

Affaire Vodafone International Holding B.V. (VIHBV) *v.* Union of India (UOI)

Étude réalisée par LORAND Colin, NOUIRA Khalil, SAJJAD Muhammad et
SKOUNTI Chama

Étudiants en Master 2 Juriste d'affaires internationales - Université de Rennes



Sous la direction de Me Maxime Buchet - Associé du cabinet Melot & Buchet Avocats

L'affaire Vodafone contre la République de l'Inde est un contentieux qui a opposé le groupe britannique Vodafone à l'administration fiscale indienne. Il s'agit d'une affaire qui, née pour - et compliquée par - des motifs fiscaux, a finalement été résolue près de 15 ans après les faits, à l'issue de procédures à la fois étatiques devant les juridictions indiennes et arbitrales, sur le terrain de la protection des investisseurs étrangers.

I. Contexte et naissance du litige

À l'origine, la société Hutchison Max Telecom Ltd était une joint-venture de droit indien établie en 1992 entre la société Hutchison Whampoa, hongkongaise, et le groupe indien Max. Au cours des années 2000, l'actionnariat majoritaire de la société, devenue Hutchison Essar entre-temps, est passé des mains du groupe Essar à celles du groupe Hutchison.

Hutchison Essar était une société active sur le secteur des télécommunications, sur lequel elle occupait une place importante, notamment du fait de sa stratégie d'acquisition de nombreux opérateurs intervenant sur le marché indien. Le groupe Vodafone, acteur britannique des télécommunications, s'est alors montré intéressé par l'acquisition de parts dans le capital de Hutchison Essar.

C'est ainsi qu'en 2007, au travers d'une filiale établie aux Pays-Bas, la société Vodafone International Holding s'est vu céder 67 % de la participation dans la société Hutchison Essar en acquérant une filiale de la société Hutchison Telecom établie aux Îles Caïmans, CGP Investments Limited. L'opération, conclue aux Îles Caïmans pour un montant total de 11,1 Md de dollars américains, s'est soldée par le changement du nom de la société en Vodafone Essar.

Cette participation du groupe Vodafone a par la suite été consolidée en 2011, pour s'élever à 74 %, à la suite de l'acquisition de parts au capital détenues par le groupe Essar pour un montant cette fois de 5,46 Md de dollars.

C'est du fait de cette première opération entre résidents fiscaux caïmanais et hollandais que résulte le litige entre Vodafone et la République de l'Inde. En effet, suite à la conclusion de l'opération en mai 2007, l'administration fiscale s'est interrogée sur l'absence de déclaration d'imposition par Vodafone quant à l'acquisition d'actifs indiens. Elle a ainsi considéré qu'en vertu de la section 195 du Income Tax Act de 1961, dès lors que la société cédée détenait un actif en Inde, la taxation de la plus-value réalisée en Inde était justifiée par le biais d'une retenue à la source. Peu importe pour elle que ni la société cédante ni la société cessionnaire ne soient résidentes fiscales en Inde. En conséquence, l'administration fiscale a réclamé à la société Vodafone une imposition d'un montant

de 2,5 Md de dollars au titre de la plus-value constatée sur les actifs indiens : la participation au capital de la société Hutchison Essar.

Vodafone a toutefois contesté cette position de l'administration fiscale indienne, et refusé de se soumettre à l'imposition réclamée. Plusieurs procédures ont alors été initiées, en Inde devant les juridictions nationales d'une part, et à Singapour devant un tribunal arbitral de l'autre.

II. La procédure nationale - Cour suprême indienne et loi fiscale indienne rétroactive de 2012 (Finance Act 2012)

A. La condamnation de Vodafone par la Haute Cour de Bombay

Devant la Haute Cour de Bombay, la société Vodafone contestait la compétence territoriale de l'administration fiscale pour taxer l'opération. Selon elle, l'opération avait non seulement pris place en dehors du territoire indien, mais également entre des opérateurs non indiens, à savoir un opérateur cédé caïmanais, un cédant hongkongais, et un cessionnaire hollandais. Elle échappait donc à toute hypothèse de taxation en Inde.

