



LES CLAUSES DE STABILISATION DANS LES CONTRATS D'INVESTISSEMENT¹

-O-

L'essor fulgurant que le développement de l'investissement étranger a connu au cours de la deuxième moitié du vingtième siècle a suscité la mise en place de plusieurs instruments pour prendre en compte la spécificité du cadre légal dans lequel l'investissement est exercé. Il faut dire que pendant longtemps, la protection de l'investisseur étranger vis-à-vis de son pays d'accueil était généralement prise en compte dans le cadre de relations diplomatiques entre l'Etat de l'investisseur et celui d'accueil.

L'adoption en 1965 de la Convention de Washington sous l'égide de la Banque Mondiale² a constitué un déclic important dans le développement de l'investissement en ce qu'elle a mis en place une juridiction arbitrale chargée de régler les litiges nés des contrats entre investisseurs et Etats d'accueil,³ mais surtout en ce qu'elle comporte une disposition qui dispense d'exequatur les décisions rendues par cette juridiction.⁴

¹ Communication présentée par M. Mouhamed KEBE, Avocat au Barreau du Sénégal, au Séminaire portant sur : L'Arbitrage au Sénégal : Perspectives Africaines et Internationales, Saly Portudal, Sénégal, 28 Février-1^{er} Mars 2014

² Convention pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats, adoptée à Washington le 18 Mars 1965 et entrée en vigueur le 14 Octobre 1966

³ Le Centre international pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)

⁴ Article 54-1 de la Convention " Chaque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonc- tionnant sur le territoire dudit Etat.

L'autre instrument concerne les traités bilatéraux d'investissement, (TBI). Il s'agit de conventions signées entre deux Etats pour mettre en place des normes pour la promotion et la protection légale des investisseurs entre ressortissants des deux Etats. Le premier traité bilatéral d'investissement a été conclu en 1959 entre l'Allemagne et le Pakistan. Aujourd'hui on compte plus de 2 500 traités bilatéraux dans le monde.

Les principaux domaines de protections visés par les TBI les sont les suivants :

- *Protections contre l'expropriation « indirecte »* Les investisseurs sont protégés contre les changements de politiques du pays d'accueil. Violer cette protection serait constitutive d'expropriation indirecte en ce qu'il réduit la valeur d'un investissement.⁵
- *Normes du « traitement juste et équitable* Ces normes ont pour but d'assurer un traitement juste aux investisseurs
- *Traitement national* Les investisseurs étrangers et leurs investissements ne doivent pas être traités de façon moins avantageuse que les investisseurs locaux
- *Traitement de la nation la plus favorisée (NPF)* Ce principe garantit aux investisseurs étrangers qu'ils seront traités de façon comparable aux investisseurs des États tiers

Les contrats d'investissement, sont caractérisés d'une part par leur durée à long terme ainsi que par l'instabilité politique des Etats d'accueil, qui pour la plupart, sont des pays en développement.

Cette incertitude et ce risque sont les principaux facteurs qui ont conduit à la mise en œuvre des clauses de stabilisation.

Prima facie, les clauses de stabilisation ont principalement pour objet de stabiliser les conditions et les modalités d'exécution d'un investissement consenti par une société multinationale dans son pays d'accueil. Elles se trouvent dans la plupart des les contrats d'investissements, et dans une certaine mesure, dans les TBI, tout comme dans les traités multilatéraux d'investissement.⁶

⁵ Voir ; Affaire Antoine Goetz & Consorts c/ République de Burundi, CIRDI (No. ARB/95/3), sentence rendue le 10 février 1999, accessible via https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC537_Fr&caseId=C151

⁶ Voir ALENA, Chapitre 11 sur l'Investissement, plus particulièrement l'article 1110 alinéa 1 ' ' Aucune des Parties ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie, ni prendre une mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation d'un tel investissement («expropriation»), sauf :

Elles permettent de juguler les risques qui peuvent être liés, soit à un changement de régime, soit à un changement portant sur des dispositions légales du pays d'accueil qui, dans l'immédiat, pourra affecter l'investissement consenti par une société étrangère dans l'Etat d'accueil.

