pendant la période provisoire (de six mois, par exemple, dans le traité bilatéral d'investissement conclu en 2000 entre le Soudan et l'Éthiopie ; voir aussi OCDE, 2012a). En pratique, chaque fois que l'État défendeur a été déclaré en violation du

<sup>10</sup> Les mesures relatives aux investissements liés au commerce interdisent l'institution d'obligations qui sont : a) incompatibles avec la norme du traitement national, à savoir les exigences minimales en matière de contenu local ou de contenu d'importation maximal par rapport au volume ou à la valeur des exportations ; b) incompatibles avec l'obligation d'élimination générale des restrictions quantitatives aux termes de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (GATT) de l'OMC, telles que les limitations directes mises à l'importation de produits pour la production locale, les limitations mises à l'importation de produits pour la production locale par une restriction de l'accès de l'entreprise à des devises ou des normes minimales obligatoires d'exportation ou de vente pour l'exportation des produits d'une entreprise.

<sup>11</sup> Aux fins d'un arbitrage, un tribunal d'arbitrage relatif aux investissements a compétence pour examiner une requête basée sur un traité, et quatre conditions doivent être remplies simultanément : compétence personnelle (régie par la définition de l'investisseur) (*ratione personae*), compétence matérielle (le différend doit concerner un investissement défini par le traité) (*ratione materiae*), compétence temporelle (définie par la période sur laquelle s'applique le traité) (*ratione temporis*) et consentement (défini par l'étendue du consentement à l'arbitrage donné par les deux pays qui concluent le traité) (*ratione voluntatis*).

<sup>12</sup> Certains pays africains, dont le Burkina Faso et Madagascar, prévoient le recours à l'arbitrage international dans leur législation nationale.

traité, l'investisseur a été indemnisé sans que l'État ait pour autant été contraint d'annuler la mesure contestée (Bonnitcha et al., 2017).

L'investisseur peut également engager une procédure devant un tribunal international de son choix, indiqué expressément ou implicitement dans le traité. Les deux parties au différend nomment alors ensemble un arbitre au sein d'un groupe d'arbitrage convoqué pour évaluer la demande, et elles sont tenues d'en respecter les décisions (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, 2006 ; Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 2010). Le président de ce groupe d'arbitrage est choisi par les deux parties et, si elles ne se mettent pas d'accord, il sera choisi par l'organisme d'arbitrage selon son règlement intérieur. Les décisions des arbitres internationaux l'emportent sur celles des tribunaux nationaux. Les arbitres ne sont pas liés par les décisions antérieures d'autres tribunaux et traitent les décisions passées comme simple indication sur l'interprétation à donner à des dispositions de fond des traités dans l'affaire à l'examen.

Les États contractants déterminent dans les traités bilatéraux d'investissement quelles règles arbitrales peuvent être appliquées, notamment celles élaborées par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), la Chambre de commerce de Stockholm et la Chambre de commerce international. Les organismes d'arbitrage peuvent également utiliser des règles d'arbitrage différentes de celles élaborées par leur organisation. Les organismes d'arbitrage sont notamment le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, dont le secrétariat administre l'arbitrage en vertu des règles propres ou des règles de la Commission du droit commercial international, et la Cour permanente d'arbitrage facilite souvent l'examen d'affaires amorcées en vertu de ces règles de la Commission. Il existe également des cours d'arbitrage régionales comme le tribunal de la SADC<sup>13</sup>, le bureau

régional de la Cour permanente d'arbitrage, situé à Maurice, le Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international et la Chambre de commerce de Lagos qui dispose d'un centre d'arbitrage<sup>14</sup>. Au niveau mondial comme dans le contexte africain, le Centre international s'occupe du plus grand nombre de différends relatifs aux investissements<sup>15</sup> ; viennent ensuite les différends traités sur la base des règles de la Commission. Les traités peuvent également comporter des dispositions pour un arbitrage spécial, souvent en vertu des règles de la Commission du droit commercial international, qui ne sont pas appliquées par une institution d'arbitrage administratif.

Les investisseurs sont censés préférer l'arbitrage à une action en justice devant les tribunaux nationaux dont ils estiment qu'ils peuvent être prédisposés en faveur de l'État hôte ou être éventuellement inefficaces (Brower et Schill, 2009). De même, en faisant appel à un arbitrage entre un investisseur et un État, les investisseurs n'ont pas besoin de demander à leur propre gouvernement de poursuivre le pays d'accueil pour leur compte, comme ce serait le cas dans un règlement d'un différend entre États, qui risquerait de compliquer et de politiser le litige (Schwebel, 2014). Les affaires arbitrées durant l'exercice 2014-2015 par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements ont duré en moyenne 39 mois, mais il n'est pas rare que des procédures d'arbitrage

---

droits de propriété à l'occasion d'un programme de redistribution des terres dans l'affaire qui a opposé la société Mike Campbell au Gouvernement zimbabwéen (en 2007). Depuis lors, les gouvernements de la région ont limité la juridiction du tribunal aux différends inter-États.

<sup>14</sup> Le Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, par exemple, s'est prononcé dans l'affaire qui a opposé Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi et fils à la Libye et autres (en 2011) en vertu de l'Accord général pour l'investissement de capitaux arabes dans des États arabes. L'affaire portait sur l'annulation d'un projet de développement touristique mené par le groupe koweïtien Kharafi. Le tribunal d'arbitrage a accordé au demandeur 934 millions de dollars pour l'incapacité des autorités libyennes de fournir des terrains aux termes du contrat de location de terres conclu avec l'Autorité de développement du tourisme et de la décision du Ministère libyen de l'économie de mettre un terme au projet en 2010.

<sup>15</sup> En avril 2017, sur un total de 617 affaires dont le Centre international était saisi, 128 étaient l'objet de poursuites de pays africains.

<sup>13</sup> Le tribunal d'arbitrage de la SADC a donné tort au Gouvernement zimbabwéen en raison d'une violation des droits de l'homme et des

durent beaucoup plus longtemps, en particulier dans le cas d'objections quant à la juridiction<sup>16</sup>.

## 2.2. Objectifs et principales caractéristiques des conventions de double imposition

En réduisant leur complexité administrative et l'incertitude qui touche les investisseurs étrangers, les conventions fiscales peuvent compléter les traités bilatéraux d'investissement alors même que ce sont des instruments entièrement indépendants (Choudhury et Owens, 2014). Les traités ou conventions de double imposition attribuent des droits de prélever l'impôt sur le revenu au-delà des frontières entre l'économie d'accueil et l'économie d'origine, dans le but de prévenir la double imposition qui se produit quand un même revenu, ou une même activité économique, est imposé dans les deux pays. Les conventions de double imposition offrent également une voie de recours qui prend généralement la forme d'un dialogue entre les autorités fiscales compétentes par une procédure convenue en commun.

L'absence de conventions fiscales et le caractère asymétrique de l'information entre les investisseurs et les autorités fiscales ouvrent une marge de manœuvre à la fraude fiscale. En établissant des filières officielles de communication entre les autorités fiscales nationales, les conventions de double imposition peuvent également contribuer à la prévention de la fraude fiscale en facilitant l'échange d'information et l'assistance mutuelle dans la collecte de l'impôt (Pickering, 2014 ; Brauner, 2016).

Ces traités sont généralement assez uniformes s'agissant de leur forme, de leur teneur et de la suite des chapitres (Avi-Yonah, 2009). Les conventions fiscales, en Afrique comme dans d'autres régions du monde, s'inspirent des modèles de convention proposés par l'OCDE ou les Nations

Unies pour éviter la double imposition<sup>17</sup> (OCDE, 2014 ; Nations Unies, 2011).

Les traités indiquent quelles entités et quels impôts sont couverts par eux (voir, par exemple, les articles 1 et 2 des modèles de convention fiscale des Nations Unies et de l'OCDE, ou encore le traité conclu en 2011 contre la double imposition, conclu par le Royaume-Uni et l'Éthiopie). Les conventions fiscales s'appliquent habituellement aux résidents, personnes physiques ou morales (par exemple, des sociétés) de l'un des deux États contractants. Les catégories d'impôt couvertes par le traité peuvent cependant différer dans les deux pays<sup>18</sup>. Selon les définitions générales (art. 3 de chacun des modèles de convention), le domaine d'applicabilité du traité fiscal est déterminé par la résidence des parties (art. 4) et les conditions relatives à l'établissement stable (art. 5).

Les critères de résidence établissent les conditions que l'investisseur doit remplir pour être considéré comme résidant dans le pays, par exemple la juridiction dans laquelle le contribuable est constitué en société. Un établissement stable est, aux termes du paragraphe 1 de l'article 5 du modèle de l'OCDE, une « installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle l'entreprise exerce tout ou partie de son activité » et sert de critère pour déterminer si la présence économique de l'investisseur dans le pays d'accueil est suffisamment importante pour justifier l'imposition de son activité par le pays. Par exemple, dans le modèle de l'OCDE, la durée minimale définissant un établissement stable est de six mois, et elle est de 12 mois pour les chantiers de construction. Les exemples d'établissement stable comprennent

<sup>17</sup> En pratique, les pays qui négocient de nouvelles conventions fiscales adoptent habituellement l'un ou l'autre des deux modèles comme base de leurs textes, qu'ils adaptent ensuite en fonction de leurs objectifs et priorités propres (par exemple, le Nigéria et l'Ouganda utilisent et modifient des dispositions précises du modèle proposé par les Nations Unies ; ActionAid, 2015b ; Hearson et Kangave, 2016).

<sup>18</sup> Par exemple, le traité conclu en 1993 par le Royaume-Uni et le Ghana s'agissant de la double imposition précise que les impôts susceptibles d'être levés sont, dans le cas britannique, l'impôt sur le revenu, l'impôt sur les sociétés et l'impôt sur les plus-values et, dans le cas du Ghana, l'impôt sur le revenu, l'impôt sur les plus-values, la taxe sur les recettes pétrolières et la taxe sur les recettes minières.

<sup>16</sup> La longueur moyenne de la procédure n'est pas indiquée dans les rapports les plus récents du Centre international.

une succursale d'une société, un bureau, une usine, une entreprise agricole ou une mine.

Les pays d'accueil ne peuvent pas prélever d'impôt à la source (sur le revenu accumulé ou sur l'activité commerciale) sur les entreprises dont la présence dans leur juridiction tombe en dessous du seuil d'établissement stable. Ce scénario contraste avec la situation où il n'y a pas de convention de double imposition et, dans ce cas, le pays d'accueil peut imposer tous les revenus engendrés par les sociétés étrangères sur son territoire. Un allègement fiscal peut être accordé dans la mesure où le code national des impôts prévoit des avantages spéciaux ou des exonérations fiscales pouvant être accordés par réglementation spéciale et être protégés en vertu de traités bilatéraux d'investissement, notamment dans le cas d'une zone économique spéciale<sup>19</sup>.

Les retenues à la source sur les revenus passifs, c'est-à-dire les dividendes, les intérêts et les redevances (art. 10 à 12 des modèles de convention fiscale de l'OCDE et des Nations Unies)<sup>20</sup>, sont un moyen essentiel de rétablir les attributions fiscales des deux pays contractants (Daurer et Krever, 2012). Les impôts sur les plus-values en capital prélevés sur l'augmentation de la valeur d'une immobilisation entre le moment de l'achat et celui de la vente sont généralement régis par des conventions de double imposition (art. 13). Les conventions fiscales suppriment les impôts sur certaines catégories de revenus ou fixent le taux que les autorités du pays d'accueil peuvent appliquer à un niveau inférieur ou égal à celui qui prévaut dans la législation nationale. Les conventions fiscales à elles seules ne peuvent créer de nouvelles catégories d'impôt, mais seulement modifier les impôts déjà existants en vertu du code fiscal du pays (Keen et al., 2014). Le modèle de convention fiscale des Nations Unies, qui accorde davantage de préroga-

<sup>19</sup> Par exemple, le groupe Goetz et son groupe d'investisseurs belges ont réussi à obliger le Gouvernement burundais en 1995 à renoncer à retirer l'autorisation accordée à leur entreprise locale d'opérer dans une zone économique spéciale en leur accordant des exemptions d'impôt et de droits de douane (affaire no ARB/95/3 du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements ; on trouvera un complément à ce sujet à l'encadré III).

<sup>20</sup> Les différents articles des modèles de convention de l'OCDE et des Nations Unies se suivent normalement selon le même ordre, mais leur teneur ou leur libellé peuvent différer.

tives en matière fiscale aux pays d'accueil, est jugé plus approprié pour les pays en développement, généralement importateurs nets de capitaux (Lang et Owens, 2014)<sup>21</sup>.

Les autorités fiscales du pays de résidence des investisseurs exonèrent les investisseurs des impôts auxquels ils sont soumis dans le pays d'accueil afin d'éviter la double imposition (art. 22). Deux méthodes permettent d'éviter la double imposition. Dans l'exemption à la source, le contribuable est exonéré de l'impôt national. La méthode du crédit basé sur la résidence dicte que le revenu de l'étranger est porté au crédit du passif national. Les dispositions d'économie d'impôt garantissent ensuite que le pays de résidence exclut l'allègement fiscal obtenu par les incitations fiscales dans le pays d'accueil.

Bien qu'un traitement juste et équitable soit accordé en vertu des conventions bilatérales d'investissement, il n'est pas prévu dans les conventions relatives à la double imposition. Néanmoins, l'article 24 du modèle de convention fiscale de l'OCDE et de celui des Nations Unies limite le traitement discriminatoire possible. Les contribuables responsables dans le pays d'accueil (les investisseurs remplissant la condition de l'établissement stable) peuvent s'attendre à un traitement qui sera au moins égal à celui accordé à leurs homologues nationaux. Cette norme s'applique à tous les impôts et non seulement à ceux qui sont couverts par des conventions de double imposition. Ni le modèle de l'OCDE ni celui des Nations Unies ne contient le principe de la nation la plus favorisée ; on peut néanmoins le trouver encore dans certaines conventions fiscales. L'insertion d'une clause de la nation la plus favorisée a pour conséquence que si les conventions fiscales parallèles conclues entre le pays importateur de capitaux et un pays tiers accordent un taux d'imposition inférieur à celui offert au contribuable dans la convention de base, c'est le taux le plus faible qui s'applique.

Les conventions de double imposition considèrent les différentes filiales d'une même société comme

<sup>21</sup> Il faut envisager un arbitrage entre l'imposition et l'obtention d'investissements.

des entités distinctes, bien que dans la pratique ces entités soient souvent étroitement liées. Les transactions entre entreprises appartenant à la même société mère sont comptabilisées dans les prix de transfert<sup>22</sup>. Les succursales d'un même groupe sont censées être en interaction, comme elles le feraient avec des partenaires commerciaux ordinaires non apparentés. Les prix de transfert doivent être comparables aux prix concurrentiels d'un produit ou d'un service semblable sur le marché, et c'est le principe connu sous le nom de « pleine concurrence » (*arm's-length*), (OCDE, 2010b). Dans le pays d'accueil, l'impôt à la source applicable est prélevé sur des entités distinctes qui atteignent le seuil qui en fait des établissements stables plutôt que sur l'ensemble de l'entreprise.

Contrairement aux conventions bilatérales d'investissement, les conventions de double imposition n'autorisent que rarement l'arbitrage comme recours pour les investisseurs qui s'estiment lésés par une mesure fiscale particulière contrevenant à une convention de double imposition (voir le tableau 1 pour des statistiques sur les cas de procédure amiable). Au contraire, elles proposent la procédure amiable (art. 25 des deux modèles) selon

laquelle le contribuable lésé dépose une plainte<sup>23</sup>, et les autorités compétentes du pays d'origine et du pays d'accueil entreprennent une analyse et une interprétation communes de la situation et cherchent ensemble un remède, consistant par exemple à éliminer le cas de double imposition (voir, par exemple, la convention de 1984 entre le Canada et l'Égypte sur la double imposition).

La procédure amiable se déroule entre États et le contribuable n'est pas, au litige, une partie active. La question de savoir si une décision d'un tribunal local peut être annulée par un règlement de procédure ultérieur dépend habituellement de la législation du pays et pour que le règlement de procédure prenne effet, le contribuable doit retirer d'autres plaintes éventuellement déjà déposées sur la même question (OCDE, 2010a). Le contribuable peut également soumettre une affaire à une procédure amiable avant qu'un préjudice réel ne se produise, à condition que le risque de double imposition ne soit pas considéré comme « simplement possible, mais probable », au plus tard trois ans après la notification (OCDE, 2004b).

**Tableau 1: Affaires de procédure amiable dans les pays africains et certains pays comparateurs en 2016**

Afrique	Début d'inventaire	Nouveaux dossiers	Dossiers fermés	Fin d'inventaire
Afrique du Sud	19	6	1	4
Angola	0	0	0	0
Côte d'Ivoire	0	0	0	0
Maurice	2	3	1	4
Seychelles	0	0	0	0
<b>Pays comparateurs</b>				
Allemagne	1 177	353	350	1 180
Australie	32	22	12	42
Costa Rica	2	0	2	0
Islande	0	1	1	0
Royaume-Uni	262	109	57	314
<b>Total</b>	<b>8 002</b>	<b>1 496</b>	<b>2 308</b>	<b>7 190</b>

Source : OCDE (2017).

<sup>22</sup> Les prix de transfert sont « les prix dont sont assorties les transactions se produisant entre entreprises apparentées, en particulier quand elles appartiennent au même groupe multinational » (CUA et CEA, 2015).

<sup>23</sup> L'investisseur dépose habituellement une plainte dans le pays de résidence, mais, dans le modèle de convention de l'OCDE, il peut également le faire auprès des autorités du pays hôte.

L'OCDE (2017), qui établit les statistiques pour ses membres et pour plusieurs pays non membres, notamment certains pays africains<sup>24</sup>, a signalé qu'il y avait 8 002 affaires en instance au début de 2016, à quoi il faut ajouter 1 496 nouvelles affaires au cours de l'année. Les autorités fiscales sont parvenues à clôturer 2 308 dossiers en 2016, dont 59 % ont abouti à un accord éliminant totalement la double imposition et 19 % parvenant à l'éliminer partiellement. Témoins de leur complexité croissante, le nombre d'affaires relatives aux prix de transfert<sup>25</sup> ont mis en moyenne 30 mois pour parvenir à un règlement, tandis que dans d'autres types d'affaires, les autorités fiscales n'ont eu besoin que de 17 mois pour se mettre d'accord. Les données n'ont été obtenues qu'à partir d'un nombre limité de procédures d'accord mutuel dans les pays africains.

Le modèle des Nations Unies (2011) comme le modèle de l'OCDE<sup>26</sup> (2014) permettent aux pays de choisir l'option de l'arbitrage si les autorités ne parviennent pas à trouver une solution dans un délai de deux ans (modèle de l'OCDE) ou de trois ans (celui des Nations Unies) à compter de l'ouverture de l'instance<sup>27</sup>. Le modèle des Nations Unies ne permet qu'aux autorités compétentes d'engager une procédure d'arbitrage, tandis que le modèle de l'OCDE accorde ce droit également au contribuable. Dans aucun de ces deux modèles, le contribuable n'a son mot à dire sur la désignation des arbitres en se tournant éventuellement vers des fonctionnaires fiscaux de l'un des deux pays, et il ne peut influencer directement la procédure. Seul le modèle de l'OCDE suggère que le verdict soit juridiquement contraignant. Contrairement aux conventions bilatérales d'investissement, les deux modèles de convention de double imposition considèrent l'arbitrage

comme un simple complément de la procédure amiable, qui doit rester le principal moyen de recours pour les contribuables.

### 2.3. Tendances des traités bilatéraux d'investissement et des conventions de double imposition

On compte 2 896 traités bilatéraux d'investissement dans le monde, dont 2 337 sont actuellement en vigueur<sup>28</sup>. Ces traités ont généralement été conclus entre des pays développés exportateurs de capitaux et leurs homologues, pays en développement importateurs de capitaux, mais les traités d'investissement entre pays du Sud sont désormais plus fréquents (Poulsen, 2010b).

Conformément à l'évolution de la situation dans le monde, l'Afrique a connu une forte augmentation du nombre des traités bilatéraux d'investissement à la fin des années 90, et cette tendance s'est poursuivie plus lentement après le début du siècle (CEA, 2016). Les pays africains ont ensemble négocié 881 traités bilatéraux d'investissement<sup>29</sup>, dont 170 entre eux. Les pays d'Afrique du Nord et d'Afrique australe possèdent les réseaux les plus denses de ce type de traité (voir fig. I). Dans l'ensemble le même groupe de pays ainsi que l'Afrique du Sud, ont été parmi les plus engagés dans la négociation de ce type de traité avec d'autres pays africains.

Les pays d'Europe occidentale ainsi que la Chine possèdent le plus grand nombre de traités avec des pays africains (voir fig. II)<sup>30</sup>. Depuis les années 90, les pays BRICS (Brésil, Russie, Inde, Chine, Afrique du Sud) sont également actifs dans la signature de nouveaux traités avec d'autres pays africains. Dans l'ensemble, les traités bilatéraux d'investissement

<sup>24</sup> Plusieurs pays, dont l'Afrique du Sud, l'Angola, la Côte d'Ivoire, Maurice et les Seychelles, offrent une procédure d'accord mutuel amiable et des données à ce sujet.

<sup>25</sup> Les affaires concernant des prix de transfert traitent notamment les questions d'attribution des profits engendrés à l'entité appropriée de la même compagnie ou du même groupe.

<sup>26</sup> Dans le cadre de son plan d'action sur l'érosion de la base d'imposition et de transfert de profits, l'OCDE examine actuellement ses directives relatives aux procédures d'accord amiable.

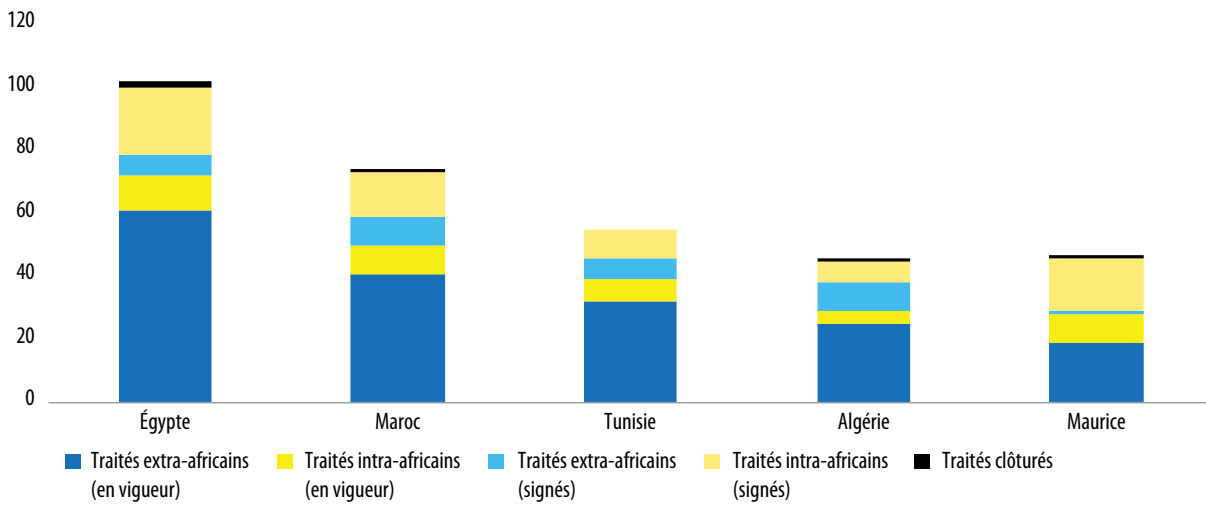
<sup>27</sup> On trouvera un examen plus détaillé des différences entre les procédures d'arbitrage (art. 25) en comparant les modèles de convention de l'OCDE et des Nations Unies dans Ault (2013).

<sup>28</sup> Les chiffres sont basés sur les données de janvier 2020. En dehors des traités bilatéraux relatifs aux investissements, il existe 386 traités comportant des dispositions s'appliquant aux investissements, dont 313 sont en vigueur.

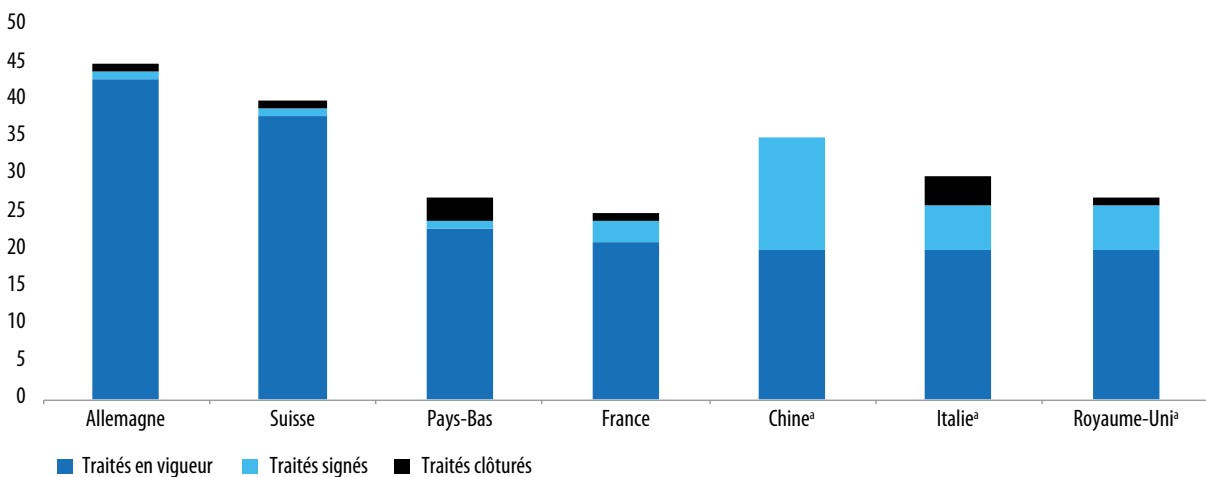
<sup>29</sup> On a fait figurer dans ces chiffres les traités qui ne sont plus en vigueur. Les traités originaux et renégociés ne sont comptés qu'une seule fois.

<sup>30</sup> Les traités bilatéraux relatifs aux investissements conclus avec l'Allemagne et la Suisse figurent aussi parmi les plus anciens, 50 % et 42 % respectivement du total ayant été conclus avec des pays africains il y a plus de 30 ans.

**Figure I: Les cinq principaux pays africains ayant conclu le plus grand nombre de traités bilatéraux d'investissement**



**Figure II: Les principaux pays ayant conclu le plus grand nombre de traités bilatéraux d'investissement avec l'Afrique**



<sup>a</sup> La Chine, l'Italie et le Royaume-Uni occupent ex æquo la cinquième place avec 20 traités en vigueur.

Source : CNUCED (2019a).

africains avec ces pays ne semblent pas marquer un écart important par rapport aux traités signés avec d'autres pays, avec la réserve éventuelle du Brésil (voir Kidane, 2016, pour des traités bilatéraux d'investissement sino-africains ; Schlemmer, 2016, pour les traités sud-africains d'investissement ; Garcia, 2017)<sup>31</sup>. Signe de l'intensification des relations Sud-Sud, la Turquie compte actuellement 32 traités bilatéraux d'investissement conclus avec des pays africains, contre six seulement en 2010, mais la plupart des traités récents ne sont pas encore entrés en vigueur.

<sup>31</sup> Tous les traités conclus entre les pays africains et l'Inde évalués par Garcia (2017) sont antérieurs à l'adoption en 2015 du traité type d'investissement.

Il convient de noter que si le taux de ratification des traités bilatéraux d'investissement extra-africains se situe à 66%, seuls 28% des traités d'investissement entre pays africains sont entrés en vigueur, peut-être parce que la signature de ces traités reste un acte diplomatique. Dans le cas du Ghana et du Zimbabwe, par exemple, seul un de leurs 10 et 9 traités bilatéraux d'investissement intra-africains respectifs est entré en vigueur (avec le Burkina Faso et l'Afrique du Sud, respectivement). Pour ce qui est de l'Égypte et de l'Afrique du Sud, le nombre de traités bilatéraux d'investissement conclus avec d'autres pays africains mais jamais entrés en vigueur est de 21 pour l'Égypte et de 19 pour l'Afrique du Sud.

À mesure que le réseau mondial de traités bilatéraux d'investissement a continué de s'étendre et que le nombre d'affaires d'arbitrage a augmenté, les traités d'investissement sont, de même, de plus en plus contestés. De nombreux pays en développement, notamment africains, ont commencé à définir leur propre conception du droit et des pratiques en matière d'investissement aux niveaux régional et national. Plusieurs pays, comme l'Afrique du Sud, l'Inde et l'Indonésie, ont ces dernières années dénoncé ou annulé unilatéralement certains traités et l'Équateur, de son côté, a résilié tous ses traités bilatéraux d'investissement<sup>32</sup>. L'Afrique du Sud, par exemple, a cherché à reformuler ses lois concernant les investissements étrangers (Schlemmer, 2016; voir l'encadré 6.3 dans CEA, 2016). D'autres pays, à savoir la République bolivarienne du Venezuela et l'État plurinational de Bolivie, se sont retirés du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements à la suite d'arbitrages dont ils sont sortis perdants.

Le Brésil, inquiet de l'impact sur sa souveraineté, n'a jusqu'à présent ratifié aucun de ses 20 traités bilatéraux d'investissement mais, depuis 2015, il a signé une série d'accords de coopération et de facilitation des investissements avec des pays comme l'Angola, l'Éthiopie, le Malawi et le Mozambique (CNUCED, 2019a). Ces accords ne couvrent pas l'expropriation indirecte et n'offrent aucun recours au règlement des différends entre investisseurs et États (Arroyo Picard et Ghiotto, 2017). Pourtant, dans l'ensemble, dans le monde entier les pays sont attachés au système international d'investissement composé d'accords internationaux (Brower et Blanchard, 2014).

