



Issue : Vol. 2 - issue 3  
Published : June 2005

# Transnational Dispute Management

[transnational-dispute-management.com](http://transnational-dispute-management.com)

## Changement de législation fiscale et arbitrage international by S. Manciaux

### About TDM

**TDM** (Transnational Dispute Management): Focussing on recent developments in the area of Investment arbitration and Dispute Management, regulation, treaties, judicial and arbitral cases, voluntary guidelines, tax and contracting.

Visit [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com) for full Terms & Conditions and subscription rates,

### Open to all to read and to contribute

Our aim is for TDM to become the hub of a global professional and academic network. Therefore we invite all those with an interest in Investment arbitration and Dispute Management to contribute. We are looking mainly for short comments on recent developments of broad interest. We would like where possible for such comments to be backed-up by provision of in-depth notes and articles (which we will be published in our 'knowledge bank') and primary legal and regulatory materials.

Please contact **Editor-in-Chief** Thomas Wälde at [twwalde@aol.com](mailto:twwalde@aol.com) if you would like to participate in this global network: we are ready to publish relevant and quality contributions with name, photo, and brief biographical description - but we will also accept anonymous ones where there is a good reason. We do not expect contributors to produce long academic articles (though we publish a select number of academic studies either as an advance version or an TDM-focused republication), but rather concise comments from the author's professional 'workshop'.

**Editor-in-Chief**  
Thomas W. Wälde  
[twwalde@aol.com](mailto:twwalde@aol.com)  
Professor & Jean-Monnet Chair  
CEPMLP/Dundee and Principal  
Thomas Wälde & Associates

© Copyright TDM 2005  
TDM Cover v1.0

## Changement de législation fiscale et arbitrage international

Sébastien MANCIAUX\*

1. Les points de contact potentiels entre ces deux disciplines juridiques que sont l'arbitrage et la fiscalité sont multiples; par définition, toute législation fiscale représente une contrainte pour les contribuables assujettis et il est rare que ces derniers s'en accommodent aisément. Qu'un impôt soit contesté ouvertement ou de façon détournée -par le biais de la fraude fiscale- les litiges entre les contribuables et les administrations fiscales sont nombreux et également nombreux sont les recours à un mode de règlement desdits litiges. Le recours à l'arbitrage comme mode de règlement des litiges fiscaux ne va pourtant pas de soi. Dans les rapports internes, les États répugnent à confier aux tiers que sont les arbitres le contentieux d'une matière qui incarne tant leur souveraineté<sup>1</sup>, et il en va de même dans le cadre des rapports interétatiques<sup>2</sup>. La situation n'est plus la même lorsque l'on se situe dans la sphère des relations économiques internationales; les États, désireux d'attirer de nombreuses activités économiques sur leur territoire, sont prêts à faire de multiples concessions, à commencer par l'octroi de régimes fiscaux favorables aux investisseurs étrangers<sup>3</sup>. Si ces derniers ne sont pas indifférents au régime fiscal appliqué à leurs activités, ils ne tiennent pas à ce qu'un éventuel litige -relatif par exemple à l'application de ladite législation fiscale- soit tranché par une juridiction de l'État accueillant leur investissement<sup>4</sup>. A quoi servirait-il de bénéficier du meilleur régime fiscal qui soit si le moindre litige survenant à son propos devait être soumis à des juges étatiques

---

\* Maître de conférence à l'Université de Bourgogne, CREDIMI

<sup>1</sup> Ainsi les litiges entre le fisc et un contribuable français relèvent-ils de la compétence des juridictions françaises, l'arbitrage étant totalement exclu en la matière par le jeu de l'article 2060 du Code civil ("*On ne peut compromettre (...) sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières intéressant l'ordre public*").

<sup>2</sup> Les Conventions fiscales bilatérales visant à éliminer les doubles impositions prévoient presque toutes que les litiges relatifs à leur application doivent être réglés à l'amiable par les administrations fiscales concernées; l'arbitrage, rarement prévu (et encore moins utilisé), ne doit intervenir qu'à titre subsidiaire, lorsque la procédure amiable n'a pas abouti. Sur la question, v. Jean-Pierre LE GALL, "Fiscalité et arbitrage", *Rev. arb.* 1994, p. 3 et s. et 253 et s., spéc. pp. 24-28. Il semblerait cependant que, dernièrement, aient été initiées quelques procédures d'arbitrage, notamment sur le fondement de la convention européenne de 1990 en la matière (*EC Convention on the Elimination of Double Taxation in Connection with the Adjustment of Profits of Associated Enterprises, 90/436/EEC*). Quelques années risquent cependant encore de s'écouler avant que l'on puisse connaître l'issue et le contenu de tels arbitrages...

<sup>3</sup> Pour un état des lieux récent de la surenchère fiscale à laquelle se livrent la plupart des États d'Afrique, d'Asie, du Proche et Moyen-Orient et d'Amérique latine, en proposant aux -très courtisés- investisseurs étrangers de nombreuses dispositions incitatives en la matière (dégrèvements, exemptions d'impôts durant les premières années d'exploitation, etc.), v. C. VADCAR, "Le projet d'Accord multilatéral sur l'investissement : Problématique de l'adhésion des pays du Sud", *JDI* 1998, p. 9 et s., spéc. pp. 33-44. Les États industrialisés n'échappent pas à ce phénomène, surtout lorsqu'il s'agit d'attirer sur leur territoire un gros investissement.

<sup>4</sup> Le terme investissement est ici employé dans une acception large; il désigne toute activité économique s'exerçant dans le temps et sur un territoire déterminé.

réputés -à tort ou à raison- dépendants de l'État qu'ils servent ? Ce raisonnement des investisseurs étrangers les amène, lorsqu'ils le peuvent (c'est à dire quand l'opération projetée est suffisamment importante pour leur permettre de négocier avec l'État), à faire en sorte d'obtenir que les différends éventuels surgissant à propos de leur investissement soient soumis à un mode de règlement présumé impartial, l'arbitrage international.

2. Parmi les différends d'ordre fiscaux susceptibles d'être soumis à un arbitrage international figurent ceux générés par les modifications de législation fiscale. Même si l'on peut discuter de la prééminence de la fiscalité en tant que critère déterminant le développement -ou le maintien- d'une activité économique sur un territoire donné<sup>5</sup>, il est évident qu'elle est prise en compte par l'investisseur lorsqu'il cherche à calculer la rentabilité de l'opération qu'il projette d'effectuer. Dans ce contexte, toute modification ultérieure par l'État de territorialité de sa législation fiscale -par hypothèse dans un sens défavorable- ne peut qu'affecter le retour sur investissement attendu par l'opérateur étranger.

3. Or, les sentences arbitrables publiées tranchant un tel contentieux brillent par leur rareté, phénomène déjà signalé par Jean-Pierre LE GALL<sup>6</sup> et constaté à nouveau lors de nos recherches; quatre sentences arbitrales, tel est à notre connaissance l'état du contentieux publié. Même en élargissant le champ d'investigation aux sentences non publiées pour lesquelles on dispose de quelques indications, aux différends connus en la matière et ayant fait l'objet d'une procédure de conciliation<sup>7</sup> ou ayant donné lieu à une transaction entre les parties<sup>8</sup>, le nombre total d'affaires recensées ne dépasse guère la douzaine (v. Annexe *infra*).

Dresser le constat de la rareté du contentieux que l'on se propose d'étudier amène immédiatement à s'interroger sur le pourquoi de cet état de fait (I). Mais il n'est pas

---

<sup>5</sup> D'autres critères sont aussi importants : les paramètres, économiques (existence d'un marché, conditions matérielles et coûts de production et de commercialisation, ...), politiques (stabilité des institutions de l'État considéré), sociaux (niveau de formation du personnel local) et, parmi les paramètres juridiques, outre la législation fiscale, les législations douanières, sociales, etc. La délocalisation, il y a quelques années, d'un site de production de la société Hoover de Dijon en Écosse a d'ailleurs prouvé, si besoin en était, que le dumping social n'avait rien à envier au dumping fiscal.

<sup>6</sup> Jean-Pierre LE GALL, *op.cit.*, spéc. p. 253. Le constat de la rareté des sentences où il est question de droit fiscal dans l'arbitrage international vaut *a fortiori* lorsque l'on focalise sur les seules sentences relatives à un changement de législation fiscale, à l'exclusion de celles se prononçant sur l'attribution des charges fiscales afférentes à un contrat international à l'un ou l'autre des co-contractants.