Depuis presque 50 ans, les clauses de stabilisation ont été une des principales sources de différend dans l'exécution des contrats d'investissement ; la raison principale étant que ce type de contrat est par essence, à long terme et s'applique à des secteurs vitaux de l'économie du pays.

Il s'agit entre autres des infrastructures, des télécommunications, des mines, de l'énergie, des transports.

Ces secteurs du fait de l'importance qu'ils jouent dans l'économie d'un Etat ainsi que dans sa stabilité sociale, exigent que des garanties soient prises aussi bien par l'investisseur que l'Etat d'accueil pour que les intérêts des deux parties soient sauvegardés au mieux.

La clause de stabilisation joue donc ce rôle de protection et de régulation. Elle consiste essentiellement par l'inclusion dans le contrat d'investissement d'une disposition par laquelle, l'investisseur est protégé de façon absolue ou relative contre tous risques de changement qui pourraient affecter le contrat qui le lie à l'Etat d'accueil.

Dès les débuts de sa mise en œuvre, la clause de stabilisation a été décriée au motif qu'elle enfreint la souveraineté de l'Etat d'accueil ainsi que son pouvoir normatif. Mais la jurisprudence a constamment affirmé et confirmé le principe de sa validité ainsi que son opposabilité aux Etats d'accueil.⁷

Cette présentation n'a pas pour objet de faire une exploration théorique des clauses de stabilisation ainsi que de leur impact dans les contrats et les traités bilatéraux ou multilatéraux d'investissement.

Ni le temps, ni l'objet de cette rencontre ne s'y prêtent. Elle consistera plutôt à faire l'état des lieux à travers des secteurs clés où la clause a été appliquée. Elle

a) pour une raison d'intérêt public; b) sur une base non discriminatoire; c) en conformité avec l'application régulière de la loi et le paragraphe 1105 (1); et d) moyennant le versement d'une indemnité en conformité avec les paragraphes 2 à 6.

⁷ Voir *Texaco Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Co c/ Libyan Arab Republic*, arbitrage ad hoc, décision rendue sur le fond le 19 janvier 1977, JDI, 1977, p.350-389

consistera également à engager une réflexion sur l'avenir des clauses de stabilisation.

Au cours des dernières années, les différends portant sur l'application des clauses de stabilisation ont porté essentiellement sur trois secteurs :

- Les nationalisations / expropriation
- Les révisions portant sur la loi fiscale
- Les révisions motivées par le respect de droits fondamentaux

I°/ - LES NATIONALISATIONS/EXPROPRIATIONS

Les premières décisions qui ont été rendues par des juridictions arbitrales au sujet de la clause de stabilisation ont porté sur des situations qui ont fait suite à une nationalisation ou une expropriation directe ou indirecte.

Dans l'affaire LIAMCO contre le Libye, cette question s'est posée devant le Tribunal arbitral à qui la société LIAMCO avait demandé de lui attribuer une compensation suite à une nationalisation décrétée par l'état Libyen.

A la suite de la révolution libyenne, le nouveau régime avait pris des mesures consistant à nationaliser les compagnies pétrolières détenues pour la plupart par des multinationales.

LIAMCO saisit alors la juridiction arbitrale demandant au principal que la Libye révoque sa décision de nationalisation, et, subsidiairement, sa condamnation à réparer le préjudice subi du fait de la nationalisation.

Le Tribunal arbitral estima qu'il ne pouvait pas exiger de l'Etat Libyen de revenir sur sa décision ; une telle mesure consisterait à une interférence dans la souveraineté interne d'un pays.

Pour ce qui est de l'indemnisation, le Tribunal estima que la demande était bel et bien fondée et condamna l'Etat Libyen à réparer le préjudice subi par LIAMCO.

L'une des motivations qui a été à la base de la décision du juge, réside dans le fait que la clause de stabilisation incluse dans le contrat s'opposait à toute modification unilatérale.