En dehors des initiatives régionales, les pays africains sont désormais plus actifs dans l'élaboration de leur réglementation en matière d'investissement. Le Code panafricain des investissements adopté par les ministres du commerce au Comité technique spécialisé des finances, des affaires monétaires et de la planification de l'intégration économique de l'Union africaine, en octobre

<sup>32</sup> Depuis 2012, l'Afrique du Sud a résilié neuf traités bilatéraux relatifs aux investissements, notamment avec l'Allemagne (1995), la France (1995), les Pays-Bas (1995) et le Royaume-Uni (1994).

2017, et le chapitre sur l'investissement qu'il est prévu d'inclure dans la zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf) sont un indice de cette évolution. L'objectif de ce code est de définir une position commune et cohérente sur la politique d'investissement, ce qui permettrait de mieux équilibrer la promotion des investissements venus de l'étranger et intra-africains, respecter la souveraineté de la politique intérieure et les efforts en cours pour favoriser l'intégration régionale. Le chapitre sur l'investissement pourrait aussi contribuer à promouvoir l'IDE intra-africain et favoriser les liens économiques en amont et en aval (CNUCED, 2017). Les décideurs africains étudient les possibilités de concilier les deux instruments<sup>33</sup>.

Le réseau mondial de conventions de double imposition s'est développé au cours des dernières décennies, pour atteindre actuellement environ 3 000 traités (Arnold, à paraître). Un certain nombre de similitudes apparaissent dans les modèles d'expansion entre les conventions bilatérales d'investissement et les conventions de double imposition. Les deux types de traités, en Afrique, ont fortement augmenté à la fin du XXe siècle, et cela a été suivi d'un relatif ralentissement (CEA, 2016). En même temps, les pays africains sont plus disposés à signer des traités avec d'autres pays en développement ou émergents (Hearson, 2015). Sur la base d'un échantillon de 48 pays pour lesquels des données sont disponibles (PwC, 2013-2017), on compte en Afrique 450 traités de double imposition, dont 391 concernent des juridictions d'autres régions du monde. Les 59 autres traités sont conclus entre des pays africains. Comme dans le cas des

<sup>33</sup> Par exemple, durant la deuxième Réunion des ministres du commerce de l'Union africaine, tenue à Addis-Abeba les 29 et 30 novembre 2016, les ministres africains ont recommandé que le Code panafricain des investissements soit présenté au forum de négociation de la ZLECAf pour assurer l'alignement sur le chapitre relatif aux investissements et tenir compte des autres synergies, alors que dans le cadre d'une manifestation parallèle à la dixième Réunion annuelle conjointe du Comité technique spécialisé de l'Union africaine sur les finances, les affaires monétaires, la planification et l'intégration économique et de la Conférence des ministres africains des finances, de la planification et du développement économique de la CEA, tenue à Dakar en mars 2017, les responsables politiques et les experts ont débattu des possibilités et des problèmes de l'alignement du Code panafricain des investissements avec le chapitre relatif aux investissements de l'Accord portant création de la ZLECAf.



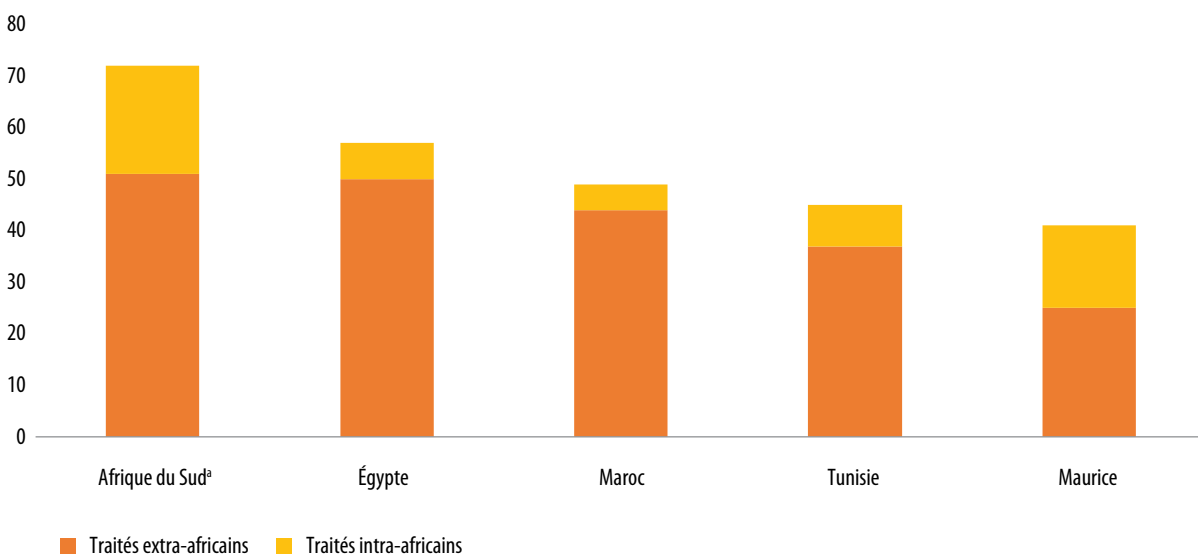
traités bilatéraux relatifs aux investissements, ce sont des pays d'Afrique du Nord, mais également l'Afrique du Sud et Maurice, qui ont été les plus actifs dans la conclusion des traités de double imposition (voir fig. III).

Les pays africains ont été particulièrement susceptibles de conclure des traités de double imposition avec les pays d'Europe de l'Ouest. Le Canada, la France, l'Italie, la Norvège et le Royaume-Uni sont les cinq pays à avoir conclu le

plus grand nombre de traités bilatéraux avec des pays africains (voir fig. IV).

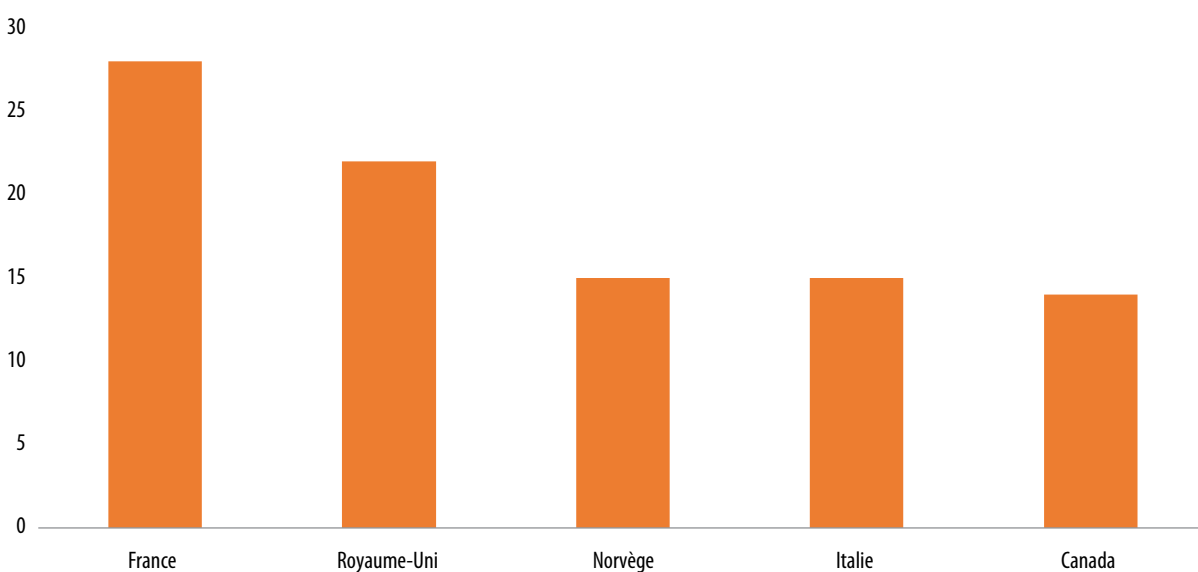
Comme dans le cas des traités bilatéraux relatifs aux investissements, les chiffres mondiaux et régionaux de plus en plus élevés masquent un niveau croissant de mécontentement à l'égard du régime fiscal international. Ainsi, la décision prise par l'Argentine et la Mongolie de sortir de plusieurs conventions fiscales en raison de leur nature restrictive témoigne du sentiment crois-

**Figure III: Les cinq principaux pays africains ayant conclu le plus grand nombre de conventions de double imposition**



<sup>a</sup> Données relatives à 2015.

**Figure IV: Les cinq pays ayant conclu le plus grand nombre de conventions de double imposition avec l'Afrique**



Source : PwC (2017).

sant que des conventions de double imposition mal conçues peuvent faire plus de mal que de bien aux pays d'accueil. Le Rwanda et l'Afrique du Sud ont récemment renégocié leurs conventions fiscales avec Maurice afin de récupérer certains de leurs droits d'imposition. Après avoir critiqué les conventions fiscales pour avoir facilité l'évasion fiscale, les Pays-Bas ont, ces dernières années, renégocié plusieurs conventions de double imposition avec des pays en développement, comme le Malawi en 2015 et le Kenya et la Zambie en 2016.

Un examen par la CNUCED (2015b) des traités bilatéraux d'investissement et des ensembles de conventions de double imposition montre que les deux types d'instrument sont étroitement liés, puisqu'environ deux tiers des conventions bilaté-

rales d'investissement s'appuient sur des conventions correspondantes en matière de double imposition, tandis que l'inverse est vrai pour environ la moitié des conventions de double imposition. Dans un tiers environ des cas où deux pays ont conclu des conventions bilatérales d'investissement et des conventions de double imposition, les unes et les autres sont entrées en vigueur dans un délai de deux ans<sup>34</sup>. Par rapport aux conventions bilatérales d'investissement, les conventions de double imposition sont en corrélation étroite avec l'investissement. Environ 90 % des stocks d'IDE sont protégés par ces traités et 15 % seulement par des traités bilatéraux d'investissement. Pourtant, les conventions de double imposition sont également plus facilement conclues entre des pays développés ayant des stocks d'investissement plus importants.

---

<sup>34</sup> On trouvera un exemple d'une liaison utile des traités bilatéraux relatifs aux investissements et des traités de double imposition dans la pratique de l'application des traités, à l'article VI de la Convention bilatérale relative aux investissements conclue en 1964 par l'Italie et la Guinée, qui se lit comme suit : Les deux États contractants s'efforcent d'éviter la double imposition et, à cet effet, stipuleront des conventions spéciales. L'article 2 du traité bilatéral relatif aux investissements, conclu en 2007 par la France et le Sénégal, stipule que « le présent accord ne s'applique pas aux questions qui relèvent de la convention fiscale bilatérale signée par les parties contractantes le 29 mars 1974 ou toute autre convention ultérieure de même nature ».

# 3. Les problèmes que soulèvent les traités bilatéraux d'investissement et les conventions de double imposition

## 3.1. Des données empiriques hétérogènes militent en faveur d'un examen attentif des traités bilatéraux d'investissement et conventions de double imposition

Les pays africains concluent des conventions fiscales et d'investissement dans le but d'encourager l'investissement étranger. Seuls quelques-uns des nombreux travaux menés sur ce sujet montrent les effets obtenus à cet égard<sup>35</sup>. On sait très peu de choses de l'importance relative des dispositions figurant dans les traités bilatéraux d'investissement pour les investisseurs et de leur capacité de compenser la faiblesse des institutions nationales. De même, dans le cas des conventions de double imposition, des questions subsistent quant à savoir si les avantages de ces conventions peuvent donner lieu à une compensation pour les recettes fiscales perdues. À ce jour, aucune étude empirique connue n'a cherché à quantifier les effets cumulatifs des traités bilatéraux d'investissement et des traités de double imposition sur les flux d'investissements.

Certaines études plus anciennes amènent à mettre en doute l'influence positive des traités bilatéraux relatifs aux investissements sur les entrées de capitaux dans les pays en développement (voir

Hallward-Driemeier, 2003 ; Aisbett, 2007 ; Yackee, 2010), mais des études plus récentes tendent à confirmer cet effet (par exemple, Neumayer et Spess, 2005 ; Busse et al., 2010 ; Haftel, 2010, Bankole et Odewuyi, 2013, pour les flux d'investissements provenant des pays de l'Union européenne réalisés dans les pays de la CEDEAO ; Berger et al., 2013 ; Mina, 2015 ; voir CNUCED, 2009 ). Lejour et Salfi (2011) ont constaté que les traités bilatéraux relatifs aux investissements amenaient bien une augmentation des investissements, en particulier dans les pays à revenu intermédiaire de la tranche supérieure, mais sont encore incapables de corroborer statistiquement cette relation pour les pays africains. En utilisant des données au niveau de l'entreprise, une étude indique que les sociétés multinationales allemandes sont généralement plus actives dans les pays en développement s'il y a un traité relatif aux investissements (Egger et Merlo, 2012) mais, dans une étude distincte, le même auteur ne parvient pas à confirmer le même phénomène dans le cas des multinationales françaises (Yackee, 2016). Une étude récente conclut également qu'il existe d'importantes différences dans le produit intérieur brut (PIB) et donc dans le pouvoir de négociation, tel qu'il est postulé par les auteurs de l'étude ainsi que dans le PIB par habitant, ces grandes différences stimulant un effet positif des traités bilatéraux relatifs aux investissements sur l'IDE lui-même (Falvey et Foster-McGregor, 2017).

Des questions subsistent cependant s'agissant de la mesure dans laquelle la robustesse du mécanisme de règlement des différends influe sur les décisions d'investissement (voir Yackee,

<sup>35</sup> Des études empiriques sur les effets des traités sur l'IDE soulèvent de graves problèmes de méthode et de qualité des données (voir Bonnitcha et al., 2017 pour un examen de la question dans le contexte des traités bilatéraux relatifs aux investissements, et Hearson, 2014, dans celui des traités de double imposition).

2008 ; Berger et al., 2011 ; Berger et al., 2013 ; Busse et al., 2013). Par exemple, les investisseurs peuvent ne s'intéresser à un mécanisme de règlement des différends disponible que quand ils tentent d'invoquer ce mécanisme plutôt qu'au moment de prendre leurs décisions d'investissement (Poulsen, 2010a). Certaines études ont également constaté que les traités bilatéraux d'investissement amènent une augmentation des investissements provenant des pays partenaires, mais qu'une fois que le pays d'accueil est exposé à un arbitrage, et en particulier s'il en sort perdant, on constate une baisse appréciable des investissements provenant de l'autre pays (Allee et Peinhard, 2011 ; Aisbett et al., 2016).

Les indications chiffrées sont également peu concluantes sur la question de savoir si les traités bilatéraux d'investissement peuvent diminuer le risque politique en remplaçant des institutions intérieures imparfaites et des régimes juridiques fragiles. Plusieurs études indiquent que les traités bilatéraux relatifs aux investissements ont un effet positif sur l'IDE quand ils complètent des institutions de qualité déjà existantes (par exemple, Siegmann, 2008 ; Tobin et Rose-Ackerman, 2011 ; Falvey et Foster-McGregor, 2017). En revanche, certains auteurs prétendent que les traités bilatéraux d'investissement sont plus stimulants pour l'investissement dans les pays où les risques sont élevés (voir Tobin et Rose-Ackerman, 2003 ; Sokchea, 2007 ; Kerner et Lawrence, 2012) et les institutions fragiles (Busse et al., 2010).

La relation causale entre les conventions fiscales et le volume des apports d'investissement dans les pays en développement semble être encore moins bien établie si on fait la comparaison avec les traités relatifs aux investissements (voir Sachs et Sauvart, 2009 ; Hearson et Cangave, 2016), bien que certaines études économétriques amènent à constater une corrélation positive entre les traités de double imposition et les apports d'investissement dans les pays en développement (voir Siegmann, 2008 ; Barthel et al., 2009 ; Blonigen et al., 2014). Néanmoins, dans une étude faisant la synthèse de 11 études de cas sur l'Afrique de l'Est, les auteurs ne parviennent pas à trouver un lien entre la faiblesse de la fiscalité dans les pays d'accueil

et l'augmentation des investissements (Daurer et Krever, 2012). Baker (2014) constate aussi qu'il n'y a pas de relation positive entre les traités de double imposition et l'augmentation de l'investissement, faisant valoir que cet effet est exclu par le fait que les pays développés introduisent des mesures unilatérales de prévention de la double imposition. Quand l'existence d'une relation positive est repérée, certaines recherches donnent également à penser que les pays à revenu intermédiaire plutôt que les pays en développement à faible revenu profitent bien des traités de double imposition sous forme d'une augmentation du volume des importations de capitaux (voir Neumayer, 2007 ; Braun et Fuentes, 2014).

Des doutes ont également été émis sur le sens de la relation entre les traités fiscaux et les apports d'investissements constatés dans des études empiriques (Hearson, 2014). Par exemple, Egger et al. (2006) constatent l'existence d'une relation négative entre les traités de double imposition et les IDE provenant des pays de l'OCDE. Ce résultat est compatible avec la constatation que les négociations sur les traités fiscaux suivent l'apparition d'investissements importants plutôt qu'elles ne se produisent entre des pays où les liens d'investissement sont très faibles. De plus, l'imposition est en fin de compte un parmi de nombreux facteurs qui influent sur les décisions prises par les investisseurs concernant la destination de leurs investissements (CNUCED, 2015b).

Ni les traités bilatéraux d'investissement ni les traités de double imposition ne sont entièrement dépourvus d'un coût pour les économies qui importent des capitaux. L'absence de preuves empiriques sans équivoque en faveur des deux types d'instrument devrait pousser les responsables politiques à procéder à un examen attentif de la question. Pour les traités bilatéraux d'investissement, il s'agit de savoir où tracer la démarcation entre le fait de devoir assurer un environnement commercial sûr et prévisible et le fait de limiter indûment le droit du pays de choisir sa réglementation. Dans le cas des conventions de double imposition, celles-ci ne sont profitables à l'importateur de capitaux que si le bien-être global découlant d'investissements (futurs) plus

élevés et, éventuellement, de moins de fuites dues à l'évasion fiscale l'emporte sur le manque à gagner fiscal en raison de leur impact sur l'imposition à la source (Baker, 2014 ; Pickering, 2014). Il faut examiner ces sérieuses questions au sujet des conventions fiscales qui ne satisfont pas à ce critère et réduisent les recettes fiscales sans apporter de capitaux supplémentaires.

### **3.2. Les pays en développement sont les plus durement touchés par les effets des conventions fiscales et des traités d'investissement**

Les dispositions contenues dans les conventions bilatérales d'investissement et les conventions fiscales sont contraignantes pour les deux États contractants. Mais ces obligations ont des conséquences très différentes pour les importateurs de capitaux, notamment les pays africains, et pour les exportateurs de capitaux, généralement les pays industrialisés. Ces disparités découlent en grande partie de la différence des objectifs politiques, qui peuvent être complémentaires, dans un contexte d'inégalité de pouvoir et de relations économiques ainsi que des capacités de négociation (Krisch, 2005 ; Daurer et Kreurer, 2012 ; Hearson, 2018).

Les traités d'investissement imposent généralement des obligations uniquement au pays d'accueil, nonobstant une déclaration d'intention, souvent présente, marquant une volonté d'approfondir les relations économiques mutuelles. Un libellé beaucoup plus bénin destiné à « encourager » l'engagement est généralement utilisé dans le pays d'origine par opposition à des engagements contraignants tels que le renforcement des régimes d'assurance à l'exportation par exemple, ce qui semble ne pas être compatible avec l'objectif visé qui est de promouvoir les investissements entre les deux pays (Van Harten, 2016). L'accent est mis aussi sur les obligations du pays d'accueil plutôt que sur celles des investisseurs étrangers (Kingsbury et Schill, 2010). Le comportement des entreprises est considéré comme régi par le droit interne ou même par le droit international si un contrat entre le gouvernement et l'entreprise pri-

vée le permet (Brower et Blanchard, 2014)<sup>36</sup>. Néanmoins, un État hôte peut, avec le temps, commencer à exporter des capitaux vers un État source de capitaux, contribuant ainsi à une répartition plus équitable des droits et obligations résultant d'un traité bilatéral d'investissement entre les deux pays.

Au lieu d'uniformiser les règles du jeu entre les acteurs nationaux et les entreprises internationales, les traités bilatéraux d'investissement peuvent jouer contre les premiers au profit des seconds. Les règles d'arbitrage contenues dans les traités bilatéraux d'investissement illustrent bien ce déséquilibre. Les investisseurs sont généralement en mesure de choisir le tribunal auprès duquel ils entendent déposer une plainte, tandis que les traités d'investissement ne fournissent généralement pas aux gouvernements une base juridique pour engager des procédures à l'encontre des investisseurs<sup>37</sup>. De même, les entreprises nationales n'ont généralement pas accès à ces institutions. De nombreux traités bilatéraux d'investissement ne sont pas rédigés de manière à permettre aux pays de déposer facilement des demandes reconventionnelles à l'encontre d'un investisseur (Bjorklund, 2013 ; Kalicki, 2013). Néanmoins, une violation du droit interne ou d'autres obligations juridiques par les investisseurs peut également être prise en compte par le tribunal et donner lieu au versement d'un montant inférieur ou même à un rejet pur et simple de la demande présentée par le demandeur (Brower et Blanchard, 2014). Les traités ne permettent pas non plus aux organisations et populations locales de faire valoir une réclamation contre un investisseur étranger devant un tribunal d'arbitrage international (Van Harten,

<sup>36</sup> L'hypothèse de travail est que les structures réglementaires intérieures, dans les pays en développement, sont en soi assez robustes pour autoriser un contrôle suffisant des activités des grandes sociétés multinationales (Mann, 2013).

<sup>37</sup> Néanmoins, les règles de l'arbitrage (notamment celles définies par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, ou encore par la CNUDCI), n'interdisent pas l'option du dépôt de requête par l'État d'accueil ; un petit nombre de ces procédures ont déjà été lancées, par exemple Gabon c. Société Serete S.A. (affaire no ARB/76/1 du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), sur la base d'un contrat conclu entre la société et l'État d'accueil. L'affaire a finalement été réglée.

2016). Pour résumer, les traités bilatéraux d'investissement garantissent que les intérêts des investisseurs sont sauvegardés, mais ne jouent pas toujours le même rôle pour les pays d'accueil et leur population.

Les recherches suggèrent que des dispositions d'application rigoureuses sont plus susceptibles d'être présentes dans les traités bilatéraux d'investissement caractérisés par des dissymétries de pouvoir importantes entre les deux États contractants plutôt que dans les traités conclus avec des pays dont les institutions nationales sont inadéquates (Allee et Peinhardt, 2014). Les pays importateurs de capitaux ont généralement tendance à accepter des traités plus contraignants si les négociations ont lieu pendant un ralentissement économique (Simmons, 2014) ou quand ils estiment que leurs concurrents, pour l'obtention de l'IDE et provenant du même pays d'origine les ont déjà acceptés (Neumayer et al., 2016). Plus généralement, ces traités reflètent l'état du droit international auquel les pays en développement ont adhéré mais qu'ils ont rarement contribué à édifier (Vandeveld, 2005 ; Salacuse et Sullivan, 2005).

Le phénomène d'une répartition inégale des coûts se manifeste aussi dans le contexte des conventions fiscales. Les conventions de double imposition imposent des limites appréciables aux pays d'accueil, qui sont souvent des économies en développement, ce qui réduit leur pouvoir de lever l'impôt. Ces conventions n'ont en général pas d'impact important sur les pays d'origine qui, pour la plupart, ont adopté des mesures de double allègement fiscal dans leur code national, indépendamment des conventions de double imposition (Dagan, 2000 ; Baker, 2014). En l'absence de mesures d'économie d'impôt, une réduction des retenues à la source conduirait à une redistribution des droits d'imposition entre les deux pays sans affecter le bénéfice net de l'entreprise (ActionAid, 2016b). Les limites de l'imposition dans le pays d'accueil et la renonciation automatique aux droits d'imposition dans l'économie nationale peuvent donner lieu à une double non-imposition, ce qui empêche le pays d'accueil d'augmenter les impôts sur une activité précise,

alors que l'économie nationale ne l'impose pas non plus en vertu de sa législation propre.

Les conventions fiscales et d'investissement doivent être considérées conjointement avec le cadre réglementaire national global. Des obligations solides envers les investisseurs étrangers (Hepburn, 2018), ainsi que diverses incitations fiscales, y compris celles spécifiques aux zones économiques spéciales ou aux investisseurs qualifiés, peuvent être trouvées dans la législation nationale (CEA, 2019) et peuvent avoir des effets réciproques sur les traités internationaux. Un examen complet des régimes juridiques nationaux en Afrique est nécessaire pour assurer l'alignement des politiques de différents niveaux.

Les conventions fiscales et les lois fiscales nationales peuvent aussi s'inscrire dans une stratégie plus large visant à créer la confiance chez les investisseurs étrangers. Une réduction de l'imposition du capital très mobile entraîne toutefois des pertes de recettes et peut inciter les gouvernements à transférer une partie de la charge fiscale vers des sources moins mobiles comme le travail et la consommation (Avi-Yonah, 2000), option qui soulève des questions de justice fiscale et qui n'est d'ailleurs peut-être pas facilement accessible dans les pays en développement (Dietsch, 2015). Comme on le voit dans les sections 3.3 et 5.3, les conventions fiscales peuvent également faciliter l'évasion fiscale (CEA, 2018).

Des conventions fiscales et d'investissement plus rigoureuses peuvent également s'étendre plus largement au fil du temps, car les pays se disputent une réserve limitée de capitaux mobiles pour stimuler leur développement. Plusieurs auteurs ont souligné que les pays en développement pourraient collectivement tirer plus d'avantages des investissements étrangers s'ils appliquaient des normes de protection moins strictes et maintenaient des droits fiscaux plus solides, mais qu'individuellement, ils se retrouvent dans une relation de concurrence mutuelle, favorable à la sous-cotation mutuelle, ce qui entraîne des obligations plus strictes en matière d'investissement (Guzman, 1998) et des prérogatives moins élevées (Bairottochi, 2008 ; Barthel et Neumayer, 2012 ; Quak et

Timmis, 2018). Neumayer et al. (2016) ont constaté qu'une fois qu'un pays en développement a signé un traité d'investissement contraignant avec une économie source particulière, d'autres pays en concurrence pour les capitaux du même pays sont susceptibles de suivre. Néanmoins, la propension des pays africains à adopter les modèles de leurs homologues développés peut également jouer un rôle dans ce résultat. Plusieurs études ont alors indiqué que l'intensité de la concurrence fiscale pourrait s'accroître en Afrique par rapport à d'autres régions (Park et al., 2012 ; Sokolovska, 2016) et que les retenues d'impôt dans les pays africains ont également diminué avec le temps (Hearson, 2016 ; voir section 3.3.4).

### 3.3. Les traités bilatéraux d'investissement et les conventions de double imposition peuvent compliquer les politiques de développement

La capacité des gouvernements de formuler et de mettre en œuvre une politique de développement efficace et appropriée dépend d'un certain degré de liberté politique et de la capacité de mettre en œuvre ces politiques, mais les traités bilatéraux d'investissement et les traités de double imposition compliquent parfois ces objectifs. Alors que les premiers peuvent par exemple limiter le choix de certaines mesures politiques générales ou entraîner la crainte de violer les obligations résultant des traités en introduisant de nouvelles lois ou de nouvelles politiques, les conventions de double imposition risquent d'affaiblir les capacités de mobilisation des ressources fiscales. Ces conséquences négatives sont encore aggravées par l'utilisation abusive des traités de la part de certains investisseurs. Les gouvernements peuvent se retrouver dans cette position peu enviable sur de longues périodes car les traités restent généralement en vigueur pendant des décennies. Les deux instruments peuvent avoir des effets cumulés dans le cas d'un arbitrage fondé sur un traité. Dans les sous-sections suivantes, on examine certains des problèmes que peut poser, pour l'action du gouvernement, l'existence de traités bilatéraux d'investissement et de traités de double imposition.

#### 3.3.1 Les traités bilatéraux d'investissement limitent la marge de manœuvre politique d'un gouvernement

Les traités bilatéraux d'investissement peuvent provoquer une contradiction entre les engagements envers les investisseurs, d'une part, et l'exercice de la souveraineté et des obligations de l'État envers le reste de la société, d'autre part (Salacuse et Sullivan, 2009 ; Spears, 2010). D'après un observateur éminent, les traités bilatéraux d'investissement peuvent engendrer « [un] déplacement pervers du pouvoir de négociation au profit des acteurs économiques privés les plus puissants sur la planète au détriment des institutions et des procédures qui représentent tout le monde » (Van Harten, 2016 : 50). Il est donc essentiel que les décideurs comprennent dans quelle mesure les prérogatives souveraines peuvent être limitées par ces traités.

Les investisseurs peuvent chercher à bloquer une nouvelle réglementation par des traités bilatéraux d'investissement (Cotula, 2014). De telles préoccupations ont été évoquées dans la prestation de services publics, la promotion des droits de l'homme et la protection de l'environnement (Kriebaum, 2007a ; Bohoslavsky et Justo, 2011 ; Cosmas, 2015). Le principe du traitement juste et équitable a été évoqué pour contester les lois favorisant l'intérêt général parce que les définitions utilisées sont souvent nébuleuses et donnent aux entreprises une grande marge de manœuvre pour contester les décisions des États (Bernasconi-Osterwalder et al., 2012 ; Mann, 2013). En pratique, les cas de règlement des différends entre investisseurs et États ont été, en partie tout au moins, étayés par le principe du traitement juste et équitable (CNUCED, 2015a). Mais le traitement national peut servir de moyen de contester juridiquement les politiques qui visent à promouvoir les intérêts de groupes défavorisés précis, comme les peuples autochtones<sup>38</sup>, ou encore les politiques de protection et de stimulation des

<sup>38</sup> Les limites inhérentes à la discrimination positive sont l'une des raisons pour lesquelles l'Afrique du Sud a dénoncé plusieurs traités bilatéraux relatifs aux investissements après 2012 (Carim, 2016). En revanche, le traité conclu en 1998 par la République tchèque et l'Afrique du Sud contenait une exception permettant une action visant à promouvoir la réalisation de l'égalité dans son territoire, conçue pour protéger ou améliorer le sort de personnes, ou de caté-

industries naissantes (CNUCED, 2004). Bien que les États d'accueil jouissent d'une certaine latitude en matière fiscale, la protection des conventions d'investissement peut encore se poser, notamment dans le contexte de la lutte contre l'évasion fiscale (Chaisse et Marisi, 2017). On trouvera à la section 4 un examen plus détaillé des incidences de ces normes dans le domaine de la fiscalité, un exemple précis de conflit potentiel entre les pouvoirs de réglementer et le souci de protéger l'investissement.