<sup>7</sup> Affaire *Tesoro Petroleum c. Trinidad et Tobago* soumise à la procédure de conciliation organisée par la Convention de Washington du 18 mars 1965 créant le CIRDI, (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements); le CIRDI propose en effet comme mode de règlement des différends l'arbitrage ou la conciliation.

<sup>8</sup> Les transactions étudiées figurent parmi celles présentées par W. PETER in *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*, Martinus Nijhoff publishers, Dordrecht, 1986.

concevable de s'en tenir là car, même peu fournie, une jurisprudence existe et il convient, dans un second temps, de l'analyser (II).

I) La rareté des sentences arbitrales relatives aux changements de législation fiscale : tentatives d'explications

4. De nombreuses raisons peuvent être avancées pour tenter d'expliquer le phénomène constaté. La plupart ne sont pas convaincantes; on se doit pourtant de les mentionner avant d'exposer celle qui paraît la plus plausible.

A) Les explications inopérantes

5. Le premier facteur susceptible d'expliquer la rareté des sentences arbitrales relatives aux changements de législation fiscale serait tout simplement la rareté de tout contentieux en la matière. Mais pour que cette explication puisse être validée, encore faudrait-il pouvoir évaluer la part de ce contentieux par rapport à l'ensemble des litiges soumis aux arbitres du commerce international, évaluation qui reste à établir sur la base des seules affaires rendues publiques, cette dernière restriction pouvant fausser toute étude statistique sur le sujet.

A défaut d'évaluation chiffrée, existe-t-il des indices permettant de présumer d'un tel état de fait ? A la réflexion, aucune raison ne semble pouvoir être avancée pour étayer une éventuelle et faible "litigiosité" de la matière : les législations fiscales ne se caractérisent pas par leur stabilité (qu'il s'agisse des assiettes ou des taux d'imposition) et la fiscalité et ses évolutions ne sauraient être ignorées par les dirigeants d'entreprises de plus en plus soumis aux exigences de rentabilité immédiate imposées par les actionnaires. Au contraire, il semble bien que la fiscalité soit une source importante de litiges entre États et investisseurs étrangers<sup>9</sup>.

6. Si la rareté de la jurisprudence arbitrale recensée ne s'explique pas par l'indigence du contentieux, ne pourrait-elle alors résulter du faible nombre de clauses compromissaires ?

---

<sup>9</sup> Cf. P. JUILLARD, "Chronique de droit international économique, Investissements", *AFDI* 1985, p. 711 et s., spéc. p. 722.

Il est vrai que parmi les affaires recensées, certaines ont donné lieu à des décisions de juridictions internes, faute de clause prévoyant un autre mode de règlement des différends. C'est ainsi que le litige opposant la société *Borneo Company Ltd* à la Thaïlande -à propos d'une concession forestière pour l'exploitation du bois de teck- fut définitivement tranché par la Cour suprême de cet État après avoir été soumis d'abord à une juridiction de première instance puis à une Cour d'appel; ayant conclu un contrat aux termes duquel il s'engageait notamment à se soumettre à toute aggravation de la fiscalité pesant sur son activité, le concessionnaire fut condamné par la juridiction suprême thaïlandaise à verser la nouvelle redevance pour l'entretien de la forêt<sup>10</sup>. Dans le litige opposant la société américaine *Revere Copper and Brass Incorporated* à la Jamaïque à la suite de l'augmentation en 1974 du taux de l'impôt sur la production de bauxite, la Cour suprême jamaïcaine décida que cette aggravation de la fiscalité ne constituait pas une violation du contrat d'investissement, et ce en dépit de l'inclusion dans ce dernier d'une clause de stabilisation fiscale<sup>11</sup>. La soumission dans cette dernière affaire du pouvoir juridique au pouvoir politique, accentuée par la crise économique rencontrée par ce pays à la suite du premier choc pétrolier, est exactement le type de situation à laquelle les investisseurs étrangers veulent échapper en soumettant le règlement des litiges potentiels à un tiers. Il ne faut pourtant pas en déduire que les juridictions de l'État qui modifie sa fiscalité vont systématiquement se ranger derrière le législateur national et donner tort à l'investisseur étranger. Ainsi en 1984, la cour d'appel d'Eidsivating donna-t-elle tort à l'État norvégien qui avait décidé par décret que la redevance due par les sociétés productrices de pétrole devait être versée dorénavant par acomptes trimestriels et non plus semestriels; la juridiction norvégienne, se fondant notamment sur la protection des droits acquis des possesseurs de licence d'exploitation pétrolière, décida que la modification de la législation fiscale ne pouvait s'appliquer qu'aux contrats conclus postérieurement à l'entrée en vigueur dudit décret<sup>12</sup>.

Il n'en demeure pas moins que les investisseurs étrangers sont dans l'ensemble méfiants vis-à-vis des juridictions nationales et préfèrent soumettre leur contentieux à un autre

---

<sup>10</sup> L'article 4 du contrat de concession se lisait ainsi : "*En sus de toutes les sommes payables au titre de l'article 3, le concessionnaire s'engage à payer tous les droits et taxes dus au titre des lois et usages relatifs au commerce du bois de teck actuellement en vigueur ou qui entreraient en vigueur par la suite*" (traduction personnelle). Pour un résumé de l'affaire, J. GILLIS WETTER et Stephen M. SCHWEBEL, "Some little-known cases on concessions", *XL Brit. Y. B. Int'l L.* 1964, p. 183 et s., spéc. pp. 210-216.

<sup>11</sup> L'investissement en cause était couvert par un contrat d'assurance souscrit par l'investisseur auprès de l'organisme américain d'assurance des investissements étrangers, l'OPIC (Overseas Private Investment Corporation). L'investisseur ayant demandé à être indemnisé pour l'expropriation dont il estimait avoir été victime, ce que contestait l'OPIC, le différend fit l'objet d'un arbitrage interne sous l'égide de l'AAA (American Arbitration Association). La sentence rendue le 24 août 1978 a été publiée in *XVII ILM* 1978, p. 1321 et s.

<sup>12</sup> Pour un résumé de l'affaire, cf. A. FRIHAGEN, "The Ekofisk Royalty Case", *Journal of Energy and Natural Resources Law* 1985, n° 2, p. 121 et s.

mode de règlement des différends, comme l'illustrent dix des quatorze affaires citées en Annexe<sup>13</sup>.

7. La rareté des sentences arbitrales recensées ne pourrait-elle alors résulter de décisions d'inarbitrabilité prononcées à l'encontre d'un grand nombre de litiges fiscaux ? Il est vrai que lorsqu'un litige oppose un investisseur étranger à un État d'accueil à propos de questions fiscales, la tentation est grande pour ce dernier de vouloir échapper à la procédure d'arbitrage prévue au motif que la fiscalité -en tant qu'attribut de sa souveraineté- est par nature non arbitrale. Deux sentences arbitrales sur la compétence rendues récemment par des tribunaux arbitraux *ad hoc* consacrent toutefois pleinement l'arbitrabilité des litiges fiscaux soumis à l'arbitrage international<sup>14</sup>.

Dans une première affaire dans laquelle un État africain invoquait la non-arbitrabilité de la matière fiscale, les arbitres ont considéré par une sentence en date du 30 novembre 1996 que le fait que le différend portait sur une question relevant de l'ordre public n'était pas en soi un obstacle à son arbitrabilité. Constatant que l'État en question avait conclu un contrat d'investissement contenant une clause d'arbitrage et une clause de stabilisation fiscale, les arbitres décidèrent qu'il avait ainsi consenti à soumettre à l'arbitrage les litiges qui surviendraient, y compris sur des questions fiscales. Les arbitres ajoutèrent en conclusion qu' "*on ne peut considérer qu'un différend fiscal soit, par principe, inarbitrable*"<sup>15</sup>.

Dans la seconde affaire opposant le même État africain à une compagnie pétrolière européenne, un autre tribunal arbitral *ad hoc* décida le 9 décembre 1996 que, dans le contexte des contrats d'État, l'État ne pouvait utilement soulever l'incompétence du tribunal en invoquant le caractère fiscal du différend sans méconnaître la clause d'arbitrage acceptée par les parties et le principe de la bonne foi dans l'exécution des contrats. L'un des motifs déterminants de la sentence est que l'ordre public international ne constitue pas un obstacle à l'arbitrabilité des litiges fiscaux; au contraire, selon la sentence, l'ordre public international exige que le litige soit arbitral dès lors qu'il existe une clause d'arbitrage recouvrant ce type de litige<sup>16</sup>.

