

COUR D'APPEL DE PARIS
Chambre commerciale internationale

PÔLE 5 - CHAMBRE 16

ARRÊT DU 31 MAI 2022
SUR RENVOI APRÈS CASSATION

(n° 59 /2022 , 16 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG 21/01497 - N° Portalis
35L7-V-B7F-CC7F4

Décision déferée à la Cour :
Renvoi après cassation prononcée le 02 Décembre 2020 par la Cour de Cassation
Sentence arbitrale internationale rendue à PARIS le 17 novembre 2015

DEMANDEURS AU RECOURS :

SCHOONER CAPITAL LLC (Limited Liability Company),
société de droit du Delaware (Etats-Unis),
ayant son siège social : 60 South Street, Suite 1120, BOSTON, MA 02111 (ETATS-UNIS)
prise en la personne de son représentant légal,

ATLANTIC INVESTMENT PARTNERS LLC (Limited Liability Company),
société de droit du Delaware (Etats-Unis)
ayant son siège social : 60 South Street, Suite 1120, BOSTON, MA 02111 (ETATS-UNIS)
prise en la personne de son représentant légal,

Monsieur Vincent J. RYAN
né le 19 mars 1936, citoyen américain
agissant en qualité de Fondateur et Président (Chairman) de SCHOONER CAPITAL LLC
domicilié au siège de la société SCHOONER CAPITAL LLC : 60 South Street, Suite 1120,
BOSTON, MA 02111 (ETATS-UNIS)

*Représentés par Me Anne GRAPPOTTE-BENETREAU de la SCP GRAPPOTTE
BENETREAU, avocat postulant du barreau de PARIS, toque : K0111
assistés par Me Raphaël KAMINSKY et Me TOPALIAN Loïc, de la SELAS TEYNIER PIC,
avocats plaidants du barreau de PARIS, toque : E1957*

DÉFENDERESSE AU RECOURS :

La RÉPUBLIQUE DE POLOGNE
Office of the General Counsel Urząd Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej, Ul Hoza
76/78, 00-682 VARSOVIE (POLOGNE)
prise en la personne de son General Counsel,

*représentée par Me Luca DE MARIA de la SELARL PELLERIN - DE MARIA - GUERRE,
avocat postulant du barreau de PARIS, toque : L0018
assistée par Me Eduardo SILVA ROMERO et Me Raphaëlle LEGRU, du cabinet
DECHERT PARIS LLP, avocats plaidants du barreau de PARIS, toque J 096*

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions des articles 805 et 905 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 11 Avril 2022, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant Mme Fabienne SCHALLER, Conseillère et Mme ALDEBERT, Conseillère.

Ces magistrats ont rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de :

M. François ANCEL, Président
Mme Fabienne SCHALLER, Conseillère
Mme Laure ALDEBERT, Conseillère

Greffier, lors des débats : Mme Najma EL FARISSI

ARRÊT :

- contradictoire

- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par François ANCEL, Président et par Najma EL FARISSI, greffière à laquelle la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

I/ FAITS ET PROCÉDURE

1-Au début des années 1990, **M. Vincent J. RYAN** et **SCHOONER CAPITAL CORPORATION** (« SCC ») ont recherché des opportunités d'investissement en **REPUBLIQUE DE POLOGNE**. La société **WHITE EAGLE INDUSTRIES** (« WEI ») a été constituée en tant qu'entité ad hoc afin d'investir en Pologne.

2-En 1994, SCC a investi successivement dans trois sociétés polonaises, à savoir KAMA (entreprise d'État ayant pour activité la production et le traitement de matières grasses végétales), WFM (société spécialisée dans l'activité de production de meubles) et BOLMAR (entreprise ayant pour activité la production et le traitement de matières grasses végétales).

3-SCC devait fournir des prestations de services consistant à apporter son savoir-faire et une assistance au développement de KAMA, WFM et BOLMAR (les « Services de Gestion »).

4-Les Services de Gestion faisaient l'objet d'une rémunération sous forme de Commissions de Gestion versées par KAMA, WFM et BOLMAR à une filiale polonaise nommée **WHITE EAGLE INDUSTRIES POLAND** (« WEIP »). WEIP reversait ensuite une partie des sommes perçues à WEI.

5-KAMA, WFM et BOLMAR ont traité les coûts liés aux Services de Gestion et à la TVA comme des charges déductibles fiscalement.

6-Le 29 avril 1996, le Ministère des Finances polonais a émis des directives fondées sur un rapport de l'OCDE qui fournissaient aux autorités fiscales des règles pour l'estimation du revenu lié à des opérations entre des entités liées (les « Directives »).

7-Le 24 décembre 1996, la Pologne a adopté une réglementation aux termes de laquelle les inspecteurs des impôts pouvaient être rémunérés sous forme de primes. Cette rémunération était définie en fonction de la valeur des dettes fiscales que les inspecteurs déterminaient.

8-En 1996, 1997 et 1999, l'Office du Contrôle Fiscal d'Opole a réalisé quatre contrôles fiscaux concernant les déclarations d'impôt de KAMA pour les exercices 1994 à 1997. Ces contrôles se sont concentrés sur la prestation des Services de Gestion. Au total sept procédures fiscales séparées ont été intentées, et ont duré près de six ans.

9-Au cours des procédures visant KAMA, les autorités fiscales polonaises ont :
- remis en question la fourniture des Services de Gestion à KAMA ;
- remis en question la déductibilité des Commissions de Gestion payées à WEIP ;
- imposé à KAMA des rappels d'impôts rétroactifs ainsi que des rappels de TVA.
In fine, KAMA sera condamnée à payer la somme de 55 371 330 PLN (environ 13 millions d'euros en 1999).

10-WFM a aussi fait l'objet de contrôles fiscaux en 1998 et 1999. Aux termes de trois procédures fiscales la visant, WFM a été autorisée à déduire les Commissions de Gestion de l'impôt sur les bénéficiaires et à ajuster la TVA acquittée en amont sur les Services de Gestion.

11-Le 5 juin 2003, KAMA est mise en faillite.

12-Le 31 mars 2011, les Demandeurs au recours (ci-après aussi désignés les « investisseurs ») ont déposé une requête d'arbitrage sous l'égide du Règlement CIRDI (Mécanisme Supplémentaire) contre la République de Pologne sur le fondement du Traité bilatéral d'investissement conclu le 21 mars 1990 entre la Pologne et les Etats-Unis et entré en vigueur le 6 août 1994 (ci-après désigné le TBI).

13-Le 17 novembre 2015, la sentence arbitrale a été rendue à Paris, à la majorité (la « Sentence »). Aux termes de la Sentence, le Tribunal arbitral ne s'est reconnu compétent que pour connaître des demandes fondées sur l'expropriation et sur le transfert de fonds, qu'il a rejetées comme infondées. Le Tribunal arbitral a jugé qu'il n'était pas compétent sur les autres fondements soulevés par les Demandeurs au recours.