C'est sur le fondement de cette clause que le Tribunal arbitral a estimé qu'en décidant unilatéralement de nationaliser les concessions pétrolières, la Libye a violé cette clause ainsi que le contrat qui liait l'Etat Libyen à LIAMCO.⁸

Dans un cas similaire, le Tribunal arbitral du CIRDI a rendu une décision contre la République du Congo dans l'affaire AGIP C/ La République Populaire du Congo.⁹

Dans cette affaire, la Chambre Arbitrale a estimé que l'article 11 de la convention entre AGIP et l'Etat d'accueil avait explicitement stipulé que ce dernier doit prendre toute mesure appropriée pour éviter d'appliquer à la société AGIP une quelconque révision du contrat qui pourrait affecter la structure et la composition des organes de la société.

En conséquence, en prenant des mesures qui ont violé cette clause, la République du Congo avait causé un préjudice à l'AGIP.

Une autre décision rendue en 1976 dans l'affaire Aminoil contre le Koweït va dans le même sens.¹⁰

En 1948, la société américaine Aminoil a signé avec le Royaume du Koweït une convention de concession portant sur l'exploration et l'exploitation de gaz et de pétrole au Koweït pour une durée de 60 ans.

La clause de stabilisation incluse dans le contrat (article 13) stipulait qu'aucune disposition du contrat ne pourrait être révisée de façon unilatérale, ce que le Koweït avait fait. Cette violation de la clause de stabilisation motivera sa condamnation à dédommager l'investisseur.

⁸ Voir LIAMCO c Libye, arbitrage ad hoc, sentence rendue le 12 April 1977; accessible via http://www.biicl.org/files/3939_1977_liamco_v_libya.pdf

⁹ Voir ; AGIP C/ La République Populaire du Congo (CIRDI : Affaire n° ARB/77/1, sentence rendue le 30 Novembre 1979, accessible via <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

¹⁰ Voir Kuwait c/Aminoil, arbitrage ad hoc rendu le 24 March 1982, sentence disponible via http://www.biicl.org/files/3938_1982_kuwait_v_aminoil.pdf

Les décisions qui précèdent montrent que sur le principe, que dans l'écrasante majorité des cas où la clause de stabilisation a été remise en cause par l'Etat d'accueil et que cette remise en cause a été soumise à un Tribunal arbitral, ce dernier a jugé en faveur de l'investisseur.

Il arrive que la cause de stabilisation soit remise en cause à la suite d'un changement de régime sans qu'une telle remise en cause ne débouche sur une nationalisation.

Il est fréquent qu'un nouveau régime qui arrive aux affaires, estime que les contrats d'investissement qu'il a trouvés en place n'ont pas été conclus dans le respect des intérêts de l'Etat d'accueil, ou même parfois, dans le respect des règles de transparence.

Toujours est-il que, dans ces cas, l'Etat d'accueil ne peut, sans l'accord des investisseurs, violer la clause de stabilisation.

Exemple : Dans l'affaire MILICOM au Sénégal, les parties ont débouché sur un accord à l'amiable, suite à une action initiée par MILICOM devant le CIRDI.

Au Sénégal, l'avènement d'un nouveau régime en 2012 a vu la remise en question de certains contrats miniers que l'Etat a jugé non protecteurs de ses propres intérêts.

Des discussions ont été initiées entre l'Etat et certains investisseurs dont Teranga Gold avec lequel, un accord a été conclu dans le sens de la révision consensuelle du contrat.

II°/ - LES REVISIONS PORTANT SUR DES LOIS FISCALES

La plupart des contrats d'investissement comportent explicitement une clause de stabilisation fiscale exigée par les investisseurs. . Cette exigence se justifie par le fait que le régime fiscal de l'Etat d'accueil est un critère éminemment important dans le choix de l'investisseur.¹¹

Si l'Etat viole la clause, il ne peut échapper au dédommagement de l'investisseur.

¹¹ Voir Article 24 de la Convention entre COTCO, Tchad et Cameroun dans le cadre du projet pipeline Tchad Cameroun dans laquelle la clause de stabilisation dispose que l'Etat du Cameroun ne peut modifier son régime juridique, fiscal, douanier et de contrôle des changes de manière à porter atteinte aux droits et obligations de l'investisseur.