Il peut être ajouté que l'allégation d'inarbitrabilité des litiges fiscaux soulevée par certains États était déjà fragilisée par l'attitude inverse consistant pour un État de demander aux arbitres du commerce international de trancher les aspects fiscaux d'un contentieux

---

<sup>13</sup> En plus des trois relations contractuelles litigieuses présentées dans ce paragraphe, seul le contrat de concession en cause dans l'affaire opposant la société *Bougainville Copper Ltd* à la Papouasie Nouvelle-Guinée ne contenait ni clause d'arbitrage ni clause de conciliation. Les deux parties parvinrent à une transaction, cf. W. PETER, *op. cit.*, p. 52 et s.

<sup>14</sup> Ces deux sentences, inédites, sont citées par E.GAILLARD, "L'arbitrabilité des litiges fiscaux dans les investissements internationaux", *Rev. Prat. Dr. Ent.* 1999, n° 12, pp.42-43.

<sup>15</sup> Sentence sur la compétence du 30 novembre 1996, p. 10.

<sup>16</sup> D'après E.GAILLARD, *op. cit.*

l'opposant à un investisseur étranger. Une telle attitude entraînant *ipso facto* reconnaissance de l'arbitrabilité de la matière fiscale fut par exemple adoptée par l'Indonésie qui, devant un tribunal arbitral CIRDI, demanda à ce que l'investisseur soit condamné à restituer les avantages fiscaux qui lui avait été consentis, se proposant même de prouver les fraudes fiscales prétendument perpétrées par ce dernier<sup>17</sup>. Ce n'est donc pas le problème -désormais réglé- de l'arbitrabilité des litiges fiscaux qui fait obstacle au développement d'une jurisprudence arbitrale en la matière dès lors que les clauses d'arbitrage sont rédigées de façon suffisamment large pour couvrir ce type de différends.

8. Les clauses de règlement des différends prévues ne couvriraient-elles pas alors les litiges fiscaux ? Tel n'est sans doute pas le cas car les clauses rencontrées dans la douzaine d'affaires recensées sont rédigées de façon très large afin d'englober l'ensemble du contentieux qu'est susceptible de générer l'investissement considéré. Par exemple, la clause d'arbitrage incluse dans le contrat conclu entre la société américaine *Kaiser bauxite Cy* et l'État jamaïcain se lit ainsi :

*"Each of the parties hereto hereby agrees and consents to any legal dispute arising under the Principal Agreement or this Agreement being submitted to the International Centre for Settlement of Investment Disputes established by the Convention set out in the schedule to the Investment Dispute Awards (Enforcement) Act, 1966 of Jamaica"*<sup>18</sup>.

La clause d'arbitrage prévue dans le contrat conclu en 1925 entre la société *Power and Traction Finance Company Ltd* et l'État grec était déjà rédigée dans des termes tout aussi généraux :

*"Any and every dispute, difference or question which may arise at any time between the State and the Company or the Concessionaires touching the construction meaning or effect of this concession or of any clause or thing herein contained or the rights and liabilities of the parties hereunder or otherwise howsoever relating to the premises shall be referred to the arbitration of three arbitrators of whom one shall be nominated by the the State and one by the Company or the Concessionaires and the third who shall act as Chairman shall be chosen by the other two"*<sup>19</sup>.

Et les clauses de règlement des différends rencontrées dans les autres affaires recensées en Annexe sont rédigées de la même manière, suivant en cela la très grande majorité des clauses de règlement des différends que l'on rencontre dans la sphère des relations économiques internationales.

---

<sup>17</sup> Affaire *Amco Asia c/ Indonésie* (ARB/81/1), décision sur la compétence du 10 mai 1988, *JDI* 1989, p. 143 et s., note E.GAILLARD.

<sup>18</sup> Clause citée dans la décision sur la compétence rendue le 6 juillet 1975 par un tribunal arbitral statuant sous les auspices du CIRDI; *ICSID Rep.* 1993, p. 296 et s., spéc. p. 301.

<sup>19</sup> Clause citée par J. GILLIS WETTER et Stephen M. SCHWEBEL, *op. cit.*, p. 183 et s., spéc. p. 194. L'article contient des extraits de la sentence rendue par un tribunal arbitral *ad hoc* le 18 mars 1930.

9. La rareté de la jurisprudence arbitrale recensée ne pourrait-elle alors provenir de la plus grande confidentialité qui entourerait les sentences tranchant un litige relatif à une modification de législation fiscale ?

Par définition, cette explication ne peut être étayée par une évaluation quelle qu'elle soit. Sans se perdre en conjectures et en se fondant sur le fait que le contentieux de la fiscalité est spécifique de par son objet, "peu de réglementations juridiques incarnant autant l'*imperium* de L'État que la fiscalité"<sup>20</sup>, on pourrait avancer qu'afin de ne pas trop heurter la souveraineté de l'État -surtout dans l'hypothèse où la décision rendue lui serait défavorable- les sentences en la matière doivent être soumises à une obligation de confidentialité quasi-systématique. Cette explication semble séduisante, mais elle se heurte à l'existence d'une jurisprudence arbitrale non négligeable dans d'autres domaines où la souveraineté de l'État est tout autant en cause, comme par exemple en matière d'expropriation<sup>21</sup>.

Plus que l'objet du litige, c'est vraisemblablement son enjeu qui explique la faiblesse de la jurisprudence arbitrale.

B) L'explication la plus vraisemblable : l'enjeu des litiges étudiés

10. Si le contentieux du changement de législation fiscale est rarement porté devant les arbitres du commerce international et donne encore plus rarement lieu à une sentence, c'est qu'aucune des parties en présence n'y a intérêt. Excepté dans l'hypothèse où la modification est telle qu'elle s'apparente à une expropriation<sup>22</sup>, l'État en aggravant sa législation fiscale n'entend pas anéantir les investissements réalisés sur son territoire et l'investisseur de son côté n'entend pas -en contestant ladite aggravation- mettre un terme à ses opérations sur le territoire concerné. L'État cherche à améliorer ses rentrées fiscales mais n'a pas intérêt à ce que l'augmentation de la fiscalité ait pour effet de faire cesser l'activité imposable (auquel cas la mesure aurait l'effet opposé de ce qui était recherché). L'investisseur va lui s'opposer à toute mesure diminuant la rentabilité de son investissement, mais tant que ce dernier génère des profits suffisants, il sera intéressant pour lui de continuer à l'exploiter.

---

<sup>20</sup> Selon la propre expression de J-P LE GALL, *op. cit.*, p. 4.

<sup>21</sup> Référence est faite ici aux célèbres sentences arbitrales internationales rendues à propos de ce type de contentieux dans les années 70 et au début des années 80, contentieux à nouveau rencontré par le tribunal des différends irano-américains et plus récemment encore par plusieurs tribunaux arbitraux CIRDI, (v. les sentences *Tradex Hellas c. ALBANIE* (ARB/94/2) en date du 29 avril 1999 et *Compania del Desarrollo de Santa Elena SA c. COSTA RICA* (ARB/96/1) en date du 17 février 2000, disponibles sur le site internet du CIRDI : <http://www.worldbank.org/icsid>).

<sup>22</sup> V. *infra* § 33.



C'est parce que l'intervention de l'État vise à modifier l'environnement juridique de l'investissement mais non pas à anéantir ce dernier<sup>23</sup> et qu'il peut être opportun pour l'investisseur de poursuivre son activité, même à profits réduits, que le différend va plus souvent donner lieu à des discussions pour parvenir à un arrangement qu'à un affrontement judiciaire figeant les antagonismes.

11. Les parties à un litige né de la modification d'une législation fiscale peuvent rechercher un règlement amiable en l'absence de toute clause d'arbitrage ou de conciliation, mais ce cas de figure ne risque fort de se rencontrer que dans le contexte particulier où l'État ne peut se permettre d'effrayer de potentiels investisseurs étrangers en engageant une procédure devant ses tribunaux contre un investisseur déjà installé. Les importantes négociations engagées par la Papouasie Nouvelle-Guinée avec la société américaine *Kennecott Copper Corporation* à propos du projet minier *OK Tedi* expliquent ainsi en grande partie son attitude conciliante à l'égard de la société *Bougainville Copper Ltd* qui ne disposait pourtant d'aucune clause de règlement des différends<sup>24</sup>. C'est dire qu'un flux attendu ou espéré de nouveaux investissements constitue un facteur extra-juridique qui incite l'État partie au différend à la modération afin de ne pas porter atteinte à son crédit.