14-Le 2 décembre 2016, les Demandeurs au recours ont formé un recours en annulation contre la Sentence devant la Cour d'appel de Paris.

15-Le 2 avril 2019, la Cour d'appel de Paris a rejeté le recours en annulation en jugeant notamment que deux arguments des Demandeurs au recours relatifs à la compétence du Tribunal arbitral étaient irrecevables, et en rejetant l'ensemble des moyens d'annulation comme infondés.

16-Le 18 avril 2019, les Demandeurs au recours ont formé un pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 2 avril 2019.

17-Le 2 décembre 2020, la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt du 2 avril 2019 en toutes ses dispositions au motif que « *lorsque la compétence a été débattue devant les arbitres, les parties ne sont pas privées du droit d'invoquer sur cette question, devant le juge de l'annulation, de nouveaux moyens et arguments et à faire état, à cet effet, de nouveaux éléments de preuve* ».

18-Le 18 janvier 2021, les Demandeurs au recours ont de nouveau saisi la Cour d'appel de céans sur renvoi et sollicitent l'annulation de la Sentence.

19-La clôture a été prononcée le 15 février 2022 et l'audience de plaidoiries a été reportée au 11 avril.

II/ PRÉTENTIONS DES PARTIES

20-Aux termes de leurs conclusions notifiées par voie électronique le 1^{er} décembre 2021, M. Vincent J. Ryan, la société Schooner Capital LLC et la société Atlantic Investment Partners LLC (ci-après désigné « les investisseurs » ou « les demandeurs au recours ») demandent à la Cour, au visa des articles 1518, 1520, 699 et 700 CPC, de bien vouloir :

- DÉBOUTER la République de Pologne de l'ensemble de ses demandes, fins et prétentions ;
- DÉCLARER recevables les demandes des sociétés SCHOONER CAPITAL LLC et ATLANTIC INVESTMENT PARTNERS LLC et de M. Vincent J. RYAN ;
- ANNULER la sentence arbitrale du 24 novembre 2015 ;
- CONDAMNER la République de Pologne au paiement de la somme de 70 000 euros par application de l'article 700 du Code de procédure civile ;
- CONDAMNER la République de Pologne aux entiers dépens, dont distraction au profit de la SCP GRAPPOTTE-BENETREAU.

21-Aux termes de ses dernières conclusions notifiées par voie électronique le 4 février 2022, la République de Pologne, demande à la Cour, au visa des articles 559, 700 et 1231-6 du CPC, de bien vouloir :

- REJETER l'ensemble des demandes des Demandeurs au recours ;
- CONDAMNER les Demandeurs au recours au paiement d'une amende civile de la somme de 10 000 euros en application de l'article 559 du Code de procédure civile ;
- CONDAMNER les Demandeurs au recours au paiement de la somme de 200 000 euros en application de l'article 700 du Code de procédure civile ;
- CONDAMNER les Demandeurs au recours aux entiers dépens ;
- CONDAMNER les Demandeurs au recours au paiement d'intérêts de retard sur les sommes précitées en application de l'article 1231-6 du Code de procédure civile.

III/ MOTIFS DE LA DECISION

Sur l'irrecevabilité des arguments relatifs à l'abus de pouvoir des autorités fiscales écartant l'application de la clause d'exclusion de l'article VI (2) TBI et à l'application de la clause de la nation la plus favorisée (ci-après « clause NPF ») ;

22-La République de Pologne fait valoir que les arguments relatifs à l'abus de pouvoir des autorités fiscales écartant l'application de l'article VI (2) TBI et à l'application de la clause NPF pour justifier de la compétence du tribunal arbitral sont irrecevables faute d'avoir été soulevés devant le tribunal arbitral.

23-Elle fait tout d'abord valoir que les arguments invoqués pour la première fois, impliquant d'une part, de déterminer si les autorités fiscales ont commis un abus de pouvoir ou non, et d'autre part, d'analyser l'intention des parties de permettre de soumettre les questions de fiscalités à l'arbitrage en raison de la clause NPF, sont des questions de fond et non pas des questions de compétence relatives à la portée de la clause d'arbitrage. Elle

soutient donc que le juge de l'annulation n'a pas la faculté de se prononcer pour la première fois sur de telles questions de fond.

24-Elle ajoute qu'en vertu du principe de compétence-compétence, le tribunal arbitral est le 1^{er} juge à pouvoir statuer en priorité sur tous les arguments soulevés par les investisseurs même lorsque ces arguments relèvent d'un même moyen, celui de la compétence. Elle ajoute que les questions en l'espèce appartiennent au litige primaire et non secondaire pour lequel la présente Cour n'a pas compétence et soutient que la solution retenue par la Cour de cassation du 2 décembre 2020 concernant la recevabilité est d'ailleurs critiquée par la doctrine.

25-Elle indique ensuite que l'annulation de la présente sentence poserait des difficultés d'ordre pratique (reconstitution d'un tribunal alors que l'un des arbitres est décédé, détermination du lieu de l'arbitrage...) d'autant qu'en l'espèce le tribunal arbitral ne s'est pas déclaré à tort incompétent au regard des objections d'incompétence soulevées devant lui puisque les investisseurs ont choisi de soulever deux objections additionnelles, à un stade ultérieur à la procédure, alors même qu'ils auraient pu les soulever devant le tribunal arbitral.

26-Elle fait enfin valoir qu'admettre de tels arguments aurait pour effet de permettre à une partie à l'arbitrage de taire un argument relatif à la compétence du tribunal arbitral tout au long de la procédure pour s'en prévaloir ensuite aux fins d'annulation de la sentence qui lui serait défavorable, ce qui est contraire au principe du recours en annulation d'une sentence qui n'a pas pour but de permettre d'en faire appel.

27-En réponse, les investisseurs font valoir que les quatre arguments soulevés par la République de Pologne sont inopérants car ils ne sont pas fondés sur une jurisprudence pertinente et sont en contradiction avec l'arrêt rendu par la Cour de cassation du 2 décembre 2020.

28-Ils considèrent que la Cour doit apprécier le consentement à l'arbitrage de la République de Pologne et que pour ce faire elle doit tenir compte de tous les éléments de fait et de droit, impliquant que les juges ne sont pas tenus seulement de se fonder sur les faits contenus dans la clause compromissoire mais également sur des faits relatifs au fond, comme c'est le cas lors de l'appréciation de l'extension d'une clause compromissoire à des sociétés non signataires.

29-Ils exposent ainsi que la Cour peut apprécier le consentement à l'arbitrage de la République de Pologne au regard de l'ensemble des éléments de fait et de droit du dossier et notamment en retenant que l'exclusion de l'Article VI(2) du TBI ne peut s'appliquer lorsque les autorités de l'Etat d'accueil ont fait un usage abusif de leur droit et pouvoir d'imposition ou encore que le Tribunal arbitral était compétent pour apprécier les demandes par application de la clause NPF insérée dans le TBI.