Certains traités bilatéraux d'investissement empêchent les gouvernements d'imposer des exigences de performance, ce qui obligerait les investisseurs potentiels à se conformer à des critères supplémentaires précis avant que leurs projets d'investissement ne soient approuvés par les autorités (Mann, 2013). Ces exigences de rendement comportent plusieurs aspects essentiels au développement économique, notamment l'encouragement au transfert de technologie et de compétences, le cloisonnement des possibilités d'emploi pour la population autochtone et la promotion des liens avec les industries nationales. Les avantages escomptés de l'IDE ne se matérialisent pas toujours car il n'y a aucune garantie que les objectifs commerciaux des entreprises étrangères coïncident avec les stratégies de développement et les aspirations du pays d'accueil (Boone, 2011). Par exemple, les investisseurs ne sont pas nécessairement incités à consacrer des ressources à l'amélioration des compétences du personnel local ou à la facilitation des transferts de technologie (Vandevelde, 2000). D'autre part, des exigences de performance trop rigoureuses réduiraient l'attrait d'un projet d'investissement potentiel. Les fournisseurs nationaux sont parfois moins compétitifs que leurs homologues internationaux ou en nombre trop limité, de sorte qu'obliger les investisseurs nationaux à s'approvisionner auprès d'eux augmenterait leurs coûts de production. Dans l'ensemble, les obligations de résultats peuvent libérer des possibilités de développement grâce à l'IDE, mais elles doivent être définies avec soin (CNUCED, 2003).

---

gories de personnes, qui étaient auparavant désavantagées par une discrimination injuste (art.3c).

### 3.3.2 Le règlement des différends entre investisseurs et États peut être faussé

Depuis le début du siècle, le nombre d'arbitrages intentés par les investisseurs privés contre les gouvernements a fortement augmenté (CNUCED, 2013). Au cours de l'exercice 2017-2017, le Centre international a administré 279 dossiers, plus que jamais auparavant, ce qui représente 41 % de sa charge de travail à vie (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, 2018). Par contre, les arbitrages entre États ne sont pas encore monnaie courante (Bernasconi-Osterwalder, 2016).

Plus des deux tiers des procédures de règlement des différends entre investisseurs et États ont été engagées contre des pays en développement ou en transition, mais 85 % environ l'ont été par des entreprises établies dans des pays développés (Zhan, 2016)<sup>39</sup>. Sur les 942 arbitrages recensés entre investisseurs et États, 35,7 % ont été favorables à l'État, 28,7 % à l'investisseur, 22,8 % ont été réglés, 10,6 % ont été abandonnés et 2,4 % n'ont pas été menés à bien en faveur de l'une ou l'autre des parties (CNUCED, 2019b). Pourtant, si l'on ne considère que les sentences arbitrales (en laissant de côté les affaires que les arbitres ont rejetées pour des raisons de compétence ou de procédure), le taux de réussite des investisseurs dans le règlement des différends entre investisseurs et États atteint 60 % (CNUCED, 2018b)<sup>40</sup>. En outre, les règlements entraînent généralement une indemnisation et, par extension, l'admission de la violation du traité de la part de l'État qui, en général, n'est pas budgétisée et a donc une incidence sur les recettes publiques et les ressources publiques existantes.

Les travaux empiriques réalisés n'ont pas encore catégoriquement confirmé ou réfuté les allégations de partialité systématique dans l'arbitrage international. Les pays en développement obtiennent moins de succès que les pays plus

<sup>39</sup> Certains pays utilisent beaucoup l'arbitrage : Argentine (60), République bolivarienne du Venezuela (47), Espagne (36), Tchéquie (38) et Égypte (33). La nationalité des demandeurs est celle, par ordre décroissant, des pays suivants : États-Unis (174), Pays-Bas (108), Royaume-Uni (78), Allemagne (62) et Canada (49) (CNUCED, 2019b).

<sup>40</sup> Chiffre calculé sur la base de 495 procédures connues achevées à la fin de 2016.



riches (Pelc, 2017), et on ne dispose toujours pas de réponse claire à la question de savoir si ce phénomène s'attribue principalement aux niveaux de développement plus faibles ou s'il est l'effet d'institutions nationales imparfaites (voir Behn et al., 2017 ; Donaubauer et Nunnenkamp, 2017). Néanmoins, les pays ayant une mauvaise gouvernance semblent attirer davantage de demandes d'arbitrage (Dupont *et al.*, 2016).

La compétence et la recevabilité des affaires ont été interprétées de façon plus large, favorisant le demandeur lorsque le différend est entamé par des demandeurs occidentaux et lorsqu'il est tranché par des arbitres qui sont souvent nommés (Van Harten, 2012)<sup>41</sup>. Les principaux bénéficiaires du système de règlement des différends entre investisseurs et États sont généralement les grandes sociétés internationales dont le chiffre d'affaires dépasse 10 milliards de dollars par an et des particuliers dont la valeur nette est supérieure à 100 millions de dollars (Van Harten et Malyshewski, 2016).

Les arbitrages et les sentences arbitrales sont coûteux. L'indemnité moyenne s'élève à 504 millions de dollars, dont la valeur médiane s'établit à 20 millions de dollars ; les investisseurs ayant obtenu gain de cause se voient accorder en moyenne 40 % de leur demande initiale (CNUCED, 2018b). Le montant moyen des indemnités allouées est estimé à 0,53 % des budgets nationaux des pays en développement (Gallagher et Shrestha, 2011). Les frais de justice et d'arbitrage, pour l'ensemble des demandeurs et des défendeurs, dépassent en moyenne 8 millions de dollars (OCDE, 2012b). Ces procédures d'arbitrage détournent ainsi des ressources qui pourraient être consacrées à des objectifs comme le développement des infrastructures ou le renforcement des institutions, ce qui à son tour engendrerait de nouvelles vagues d'IDE (CNUCED, 2005 ; Bernasconi-Osterwalder et al., 2012). Inversement, on a également fait valoir que les coûts élevés de l'arbitrage ont également un effet dissuasif pour les entreprises désireuses d'en-

gager un arbitrage fragile, en particulier parce que les tribunaux sont désormais plus désireux d'appliquer le principe « le perdant paie » (Brower et Blanchard, 2014). Cet obstacle, pourtant, est peut-être plus important pour les petites et moyennes entreprises que pour les grandes.

Face à des coûts potentiellement élevés et à un résultat incertain, divers observateurs ont suggéré que la simple perspective d'un litige risquait de décourager les gouvernements de légiférer. Des inquiétudes ont été soulevées au sujet de ce que l'on appelle le « refroidissement réglementaire », phénomène par lequel les gouvernements hésitent à introduire une nouvelle législation par crainte de l'arbitrage international (Peterson, 2007 ; Boone, 2011 ; Mann, 2013). Ce phénomène, paraissant difficile à observer de l'extérieur, est souvent contesté par certains (voir Brower et Blanchard, 2014 ; Bonnitcha et al., 2017). Une étude de cas accessible au public commandée par le Gouvernement néerlandais parvient à la conclusion que les allégations selon lesquelles le mécanisme de règlement des différends entre investisseur et État provoque un refroidissement réglementaire sont exagérées, en partie parce que la plupart des cas de règlement des différends entre investisseurs et États sont liés à des mesures administratives et non à une modification de la législation (Tietje et Baetens, 2014 :92).

En conférant des droits et des privilèges supplémentaires aux investisseurs étrangers par rapport à toutes les autres entreprises (potentielles), qu'elles soient tierces ou nationales, les traités bilatéraux d'investissement peuvent fausser les règles du jeu en leur faveur. À moins que cela ne soit prévu dans le code de l'investissement national ou dans les contrats des marchés publics, les investisseurs qui ne bénéficient pas de la protection des traités n'ont accès qu'aux tribunaux nationaux.

### **3.3.3 Le système de règlement des différends entre investisseurs et États présente encore des défauts systémiques**

Le système de l'arbitrage international est également susceptible d'être remis en cause pour des questions de légitimité, de cohé-

<sup>41</sup> Les constatations citées sont significatives statistiquement dans le cas des demandeurs originaires de France, Royaume-Uni et États-Unis. Les données utilisées ne corroborent pas le même phénomène dans le cas des exportateurs allemands de capitaux.

rence et d'indépendance des arbitres (CNUCED, 2012d). La légitimité semble compromise par une interprétation peu cohérente des clauses qui permet l'utilisation indésirable ou l'abus du système de la part des investisseurs et coûts financiers élevés associés aux arbitrages (CNUCED, 2013, 2015a). Pris isolément, les tribunaux d'arbitrage ont des interprétations divergentes de certaines clauses et dispositions de traités pourtant identiques ou presque identiques qui, dans les traités bilatéraux d'investissement conclus auparavant, étaient définies de façon vague (Benasconi-Osterwalder et al., 2012).

Le régime actuel ne fait pas beaucoup pour dissiper les soupçons de partialité de la part des arbitres. Le demandeur, généralement l'investisseur, et le défendeur, généralement l'État hôte, peuvent être amenés à choisir des arbitres sympathiques à leur cause (Donaubauer et al., 2017). Les arbitres, qui n'ont pas la sécurité de l'emploi, peuvent avoir un intérêt direct à être nommés de nouveau dans d'autres affaires, par exemple comme conseiller juridique (Zhan, 2016 ; Van Harten, 2016). La question du conflit d'intérêts se pose lorsque les arbitres jouent des rôles différents dans le règlement des différends en matière d'investissement. Il semble y avoir un cercle d'arbitres très au fait qui se livrent souvent à l'accumulation de deux rôles ou trois rôles (ils remplissent simultanément différents rôles comme arbitre, conseiller juridique, témoin expert, secrétaire d'un tribunal) dans des affaires diverses (Langford et al., 2017).

La personnalité du président du tribunal est déterminante dans la sentence arbitrale finale. Les investisseurs semblent plus susceptibles de gagner la cause si l'arbitre-président a, dans le passé, été nommé plus souvent par le demandeur que par le pays défendeur (Donaubauer et al., 2017). Les travaux de recherche effectués donnent à penser que les préférences personnelles en matière de politique pèsent sur les décisions des arbitres (Waibel et Wu, 2017). Ces facteurs doivent aussi être pris en compte dans les cabinets d'avocats qui représentent les parties et qui, en raison de leurs activités, peuvent avoir une connaissance unique des traits de caractère

des arbitres et avoir connaissance de sentences arbitrales non publiées (Maupin, 2013).

Compte tenu des implications possibles du règlement des différends entre investisseurs et États sur la capacité de poursuivre les objectifs de développement souhaités, la question de la transparence, de confidentialité et d'intérêt général devient prépondérante. Les questions couvertes par la transparence sont notamment l'accès du public à l'information et la possibilité pour les autres parties, par exemple les organisations de la société civile, de participer à la procédure et d'offrir à cette occasion des informations supplémentaires utiles (Maupin, 2013 ; voir encadré IV). Les règlements avant jugement arbitral semblent être une méthode intéressante pour dissimuler les aspects de la procédure ou des aspects de fond de l'arbitrage avec les États défendeurs ayant des antécédents de perte fréquente des arbitrages (Hafner-Burton et Victor, 2016).

Les enjeux de ces questions sont encore augmentés par l'incohérence de la jurisprudence et l'absence d'une instance d'appel. Les règles relatives à la contestation de la sentence arbitrale entraînant son annulation éventuelle sont toutefois rigoureusement circonscrites<sup>42</sup>.

### 3.3.4 Les conventions de double imposition limitent considérablement les droits d'imposition des pays

Les conventions de double imposition limitent l'ensemble des activités économiques soumises à l'impôt dans le pays d'accueil et plafonnent les taux d'imposition applicables, notamment les impôts retenus à la source sur les dividendes, les intérêts et les redevances à un niveau égal ou inférieur au taux d'imposition prévu par la loi. Si la présence de l'entreprise dans le pays d'accueil

<sup>42</sup> Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements ne permet que l'annulation (partielle) pour les raisons suivantes : a) le tribunal n'a pas été formellement constitué; b) le tribunal a dépassé ses pouvoirs ; c) un membre du tribunal a fait preuve de corruption; d) il y a un écart important par rapport aux règles fondamentales de la procédure d'arbitrage ; et e) la sentence arbitrale ne mentionne pas les raisons sur lesquelles elle se fonde (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, 2006). Le Centre (2017) signale une proportion de 4 % d'annulation des sentences arbitrales entre janvier 2011 et juin 2017.

ne remplit pas les critères d'établissement stable définis dans la convention de double imposition, les entreprises ne sont pas soumises à l'impôt à la source. Certaines catégories de retenues d'impôt peuvent être complètement supprimées pour les investisseurs visés par un tel traité. Dans la mesure où le pays d'origine de l'investissement ne soumet pas les revenus étrangers à l'impôt, les réductions des taux de retenue à la source constituent en fait une incitation fiscale. Les droits d'imposition du pays d'origine peuvent également être limités par l'impôt sur les gains en capital, qui peuvent être largement ou complètement favorables au pays de l'origine de l'investissement. Les sociétés multinationales peuvent dans certains cas éviter complètement l'impôt sur les gains en capital, par exemple si ceux-ci sont exonérés dans l'économie du pays d'origine de l'investissement.

Il existe plusieurs moyens de réduire les droits d'imposition des importateurs de capitaux. Par exemple, le code fiscal de l'Ouganda fixe à 15 % les retenues à la source. En vertu de la convention de 2004 conclue entre l'Ouganda et les Pays-Bas, l'impôt retenu à la source sur les intérêts et les redevances est de 10 % et celui sur le dividende est de 0 %, 10 % ou 15 %. La convention conclue en 1988 sur la double imposition par le Congo et la France et celle de 2006 conclue par le Zimbabwe et le Koweït suppriment complètement l'impôt à la source sur les intérêts versés aux prêteurs dans les pays partenaires (ActionAid, 2016b). Les conventions de double imposition signées par Maurice et le Kenya et Maurice et le Nigéria en 2012 orientent tous les impôts sur les gains en capital vers le pays d'origine de l'investissement (ChristianAid et ActionAid, sans date), privant ainsi le pays hôte d'une source de revenus potentiellement importante. De même, la convention de double imposition conclue en 1955 entre le Royaume-Uni et le Malawi empêche le Malawi d'imposer les dividendes mais, dans de nombreux cas, ces dividendes ne sont pas imposés au Royaume-Uni non plus, ce qui conduit à une double non-imposition (ActionAid, 2016b). D'autre part, les conventions de double imposition entre pays développés et pays en développement sont souvent associées à une augmentation de l'aide publique au développement de 6 millions de dollars en moyenne l'an-

née de la signature, ce qui, selon Braun et Zagler (2017), peut constituer une « compensation » susceptible d'adoucir l'effet de la perte des droits d'imposition du pays d'accueil.

Hearson (2016) observe une fracture Nord-Sud bien précise dans l'évolution des conventions africaines de double imposition, suggérant une érosion des droits fiscaux des pays africains étant donné que la définition de l'établissement stable et le taux de retenue à la source sont devenus avec le temps moins favorables pour le pays d'accueil dans les conventions fiscales entre les pays africains et les pays de l'OCDE. En revanche, dans les conventions de double imposition conclues entre pays africains et pays non membres de l'OCDE, la définition de l'établissement stable favorise de plus en plus l'économie du pays d'accueil et la diminution du taux de retenue à la source devient plus lente.

### **3.3.5 Les conventions de double imposition peuvent faciliter l'évasion fiscale des sociétés multinationales**

La fiscalité internationale permet un comportement fiscal opportuniste de la part des entreprises internationales, notamment les multinationales. Les conventions de double imposition permettent de se dérober à l'impôt en ouvrant la voie à des techniques agressives de planification fiscale qui tirent parti des différences de taux d'imposition dans les différentes juridictions ainsi que des lacunes de la législation nationale. Contrairement à la fraude fiscale, qui est illégale, les sociétés étrangères qui évitent l'impôt peuvent se conformer à la loi mais non à l'esprit de celle-ci lorsqu'elles poussent les moyens légaux disponibles jusqu'à la limite pour minimiser leurs obligations fiscales. Les conventions fiscales permettent aux investisseurs d'éviter l'impôt en contournant la définition de l'établissement stable et en transférant opportunément des fonds par l'intermédiaire d'entités sises dans différentes juridictions.

Il existe plusieurs moyens pour les investisseurs étrangers de structurer leurs activités dans le pays d'accueil de manière à ce qu'elles ne correspondent pas à la définition de l'établissement stable. Les sociétés étrangères peuvent ainsi

dissocier leur filière commerciale locale de la structure globale de l'entreprise par le recours à des commissionnaires (dans les pays de common law), fragmenter leurs activités dans l'économie nationale ou exploiter les exceptions de la définition de l'établissement stable (OCDE, 2015a, b). Même lorsque les critères d'établissement stable sont remplis, l'enregistrement par l'intermédiaire de plusieurs entités du pays d'accueil exerce une pression supplémentaire sur les autorités fiscales car il rend le contrôle de ces entreprises plus onéreux.

Les passifs imposables auxquels sont confrontées les entités répondant au critère de l'établissement stable peuvent être réduits par la manipulation comptable des transactions financières. Deux méthodes générales et complémentaires sont apparues (OCDE, 2012c ; CNUCED, 2015b). En vertu de la première méthode, les profits peuvent être transférés d'une juridiction où ces profits ont été réalisés vers une juridiction où la fiscalité est faible par le mécanisme des prix de transfert s'appliquant aux marchandises et services intermédiaires (transferts liés aux coûts administratifs, aux droits de propriété intellectuelle et au transfert de technologie) entre entités d'une même organisation (McNair et al., 2010). Cette technique est souvent utilisée pour transférer des profits d'opérations électroniques et relatives à des industries extractives. La seconde méthode est celle choisie par l'investissement à forte intensité capitalistique dans les secteurs primaires et secondaires de l'économie et s'applique à un financement excessif ou inutile par la dette, par des entités intermédiaires sises dans des juridictions à fiscalité faible. Si l'intérêt est déductible de la masse imposable dans le pays d'accueil et si la retenue à la source ne s'applique pas aux intérêts, une méthode de financement par l'endettement construite artificiellement, ou encore ce qu'on appelle une faible capitalisation, au sein du même groupe peut constituer un moyen puissant de transfert des profits (Keen et al., 2014).

Les exceptions contenues dans la législation nationale peuvent être utilisées pour faire baisser les impôts à payer dans le cadre d'une stratégie d'optimisation fiscale. Ces dérogations spéciales peuvent prendre des formes variées, notamment

des taux d'imposition préférentiels, des périodes de grâce, des crédits d'impôt à l'investissement, des zones de libre-échange, des subventions et des accords de stabilisation, par exemple. Cette économie réalisée sur la fiscalité, pour le pays d'origine de l'investissement, peut faciliter des pratiques agressives de la réduction de la masse imposable et encourager le rapatriement des profits au détriment du réinvestissement dans le pays d'accueil (OCDE, 1998b).

### 3.3.6 L'impact fiscal des conventions de double imposition sur les pays africains

Les pays sources peuvent subir d'importantes pertes fiscales en raison des traités fiscaux par la réduction de leurs droits d'imposition et l'évasion fiscale. Le risque de déperdition des ressources financières du fait de l'évasion fiscale est préoccupant pour les pays en développement, où les impôts sur les sociétés représentent une part prépondérante des recettes de l'État (Durst, 2014) qui, à leur tour, sont inférieures à celles des pays de l'OCDE (CNUCED, 2015b ; OCDE, 2017). La situation est encore plus préoccupante en Afrique. Les filiales étrangères, en Afrique, représentent 26 % de la contribution totale des entreprises et 14 % des recettes publiques. Les chiffres comparables pour l'ensemble des pays en développement sont respectivement de 23 % et 11 % (CNUCED, 2015b).

Les pays en développement sont plus touchés et plus exposés à l'évasion fiscale en partie du fait de la faiblesse et du manque de ressources des institutions qui sont amenées à lutter pour faire face à des pratiques très complexes d'optimisation fiscale et à des cadres juridiques nationaux insuffisamment développés (CNUCED, 2015b ; Johannesen et al., 2016 ; Oguttu, 2016). On sait que l'évasion fiscale contribue aux flux financiers illicites en provenance d'Afrique<sup>43</sup>, estimés entre 2000 et 2015 à 73 milliards de dollars par an en moyenne (CEA, 2018)<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Alors que la fraude fiscale renvoie à des pratiques illégales, l'évasion fiscale dénote des stratégies qui respectent la légalité mais sont le résultat de stratégies d'optimisation fiscale agressives. Dans la mesure où ces deux types de pratique manquent de légitimité et ont pourtant un impact similaire sur le développement, la CEA a adopté une définition large des flux financiers illicites qui englobe à la fois la fraude et l'évasion fiscales (Union africaine et CEA, 2016 ; CEA, 2018).

<sup>44</sup> Certaines estimations chiffrent à 200 milliards de dollars environ la perte annuelle totale de recettes publiques dans les pays en développement du fait de l'évasion fiscale et d'une excessive compétition

Les sociétés peuvent tirer parti des avantages et des lacunes de la législation nationale, des conventions fiscales et des incitations à l'investissement. Étant donné que les définitions nationales et la portée des incitations à l'investissement diffèrent d'un pays à l'autre, on a procédé à une étude sur la base d'une extrapolation des données d'un échantillon de 16 pays en développement (ActionAid, 2013), et on a constaté que la perte annuelle subie par les pays en développement en raison des exonérations sur le revenu des sociétés prévues par la loi a été évaluée à environ 138 milliards de dollars. Dans une étude antérieure, on chiffrait le coût fiscal des incitations fiscales accordées par le Rwanda à 234 millions de dollars entre 2008 et 2009 (Réseau pour la justice fiscale, Afrique ; ActionAid, 2011).

L'intérêt relatif des incitations fiscales doit être évalué au-delà des avantages fiscaux immédiats qu'elles offrent aux investisseurs. Leur coût financier direct peut théoriquement être compensé par des retombées des projets d'investissement dans l'économie. L'efficacité des incitations fiscales dans le changement structurel de l'économie et leur impact sur l'allocation des ressources restent cependant à déterminer, en particulier dans les pays en développement (FMI et al., 2015 ; Zolt, 2015).

### 3.4. Les traités d'investissement peuvent compliquer la gestion des crises

Les problèmes de long terme posés par les conventions de double imposition peuvent également affecter de façon dynamique les limites posées par les traités bilatéraux d'investissement au moment d'une crise économique aiguë. Les gouvernements peuvent se trouver dans une situation budgétaire difficile en réponse à une crise économique étant donné que les conventions de double imposition peuvent avoir un impact négatif à long terme sur les finances publiques. Le faible potentiel de collecte de l'impôt sape le potentiel de la fiscalité nationale et peut affecter la cote de

crédit et, par extension, le coût de l'emprunt sur les marchés financiers internationaux.

Les traités bilatéraux d'investissement dépourvus de garanties ou d'exceptions peuvent sanctionner les responsables politiques qui adoptent des mesures économiques d'urgence pour empêcher la survenue d'une récession économique ou d'une crise de la balance des paiements, voire d'un effondrement économique. L'histoire de l'Argentine au début du siècle montre ce qui est en jeu lorsqu'un gouvernement trouve que son comportement économique dans une situation de crise est limité par les traités d'investissement. En réponse à l'effondrement de l'économie, le Gouvernement argentin a adopté une série de mesures, notamment la dévaluation de la monnaie, l'obligation de libeller les contrats en pesos avec les entreprises et le gel des tarifs dans les contrats. Plus de 50 litiges investisseurs-État ont alors été engagés contre le Gouvernement argentin en réponse aux mesures d'urgence adoptées après l'effondrement financier de 2001, en vertu de divers traités, notamment la violation du traitement juste et équitable, de la clause-cadre et des dispositions relatives à l'expropriation. En 2015, l'Argentine aurait ainsi perdu près de 45 arbitrages qui avaient été amorcés en raison de sa conduite durant la crise (Lavopa, 2015). En 2016, le Gouvernement argentin a accepté de payer 217 millions de dollars pour indemniser deux entreprises étrangères du secteur énergétique après avoir perdu deux arbitrages en 2014 (Ministerio de Hacienda y Finanzas públicas, 2016). Les principaux arguments du Gouvernement faisant valoir l'état de nécessité et les exceptions aux traités n'ont pas convaincu les tribunaux de façon cohérente (Sacerdoti, 2013). Des décisions ultérieures ont généralement favorisé l'État, mais des tribunaux d'arbitrage distincts ont publié des sentences différentes alors que les affaires étaient pratiquement identiques, ce qui pose la question de la légitimité du système des tribunaux d'arbitrage (Burke-White, 2008 ; Alvarez et Khamsi, 2009).

La liberté de circulation du capital peut aggraver les cycles conjoncturels par l'entrée et la sortie de capitaux fébriles. Des contrôles à court terme des mouvements de capitaux peuvent dans certaines conditions se révéler être une mesure macropru-

---

fiscale (Crivelli et al., 2015), soit entre 6 % et 13 % du revenu total fiscal (Oxfam, 2016).

dentielle utile (FMI, 2012) mais leur efficacité est parfois préoccupante (Edwards, 1999 ; Eichengreen et Rose, 2014 ; Fernández et al., 2015). Par conséquent, les périodes de crise peuvent augmenter la tension entre la fourniture aux investisseurs de normes et de garanties spéciales dans les traités bilatéraux d'investissement, d'une part, et la protection de la marge de manœuvre du gouvernement, d'autre part (Sacerdoti, 2013)<sup>45</sup>.

Dans le même ordre d'idées, des doutes persistent quant aux répercussions potentielles d'une liberté sans entrave sur des transferts de capitaux liés à l'investissement, que l'on peut trouver dans des traités tels que le traité bilatéral d'investissement conclu en 1996 par l'Éthiopie et le Koweït et le traité bilatéral conclu en 2002 par le Nigéria et l'Espagne, en période de crise économique. Le droit international accorde certes aux États le droit de

gérer comme ils l'entendent les flux de capitaux, mais certains observateurs estiment qu'une disposition libellée en termes non limitatifs sur les transferts libres de capitaux peut entraver la politique monétaire de stabilisation et empêcher un effort qui cherche à éviter une fuite soudaine des capitaux (Waibel, 2009 ; Bernasconi-Osterwalder et al., 2012). Par exemple, une disposition permettant sans entrave le libre transfert de fonds peut également entrer en conflit avec des modalités précises d'application du statut du FMI régissant l'octroi de lignes de crédit du FMI aux pays qui connaissent de graves problèmes de liquidités (Waibel, 2009). Jusqu'à présent, la pratique juridique ne donne pas de directive définitive sur la possibilité de tirer parti du droit de transférer gratuitement des fonds lors d'une contestation devant un tribunal d'arbitrage contre un gouvernement au sujet de mesures de crise qu'il aurait prises (De Luca, 2014).

---

<sup>45</sup> Les traités bilatéraux d'investissement relativement anciens conclus avec les États-Unis semblent souvent particulièrement restrictifs (Gallagher, 2010).

## 4. Clauses des traités bilatéraux d'investissement qui peuvent interagir avec les conventions de double imposition et les mesures fiscales correspondantes

---

Les traités bilatéraux d'investissement ont une incidence sur la fiscalité et sur les conventions de double imposition par défaut, ce qui peut créer des tensions et entraîner des conséquences imprévues. En vertu des traités bilatéraux d'investissement, les pays bénéficient d'un certain degré de liberté que leur accordent les arbitres, mais certaines mesures fiscales peuvent poser des difficultés lors de l'arbitrage (Simonis, 2014). Il peut s'agir d'un changement brutal des régimes d'incitation à investir, des taxes exorbitantes ou des taxes entraînant la vente en catastrophe d'actifs, des augmentations brutales des impôts, un traitement discriminatoire de la part des autorités fiscales, et en particulier le fait de revenir sur un engagement bien précis tel que les clauses de stabilisation dans les concessions et contrats qui protègent les entreprises contre de futurs changements de la réglementation ou du droit (Bishop et al., 2006 ; Van der Bruggen, 2012).

Bien que les conventions de double imposition puissent prévoir un mécanisme différent de règlement des différends, généralement la procédure amiable, les différends relatifs aux questions qu'elles couvrent, à moins qu'ils ne soient expres-

sément exclus, peuvent également être invoqués dans le cadre d'un arbitrage bilatéral. Prises ensemble, les lacunes entre les traités bilatéraux d'investissement et les conventions de double imposition peuvent multiplier les cas d'arbitrage et élargir le domaine dans lequel des mesures d'imposition précises peuvent être contestées. Le tableau 2 indique certaines des clauses des conventions bilatérales d'investissement qui ont un effet fiscal et des liens possibles avec les conventions de double imposition dans certains de ces cas.

Il peut y avoir des lacunes et des incohérences entre les définitions du terme investisseur dans un traité bilatéral d'investissement et les critères d'établissement stable dans une convention parallèle de double imposition, étant donné que les deux types de convention sont souvent négociés séparément par diverses autorités publiques. Les traités bilatéraux d'investissement sont généralement négociés par le ministère du commerce ou des affaires étrangères, tandis que c'est le ministère des finances qui est souvent responsable de la négociation des conventions de double imposition (CNUCED, 2015b).