12. La recherche d'un arrangement est plus fréquente en présence d'une clause compromissoire. Cet état de fait n'est qu'apparemment paradoxal; il confirme le vieil adage selon lequel "*un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès*". La clause d'arbitrage joue à la fois le rôle d'un catalyseur et de l'épée de Damoclès : les antagonistes sont condamnés à s'entendre faute de quoi la procédure judiciaire qu'est un arbitrage sera inévitable. Dans un contexte où la demande d'investissements est plus forte que l'offre, l'État est souvent celui des deux protagonistes qui a le plus à redouter d'une procédure d'arbitrage. Même si cette procédure reste confidentielle, son existence -révélatrice d'un contentieux- risque fort de transpirer dans le cercle restreint du milieu d'affaires considéré, entachant ainsi la réputation de l'État. Au contraire, la conclusion d'un arrangement -qui ne manquera pas également de venir à la connaissance d'un certain nombre d'initiés- sera perçue comme un signal favorable, l'État en cause apparaissant aux yeux des investisseurs comme un "partenaire" avec lequel on peut discuter.

---

<sup>23</sup> Sur la distinction (critères et intérêts) entre les mesures étatiques anéantissant un investissement de celles qui ne font que modifier son environnement, v. notre thèse "Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États : 25 années d'activité du Centre International pour le Règlement des différends relatifs aux Investissements", Dijon, 1998.

<sup>24</sup> Cf. W. PETER, , *op. cit.*, p. 52 et s.

13. L'arrangement auquel parviennent l'État et l'investisseur étranger peut ainsi intervenir avant toute saisine du tribunal arbitral. Tel fut le cas dans le contentieux opposant une filiale de la société américaine *Freeport MC MoRan* à l'État indonésien, ce dernier voulant aligner le contrat conclu en 1966 sur les contrats miniers subséquents et moins avantageux passés avec d'autres investisseurs étrangers. En dépit d'une clause d'arbitrage *ad hoc*, une renégociation du contrat initial fut entamée et déboucha en 1974 sur un accord au terme duquel notamment la période initiale d'exemption fiscale fut réduite à un an et deux taux d'imposition revus à la hausse<sup>25</sup>.

14. L'arrangement peut également intervenir après qu'une instance arbitrale ait été initiée; tel fut le cas dans les trois litiges opposant la Jamaïque à des producteurs de bauxite et soumis à des tribunaux arbitraux CIRDI<sup>26</sup>. Simultanément à la modification de sa législation fiscale, la Jamaïque notifia une réserve au CIRDI qui excluait de la compétence de cette institution d'arbitrage à son égard "*les différends juridiques survenant directement à l'occasion d'un investissement relatif à des ressources minérales ou autres ressources naturelles*"<sup>27</sup>. Les arbitres retinrent pourtant leur compétence en décidant que la notification opérée par la Jamaïque ne valait que pour l'avenir et ne s'appliquait donc pas aux litiges qui leur étaient soumis<sup>28</sup>. A la suite de cette décision, les parties parvinrent à un accord<sup>29</sup> incluant une hausse de la pression fiscale (et ce en dépit de clauses de stabilisation) et les tribunaux arbitraux furent dessaisis avant qu'ils n'aient rendu de sentences sur le fond des litiges. On constatera ici que l'instance arbitrale engagée joue un rôle proche de celui de la clause compromissoire; les premières décisions rendues par les arbitres (mesures provisoires, décisions sur la compétence) permettent et donnent le temps à chaque partie de faire le point sur les forces et faiblesses de sa position et facilitent de la sorte le règlement amiable du litige. Les arrangements ainsi conclus démontrent,

<sup>25</sup> Cf. W. PETER, , *op. cit.*, p. 47 et s. En outre, L'Etat indonésien obtint 8,5% du capital social de la filiale de droit local et l'adjonction d'une clause de renégociation permanente couvrant la plupart des aspects juridiques de l'investissement.

<sup>26</sup> Il s'agit des affaires *Alcoa Minerals of Jamaica Inc. c/ JAMAÏQUE* (ARB/74/2), *Kaiser Bauxite Cy c/ JAMAÏQUE* (ARB/74/3) et *Reynolds Jamaica Mines Ltd et Reynolds Metals Cy c/ JAMAÏQUE* (ARB/74/4), réf. citées *infra* en Annexe. Ses affaires sont contemporaines de l'affaire opposant le même Etat à la société *Revere Copper and Brass Incorporated*, mais dans ce dernier cas l'investisseur américain ne disposait pas d'une clause compromissoire organisant un arbitrage international.

<sup>27</sup> Cf. "Liste des Etats contractants et des mesures prises par eux aux fins d'application de la Convention", *Doc. CIRDI/8*, février 1996.

<sup>28</sup> Bien que les litiges soient quasi identiques et que les mêmes arbitres furent désignés dans ces trois affaires, ces dernières ne furent pas jointes. Elles donnèrent cependant lieu à des décisions sur la compétence identiques en tout point (réf. citées *infra* en annexe).

<sup>29</sup> Détaillé par W. PETER, , *op. cit.*, p. 58 et s.

paradoxalement, l'utilité de l'arbitrage<sup>30</sup>. Il n'en demeure pas moins que les affaires donnant lieu à une sentence arbitrale exploitable sont de loin les plus intéressantes.

## II) Analyse de la jurisprudence arbitrale disponible

15. Parmi les différends recensés, une distinction très nette s'opère entre ceux à propos desquels l'investisseur étranger a pu se prévaloir d'une clause de stabilisation fiscale de ceux où l'investisseur n'a pu le faire, faute d'en disposer ; de l'absence ou de la présence de cet engagement vont dépendre les questions à trancher par les arbitres et, par voie de conséquence, l'issue du litige.

### A) Les litiges à propos desquels l'investisseur n'a pu se prévaloir d'une clause de stabilisation

16. Le contentieux généré par une modification de législation fiscale en l'absence d'engagement étatique de ne pas appliquer une telle modification à l'investisseur étranger semble marginal. Sur les dix différends susceptibles d'être soumis à l'arbitrage, seuls deux d'entre eux correspondent à ce cas de figure.

Le premier est celui qui opposa la société américaine *Freeport MC MoRan* à l'État indonésien, conclue par un arrangement entre les deux parties<sup>31</sup>. Dans la seconde affaire opposant la société *Tesoro Petroleum Corporation* au gouvernement de Trinité et Tobago, le litige était né de la décision du gouvernement trinitain de créer en 1980 une nouvelle taxe pétrolière à laquelle fut assujettie la *joint venture* constituée entre ces deux parties. L'investisseur dénonça fortement cette aggravation de la fiscalité mais, faute d'engagement de l'État de ne pas appliquer à l'entreprise commune les modifications de législation fiscale, il ne plaça pas le contentieux sur ce plan là. Sa réaction se traduisit de la manière suivante : les membres du conseil d'administration nommés par ses soins s'opposèrent à l'engagement de nouvelles dépenses d'exploration pétrolière, décision qui ne pouvait être prise qu'à la majorité des deux tiers. En représailles, les membres nommés par le gouvernement de ce même conseil s'opposèrent eux à ce que les bénéfices réalisés en 1981 et 1982 soient distribués. Pour sortir de cette impasse, l'investisseur initia la procédure de conciliation CIRDI prévue dans le contrat cadre; le conciliateur proposa un mode de

<sup>30</sup> En ce sens mais à propos d'une autre affaire, cf. P. LALIVE "The First" World Bank Arbitration (*Holiday Inns v. Morocco*)- Some legal Problems" LI *Brit. Y. B. Int'l L.* 1980, p. 123 et s., spéc. pp. 123-124.

<sup>31</sup> Réf. et issue citées *supra* § 13.

répartition des bénéfices pour les années en cause et cette proposition acceptée par les parties mit un terme au différend<sup>32</sup>.