30-En réponse à l'argument relatif au principe de « compétence-compétence », ils soulèvent que cet argument est en contradiction avec ce que dit la Cour de cassation dans son arrêt du 2 décembre 2020 puisque ce principe ne fait pas obstacle à ce que les juges aient à apprécier la compétence du tribunal arbitral sur des arguments qui n'ont pas été soulevés devant le tribunal arbitral.

31-Ils font ensuite valoir, s'agissant des conséquences procédurales que l'annulation impliquerait, que ces questions ne peuvent justifier que la Cour ne contrôle pas la compétence du tribunal arbitral ayant donné lieu à la sentence alors que la loi leur en donne l'obligation d'autant que ces questions ne sont ni inédites ni spécifiques au cas d'espèce et qu'au contraire elles sont inhérentes à toute annulation d'une sentence.

32-Enfin, ils soulèvent que leur comportement n'est ni abusif ni dilatoire puisqu'ils ont toujours soutenu devant le tribunal arbitral la compétence de ce dernier et qu'il n'a jamais été dans leur intérêt de taire ces arguments lors de la procédure arbitrale. Ils ajoutent que

les arrêts cités par la République de Pologne ne sont pas pertinents et que l'existence d'un comportement dilatoire ou abusif est conditionnée au fait que la partie n'ait pas changé de position procédurale, ce qui n'est pas le cas en l'espèce en ayant toujours argumenté pour que le tribunal arbitral se déclare compétent.

SUR CE,

32-Aux termes de l'article 1466 du même code, la partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir.

33-Il en résulte que lorsque la compétence a été débattue devant les arbitres, les parties ne sont pas privées du droit d'invoquer sur cette question, devant le juge de l'annulation, de nouveaux moyens et arguments et à faire état, à cet effet, de nouveaux éléments de preuve.

34-En l'espèce, il n'est pas contesté que la question de la compétence du tribunal arbitral a été débattue devant lui, les investisseurs soutenant cette compétence en estimant notamment que le litige ne concernait pas des « questions de fiscalité » et la République de Pologne contestant celle-ci, tant à l'égard de la société Atlantic, alléguant que celle-ci n'avait effectué aucun investissement et ne pouvait se prévaloir de la qualité d'investisseur, mais aussi plus généralement au regard de l'exclusion de la matière fiscale prévue à l'article VI du TBI.

35-Devant la Cour, les investisseurs invoquent deux nouveaux moyens au soutien de la compétence du tribunal arbitral, en soutenant que l'exclusion de l'article VI (2) du TBI ne pouvait s'appliquer alors que selon eux les autorités de l'Etat d'accueil ont fait un usage abusif de leur droit et pouvoir d'imposition et que la clause NPF qui figure dans le TBI, aurait dû leur permettre de bénéficier de la protection qui, en matière fiscale, inclut le droit à un traitement juste et équitable, accordée par la République de Pologne à des investisseurs d'autres pays.

36-Ce faisant, les investisseurs qui ont toujours soutenu la compétence du tribunal arbitral et que celui-ci s'était déclaré à tort incompétent, ne peuvent être réputés avoir renoncé à soulever de nouveaux moyens au soutien de cette compétence, même devant le juge de l'annulation.

37-La fin de non-recevoir sera en conséquence rejetée.

Sur le moyen d'annulation tiré de ce que le tribunal arbitral s'est déclaré à tort incompétent (art. 1520 CPC)

Sur l'argument tiré de ce que les demandes ne portaient pas sur des questions de fiscalité matérielles, qui sont seules visées par la clause d'exclusion du TBI

38-A titre principal, les investisseurs exposent que leurs demandes ne portaient pas sur des questions de fiscalité au sens du TBI mais sur la violation par les autorités polonaises de garanties procédurales fondamentales accordées par le TBI et sur leur conduite manifestement arbitraire et discriminatoire. Ils soutiennent à cet effet qu'ils ont été soumis à des directives qui n'étaient pas encore entrées en vigueur, que la société WFN a subi des procédures fiscales différentes de celles de la société Kama alors qu'elles étaient dans des situations similaires et que la nouvelle réglementation polonaise sur le pourcentage de bonus des inspecteurs fiscaux a poussé ces derniers à s'acharner sur la société Kama pour obtenir des primes exorbitantes à son détriment.

39-Ils ajoutent que l'interprétation qu'a faite le tribunal arbitral de l'exclusion de l'article VI (2) du TBI est contraire à l'objet et au but du TBI tel qu'il ressort de l'interprétation qui en est faite suivant la Convention de Vienne sur le droit des traités.

40-En effet, ils considèrent qu'un « différend fiscal » se distingue d'un « différend en matière d'investissement relatif à de la fiscalité » et que comme il s'agit en l'espèce d'un « différend en matière d'investissement relatif à de la fiscalité », la clause d'exclusion ne s'applique pas puisqu'une telle clause a pour objet de protéger la souveraineté de la Pologne en matière fiscale et non pas de lui permettre d'échapper à sa responsabilité internationale alors qu'elle a violé les standards stipulés dans le TBI par ses autorités fiscales.

41-Ils précisent ainsi que les règles d'interprétation des traités permettent de conclure que l'exclusion de l'Article VI (2) porte uniquement sur les dispositions fiscales matérielles, c'est-à-dire les lois fiscales par lesquelles les Etats d'accueil définissent, par exemple, le type d'opérations qui sont imposables et établissent les niveaux d'imposition et que cette exclusion ne concerne pas la conduite manifestement arbitraire des autorités nationales dans la prétendue application de ces dispositions.

42-Ils relèvent que la formulation anglaise du TBI, qui prévaut, fait référence aux « *matters of taxation* » qui a été traduit par « questions fiscales » alors que le terme « question » est plus large que « matters » en anglais qui fait davantage référence à la matière fiscale. Ainsi, ils font valoir que si les deux États, États-Unis et Pologne, conformément à la jurisprudence arbitrale *Cairn Energy PLC and Cairn UK Holding Limited c. la République d'Inde*, avaient souhaité inclure l'exclusion des « différends en investissement relatifs à la fiscalité » ils l'auraient expressément exclu et qu'à défaut d'exclusion expresse, il y a lieu de l'interpréter en ce que les parties ont entendu ne pas les exclure. Ils s'appuient également sur l'article 21 du TCE qui définit une « mesure fiscale » comme une législation ou une convention fiscale, et précisent qu'en l'espèce, il n'est pas question d'une mesure fiscale puisqu'il s'agit d'une demande pour violation des principes établis dans le TBI.

