

# Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement internationaux



**AYOUB BERDAI**  
Consultant Juridique

Juriste consultant chez le cabinet Hajji & Associés

L'étude de la clause de stabilisation est une entreprise aussi bien ambitieuse que complexe. Ambitieuse car la question dépasse les frontières rassurantes du droit interne pour embrasser d'autres domaines plus larges et moins évidents. Complexe car si la notion de stabilisation a retenu l'attention des juristes, elle a de ce fait créé un raz-de-marée de positions doctrinales qui, accompagnées des fois par une jurisprudence tatillonne et d'une absence de cadre légal spécifique a donné naissance à une multitude de situations juridico-pratiques heurtant parfois la conception de protection de l'intérêt public et du bien-être social telle que mise à la charge de l'Etat.

La clause de stabilisation dont les origines pratiques remontent à plusieurs siècles déjà se présente comme une protection supplémentaire au profit de tout investisseur étranger.

En effet, que l'on soit dans le cadre d'un contrat d'Etat, d'un partenariat public-privé ou d'une convention d'investissement sous toutes ses formes, la participation de l'Etat hôte comme partie contractante reste porteuse de gemmes d'insécurité et d'une possibilité de modification unilatérale des termes du contrat en vertu des pouvoirs exorbitants dont l'Etat dispose.

Cette clause s'analyse dès lors comme une forme de garantie gouvernementale négociée au profit de l'investisseur étranger et qui stipulerait que les termes du contrat ne pourraient se voir altérés par une réglementation ou une décision ultérieure de l'Etat hôte partie à la convention.

Autrement dit, une clause de stabilisation a pour but de mettre le contrat et le projet qui en découle à l'abri de tout acte hostile ultérieur du gouvernement, qu'il soit législatif ou administratif et qui pourrait avoir une incidence économique défavorable sur le régime contractuel déjà négocié.

Bien plus encore, une clause de stabilisation opère une bancarisation de la convention d'investissement dans la mesure où les institutions financières, en leur qualité de bailleurs de fonds du projet, portent un intérêt particulier au risque de changement de réglementation pouvant économiquement affecter la rentabilité du projet et parallèlement la capacité de l'investisseur à rembourser sa dette. De ce fait, une convention d'investissement porteuse d'une clause de stabilisation augmente les chances de financement du projet.

Le Maroc, pays à la croisée des mondes et porte du continent africain, se présente comme une forte destination pour l'implantation des entreprises multinationales étrangères. Ceci se vérifie aisément par la multiplication de divers

chantiers lancés par les investisseurs étrangers dans les différents marchés financiers, industriels, des télécoms, des énergies et des transports.

Ainsi, c'est pour assoir cette position tant convoitée que le Royaume a lancé depuis quelques années un vaste chantier de réforme de son corpus légal et réglementaire en adoptant, entre autre, une stratégie politico-juridique destinée à attirer les multinationales étrangères et à promouvoir l'investissement étranger en offrant des incitations aussi séduisantes que variées.

L'on remarque néanmoins et à la différence de plusieurs pays, africains pour la plupart, que la législation nationale ne définit guère la clause de stabilisation. Toutefois, bien que non définie, il n'en reste pas moins que la pratique l'autorise et l'exécutif marocain ne semble pas s'opposer à son insertion dans les différentes conventions qu'il approuve. (I)

La jurisprudence, arbitrale du moins, s'est vue pour sa part saisie au cours des dernières décennies de plusieurs différends entre Etats et investisseurs et a dû se prononcer sur la validité, l'efficacité et l'étendue des clauses dites de stabilisation. (II)

## I. Les clauses de stabilisation : Une pratique abondante

La stipulation de clauses de stabilisation est une pratique des plus courantes dans les conventions conclues entre des investisseurs étrangers et le Maroc. Elles figurent de nos jours comme des instruments contractuels indispensables destinés à promouvoir et à protéger les investisseurs étrangers dans la négociation et la conclusion des conventions d'investissements internationales.

Devant une telle importance, la pratique a su au fil des années s'illustrer en ce domaine par une énorme richesse donnant ainsi naissance à une grande diversité et typologie de clauses de stabilisation classées en diverses catégories selon leur portée et leur champ d'application.

Ainsi, les clauses de stabilisation se présentent sous diverses formes mais se déclinent en deux catégories principales : les freezing clauses ou clauses de gel visant à neutraliser le pouvoir normatif de l'Etat hôte et les clauses dites d'équilibre économique.