17. Bien que dans les deux cas cités aucune procédure d'arbitrage ne fut initiée, l'attitude des investisseurs et les solutions acceptées par eux sont riches d'enseignements. En l'absence d'un engagement étatique stabilisant la législation fiscale, les investisseurs n'ont pas contesté le principe de l'application à leur encontre d'une modification de cette législation. L'attitude de l'investisseur dans la seconde affaire citée est à cet égard révélatrice; plutôt que d'engager le conflit sur le terrain du droit pour l'État de lui appliquer une législation fiscale moins favorable, l'investisseur essaya de faire pression sur ce dernier par le biais des mécanismes offerts par les statuts de la *joint venture*. L'État en fit de même pour ses contre-mesures de sorte que, fiscal à l'origine, le litige fut déplacé sur le terrain du droit des sociétés. Il semble ainsi que même les investisseurs internationaux, fers de lance du libéralisme économique, respectent cet aspect de la souveraineté des États qui consiste à pouvoir imposer les changements de législation fiscale aux personnes assujetties, tant qu'il n'existe pas d'engagement dans le sens contraire. Preuve en est que dans les deux affaires étudiées, *in fine*, les investisseurs étrangers finirent par accepter le nouveau régime fiscal moins avantageux promulgué par l'État. L'absence de toute sentence arbitrale dans le cas de figure envisagé milite en faveur de la même conclusion; la carence de contentieux publié résulte ici sans doute du défaut de tout contentieux plutôt que de la confidentialité qui l'entourerait. Comment expliquer en effet que l'on ne dispose d'aucune sentence arbitrale dans ce cas alors que l'on parvient à en recenser quelques-unes lorsqu'existe une clause de stabilisation ? Intimement persuadés que tout État a le droit d'imposer les changements de sa législation fiscale aux personnes qui y sont assujetties, les investisseurs étrangers n'envisagent sans doute pas de contester juridiquement lesdites modifications lorsqu'elles sont prises, certains de l'issue qui serait donnée à leur démarche. Il faut cependant préciser que cet acquiescement des investisseurs étrangers aux modifications de législation fiscale applicable n'est pas sans limite; même en l'absence de clause de stabilisation, les opérateurs économiques ne sont pas prêts à accepter toute modification de l'environnement de leur investissement ; la hausse de la pression fiscale qui bouleverserait l'équilibre financier de l'investissement ne pourrait plus être considérée comme une modification mais comme l'anéantissement de celui-ci, cas de figure qui ouvre d'autres recours juridiques à l'investisseur (v. *infra* §. 32). Cette précision étant apportée, il est ensuite possible de s'intéresser aux sentences arbitrales ayant tranché des litiges dans lesquels l'investisseur étranger se prévalait d'une clause de stabilisation fiscale.

---

<sup>32</sup> Pour un résumé de cette affaire, v. L. NURICK et Stephen J. SCHNABLY, "The First ICSID Conciliation; Tesoro Petroleum Corporation v. Trinidad and Tobago", *ICSID Rev.-FILJ* 1986, p. 340 et s.

## B) Les litiges à propos desquels l'investisseur a pu se prévaloir d'une clause de stabilisation

18. Les clauses de stabilisation rencontrées par les arbitres du commerce international dans les quelques affaires recensées sont remarquables de diversité. Certaines ne visent que le seul domaine fiscal<sup>33</sup> alors que d'autres ont un champ d'application plus vaste et couvrent, par exemple, la législation douanière en sus de la fiscalité<sup>34</sup>. Une autre classification peut être dressée entre clauses de stabilisation absolue, clauses de stabilisation partielle et clauses de non-aggravation : les premières excluent l'application de toute législation postérieure quelle qu'elle soit<sup>35</sup>, les deuxièmes fixent un plafond à une éventuelle aggravation ultérieure<sup>36</sup> et les dernières prévoient que seules les modifications légales plus favorables à l'investisseur pourront lui être appliquées<sup>37</sup>. Outre ces clauses classiques qui ont déjà fait l'objet d'études poussées<sup>38</sup>, on peut signaler l'existence de clauses plus originales, comme celle incluse dans un contrat de construction immobilière conclu entre un entrepreneur français et un maître d'ouvrage libyen et qui visait à rendre forfaitaire la rémunération attendue par l'entrepreneur<sup>39</sup>. Spécifique parce que souscrit par une personne distincte de l'État d'accueil (mais dont on ne sait rien de plus) qui s'était engagée à prendre à sa charge une éventuelle augmentation de la fiscalité -comme elle aurait profité d'une éventuelle diminution de cette même fiscalité- pesant sur le projet immobilier, ce dernier type de clauses doit être différencié des clauses de stabilisation fiscale au sens strict; la dénomination de "clauses de garantie de rémunération" (ou "clauses de rémunération forfaitaire") leur convient probablement mieux.

---

<sup>33</sup> A titre d'exemple, le contrat conclu entre la société *Kaiser Bauxite Cy* et la Jamaïque contenait une clause d'exemption fiscale édictant que l'État ne pourrait imposer aucune taxe ou redevance qui n'aurait pas été spécifiquement prévue et stipulée dans le contrat. V. cette affaire, réf. citées *infra* en annexe, spéc. p. 297.

<sup>34</sup> Selon l'article 10(4) du contrat conclu entre la société *Petrola Hellas SA* et l'État grec, toute nouvelle législation fiscale ou douanière et toute modification ou abrogation de ces législations ne pouvaient s'appliquer à l'opération couverte par le contrat, à moins qu'elle ne crée un régime plus favorable pour la société. V. cette affaire, réf. citées *infra* en annexe, spéc. p. 106.

<sup>35</sup> V. la clause citée *supra* note 33.

<sup>36</sup> L'article 25 du contrat conclu entre la société *Power and Traction Finance Company Ltd* et l'État grec prévoyait que "... l'État était autorisé d'imposer des taxes ... aux voyageurs aussi bien qu'au lignes de chemin de fer, tramway et bus de la compagnie à condition que le total de toutes les taxes ainsi imposées incluant les frais de contrôle n'excède jamais 5% ... du prix du trajet (calculé avant l'addition desdites taxes)" (traduction personnelle). V. cette affaire, réf. citées *infra* en annexe, spéc. p. 201.

<sup>37</sup> V. la clause citée *supra* note 34.

<sup>38</sup> V. notamment P.WEIL, "Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique", *Mélanges Rousseau*, Paris, Pédone, 1974, p. 301 et s.

<sup>39</sup> Aux termes de l'article 70 du contrat conclu entre ces deux parties : "*l'entrepreneur ne peut retirer un bénéfice ou subir une perte du fait d'un changement de lois ou de réglementations diminuant ou augmentant les redevances et taxes dues de quelque nature qu'elles soient et promulguées après l'approbation du projet immobilier en conseil des ministres...*" (traduction personnelle, sentence arbitrale CCI rendue le 20 janvier 1983 dans l'affaire 3790, réf. citées *infra* en annexe, spéc. p. 126).

19. En sus de leur diversité, les clauses recensées sont remarquables en ce qu'elles ont toutes eu un effet sur l'issue du différend à propos duquel elles étaient invoquées.

Dans l'affaire opposant la société *Power and Traction Finance Company Ltd* à l'État grec, les arbitres décidèrent que la taxe supplémentaire de 10 *lepta* par trajet tombait sous le coup de l'article 25 de la convention et que, comme la limite de 5% d'aggravation fiscale se trouvait déjà atteinte avant l'établissement de cette nouvelle taxe, il y avait lieu de conclure que "la taxe de 10 *lepta* instituée par la loi 3828 excède la limite contractuelle acceptée par l'État et se trouve en contradiction avec la convention du 17 octobre 1925"<sup>40</sup>.

Dans l'autre affaire opposant la Grèce cette fois-ci à la société *Petrola Hellas SA*, les arbitres estimèrent que "l'imposition exceptionnelle résultant du décret législatif n° 44 de 1974 sur les revenus ou profits des sociétés ne pouvait s'appliquer à *Petrola* dans la mesure où cette dernière en était exemptée en vertu de l'article 10(4) de l'accord du 22 juillet 1972"<sup>41</sup>.