**Tableau 2: Difficultés potentielles du point de vue fiscal dans les accords internationaux d'investissement**

Élément d'un traité bilatéral d'investissement	Conséquences négatives potentielles	Exemples de libellés faisant problème
Préambule	L'interprétation du traité risque d'être influencée par un très fort accent mis sur les responsabilités des États et les privilèges des investisseurs.	<p>« DÉSIREUX d'intensifier la coopération économique entre les deux États, AYANT L'INTENTION de créer des conditions favorables à l'investissement des nationaux et des sociétés de l'un ou l'autre État dans le territoire de l'autre État, et RECONNAISSANT que l'encouragement et la protection contractuelle de ces investissements sont susceptibles de stimuler des initiatives privées et d'accroître la prospérité dans les deux pays... »</p> <p>Préambule du traité de 1966 relatif aux investissements bilatéraux, conclu par l'Allemagne et la Zambie</p>
Définition de l'investisseur	<p>Un investisseur peut être couvert par un traité bilatéral mais ne pas remplir le critère de résidence permanente inscrit dans un traité de double imposition.</p> <p>Une définition trop large de la notion d'investisseur risque de se traduire par un chalandage fiscal si les obstacles figurant dans la législation intérieure sont trop laxistes.</p>	<p>« Le terme "nationaux" s'entend [...] des personnes morales situées au Ghana ou aux Pays-Bas et sont sous le contrôle direct ou indirect de nationaux de la même Partie contractante »</p> <p>Article 1 b) iii) du traité bilatéral relatif aux investissements, conclu en 1989 par les Pays-Bas et le Ghana</p>
Définition de l'investissement	Les définitions ouvertes de cette notion risquent de placer sous la protection d'un traité des actifs qui ne sont pas du point de vue de l'État essentiels pour sa transformation structurelle et introduisent donc une incertitude au sujet de la responsabilité financière potentielle de l'État d'accueil.	<p>« Le terme "investissements" s'entend de tout actif... »</p> <p>Article 1 du traité bilatéral relatif aux investissements, conclu en 1977 entre le Japon et l'Égypte</p>
Traitement national	<p>Le ciblage des incitations fiscales peut être compliqué et être contraire à la volonté des industries intérieures.</p> <p>Le principe du traitement national risque d'être violé si les changements apportés à la législation fiscale (établissement d'états financiers plus onéreux, par exemple) ne sont destinés qu'aux sociétés multinationales.</p> <p>Les investisseurs internationaux peuvent alors contester des mesures anti-évasion fiscale devant un tribunal si ces mesures visent des entités étrangères.</p>	<p>« Aucune des deux Parties contractantes ne soumettra, sur son territoire, les investissements ou les produits de ceux-ci allant à des nationaux ou des sociétés de l'autre Partie contractante, à un traitement moins favorable que ce qu'il accorde aux investissements ou aux produits de ceux-ci à ses propres nationaux ou sociétés, ou aux investissements et produits d'investissements allant à des nationaux ou sociétés d'un État tiers »</p> <p>Article 3 (1) du traité bilatéral relatif aux investissements, conclu en 1999 par le Royaume-Uni et le Kenya</p>



Élément d'un traité bilatéral d'investissement	Conséquences négatives potentielles	Exemples de libellés faisant problème
<p>Clause de la nation la plus favorisée</p>	<p>En principe, les entreprises peuvent chercher à importer davantage en vertu d'un traitement fiscal préférentiel découlant des traités de double imposition.</p> <p>De même, quand un pays modifie les traités de double imposition qu'il a conclus avec une autre partie, les conséquences potentielles risquent d'être annulées par l'interaction avec le traitement de la nation la plus favorisée dans un autre traité bilatéral ou dans une autre convention de double imposition.</p> <p>Les obstacles à l'arbitrage (fiscal) peuvent être abaissés si on les emprunte à un autre traité bilatéral d'investissement.</p>	<p>« Aux fins du présent article, les nationaux ou les sociétés de l'une des Parties contractantes jouissent du traitement de la nation la plus favorisée sur le territoire de l'autre Partie contractante »</p> <p>Article 3 (4) du traité bilatéral relatif aux investissements, conclu en 1965 par l'Allemagne et la République centrafricaine</p>
<p>Traitement juste et équitable</p>	<p>Des définitions trop vagues risquent d'introduire une incertitude quant au champ d'application du traitement.</p> <p>Les investisseurs peuvent tenter de contester devant un tribunal des mesures fiscales telles que celles qui visent à réprimer l'évasion fiscale.</p>	<p>« Les investissements et les activités des investisseurs associées aux investissements sont traités mutuellement de façon équitable et juste par chaque Partie contractante »</p> <p>Article 3 (1) du traité bilatéral relatif aux investissements, conclu en 1998 par l'Éthiopie et la Chine</p>
<p>Expropriation</p>	<p>Les investisseurs peuvent tenter d'engager une procédure contre les effets de mesures fiscales, notamment celles visant l'évasion fiscale.</p>	<p>« Les investissements réalisés par des investisseurs d'une des Parties contractantes ne seront, ni en droit ni en fait, directement ou indirectement, nationalisés, expropriés [...] sur le territoire de l'autre Partie contractante sauf à des fins d'intérêt général ou national et moyennant le paiement d'une indemnisation rapide, adéquate et efficace et à condition que ces mesures soient prises de façon non discriminatoire et conformément à toutes les dispositions et procédures juridiques »</p> <p>Article 7 (2) du traité bilatéral relatif aux investissements, conclu en 2003 par l'Italie et le Malawi (traduction de l'italien)</p>

Élément d'un traité bilatéral d'investissement	Conséquences négatives potentielles	Exemples de libellés faisant problème
Mécanisme de règlement des différends	<p>Les investisseurs peuvent préférer un mécanisme de règlement investisseur-État à une procédure amiable, ou utiliser les deux simultanément.</p> <p>Les deux mécanismes de règlement des différends peuvent traiter de la même question et donner des résultats différents.</p> <p>Les mécanismes de règlement des différends investisseur-État n'ont pas tous une démarche absolument cohérente à l'égard des litiges fiscaux, ce qui, pour les États défendeurs, crée une incertitude.</p>	<p>« Si un différend n'a pas été réglé dans une période de six mois à partir de la date où il a été formulé par l'une ou l'autre des Parties contractantes, il est soumis à arbitrage à la demande de l'investisseur concerné... »</p> <p>Article 8 du traité bilatéral relatif aux investissements, conclu en 2007 entre la France et le Sénégal</p>
Clause-cadre	<p>La clause-cadre peut fournir aux investisseurs des moyens supplémentaires en cas d'expropriation et demander un traitement juste et équitable.</p>	<p>« Chaque Partie contractante respecte les obligations qu'il a contractées s'agissant des investissements ou des activités d'investissement des investisseurs de l'autre Partie contractante »</p> <p>Article 4 (2) du traité bilatéral relatif aux investissements, conclu en 2013 par le Japon et le Mozambique</p>
Transfert de fonds	<p>Une clause de transferts de fonds rédigée au sens large peut faire obstacle à une politique de stabilisation macroéconomique à court terme.</p> <p>La clause peut avoir l'effet potentiel de limiter la capacité du gouvernement de définir librement sa politique de retenue de l'impôt à la source.</p>	<p>« Chaque Partie contractante garantira aux investisseurs de l'autre Partie contractante une liberté de transfert des fonds relatifs à leurs investissements »</p> <p>Article 7 du traité bilatéral relatif aux investissements, conclu en 2008 par l'Espagne et la Mauritanie (traduit de l'espagnol)</p>
Exigences supplémentaires de performance uniquement dans le cadre d'incitations fiscales	<p>Les incitations fiscales peuvent contribuer à une « optimisation fiscale agressive » quand les exigences de performance supplémentaires sont interdites.</p>	<p>« Aucune des deux Parties ne pourra, s'agissant de l'établissement, l'acquisition, l'extension, la gestion, la conduite, l'opération, la vente ou toute autre disposition d'un investissement d'un investisseur d'une Partie ou d'un État non partie, sur son territoire, imposer ou faire appliquer toute exigence supplémentaire : a) d'exporter un niveau donné ou un pourcentage donné de biens et de services ; b) de parvenir à un niveau ou un pourcentage donné de contenu national ; c) d'acheter, utiliser ou accorder une préférence à des articles produits sur son territoire ou acheter des biens auprès de personnes sises sur son territoire ; d) de lier de façon quelconque le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations ou au montant des devises étrangères associées à un tel investissement »</p> <p>Article 8 du traité bilatéral relatif aux investissements, conclu en 2008 par les États-Unis et le Rwanda</p>

## 4.1. Préambule

Le préambule fait généralement référence aux intentions de promouvoir des investissements et souvent à d'autres objectifs, notamment la protection de l'investissement et la prospérité économique. Les droits des investisseurs et les obligations des États y sont généralement exposés. Toutefois, ce n'est qu'assez récemment qu'on y trouve une allusion expresse au concept plus large de développement durable. Comme presque toutes les clauses de fond concernent les responsabilités du pays d'accueil, les importateurs de capitaux, par exemple les pays africains, peuvent se trouver dans une position moins favorable lors de l'interprétation des traités par des arbitres internationaux. Comme la prospérité économique peut être dissociée du développement durable, même si la fiscalité est un aspect essentiel du pouvoir réglementaire d'un État, un préambule d'une convention mettant l'accent sur les droits des investisseurs par rapport à ceux des États peut prédisposer le tribunal arbitral à favoriser l'investisseur en cas de contestation d'une mesure fiscale.

## 4.2. Définitions de l'investisseur et de l'investissement

Le fait que les définitions de « l'investisseur » sont trop larges et sont dépourvues d'indications sur les moyens de le protéger contre l'utilisation abusive des conventions d'investissement, et de l'origine de l'investissement dans les traités fiscaux, explique l'optimisation des conventions, qui consiste pour les sociétés étrangères à structurer leurs investissements de manière à tirer le maximum d'avantages des conventions bilatérales d'investissement et des conventions de double imposition (voir la section 5 du présent rapport). Les traités conclus avec des centres financiers extraterritoriaux dont la législation permet aux sociétés-écrans d'avoir accès aux avantages des traités peuvent s'avérer particulièrement problématique.

La définition de l'investisseur dans les conventions d'investissement peut également retentir de façon négative avec les critères d'établissement stable dans les conventions fiscales. Les deux définitions délimitent les entités couvertes par les trai-

tés, mais leurs approches sont différentes. Il peut être possible pour certains investisseurs d'engager une procédure d'arbitrage alors que leur présence dans le pays tombe en dessous du seuil d'assujettissement à l'impôt. Si les critères de l'établissement stable sont exploités de façon opportuniste par les investisseurs étrangers pour éviter l'impôt, le gouvernement du pays d'accueil peut chercher à réagir par des mesures pour contrer ces pratiques. Si une telle mesure risque d'être en conflit avec une convention fiscale valide (par exemple, si la même activité est déjà imposée dans l'économie), l'investisseur peut engager la procédure d'accord amiable en vertu de la convention fiscale avant même que la mesure n'entre en vigueur. Si l'investisseur souhaite recourir à l'arbitrage, il doit prouver que la mesure contrevient à l'une des normes de traitement garanties par le traité bilatéral d'investissement, notamment le traitement juste et équitable ou la clause-cadre une fois la mesure appliquée<sup>46</sup>. En revanche, les investisseurs assujettis à l'impôt dans le pays d'accueil, y compris ceux qui bénéficient des avantages d'une convention fiscale, peuvent voir leurs demandes rejetées si les conditions de définition ne sont pas remplies ou pour cause de corruption.

Des définitions trop larges de l'investissement peuvent conduire à un manque de précision quant à l'étendue du risque couru par l'État défendeur. En outre, du point de vue des pouvoirs publics, certains des actifs couverts qui ne sont que marginalement liés à l'investissement productif peuvent encore être couverts par un traité bilatéral d'investissement invoqué dans une requête.

## 4.3. Traitement national

Les traités bilatéraux d'investissement et les conventions de double imposition protègent les investisseurs étrangers d'un traitement moins favorable que celui accordé aux entreprises natio-

<sup>46</sup> L'idée que les investisseurs peuvent contester une mesure, devant un tribunal international d'arbitrage, uniquement une fois que cette mesure a effectivement été appliquée a peut-être été mise à l'épreuve dans une affaire récente dans laquelle le Gouvernement vietnamien aurait été amené à se défendre devant un tribunal d'arbitrage à la fois contre le vendeur et l'acheteur d'actifs d'une entreprise avant l'imposition d'un impôt contesté sur les gains en capital (Peterson, 2018).

nales. Les modifications apportées à la législation fiscale peuvent être contestées en justice par les investisseurs étrangers s'ils estiment le traitement fiscal qui leur est réservé moins favorable et contestent que cette mesure diminue leurs droits en vertu d'un traité. Des normes de traitement formulées de façon vague alimenteraient l'incertitude quant à ce que l'on peut attendre d'un traité.

Une disposition relative au traitement national peut susciter des préoccupations pour deux raisons au moins. D'abord, le pays d'accueil peut avoir du mal à ne cibler que des catégories particulières d'investisseurs nationaux par le biais de sa politique fiscale. Deuxièmement, les pays d'accueil peuvent souhaiter mettre en œuvre des mesures fiscales plus coûteuses pour les entreprises étrangères, étant donné que les autorités nationales n'ont pas les moyens de maîtriser l'évasion fiscale qui pourrait être facilitée par une convention de double imposition. Les autorités nationales peuvent par exemple chercher à entreprendre des évaluations fiscales approfondies ou à imposer les revenus passifs des sociétés étrangères sur les revenus bruts, tout en n'imposant leurs homologues nationaux que sur les bénéfices (Park, 2009).

Lorsqu'ils évaluent les demandes faisant état d'un traitement discriminatoire, les tribunaux d'arbitrage utilisent habituellement une démarche en trois étapes (Wälde et Kolo, 2007). Dans un premier temps, ils choisissent un comparateur par rapport auquel ils évalueront la requête du demandeur. Ils examinent ensuite si un traitement plus favorable a été accordé au comparateur qu'à l'investisseur. Si c'est le cas, le tribunal examinera finalement la différence éventuelle de traitement pour dire si elle est justifiable.

Si l'État hôte déclare que les mesures supplémentaires sont prises pour lutter contre l'évasion fiscale, il admettra en fait un traitement différencié. Pour que de telles mesures ne soient pas considérées comme une violation du traité, les arbitres doivent rejeter l'argument de la similitude de circonstances ou bien tolérer une politique suboptimale qui vise à éradiquer l'évasion fiscale, effectivement autorisée dans le

droit interne et dans les traités internationaux auxquels l'État a sous une forme ou sous une autre consenti. Les dispositions fiscales discriminatoires sont peu fréquentes. Les pays d'accueil sont en général plus susceptibles d'être tenus responsables d'une discrimination de fait, par exemple par une application trop sélective de la loi plutôt que d'avoir adopté une législation discriminatoire en droit (Wälde et Kolo, 2007 ; van der Bruggen, 2012).

#### 4.4. Traitement de la nation la plus favorisée

La clause de la nation la plus favorisée vise à maintenir les positions des investisseurs par rapport à d'autres investisseurs internationaux, mais elle peut également faciliter le picorage et ainsi procurer des avantages involontaires à l'investisseur (voir sect. 5.2). Une clause de la nation la plus favorisée sans réserve établit que tout traitement accordé à d'autres investisseurs étrangers couverts par d'autres accords internationaux plus favorables que ceux garantis par le traité applicable devrait être étendu aux investisseurs couverts par le traitement d'investissement de base.

Les clauses de la nation la plus favorisée sont généralement muettes sur la question de savoir si la norme s'applique uniquement aux questions de fond ou aux questions de procédure. En cas d'arbitrage, un investisseur peut chercher à activer la clause de la nation la plus favorisée pour « importer » des éléments de définition de normes figurant dans d'autres traités valides comme le traitement juste et équitable et l'expropriation qui sont « plus favorables » que ceux du traité de base (Radi, 2007 ; Gazzini et Tanzi, 2013 ; Dumberry, 2016).

Si la clause de la nation la plus favorisée est rédigée en termes généraux, l'investisseur peut sans doute exiger un traitement fiscal plus favorable inscrit dans une convention de double imposition conclue entre le pays hôte et un pays tiers<sup>47</sup>. Par exemple, des conditions soigneuse-

<sup>47</sup> La jurisprudence dans le domaine public ne semble pas permettre de signaler une affaire dans laquelle une clause de traitement plus

ment négociées dans des conventions fiscales peuvent être compromises si un traité bilatéral d'investissement parallèle permet d'intégrer un traitement plus favorable inspiré d'autres conventions de double imposition. Un nombre important de traités bilatéraux d'investissement excluent les questions fiscales du champ d'application du traitement de la nation la plus favorisée afin d'éviter un conflit avec des conventions de double imposition existantes et de maintenir la marge de manœuvre réglementaire (Bantekas, 2015 ; Qureshi, 2015).

#### 4.5. Traitement juste et équitable

On peut s'attendre à ce qu'une affaire d'arbitrage en matière fiscale repose au moins en partie sur la norme de traitement juste et équitable. Mais la disposition relative au traitement juste et équitable peut se traduire par un niveau variable de protection pour l'investisseur et des obligations variables pour l'État dans les divers traités et interprétations des tribunaux. Les notions de « justice » et d'« équité » ne sont pas clairement précisées en droit international. La norme de traitement juste et équitable est rarement définie avec précision dans le traité et les tribunaux l'interprètent en tenant compte de son libellé exact et des circonstances propres d'une affaire (Schreurer, 2005). Même lorsque le traitement juste et équitable est assimilé à la norme minimale habituelle de traitement, les tribunaux ne sont pas toujours d'accord sur ce qui constitue une violation de la norme (CNUCED, 2012b).

favorable aurait été importée d'un traité parallèle de double imposition par l'introduction de la clause de la nation la plus favorisée dans un traité bilatéral relatif aux investissements. Néanmoins, le fait qu'un grand nombre de traités bilatéraux relatifs aux investissements excluent de leur domaine d'application les traités de double imposition semble constituer un indice indirect que cette possibilité existe en pratique. À titre d'exemple, l'article 4 a) du traité bilatéral relatif aux investissements conclu en 2016 entre le Rwanda et la Turquie stipule que « les dispositions du présent article ne sauraient être interprétées comme créant une obligation pour une Partie contractante d'accorder aux investisseurs de l'autre Partie contractante l'avantage d'un traitement, d'une préférence ou d'un privilège quelconques qui pourraient être accordés à la première Partie contractante en vertu d'un accord international ou de toute disposition internationale relative principalement ou surtout à la fiscalité ». Faire valoir qu'il n'y a pas de risque qu'un tel phénomène se produise rendrait ce type d'exception vide de sens, ce qui n'est sans doute pas l'intention des rédacteurs des traités.

Ainsi, les tribunaux ont donné des interprétations divergentes de la clause de traitement juste et équitable dans les cas particuliers, et cette interprétation du tribunal peut conduire à la situation extrême, celle de l'exclusion des changements réglementaires, notamment la loi fiscale, ou de susciter des attentes très onéreuses de l'État. Une disposition générale sur le traitement juste et équitable risque de créer une incertitude quant à la capacité de l'État de modifier sa fiscalité, et cela a un impact sur les investisseurs internationaux. Par exemple, le prélèvement fiscal sur les industries extractives ou encore des lois et mesures visant à prévenir l'évasion fiscale rendues possibles par une convention de double imposition peuvent amener les investisseurs à rechercher un arbitrage international (Carim, 2016 ; Chaisse et Marisi, 2017).

Les tribunaux internationaux d'arbitrage sont susceptibles de prendre en compte plusieurs facteurs quand ils évaluent une éventuelle violation du principe de traitement juste et équitable par le fait d'une mesure (fiscale) conçue par exemple pour limiter l'évasion fiscale. La jurisprudence actuelle tend à considérer la bonne foi, l'application régulière de la loi, y compris une réévaluation fiscale permettant d'entendre le contribuable, la transparence et la prévisibilité ainsi que le caractère arbitraire, le déni de justice, comme l'incapacité de contester une mesure devant des tribunaux indépendants, des retards indus, la discrimination, la coercition, la contrainte et le harcèlement et/ou la répudiation des « attentes légitimes » des investisseurs (CNUCED, 2012b ; Van der Brugge, 2012).

La notion d'« attente légitime » est devenue un élément central et très controversé de l'interprétation de la norme du traitement juste et équitable et de l'expropriation (voir plus bas, sous 4.6), même si cette notion figure rarement expressément dans les traités d'investissement. Lorsqu'ils examinent une plainte pour violation de l'attente légitime de l'investisseur, les tribunaux établissent généralement d'abord si une telle attente a effectivement été formée et quelle est son origine (par exemple, une mesure officielle, un contrat, une délégation d'autorité par un fonctionnaire) avant de déterminer comment ces attentes ont pu être

violées par la mesure officielle, comme l'illustre l'encadré I. Les engagements précis envers un investisseur, généralement les concessions ou les contrats, ont plus de poids que le cadre juridique global ou les déclarations politiques ; ils bénéficient donc d'une protection plus forte contre la violation des traités (Snodgrass, 2006 ; Hirsch, 2011 ; Davie, 2015). La jurisprudence actuelle ne fournit pas de réponse définitive à la question de savoir si une simple frustration d'attentes légitimes équivaut à une violation d'un traitement juste et équitable. Une mesure juridique ou administrative contraire à une convention de double imposition paraîtrait contraire à la notion d'attente légitime.

La jurisprudence récente donne à penser que les États peuvent ne pas être totalement innocents d'avoir violé la norme de traitement juste et équitable en modifiant le cadre juridique et commercial général une fois que l'investissement a eu lieu (si aucun engagement précis envers l'investisseur n'a été pris). Il semble toutefois que, pour constater une responsabilité, la barre est haute (Potestà, 2016), ce qui suppose la présence d'autres facteurs (Hirsch, 2011). Néanmoins, plusieurs tribunaux récents n'ont toujours pas réussi à articuler clairement la notion de stabilité réglementaire, ce qui alimente un sentiment d'incertitude quant à l'espace politique dont disposent les décideurs (Ortino, 2018).

La jurisprudence suggère que la réglementation suivie de bonne foi élève la barre à atteindre pour que l'État soit tenu responsable de l'adoption d'une nouvelle politique ou d'un nouveau règlement (Potestà, 2013). Une mesure qui serait prise de mauvaise foi, c'est-à-dire avec une arrière-pensée sous couvert d'un objectif politique légitime, peut à elle seule suffire à constituer une violation d'un traitement juste et équitable (Moloo et Jacinto, 2011). Étant donné l'importance de la fiscalité pour l'exercice de la souveraineté de l'État, on peut s'attendre à ce que ce principe soit également respecté en cas d'expropriation.

## 4.6. Expropriation

Les mesures relatives à la fiscalité directe et indirecte sont couvertes, et la fiscalité peut alors aboutir à l'expropriation (Lazem et Bantekas, 2015 ; pour une affaire d'expropriation liée à la fiscalité, en Afrique, voir l'encadré III)<sup>48</sup>. Alors que les impôts ordinaires sont institués et levés pour financer les fonctions essentielles de l'État, dont certaines profitent au climat général des affaires, des mesures fiscales abusives peuvent être imposées comme moyen subreptice de ruiner ou léser les droits de propriété de certains investisseurs (Park, 2009). Dans la pratique, il peut être difficile de distinguer entre les mesures légitimes de levée de l'impôt ou de collecte de celui-ci et la saisie abusive. Un risque de réclamation pour expropriation indirecte peut influencer sur les efforts que fait le gouvernement pour adapter sa fiscalité à une situation économique nouvelle (changement des taux d'imposition et impôt sur les bénéfices exceptionnels, par exemple). Les investisseurs pourraient chercher à contester les mesures prises pour enrayer l'évasion fiscale, qui pourraient être rendues possibles par une convention de double imposition (Chaisse et Marisi 2017).

Lors de l'évaluation des demandes d'expropriation (fiscales), les tribunaux d'arbitrage évaluent généralement l'intention et l'effet de la mesure, l'étendue de la privation pour l'investisseur et les attentes légitimes de celui-ci (CNUCED, 2012a) qui peuvent dans une certaine mesure s'appuyer sur une convention de double imposition en vigueur. Il ne semble pas y avoir actuellement de consensus sur la ligne de démarcation entre les mesures fiscales admissibles et celles qui sont excessivement sévères (Davie, 2015 ; Grégoire, 2015), symptomatique d'une plus grande incohérence dans les montants accordés pour les réclamations en matière d'expropriation (voir Nikiéma, 2012b ; Isakoff, 2013).

<sup>48</sup> Le traité bilatéral relatif aux investissements conclu en 1986 par les États-Unis et l'Égypte est l'une des rares exceptions puisqu'il déclare expressément que « le fait de lever un impôt » peut donner lieu à une expropriation (art. III).

**Encadré I: *Occidental c. République de l'Équateur (2002) et EnCana c. République de l'Équateur (2003)***

Les arbitrages *Occidental c. République de l'Équateur* (London Court of International Arbitration, affaire No. UN3467) et *EnCana c. République de l'Équateur* (London Court of International Arbitration, affaire No. UN3481) soulignent l'importance de la précision des traités. Dans ces deux affaires, les investisseurs ont contesté la décision de l'État équatorien de cesser de rembourser la taxe à la valeur ajoutée (TVA) sur les biens et services et ont fait valoir que les rabais étaient liés à leur contrat avec l'Équateur et avaient été accordés en vertu de la loi fiscale. L'investisseur *Occidental*, qui était couvert par le traité bilatéral relatif aux investissements, conclu en 1993 entre les États-Unis et l'Équateur, a finalement obtenu environ 71 millions de dollars (voir sentence arbitrale 3467, Nations Unies), tandis que la requête d'*EnCana*, qui s'appuyait sur le traité de 1996 entre le Canada et l'Équateur n'a pas abouti (sentence arbitrale 3481, Nations Unies).

Les traités relatifs aux investissements conclus avec l'Équateur par les États-Unis, d'une part, et par le Canada, d'autre part, imposaient de graves restrictions à l'applicabilité de l'imposition. Dans le traité entre les États-Unis et l'Équateur, les mesures fiscales s'appliquaient à un traitement juste et équitable, à l'expropriation, au transfert de fonds et aux autres accords. Par contraste, le traité entre le Canada et l'Équateur énonçait dans son article 12 que « rien dans le présent accord ne s'applique aux mesures fiscales » sauf dans l'éventualité d'une expropriation (et sujet donc à un double veto).

La société *Occidental* a contesté le refus de l'autorité fiscale équatorienne de rembourser la TVA en avançant plusieurs raisons, notamment le traitement juste et équitable, le traitement national et l'arbitrage indirect. Le tribunal d'arbitrage de la CNUDCI a contesté la position d'*Occidental* selon laquelle l'accord avec le Gouvernement équatorien accordait à la société *Occidental* le droit d'un rabais sur la TVA. Le tribunal a défini « l'environnement stable et légal des affaires » comme un critère de traitement juste et équitable, et la modification des règles fiscales s'appliquant aux exportations de pétrole modifient ce cadre et constituent donc une violation de la disposition relative au traitement juste et équitable (CNUCED, 2011b). Cette lecture large s'inscrit pourtant dans le contexte d'un contrat particulier entre l'État et la compagnie (Brower et Blanchard, 2014). Le tribunal arbitral a statué que la décision de refuser le rabais de TVA était le résultat d'une « incohérence globale de la structure de la fiscalité », en raison de quoi la clause de traitement juste et équitable dans le traité bilatéral conclu entre les États-Unis et l'Équateur en 1993 avait été violée (Park, 2009).

Le tribunal, dans l'affaire *Occidental*, a également fait donner une interprétation exceptionnellement large de la notion d'investisseur « semblable » en vertu de la norme de traitement national à des fins de comparaison, en examinant la situation des exportateurs dans d'autres secteurs, comme celui des fleurs coupées et des fruits de mer (Spears, 2010 ; Bernasconi-Osterwalder et al., 2012). Le Gouvernement équatorien en revanche a fait valoir sans succès que les compagnies pétrolières, notamment *PetroEcuador* avec lequel *Occidental* a conclu un accord distinct, n'avaient pas non plus droit au rabais de TVA.

Le tribunal de la CNUDCI dans l'affaire *EnCana*, dont la compétence était limitée à l'expropriation, a jugé que le refus d'accorder un remboursement de TVA ne contrevenait pas à un engagement précis donné à l'entreprise et n'équivalait donc pas à une expropriation, en partie parce que le Gouvernement équatorien avait agi de bonne foi et que l'entreprise avait accès aux tribunaux locaux, ouverts à tous et indépendants (Bishop et al., 2014). De plus, le tribunal, dans l'arbitrage *EnCana*, ne pouvait pas appliquer la disposition relative au traitement juste et équitable qui ne couvrait pas l'imposition en vertu du traité bilatéral d'investissement entre le Canada et l'Équateur de 1996 (Park, 2009).

L'effet d'une mesure fiscale devrait cependant être spectaculaire pour qu'elle se traduise par une expropriation indirecte (Van der Bruggen 2012)<sup>49</sup>. On peut également s'attendre à ce que les demandes d'indemnisation pour expropriation contiennent des références à des éléments d'arbitraire ou de discrimination, de mauvaise foi, de violation du respect de la légalité, ou encore d'un accord spécifique avec l'investisseur (Wälde et Kolo, 2007 ; Park, 2009 ; Brower et Blanchard, 2014).

La jurisprudence dit que les arbitres sont généralement assez favorables à la position de l'État défendeur en matière fiscale et appliquent donc un seuil très élevé en cas d'affaire liée à la fiscalité, comparée à d'autres formes d'expropriation (Lazem et Bantekas, 2015). Néanmoins, les arbitres peuvent également tenir compte de l'existence éventuelle d'un traité valide de double imposition en cas de pertinence de celui-ci.

<sup>49</sup> On peut citer un exemple de ce raisonnement dans l'affaire *EnCana c. République de l'Équateur*, dont la sentence arbitrale indique que « si la loi fiscale présente un caractère extraordinaire, punitif par son montant ou par son caractère arbitraire se poserait alors la question de l'expropriation indirecte » (par. 177).