43-Ils font également valoir que, conformément à la Convention de Vienne, le contexte de l'article doit être analysé et que doivent être pris en compte le texte même du TBI ainsi que le préambule qui font ressortir que le principe d'un traitement juste et équitable, tel qu'il ressort du préambule, de l'article 2, 3 et 4(1), occupe une place importante dans le TBI, ce que confirme M. Vicuna (un des arbitres) dans son opinion dissidente, ayant pour effet d'éviter une conduite arbitraire et inéquitable de la part de la Pologne. Ainsi, ils considèrent que cette place importante du traitement juste et équitable doit être prise en considération pour apprécier les termes de « questions de fiscalité ». Ils ajoutent que M. Vicuna a confirmé que l'exclusion de l'article V (2) ne privait pas le tribunal arbitral de sa compétence relative à des demandes portant sur une violation du traitement juste et équitable, telles que les leurs. Ils soulignent également que ce standard occupe une place importante dans la négociation et la conclusion de ses traités par les États-Unis et est ainsi révélateur de l'intention que ces derniers ont souhaité y accorder dans le TBI signé avec la Pologne.

44-Ils soutiennent ensuite que la notion de « question de fiscalité », ne faisant pas l'objet d'une définition, il convient également, conformément à la Convention de Vienne, d'analyser l'historique de la négociation notamment du côté des États-Unis permettant d'éclairer sur l'objet et le but de l'exclusion et de confirmer leur interprétation. Ils font valoir que l'insertion de cette exclusion est à l'initiative des États-Unis puisque le modèle américain de TBI étant au cœur du traité avec la Pologne, leur position est importante pour comprendre l'objet de la clause d'exclusion pour laquelle il ressort de notes du département d'État américain qu'ils ne souhaitaient pas que les questions fiscales fassent parties de ce TBI puisqu'elles sont traitées dans les Conventions fiscales de double imposition (CFDI).

45-Ils considèrent, au contraire de la Pologne, que les notes du département américain sur le TBI permettant de comprendre l'intention des États-Unis et leur interprétation du TBI peuvent être prises en considération. Ils soulignent que, comme le soutient le Professeur Vandeveld, l'objet de l'exclusion est d'éviter des conflits entre la CFDI et le TBI et que les questions fiscales matérielles ayant été incluses dans le CFDI, les parties ont souhaité insérer la clause d'exclusion afin d'éviter un chevauchement entre les deux conventions faisant ainsi ressortir que la contestation du caractère injuste de la conduite des autorités

fiscales polonaises relève du TBI. Ils ajoutent enfin que les travaux préparatoires ne font aucunement ressortir une intention commune des parties d'imposer deux conditions cumulatives comme le soutient la Pologne.

46-En réponse, la République de Pologne fait valoir que les arguments soulevés par les investisseurs sont infondés. Elle considère que si la sentence *Cairn Energy PLC et Cairn UK Holding Limited c. la République d'Inde* fait la distinction entre « différent fiscal » et « différend en matière d'investissement relatif à la fiscalité », l'espèce était différente de la présente cause puisqu'en l'occurrence les investisseurs et elles ont expressément exclu du Traité les différends en matière d'investissement relatif à la fiscalité sauf pour les trois exceptions qui sont expressément mentionnées. Elle ajoute que dès lors qu'un tribunal arbitral se réfère à une exclusion expresse s'agissant d'un différend en matière d'investissement relatif à la fiscalité, il vise *a fortiori* une clause d'exclusion des questions de fiscalité en général.

47-Elle expose, s'agissant du traitement juste et équitable qu'il suppose pour être invoqué que le traité puisse s'appliquer, ce qui n'est pas le cas du TBI en l'espèce qui ne s'applique pas pour les questions de fiscalité sauf à entrer dans l'une des trois exceptions expressément et limitativement prévues par les États parties.

48-Elle ajoute qu'un ressortissant étranger ne saurait invoquer une protection substantielle sans que celle-ci ne lui ait été accordée par l'État de Pologne.

49-Elle considère que si le TBI incite à ce que les politiques fiscales soient justes et équitables, cet encouragement ne signifie pas que la clause d'exclusion ne s'appliquerait pas et rendrait le Tribunal compétent pour connaître des réclamations des demandeurs portant sur la violation du traitement juste et équitable en matière fiscale. Elle estime qu'au contraire, en encourageant les États parties au Traité à adopter une politique fiscale qui soit juste et équitable, alors même que le Traité consacre par ailleurs une obligation ferme d'accorder un traitement juste et équitable aux investisseurs étrangers en tout temps, ces États ont clairement affiché leur intention d'isoler et d'exclure de la protection du Traité toutes questions portant sur un traitement juste et équitable relatives à la matière fiscale.

50-Elle conteste l'interprétation du Traité donnée en ce que l'exclusion des questions fiscales porte sur les différends relatifs à des questions de fiscalité et non pas seulement sur les questions fiscales matérielles, peu important qu'il existe une CFDI ou non. Elle soutient qu'une clause d'exclusion qui écarte les « questions de fiscalité » du champ d'application d'un traité exclut toute violation du traité ayant trait à des considérations fiscales, qu'il s'agisse d'une violation résultant directement de « dispositions fiscales matérielles » ou d'une violation commise « dans le contexte de l'application de ces dispositions fiscales matérielles ».

51-Elle ajoute que l'article 32 de la Convention de Vienne ne saurait mener à l'analyse du contexte historique du TBI puisque cet article n'a vocation à s'appliquer que lorsque la clause est ambiguë, ce qui n'est pas le cas en l'espèce puisqu'il s'agit d'une clause d'exclusion expresse. Elle soutient, qu'en vertu de l'article 31(1) de la Convention de Vienne, l'interprétation des investisseurs est de mauvaise foi puisque le sens ordinaire des termes de la clause est bien qu'ils ont entendu exclure toutes les questions de fiscalité sauf dans les trois cas précisément énumérés.

52-Elle considère qu'il n'y a pas de risque de déni de justice puisque les investisseurs disposent d'autres moyens procéduraux qu'ils ont déjà utilisés.

53-Elle soutient qu'aucun élément fourni par les investisseurs, notamment les cinq TBI américains sur lesquels ils se fondent, n'établit la volonté déterminante des États-Unis quant à la clause qui, au contraire, contient des divergences majeures à celles insérées dans lesdits TBI. Elle considère que la comparaison faite avec le TCE n'a pas de pertinence puisque celui-ci a été établi postérieurement au présent TBI et que les États-Unis n'y sont même pas parties. Elle précise ensuite que les investisseurs ont dénaturé la jurisprudence qu'ils font

valoir quant à la distinction entre les « différends en matière fiscale » et les « différends portant sur la violation d'exigences procédurales atteignant un niveau d'arbitraire manifeste » et que la clause ne couvre pas seulement les questions fiscales matérielles mais toutes les atteintes ayant trait à la fiscalité sauf dans les trois cas précisément énumérés. Elle estime qu'en tout état de cause, les questions soulevées par les investisseurs sont des questions fiscales matérielles justifiant l'incompétence du tribunal arbitral.

