



1



2

Agenda

- Introduction : arbitrabilité des questions fiscales
- Présentation des fondements de l'arbitrage (traités bilatéraux et conventions d'investissement)
- Principales caractéristiques des procédures d'arbitrage en matière d'investissement
- Articulation entre les procédures

3

Arbitrabilité des questions fiscales

- Article 2060 du Code civil
 - *On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les **contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.***
- CE, 23 décembre 2015, n°376018, Sté Broadband Pacifique
 - « *Considérant qu'il résulte des principes généraux du droit public français que, **sous réserve des dérogations** découlant de **dispositions législatives expresses** ou, le cas échéant, **des stipulations de conventions internationales** régulièrement incorporées dans l'ordre juridique interne, les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquelles elles sont parties ;*
- Interdiction sous réserve du consentement de l'Etat exprimé :
 - dans une loi
 - dans un traité international
 - dans une convention avec un investisseur

4

I/ LES FONDEMENTS DE L'ARBITRAGE

5

Traités bilatéraux d'investissement entre 2 Etats

- Interdiction des TBI entre EM de l'UE
- Champ d'application des TBI
 - Qualité d'investisseur
 - Fiscalité ?
- Engagements pris par les Etats dans les TBI
 - Encadrement du pouvoir d'expropriation / Protection contre l'expropriation indirecte
 - Intérêt public
 - Non-discrimination
 - Due process of law
 - Compensation financière
 - « traitement juste et équitable » de l'investisseur
 - Respect des procédures légales / fiscales
 - Non-rétroactivité
 - Respect des « attentes légitimes » des investisseurs
 - Etc.

6

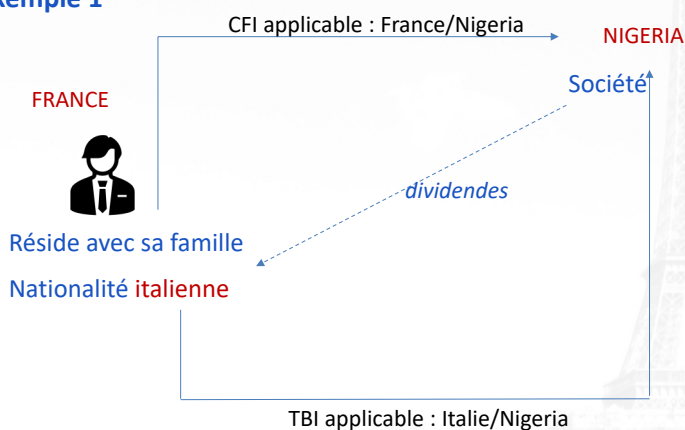
Affaire Cairn Energy c. Inde, Sentence du 21 décembre 2020

- 2006: Actifs indiens de Cairn (sous la forme de parts dans des filiales britanniques) transférés à la société mère (UK)
- Création d'une société à Jersey à laquelle les parts sont transférées
- Transfert des parts vers une filiale indienne
- 2012: modification du droit fiscal indien pour imposer désormais les transferts indirects sur des immobilisations situées en Inde (effet rétroactif)
- 2015: demande de paiement d'un arriéré fiscal d'un montant de 1,6 Milliards de \$ au titre de l'imposition du gain en capital généré par ces transferts
- 2020: condamnation de l'Inde pour violation du traitement juste et équitable
- 2021: abrogation de la loi indienne et transaction à hauteur de 1 milliard de \$