### **Encadré II: Antoine Goetz et al. c. République du Burundi (1995)**

En 1993, le Gouvernement burundais a exigé qu’Affimet, une société locale de transformation et de réexportation de l’or, verse un dépôt de 3 millions de dollars pour la zone franche accordant à celle-ci des exonérations de taxes et de droit à l’importation (Lallemand, 2000). Deux ans plus tard, les autorités burundaises ont retiré l’autorisation, ce qui a amené les investisseurs belges à chercher à obtenir réparation et une indemnisation d’un montant de 175 millions de dollars en vertu du traité relatif aux investissements conclu par l’Union économique belgo-luxembourgeoise et le Burundi en 1989.

Dans sa sentence de 1999, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements a constaté que la révocation de l’autorisation privait la société « de l’avantage qu’elle attendait de son investissement » (par. 124 ; affaire no ARB/95/3, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements). Néanmoins, cette annulation de l’autorisation a été jugée dans l’intérêt général, respectant la légalité et non discriminatoire. Aucune indemnisation n’a toutefois été offerte pour le retrait de l’autorisation en question et il a été reconnu que le Gouvernement contrevenait aux dispositions du traité bilatéral d’investissement. Un règlement contenu dans la sentence arbitrale a amené le Gouvernement burundais à promettre de rembourser les investisseurs d’un montant de 3 millions de dollars avec un intérêt de 8 % et de signer une nouvelle convention dans laquelle la société belge récupère effectivement ses avantages antérieurs.

## **4.7. Clause-cadre**

Dans la clause-cadre entendue au sens large, le gouvernement d’accueil est obligé d’honorer les obligations qu’il a contractées à l’égard d’un investisseur ou d’un groupe particulier d’investisseurs. Par exemple, les clauses figurant dans un contrat entre un investisseur et un État couvrent habituellement des ouvrages à forte intensité capitalistique dans l’industrie minière et isolent l’investisseur des effets des futurs changements de la législation, notamment fiscale, dont il est protégé par un traité bilatéral. Cependant, les clauses-cadres varient souvent dans leur libellé, et la jurisprudence n’est pas encore arrêtée sur la portée précise de cette clause. Les tribunaux d’arbitrage peuvent par exemple débouter les demandeurs dans les contrats entre investisseurs et États si ces contrats contiennent déjà l’indication de la juridiction particulière qui réglera le différend.

Les investisseurs peuvent également jouir des dispositions fiscales individuelles et plus bénéfiques. Ces décisions fiscales, qui souvent ne sont pas communiquées au public, peuvent cependant se traduire par des pertes considérables de recettes fiscales avec le temps, et elles peuvent être associées à des pratiques d’évasion fiscale facilitées par les traités de double imposition. Si un traité bilatéral ne s’applique pas aux questions fiscales, les investisseurs souhaitant défendre leurs droits contractuels par l’arbitrage peuvent le faire si le contrat lui-même l’autorise. Sinon, ils doivent s’en

remettre aux tribunaux locaux (Wälde et Kolo, 2007). La jurisprudence relative à d’autres types de traités donne à penser que les traités de double imposition ne sont pas couverts par une clause-cadre étant donné que l’investisseur n’est pas l’une des parties.

## **4.8. Transfert des fonds**

Les traités bilatéraux relatifs aux investissements contiennent habituellement une clause permettant le libre transfert des fonds résultant d’un investissement, à l’entrée et à la sortie du pays d’accueil. Mais dans la communauté des spécialistes de ces questions, on se préoccupe aussi de savoir si en l’absence d’un traité de double imposition une clause permettant sans aucun contrôle le libre transfert des capitaux peut être utilisée avec succès pour contester une augmentation du taux d’imposition à la source dans le pays d’accueil étant donné que les traités internationaux l’emportent sur le droit national (Wälde et Kolo, 2007 ; Polanco Lazo et Yáñez Villanueva, 2016). En revanche, on peut faire valoir que la retenue à la source fait partie des formes d’imposition sur le revenu et constitue une mesure de contrôle des capitaux ; elle n’entre donc pas dans le domaine d’application de la clause sur le libre transfert des capitaux (Bravo et al., 2015). La jurisprudence existante demeure insuffisante pour apporter des indications sur l’étendue du risque d’une clause formulée de façon trop vague pour les pays d’accueil, par exemple, durant les périodes de difficultés économiques.



## 4.9. Exigences de résultat

Quand des exigences de résultats ne figurent pas dans un traité d'investissement, elles peuvent être introduites volontairement et constituer des incitations pour un traitement fiscal plus favorable. Les incitations fiscales qui encouragent à réaliser des objectifs de développement économique peuvent, cependant, être exploitées dans des pratiques de planification fiscale agressive facilitées par les traités de double imposition existants.

## 4.10. Règlement des différends

L'arbitrage prévu par les traités permet aux investisseurs de défendre leurs droits dans le pays d'accueil. L'action en justice contre les modifications de la fiscalité peut mettre en doute la légitimité de la mesure en question, ce qui à son tour soulève des problèmes quant à la portée de la souveraineté de l'État (Park, 2009 ; Brazier, 2013). L'arbitrage international lié aux questions fiscales devient de plus en plus fréquent. En 2017, plus de 45 affaires comptabilisées de règlement d'un différend entre un investisseur et un État concernaient des questions fiscales (CNUCED, 2015b, 2017d) ; c'est le cas notamment de plusieurs pays africains, dont l'Algérie, l'Égypte et l'Ouganda.

Les investisseurs peuvent contester des mesures fiscales dans le cadre d'une procédure amiable, dans le règlement d'un différend entre un investisseur et un État ou devant un tribunal du pays, ou par un ensemble de ces différentes mesures. La question de savoir si un litige fiscal peut être réglé sur la base des dispositions d'un traité bilatéral relatif aux investissements, d'un traité de double imposition ou des deux dépend de la nature du litige. Si la couverture de protection du traité bilatéral est suffisamment vaste, le non-respect d'un traité de double imposition peut être contesté dans un tribunal d'arbitrage (Demirkol, 2018). S'agissant des mesures liées à la

fiscalité, une cour d'arbitrage international peut en être saisie en vertu d'un traité bilatéral relatif aux investissements dès lors qu'une ou plusieurs des normes garanties de traitement prévues par le traité auraient été violées (Bantekas, 2008). Mais certaines affaires peuvent être couvertes par la protection offerte par les traités d'investissement et les traités de double imposition. Les mesures à caractère fiscal conduisant à une double imposition peuvent être contestées en tant que violation du principe du traitement juste et équitable ou comme constituant une expropriation dans un traité bilatéral d'investissement (Bravo et al., 2015), ou encore être examinées en vertu d'un traité de double imposition. La protection contre la discrimination peut être existante dans les deux instruments, bien que sous des formes différentes. Les traités de double imposition en revanche considèrent aussi des exemples de double imposition « pure », et l'investisseur ne peut alors revendiquer un traitement discriminatoire.

Alors que la procédure amiable devrait généralement être moins onéreuse pour les investisseurs, certains d'entre eux peuvent préférer utiliser les traités relatifs aux investissements plutôt que les traités de double imposition dans le traitement des questions ayant trait à la fiscalité (voir l'encadré III). Comparé à une procédure amiable, l'arbitrage leur permet une action plus robuste et il offre des normes supplémentaires de protection (Chaisse, 2016a). Toutefois, le règlement des différends entre investisseurs et États peut avoir un impact plus important sur la souveraineté (fiscale) que la procédure amiable ou le règlement des différends entre États (Bird-Polan, 2018). Là où il y a chevauchement des deux types de traité, cependant, la même mesure peut être contestée en vertu à la fois du traité bilatéral relatif aux investissements et du traité de double imposition, et le tribunal d'arbitrage et la procédure amiable peuvent aboutir à des conclusions différentes (Polanco Lazo et Yáñez Villanueva, 2016).

**Encadré III: Vodafone c. Inde (2014, 2017)**

En 2014, Vodafone, un fournisseur britannique de services de télécommunication, a engagé une action en justice contre le Gouvernement indien en vertu du traité conclu en 1995 entre les Pays-Bas et l'Inde au sujet de l'application rétroactive d'un impôt sur les gains en capital, sur l'acquisition, pour 11,1 milliards de dollars d'une part de la société Hutchinson Whampoa, dans une opération de réseau local détenu en commun (Court permanente d'arbitrage, affaire No. 2016-35 ; Crabtree, 2014). Les autorités fiscales indiennes ont fait valoir que la prise de contrôle de 2007 devait faire l'objet d'un impôt sur les gains en capital à concurrence de 2,2 milliards de dollars, augmenté des intérêts, en vertu de la loi indienne sur l'impôt sur le revenu. Vodafone a fait valoir au contraire que l'acquisition d'une participation avait eu lieu aux îles Caïmanes, où les titres étaient détenus par Hutchinson. En 2012, la Cour suprême de l'Inde s'est prononcée en faveur de Vodafone, amenant le Gouvernement à introduire l'amendement à la loi avec effet rétroactif. L'arbitrage, rendu difficile par des désaccords quant à la nomination du juge présidant l'arbitrage, se poursuit. En 2017, Vodafone a engagé une procédure d'arbitrage parallèle contre le Gouvernement au sujet du même différend, en invoquant le traité d'investissement de 1994 entre le Royaume-Uni et l'Inde (Jones, 2017). Les tribunaux indiens ont finalement permis que la deuxième procédure d'arbitrage se poursuive malgré les allégations du Gouvernement selon lesquelles il y aurait eu « abus de procédure ». Cairn, une société minière, et sa société mère ont également déposé deux avis de différend distincts contre l'Inde au sujet de l'application rétroactive de l'impôt sur les gains en capital, tous deux sur la base du traité bilatéral d'investissement entre le Royaume-Uni et l'Inde (Cour permanente d'arbitrage, affaire No. 2016-7).

En investissant par le canal d'une filiale enregistrée aux Pays-Bas, Vodafone est couverte à la fois par le traité bilatéral conclu en 1995 entre les Pays-Bas et l'Inde et par le traité de double imposition conclu entre ces deux mêmes pays en 1988. Ce dernier traité, par exemple, accorde la taxation des gains en capital presque exclusivement au pays d'origine de l'investissement, et la disposition relative à la nation la plus favorisée stipule que tout autre traitement plus favorable de l'impôt à la source offert par un traité de double imposition signé ultérieurement avec un pays de l'OCDE tiers l'emporterait sur le traité de base. Il est remarquable aussi que Vodafone, qui a investi en Inde par l'intermédiaire de sa filiale néerlandaise, a choisi l'arbitrage international plutôt que l'application d'une procédure amiable relativement plus faible offerte par le traité de double imposition conclu entre les Pays-Bas et l'Inde (Choudhury et Owens, 2014), dans lequel ce sont les autorités fiscales néerlandaises et non pas la société en question qui joueront le rôle principal. Le traité fiscal stipule aussi que les autorités compétentes « s'efforceront de résoudre » l'affaire sans préciser de délai. Le traité bilatéral entre les Pays-Bas et l'Inde s'applique aux questions fiscales dans leur totalité.

# 5. Les investisseurs sont incités à structurer leur investissement de manière à tirer le maximum d'avantages des traités bilatéraux d'investissement et des traités de double imposition

---

Les investisseurs étrangers qui structurent leurs opérations mondiales pour porter au maximum la valeur, pour leurs propriétaires ou leurs actionnaires, sont incités à prendre en compte les normes de protection, les traitements fiscaux et les lacunes offerts par les traités fiscaux et d'investissement existants dans le pays d'accueil (potentiel) et le reste du monde (voir, par exemple, Sprenger et Boersma, 2014). Les avantages relatifs des investissements existants et des traités pour les investisseurs privés peuvent encourager des entités tierces à créer des filiales dans l'un des États contractants, avec pour seul objectif de récolter les avantages et les privilèges découlant des traités. Les entreprises peuvent ainsi minimiser les charges fiscales et bénéficier d'une protection juridique étendue pour leur investissement (on trouvera à l'encadré IV l'exemple d'un pays qui sert de filière largement utilisée à cet égard).

Ce qui différencie l'utilisation abusive des traités de leur utilisation opportuniste ou frivole est la nationalité de l'investisseur, ce qui, dans des circonstances normales, ne permettrait pas d'être couvert par la convention bilatérale d'investissement ou la convention de double imposition. Ces deux types de traité et la législation nationale peuvent ainsi devenir un élément déterminant de la matrice d'optimisation fiscale de l'utilisation des traités par une entreprise, soulignant ainsi l'importance des trois dimensions de ces

politiques pour endiguer les pratiques nocives. Du point de vue de l'économie du pays d'accueil, l'utilisation optimale des traités peut entraîner une nouvelle érosion de la marge de manœuvre politique et des possibilités de mobiliser des ressources intérieures (Legum, 2005).

## 5.1. Recherche de la juridiction la plus favorable (choix des traités bilatéraux d'investissement)

Un investisseur étranger peut avoir accès à la protection juridique d'un traité bilatéral d'investissement précis en canalisant son investissement, par l'intermédiaire d'une entité-écran, dans un pays différent, dans le cas où le traité en question ne contient pas de clause de refus d'avantages particuliers ou d'autres restrictions. Ainsi, l'entreprise a accès à des normes de traitement plus favorables et à l'arbitrage international, ce qui ne serait pas le cas si elle investissait directement à partir de son pays réel. Cette option peut inciter indirectement une entreprise à placer son investissement dans un pays particulier présentant d'autres caractéristiques souhaitables, mais elle est également susceptible d'exposer les gouvernements à un comportement opportuniste des investisseurs (Chaisse, 2015). Depuis 2010, un tiers environ des demandes de règlement arbitral des différends entre investisseurs et États ont été introduites par des entités dont la société

### Encadré IV: Optimisation fiscale des traités aux Pays-Bas

Les Pays-Bas sont progressivement devenus le pays de choix pour de nombreux investisseurs qui cherchent à optimiser les avantages qu'ils retirent des conventions par l'utilisation d'entreprises intermédiaires appartenant à un vaste réseau mondial sur la base des conventions de double imposition du pays, un ensemble de dispositions favorables aux investisseurs et utilisant le caractère assez permissif de la législation fiscale néerlandaise (Van Os et Knottnerus, 2011 ; Van Leyenhorst, 2014 ; Eurodad, 2017). Sur la base des données relatives à près de 100 millions de sociétés, on a constaté que 23 % environ des investissements internationaux des sociétés privées qui exploitent les juridictions finales à faible fiscalité passent par les Pays-Bas, ce pays venant à cet égard au premier rang dans le monde (Garcia-Bernardo et al., 2017).

Les caractéristiques de cet « étalon-or » des traités bilatéraux d'investissement néerlandais sont notamment une définition très large de l'investisseur, ce qui accorde une protection complète aux entités contrôlées directement et indirectement, une liste ouverte et non exclusive de définitions des investissements couvrant « tous les types d'actifs », matériels et immatériels, et le droit de demander une protection dans le cadre du règlement des différends entre investisseurs et États sans devoir d'abord épuiser les recours locaux (Van Os, 2016). Les traités favorables aux investisseurs, de leur côté, sont souvent dépourvus de clauses anti-abus qui seraient pourtant essentielles (en particulier dans les traités plus anciens), comme la limitation des avantages ; des tests de l'objet principal de l'activité et la réduction ou l'abolition des retenues d'impôt montrent le lien avec une fiscalité relativement laxiste aux Pays-Bas (Weyzig, 2013b ; Oxfam Novib, 2016). Les normes de traitement ont aussi tendance à être définies de façon vague (Van Os et Knottnerus, 2011), ce qui ouvre la porte à une interprétation potentiellement large. Sur les 855 arbitrages de différends entre investisseurs et États s'appuyant sur des traités, 102 affaires, soit un peu plus de 10 % du total mondial, ont été engagées en vertu de traités bilatéraux d'investissement conclus par les Pays-Bas dans le monde entier, dont sept avec des pays africains (CNUCED, 2019b).

Une étude réalisée par la Commission européenne a révélé que le code fiscal sur le revenu des sociétés, aux Pays-Bas, permet d'utiliser 17 des 33 techniques de planification fiscale agressives examinées par la Commission, soit plus que tout autre pays de l'Union européenne (Commission européenne, 2016), ce qui procure « des avantages aux sociétés multinationales qui utilisent ces pays comme moyen de transfert » (Galeza, 2011). Par exemple, la législation néerlandaise n'impose pas de présence économique substantielle dans le pays, ce qui fait qu'environ 14 400 sociétés-écrans, dont une grande majorité sont de simples sociétés boîte-aux-lettres, sont actuellement enregistrées dans le pays (Oxfam Novib, 2016). Les sociétés néerlandaises sont capables d'éviter le prélèvement à la source et de transférer des fonds vers des juridictions à fiscalité légère (Weyzig, 2013a).

L'Ouganda, par exemple, a conclu des conventions bilatérales d'investissement et des conventions fiscales avec les Pays-Bas en 2000 et 2004, respectivement. La législation nationale ougandaise fixe tous les types de retenues à la source à 15 %, mais tend aussi à avoir des conventions fiscales relativement restrictives (ActionAid, 2016a). En vertu de la convention fiscale néerlandaise, les retenues d'impôt sur les intérêts et les redevances sont de 10 % et sur les dividendes, elles peuvent être, selon la structure de l'entreprise, de 0 %, 10 % ou 15 % (Kangave, 2009). Une définition inadéquate de l'établissement stable, des règles fiscales restrictives sur les gains en capital et l'absence de clauses anti-abus créent des échappatoires supplémentaires pour une optimisation fiscale opportuniste (Hearson et Kangave, 2016). Les traités néerlandais tendent également à offrir une protection solide aux investisseurs. Bien que le Gouvernement ougandais ait mis fin au traité en 2017, les investissements effectués avant l'avis de résiliation sont protégés pendant 15 ans en vertu de sa « clause de caducité ».

Total, la multinationale française du pétrole et du gaz, a investi en Ouganda par l'intermédiaire d'une entité enregistrée aux Pays-Bas. L'acheminement de l'investissement via les Pays-Bas a permis à Total de profiter d'un traitement fiscal avantageux, puisqu'il n'existe pas de conventions fiscales entre l'Ouganda et la France, et d'engager en 2015 une demande d'arbitrage contre le Gouvernement ougandais en vertu de la convention Pays-Bas-Ouganda de 2000 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, affaire ARB/15/11). Les détails du dépôt n'ont pas été rendus publics, mais le différend concernait un désaccord sur l'application du droit de timbre, qui aurait dû faire l'objet d'une renonciation en vertu d'un accord confidentiel de partage de production (Biryabarema, 2015). Le différend a été abandonné en 2018 à la demande conjointe des deux parties, indiquant qu'un règlement était intervenu entre les deux parties en litige.

Les faits indiquent que les Pays-Bas sont devenus un canal important pour les sociétés multinationales qui investissent en Ouganda. Conformément à la notion de chalandage fiscal, la position néerlandaise en matière d'investissement direct en Ouganda est passée de 48 millions de dollars en 2009 à près de 5 milliards de dollars en 2014, avant de retomber à 4 milliards de dollars l'année suivante, soit 44 % de l'ensemble de l'IDE en Ouganda en 2015 (FMI, 2017). En utilisant les données relatives à 2012, Hearson et Kangave (2016) ont montré que, sur les 3,7 milliards de dollars d'IDE néerlandais déclarés à l'époque, seuls 179 millions de dollars étaient attribuables aux entreprises proprement néerlandaises, les 95 % restants étant simplement passés par les Pays-Bas. Selon la même source, la convention de double imposition conclue avec les Pays-Bas fait perdre à l'Ouganda des recettes fiscales comprises entre 8 et 24 millions de dollars, en ne tenant compte que des retenues à la source moins élevées sur les dividendes et intérêts.

Les conventions fiscales avec les Pays-Bas ont également fait l'objet d'un examen minutieux dans d'autres pays africains. ActionAid (2015a), une organisation non gouvernementale, a calculé ainsi que Paladin, une compagnie minière australienne exploitant l'uranium, a dépouillé le Malawi de plus de 27 millions de dollars de recettes fiscales entre 2009 et 2014 en employant des techniques agressives d'optimisation fiscale rendues possibles par le traité de double imposition conclu entre le Malawi et les Pays-Bas. Dans l'ensemble, les sociétés multinationales utilisant les Pays-Bas comme juridiction écran auraient ainsi pu réduire leurs charges fiscales dans les pays en développement de 100 milliards de dollars par an (Oxfam Novib, 2016).

Face à la montée des critiques qui lui sont adressées, le Gouvernement néerlandais a commencé à renégocier les conventions fiscales avec plusieurs pays en développement en 2014. Quatre ans plus tard, à l'issue d'une consultation publique, il a également présenté un nouveau modèle de traité d'investissement sur la base duquel il a l'intention de renégocier l'ensemble des traités bilatéraux d'investissement qu'il a conclus (Gouvernement des Pays-Bas, 2018 ; pour une évaluation, voir Cummins et al., 2018 ; Sheehan et Wolfhagen, 2018 ; Verbeek et Knottnerus, 2018). Ainsi, en 2018 de nouvelles conventions fiscales bilatérales avaient été conclues avec le Malawi et avec la Zambie. Les Pays-Bas ont actuellement 24 traités relatifs aux investissements et 11 conventions fiscales avec des pays africains (CNUCED, 2019a ; Ministre van Financiën, 2019).

mère est sise dans un pays qui n'est pas partie au traité sur lequel se fonde la demande (CNUCED, 2016b). Les entreprises nationales peuvent également essayer de réinvestir par l'intermédiaire d'une autre juridiction pour avoir accès à des prérogatives qui ne sont pas disponibles dans leur propre pays (Schill, 2008).

La capacité des entreprises de se restructurer pour profiter de la protection du traité ne semble pas illimitée. Les tribunaux peuvent se déclarer incompétents à l'égard d'une revendication formulée par une société déjà active dans le pays d'accueil, de façon à pouvoir lancer une revendication en s'appuyant sur le traité contre une nouvelle mesure publique (Douglas, 2009)<sup>50</sup>.

Les investisseurs actifs dans l'économie d'accueil peuvent essayer de déposer plusieurs demandes simultanées en s'appuyant sur plusieurs traités, identiques ou différents, et de recourir aux tribunaux nationaux, ce qui peut avoir pour effet d'exercer une pression supplémentaire sur le gouvernement, ou dans le but de maximiser la possibilité d'obtenir gain de cause dans la sentence arbitrale (Nikiéma, 2012a ; Van Harten, 2005, 2016 ; voir l'encadré III). Le gouvernement du pays d'accueil peut également être attaqué pour des

<sup>50</sup> En juin 2012, le cigarettier Philip Morris a déposé devant la CNUDCI une demande d'arbitrage en vertu d'un traité contre la législation imposant un « emballage neutre » qui venait juste d'être introduite en Australie (Court permanente d'arbitrage, case no 2012-12). En décembre 2015, le tribunal d'arbitrage a constaté que la demande relevait d'un « abus de droit » (par. 588), étant donné que la société s'est restructurée quelque temps seulement avant de lancer la demande d'arbitrage afin de profiter des dispositions du traité bilatéral relatif aux investissements, conclu en 1993 entre l'Australie et Hong-Kong.

motifs fallacieux ou pour des raisons purement opportunistes par des moyens spéciaux, et être contraint d'assumer la charge financière découlant de la procédure. Même si le gouvernement l'emporte en fin de compte, la société boîte-aux-lettres peut manquer de fonds et ne pas pouvoir payer les frais de justice accordés par le tribunal (Schwebel, 2014).

## 5.2. Picorage fiscal (traités bilatéraux d'investissement)

Un traité d'investissement peut être intéressant pour un investisseur, principalement en raison de ses propres dispositions, mais aussi parce qu'il donne accès à des dispositions potentiellement plus favorables figurant dans des traités bilatéraux d'investissement parallèles que l'économie d'accueil a conclus avec d'autres pays. En pratique, les investisseurs n'utilisent pas souvent la clause de la nation la plus favorisée comme base pour formuler une revendication contre une discrimination à l'égard d'investisseurs tiers, mais plutôt comme moyen d'introduire des dispositions plus favorables aux investisseurs en les empruntant à des traités parallèles (CNUCED, 2010, 2015b). En invoquant une clause de la nation la plus favorisée rédigée dans les termes les plus larges, les investisseurs peuvent essayer d'apporter des règles de procédure et de disposition de fonds qui leur sont plus favorables. Sous réserve d'un examen par un tribunal, l'investisseur peut alors être autorisé à bénéficier de normes de protection allant au-delà de celles prévues dans le traité de base et contourner ainsi les exigences procédurales pour avoir accès aux mécanismes de règlement des dif-

férends ou ne pas tenir compte des exigences de résultats (Maupin, 2011 ; Nikièma, 2014). La jurisprudence actuelle donne à penser que les investisseurs peuvent ainsi importer des clauses plus favorables de traitement juste et équitable figurant dans des traités parallèles si de telles clauses sont absentes du traité de base (Dumberry, 2016), ce qui peut donner à l'investisseur une latitude plus grande dans la contestation de la pratique de l'État en question et augmenter ainsi l'incertitude.

Bien que la clause de la nation la plus favorisée contribue à uniformiser les normes des accords internationaux d'investissement, l'importation involontaire de clauses d'autres traités accroît l'incertitude des gouvernements quant à leurs obligations et aux droits essentiels des investisseurs (Faya Rodriguez, 2008 ; CNUCED, 2015b). Définies au sens large, les clauses de la nation la plus favorisée peuvent effectivement réduire la portée d'autres dispositions d'un traité bilatéral par ailleurs soigneusement négocié.

### 5.3. Chaînage conventionnel (conventions de double imposition)

Comme pour le chalandage judiciaire, les sociétés étrangères peuvent investir par l'intermédiaire d'une entité d'une juridiction distincte, souvent par le biais de sociétés boîte-aux-lettres (ou un ensemble d'entités dans un certain nombre de juridictions) pour obtenir un traitement fiscal favorable qui ne serait pas disponible, pour la société, si le pays de résidence et le pays source ne sont liés par aucune convention de double imposition ou par une convention moins favorable (Cooper, 2014). Afin de réduire au minimum leur exposition financière globale, les entreprises peuvent transférer leurs bénéfices par l'intermédiaire de diverses entités sises dans diverses juridictions. L'aller et retour des capitaux est un cas particulier de chaînage des conventions, qui se produit quand une société dirige son investissement sur l'économie intérieure par le canal d'une entité inscrite dans un autre pays, dans l'intention de réduire au minimum sa charge fiscale.

Les traités fiscaux passés dans des places financières extraterritoriales permettent le recours à des techniques d'évasion fiscale particulièrement nocives pour les recettes d'impôt sur le revenu du pays d'accueil. Les investisseurs originaires de pays tiers peuvent être amenés à restructurer leurs opérations de façon à être couverts par un tel traité fiscal, ce qui se traduit par une érosion des recettes fiscales. Ces risques ont amené les responsables du FMI à rendre publique une mise en garde rigoureuse aux pays en développement, les convaincant qu'ils seraient bien avisés de ne signer des traités qu'après un examen très attentif (Keen et al., 2014).

Environ un quart du total des investissements transfrontaliers réalisés en Afrique provient de centres extraterritoriaux (CNUCED, 2015b). Les multinationales dont le siège est dans les pays en développement et les pays émergents, et dont certaines dépendent d'un aller et retour des capitaux, contribuent de plus en plus aux flux d'investissements vers les centres financiers extraterritoriaux qui, en 2015, atteignaient 72 milliards de dollars (CNUCED, 2016a). Il existe une corrélation négative entre la part des investissements provenant des centres financiers des pays en développement et le taux des profits imposables sur les IDE, et cette corrélation est conforme à l'idée que les sociétés étrangères utilisent les places extraterritoriales pour réduire leurs obligations fiscales<sup>51</sup>. Ces places extraterritoriales conviennent aux opérations d'évasion fiscale et de fraude fiscale parce qu'elles se caractérisent souvent par des taux d'imposition nuls ou très faibles, par le secret financier, par l'absence de mécanismes d'échange d'informations et par l'absence d'exigences réglementaires de localiser une activité économique appréciable (OCDE, 1998a).

En transférant des fonds par l'utilisation de toute une série de conventions de double imposition dans des juridictions diverses, les sociétés multinationales peuvent réduire leur taux mondial effectif d'imposition d'un montant allant jusqu'à

<sup>51</sup> En moyenne, une augmentation de 10 points de pourcentage d'une entrée d'un investissement en provenance d'une place financière extraterritoriale est associée à une baisse de 1 point de pourcentage du taux de rendement (CNUCED, 2015b).

6 %, en plus des 9 % déjà rendus possibles par la simple présence de conventions fiscales (Van 't Riet et Lejour, 2014). Par exemple, si une entreprise chinoise investit au Mozambique par l'intermédiaire de Maurice, elle peut voir le prélèvement à la source sur les dividendes diminuer, passant de 20 % qu'elle paierait si elle avait investi directement à 8 % seulement, chiffre garanti par la convention de double imposition Mozambique-Maurice (ActionAid, 2015b).

Depuis la crise économique de 2008, l'évasion fiscale est devenue un problème politique mondial. Jusqu'à présent, le programme politique a été mené par le Groupe des Vingt et l'OCDE, la contribution des pays en développement étant fort limitée (voir OCDE, 2015 pour des informations

plus détaillées ; Oguttu, 2016), mais la démarche proposée pour résoudre le problème de l'évasion fiscale ne tient pas entièrement compte des priorités et du niveau des ressources disponibles dans beaucoup de pays africains (Peters, 2015). Le choix de mesures qui peuvent être appliquées dans les pays africains est en effet limité par leurs capacités administratives, institutionnelles, techniques et économiques (Mosquera Valderama, 2015). Le chaînage des traités peut aussi avoir d'importantes externalités fiscales négatives car les pays d'accueil ayant conclu des accords prévoyant une retenue d'une faible partie des impôts pourront être obligés d'investir encore ces impôts pour faire face à la concurrence d'autres pays qui permettent aux entreprises d'utiliser les possibilités des conventions de double imposition (Arel-Bundock, 2017).