En septembre 2010, la Haute Cour de Bombay s'est prononcée en faveur de l'administration fiscale indienne. Elle a rejeté les arguments de la société Vodafone, considérant que l'opération d'acquisition avait pour objectif exclusif l'entrée sur le marché indien par l'acquisition d'une participation dans la société indienne. Dès lors, l'administration fiscale était compétente pour taxer en Inde la plus-value sur les titres de la société indienne.

Vodafone a donc saisi la Cour suprême.

B. La censure par la Cour suprême

En janvier 2012, la Cour suprême indienne a finalement tranché en faveur de la société Vodafone au motif que l'acquisition de la société CGP Investments Limited n'était pas un montage ayant pour unique but d'éviter l'imposition en Inde. En effet, elle a constaté que cette opération était une véritable transaction commerciale et que la société CGP n'était pas une simple coquille vide sans substance commerciale. Dès lors, l'opération ayant eu lieu en dehors du territoire indien entre des opérateurs non résidents, l'administration fiscale n'était pas fondée à imposer l'opération litigieuse.

Par la suite, la Cour suprême a également écarté en mars 2012 la requête en révision de sa décision soulevée par l'administration fiscale.

C. L'adoption par le législateur indien d'une loi fiscale rétroactive

Pour autant, l'administration fiscale, et surtout le législateur indien, n'en sont pas restés là. En effet, le désir de l'Inde d'imposer les plus-values réalisées dans le cadre de l'opération a conduit à l'adoption d'une loi de finance rétroactive très controversée au courant de l'année 2012.

Ainsi, le 16 mars 2012, le ministre des finances indien, Pranab Mukherjee, a présenté la loi de finances pour l'année 2012/2013. Ce texte contenait de nombreuses mesures controversées et délétères au regard des investissements étrangers en Inde. La mesure phare, et qui nous intéresse dans l'optique du traitement de l'affaire Vodafone, était la mise en place d'une imposition rétroactive sur le transfert indirect d'avoirs détenus en Inde. La loi de finances pour 2012/2013 prévoyait ainsi un amendement au Income Tax Act de 1961 (plus précisément à la Section 9 (i) de la loi de 1961) avec un effet rétroactif commençant à la date d'adoption du texte, c'est-à-dire 1961.

Jusqu'à cette modification de la loi de 1961, et comme rappelé par la Cour suprême indienne dans le cadre du litige en l'espèce, le transfert de contrôle suite à une cession de titre n'était considéré comme étant imposable en Inde seulement si le transfert portait sur des biens immobilisés situés en Inde. Ainsi, il était considéré que le contrôle de la société située en Inde ne constituait pas une immobilisation rattachable au territoire indien. Ce faisant, le transfert de ce contrôle, au travers de la cession des titres de la holding étrangère, n'était pas une opération entrant sous la compétence de l'administration fiscale indienne.

Suite à la modification de la loi de 1961, qui ne visait selon le ministre indien "*qu'à clarifier les dispositions et l'interprétation qui doit en être faite*", il était considéré que toutes les plus-values portant, directement ou indirectement, sur des biens qui tirent leur substance de biens situés en Inde sont imposables par l'administration fiscale indienne. Concrètement, il en découle une imposition par l'administration fiscale indienne de la plus-value réalisée lors du transfert de titres d'une société holding offshore détenant le contrôle dans une société située en Inde. Ceci, malgré le déroulement de la transaction en dehors de l'Inde. Tout ce que le texte exige, c'est qu'une partie substantielle de la plus-value réalisée dans le cadre de l'opération ait son origine en Inde. Par ailleurs, est mise en place une retenue à la source pour tous les paiements réalisés à une personne non résidente dès lors que l'opération est imposable en Inde qui agit aussi rétroactivement.

Cette mesure, qui a remis en cause toutes les structures d'optimisation fiscale qui pouvaient être mises en place a été vivement critiquée par la doctrine, aussi bien internationale que nationale. En

effet, s'opposant totalement à la décision de la Cour suprême, et sans réel fondement juridique à cette révision de la loi de 1961, le gouvernement indien a grandement remis en cause la confiance que les investisseurs, aussi bien nationaux qu'étrangers, pouvaient avoir dans la fiscalité en Inde.