Dans l'affaire *Affaire Antoine Goetz c/ République de Burundi*, le CIRDI a fait droit à une demande d'indemnisation soumise par un investisseur belge en se fondant sur l'article 4 du TBI conclu entre la Belgique et le Burundi. Le Tribunal Arbitral a qualifié le retrait des avantages fiscaux par le Burundi d'expropriation indirecte, car il a privé de toute utilité les investissements réalisés, et détourné les investisseurs des bénéfices qu'ils pouvaient attendre de leurs investissements. Le tribunal arbitral a donc soutenu les prétentions des investisseurs.¹²

Dans l'affaire qui oppose actuellement l'Etat du Mali à la société des Mines de Loulo devant le CIRDI, il est effectivement question de modification de la loi fiscale.

La société des Mines de Loulo (SOMILO) a fait l'objet de plusieurs redressements fiscaux qu'elle a estimé attentatoires à la clause de stabilisation incluse dans la convention de 1993 qui la lie à l'Etat malien.¹³

L'article 14 de cette convention précise que : *« aucun autre impôt, droit, contribution ou taxe, de quelque nature que ce soit, directe ou indirecte, qui est ou à l'avenir imposé par l'Etat à n'importe quel niveau, ne sera dû par les parties, leurs sociétés affiliées ou sous-traitantes, pendant la période d'exploitation »*.

C'est sur la base de cette clause que SOMILO a saisi le Tribunal arbitral au motif que la retenue IBIC et la retenue TVA dont elle a fait l'objet dans le cadre des redressements contrevient à cette clause de stabilité de régime fiscal incluse dans la convention de 1993 qui excluait de tels impôts.

La retenue IBIC de même que la retenue TVA ont été introduites par les textes postérieurement à l'entrée en vigueur de la convention de 1993, à savoir la loi du 1^{er} avril 1999 portant modification du Code Général des Impôts, modifiée par la loi du 18 janvier 2002.

SOMILO a ainsi estimé que cette violation de la clause de stabilisation lui cause un préjudice et a saisi le CIRDI pour obtenir le dégrèvement total de redressement consécutif à la loi de 2009.

¹² Voir, supra, note 5

¹³ Voir Article 14-7 de la Convention ' Pendant la durée de validité de la présente convention, aucune modification ne pourrait être apportée aux règles d'assiette de perception de taxes et tarifs réglementaires prévues par la présente convention, sans l'accord préalable et écrit de SOMILO ».

L'affaire est actuellement pendante.

La question s'est posée également au Sénégal avec la Loi de 2012 sur les redevances minières. Cette loi remet fondamentalement en cause la stabilité fiscale des contrats en cours. L'Etat est entrain de discuter avec certaines des sociétés concernées pour trouver une solution négociée.

III°/ - LA QUESTION DES DROITS DE L'HOMME

L'idée selon laquelle, les droits de l'homme sont une partie incongrue de l'investissement est de plus en plus battue en brèche depuis que les questions portant sur le droit de l'environnement, le droit à la santé, le droit des populations autochtones sont pris en compte dans les contrats d'investissement et dans les traités bilatéraux d'investissement.

Dans la plupart des contrats d'investissement, les clauses de stabilisation sont conçues de telle sorte que, même une révision motivée par la prise en question des droits fondamentaux, n'est pas permise.

Ces clauses appelées « freezing clauses » gèlent le contrat durant toute son existence et ne permettent donc aucune modification.

C'est le cas dans le contrat d'investissement qui a lié le Tchad et le Cameroun au consortium d'investissement COTCO.¹⁴

La clause de stabilisation prévue dans ledit contrat ne donne chance à aucune possibilité de révision quelconque.

Pis, dans ledit contrat, il est explicitement stipulé que la convention est supérieure à la loi interne (article 30.2 et 34.4 qui disposent que lorsqu'il y a une contradiction entre la loi des Etats d'accueil et les dispositions contractuelles, celles-ci auront vocation à s'appliquer.

Ces dispositions rendent difficile, toute possibilité de révision même lorsque des droits fondamentaux comme celles de l'environnement ou de populations indigènes sont en danger.

Mais, c'est à ce niveau que les premières remises en cause des clauses de stabilisation ont été constatées.