## 6. Conclusions et recommandations

---

Les changements intervenus dans le paysage économique mondial et la situation géopolitique ont ouvert une marge de manœuvre pour les pays africains qui souhaitent promouvoir plus vigoureusement leur développement grâce aux possibilités offertes par les régimes fiscaux et d'investissement internationaux. Les répercussions négatives possibles des conventions fiscales et des traités d'investissement et la possibilité d'effets négatifs qui s'accumulent peuvent accroître le risque d'exposer les pays africains à un comportement opportuniste des investisseurs, avec des effets d'entraînement potentiellement pernicieux sur la marge d'action des gouvernements et la mobilisation des ressources fiscales<sup>52</sup>. Par exemple, les mesures fiscales qui contreviennent à une convention de double imposition peuvent être réglées au moyen d'un processus d'arbitrage sur la base de la protection offerte par les traités bilatéraux d'investissement. Dans les cas extrêmes, les gouvernements des pays hôtes peuvent se trouver dans la position d'avoir à répondre à des poursuites judiciaires contestant leurs efforts pour endiguer les pratiques d'évasion fiscale rendus possibles par une convention fiscale mal conçue, dans le cadre d'un arbitrage international décidé en vertu d'une convention d'investissement.

Considérant qu'un grand nombre de traités d'investissement conclus par des pays africains dans les années 90 et au début des années 2000 sont arrivés à expiration ou sont sur le point de le faire, le moment est venu de procéder à un examen et une réforme (CEA, 2016). Les droits et les obligations des investisseurs et des pays d'accueil doivent être rééquilibrés pour que l'IDE

se traduise par des avantages socioéconomiques plus appréciables pour la société, sans mettre en danger l'attrait de l'investissement dans l'économie. La ZLECAf, les efforts d'intégration régionale en cours et un changement dans le discours et la pratique des traités offrent aux pays africains l'occasion de renverser la position passée des preneurs de tendances. En formulant une position commune et en s'engageant aux côtés de la communauté internationale, les pays africains peuvent remodeler le régime international d'investissement pour le rendre plus équitable et plus favorable au développement durable. On pourra s'inspirer du Cadre de politique d'investissement pour le développement durable formulé par la CNUCED en 2015 et des rapports ultérieurs (voir CNUCED, 2016b, 2017d, 2018a) qui retiennent cinq domaines prioritaires : le droit de réglementer, la réforme du règlement des différends, la promotion et la facilitation des investissements, les investissements responsables et la promotion de la cohérence systémique.

La mobilisation des ressources intérieures par le biais de la politique budgétaire sera déterminante pour relever le défi du développement. La publication phare de la CEA intitulée *Rapport économique sur l'Afrique 2019 : La politique budgétaire au service du financement du développement durable* propose des options pour améliorer les régimes fiscaux nationaux ainsi que des recommandations de politiques spécifiques pour lutter contre l'évasion fiscale dans le secteur extractif. Comme pour les autres réformes mondiales du régime international de l'investissement, les responsables africains ne doivent pas simplement se borner à s'inspirer des modifications appor-

---

<sup>52</sup> La nécessité de réformer les conventions fiscales et les traités relatifs aux investissements est fréquemment mentionnée dans les débats publics, en Afrique, et notamment lors du Forum sur le commerce en Afrique, tenu à Addis-Abeba en novembre 2016, à l'invitation de l'Union africaine et de la CEA.



tées à la fiscalité internationale mais contribuer aussi au débat mondial sur les changements souhaitables. Les pays africains qui souhaitent rester dans le régime fiscal international doivent énoncer des priorités et formuler une démarche ou des solutions qui leur soient propres. Des stratégies possibles pour remédier à l'évasion

fiscale aux niveaux national, bilatéral, régional et mondial sont également décrites dans le rapport de 2018 de la CEA sur l'Érosion de la base d'imposition et le transfert des profits en Afrique : réformes destinées à faciliter une meilleure imposition des entreprises multinationales.

## 7. Options pour la réforme des régimes fiscaux et d'investissement en Afrique

Il existe plusieurs options que les décideurs africains peuvent envisager, aux niveaux national, régional, continental et international, pour définir une approche mondiale de l'investissement et des conventions fiscales :

- **Un examen des conventions fiscales et des traités d'investissement au niveau national** : Dans l'immédiat, les pays africains devraient réexaminer les traités qu'ils ont déjà conclus relativement aux investissements et aux conventions fiscales. Les traités bilatéraux relativement anciens, en particulier, ont tendance à contenir des obligations libellées de façon très générale, ce qui accroît le risque potentiel auquel sont exposés ces pays. Les conventions de double imposition accordant des droits en matière d'imposition peuvent avoir un effet négatif considérable sur le recouvrement des recettes publiques. Les conventions fiscales devraient aussi contenir des clauses relatives à l'échange d'informations afin de pouvoir constituer des moyens de transparence (CEA, 2019b). Dans le cadre de cet exercice, les pays africains sont ainsi encouragés à entreprendre un examen de l'ensemble des traités bilatéraux qu'ils ont conclus comme des conventions de double imposition, afin de repérer les liens, les doubles emplois et les incohérences éventuels. Il est de plus en plus courant dans la pratique conventionnelle de préciser les cas dans lesquels les traités bilatéraux d'investissement, ou leurs dispositions individuelles, s'appliquent à la fiscalité (Kolo, 2009 ; Qureshi, 2015). La législation, les politiques suivies et le cadre juridique national régissant le comportement des investisseurs, en particulier en matière de fiscalité, ainsi que les conceptions à long terme
- du développement et de la transformation structurelle doivent être pris en compte. En même temps, les pays africains doivent être conscients des liens qu'entretiennent ces traités et conventions avec les autres traités qu'ils ont signés et les engagements qu'ils ont pris, au-delà des régimes bilatéraux d'investissement et de fiscalité.
- **Formulation d'une orientation précise de la politique nationale en matière d'investissement** : Une analyse des traités déjà conclus devrait inspirer la formulation d'une nouvelle démarche concernant les traités relatifs aux investissements et les conventions de double imposition sur la base des perspectives et plans de développement du pays. En termes généraux, les options sont le maintien du statu quo, la renégociation de traités particuliers, les efforts faits pour remodeler le régime international des investissements et un retrait pur et simple des traités en question. En réfléchissant à l'ensemble des traités déjà signés, les pays peuvent choisir sur une liste d'options possibles, notamment la publication d'interprétations communes de certains termes que l'on trouve dans les traités, l'adoption d'amendements, le remplacement des vieux traités par une nouvelle génération de conventions bilatérales ou multilatérales ou leur simple abolition. Des traités bilatéraux relatifs aux investissements nouveaux ou renégociés devraient comporter des normes de traitement définies avec soin pour guider l'interprétation que les arbitres peuvent donner et un préambule renvoyant expressément aux objectifs de développement durable. Les traités bilatéraux relatifs aux investissements devront indiquer dans le détail avec plus de clarté et de prévisibilité, aussi bien

pour les investisseurs que pour les États, ce qu'ils peuvent en attendre sans que l'État en question doive, dans la définition de ses politiques, violer un traité existant ou ne pas le faire dans la crainte de l'arbitrage. Dans le même esprit, les conventions de double imposition doivent être conçues de façon à répondre au besoin de mobilisation des ressources des pays et être mises à jour conformément aux modèles plus récents proposés par l'OCDE et les Nations Unies, ou même aller au-delà.

- **Alignement institutionnel national sur l'investissement et les conventions fiscales :** Il est conseillé aux gouvernements africains de prendre des dispositions institutionnelles et de mettre en place des plateformes nationales et internationales pour assurer l'alignement entre les deux types d'instrument, notamment pendant la phase de négociation. Au minimum, les pays africains devraient éliminer les risques d'utilisation abusive des traités relatifs aux investissements et des conventions fiscales. Dans le même ordre d'idées, les responsables doivent déterminer dans quelle mesure les traités bilatéraux doivent s'appliquer aux questions fiscales. L'une des stratégies visant à réduire au minimum les risques d'incohérence et à tirer parti de l'expérience des autorités compétentes consisterait à renvoyer les questions fiscales exclusivement à des conventions de double imposition. Dans le même temps, des ressources doivent être consacrées au renforcement des capacités techniques et à l'aptitude à mener des négociations internationales (CEA, 2018).
- **Engagement des parties prenantes et transparence :** Toutes les parties prenantes concernées, dont la société civile, les entreprises nationales, les syndicats et les universités, devraient être invitées à participer à l'examen des traités bilatéraux d'investissement actuels et futurs et des traités de double imposition, ainsi qu'aux efforts visant à élaborer des perspectives nationales, régionales et continentales. Ces examens et

ces négociations devraient être menés de manière ouverte, transparente et avec la participation de tous. Les partenaires nationaux et internationaux, comme le Forum africain sur l'administration fiscale, peuvent également être consultés en vue de formuler des démarches avancées dans la lutte contre l'évasion fiscale. L'ensemble des traités existants devrait être facilement accessible au public (Maupin, 2013).

- **Renforcement des institutions nationales :** Les institutions nationales et le renforcement des capacités sont prioritaires, quelle que soit l'approche suivie concernant les traités bilatéraux d'investissement et les conventions de double imposition. Des dispositions institutionnelles, réglementaires, judiciaires et administratives de bonne qualité, incluses et prévisibles sont une condition préalable de la transformation structurelle et du développement économique à long terme. Des institutions robustes et fiables doivent réduire les coûts de transaction associés à une confiance insuffisante et réduire le risque d'exposition aux différends en matière d'investissement, ainsi que l'évasion et la fraude fiscales. Des cadres institutionnels robustes permettraient à long terme aux pays africains de réduire certains des arbitrages qu'ils doivent effectuer entre l'obligation d'offrir des garanties aux investisseurs et la réduction de leur propre marge de manœuvre politique, et cela faciliterait une transition à un abandon progressif des traités bilatéraux relatifs aux investissements qui sont contraires à leur objectif de développement.
- **Tirer le maximum de la ZLECAf :** Les négociations sur les questions faisant l'objet de la phase II, qui incluent la politique d'investissement ainsi que la concurrence et les droits de propriété intellectuelle, débiteront en 2019. Le contexte juridique et réglementaire de l'investissement en Afrique doit être remodelé par le protocole d'investissement prospectif. Guidé par l'objectif primordial d'établir un nouvel équilibre plus axé sur le développement entre la protection de l'in-

investissement et le droit de réglementer, le protocole devrait donner aux pays africains plus d'espace réglementaire et établir une relation plus claire entre la protection des investissements et les conventions fiscales. Toutefois, ce document juridiquement contraignant devrait remplacer le réseau des traités d'investissement existants afin d'empêcher que la complexité et les chevauchements du régime n'augmentent. Les pays africains doivent formuler un programme commun plus robuste pour façonner et nourrir les efforts mondiaux visant à mieux aligner les traités bilatéraux d'investissement et les conventions de double imposition sur leurs propres objectifs de développement (CEA, 2016, 2018). Le Code panafricain de l'investissement, qui devrait enrichir le protocole sur l'investissement de l'Accord portant création de la zone de libre-échange continentale africaine, met fortement l'accent sur les objectifs de développement durable qui se reflètent dans les changements apportés à la formulation des obligations de fond et sur les obligations des investisseurs (Mbengue et Schacherer, 2017). Le protocole sur l'investissement devrait établir un cadre politique à l'appui de l'activité d'investissement tout en laissant une marge d'action suffisante, y compris dans le domaine de la fiscalité. À l'avenir, il devrait également servir de modèle pour les futures négociations avec les partenaires extérieurs afin d'assurer la cohérence (ECA, 2019a). La fiscalité, et la lutte contre l'évasion fiscale, en particulier les flux financiers illicites, peuvent alors représenter la prochaine frontière dans les discussions politiques au niveau continental. La zone de libre-échange continentale africaine pourrait servir de plate-forme pour une approche commune sur certaines questions de fiscalité, ce qui pourrait déboucher sur un modèle ou un traité contraignant, qui pourrait également être utilisé dans les négociations avec d'autres pays ou régions. L'action collective peut également dissiper les craintes, en particulier celles que pourraient avoir les petits pays, de répercussions négatives créées par des changements unilatéraux apportés à

leurs traités (Boone, 2011 ; CNUCED, 2014). Si des traités sous-régionaux africains ou, dans un avenir plus lointain, continentaux voient le jour, ils devraient remplacer les traités bilatéraux et autres traités existants, plutôt que de s'y superposer de peur qu'ils n'aggravent encore la complexité et n'entraînent des doubles emplois et des incohérences supplémentaires (CNUCED, 2017). Pour renforcer le dispositif institutionnel mondial d'examen des questions fiscales, les pays africains sont aussi encouragés à plaider en faveur de la création d'un organe mondial plus représentatif s'occupant de fiscalité (CEA, 2018). Enfin, la coopération régionale, associée aux évaluations par les pairs, à l'assistance technique pour le renforcement des capacités et à la convergence réglementaire, peut s'avérer efficace pour procéder à une réforme des traités bilatéraux et influencer l'ordre du jour mondial sur ce sujet.

- **Tirer parti des modèles régionaux et mondiaux :** Les pays africains qui cherchent à repositionner leurs traités bilatéraux relatifs aux investissements et conventions de double imposition peuvent s'inspirer des modèles de convention proposés par les traités et les manuels. De nombreux traités et accords types mis au point au niveau régional, notamment par le COMESA, la Communauté d'Afrique de l'Est, la CEDEAO et la SADC, ainsi que le cadre de politique d'investissement de la CNUCED pour un modèle de développement durable peuvent également inspirer les efforts de réforme aux niveaux national, régional et continental. Dans le domaine de la fiscalité, un certain nombre de textes existent déjà et peuvent servir de référence pour définir des positions de négociation, notamment les modèles proposés par l'OCDE et les Nations Unies ainsi que le manuel des Nations Unies en date de 2016 pour la négociation des conventions fiscales bilatérales entre pays développés et pays en développement, ou encore les modèles plus précis se rapportant au contexte proposé par le Forum africain sur l'administration fiscale ainsi que les protocoles régionaux africains et

traités modèles tels que ceux de la CEA et de la SADC ou les modèles élaborés par des pays d'autres régions du monde.

- **Une participation active aux débats mondiaux sur l'investissement et les régimes fiscaux :** Les pays africains devraient activement participer aux réunions mondiales sur l'investissement et les questions fiscales. Une position commune sur plusieurs thèmes essentiels et des alliances stratégiques avec des pays hors de la région renforceraient encore leur capacité d'influer sur les débats internationaux et de réorienter l'ordre du jour vers le traitement de leurs préoccupations et de leurs besoins. Les gouvernements africains sont ainsi encouragés à promouvoir une vision commune en matière d'investissement et de fiscalité afin de parler d'une seule voix. Les éléments essentiels qui devraient inspirer cette vision à long terme comprennent les débats en cours sur l'avenir du règlement des différends entre investisseurs et États et sur les efforts qui cherchent
- à contrecarrer les pratiques agressives d'optimisation fiscale au moyen de traités internationaux, y compris ceux qui engendrent des flux financiers illicites.
- **Examiner comment d'autres pays ont traité certains des problèmes découlant des liens entre les traités bilatéraux d'investissement et les conventions de double imposition :** Il est également conseillé aux États Membres de voir comment d'autres pays règlent certains des problèmes soulevés plus haut concernant les accords existants (voir tableau 2, sect. 4). Cet exercice peut être une occasion d'apprendre en termes d'évaluation des pratiques optimales. Certains de ces accords peuvent déjà exister, avec les mêmes partenaires ou pays sources, ce qui facilite les possibilités de révision, de réinterprétation, de négociation ou de renégociation. Le tableau 3 donne des exemples de la façon dont les interactions entre les traités d'investissement et les conventions fiscales, ou plus généralement la fiscalité, pourraient être traitées.

**Tableau 3: Exemples de formulations dans les accords internationaux d'investissement visant à préserver la marge d'action dans le domaine de la fiscalité**

Clauses du traité bilatéral	Conséquences potentiellement problématiques	Changements possibles	Exemples
Préambule	L'interprétation des traités peut être éclairée en mettant fortement l'accent sur les responsabilités des États et les privilèges des investisseurs.	Référence au développement durable	« Gardant à l'esprit que les « mesures convenues contribuent à la réalisation du marché commun et à la réalisation du développement durable dans la région » Accord d'investissement pour le Marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA), espace commun d'investissement (2007) « Recherche d'un équilibre global des droits et obligations entre les États Parties, les investisseurs et les investissements au titre du présent Accord » Traité bilatéral relatif aux investissements entre le Maroc et le Nigéria (2016)
Définitions de l'investisseur et de l'investissement	Un investisseur peut être couvert par des conventions bilatérales d'investissement mais se trouver en dessous du seuil de résidence permanente dans les conventions de double imposition. Une définition trop large de l'investisseur conduit au phénomène du chalandage judiciaire si les attributions, dans la législation nationale, sont mal définies. Une définition ouverte de l'investissement risquerait de placer sous la protection du traité des actifs qui ne sont pas, du point de vue de l'État, essentiels à sa transformation structurelle, et créer ainsi une incertitude quant aux responsabilités potentielles de l'État hôte.	Promotion d'un équilibre entre les droits et les obligations des États et des investisseurs Reconnaissance du droit de réglementer	« Reconnaisant que le présent Accord a pour objet de permettre à chaque Partie contractante de réglementer et d'introduire de nouvelles mesures relatives aux investissements dans sa Zone afin de répondre aux objectifs d'ordre public national... » Traité bilatéral d'investissement entre le Japon et le Kenya (2016) « Une Partie contractante peut refuser les avantages du présent Accord à un investisseur de l'autre Partie contractante et à ses investissements si les investisseurs d'une Partie non contractante possèdent ou contrôlent le premier investisseur mentionné et que cet investisseur n'a pas d'activité commerciale importante sur le territoire de la Partie contractante en vertu du droit dans lequel il est constitué ou organisé » Article 9 du traité bilatéral d'investissement entre l'Autriche et la Libye (2002) Un « Investissement s'entend : a) d'une entreprise ; b) d'une action ou d'un autre type de participation au capital social d'une entreprise... » « À l'exclusion : 1) d'une créance exclusivement d'un contrat commercial pour la vente d'un produit ou d'un service par un ressortissant ou une entreprise qui se trouve sur le territoire d'une Partie à une entreprise qui se trouve sur le territoire de l'autre Partie ; 2) de crédits dans le cadre d'une opération commerciale, comme le financement commercial » Article 1 du traité bilatéral relatif aux investissements, conclu en 2015 par le Canada et la Guinée
		Refus d'accorder des avantages aux « entités à finalité spéciale » et « sociétés boîte-aux-lettres » Liste claire des actifs couverts	

Clauses du traité bilatéral	Conséquences potentiellement problématiques	Changements possibles	Exemples
Champ d'application de la convention	Sauf mention contraire, les conventions bilatérales d'investissement s'appliquent également aux questions fiscales	La fiscalité peut être complètement exclue du champ d'application de la convention. L'imposition n'est applicable que dans certains domaines de la protection accordée par le traité, comme l'expropriation. Les traités parallèles de double imposition l'emportent sur les traités bilatéraux relatifs aux investissements.	« Le présent Accord ne s'applique pas : a) aux questions fiscales » Article 2 (3) du traité bilatéral relatif aux investissements entre Maurice et l'Égypte (2014) « Le présent Accord ne s'applique pas aux mesures fiscales à l'exception de celles visées au paragraphe 2 [conditions d'applicabilité des demandes relatives à l'expropriation] » Article 23 (1) et (2) de l'Accord d'investissement pour l'espace commun d'investissement du COMESA (2007) « Les dispositions du présent Accord ne s'appliquent pas aux questions fiscales sur le territoire de l'une ou l'autre des Parties contractantes. Ces matières sont régies par la Convention de double imposition conclue entre les deux Parties contractantes et par la législation interne de chaque Partie contractante » Article 3 (5) du traité bilatéral d'investissement entre la Chine et l'Ouganda (2004)
Traitement national	Le ciblage des incitations fiscales peut se révéler difficile s'agissant du soutien aux industries nationales. Le principe du traitement national serait violé si les modifications apportées à la législation fiscale ne visaient que les sociétés multinationales (par exemple, rapports plus onéreux) Les investisseurs internationaux pourraient contester les mesures anti-évasion devant un tribunal si elles visent des entités étrangères.	Le traitement national peut être laissé de côté ou limité. Les questions fiscales peuvent être exclues de la disposition relative au traitement national. Les objectifs spécifiques de politique peuvent l'emporter sur le traitement national. Exceptions pour des classes spécifiques de ressortissants nationaux ou pour des objectifs politiques	« Le principe du traitement national ne s'applique qu'aux restrictions relatives à la balance des paiements » Article 8 e) du traité bilatéral relatif aux investissements, conclu en 2014 entre le Burkina Faso et Singapour « Les dispositions du présent article [sur le traitement national et la nation la plus favorisée] ne s'appliquent pas aux questions fiscales » Article 4 (4) du traité bilatéral relatif aux investissements, signé par le Togo et l'Union économique belgo-luxembourgeoise (2009) « Le principe du traitement national ne s'applique pas : [...] b) aux mesures fiscales visant à assurer la collecte effective des impôts, sauf si cela se traduit par une discrimination arbitraire » Article 6 (b) du Code panafricain des investissements « La République d'Afrique du Sud accorde sur son territoire aux investisseurs et au rendement des investissements de l'autre Partie contractante un traitement non moins favorable à celui qu'elle accorde aux investisseurs et au rendement de ses propres investisseurs, à l'exception de toute situation nationale se rapportant entièrement ou principalement à la fiscalité ou aux programmes et activités économiques visant spécifiquement à promouvoir et protéger des personnes ou des groupes de personnes qui ont été désavantagés en raison de pratiques discriminatoires passées en République d'Afrique du Sud » Article 3 (3) du traité bilatéral relatif aux investissements, conclu par la Chine et l'Afrique du Sud
		Le traitement national ne peut s'appliquer qu'à des catégories spécifiques d'impôt.	« Sous réserve des dispositions du paragraphe 2, les dispositions des articles 4 (traitement national) et 5 (traitement de la nation la plus favorisée) s'appliquent à toutes les mesures fiscales, à l'exception de celles qui visent le revenu, les gains en capital ou le capital imposable des sociétés étant donné qu'aucun de ces articles ne s'applique... » Article 14 du traité bilatéral relatif aux investissements, conclu par le Canada et le République-Unie de Tanzanie (2013)

Clauses du traité bilatéral	Conséquences potentiellement problématiques	Changements possibles	Exemples
<p>Traitement de la nation la plus favorisée</p>	<p>Les obstacles à un arbitrage (fiscal) peuvent être amoindris par l'importation de dispositions d'un autre traité bilatéral relatif aux investissements.</p> <p>En principe, les entreprises peuvent chercher à emprunter à d'autres traités de double imposition des dispositions préférentielles.</p> <p>Quand un pays modifie ses traités de double imposition conclus avec une autre partie, cela risque d'être supprimé en raison du traitement de la nation la plus favorisée figurant dans un autre traité bilatéral d'investissement ou dans une autre convention de double imposition.</p>	<p>La clause de la nation la plus favorisée peut être omise.</p> <p>Les questions fiscales peuvent être retirées de la disposition relative à la nation la plus favorisée.</p> <p>Les traités de double imposition peuvent être exclus.</p>	<p>Formulation recommandée dans le modèle, assorti de commentaires, de traité bilatéral relatif aux investissements de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC)</p> <p>« Les dispositions du présent article [sur le traitement national et la nation la plus favorisée] ne s'appliquent pas aux questions fiscales »</p> <p>Article 4 (4) du traité bilatéral relatif aux investissements, signé par le Togo et l'Union économique belgo-luxembourgeoise (2009)</p> <p>« Le traitement accordé en vertu de cet article [sur le traitement national et la clause de la nation la plus favorisée] n'inclut pas les avantages accordés par une Partie contractante aux investisseurs d'un pays tiers en vertu d'un accord visant à éviter la double imposition ou tout autre accord de limitation de l'imposition »</p> <p>Traité bilatéral relatif aux investissements, conclu entre Maurice et Madagascar (2004)</p>



Clauses du traité bilatéral	Conséquences potentiellement problématiques	Changements possibles	Exemples
<p>Traitement juste et équitable</p>	<p>Des définitions vagues peuvent accroître l'incertitude au sujet de la portée du traitement.</p> <p>Les investisseurs peuvent tenter de contester des mesures fiscales, notamment celles visant l'évasion fiscale.</p>	<p>Le traitement juste et équitable peut être omis.</p> <p>L'imposition est une obligation d'effort</p> <p>Le traitement juste et équitable est comparé au traitement minimal coutumier.</p> <p>Les attentes légitimes n'équivalent pas à un traitement juste et équitable.</p> <p>Le traitement juste et équitable s'interprète à la lumière du niveau de développement atteint par le pays d'accueil.</p> <p>Les traités de double imposition peuvent être éliminés.</p>	<p>Protocole de facilitation des investissements du Marché commun austral (2017)</p> <p>« S'agissant de ses politiques fiscales, chaque Partie contractante doit s'efforcer de respecter l'équité dans le traitement des investissements des nationaux et des sociétés de l'autre Partie contractante »</p> <p>Article XI du traité bilatéral relatif aux investissements, conclu entre les États-Unis d'Amérique et la République démocratique du Congo (1984)</p> <p>« Les concepts de "traitement juste et équitable" et de "protection et de sécurité intégrales" visés au paragraphe 1 n'exigent pas un traitement supplémentaire ou supérieur à celui prescrit par la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier »</p> <p>Article 6 du traité bilatéral relatif aux investissements entre le Canada et la Côte d'Ivoire (2014)</p> <p>« Pour une plus grande certitude, le simple fait qu'une Partie contractante prend ou ne prend pas de mesures qui risqueraient d'être non compatibles avec les attentes d'un investisseur ne constitue aucunement une violation du présent article, même s'il y a perte ou dommage subi par l'investisseur en question »</p> <p>Article 6 (4) du traité bilatéral relatif aux investissements entre Hong Kong et le Chili (2016)</p> <p>« Les États Membres entendent que les différents États Membres ont des systèmes administratifs, législatifs et judiciaires différents et ont atteint des niveaux différents de développement, et ne peuvent donc pas nécessairement atteindre les mêmes normes au même moment. Les paragraphes 1 et 2 du présent article [sur le traitement juste et équitable] ne créent pas de norme internationale dans ce contexte »</p> <p>Article 14 (3) de l'Accord relatif aux investissements de la Zone commune d'investissement du COMESA (2007)</p> <p>« Le traitement et la protection accordés au titre des paragraphes 1 et 2 du présent article [sur le traitement juste et équitable et le traitement de la nation la plus favorisée] n'incluent aucun traitement préférentiel accordé par l'autre Partie contractante aux investissements des investisseurs dans tout autre État sur la base de l'union douanière, la zone de libre-échange, l'union économique, tout accord relatif à l'élimination des cas de double imposition et toute autre question fiscale, ou encore pour faciliter le commerce frontalier »</p> <p>Traité bilatéral relatif aux investissements entre la Chine et le Zimbabwe (1996)</p> <p>« Une Partie viole l'obligation de traitement juste et équitable mentionnée au paragraphe 1 si une mesure ou une série de mesures constituent :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) un déni de justice [...];</li> <li>b) une violation fondamentale de l'application régulière de la loi [...];</li> <li>c) le caractère manifestement arbitraire ;</li> <li>d) une discrimination ciblée fondée sur des motifs manifestement illicites [...];</li> <li>e) un traitement abusif des investisseurs ; [...] ou</li> <li>f) une violation de tout autre élément de l'obligation de traitement juste et équitable adoptée par les Parties... »</li> </ul> <p>Article 8.10 (2) de l'Accord commercial économique global entre le Canada et l'Union européenne (2016)</p>

Clauses du traité bilatéral	Conséquences potentiellement problématiques	Changements possibles	Exemples
Expropriation	Les investisseurs peuvent tenter de contester en justice les mesures fiscales, y compris celles qui visent l'évasion fiscale.	Il est possible d'exclure les questions fiscales du traitement national.  Protection de la réglementation de bonne foi	« Toutefois, la disposition précédente ne porte en aucune façon atteinte aux droits d'une Partie d'appliquer les lois qu'elle juge nécessaires pour contrôler l'utilisation des biens conformément à l'intérêt général ou pour garantir le paiement d'impôt ou d'autres contributions ou pénalités » Article 6 du projet de traité bilatéral d'investissement type de la Norvège (2007)  « Conformément au droit des États de réglementer et aux principes coutumiers du droit international en matière de pouvoirs de police, les mesures réglementaires prises de bonne foi par un État Membre qui sont conçues et appliquées pour protéger et améliorer les objectifs légitimes d'intérêt général, tels que la santé publique, la sécurité et l'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte en vertu du présent Article [sur l'expropriation] » Article 20 (8) de l'Accord d'investissement pour l'Espace commun d'investissement du COMESA (2007)
Clause-cadre	La clause-cadre peut donner aux investisseurs un effet de levier supplémentaire dans les demandes d'expropriation et de traitement juste et équitable.	Clause-cadre écartée Limite aux obligations contractuelles	Traité bilatéral d'investissement Chili-Tunisie (2016) « Chaque Partie contractante respecte toute obligation qu'elle peut avoir contractée à l'égard des investisseurs de l'autre Partie contractante en ce qui concerne les investissements approuvés par elle sur son propre territoire » Traité bilatéral relatif aux investissements Autriche-Cabo Verde (1991)
Obligations des investisseurs		Les obligations des investisseurs peuvent être rendues expresses dans le préambule ou une clause organique.  Référence aux ambitions de développement du pays  Les investisseurs peuvent être obligés de se conformer à la législation fiscale du pays.  Les pays d'accueil peuvent demander des informations sur les méthodes de gouvernance d'entreprises de l'investisseur.	« Les investisseurs étrangers doivent se conformer aux lois, règlements, directives administratives et politiques de l'État hôte » Article 10 du Protocole de la SADC sur l'investissement et les finances (2006)  « En plus de l'obligation de se conformer à toutes les lois et réglementations applicables de l'État Membre d'accueil, [...] [lorsque] les normes de responsabilité sociale des entreprises augmentent, les investisseurs doivent s'efforcer d'appliquer et d'atteindre les normes de niveau supérieur » Article 16 (1) et (2) de l'Acte additionnel de la CEDEAO (2008) « Les investisseurs et leurs investissements doivent se conformer aux dispositions du droit fiscal des Parties, y compris le paiement en temps voulu de leurs obligations fiscales » Article 11 (iii) du modèle de traité bilatéral d'investissement de l'Inde (2015) « Les États d'accueil ont le droit de demander à un investisseur potentiel ou à son État d'origine des informations sur son histoire en matière de gouvernance d'entreprise et ses pratiques en tant qu'investisseur, y compris dans l'État d'origine » Article 21 du traité bilatéral d'investissement entre le Nigéria et le Maroc (2016)