N.B. : Une mesure, toute aussi controversée, de cette loi de finance 2012/2013 était la mise en place de règle générale anti-évasion qui vise à prioriser la substance sur la forme pour des besoins d'imposition. Ainsi, les General Anti-Avoidance Rules qu'adopte cette loi de 2012 visaient à donner aux autorités fiscales indiennes le pouvoir unilatéral de déclarer des transactions comme étant réalisées dans le seul but d'évasion fiscale. Le texte cite de façon très large les cas dans lesquels l'administration indienne pourra réaliser de telles requalifications. Il en va ainsi :

- lorsque l'opération crée des droits et obligations qui ne résulteraient pas d'une situation de concurrence normale,
- lorsqu'il y a des avantages résultant directement ou indirectement d'un "détournement" du Tax act de 1961,
- en l'absence de substance, et
- lorsque la transaction va à l'encontre des "bonnes pratiques".

III. La question de la protection des investissements étrangers

En dépit de la controverse soulevée par l'adoption de cette loi de finance rétroactive et de la pression internationale exercée sur les acteurs du litige pour les inciter à transiger, aucun compromis n'a été trouvé entre les parties, l'administration fiscale maintenant sa réclamation d'impôts. Vodafone a donc cherché une alternative pour mettre fin au conflit.

Cette alternative, elle l'a trouvée dans le Traité bilatéral d'investissement conclu entre les Pays-Bas et l'Inde (le TBI), plus précisément à l'article 9 du traité qui prévoit le recours à l'arbitrage en cas de litige entre un État contractant et un investisseur résident du second État contractant. Vodafone a ainsi initié une première procédure arbitrale sur ce fondement.

En parallèle, Vodafone s'est également réfugiée derrière le Traité bilatéral d'investissement conclu entre le Royaume-Uni et l'Inde.

IV. Les procédures arbitrales

A. La première notification d'arbitrage en date de 2014

En vertu du TBI conclu entre les Pays-Bas et l'Inde, un tribunal arbitral régi par le Règlement d'arbitrage de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye, mais siégeant à Singapour, a été saisi par Vodafone. Comme c'est souvent le cas en matière d'arbitrage international d'investissement, et conformément à l'article 9 du TBI, trois arbitres ont été nommés (L. Y. Fortier, R. Oreamuno Blanco et F. Berman) : chaque partie a nommé un arbitre, lesquels ont ensemble nommé le troisième arbitre.

Par une notification d'arbitrage adressée à l'Inde en date du 17 avril 2014, Vodafone demandait ainsi au tribunal de constater l'atteinte au TBI portée par l'application de la loi de finance indienne de 2012 et l'imposition subséquente. Pour fonder sa demande, la société s'est employée à caractériser l'atteinte portée à l'article 4 1 dudit traité, lequel exige de la part de la République de l'Inde d'accorder aux investisseurs étrangers un traitement juste et équitable ainsi que l'octroi d'une protection et sécurité entières sur le territoire indien. En vertu de cette clause, chacun des États contractants s'engage à assurer un traitement juste et équitable aux investissements des nationaux et sociétés de l'autre État partie et à faire en sorte que l'exercice du droit ainsi reconnu ne soit entravé ni en droit, ni en fait.

L'administration fiscale indienne quant à elle, arguait du fait que les litiges en matière fiscale étaient exclus du champ d'application du traité.

B. La procédure d'arbitrage parallèle

En parallèle de cette première procédure, la société britannique Vodafone Group a également engagé une procédure d'arbitrage en 2017, cette fois sur le fondement du traité bilatéral d'investissement conclu entre le Royaume-Uni et l'Inde.

Néanmoins, l'Inde a obtenu de ses juridictions nationales, qu'elle avait saisies d'une demande d'injonction anti-arbitrage, une ordonnance provisoire lui interdisant de poursuivre cette procédure d'arbitrage. Par la suite, en mai 2018, la Haute Cour de Delhi a définitivement rejeté l'action intentée contre l'Inde.