7

Comparaison du champ d'application des CFI et des TBI

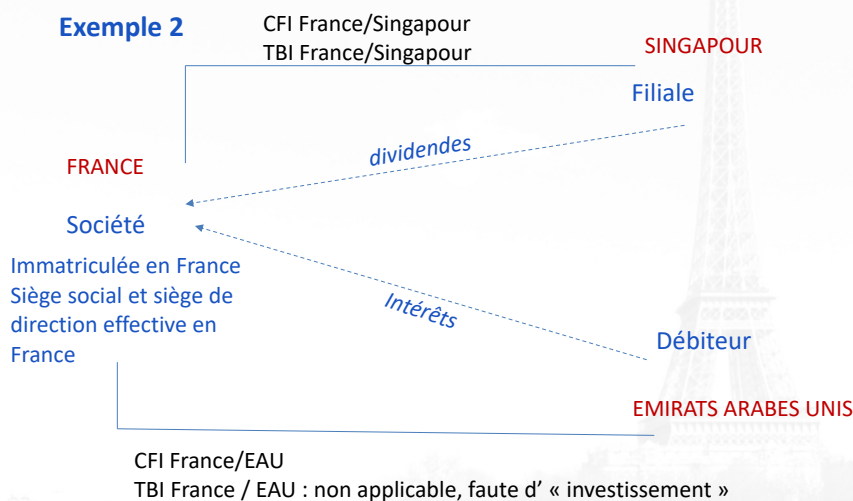
Exemple 1



8

Comparaison du champ d'application des CFI et des TBI

Exemple 2



9

Les interactions entre les CFI et les TBI

- Appréciation en principe indépendante de la conformité d'une mesure à une CFI ou à un TBI
 - Ex: le fait qu'une mesure soit considérée comme non-discriminatoire au regard de l'article 24 d'une CFI n'empêche pas son analyse distincte au regard d'un TBI
- Mais des interactions existent :
 - TBI, « traitement juste et équitable » : obligation pour un Etat de traiter l'investisseur conformément aux standards internationaux
 - Standards internationaux comprennent le modèle de convention fiscale /commentaires de l'OCDE?
 - LSF-KEB Holdings SCA v. Republic of Korea, ICSID Case n°ARB/12/37, 30 Août 2022
 - TBI, « traitement juste et équitable » : obligation pour un Etat de traiter l'investisseur avec la bonne foi
 - Si une interprétation d'une CF contraire aux commentaires de l'OCDE?
 - Si application d'une retenue à la source, alors que la CFI s'y oppose expressément?
 - Si application de mauvaise foi des règles de procédure, de preuve etc. ?

10

Conventions entre un investisseur et un Etat

- Présentation et intérêt des conventions
 - Build-operate transfer
 - Public-private partnerships
 - Concessions minières
 - Production sharing agreement
 - Contrats de JV
 - Contrats de construction
- Les obligations applicables en matière fiscale
 - Les clauses d'exonération fiscale (dans 20% des conventions)
 - Les clauses de stabilisation fiscale (dans 40% des conventions)
 - Les clauses de réduction fiscale
 - Les clauses de conformité à la législation fiscale de l'Etat hôte

11

A. Clauses de stabilisation

Clause de gel

"[t]his Contract is executed between the Parties in accordance with the laws and regulations in force at the date of its signing and on the basis of the provisions of said laws and regulations, as regards, inter alia, the economic, fiscal and financial provisions of this Contract."

2005 Model Production Sharing Contract of the Saharawi Arab Democratic Republic

12

A. Clauses de stabilisation

Clause d'équilibrage économique

"In case of modifications to the tax regime, including the creation of new taxes, or the labor participation, or its interpretation, that have consequences on the economics of this Contract, a corresponding factor will be included in the production share percentages to absorb the increase or decrease in the tax burden or in the labor participation of the previously indicated contractor. This correction factor will be calculated between the Parties and approved by the Ministry of Energy and Mines."

Article 11.7 of the Model Ecuadorian Production Sharing Contract of 2002 for the Exploration of Hydrocarbons & the Exploration of Crude Oil

13

A. Clauses de stabilisation

Clauses hybrides

"Based upon Article ...above, if any existing Laws of...or any other applicable or existing law of any other Government, is changed or repealed, or if new laws are introduced, or if there occurs a rise in the tax rate or the introduction of a new tax, which bears unfavourably on the financial status of the Joint Venture or the Parties, then the Parties will apply all efforts that are necessary to completely or partially release the Joint Venture or the Parties from the above-mentioned changes, or the Parties will undertake all other necessary steps to alleviate the unfavourable impact of these changes."

Andrea Shemberg, Stabilization Clauses and Human Rights, IFC/SRSG Research Paper (27 May 2009)

14

B. Autres types de clauses de nature fiscale

Clauses d'exonération fiscale

"14.3 Special Provisions. The following special fiscal provisions shall be applicable to the Concessionaire:

[...]

b. The Concessionaire shall during the first 25 Years be exempt from the Surtax on high yield projects imposed by Sections 730-732 of Schedule 6.