Clauses du traité bilatéral	Conséquences potentiellement problématiques	Changements possibles	Exemples
Règlement des différends	<p>Les investisseurs peuvent préférer le règlement des différends entre investisseur-État à la procédure amiable, ou utiliser les deux simultanément.</p> <p>Les deux mécanismes de règlement des différends peuvent examiner la même question et pourtant donner des résultats différents.</p> <p>Les tribunaux d'arbitrage entre un investisseur et un État n'ont pas une démarche strictement cohérente de règlement des différends fiscaux, ce qui introduit un facteur d'incertitude pour les États défendeurs.</p>	<p>Les mesures visent à améliorer la transparence.</p> <p>Nécessité d'épuiser les voies de recours locales</p> <p>Le mécanisme de règlement des différends investisseur-État sur les questions fiscales peut être l'objet d'un veto conjoint.</p> <p>L'arbitrage entre investisseur et État sur des questions fiscales peut être remplacé par un mécanisme de règlement des différends d'État à État.</p> <p>Consentement à examiner les demandes et les demandes reconventionnelles soumises par les États</p> <p>Les mécanismes de procédure amiable ont la priorité.</p> <p>Clause sauvegardant le droit de l'État d'accueillir l'adoption de son choix</p>	<p>« Les règles de transparence de la CNUDCI, telles que modifiées par le présent chapitre, s'appliquent à la procédure visée à la présente section »</p> <p>Article 8.36 de l'Accord commercial et économique global entre le Canada et l'Union européenne (2016)</p> <p>« Les différends entre un investisseur et un État Partie qui n'ont pas été réglés à l'amiable, et après avoir épuisé les recours internes, sont soumis à l'arbitrage international si l'une ou l'autre Partie au différend le souhaite »</p> <p>Article 28 (1) du Protocole de la SADC sur le financement et l'investissement (2006)</p> <p>« Un investisseur ne peut présenter une demande en vertu du paragraphe 5 (créances fiscales) que si les autorités fiscales des Parties ne parviennent pas à déterminer conjointement que, dans le cas de l'alinéa a), la mesure ne contrevient pas à cet accord ou dans le cas de l'alinéa b), la mesure en question n'est pas une expropriation »</p> <p>Article 14 (6) du traité bilatéral d'investissement entre le Canada et le Mali (2014)</p> <p>« Si le différend ne peut être résolu, les Parties, à l'exclusion des investisseurs, peuvent avoir recours à un mécanisme d'arbitrage entre États, qui est choisi par un comité mixte, chaque fois que les Parties le jugent approprié »</p> <p>Article 13 (6) du traité bilatéral d'investissement entre le Brésil et le Malawi (2015)</p> <p>« Chacune des Parties contractantes consent, en cas de non-aboutissement à un règlement amiable dans un délai de trois mois, à soumettre tout différend surgissant entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante au sujet d'un investissement effectué par cet investisseur sur le territoire de l'autre Partie contractante au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements en vue d'un règlement par conciliation ou arbitrage, conformément à la Convention sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États »</p> <p>Article 9 du traité bilatéral d'investissement entre les Pays-Bas et l'Algérie (2007)</p> <p>« L'observation et l'application des termes d'un accord relatif aux investissements ou l'autorisation visée à l'article VI (1) (a) ou (b) (sur les différends en matière d'investissement), dans la mesure où ils ne sont pas couverts par des dispositions de règlement des différends de la Convention contre la double imposition signée entre les deux Parties, ou ont été traités dans un autre règlement et ne sont pas résolus dans un délai raisonnable »</p> <p>Article XI du traité bilatéral d'investissement entre les États-Unis et la République démocratique du Congo (1984)</p> <p>« Conformément au droit international coutumier et aux autres principes généraux du droit international, l'État hôte a la faculté de prendre toutes mesures, réglementaires ou autres, pour s'assurer que le développement de son territoire est compatible avec les buts et principes du développement durable et avec tous autres objectifs légitimes de politique sociale et économique [...] »</p> <p>Les mesures non discriminatoires prises par un État Partie pour se conformer à ses obligations internationales en vertu des autres traités ne constituent pas une violation du présent Accord »</p> <p>Article 23 (1), (2) et (3) du traité bilatéral d'investissement entre le Nigéria et le Maroc (2016)</p>

Clauses du traité bilatéral	Conséquences potentiellement problématiques	Changements possibles	Exemples
Transfert des fonds	<p>Une clause définie en termes généraux de rapatriement des fonds pourrait faire obstacle à l'application d'une politique macroéconomique de stabilisation à court terme.</p>	<p>Dispositions spéciales pour la gestion d'une crise macroéconomique</p>	<p>« Si, dans des circonstances exceptionnelles, les paiements et mouvements de capitaux entraînent ou menacent d'entraîner un grave déséquilibre de la balance des paiements, chaque Partie contractante peut temporairement limiter les transferts, à condition que ces mesures restrictives soient imposées de façon non discriminatoire et de bonne foi »</p> <p>Article 8 (3) du traité bilatéral d'investissement entre le Rwanda et la Turquie (2016)</p>
La clause risque également de limiter la faculté du gouvernement de fixer librement les taux de prélèvement à la source de l'impôt.	Le prélèvement à la source est expressément reconnu.	« Nonobstant les paragraphes précédents (sur les transferts), chaque Partie contractante peut maintenir des lois et des règlements : [...] c) imposant un impôt sur le revenu par tout moyen tel que la retenue à la source applicable aux dividendes ou aux autres transferts »	Article V3 (c) du traité bilatéral d'investissement entre les États-Unis et le Sénégal (1983)
La clause est subordonnée aux autres lois et règlements du pays d'accueil.	« Un État Membre peut appliquer des restrictions au transfert international de fonds pour le paiement de transactions courantes relatives aux investissements faits sur son territoire conformément à sa législation fiscale et financière »	Article 16 du Code panafricain des investissements (2017)	« Un État Membre peut appliquer des restrictions au transfert international de fonds pour le paiement de transactions courantes relatives aux investissements faits sur son territoire conformément à sa législation fiscale et financière »
Les incitations fiscales peuvent contribuer à une « planification fiscale agressive » quand des exigences de résultat sont interdites.	Les pays doivent conserver le droit d'introduire des exigences de résultat.	[Les exigences de résultat ne sont pas mentionnées]	Article 17.2 du Code panafricain des investissements (2017)
Exigences de résultat	Les États Membres peuvent introduire des exigences de résultat pour promouvoir leurs investissements intérieurs et le contenu local »	Traité bilatéral relatif aux investissements entre le Congo et la Namibie (2007)	« Les États Membres peuvent introduire des exigences de résultat pour promouvoir leurs investissements intérieurs et le contenu local »

# Bibliographie

---

ActionAid (2013). *Give us a Break: How Big Companies Are Getting Tax-Free Deals*. ActionAid International, Johannesburg.

\_\_\_\_\_ (2015a). *An Extractive Affair: How One Australian Mining Company's Tax Dealings Are Costing the World's Poorest Country Millions*. ActionAid, Chard.

\_\_\_\_\_ (2015b). *Taxation Rights Slipping through the Cracks: How Developing Countries Can Get a Better Deal on Their Tax Treaties*. ActionAid, Chard.

\_\_\_\_\_ (2016a). *ActionAid Tax Treaties Dataset*. [en ligne]. À consulter à l'adresse suivante : <http://ictd.ac/datasets/action-aid-tax-treaties-datasets>.

\_\_\_\_\_ (2016b). *Mistreated: The Tax Treaties that are Depriving the World's Poorest Countries of Vital Revenue*. ActionAid International, Johannesburg.

Aisbett, Emma (2007). Bilateral investment treaties and foreign direct investment: correlation versus causation. In *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: bilateral investment treaties, double taxation treaties and investment flows*, Karl P. Sauvant et Lisa E. Sachs (dirs. de publ.), Oxford University Press, Oxford.

Aisbett, Emma *et al.* (2016). *Bilateral Investment Treaties Do Work: Until They Don't*. Document de travail 2021. Institut d'économie internationale de Kiel, Kiel.

Akyüz, Yilmaz (2015). Foreign direct investment, investment agreements, and economic development: myths and realities. *Ekonomi-tek*, vol. 4, No. 1, pp. 1-47.

Allee, Todd et Clint Peindhardt (2000). Delegating differences: bilateral investment treaties and bar-

gaining over dispute resolution provisions. *International Studies Quarterly*, vol. 54, No. 1, pp. 1-26.

\_\_\_\_\_ (2011). Contingent credibility: the impact of investment treaty violations on foreign direct investment. *International Organization*, vol. 65, No. 2, pp. 401-432.

\_\_\_\_\_ (2014). Evaluating three explanations for the design of bilateral investment treaties. *World Politics*, vol. 66, No. 1, pp. 47-87.

Alvarez, José E. et Kathryn Khamsi (2009). The Argentine crisis and foreign investors. In *Yearbook on International Investment Law and Policy 2008/2009*, Karl P. Sauvant (dir. de publ.), Oxford University Press.

Arel-Bundock, Vincent (2017). The unintended consequences of bilateralism: treaty shopping and international tax policy. *International Organization*, vol. 71, No. 2. Pp. 349-71.

Arnold, Brian J. (à paraître). An Introduction to Tax Treaties. Dans *United Nations Primer on Double Tax Treaties*. À consulter à l'adresse suivante : [www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/10/TT\\_Introduction\\_Eng.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/10/TT_Introduction_Eng.pdf).

Arroyo Picard, Alberto et Luciana Ghiotto (2017). Brasil y la nueva generación de Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones: un análisis del Tratado con México (Le Brésil et la nouvelle génération d'accords de coopération et de facilitation des investissements : analyse du traité conclu avec le Mexique). *Relaciones Internacionales*, vol. 52, pp. 39-54.

Ault, Hugh J. (2013). Dispute Resolution: The Mutual Agreement Procedure. In *United Nations Handbook on Selected Issues in Administration of Double Tax Treaties for Developing Countries (Manuel des Nations Unies sur certains questions relatives à l'administration des conventions de double imposition pour les pays en développement)*,

Alexander Trepelkov *et al.* (dirs. de publ.). Secrétariat de l'ONU, Département des affaires économiques et sociales, New York.

Avi-Yonah, Reuven S. (2000). Globalization, tax competition and the fiscal crisis of the welfare State. *Harvard Law Review*, vol. 113, No. 7, pp. 1573-1676.

\_\_\_\_\_ (2009). Double tax treaties: an introduction. In *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows*, Karl P. Sauvant et Lisa E. Sachs (dirs. de publ.), Oxford University Press, Oxford.

Baistrocchi, Eduardo A. (2008). The use and interpretation of tax treaties in the emerging world: theory and implications. *British Tax Review*, vol. 4, pp. 352-391.

Baker, Paul L. (2014). An analysis of double taxation treaties and their effect on foreign direct investment. *International Journal of the Economics of Business*, vol. 21, No. 3, pp. 341-377.

Bankole, Abiodun S. et Adeolu O. Adewuyi (2013). Have BITs driven FDI between ECOWAS countries and EU? *Journal of International Trade Law and Policy*, vol. 12, No. 2, pp. 130-153.

Bantekas, Ilias (2008). The mutual agreement procedure and arbitration of double taxation disputes. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 1, No. 1, pp. 182-204.

\_\_\_\_\_ (2015). Inter-State arbitration in international tax disputes. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 8, No. 3, pp. 507-534.

Barthel, Fabian et Eric Neumayer (2012). Competing for scarce foreign capital: spatial dependence in the diffusion of double taxation treaties. *International Studies Quarterly*, vol. 56, No. 4, pp. 645-660.

Barthel, Fabian *et al.* (2009). The impact of double taxation treaties on foreign direct investment: evidence from large dyadic panel data. *Contemporary Economic Policy*, vol. 28, No. 3, pp. 366-377.

Behn, Daniel *et al.* (2017). Poor States or Poor governance? Explaining outcomes in investment treaty arbitration. *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 38, No. 3, pp. 333-389.

Berger, Axel *et al.* (2011). More stringent BITs, less ambiguous effects on FDI? Not a bit! *Economics Letters*, vol. 112, No. 3, pp. 270-272.

Berger, Axel *et al.* (2013). Do trade and investment agreements lead to more FDI? accounting for key provisions inside the black box. *International Economics and Economic Policy*, Vol. 10, No. 2, pp. 247-275.

Bernasconi-Osterwalder, Nathalie (2016). State-State dispute settlement in investment treaties. In *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices*, Kavaljit Singh et Burghard Ilge (dirs. de publ.). Both Ends/Madhyam/Somo, Amsterdam et New Delhi.

Bernasconi-Osterwalder, Nathalie *et al.* (2012). *Investment Treaties & Why they Matter to Sustainable Development: Questions and Answers*. Institut international du développement durable, Winnipeg.

Biesheuvel, Thomas (2016). Randgold's Mali mines open after nation shuts company offices. *Bloomberg*, 10 octobre. À consulter à l'adresse suivante : [www.bloomberg.com/news/articles/2016-10-10/randgold-s-mali-still-running-after-nation-shuts-company-offices](http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-10-10/randgold-s-mali-still-running-after-nation-shuts-company-offices).

Bird-Pollan, Jennifer (2018). The sovereign right to tax: how bilateral investment treaties threaten sovereignty. *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, vol. 32, No. 1, pp. 107-133.

Biryabarema, Elias (2015). Total seeks arbitration over Uganda tax dispute. *Reuters*, 31 mars. À consulter à l'adresse suivante : <http://af.reuters.com/article/investingNews/idAFKBN0MR0SI20150331>.

Bishop, Doak *et al.* (2006). International tax arbitrations. *Latin Lawyer*, vol. 5, No. 7, pp. 42-43.

- Bjorklund, Andrea K. (2013). The role of counter-claims in rebalancing investment law. *Lewis & Clark Law Review*, vol. 17, No. 2, pp. 461-480.
- Blonigen, Bruce A. *et al.* (2014). The differential effects of bilateral tax treaties. *American Economic Journal: Economic Policy*, vol. 6, No. 2, pp. 1-18.
- Bohoslavsky, Juan Pablo et Juan Bautista Justo (2011). *Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión* (Protection des droits fondamentaux à l'eau et arbitrages en matière d'investissement). Commission économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes.
- Bonnitcha, J. *et al.* (2017). *The Political Economy of the Investment Treaty Regime*. Oxford University Press, Oxford.
- Boone, Joshua (2011). How developing countries can adapt current bilateral investment treaties to provide benefits to their domestic economies. *Global Business Law Review*, vol. 1, pp. 187-202.
- Braun, Julia et Daniel Fuentes (2014). A legal and economic analysis of Austria's double tax treaty network with developing countries. WU International Taxation Research Paper Series No. 2014-13. Université de Vienne, Vienne.
- Braun, Julia et Martin Zagler (2017). The true art of the tax deal: evidence on aid flows and bilateral double tax agreements. Document de travail No. 17-011. Centre for European Economic Research, Mannheim.
- Brauner, Yariv (2016). Treaties in the aftermath of BEPS. *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 3, No. 1, pp. 974-1041.
- Bravo, Nathalie *et al.* (2015). *Bilateral Investment Treaties and Their Effect on Taxation – Special report*. 12 octobre.
- Brazier, Lauren Waveney (2013). The arbitrability of investor-State taxation disputes in international commercial arbitration. *Journal of International Arbitration*, vol. 32, No. 1, pp. 1-36.
- Brower, Charles N. et Stephan W. Schill (2009). Is arbitration a threat or a boon to the legitimacy of international investment law? *Chicago Journal of International Law*, vol. 9, No. 2, pp. 471-498.
- Brower, Charles N. et Sadie Blanchard, (2014). What's in a meme? the truth about investor-State arbitration: why it need not, and must not, be repossessed by States. *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 52, No. 3, pp. 690-777.
- Burke-White, William W. (2008). The Argentine financial crisis: State liability under bilateral investment treaties and the legitimacy of the ICSID system. Faculty Scholarship. Document de travail 8, University of Pennsylvania. À consulter à l'adresse suivante: [http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1192&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1192&context=faculty_scholarship).
- Busse, Matthias *et al.* (2010). FDI promotion through bilateral investment treaties: more than a bit? *Review of World Economics*, vol. 146, No. 1, pp. 147-177.
- Cao, Xun et Aseem Prakash (2012). Trade competition and environmental regulations: domestic political constraints and issue visibility. *The Journal of Politics*, vol. 74, No. 1, pp. 66-82.
- Carim, Xavier (2016). International investment agreements and Africa's structural transformation: a perspective from South Africa. In *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices*, Kavaljit Singh et Burghard Ilge (dirs. de publ.). Both Ends/Madhyam/Somo, New Delhi et Amsterdam.
- CEA (Commission économique pour l'Afrique (2013). *Rapport économique sur l'Afrique : Tirer le plus grand profit des produits de base africains : l'industrialisation au service de la croissance, de l'emploi et de la transformation économique*. CEA, Addis-Abeba.
- \_\_\_\_\_ (2016). *Politiques d'investissement et traités bilatéraux d'investissement en Afrique : implications pour l'intégration régionale*. CEA, Addis-Abeba.

\_\_\_\_\_ (2018). *Érosion de la base d'imposition et transfert des bénéficiaires en Afrique : Réformes de l'imposition des entreprises multinationales*. CEA, Addis-Abeba.

\_\_\_\_\_ (2019a). *État de l'intégration régionale en Afrique IX : Prochaines étapes pour la zone de libre-échange continentale africaine*. CEA, Addis-Abeba.

\_\_\_\_\_ (2019b). *Rapport économique sur l'Afrique 2019 : La politique budgétaire au service du financement du développement durable*. CEA, Addis-Abeba.

Chaisse, Julien (2015). The treaty shopping practice: corporate structuring and restructuring to gain access to investment treaties and arbitration. *Hastings Business Law Journal*, vol. 11, No. 2, pp. 225-306.

\_\_\_\_\_ (2016a). *International Investment Law and Taxation: From Coexistence to Cooperation*. Initiative E15. Centre international pour le commerce et le développement durable et Forum économique mondial, Genève.

\_\_\_\_\_ (2016b). The treatment of (national) taxes in tax and non-tax (international) agreements. Presentation made at the 6th Meeting of the Asia-Pacific Foreign Direct Investment (FDI) Network. À consulter à l'adresse suivante : [https://www.unescap.org/sites/default/files/5.%20Julien%20Chaisse\\_Tax.pdf](https://www.unescap.org/sites/default/files/5.%20Julien%20Chaisse_Tax.pdf).

Chaisse, Julien et Flavia Marisi (2017). Another Conflict of Norms: How BEPS and international Taxation Relate to Investment Treaties. *Investment Treaty News*. 12 juin. À consulter à l'adresse suivante : [www.iisd.org/itn/2017/06/12/another-conflict-norms-how-beps-international-taxation-relate-investment-treaties-julien-chaisse-flavia-marisi/](http://www.iisd.org/itn/2017/06/12/another-conflict-norms-how-beps-international-taxation-relate-investment-treaties-julien-chaisse-flavia-marisi/).

Choudhury, Hafiz et Jeffrey Owens (2014). *Traités bilatéraux d'investissement et traités bilatéraux en matière de fiscalité*. Document de synthèse, Centre international des impôts et des investissements.

CIRDI (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) (2006). *ICSID Convention, Regulation and Rules*. CIRDI, Washington.

\_\_\_\_\_ (2015). *ICSID 2015 Annual Report*. CIRDI, Washington.

\_\_\_\_\_ (2017). *ICSID 2017 Annual Report*. CIRDI, Washington.

\_\_\_\_\_ (2018). *ICSID 2018 Annual Report*. ICSID: Washington.

CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement) (2000). *International Investment Agreements: Flexibility for Development* (Accords internationaux d'investissement : marge de manœuvre pour le développement). CNUCED, Genève.

\_\_\_\_\_ (2004). *International Investment Agreements: Key issues (Volume I)* (Accords internationaux d'investissement : principales questions (vol. 1)). Nations Unies, New York et Genève.

\_\_\_\_\_ (2005). Investor-State disputes arising from investment treaties: a review. (Différends entre investisseurs et États résultant de traités d'investissement). Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement. Nations Unies, New York et Genève.

\_\_\_\_\_ (2009). Contribution des accords internationaux d'investissement à l'attrait des pays en développement pour l'investissement étranger direct. Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement. Nations Unies, New York et Genève.

\_\_\_\_\_ (2010). Traitement de la nation la plus favorisée. Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II. Nations Unies, New York et Genève.



\_\_\_\_\_ (2011). Portée et définitions. Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II. Nations Unies, New York et Genève.

\_\_\_\_\_ (2012a). Expropriation. Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II. CNUCED, Genève.

\_\_\_\_\_ (2012b). Traitement juste et équitable. Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II. CNUCED, Genève.

\_\_\_\_\_ (2012c). *Rapport sur l'investissement dans le monde 2012 : Vers une nouvelle génération de politique d'investissement*. CNUCED, Genève.

\_\_\_\_\_ (2015a). *Investment Policy Framework for Sustainable Development* (Politique d'investissement pour un développement durable). CNUCED, Genève.

\_\_\_\_\_ (2015b). *Rapport sur l'investissement dans le monde 2015 : Réformer la gouvernance de l'investissement international*. CNUCED, Genève.

\_\_\_\_\_ (2016a). *Investment Flows through Offshore Financial Hubs Declined but Remain at High Level*. CNUCED, Genève.

\_\_\_\_\_ (2016b). *Rapport sur l'investissement dans le monde 2016 : Nationalité des investisseurs : Enjeux et politiques*. CNUCED, Genève.

\_\_\_\_\_ (2017). *Rapport sur l'investissement dans le monde 2017 : L'investissement et l'économie numérique*. CNUCED, Genève.

\_\_\_\_\_ (2018a). *UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime* (Ensemble de réformes de la CNUCED en faveur du régime d'investissement international).

\_\_\_\_\_ (2018b). *Rapport sur l'investissement dans le monde 2018 : L'investissement et les nouvelles politiques industrielles*. CNUCED, Genève.

\_\_\_\_\_ (2019a). Investment Policy Hub – International Investment Agreements Navigator. À consulter à l'adresse suivante : <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/27>.

\_\_\_\_\_ (2019b). Investment Policy Hub – Investment Dispute Settlement Navigator. À consulter à l'adresse suivante : <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

\_\_\_\_\_ (2019c). *Rapport sur l'investissement dans le monde 2019 : Zoom sur les zones économiques spéciales*. CNUCED, Genève.

CNUDCI (Commission des Nations Unies sur le droit commercial international) (2010). *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (révision de 2010)*. CNUDCI, Vienne.

\_\_\_\_\_ (2011). *Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités*. CNUDCI, Vienne.

Commission européenne (2016). Examen des structures de la planification fiscale agressive et indicateurs – rapport final. Document de travail No. 61 sur la fiscalité et l'Union douanière – 2015. Commission européenne, Bruxelles.

Cooper, Graeme S. (2014). Preventing Tax Treaty Abuse. In *Handbook Protecting the Tax Base of Developing Countries*, pp. 275-324.

Cosmas, Julius (2015). Can Tanzania adequately fulfil its public health regulatory obligations alongside bilateral investment treaties obligations? *Journal of Politics and Law*, vol. 8, No. 2, pp. 126-136.

Cotula, Lorenzo (2014). Investment treaties and sustainable development: an overview. Exposé de l'Institut international pour l'environnement et le développement. À consulter à l'adresse suivante : <http://pubs.iied.org/pdfs/17238IIED.pdf>.

Crabtree, James (2014). Vodafone turns to arbitrators in seven-year Indian tax dispute. *Financial Times*, 7 mai. À consulter à l'adresse suivante : [www.ft.com/content/21f91f9c-d5fa-11e3-a017-00144feabdc0?mhq5j=e5](http://www.ft.com/content/21f91f9c-d5fa-11e3-a017-00144feabdc0?mhq5j=e5).

Crivelli, Ernesto *et al.* (2015). Érosion de la base d'imposition et transfert des bénéfices et pays en développement. Document de travail WP/15/118 du FMI. FMI, Washington.

CUA (Commission de l'Union africaine) (2016). Code panafricain des investissements – Projet. [https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-projet\\_code\\_panafricain\\_dinvestissements\\_decembre\\_2016.pdf](https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-projet_code_panafricain_dinvestissements_decembre_2016.pdf). Département des affaires économiques, Commission de l'Union africaine, Addis-Abeba.

CUA et CEA (Commission de l'Union africaine et Commission économique pour l'Afrique) (2016). *Track it! Stop it! Get it! Illicit Financial Flows: Report to the High Level Panel on Illicit Financial Flows from Africa*. CUA et CEA, Addis-Abeba.

Cummins, Tom *et al.* (2018). Going Dutch: Netherlands Model BIT “splits the bill” between investor protection and State regulation. Ashurst: Investment Arbitration Update. 20 décembre. À consulter à l'adresse suivante : <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/going-dutch-netherlands-model-bit-splits-the-bill-between-investor-protection-and-state-regulation/>.

Dagan, Tsilly (2000). The tax treaties myth. *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 32 (numéro d'été), pp. 939-996.

Daurer, Veronika et Richard Krever (2012). Choosing between the United Nations and OECD tax policy models: an African case study. Documents de travail de l'Institut universitaire européen RSCAS 2012/60. Institut universitaire européen de Florence. À consulter à l'adresse suivante : [http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/24517/RSCAS\\_2012\\_60rev.pdf?sequence=3](http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/24517/RSCAS_2012_60rev.pdf?sequence=3).

Davie, Matthew (2015). Taxation-based investment treaty claims. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 6, No. 1, pp. 202-227.

De Branbère, Eric (2017). Fair and equitable treatment and (full) protection and security in African investment treaties between generality and

contextual specificity. *Journal of World Investment and Trade*, vol. 18, No. 3, pp. 530-555.

De Luca, Anna (2014). Transfer provisions of BITS in times of financial crisis. Document de recherche juridique Bocconi No. 2524875.

À consulter à l'adresse suivante : <https://ssrn.com/abstract=2524875>.

Demirkol, Berk (à paraître). Non-treaty claims in investment treaty arbitration. *Leiden Journal of International Law*.

Dietsch, Peter (2015). *Catching Capital: The Ethics of Tax Competition*. Oxford: Oxford University Press.

Dolzer, Rudolf (2002). Indirect Expropriations: New Developments. *New York University Environmental Law Journal*, vol. 11, No. 1, pp. 64-93.

\_\_\_\_\_ (2014). Fair and equitable treatment: today's contours. *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 12, No. 1, pp. 10-33.

Donaubauer, Julian *et al.* (2017). Winning or losing in investor-to-State dispute resolution: the role of arbitrator bias and experience. Document de travail Kiel No. 2074.

Donaubauer, Julian et Peter Nunnenkamp (2017). International arbitration of investment disputes: are poor and badly governed respondent states more likely to lose? *Applied Economics Letters*, vol. 25, No. 5, pp. 321-25.

Douglas, Zachary (2009). *The International Law of Investment Claims*. Cambridge University Press, Cambridge.

Dumberry, Patrick (2016). The Importation of the FET standard through most-favoured-nation clauses: an empirical study of BITS. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 32, No. 1, pp. 116-137.

Dupont, Cédric *et al.* (2016). Political risk and investment arbitration: an empirical study. *Journal*

- of *International Dispute Settlement*, vol. 7, No. 1, pp. 136-160.
- Durst, Michael C (2014). Beyond BEPS: A Tax Policy Agenda for Developing Countries. ICTD Working Paper 18. Centre international pour la fiscalité et le développement et Institute of Development Studies: Brighton.
- Edwards, Sebastian (1999). How effective are capital controls? Document de travail NBER 7413.
- Egger, Peter et Valeria Merlo (2012). BITs bite: an anatomy of the impact of bilateral investment treaties on multinational firms. *Scandinavian Journal of Economics*, vol. 114, No. 4, pp. 1240-1266.
- Egger, Peter *et al.* (2006). The impact of endogenous tax treaties on foreign direct investment: theory and evidence. *The Canadian Journal of Economics/Revue canadienne d'économie*, vol. 39, No. 3, pp. 901-931.
- Eichengreen, Barry et Andrew Rose (2014). Capital controls in the 21st century. *Journal of International Money and Finance*, vol. 48 (A), pp. 1-16.
- Eurodad (2017). *Tax Games: The Race to the Bottom*. À consulter à l'adresse suivante : [www.eurodad.org/tax-games-2017](http://www.eurodad.org/tax-games-2017).
- Ernst and Young (2016). *Africa Attractiveness Survey: Staying the Course*.
- Falvey, Rod et Neil Foster-McGregor (2017). Heterogeneous effects of bilateral investment treaties. *Review of World Economics*, vol. 153, No. 4, pp. 631-656.
- Faya Rodriguez, Alejandro (2008). The most-favored-nation clause in international investment agreements: a tool for treaty shopping? *Journal of International Arbitration*, vol. 25, No. 1, pp. 89-102.
- Fernández, Andrés *et al.* (2015). Are capital controls countercyclical? *Journal of Monetary Economics*, vol. 76, pp. 1-14.
- FMI (Fonds monétaire international) (2017). Inward direct investment positions data. À consulter à l'adresse suivante : <http://data.imf.org/regular.aspx?key=60564261>.
- FMI *et al.* (2015). Options for Low Income Countries' Effective and Efficient Use of Tax Incentives for Investment – Rapport à l'intention du Groupe de travail du G-20 sur le développement – FMI, OCDE, Nations Unies et Banque mondiale.
- Footer, Mary E. (2017). Umbrella clauses and widely-formulated arbitration clauses: discerning the limits of ICSID jurisdiction. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 16, No. 1, pp. 87-107.
- Fortier, Yves L. et Stephen L. Drymer (2005). Indirect expropriation in the law of international investment: I know it when I see it, or caveat investor. *Asia Pacific Law Review*, vol. 13, No. 1, pp. 79-110.
- Fowowe, Babajide et Mohammed I. Shuaibu (2014). Is foreign direct investment good for the poor? New evidence from African countries. *Economic Change and Restructuring*, vol. 47, No. 4, pp. 321-339.
- Galeza, Tadeusz (2011). Where investment goes. *Finance & Development*, vol. 48, No. 3. À consulter à l'adresse suivante : [www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2011/09/dataspot.htm](http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2011/09/dataspot.htm).
- Gallagher, Kevin P. (2010). Policy space to prevent and mitigate financial crises in trade and investment agreements. Document de travail 58. Série G-24. Nations Unies, New York et Genève.
- Gallagher, Kevin P. et Elen Shreshta (2011). Investment treaty arbitration and developing countries: a reappraisal. Document de travail No. 11-01, Global Development and Environment Institute.
- Garcia, Ana (2017). BRICS investment agreements in Africa: more of the same? *Studies in Political Economy*, vol. 98, No. 1, pp. 24-47.