Les premières, les clauses de gel, dites aussi les clauses de stabilisation stricto sensu stipulent que la loi applicable aux contrats d'investissement est la loi marocaine en vigueur au moment de la conclusion du contrat en excluant de ce fait une possible applicabilité des lois et règlements postérieurs. Mais attention, et c'est là tout l'art de la négociation, les clauses de gel se déclinent à leur tour en diverses sous-catégories selon la portée qui leur est donnée lors de leur rédaction.

L'on retrouve dans un premier temps les clauses de gel à périmètre complet, très peu répondues dans la pratique et de plus en plus boycottées par les pays hôtes dont notamment le Maroc. Une telle clause stipulerait de manière claire et nette l'incorporation dans le contrat d'investissement de l'intégralité des dispositions juridiques de l'Etat hôte au moment de la conclusion du contrat.

*L'exemple type stipulerait que « L'Etat ne doit pas, par une législation générale ou spéciale future, ou par des mesures administratives ou tout acte quelconque des autorités exécutives, apporter une quelconque modification, suppression ou ajout aux stipulations arrêtées par le présent accord ».*

Dans un second temps, les clauses de gel à périmètre limité, couramment usitées dans les contrats d'investissement à moyen et long terme, chercheraient à stabiliser un volet précis tel que le risque politique, le risque fiscal ou le risque environnemental.

## Les clauses de stabilisation constituent une pratique des plus courantes dans les conventions conclues entre des investisseurs étrangers et le Maroc

*La stabilisation du risque fiscal étant au cœur des négociations, la clause type adoptée stipulerait que « Les conditions fiscales applicables à la société aux fins de la réalisation du projet ont été convenues à l'issue de négociations de bonne foi sur la base de la législation et des conditions fiscales en vigueur à la date de signature de la présente convention et demeureront applicables nonobstant toute modification future et ce jusqu'au terme du contrat ».*

Les secondes, les clauses d'équilibre économique, se trouvent être à la mode dans les contrats d'investissement internationaux signés avec les Etats hôtes, marocain notamment. Celles-ci obligent l'Etat à entrer en négociation avec son cocontractant afin de trouver une issue favorable au déséquilibre

économique qu'a subi le contrat suite aux modifications du cadre réglementaire survenues postérieurement à la conclusion dudit contrat. Une telle restauration de l'équilibre économique se concrétisera en réalité par une indemnisation au profit de l'investisseur.

*Atitre totalement illustratif, une clause d'équilibre économique stipulerait que « Dans l'éventualité où une modification de la loi, y compris toute modification des conditions fiscales, aurait un effet défavorable important sur les avantages économiques dont la société aurait pu bénéficier, les termes de la présente convention seront ajustés dès que possible afin de compenser la société pour cet effet défavorable ».*

L'Etat hôte, s'engagera alors à réparer le déséquilibre et le manque à gagner qu'aurait subi l'investisseur du fait de la promulgation de la nouvelle réglementation et cette réparation prendrait la forme, soit par l'ajustement des conditions du contrat lors d'un procès de renégociation de ses termes (durée du contrat, taux d'imposition fiscal, tarifs douaniers, etc) soit par le paiement d'une indemnité financière à l'investisseur.

Il apparaît donc que les clauses de stabilisation si elles sont effectivement incluses dans une convention, doivent être soigneusement rédigées.

La pratique récente tend à leur donner un objet de plus en plus restreint et à déterminer avec une grande précision souvent sous forme d'énumération, leur champ d'application afin d'éviter le recours aux tribunaux arbitraux qui se sont vus au fil des années être extrêmement exigeants.



## II. La clause de stabilisation : Une jurisprudence exigeante

De plus en plus, l'arbitrage est la voie de règlement usuelle dans les contrats d'investissements internationaux. Le Maroc, en tant que partie signataire de la convention CIRDI de 1965, s'est vu au fil des années et à plusieurs reprises engagé en arbitrage contre les investisseurs qu'il a accueilli.

Au Maroc, les clauses de stabilisation ont réussi au cours des cinquante dernières années à éveiller un vif débat jurisprudentiel quant à leur portée, efficacité mais surtout validité. Les tribunaux arbitraux ont été confrontés, et à plusieurs reprises, à la question de savoir comment un Etat peut-il s'engager à limiter sa souveraineté qui par essence est un droit inaliénable qui lui est accordé tant par le droit public international que garanti par la constitution interne ?

Une jurisprudence qui remonte à 1977 et dont les fondements illuminent à nos jours la résolution des conflits internationaux a tranché ce point de manière remarquablement précise. Dans ce litige opposant deux sociétés pétrolières à l'Etat Libyen<sup>1</sup>, l'arbitre unique désigné conclut dans des termes élégants que l'engagement de l'Etat à limiter son pouvoir normatif n'est autre que l'exercice de la souveraineté de cet Etat par lui-même et non son altération.