[...]

d. As provided by Section 1001 of Schedule 6, the Concessionaire shall be exempt during the first 25 Years from the payment of the Goods and Services tax on capital goods used in (x) the conduct of Operations or (y) the construction and equipping of facilities in connection with performing its obligations under Section 8, Section 9.3 or Section 10

e. The Concessionaire shall be exempt during the first 25 Years from the payment of export taxes, if any, on Iron Ore."

Mineral Development Agreement between the Government of the Republic of Liberia, China-Union (Hong Kong) Mining Co Ltd and China-Union Investment (Liberia) Bong Mines Co Ltd. (19 Jan. 2009)

15

B. Autres types de clauses de nature fiscale

Clauses de réduction fiscale

"The [State] hereby agrees to establish and maintain a fixed income tax rate of [X%] for the commercial activities covered under this agreement. This preferential tax rate shall remain unchanged for the duration of this agreement, which shall be [XX] years from the effective date of this contract."

16

II/ LES CARACTÉRISTIQUES DE L'ARBITRAGE

17

Principales caractéristiques des procédures d'arbitrage en matière d'investissement

- Les conditions d'accès à l'arbitrage
 - Dans les TBI
 - Dans les conventions
- Les pouvoirs de l'arbitre
 - Le tribunal ne peut se substituer aux autorités fiscales d'un Etat
 - Seule possibilité: dommages et intérêts si mesure internationalement illicite
- Le contrôle des sentences arbitrales par le juge
 - Conformité à l'ordre public international français fraude fiscale
 - Affaire Garcia Armas (CA de Paris, 24 octobre 2023, RG n°19/13396) : annulation partielle d'une sentence ayant indemnisé un investisseur pour l'atteinte à une opération frappée de fraude fiscale → avoir donné effet à la fraude fiscale constitue une violation de l'OP international français
- L'exécution des sentences arbitrales : les facilitations du CIRDI

18

III/ L'ARTICULATION DES PROCEDURES

19

Les relations entre les CFI et les TBI

- Article 30 de la Convention de Vienne: primauté du traité le plus récent portant sur « la même matière »
- Mais les CFI et les TBI, portent-ils sur « la même matière » ?
 - CPA, 21 déc. 2020, n° 2016-07. Cairn Energy PLC and Cairn UK Holdings Limited c/ Inde , § 803 :
 - « **The UK-India DTAA** [Double Taxation Avoidance Agreement] **and the BIT** [Bilateral Investment Treaty] **govern different subject-matters:**
 - *the former provides rules for “the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income and capital gains” applicable to residents of each contracting State,*
 - *while in the latter, each Contracting Party agrees to treat the investments in its territory made by nationals of the other Contracting Party in accordance with certain standards of treatment »*
- Conclusion : possibilité d'application simultanée
 - Article 31, §3, c) de la Convention de Vienne : lors de l'interprétation d'une convention, il est tenu compte «*De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ».*

20

Une comparaison des procédures

	Procédure amiable/arbitrage dans les CFI	Arbitrage en matière d'investissement
Type de procédure	Procédure diplomatique	Procédure juridictionnelle
Parties à la procédure	Les deux Etats	Un investisseur et un Etat
Objectif	Éliminer la double imposition Garantir l'interprétation cohérente de la CFI	Vérifier le respect des engagements pris par l'Etat
Pouvoirs de l'« arbitre »	Corriger l'interprétation de la convention fiscale et la répartition de la base imposable entre les Etats	Ne peut pas modifier le montant de l'impôt, mais peut condamner l'Etat à des D/I
Pouvoirs du contribuable/investisseur	Le contribuable peut refuser la solution retenue	L'investisseur (tout comme l'Etat) est lié par la solution retenue

21

Accès à l'arbitrage et la bonne foi du contribuable-investisseur

- Selon les CFI :
 - La France a émis des réserves libres (art. 28, 2 CML) visant à refuser l'accès à l'arbitrage notamment dans les cas « pour lesquels un contribuable fait l'objet d'une sanction administrative ou pénale pour fraude fiscale, omission volontaire, manquement grave à une obligation déclarative » (BOI-INT-DG-20-25-20-30, 26 juin 2024 , §170).
- Selon les TBI:
 - seul l'investissement réalisé conformément au droit de l'État d'accueil peut bénéficier de l'accès à un tribunal arbitral
 - Même si cette condition n'est pas expressément prévue par le Traité
 - Le respect ou non respect du droit local peut aussi permettre la ventilation des responsabilités entre les parties en cas d'illégalité constatée

22