¹⁴ Voir par exemple dans le projet Tchad Cameroun Pipeline, Article 7-2 et 24-2 de la Convention

Dans le contentieux des traités multilatéraux des investissements par exemple, une décision intéressante a été rendue par la Chambre arbitrale de l'ALENA dans le cadre du Chapitre 11.¹⁵

La Chambre arbitrale a estimé que, même si l'article 1110 de l'ALENA semblait s'opposer à la mesure envisagée par l'Etat d'accueil, cette mesure n'était pas consécutive d'une expropriation dans le sens premier du terme, dans la mesure où elle était motivée par un souci lié au respect du droit de l'environnement et du droit à la santé des populations.

Le Tribunal a ainsi estimé qu'il n'y avait pas lieu de faire droit à la demande d'indemnisation réclamée par l'investisseur.

Des décisions similaires ont été rendues dans le même sens, affirmant que, lorsque des droits fondamentaux nécessitent la révision du contrat, il peut être permis à l'Etat hôte de le faire sans que ne puisse lui être opposé la clause de stabilisation incluse dans le contrat.

IV L'AVENIR DES CLAUSES DE STABILISATION

Les clauses de stabilisation ont montré leur efficacité dans le secteur de l'investissement, dans la mesure où elles ont permis pendant plusieurs décennies de juguler la tentation des Etats à abuser de leurs souverainetés.

Si cette clause n'existait pas les investisseurs seraient à la merci des risques politiques, des changements de régime, des révisions fiscales qui ont tous pour effet, de fragiliser les lourds investissements qu'ils ont consentis.

Toutefois, l'application de la clause a montré ses limites au fil du temps dans la mesure où, la plupart des Etats qui ont signé ces clauses dans les années 70 ou 80, n'avaient pas compris à l'époque, les enjeux qui seraient liés plusieurs décennies plus tard, à l'exploitation de leurs ressources naturelles mais surtout à l'impact que cette exploitation pouvait avoir dans les droits fondamentaux de

¹⁵ Voir METHANEX CORPORATION c/ THE UNITED STATES OF AMERICA, 05 Août 2005, accessible via <http://www.iisd.org/investment/dispute/methanex.asp>

leurs populations tels que le droit à la santé, le droit à l'environnement, et le droit au respect des peuples autochtones.

C'est pour prendre en compte ces considérations que de plus en plus, il est inséré dans les contrats d'investissement et les traités d'investissement, des clauses de stabilisation qui ne gèlent pas le contrat durant toute son existence.

Ces clauses prévoient des situations à travers lesquelles, il est permis à l'Etat d'accueil, en accord avec l'investisseur, de revoir les dispositions contractuelles lorsque des nécessités liées au respect des droits fondamentaux l'exigent.

Par exemple, dans les nouveaux contrats d'investissement proposés par le Kazakhstan aux investisseurs dans le domaine des hydrocarbures, la clause de stabilisation mentionne qu'aucune disposition du contrat ne peut être révisée sauf lorsque cette révision s'applique à des questions d'ordre environnemental, sanitaire, et sécuritaire.

Cette approche a également été appliquée dans le projet BAKOU-TIBILIS – CEYHAN (BTC) dans lequel, l'investisseur tout comme les Etats hôtes ont accepté conjointement de réviser la clause de stabilisation en excluant son application aux questions relatives aux droits fondamentaux.¹⁶

Une approche similaire a été adoptée par le projet de loi américain relatif à la promotion du commerce.

¹⁶ Voir, *Jernej Letnar Čerňič*, Corporate Human Rights Obligations under Stabilization Clauses, German Law Journal, Vol_11_No_02_210-229_Articles, accessible via http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol11-No2/PDF_Vol_11_No_02_210-229_Articles_Jernej_Letnar_Cer_ni_.pdf

Le projet en question indique que, lorsque des motifs liés à la santé publique et à l'environnement l'exigent, une convention bilatérale entre les Etats Unis et un autre Etat devra être révisée.

Les mêmes préoccupations sont prises en compte à travers les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales qui mettent aussi bien à la charge des Etats d'accueil que des investisseurs une obligation de respecter et de protéger les droits humains et l'environnement.¹⁷

C'est donc dire que les clauses de stabilisation ne sont pas une panacée, elles doivent certes stabiliser les investissements, mais elles ne doivent non plus occulter l'évolution de l'investissement et son environnement socio-économique./.

¹⁷ Voir les Principes Directeurs, accessibles via <http://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/48004355.pdf>