Bien que l'on ne dispose pas de sentences sur le fond dans les autres affaires, tout indique que la présence de la clause de stabilisation fiscale a influé sur l'issue des litiges en cause. S'agissant des affaires "jamaïcaines"<sup>42</sup> -une fois la compétence des tribunaux arbitraux CIRDI établie- il est permis de penser que la présence des clauses de stabilisation n'a pas été étrangère à l'attitude plus conciliante de l'État d'accueil : si ce dernier obtint en 1976 une augmentation de la fiscalité sur la production de bauxite, il dut accepter en contrepartie une clause de révision périodique qui permit par deux fois (en 1979 puis en 1984) aux sociétés étrangères d'obtenir une baisse de la redevance à la production, sans conflit majeur cette fois<sup>43</sup>. Dans l'affaire opposant l'entrepreneur français au maître d'ouvrage libyen, ce dernier ne contestait pas l'effectivité de la clause de stabilisation fiscale qui le liait; il assura au tribunal arbitral qu'il rembourserait le surplus des taxes versées par l'entrepreneur, dès que ce dernier s'en serait acquitté<sup>44</sup>.

Enfin, s'agissant des deux arbitrages impliquant un État africain et deux compagnies pétrolières étrangères -l'une américaine et l'autre européenne- et bien que les sentences sur le fond n'aient pas été rendues publiques, il serait étonnant que la présence des clauses de stabilisation n'ait pas influencé l'issue du différend dans la mesure où les arbitres décidèrent dans l'un et l'autre cas qu'ils pouvaient interpréter ces dispositions, à l'image des

---

<sup>40</sup> Extrait de la sentence du 18 mars 1930, réf. citées *infra* en annexe, spéc. p. 203.

<sup>41</sup> Extrait de la sentence du 10 avril 1978 (traduction personnelle), réf. citées *infra* en annexe, spéc. p. 107.

<sup>42</sup> Il s'agit des trois affaires citées *supra* note 26.

<sup>43</sup> D'après Ch.LEBEN, "Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement : réflexions sur la décennie écoulée (1976-1986)", *JDI* 1986, p. 895 et s., spéc. p. 950.

<sup>44</sup> V. sentence du 20 janvier 1983, réf. citées *infra* en annexe, spéc. p. 126.

autres dispositions du contrat, l'aspect fiscal étant l'un des éléments de l'équilibre économique trouvé entre les investisseurs et l'État d'accueil dans leur contrat.

20. Si l'inclusion d'une clause de stabilisation fiscale dans les contrats litigieux étudiés a dans tous les cas produit un effet, ce n'est pas toujours celui auquel on pouvait s'attendre. Dans la mesure où la clause de stabilisation couvrait le nouvel impôt contesté par l'investisseur, ce qui ne sera pas nécessairement toujours le cas<sup>45</sup>, celle-ci a rarement eu pour effet de permettre à l'investisseur d'échapper à l'aggravation de sa situation fiscale. Si la société *Petrola Hellas SA* a finalement obtenu que l'État grec soit condamné à lui rembourser les sommes versées au titre de l'imposition exceptionnelle sur les sociétés<sup>46</sup>, et s'il est probable que l'entrepreneur français a pu se faire rembourser par son cocontractant le surplus d'impôts payés<sup>47</sup>, les autres opérateurs étrangers ont préféré transiger avec l'État d'accueil et accepter une modification du régime fiscal auquel ils étaient soumis plutôt que d'exiger le strict respect de la clause de stabilisation. C'est dire qu'en ce domaine des considérations extra-juridiques amènent les investisseurs étrangers à renoncer à une application rigide du droit afin de ne pas trop assombrir l'atmosphère de leurs relations avec l'État d'accueil : il est souvent de meilleure politique de privilégier le long terme et une poursuite durable de l'activité économique, même à profit réduit, plutôt que d'imposer dans le court terme un strict respect de la clause de stabilisation, ce qui risque fort d'amener l'État à prendre d'autres mesures plus dommageables pour l'investisseur. Les investisseurs ont donc adopté une attitude conciliante dans quatre des six affaires dont l'issue nous est connue<sup>48</sup>, ce qui amène à conclure à l'efficacité relative des clauses de stabilisation fiscale couvertes par une clause d'arbitrage<sup>49</sup>. Dotées d'une efficacité seulement relative<sup>50</sup>, les clauses de stabilisation fiscale acquièrent alors une souplesse pourtant contestée par de nombreux auteurs<sup>51</sup>. L'opposition entre clauses de stabilisation et

---

<sup>45</sup> C'est ainsi que dans plusieurs différends l'une des parties a tenté de faire valoir -sans succès- que la charge nouvelle n'était pas à proprement parler une taxe couverte par la clause fiscale mais plutôt une charge sociale (affaire *Power and Traction Finance Company Ltd c. Grèce*) ou une redevance (affaire *Borneo Company Ltd c. Thaïlande*).

<sup>46</sup> V. sentence du 22 avril 1978, réf. citées *infra* en annexe, spéc. p. 106.

<sup>47</sup> V. *supra* § 19.

<sup>48</sup> Il s'agit des trois affaires "jamaïcaines", v. *supra* § 19, et de l'affaire *Power and Traction Finance Company Ltd c. Grèce* qui se termina par une transaction aux termes de laquelle l'investisseur accepta une certaine aggravation de la fiscalité pesant sur les trajets et ce en dépit de la sentence arbitrale qui avait donné plein effet à la clause de stabilisation, v. *supra* § 19.

<sup>49</sup> Le constat amer de l'ineffectivité des clauses de stabilisation dressé par S.ZORN ("New Developments in third World Mining Agreements", *I Nat. resource Forum* 1977, p. 239 et s., spéc; p. 243) à propos de la renégociation acceptée par la société Bougainville Copper Ltd -et qui pourrait également être dressé au vue de la seule affaire *Revere Copper and Brass Incorporated c. Jamaïque*, v. *supra* § 6- ne vaut ainsi que lorsque la clause de stabilisation fiscale n'est pas couverte par une clause d'arbitrage...

<sup>50</sup> En ce sens, v. W. PETER, , *op. cit.*, p.145 et s, et P. WEIL, *op. cit.*, p.327.

<sup>51</sup> V. notamment S. ASANTE, "Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process", *XXVIII ICLQ* 1979, p. 401 et s., spéc. p. 409 ; M. FABER et R.BROWN, "Changing the Rules of the Game :

clauses de renégociations se révèle ainsi beaucoup moins tranchée qu'on ne le dit et ce d'autant plus que les conditions parfois requises pour que s'ouvre la procédure de renégociation d'un contrat (écoulement d'un certain délai à partir de l'entrée en vigueur du contrat, évolution d'un indice au delà d'un certain plafond) "stabilisent" ce dernier tant qu'elles ne sont pas remplies...

21. Les fondements retenus par les arbitres pour donner effet aux clauses de stabilisation fiscale constituent, sans aucun doute, le noeud gordien d'une question qui a suscité de vives controverses doctrinales.

Il est possible de passer rapidement sur la -désormais ancienne- objection selon laquelle les clauses de stabilisation (au rang desquelles les clauses de stabilisation fiscale) seraient invalides *ab initio* dans la mesure où elles heurtent la souveraineté des États<sup>52</sup>. Il est en effet d'une part aisé de répondre que l'existence d'une clause de stabilisation résulte précisément de l'exercice par un État de sa souveraineté. D'autre part, si renonciation à la souveraineté il y a, force est de constater qu'elle est des plus minimales dans la mesure où la clause de stabilisation rend seulement inopposable à l'opération concernée -et seulement à celle-ci- toute modification législative ou réglementaire édictée postérieurement et intervenant dans le domaine couvert par ladite clause<sup>53</sup>; telle est également la réponse que donne à cette objection la jurisprudence arbitrale internationale disponible<sup>54</sup>.

22. Si les clauses de stabilisation sont -par principe- valides, comment lient-elles alors l'État ? Il est incontestable que la valeur de l'engagement étatique devrait d'abord être fonction de l'instrument juridique qui le formalise, cet instrument pouvant être soit un traité international, soit une norme de droit interne, soit un contrat.

L'insertion d'une clause de stabilisation fiscale dans un traité bilatéral de protection et de promotion des investissements serait particulièrement sûre pour les investisseurs concernés dans la mesure où l'engagement souscrit par l'État d'accueil le lierait non seulement à ces

---

Political Risk, Instability and Fair Play in Mineral Concession Contracts", *II Third World Quarterly* 1980, p. 101 et s., spéc. pp. 112-113.

<sup>52</sup> V. par exemple M.SORNARAJAH, "The Myth of International Contract law", *XV Journal of World Trade Law* 1981, p. 187 et s., spéc. p. 210.