SUR CE,

54-Selon l'article 1520, 1^o, du code de procédure civile, le recours en annulation est ouvert si le tribunal s'est déclaré à tort compétent ou incompétent.

55-Dans le cadre d'un recours en annulation fondé sur l'article 1520, 1^o du code de procédure civile, il appartient au juge de l'annulation de contrôler la décision du tribunal arbitral sur sa compétence, qu'il se soit déclaré compétent ou incompétent, en recherchant tous les éléments de droit ou de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage.

56-Lorsque la clause d'arbitrage résulte d'un Traité bilatéral d'investissement, il convient d'apprécier la volonté commune des Parties contractantes d'investir le tribunal arbitral de son pouvoir juridictionnel au regard de l'ensemble des dispositions du traité.

57- En l'espèce, l'article VI intitulé (« Fiscalité » - « Taxation » en anglais) du TBI stipule:

2. Néanmoins, les dispositions du présent Traité, et en particulier les articles IX et X, s'appliquent aux questions de fiscalité uniquement en ce qui concerne ce qui suit :

(a) une expropriation, en vertu de l'Article VII;

(b) les transferts, en vertu de l'Article V; ou

(c) le respect et l'exécution d'un contrat d'investissement ou d'une autorisation comme visé à l'Article IX (1) (a) ou (b), pour autant qu'ils ne soient pas soumis aux dispositions relatives au règlement des différends d'une convention visant à éviter la double imposition entre les deux Parties, ou qu'ils aient été soulevés au titre de ces dispositions de résolution des litiges et n'aient pas été réglés dans un délai raisonnable. ».

58-Il ressort de la demande portée par les investisseurs devant les arbitres que ceux-ci ont soutenu en substance qu'en l'absence des procédures fiscales et des décisions fiscales prises à son encontre, la société Kama n'aurait pas fait faillite et que ce faisant, la Pologne avait violé le TBI en n'accordant pas un traitement juste et équitable.

59-Plus précisément, les investisseurs ont contesté la décision des autorités fiscales Polonaises d'avoir refusé de déduire du revenu de la société Kama, et donc de l'assiette de l'impôt, les frais allégués au titre des Services de Gestion, contribuant ainsi à augmenter le montant de l'impôt dû par celle-ci.

60-Ainsi qu'il ressort de la sentence litigieuse (§ 242), les investisseurs ont souhaité soumettre au tribunal arbitral « les conséquences juridiques du traitement des Services de Gestion par [la Pologne] entraînant l'effondrement de Kama ».

61-Comme l'a souligné le tribunal arbitral, « le traitement des frais associés aux Services de Gestion est au cœur de chacune de leurs demandes » (§ 243).

62-Au terme de sa sentence rendue à Paris le 17 novembre 2015, le tribunal arbitral a décidé, à la majorité, que le litige concernait des questions de fiscalité au sens de l'article VI (2) du TBI et non une obligation relative au respect et à l'exécution d'un contrat d'investissement au sens de l'article VI (2) c), qu'il n'était donc compétent que pour

connaître des demandes fondées sur l'expropriation (article VII) et sur les transferts de fonds (article V) en vertu des exceptions prévues par le a) et le b) de l'article VI (2).

63-Il convient de relever que si le TBI ne contient pas de définition de la notion de « questions de fiscalité », son article VI (2) stipule que ces questions sont exclues du champ du TBI sauf lorsqu'elles sont liées à une expropriation (Article VI (2) (a)), aux transferts des revenus d'un investissement relevant de l'article V (Article VI (2) (b)), ou au respect et à l'exécution d'un contrat d'investissement ou d'une autorisation relevant de l'article IX(1)(a) ou (b) du Traité (Article VI (2) (c)).

64-Ce texte d'exclusion de la matière fiscale n'opère pas de distinction entre les dispositions fiscales matérielles et les procédures menées en matière fiscale ou les différends en matière d'investissement relatifs à la fiscalité, comme entendent l'introduire les investisseurs.

65-S'ils s'appuient pour ce faire sur une sentence rendue le 21 décembre 2020 dans une affaire Cairn Energy PLC et Cairn UK Holding Limited c/ La République d'Inde, au terme de laquelle le tribunal arbitral a proposé une distinction entre un « différend fiscal » et un « différend en matière d'investissement relatif à la fiscalité » (§ 793 de cette sentence) pour envisager sa compétence sur ces derniers différends, il convient de relever que cette sentence avait pour cadre le TBI entre le Royaume-Uni et l'Inde et que celui-ci ne comporte aucune clause d'exclusion expresse relative aux questions de fiscalité, contrairement au TBI de l'espèce de sorte que la solution qui a prévalu n'est pas transposable.

66-Dès lors, il n'y a pas lieu de procéder à une telle distinction afin d'étendre le champ *ratione materiae* du TBI et ce faisant la compétence du tribunal arbitral, une telle interprétation allant de surcroît à l'encontre du sens ordinaire attribué aux termes du TBI même analysé dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but, conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des Traités.

67-A cet égard, il ne peut être déduit de la place prééminente qu'occupe le traitement juste et équitable dans le TBI, une volonté commune des parties d'étendre ce champ à toutes questions, même fiscales, alors que l'article VI (2) a précisément exclu, sauf exceptions expresses, les questions fiscales de son champ et que ce faisant une telle interprétation ne serait pas conforme à l'objet et au but du traité.

68-En outre, il n'y a pas lieu de s'en remettre à d'autres moyens complémentaires tels qu'en l'espèce les notes du département d'Etat américain sur le TBI tendant à exclure les questions fiscales de ces TBI lorsque ces questions sont traitées dans des traités fiscaux bilatéraux spécifiques (les CFDI) alors que selon l'article 32 de la Convention de Vienne précitée, il y a lieu à faire appel à de tels moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, soit en vue de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit lorsque l'interprétation donnée conformément à cet article « *laisse le sens ambigu ou obscur* » ou « *conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable* ».

69-En l'espèce, d'une part, en invoquant ces moyens complémentaires d'interprétation, les investisseurs n'entendent pas conforter l'interprétation du TBI telle qu'elle résulte de l'article 31 de la Convention de Vienne puisque l'interprétation du TBI en l'espèce ne conduit pas à faire une distinction entre la matière fiscale et les procédures menées en matière fiscale.

70-D'autre part, le sens de l'article VI (2) n'est nullement ambigu et tel qu'interprété par le tribunal arbitral ne conduit nullement à un résultat « manifestement » absurde ou déraisonnable.

71-Il convient au regard de l'ensemble de ces éléments de rejeter ce grief, le tribunal arbitral n'étant pas compétent pour statuer sur les demandes précitées des investisseurs au regard de l'exclusion visées à l'article VI (2) du TBI.