- Garcia-Bernardo, Javier *et al.* (2017). Uncovering offshore financial centers: conduits and sinks in the global corporate ownership network. *Scientific Reports*, vol. 7. À consulter à l'adresse suivante : <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/51395>.
- Gazzini, Tarcisio et Attila Tanzi (2013). Handle with care: umbrella clauses and most-favoured-nation treatment in investment arbitration. *Journal of World Investment & Trade*, vol. 14, No. 6, pp. 978-994.
- Gouvernement des Pays-Bas (Rijksoverheid) (2018). Nieuwe modeltekst investeringsakkoorden (Projet de nouveau traité sur l'investissement). À consulter à l'adresse suivante : (site public) : <https://www.internetconsultatie.nl/investeringsakkoorden>.
- Grégoire, Matthieu (2015). Taxation and expropriation under bilateral investment treaties: setting the standard. *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, novembre, pp. 629-631.
- Gui-Diby, Steve Loris et Mary-Françoise Renard (2015). Foreign direct investment inflows and the industrialization of African countries. *World Development*, vol. 74, pp. 43-57.
- Guzman, Andrew (1998). Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment treaties. *Virginia Journal of International Law*, vol. 38, No. 4, pp. 639-688.
- Hafner-Burton, Emilie M. et David G. Victor (2016). Secrecy in international investment arbitration: an empirical analysis. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7, No. 1, pp. 161-182.
- Haftel, Yoram Z. (2010). Ratification counts: US investment treaties and FDI flows into developing countries. *Review of International Political Economy*, vol. 17, No. 2, pp. 238-277.
- Hallward-Driemeier, Mary (2003). Do bilateral investment treaties attract foreign direct investment? only a bit ... and they could bite. Document de travail sur la recherche de politiques No. 3121. Banque mondiale, Washington.
- Hearson, Martin (2014). Do tax treaties affect foreign investment? the plot thickens. À consulter à l'adresse suivante : <https://martinhearson.wordpress.com/2014/06/19/do-tax-treaties-affect-foreign-investment-the-plot-thickens/>.
- \_\_\_\_\_ (2015). *Tax Treaties in Sub-Saharan Africa: A Critical Review*. Tax Justice Network – Africa, Nairobi.
- \_\_\_\_\_ (2016). Measuring tax treaty negotiation outcomes: the ActionAid tax treaties dataset. Document de travail 47, Centre international pour la fiscalité et le développement. Institute of Development Studies, Brighton.
- \_\_\_\_\_ (2018). When do developing countries negotiate away their corporate tax base? *Journal of International Development*, vol. 30, No. 2, pp. 233-255.
- Hearson, Martin et Jalia Kangave (2016). A review of Uganda's tax treaties and recommendations for action. Document de travail 50. Institute of Developmental Studies, Brighton.
- Hirsch, Moshe (2011). Between fair and equitable treatment and stabilization clause: stable legal and regulatory change in international investment law. *Journal of World Investment and Trade*, vol. 12, No. 6, pp. 783-806.
- Isakoff, Peter D. 2013. Defining the Scope of Indirect Expropriation for International Investments. *The Global Business Law Review*, vol. 3, No. 2, pp. 189-209.
- Johannesen, Niels *et al.* (2016). Are less developed countries more exposed to multinational tax avoidance? method and evidence from micro-data. Document de travail 2016/10 de l'Institut mondial de recherche sur les aspects économique du développement –WIDER.
- Kalicki, Jean E. (2013). Counterclaims by States in investment arbitration. *Investment Treaty*

News, 14 janvier. À consulter à l'adresse suivante : [www.iisd.org/itn/fr/2013/01/14/counter-claims-by-states-in-investment-arbitration-2/](http://www.iisd.org/itn/fr/2013/01/14/counter-claims-by-states-in-investment-arbitration-2/).

Kane, Mouhamadou Madana (2016). *Traités bilatéraux d'investissement conclus par le Sénégal (Bilateral Investment Treaties Concluded by Senegal)*. Centre africain pour la pratique du droit international, Dakar.

Kangave, Jalia (2009). The dominant voices in double taxation agreements: a critical analysis of the "Dividend" article in the agreement between Uganda and the Netherlands. *International Community Law Review*, vol. 11, No. 4, pp. 387-407.

Keen, Michael *et al.* (2014). Spillovers in international corporate taxation. Document de politique générale du FMI, 9 mai. Fonds monétaire international, Washington.

Kerner, Andrew et Jane Lawrence (2012). What's the risk? Bilateral investment treaties, political risk and fixed capital. *British Journal of Political Science*, vol. 44, No. 1, pp. 107-121.

Kidane, Won (2016). China's Bilateral Investment Treaties with African States in Comparative Context. *Cornell International Law Journal*, vol. 49, No. 1, pp. 141-177.

Kläger, Roland (2010). Fair and equitable treatment: a look at the theoretical underpinnings of legitimacy and fairness. *Journal of World Investment & Trade*, vol. 11, No. 3, pp. 435-455.

Kingsbury, Benedict et Stephan W. Schill (2010). Public law concepts to balance investors' rights with State regulatory actions in the public interest: the concept of proportionality. In *International Investment Law and Comparative Public Law*, Stephan W. Schill (dir. de publ.). Oxford University Press, Oxford.

Kolo, Abba (2007). Investor protection vs. host State regulatory autonomy during economic crisis: treatment of capital transfers and restrictions under modern investment treaties. *Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, No. 4, pp. 457-503.

\_\_\_\_\_ (2009). Tax "veto" as a special jurisdictional and substantive issue in investor-State arbitration: Need for reassessment? *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 32, No. 2, pp. 475-492.

Kriebaum, Ursula (2007a). Privatizing human rights: The interface between international investment protection and human rights. In *The Law of International Relations: Liber Amicorum Hans Peter Neuhold, August Reinisch et Ursula Kriebaum* (dirs. de publ.). Eleven International Publishing, Utrecht.

\_\_\_\_\_ (2007b). Regulatory takings: Balancing the interests of the investor and the State. *Journal of World Investment and Trade*, vol. 8, No. 5, pp. 717-744.

Krisch, Nico (2005). International law in times of hegemony: Unequal power and the shaping of the international legal order. *European Journal of International Law*, vol. 16, No. 3, pp. 369-408.

Lallemand, Alain (2000). Parce qu'une créance privée d'un exportateur belge, d'un montant de 13 millions, est restée impayée ... la Belgique bloque les avoirs bancaires du Burundi. *Le Soir*, 12 février. À consulter à l'adresse suivante : [http://www.lesoir.be/archive/recup/parce-qu-une-creance-privée-d-un-exportateur-belge-d-un\\_t-20000212-Z0HVKV.html](http://www.lesoir.be/archive/recup/parce-qu-une-creance-privée-d-un-exportateur-belge-d-un_t-20000212-Z0HVKV.html).

Lang, Michael et Jeffrey P. Owens (2014). The role of tax treaties in facilitating development and protecting the tax base. Document de recherche sur la fiscalité internationale, No. 2014 (03). Université de Vienne, Vienne.

Langford, Malcolm *et al.* (2017). The revolving door in international investment arbitration. *Journal of International Economic Law*, vol. 20, No. 2, pp. 1-28.

Lavopa, Federico (2015). Crisis, emergency measures and the failure of the ISDS system: The case of Argentina. Exposé 2 sur la politique d'investissement. Centre Sud, Genève.

Lazem, Ali et Ilias Bantekas (2015). The treatment of tax as expropriation in international investor-State arbitration. *Arbitration International*, 6 mai 2015, pp. 1-46.

- Legum, Barton (2005). Defining investment and investor: Who is entitled to claim? Making the most of international investment agreements: A common agenda. Colloque organisé conjointement par le CIRDI, l'OCDE et la CNUCED. 12 décembre. Siège de l'OCDE, Paris. À consulter à l'adresse suivante : [www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/36370461.pdf](http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/36370461.pdf).
- Lejour, Arjan et Maria Salfi (2011). The regional impact of bilateral investment treaties on foreign direct investment. Document de travail No. 298, CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis.
- Malik, Mahnaz (2009). Fair and Equitable Treatment. Best Practices Series. International Institute for Sustainable Development: Winnipeg.
- Mbengue, Makane Moïse et Stefanie Schacherer (2017). The "Africanization" of international investment law: the Pan-African Investment Code and the reform of the international investment regime. *Journal of World Investment & Trade*, vol. 18, No. 3, pp. 414-448.
- McNair, David *et al.* (2010). Transfer pricing, and the taxing rights of developing countries. Document hors-série de Christian Aid. Christian Aid.
- Mann, H. (2013). Reconceptualizing international investment law: its role in sustainable development. *Lewis & Clark Law Review*, vol. 17, No. 2, pp. 521-544.
- Maupin, Julie A. (2011). Most-favoured-nation-based jurisdiction in investor-State arbitration: is there any hope for a consistent approach? *Journal of International Economic Law*, vol. 14, No. 1, pp. 157-190.
- \_\_\_\_\_ (2013). Transparency in international law: the good, the bad and the murky. In *Transparency in International Law*, Andrea Bianchi et Anne Peters (dirs. de publ.). Cambridge University Press, Cambridge.
- Mina, Wasseem (2015). Political risk guarantees and capital flows: the role of bilateral investment treaties. *Economics-eJournal*, vol. 9, pp. 1-38.
- Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas (Ministère argentin de l'économie et des finances) (2016). *Acuerdos con BG Group y El Paso Energy en el marco del CIADI* (Accords conclus avec le Groupe BG et El Paso Energy dans le cadre du CIRDI). MHFP.
- Ministrie van Financiën (Ministère néerlandais des finances) (2019). *Verdragen op het gebied van directe belastingen per 1 januari 2017* (Conventions dans le cadre de l'imposition directe au 1er janvier 2017) [en ligne] À consulter à l'adresse suivante : <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/circulaires/2019/01/01/verdragenoverzicht-per-1-januari-2019/Verdragenoverzicht+per+1+januari+2019+V2.pdf>.
- Mosquera Valderama, Irma Johanna (2015). The OECD-BEPS measures to deal with aggressive tax planning in South America and sub-Saharan Africa: the challenges ahead. *Intertax*, vol. 43, No. 10, pp. 615-627.
- Moloo, Rahim et Justin Jacinto (2011). Environmental and health regulation: assessing liability under investment treaties. *Berkeley Journal of International Law*, vol. 29, No. 1, pp. 1-65.
- Muchlinski, Peter T. (1999). The rise and fall of the Multilateral Agreement on Investment: where now? *International Lawyer*, vol. 34, No. 3, pp. 1033-1053.
- \_\_\_\_\_ (2009). The framework of investment protection: the content of BITs. In *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows*, Karl P. Sauvant et Lisa E. Sachs (dirs. de publ.). Oxford University Press, Oxford.
- Mukibi, Julian et Cameron Barkan (2017). *Trade and Investment in the Multilateral Trading System: How has it evolved?* CUTS International, Genève.
- Nations Unies (2014). *Papers on Selected Topics in Negotiation of Tax Treaties for Developing Countries* (Thèmes choisis dans la négociation de traités fiscaux à l'intention des pays en développement). Nations Unies, New York.

\_\_\_\_\_ (2016). *Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties between Developed and Developing Countries* (Manuel pour la négociation de traités bilatéraux sur la fiscalité entre pays développés et pays en développement). Nations Unies, New York.

Nations Unies, Département des affaires économiques et sociales (2011). *Modèle de convention des Nations Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement*. Département des affaires économiques et sociales du Secrétariat des Nations Unies, New York.

Neumayer, Eric (2007). Do double taxation treaties increase foreign direct investment to developing countries? *Journal of Development Studies*, vol. 43, No. 28, pp. 1501-09.

Neumayer, Eric et Laura Spess (2005). Do double taxation treaties increase foreign direct investment to developing countries? *World Development*, vol. 3, No. 1, pp. 31-49.

Neumayer, Eric et al. (2016). Are stricter investment rules contagious? Host country competition for foreign direct investment through international agreements. *Review of World Economics*, vol. 152, No. 1, pp. 177-213.

Nikièma, Suzy H. (2012a). Definition of investor. Série des pratiques optimales. Institut international du développement durable, Winnipeg.

\_\_\_\_\_ (2012b). Indirect expropriation. Série des pratiques optimales. Institut international du développement durable, Winnipeg.

\_\_\_\_\_ (2014). Performance requirements in investment treaties. Série des pratiques optimales. Institut international du développement durable, Winnipeg.

OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques (1998a). *Concurrence fiscale dommageable : un problème mondial*. OCDE, Paris.

\_\_\_\_\_ (1998b). *Les crédits d'impôt fictifs : un réexamen de la question*. OCDE, Paris.

\_\_\_\_\_ (2004). *Improving the Process for Resolving International Tax Disputes* (Amélioration de la résolution des différends en matière de fiscalité internationale). OCDE: Paris.

\_\_\_\_\_ (2010a). *Observations sur les articles de la convention fiscale type*. OCDE, Paris.

\_\_\_\_\_ (2010b). *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*. OCDE, Paris.

\_\_\_\_\_ (2012a). *Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey*. (Dispositions en matière de règlement des différends dans les accords internationaux d'investissement : aperçu général). OCDE, Paris.

\_\_\_\_\_ (2012b). *Government Perspectives on Investor-State Dispute Settlement: A Progress Report*. (Points de vue des gouvernements sur le règlement des différends entre État et investisseur). OCDE, Paris.

\_\_\_\_\_ (2012c). *Hybrid mismatches: Tax Policy and Compliance Issues* (Dispositifs hybrides : Questions de politiques fiscales et de conformité). OCDE, Paris.

\_\_\_\_\_ (2014). *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*. OCDE, Paris.

\_\_\_\_\_ (2015a). *Empêcher les mesures visant à éviter artificiellement le statut d'établissement stable – Action 7 – Rapport final 2015*. OCDE, Paris.

\_\_\_\_\_ (2015b). *Empêcher l'octroi inapproprié des avantages des conventions fiscales – Action 6 – Rapport final 2015*. OCDE, Paris.

\_\_\_\_\_ (2015c). *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Explanatory Statement*. OCDE: Paris.

\_\_\_\_\_ (2017). *Panorama des administrations publiques 2017*. OCDE, Paris.

Oguttu, Annet Wanyana (2016). Tax base erosion and profit shifting in Africa – part 1: Africa's response to the OECD BEPS action plan. ICTD Working Paper 54. Centre international pour la fiscalité et le développement et Institute of Development Studies, Brighton.

Ortino, Federico (2018). The obligation of regulatory stability in the fair and equitable treatment standard: How far have we come? *Journal of Economic International Law*, vol. 21, No. 4, pp. 845-865.

Oxfam (2016). *Ending the Era of Tax Havens: Why the UK Government Must Lead the Way*. Oxfam.

Oxfam Novib (2016). *Nederland Belastingparadijs (Pays-Bas : paradis fiscal)*. Oxfam Novib.

Ozturk, Ilhan (2007). Foreign direct investment – growth nexus: a review of the recent literature. *International Journal of Applied Econometrics and Quantitative Studies*, vol. 4, No. 2, p. 79-98.

Páez, Laura (2017). Bilateral investment treaties and regional investment regulation in Africa: towards a continental investment area? *Journal of World Investment and Trade*, vol. 18, No. 3, pp. 379-413.

Park, Junhyung *et al.* (2012). A partial race to the bottom: corporate tax developments in emerging and developing economies. Document de travail WP/12/28 du FMI. FMI, Washington.

Park, William W. (2009). Arbitrability and tax. In *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, Loukas A. Mistelis et Stavros L. Brekoulakis (dirs. de publ.). Kluwer Law International, Alphen aan de Rijn.

Pelc, Krzysztof J. (2017). What explains the low success rate of investor–State disputes? *International Organization*, vol. 71, No. 3, pp. 559-583.

Peters, Carmel (2015). Developing countries' reactions to the G20/ OECD action plan on base

erosion and profit shifting. *Bulletin for International Taxation*, vol. 69, No. 6/7, pp. 375-381.

Peterson, Luke Eric (2007). *Bilateral Investment Treaties – Implications for Sustainable Development and Options for Regulation*. Friedrich Erbert Stiftung, Rapport de la conference.

\_\_\_\_\_ (2018). Vietnam faces unusual bit arbitration, with seller and purchaser of assets teaming up to file a joint claim in face of country's threat to impose a capital gains tax. *Investment Arbitration Reporter*, 3 avril.

Pickering, Ariane (2014). Why negotiate tax treaties? In *Papers on Selected Topics in Negotiation of Tax Treaties for Developing Countries*. Nations Unies, New York.

Polanco Lazo, Rodrigo et Felipe Yáñez Villanueva (2016). La relación entre tratados de inversión y convenios de doble tributación: el caso chileno (Relation entre traités d'investissement et conventions de double imposition : le cas du Chili). *Caderno CRH*, vol. 29, No. 3, pp. 151-170.

Potestà, Michele (2013). Legitimate expectations in investment treaty law: understanding the roots and the limits of a controversial concept. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 28, No. 1, pp. 1-41.

Poulsen, Lauge N. Skovgaard (2010a). The importance of BITs for foreign direct investment and political risk insurance: revisiting the evidence. In *Yearbook on International Investment Law and Policy 2009/2010*, Karl Sauvant (dir. de publ.). Oxford University Press, New York.

\_\_\_\_\_ (2010b). The significance of South-South BITs for the international investment regime: a quantitative analysis. *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 30, No. 1, pp. 101-130.

Poulsen, Lauge N. Skovgaard et Emma Aisbett (2013). When the claim hits: bilateral investment treaties and bounded rationality learning. *World Politics*, vol. 65, No. 2, pp. 273-313.



- PwC (diverses années). *Worldwide Tax Summaries Online*. À consulter à l'adresse suivante : <http://taxsummaries.pwc.com/uk/taxsummaries/wwts.nsf/ID/PPAA-85RDKF>.
- Quak, Evert-Jan et Hannah Timmis (2018). Double taxation agreements and developing countries. K4D Helpdesk Report. Institute of Development Studies: Brighton (Royaume-Uni).
- Qureshi, Asif (2015). Coherence in the public international law of taxation: developments in international taxation and trade and investment related taxation. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, pp. 193-222.
- Radi, Yannick (2007). The application of the most-favoured-nation clause to the dispute settlement provisions of bilateral investment treaties: domesticating the Trojan horse. *European Journal of International Law*, vol. 18, No. 4, pp. 757-774.
- Radi, Yannick (2013). The "human nature" of international investment law. Document de travail du Centre Grotius 2013/006-IEL. À consulter à l'adresse suivante : [https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN\\_ID2278857\\_code638826.pdf?abstractid=2278857&mirid=1](https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2278857_code638826.pdf?abstractid=2278857&mirid=1).
- Réseau pour la justice fiscale – Afrique et ActionAid (2011). Tax incentives for investors: investment for growth or harmful taxes? (Incitations fiscales pour les investisseurs : investissement pour la croissance ou fiscalité dommageable?) Exposé sur l'impact des incitations fiscales au Rwanda. À consulter à l'adresse suivante : [www.taxjusticeafrica.net/wp-content/uploads/2015/11/TJN-Africa\\_1107\\_Rwanda\\_policy\\_brief1.pdf](http://www.taxjusticeafrica.net/wp-content/uploads/2015/11/TJN-Africa_1107_Rwanda_policy_brief1.pdf).
- Sacerdoti, Giorgio (2013). BIT protections and economic crises: limits to their coverage, the impact of multilateral financial regulation and the defence of necessity. *CSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 28, No. 2, pp. 351-383.
- Sachs, Lisa E. et Karl P. Sauvant (2009). BITs, DTTs and FDI flows: an overview. In *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Lisa E. Sachs et Karl P. Sauvant (dirs. de publ.). Oxford University Press, Oxford.
- Salacuse, Jeswald W. et Nicholas P. Sullivan (2005). Do BITs really work?: An evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain. *Harvard International Law Journal*, vol. 46, pp. 67-130.
- Schill, Stephan W. (2008). Multilateralizing investment treaties through most-favored-nation clauses. *Berkeley Journal of International Law*, vol. 27, No. 2, pp. 496-569.
- Schlemmer, Engela C. (2016). An overview of South Africa's bilateral investment treaties and investment policy. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 31, No. 1, pp. 167-193.
- Schreurer, Christoph (2005). Fair and equitable treatment in arbitral practice. *Journal of World Investment & Trade*, vol. 6, No. 3, pp. 357-386.
- \_\_\_\_\_ (2010). Full protection and security. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, No. 2, pp. 353-369.
- Schwebel, Stephen M. (2014). In defense of bilateral investment treaties. *Columbia FDI Perspectives on Topical Foreign Direct Investment Issues*, Vol. 135. À consulter à l'adresse suivante : <http://ccsi.columbia.edu/files/2013/10/No-135-Schwebel-FINAL.pdf>.
- Seatzu, Francesco et Paolo Vargiu (2015). Africanizing bilateral investment treaties ("BITs"): some case studies and future prospects of a pro-active African approach to international investment. *Connecticut Journal of International Law*, vol. 30, No. 2, pp. 143-168.
- Sheehan, Nathalie et Joep Wolfhagen (2018). Dutch Government adopts new model bilateral investment treaty. Freshfields Bruckhaus Deringer. 16 novembre. À consulter à l'adresse suivante : <https://riskandcompliance.freshfields.com/post/102f5tp/dutch-government-adopts-new-model-bilateral-investment-treaty>.

Siegmann, Till (2008). The impact of bilateral investment treaties and double taxation treaties on foreign direct investments. Document de travail 2008-22, U. of St. Gallen Law & Economics. À consulter à l'adresse suivante : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1268185](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1268185).

Simmons, Beth A. (2014). Bargaining over BITs, arbitrating awards: the regime for protection and promotion of international investment. *World Politics*, vol. 66, No. 1, pp. 12-46.

Simonis, Paul H. M. (2014). BITs and taxes. *Intertax*, vol. 4, No. 2, pp. 234-75.

Snodgrass, Elizabeth (2006). Protecting investors' legitimate expectations: recognizing and delimiting a general principle. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 21, No. 1, pp. 1-58.

Sokchea, Kim (2007). Bilateral investment treaties, political risk and foreign direct investment. *Asia Pacific Journal of Economics & Business*, vol. 11, No. 1, pp. 6-24.

Sokolovska, Olena V. (2016). Race to the bottom in international tax competition: some conceptual issues. *Journal of Tax Reform*, vol. 2, No. 2.

Spears, Suzanne A. (2010). The quest for policy space in a new generation of international investment agreements. *Journal of International Economic Law*, vol. 13, No. 4, pp. 1037-1075.

Sprenger, Helena et Bouke Boersma (2014). The importance of bilateral investment treaties (BITs) when investing in emerging markets. *Business Law Today*, pp. 1-4.

Tietje, Christian et Freya Baetens (2014). *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*. Étude préparée pour le Ministère néerlandais des affaires étrangères.

Tobin, Jennifer L. et Susan Rose-Ackerman (2003). Foreign direct investment and the business environment in developing countries: the impact of

bilateral investment treaties. Document de travail 587 du William Davidson Institute. À consulter à l'adresse suivante : <https://deepblue.lib.umich.edu/bitstream/handle/2027.42/39973/wp587.pdf>.

\_\_\_\_\_ (2011). When BITs have some bite: the political-economic environment for bilateral investment treaties. *Review of International Organizations*, vol. 6, No. 1, pp. 1-32.

Van der Bruggen, Edwin (2012). Investment arbitration in tax matters: some thoughts on selected international case law. JDSUPRA.

Van Harten, Gus (2005). Private authority and transnational governance: the contours of the international system of investor protection. *Review of International Political Economy*, vol. 12, No. 4, pp. 600-623.

\_\_\_\_\_ (2012). Arbitrator behaviour in asymmetrical adjudication: an empirical study of investment treaty arbitration. Document de recherche Osgoode CLPE No. 41/2012.

\_\_\_\_\_ (2016). A critique of investment treaties. In *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices*, Kavaljit Singh et Ilge Burghard (dirs. de publ.). Both Ends/Madhyam/Somo, New Delhi et Amsterdam.

Van Harten, Gus et Pavel Malysheuski (2016). Who has benefited financially from investment treaty arbitration? an evaluation of the size and wealth of claimants. Document de recherche Osgoode Legal Studies No. 14/2016.

Van Leyenhorst, Max (2014). Bilaterale investeringsbeschermingsovereenkomsten; een 'must' bij investeringen in het buitenland (Traité bilatéral de protection de l'investissement : indispensables pour investir à l'étranger). 24 janvier. *Legaltree*. À consulter à l'adresse suivante : [www.legaltree.nl/nl/blog/2014/01/27/bilaterale-investeringsbeschermingsovereenkomsten-een-must-bij-investeren-het-buitenland/](http://www.legaltree.nl/nl/blog/2014/01/27/bilaterale-investeringsbeschermingsovereenkomsten-een-must-bij-investeren-het-buitenland/).

- Van Os, Roos (2016). Dutch investment treaties: socialising losses, privatising gains. In *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices*, Kavaljit Singh et Ilge Burghard (dirs. de publ.). Both Ends/Madhyam/Somo: New Delhi et Amsterdam.
- Van Os, Roos et Roeline Knottnerus (2011). *Dutch Bilateral Investment Treaties: A Gateway to "Treaty Shopping" for Investment Protection by Multinational Companies*. Somo, Amsterdam.
- Van't Riet, Maarten et Anjan Lejour (2014). Ranking the stars: network analysis of bilateral tax treaties. Document de travail CPB No. 290.
- Van Duzer, Anthony J. (2016). Canadian investment treaties with African countries: what do they tell us about investment treaty making in Africa? Society of International Economic Law, Cinquième conférence biennale mondiale, document de travail No. 2016/23.
- Vandevelde, Kenneth J. (2005). A brief history of international investment agreements. *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, vol. 12, pp. 157-194.
- Verbeek, Baart-Jaap et Roeline Knottnerus (2018). The 2018 draft Dutch model BIT: a critical assessment. *Investment Treaty News*. 30 juillet. À consulter à l'adresse suivante : <https://www.iisd.org/itn/2018/07/30/the-2018-draft-dutch-model-bit-a-critical-assessment-bart-jaap-verbeek-and-roeline-knottnerus/>.
- Waibel, Michael (2009). BIT by BIT: the silent liberalization of the capital account. In *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Christina Binder *et al.* (dirs. de publ.). Oxford University Press, New York.
- Waibel, Michael et Yanhui Wu (2017). Are arbitrators political? evidence from international investment arbitration. (non publié).
- Wälde, Thomas et Kolo Abba (2007). Investor-State disputes: the interface between treaty-based international investment protection and fiscal sovereignty. *Intertax*, vol. 35, Nos. 8/9, pp. 424-49.
- Weyzig, Francis (2013a). International finance and tax avoidance via Dutch special purpose entities. Exposé lors d'un séminaire de recherche. Université Radboud, Nimègue. 21 octobre. À consulter à l'adresse suivante : [www.ru.nl/publish/pp\\_/718686/paper\\_weyzig\\_-\\_intl\\_fin\\_and\\_tax\\_avoidance\\_dutch\\_spes.pdf](http://www.ru.nl/publish/pp_/718686/paper_weyzig_-_intl_fin_and_tax_avoidance_dutch_spes.pdf).
- \_\_\_\_\_ (2013b). Tax treaty shopping: structural determinants of foreign direct investment routed through the Netherlands. *International Tax and Public Finance*, vol. 20, No. 6, pp. 910-937.
- Yackee, Jason Webb (2008). Bilateral investment treaties, credible commitment and the rule of (international) law: do BITs promote foreign direct investment? *Law and Society Review*, vol. 42, No. 4, pp. 805-832.
- \_\_\_\_\_ (2010). Do bilateral investment treaties promote foreign direct investment? some hints from alternative evidence. Document de recherche No. 1114, études juridiques, University of Wisconsin. À consulter à l'adresse suivante : <https://ssrn.com/abstract=1594887>.
- \_\_\_\_\_ (2016). Do BITs "work"? Empirical evidence from France. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7, No. 1, pp. 44-71.
- Yannaca-Small, Katia (2008). Definition of investor and investment in international investment agreements. In *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*. OCDE, Paris.
- Zhan, James X. (2016). International investment rule-making: trends, challenges and way forward. In *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices*, Kavaljit Singh et Ilge Burghard (dirs. de publ.). Both Ends/Madhyam/Somo, New Delhi et Amsterdam.
- Zolt, Eric (2015). Tax incentives: Protecting the tax base. Exposé à un atelier, 23 et 24 avril, Département des affaires économiques et sociales du Secrétariat de l'ONU, New York.