C. La sentence arbitrale

Par une sentence en date du 25 septembre 2020, le tribunal saisi en 2014 a donné raison à Vodafone de manière unanime. Cette sentence n'a été rendue publique que partiellement.

Ainsi, les informations publiquement accessibles permettent d'établir que le tribunal, qui s'est estimé compétent pour se prononcer sur ce litige, a caractérisé la violation par l'État indien du TBI conclu avec les Pays-Bas en ce qu'il prévoit un traitement juste et équitable des investisseurs étrangers. Il a par conséquent considéré que l'administration fiscale indienne n'était pas fondée dans sa réclamation d'impôts à Vodafone.

Par ailleurs, les arbitres ont condamné l'Inde au remboursement de 60 % des frais de représentation et d'assistance juridique de Vodafone, soit un montant d'environ 5,5 millions de dollars américains.

Enfin, les juges ont précisé que toute tentative par l'Inde, directe ou indirecte, d'obtenir le montant de l'imposition réclamée, entraînerait l'engagement de sa responsabilité internationale.

Conclusion - les conséquences de l'affaire

L'affaire Vodafone n'est pas un cas isolé des atteintes qu'ont pu subir des opérateurs privés du fait de la rétroactivité souhaitée de la loi de finance indienne 2012/2013. En effet, les affaires Vedanta Resources et Cairn en sont de bons exemples.

Dès lors, face aux sentences et autres décisions l'ayant condamné, il semble que l'État indien n'ait plus le choix que d'accepter les reproches formulées à son égard, et donc de renoncer aux diverses sommes qu'il réclamait à titre d'imposition.

De manière générale, ces affaires, ainsi que d'autres (cf not. les affaires Louis Dreyfus armateurs et McDonald's), ont créé un contexte de méfiance des sociétés envers le territoire indien. Celles-ci craignent les effets des incertitudes autour de l'évolution de la réglementation indienne, notamment fiscale, et des éventuels contentieux les impliquant, susceptibles d'en résulter.

Plus spécifiquement, la rétroactivité est redoutée par les investisseurs étrangers car elle menace la sécurité et la prévisibilité nécessaires aux opérations internationales. En pratique, la rétroactivité est une technique plus ou moins utilisée par les législateurs en matière de fiscalité. Or, l'introduction d'une mesure législative rétroactive conduit à la modification de l'environnement juridique de l'État d'accueil, ce qui peut se révéler préjudiciable comme en témoigne l'affaire Vodafone. À cela s'ajoute une certaine réticence des tribunaux étatiques nationaux à réparer les préjudices nés de

l'introduction d'une nouvelle législation. Il est en effet difficile pour le juge étatique d'admettre la réparation du préjudice de l'investisseur face à l'État d'accueil qui se prévaudrait systématiquement de ses immunités de juridiction et d'exécution pour éviter toute condamnation.

Dans ce cadre, plusieurs outils procéduraux existent mais ils présentent des limites :

- La procédure devant la CEDH : Néanmoins, s'agissant de la CEDH, l'État législateur doit appartenir au Conseil de l'Europe pour que la requête soit recevable, ce qui n'est pas toujours le cas. D'autant plus, même lorsque c'est le cas, il faut dans un premier temps épuiser toutes les voies de recours devant le juge étatique, ce qui réduit la pertinence de cette solution. L'étude de la jurisprudence en la matière ne permet d'observer qu'un très petit nombre d'exemples de condamnation de la rétroactivité. Celles-ci sont généralement fondées sur le droit à un procès équitable et le droit de propriété ;
- La procédure devant la CIJ : seuls les contentieux interétatiques sont recevables devant elle.

Dès lors, comme en atteste l'affaire Vodafone, c'est vers le droit des investissements que préfèrent se tourner les opérateurs privés qui s'estiment lésés.