Sur l'argument tiré de ce que, si les questions relèvent de la fiscalité au sens de l'exclusion, elles relèvent de la politique fiscale en vertu de l'article VI (1)

72--Les investisseurs, à titre subsidiaire font valoir que le tribunal arbitral aurait dû se reconnaître compétent sur le fondement de l'article VI (1) du TBI car si les demandes sont relatives à de la fiscalité, elles relèvent de questions de politique fiscale. Ils considèrent que le fait d'appliquer rétroactivement une nouvelle directive et d'instaurer un système de bonus pour les contrôleurs de manière à les inciter à rechercher davantage de fraudes fiscales sont des mesures de politique fiscale puisqu'elles appartiennent à la structure polonaise mise en place pour recouvrer l'impôt.

73--Ils soutiennent que le tribunal arbitral, en retenant que le standard de traitement juste et équitable des investissements énoncé à l'article VI (1) ne créait pas d'obligation contraignante envers la Pologne, a fait une interprétation erronée de cette disposition basée sur l'arrêt *Pan America c. Argentine* dans lequel le tribunal arbitral ne s'est pas prononcé sur une applicabilité d'une disposition similaire à l'article VI (1) TBI puisqu'il s'est déclaré compétent sur une des exceptions à la fiscalité.

74--Ils ajoutent que dans d'autres arrêts, les tribunaux arbitraux ont admis que des dispositions similaires à l'article VI (1) créaient une obligation contraignante aux États d'accueil.

75--Ils exposent également qu'il ressort de l'arrêt cité tant par le tribunal arbitral que par la République de Pologne, *Nation Energy*, qu'une opinion dissidente a également été émise laquelle énonce qu'il faut considérer qu'une disposition telle que l'article VI (1) impose une obligation de traitement juste et équitable aux États.

76--En réponse, la République de Pologne fait valoir que les demandes en cause ne sont pas liées à des questions de politique fiscale qui supposent de porter sur des objectifs déclarés qu'un État s'efforce d'atteindre et de préserver dans l'intérêt du pays et qui doit traiter l'investisseur étranger de manière injuste et inéquitable, ce qui n'est pas le cas en l'espèce puisque les demandes en cause ont trait à une « atteinte de nature procédurale » qui résulterait des procédures fiscales intentées par les autorités fiscales polonaises à l'encontre de Kama.

77--Elle ajoute, à supposer qu'elle ait appliqué la directive de manière rétroactive, que les investisseurs ne démontrent pas en quoi cette application traduirait une de ses politiques fiscales destinée à léser les investisseurs étrangers, de même pour la mise en place du système de bonus.

78--Elle soutient également que ce n'est pas parce que des transferts de fonds litigieux auraient été effectués en conformité avec la loi fiscale polonaise en vigueur que le litige relèverait de la politique fiscale polonaise, que cette loi ait été modifiée suite aux recommandations de l'OCDE ou non.

79--Elle considère que l'attitude des investisseurs, en invoquant que les questions en cause ne sont pas de fiscalité et ensuite qu'elles seraient tellement liées à la fiscalité qu'elles relèveraient de la politique fiscale est contradictoire. Elle fait valoir que l'article VI (1) du TBI ne crée pas de droit invocable pour les investisseurs puisqu'elle n'a pas d'obligation contraignante, les termes employés étant précis : « devra » et non pas « doit ». Elle soutient qu'il ne s'agit donc que d'une recommandation de prendre en compte dans l'élaboration de sa politique fiscale des considérations de justice et d'équité dans le traitement des investisseurs étrangers.

SUR CE,

80--En l'espèce, l'article VI (1) du TBI, intitulé « Taxation » (« Fiscalité ») stipule que « 1. Concernant ses politiques fiscales, chaque Partie devra s'efforcer d'accorder justice et

équité dans le traitement de l'investissement, et de l'activité commerciale conduite par les ressortissants et sociétés de l'autre Partie. 2. Néanmoins (...) ».

81-Il convient de relever d'une part que cet article qui est rédigé différemment des autres articles qui impose une obligation des Etats envers les investisseurs de l'autre Partie et notamment de l'article II (6) selon lequel « Investment shall at all time be accorded fair and equitable treatment (...) » (« un investissement doit en toute circonstance se voir accorder un traitement juste et équitable »), ou de l'article III (3) selon lequel « Nationals and companies of each Party in the conduct of commercial activities shall at all times be accorded fair and equitable treatment (...) » (« Les ressortissants et sociétés de chacune des Parties doivent en toute circonstance se voir accorder un traitement juste et équitable dans la conduite de leurs activités commerciales »). Il y a donc manifestement une volonté de ne pas confondre la portée des engagements selon qu'ils couvrent la matière fiscale ou pas.

82-D'autre part, si cet article encourage chaque Etat Partie à ne pas adopter de directives générales de politique fiscale injustes et inéquitable envers les investisseurs étrangers, il ne tend pas à rendre l'investisseur d'un Etat Partie créancier d'une obligation opposable à l'autre Etat devant un tribunal arbitral dans le cadre de ce TBI, hors le champ d'application *ratione materiae* de ce même traité délimité précisément par l'article VI (2) précité, lequel écarte sauf exception les questions de fiscalité.

83-Une autre interprétation conduirait à priver d'effet l'exclusion expressément mentionnée.

84-En conséquence, l'article VI (1) n'est pas d'avantage de nature à rendre le tribunal arbitral compétent.

85-Ce grief sera en conséquence rejeté.

Sur l'argument tiré de ce que l'abus de pouvoir écarte l'application de la clause d'exclusion

86-Les investisseurs, à titre très subsidiaire font valoir que si les questions devaient être qualifiées de « question de fiscalité », le tribunal arbitral aurait dû se reconnaître compétent en raison de l'abus de pouvoir des autorités fiscales polonaises écartant ainsi l'application de l'exclusion de l'article VI (2) TBI.

87-Ils soutiennent que l'abus de droit qui est lié à la bonne foi s'applique en droit international de l'investissement comme l'affirment la doctrine et la jurisprudence (*Renta 4 c. Russie, Yukos, Jürgen Wirtgen et autre c. République Tchèque*). Ils ajoutent que la jurisprudence citée par la République de Pologne n'est pas pertinente puisqu'il s'agit de l'application de questions fiscales matérielles et non pas d'un abus de pouvoir des autorités fiscales de l'Etat d'accueil et qu'elles n'analysent pas les mesures prises abusivement au regard de l'application d'une clause d'exclusion et qu'au contraire, elles confirment l'existence d'une distinction entre mesures fiscales matérielles et abus des pouvoirs fiscaux.

88-Ils font valoir que si le tribunal arbitral a pris en compte l'abus de pouvoir des autorités fiscales polonaises ainsi que leur bonne foi concernant les questions de fond, il ne l'a pas fait, comme il l'aurait dû, s'agissant de l'analyse de sa compétence. Ils ajoutent que le tribunal arbitral n'a également pas pris en compte les preuves qu'ils ont apportées concernant la différence de traitement entre les sociétés Kama et WFM et le système de bonus mis en place.