<sup>53</sup> V. par exemple Ph.KAHN "Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française", *JDI* 1965, p. 338 et s., spéc. p. 370 et P.MAYER, "la neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État", *JDI* 1986, p. 5 et s., spéc. p. 34.

<sup>54</sup> "Ces clauses de stabilisation qui ont été librement souscrites par le Gouvernement n'affectent pas dans son principe sa souveraineté législative ou réglementaire puisqu'il conserve 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." (§ 85 de la sentence arbitrale rendue sous l'égide du CIRDI le 30 novembre 1979 dans l'affaire *AGIP SpA c. CONGO* (ARB/77/1), *Rev. crit. dr. int. priv.* 1982, p. 102).



derniers mais également à leur État d'origine; la violation par l'État d'accueil dudit engagement constituerait en même temps la violation d'un traité international sanctionnée par le droit international public<sup>55</sup>. Il faut cependant signaler qu'à notre connaissance aucun traité bilatéral de protection et de promotion des investissements ne contient de disposition stabilisant la législation fiscale applicable aux ressortissants de l'autre État partie. Seuls les engagements spécifiques de ne pas exproprier l'investisseur sont couverts par la plupart de ces traités bilatéraux<sup>56</sup>, les États parties conservant toute latitude en ce qui concerne leur politique fiscale à la condition toutefois que les modifications de cette dernière n'aboutissent à des expropriations *de facto*<sup>57</sup>.

23. La présence dans les législations internes de dispositions stabilisant la législation fiscale applicable aux investisseurs étrangers est, elle, assez fréquente. Par ailleurs, il est possible que le contrat conclu entre l'investisseur étranger et l'État d'accueil fasse l'objet d'une approbation législative lui conférant le statut de loi, cas de figure rencontré par exemple dans l'affaire *Petrola Hellas*<sup>58</sup>. De telles dispositions expriment certes la volonté de l'État de ne pas faire usage à l'encontre des investisseurs des pouvoirs inhérents à sa souveraineté, et les investisseurs n'ont sans doute aucune raison de suspecter l'État qui les a édictées de ne pas vouloir les respecter. Cependant, promulguées unilatéralement par l'État dans le cadre de son pouvoir normatif interne, ces dispositions peuvent être abrogées à tout moment par une nouvelle disposition située au même niveau ou à un niveau supérieur dans la hiérarchie des normes<sup>59</sup>. Dans cette hypothèse, l'investisseur ne pourrait que se prévaloir de l'attente légitime qui était la sienne quand il a procédé à l'investissement et tenter de s'opposer à la modification de la fiscalité de ce dernier en invoquant la théorie de l'*estoppel*<sup>60</sup>.

---

<sup>55</sup> En ce sens, v. P.MAYER, *op.cit.*, p. 37.

<sup>56</sup> V. par exemple l'article troisième de la convention modèle américaine de 1982 sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements, *AFDI* 1983, p. 600 ou l'article 5 de la plupart des traités bilatéraux français en la matière (cf. à titre d'illustration le traité bilatéral France-Afrique du Sud, *JORF* du 9 juillet 1997).

<sup>57</sup> A titre d'illustration, l'article onzième de la convention modèle américaine précitée intitulé "dispositions fiscales" se lit ainsi :

"1. *En ce qui concerne sa politique fiscale, chacune des deux Parties fera en sorte d'accorder un traitement juste et équitable aux investissements des nationaux et sociétés de l'autre Partie.*

2. *Néanmoins, les dispositions de la présente Convention, et en particulier ses articles relatifs aux règlements des différends, ne s'appliqueront en matière fiscale que pour ce qui concerne :*

a) *l'expropriation en vertu de l'article III ;*

...".

<sup>58</sup> "*As the Agreement between Petrola and the Greek State was confirmed by legislative Decree n° 1211 of 1972, it has become law.*", sentence arbitrale du 22 avril 1978, réf. précitées.

<sup>59</sup> V. P.WEIL, *op. cit.*, p. 306.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

24. Exception faite de celui en cause dans l'affaire *Petrola Hellas*, tous les engagements étatiques rencontrés stabilisant les législations fiscales étaient contenus dans des instruments de nature contractuelle<sup>61</sup>. Encore faut-il ajouter que dans l'affaire *Petrola Hellas*, bien qu'ils aient conféré au contrat la valeur d'une loi, les arbitres raisonnèrent par la suite en termes de responsabilité contractuelle de l'État grec si ce dernier -en dépit de la sentence arbitrale- persistait à vouloir taxer la société au titre de l'imposition exceptionnelle source du litige<sup>62</sup>.

Si l'engagement étatique stabilisant la législation fiscale est de nature contractuelle, quels sont alors les arguments retenus par les arbitres pour conférer à cet engagement une valeur telle que l'État ne puisse le remettre en cause ?

25. Il peut déjà être souligné qu'aucun tribunal arbitral n'a fondé sa décision sur "l'internationalisation" des contrats litigieux. La théorie selon laquelle l'efficacité des clauses de stabilisation serait fonction de l'ordre juridique de base dans lequel s'enracine le contrat (à distinguer du droit matériel applicable au contrat) et les critiques suscitées par cette théorie ont fait, à leur époque, couler beaucoup d'encre<sup>63</sup>. Reprise dans la sentence arbitrale *Texaco-Calasiatic c. Libye*<sup>64</sup> puis dans la sentence *Agip SpA c. Congo*<sup>65</sup>, cette théorie n'a plus eu par la suite les faveurs des arbitres du commerce international. Il est vrai que la distinction opérée entre ordre juridique de base et droit applicable au contrat est assez difficile à saisir<sup>66</sup>, et semble même artificielle<sup>67</sup>. Surtout, l'internationalisation du

<sup>61</sup> Pour les affaires "jamaïcaines" et celle opposant la société *Power and Traction Finance Company Ltd* à l'État grec, v. les sentences précitées (réf. *infra* en annexe). S'agissant des différends opposant un État africain d'une part et deux compagnies pétrolières étrangères (respectivement américaine et européenne) d'autre part, les arbitres dans les deux sentences arbitrales (inédites) estimèrent en substance que par l'effet de la clause de stabilisation, les parties avaient incorporé à leur contrat les dispositions fiscales les concernant et avaient ainsi procédé à une contractualisation du droit fiscal.

<sup>62</sup> "Subsidiairement, le demandeur a allégué de ce que s'il devait s'acquitter de l'imposition exceptionnelle, l'État grec devra être considéré comme responsable du préjudice subi sur le fondement qu'il aura, dans l'exercice de son pouvoir souverain, unilatéralement violé ses obligations contractuelles. Un tel préjudice devra effectivement être compensé par l'État grec sur le fondement du principe de bonne foi.", sentence du 22 avril 1978 (traduction personnelle), réf. citées *infra* en annexe.

<sup>63</sup> Théorie élaborée par P.WEIL au milieu des années 70, *op. cit.*, p. 315 et s. *Contra*, v. notamment P. MAYER "Le mythe de l'ordre juridique de base (ou Grundlegung)", in *Le droit des relations économiques internationales*, Études offertes à B.GOLDMAN, Litec, Paris, 1982, p. 199 et s.

<sup>64</sup> "Au regard du droit international des contrats, une nationalisation ne saurait prévaloir contre un contrat internationalisé conclu entre un État et une entreprise privée étrangère et comportant des dispositions de stabilisation.", sentence *ad hoc* du 19 janvier 1977, § 73, *JDI* 1977, p. 350 et s. (v. aussi les § 61-63 et 71).

<sup>65</sup> "La dissolution par voie unilatérale, décidée par l'ordonnance n° 6/75, méconnaît à l'évidence ces clauses de stabilisation dont l'application résulte non du jeu automatique de la souveraineté de l'État contractant mais de la commune volonté des parties exprimées au niveau de l'ordre juridique international." § 85 de la sentence, réf. citées *supra* note 54. On relèvera que R.J.DUPUY, arbitre unique dans l'affaire *Texaco-Calasiatic* était également arbitre dans l'affaire *AGIP SpA c. Congo*.

<sup>66</sup> V. N.DAVID, "Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers. Questions d'un praticien", *JDI* 1986, p. 79 et s., spéc. p. 81.