- La solution procédurale est celle de l'arbitrage d'investissement. Prenant place entre un État et un investisseur étranger, il peut s'agir d'un arbitrage *ad hoc* mais c'est le plus souvent un arbitrage institutionnel. L'institution arbitrale phare de ce type de litiges est le CIRDI (qui résulte de la Convention de Washington du 18 mars 1965), dont les décisions sont automatiquement exécutoires ;
- La solution substantielle sont les outils fournis par les TBI. Il existe un réseau international de traités bilatéraux d'investissement dans lesquels les États s'engagent à fournir une protection accrue aux investisseurs de l'autre État partie. Ces traités contiennent également des voies de recours à l'arbitrage (du CIRDI notamment) pour sanctionner la violation des standards qu'ils établissent. Les traités bilatéraux d'investissement constituent donc un outil adapté à de telles situations. Notamment, la clause de traitement juste et équitable, qui a été mobilisée en l'espèce, se prête particulièrement aux litiges relatifs à une loi rétroactive. Selon la jurisprudence arbitrale, elle impose à l'État de ne pas décevoir "les attentes légitimes" des investisseurs étrangers, par le biais de la législation notamment.

La tendance récente semble démontrer qu'il n'est plus possible pour les États, sous le couvert de la puissance législative et de la souveraineté, d'édicter des règles rétroactives sans conséquences. On peut donc espérer que les dénouements récents des affaires impliquant l'État indien produisent leurs effets sur les législateurs afin que les incertitudes passées tendent à s'amenuiser, et que la tendance récente précitée s'en voit renforcée.

Bibliographie

Les sources suivantes sont listées par ordre alphabétique

ARTICLES

- AFP, “ *Vodafone propose à l’Inde de régler un différend fiscal de plusieurs milliards de dollars* ”, Le Figaro, 3 déc. 2021
- BANERJEE (T.), “ *Vodafone International Holding Vs Union of India: Case Study* ”, Slideshare, 30 août 2018
- BHAN (I.), “ *Consensus on settlement of Voda tax case soon: Government* ”, The Economic Times, actualisé le 8 déc. 2022
- DE JACQUELOT (P.), “ *Le fisc indien s’acharne sur Vodafone et Nokia* ”, Les Echos, 21 oct. 2014
- FADLALLAH (I.), LEBEN (C.) et TEYNIER (E.), “ *Investissements internationaux et arbitrage* ”, CAP JIA, La base Lextenso, oct. 2017, p. 619
- FAROOQUI (A.) et TOCCHIO (J.-M.), “ *Anticiper et éviter les conflits entre actionnaires en Inde* ”, Revue Lamy droit des affaires, n° 165, 1er déc. 2020
- JIROU NAJOU (C.), “ *Vodafone en litige avec le fisc indien* ”, LSA, 11 juil. 2008
- LAVRANOS (N.), “ *Vodafone v India award: risky business of retroactive taxation* ”, Reuters - Practical Law Arbitration, 21 déc. 2020
- LEMAIRE (S.), “ *Commerce international - La rétroactivité en droits des investissements internationaux* ”, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 38, LexisNexis, 19 sept. 2013, 1515
- MAXWELL (I.) et PEACOCK (N.), “ *PCA Tribunal finds India in breach of treaty in Vodafone tax dispute* ”, Herbert Smith Freehills, 5 oct. 2020
- MENON (T.), “ *Un tribunal CPA conclut que l’Inde a violé le TBI Inde-Royaume-Uni dans une procédure lancée par le groupe Cairn* ”, IISD, 23 mars 2021
- NISHITH DESAI ASSOCIATES, “ *Vodafone Holdings B.V. versus Republic of India - Case Analysis & Implications for Foreign Investors* ”, oct. 2020

- RISHIKESH (S. A.), “ *The international arbitration case of Vodafone against India : the case study*”, iPleaders Blog, 19 oct. 2021
- SHAH (A.), “ *Vodafone wins international arbitration against India in \$2 billion tax case*”, Reuters, 25 sept. 2020
- SUHAIL AHMED (Z.), “ *Vodafone International Holdings BV vs Union of India - Case Analysis*”, Lawcorner, 14 nov. 2022

DÉCISION DE JUSTICE

- Supreme Court Reports - [2012] 1 S.C.R. 573, 20 janv. 2012, Vodafone International Holdings B.V. *V.* Union of India & ANR

AUTRES

- “ *Agreement between the Republic of India and the Kingdom of Netherlands for the promotion and protection of investments*”, 1995