89-En réponse, la République de Pologne fait valoir s'agissant de l'abus de pouvoir, que le tribunal arbitral n'avait pas à se prononcer sur une telle question d'une part, au stade de sa compétence, puisqu'il s'agit d'analyser des prérogatives régaliennes en matière de fiscalité, et d'autre part, parce qu'il y avait une clause d'exclusion de la matière fiscale. Elle considère ainsi qu'un tribunal saisi ne saurait méconnaître cette volonté expresse des Etats

parties au Traité et s'arroger une compétence non prévue par le Traité et que le comportement des organes d'un État ultérieur à l'entrée en vigueur du Traité ne peut être invoqué comme fondement pour étendre la compétence du tribunal arbitral.

90-A titre subsidiaire, à supposer que le tribunal pouvait le prendre en compte, elle expose que les investisseurs ne rapportent pas la preuve qu'elle aurait de manière abusive, entrepris ces mesures fiscales dans le but dissimulé de se soustraire aux obligations internationales et à la compétence des tribunaux arbitraux. Elle ajoute que, contrairement à l'espèce, dans les deux affaires citées par les investisseurs, les recourants ont apporté la preuve « claire et convaincante » que le but poursuivi par les États n'était pas celui allégué. Elle soutient que les allégations des investisseurs, à les supposer établies, ne démontrent pas que le but qu'elle a poursuivi était autre que fiscal, bien au contraire.

SUR CE,

91-Les investisseurs soutiennent en substance que le tribunal arbitral aurait dû écarter la clause d'exclusion de l'article VI (2) du TBI et donc se déclarer compétent, dès lors que les autorités polonaises ont commis un abus de pouvoir en les soumettant à un traitement différencié selon la société concernée (WFM et Kama) et en ayant mis en place un système de prime au résultat en faveur des inspecteurs fiscaux.

92-Cependant, à supposer même que les mesures prises à l'encontre des investisseurs puissent caractériser un abus de pouvoir des autorités fiscales Polonaises, ce qui n'est nullement établi en l'espèce et que le tribunal arbitral a d'ailleurs rejeté au fond implicitement lorsqu'il a statué et rejeté l'expropriation alléguée par les investisseurs de leur investissement dans la société Kama (§ 495), une telle circonstance relève d'une appréciation du fond du litige et cette circonstance n'est pas de nature à étendre la compétence du tribunal arbitral pour connaître de questions fiscales exclues du champ du TBI, hors celles expressément admises.

93-Il convient en conséquence de rejeter ce grief.

Sur l'argument tiré de ce que la clause NPF étend la compétence du tribunal sur les questions fiscales

94-Les investisseurs, à titre très subsidiaire, font valoir que par le biais de la clause de la nation la plus favorisée (NPF) de l'article I et II du TBI, le tribunal arbitral aurait dû se rendre compétent puisqu'elle a pour effet, d'importer dans le TBI des standards de traitement plus favorables appliqués aux investisseurs et investissement de pays tiers avec la Pologne en matière fiscale concernant des TBI signés ultérieurement au présent TBI.

95-Ils soulignent que l'article II (1) du TBI énonce le principe de non-discrimination lequel est défini à l'article I (f) renvoyant au traitement de la nation la plus favorisée lui-même défini à l'article I (H). Ils ajoutent que l'article II (1) énonce que les exclusions à ce principe se trouvent listées en annexes, lesquelles ne contiennent aucune mention de la matière fiscale et que la seule exception se trouve à l'article XII (2) concernant les regroupements économiques régionaux.

96-Ils font valoir que la clause NPF doit être interprétée conformément à l'article 31(1) de la Convention de Vienne et qu'il convient de constater que la clause NPF contenue dans le TBI est large en ce qu'elle concerne à la fois les investisseurs et les investissements et qu'elle n'est pas limitée à un standard de traitement en particulier. Ils ajoutent, au regard d'un rapport américain, que l'insertion de cette clause est une des priorités des États-Unis ce qui reflète l'intention non équivoque des parties de l'insérer.

97-Ils soutiennent que l'interprétation se faisant de bonne foi au regard du sens ordinaire à attribuer aux termes contenus dans le TBI, si la clause NPF ne comporte pas d'exclusion

expresse de la matière fiscale, comme c'est le cas en l'espèce, alors la clause NPF a vocation à s'appliquer à la matière fiscale et ce sans outrepasser le consentement des parties. Ils soulignent que cela aurait été différent si le présent TBI avait complètement exclu l'arbitrabilité de la matière fiscale, ce qui n'est pas le cas.

98-Ils considèrent que la clause NPF trouve bien à s'appliquer puisqu'il est question d'importer un standard de traitement plus favorable et non pas d'importer une clause de résolution des différends plus favorable comme c'était le cas dans la jurisprudence citée par la République de Pologne. Ils ajoutent que dans *Mesa Power c. Canada*, l'accord ALENA prévoyait expressément l'exclusion de la clause NPF, ce qui n'est pas le cas du présent TBI rendant ainsi cette jurisprudence sans pertinence.

99-Ils exposent que la Pologne a signé, postérieurement au TBI entre les États-Unis et la Pologne, de nombreux TBI avec des pays tiers aux termes desquels les investisseurs et les investissements des pays tiers sont protégés en Pologne contre le risque de se voir appliquer un traitement injuste et inéquitable en matière fiscale (citant ainsi quelques exemples).

100-Ils soutiennent ensuite qu'ils n'ont pas à démontrer que d'autres investisseurs se trouvant dans des circonstances similaires auraient *de facto* reçu un meilleur traitement puisqu'une telle condition est contraire à l'histoire, à l'objet et au but de la clause NPF et que la mention, dans la clause NPF de « circonstances similaires » ne doit pas créer une condition supplémentaire. Ils exposent que la pratique arbitrale n'exige pas qu'une telle condition soit démontrée puisque la clause NPF s'applique dès lors que l'investisseur ou l'investissement d'un état tiers bénéficie de protections conventionnelles plus favorables que celles accordées à un investisseur ou à un investissement en vertu du TBI et ce même si elle fait référence à des circonstances similaires ou qu'un traitement plus favorable ait été ou non accordé en pratique, comme c'est le cas en l'espèce (*Rumeli c. Kazakhstan ; ATA Construction c. Jordanie*). Il ajoute qu'imposer une telle condition reviendrait à exiger une preuve impossible à rapporter.

101-En réponse, la République de Pologne expose qu'il n'est possible d'étendre la compétence du tribunal arbitral à de nouveaux droits substantiels importés par le biais d'une clause de la nation la plus favorisée que dans l'hypothèse où cette extension ne serait pas contraire à une restriction expressément posée par les États parties au traité en cause.