*Dans ce cadre, l'arbitre expliqua dans sa sentence que "a state cannot invoke its sovereignty to disregard commitments freely undertaken through the exercise of this same sovereignty" et que la clause de stabilisation "does not in principle impair the sovereignty of the Libyan state. Not only the Libyan state has freely undertake commitments but also the fact that this clause stabilization the petroleum legislations and regulation as of the date of the execution of the agreement does not affect in principle the legislative and regulatory sovereignty of Libya. Libyan reserves all its prerogatives to issue laws and regulations in the field of petroleum activities in respect of national and foreign persons with which it has not undertaken such commitment. Article 16, which is the stability clause, only makes such acts invalid as far as contracting parties are concerned-with respect to whom this commitment has been undertaken- during the period of applicability of the deeds of concession".*

Une autre sentence<sup>2</sup>, deux ans après celle de 1977 a réitéré cette même position en arguant que les clauses

de stabilisation qui ont été librement souscrites par le gouvernement, n'affectent pas dans son principe sa souveraineté législative et réglementaire puisqu'elles conservent l'une et l'autre à l'égard de ceux, nationaux ou étrangers, avec lesquels ce gouvernement n'a pas pris de tels engagements, et qu'elles se bornent, dans le cas présent, à rendre inopposables à l'égard de son cocontractant, les modifications aux dispositions législatives et réglementaires visées à l'accord.

Depuis, la validité des clauses de stabilisation au regard du droit international a été confirmée par la jurisprudence à plusieurs reprises et de grandes affaires arbitrales<sup>3</sup> ont affirmé que les engagements contractuels de l'Etat ne sont autres qu'une manifestation du droit souverain de l'Etat et un exercice de son engagement envers les principes de *pacta sunt servanda, bona fide et estoppel*.

Bien plus encore, dans une affaire dite El Paso<sup>4</sup> un tribunal CIRDI a jugé que la violation d'une clause de stabilisation pourrait être perçue comme une violation du traitement juste et équitable et, plus précisément, un manquement à l'obligation de l'Etat d'accueil de respecter les attentes légitimes de l'investisseur à ce que le cadre législatif de l'Etat d'accueil ne soit pas modifié.

Nous ne pouvons que conclure en affirmant que la clause de stabilisation pose un grand problème de classification et de terminologie. Elle demeure un concept complexe et difficile à cerner et la pratique n'a pas manqué de rendre la tâche plus éprouvante.

Chercher à mettre le contractant privé à l'abri des vicissitudes de la législation de l'Etat d'accueil en lui accordant en quelque sorte une immunité normative envers de nouvelles lois et règlements, est la tâche habituellement confiée aux rédacteurs de ces clauses. Rédaction qui devant sa complexité a donné lieu à un vif débat jurisprudentiel qui semble aujourd'hui admettre en tout état la validité des clauses de stabilisation.

Nous mettons donc fin à cet écrit en rejoignant Emer De Vattel lorsqu'il écrivait au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle qu'un Etat ne peut accorder l'accès de son territoire aux étrangers pour « les faire tomber dans un piège ». « Dès qu'il les reçoit », ajoutait-il « il s'engage à les protéger comme ses propres sujets, à les faire jouir, autant qu'il dépend de lui, d'une entière sûreté »<sup>5</sup>.

**Il apparait donc que les clauses de stabilisation si elles sont effectivement incluses dans une convention, doivent être soigneusement rédigées**

<sup>1</sup> *Texaco Overseas Petroleum Company et California Asiatic Oil Company c/ Libye*, 19 janvier 1977

<sup>2</sup> *AGIP SpA c/ Congo*, CIRDI affaire n° ARB/77/1, 30 novembre 1979

<sup>3</sup> *Kuwait c/ Aminoil*, 24 mars 1982 ; *Parkerings-Compagniet AS c/ Lituanie*, CIRDI affaire n° ARB/05/8, 11 septembre 2007

<sup>4</sup> *El Paso Energy International Company c/ Argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/03/15, 27 avril 2006

<sup>5</sup> Emer De Vattel, *Le Droit des gens : Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, vol. 1, Londres 1758



ARTEMIS

ABONNEZ-VOUS A

# LA LETTRE D'ARTÉMIS



pour les conditions d'abonnement, Il vous suffit de nous envoyer vos coordonnées :

PAR MAIL  
**lettre@artemis.ma**

PAR COURRIER

ARTEMIS SA  
Belgi center, 17 Rue Ibn Khalikan, Palmier,  
Casablanca