102-Elle fait ainsi valoir que les investisseurs ne peuvent pas appliquer la clause NPF puisque la clause d'exclusion de la matière fiscale du TBI s'applique à « toutes les dispositions du Traité » en ce compris la disposition relative à la clause NPF, sauf pour les trois exceptions expressément énumérées, et ce même si la clause NPF dispose qu'elle s'applique « en toute matière ». Elle considère que les investisseurs utilisent la clause pour outrepasser les limitations de la compétence prévues dans le traité, ce qui est contraire au TBI et à la clause NPF.

103-Elle ajoute qu'en tout état de cause, les investisseurs doivent démontrer, aux termes des articles 1(h) et 2(1) du TBI qu'ils se trouvaient « dans des circonstances similaires » à celles des investisseurs ou investissements avec lesquels la comparaison est faite, comme le soutient le rapport de la Commission de droit international, et que la référence à des TBI signés par la Pologne avec d'autres États ne suffit pas. Elle considère que les investisseurs doivent établir une discrimination *de facto* avec des investisseurs en Pologne se trouvant dans une situation similaire et bénéficiant d'un standard de protection qui n'est pas expressément exclu du traité de base.

SUR CE,

104-Il résulte du TBI applicable en l'espèce et notamment de son article II.1 du TBI que « Chaque Partie autorise, conformément à ses lois et règlements, et traite l'investissement et les activités qui lui sont associées de façon non-discriminatoire, sous réserve du droit

de chaque Partie de créer ou de maintenir des exceptions dans les domaines ou quant aux questions énumérées dans l'Annexe de ce Traité ».

105-En application de l'article I (f) du TBI, un traitement « non-discriminatoire » est un traitement « *qui est au moins aussi favorable que le traitement national ou le traitement de la nation la plus favorisée, le traitement le plus avantageux des deux étant appliqué* ».

106-Au terme de l'article I (h) du TBI le « traitement de la nation la plus favorisée » est défini comme le « *traitement qui est au moins aussi favorable que celui accordé par l'une des Parties aux sociétés ou nationaux des parties tiers dans des circonstances similaires* ».

107-S'appuyant sur ces dispositions, les investisseurs soutiennent que plusieurs Traités conclus par la République de Pologne avec des Etats tiers protègent les investisseurs étrangers qui investissent en Pologne contre le risque de se voir appliquer un traitement injuste et inéquitable, même en matière fiscale et notamment ceux signés avec le Chili (TBI signé le 5 juillet 1995 et entré en vigueur le 17 janvier 2000, article 4(1)), avec l'Inde (TBI signé le 7 octobre 1996 et entré en vigueur le 31 décembre 1997, article 3(2)) ou encore la Croatie (TBI signé le 21 février 1995 et entré en vigueur le 4 octobre 1995, article 3(2)) de sorte qu'ils sont fondés à s'en prévaloir pour étendre la compétence du tribunal arbitral à cette matière.

108-Cependant, si par une telle clause, les Etats parties au TBI ont admis la possibilité d'importer des dispositions plus favorables, cette extension doit s'inscrire dans le périmètre du TBI de base et ne saurait excéder le champ des matières qui sont incluses dans ce TBI, sauf à être en confrontation directe avec la volonté commune des Etats-Parties.

109-Ainsi, sauf disposition expresse résultant de la clause NPF, celle-ci n'a vocation à produire ses effets que dans la limite et le champ du traité de base.

110-A cet égard, le seul fait que les Annexes du TBI qui, aux termes de l'Article II.1 précité, sont susceptibles de prévoir des exceptions excluant l'application de la clause NPF, n'en contiennent aucune s'agissant des « questions fiscales », n'est pas de nature à autoriser une telle extension de compétence alors que le TBI de base comporte déjà une clause expresse d'exclusion pour ces questions.

111-En conséquence, une telle clause NPF ne peut servir de fondement à l'extension de la compétence du tribunal arbitral de sorte que ce moyen sera également rejeté.

112-Il résulte de l'ensemble de ces éléments que le tribunal arbitral s'est à juste titre déclaré incompétent pour statuer sur les demandes précitées des investisseurs et que le recours en annulation doit être en conséquence rejeté.

Sur la demande de condamnation pour procédure abusive (art. 559 CPC)

113- La République de Pologne sollicite la condamnation des investisseurs pour procédure abusive en ce les moyens qu'ils invoquent au soutien de leur recours sont dénués de caractère sérieux et relèvent de la mauvaise foi puisque deux des moyens ont déjà été soulevés et rejetés deux fois et les deux autres n'ont jamais été soulevés lors de la procédure arbitrale sans raison valable.

114- En réponse, les investisseurs sollicitent le rejet de cette demande en ce que le recours qu'ils intentent n'est pas un abus de droit puisque la Cour de cassation leur a elle-même donné raison quant à la recevabilité de leurs arguments. Ils ajoutent que cette demande n'a vocation qu'à les intimider et les faire renoncer. Ils soulignent également le montant très élevé de l'article 700 de la Pologne de 200 000 euros.

SUR CE,

115- En application de l'article 559 du code de procédure civile, en cas d'appel principal dilatoire ou abusif, l'appelant peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 10 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui lui seraient réclamés.

116- En l'espèce, à supposer que la République de Pologne soit recevable à solliciter le paiement d'une amende civile, qui relève de la seule appréciation du juge, elle doit être déboutée de cette demande alors que l'exercice d'un recours constitue par principe un droit et qu'en l'espèce, les investisseurs ont pu se méprendre sur l'étendue de leurs droits.

Sur les frais et dépens :

117-Il y a lieu de condamner la société Schooner Capital LLC, la société Atlantic Investment Partners LLC et M. Vincent J. Ryan, parties perdantes, aux dépens.

118-En outre, ils doivent être condamnés à verser à la République de Pologne, qui a dû exposer des frais irrépétibles pour faire valoir ses droits, une indemnité au titre de l'article 700 du code de procédure civile qu'il est équitable de fixer à la somme globale de 150 000 euros sans qu'il y ait lieu d'assortir ce chef d'une condamnation au titre des intérêts alors qu'en application de l'article 1231-7 du code civil, en toute matière, la condamnation à une indemnité emporte intérêts au taux légal même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement.

VI/ DISPOSITIF

La cour, par ces motifs :

1- Rejette la fin de non-recevoir soulevée par la République de Pologne :

2-Rejette le recours en annulation contre la sentence rendue à Paris le 17 novembre 2015 (affaire n° ARB (AF)/11/3) sous l'égide du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) ;

3- Déboute la République de Pologne de sa demande pour procédure abusive ;

4- Condamne la société Schooner Capital LLC, la société Atlantic Investment Partners LLC et M. Vincent J. Ryan à payer à la République de Pologne la somme globale de 150 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

4- Condamne la société Schooner Capital LLC, la société Atlantic Investment Partners LLC et M. Vincent J. Ryan aux dépens.

La greffière

Le Président

Najma EL FARISSI

François ANCEL