<sup>67</sup> V. P.MAYER, *op. cit. supra* note 63, p. 209 et s.; Ph.LEBOULANGER, *Les contrats entre États et Entreprises étrangères*, Economica, Paris, 1985, p. 97.

contrat serait notamment fonction de l'insertion de clauses de stabilisation dont l'efficacité dépendrait elle-même de l'internationalisation du contrat; on arrive ainsi à une impasse logique.

26. Dans les sentences arbitrales étudiées, les arbitres n'ont pas pris partie dans la controverse doctrinale évoquée, pas plus qu'ils n'ont voulu trancher le conflit de qualification "contrat de droit public"/"contrat de droit privé" parfois soulevé par la partie étatique. La sentence arbitrale *Power and Traction Finance Company Ltd* est des plus claire à cet égard : "*La convention du 17 octobre 1925 est-elle plus une concession de service public qu'un contrat civil ? De l'avis du collège arbitral, cette distinction importe peu. Que la convention soit une concession de service public ou un contrat de droit civil, il est incontestable que, dans l'un et l'autre cas, elle comporte des engagements bona fide qui doivent être respectés*".

Indépendamment du refus de trancher le conflit de qualification suscité, cet extrait de sentence arbitrale est des plus instructifs en ce qu'il révèle l'argument retenu par les arbitres pour fonder la validité des clauses de stabilisation fiscale : **le principe du respect de bonne foi des engagements contractuels souscrits**. Ce principe, également explicitement avancé dans la sentence *Petrola Hellas*<sup>68</sup>, est au moins implicitement présent dans les deux dernières sentences *ad hoc* en date dans la mesure où, dans ces sentences, les arbitres ont tranché les litiges en fonction de l'interprétation qu'ils ont retenue des dispositions conventionnelles litigieuses acceptées par l'État d'accueil.

27. Indifférents au rattachement des contrats qui leur étaient soumis à un droit interne ou international, public ou privé, les arbitres ont donc fondé leur décision sur l'effet fondamental de tout contrat à l'égard de ceux qui y sont parties et que consacrent tous les ordres juridiques : dès lors que des parties ont choisi de contracter, elles sont tenus de respecter leurs engagements.

Il peut certes être objecté qu'un État est un contractant spécifique en ce qu'il a en charge les intérêts de la nation qu'il représente. Mais la spécificité de l'État en tant que contractant est déjà prise en compte par le droit qui lui est reconnu de modifier ou de mettre un terme au contrat -prérogative exorbitante du droit commun- à la condition que sa décision soit prise dans l'intérêt public de la collectivité qu'il a en charge, qu'elle soit non-discriminatoire,

---

<sup>68</sup> V. *supra* note 62.

accompagnée d'une compensation juste et équitable et enfin **qu'elle ne viole pas un accord exprès de ne pas modifier ou anéantir ledit contrat**<sup>69</sup>.

28. Outre le rappel de la force obligatoire des contrats, les arbitres se réfèrent au principe de la bonne foi. Cette référence faite au principe de la bonne foi vise certes à asseoir un devoir de loyauté dans l'exécution des engagements souscrits mais surtout à bannir son contraire, la mauvaise foi, laquelle consisterait par exemple à faire naître chez son partenaire une attente dont on sait l'inanité<sup>70</sup>.

Bien qu'aucune des sentences arbitrales étudiées ne fasse explicitement le lien entre le principe de la bonne foi et l'attente légitime de l'investisseur étranger, il est incontestable que si "*les engagements bona fide* <souscrits par l'État> *doivent être respectés*", c'est non seulement parce que l'État s'y est engagé mais aussi parce que son cocontractant a légitimement le droit d'attendre qu'ils le soient. Le rapport de confiance que fait naître l'État en souscrivant une clause de stabilisation fiscale n'est pas sans rappeler celui qu'il fait naître en souscrivant une clause d'arbitrage de sorte que, *mutatis mutandis*, il semble possible de consacrer la valeur (et donc l'efficacité) de principe de la clause de stabilisation comme l'a fait en son temps la sentence CCI n° 1939 (1971) s'agissant de la clause d'arbitrage<sup>71</sup>.

29. Rapprocher ainsi clause d'arbitrage et clause de stabilisation n'est pas chose nouvelle<sup>72</sup> mais amène à se demander ici si la violation par un État d'une clause de stabilisation fiscale peut réellement tomber sous le coup de l'ordre public international. Une réponse affirmative semble s'imposer : tirer toutes les conséquences des engagements étatiques de stabilisation, ce n'est pas seulement donner un sens aux clauses correspondantes<sup>73</sup>, c'est aussi s'opposer à une surenchère de garanties proposées aux investisseurs étrangers dans le but de les attirer dans tel ou tel État, surenchère qui n'aurait plus ni limite ni signification dans la mesure où les garanties données seraient destinées,

<sup>69</sup> Sur cette question, v. notamment notre thèse, *op. cit.*, p. 402 et 438 et s., et J.A.WESTBERG et B.P.MARCAIS, "General Principles Governing Foreign Investment as Articulated in recent International tribunal Awards and Writing of Publicists", *VII ICSID Rev.-FILJ* 1992, p. 453 et s., spéc. p. 454.

<sup>70</sup> En ce sens, v. par exemple F.TERRE, Ph.SIMLER et Y.LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, Dalloz, Paris, 7<sup>e</sup> éd., 1999, p. 43.

<sup>71</sup> "*L'ordre public international s'opposerait avec force à ce qu'un organe étatique, traitant avec des personnes étrangères au pays, puisse passer ouvertement, le sachant et le voulant, une clause d'arbitrage qui met en confiance le cocontractant et puisse ensuite, que ce soit dans la procédure arbitrale ou dans la procédure d'exécution, se prévaloir de la nullité de sa propre parole.*", sentence citée par Y.DERAINS, "Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales", *Rev. arb.* 1973, p. 122 et s., spéc. p. 145.

<sup>72</sup> V. P.WEIL, *op. cit.*, p. 325.

<sup>73</sup> "*A quoi servirait-il de prévoir que l'État renonce à exercer certaines prérogatives de sa souveraineté si, à la première difficulté, il pouvait se dégager de cet engagement en se fondant précisément sur ces mêmes prérogatives ?*", P.WEIL, *op. cit.*, p. 325.

dès l'origine, à ne pas être honorées. Le besoin d'une éthique de comportement qui perce sous le développement de la notion d'ordre public international veut que l'on empêche un acteur des relations économiques internationales de s'engager puis se dégager selon ses intérêts du moment. Ceci ne signifie pas pour autant qu'un État ne puisse se désengager d'un accord, même stabilisé, qui n'aurait été souscrit qu'à la suite du vice de son consentement<sup>74</sup>, mais si tel n'est pas le cas le respect des obligations librement acceptées s'impose.

Enfin, si les arbitres du commerce international estiment que l'ordre public international exige que les litiges fiscaux -dont ceux relatifs à l'effectivité d'une clause de stabilisation fiscale- soient arbitrables dès lors qu'il existe une clause d'arbitrage recouvrant ce type de litiges (v. *supra* § 7), comment ces mêmes arbitres ne pourraient-ils pas opposer la contrariété à ce même ordre public international de toute violation par un État d'un engagement de stabilisation qu'il aurait librement souscrit ? Décider de l'arbitrabilité des différends relatifs aux effets des clauses de stabilisation fiscale -en passant outre les arguments relatifs à la souveraineté de l'État- pour ensuite refuser tout effet à ces mêmes clauses -à cause d'arguments relatifs à la souveraineté de l'État- n'aurait guère de sens. En revanche, décider de l'arbitrabilité des différends relatifs aux effets des clauses de stabilisation pour ensuite trancher la question de savoir si l'engagement étatique s'oppose *ratione temporis*, *ratione materiae*, voire *ratione personae*, à la modification projetée devrait être, selon nous, la démarche à suivre.

## Conclusion

30. Il ressort des différends étudiés qu'en l'absence d'un engagement étatique stabilisant la législation fiscale, les investisseurs étrangers ne contestent pas le principe de l'application à leur encontre d'une modification de cette législation, à condition que ladite modification ne s'apparente pas à une expropriation *de facto*. En revanche, si un tel engagement a été souscrit par l'État, les arbitres du commerce international lui donnent effet, sur le fondement du respect de bonne foi des engagements librement souscrits. Pour autant, des considérations extra-juridiques amènent souvent les opérateurs étrangers à ne pas exiger le strict respect de l'engagement souscrit par l'État, et donc à rechercher un compromis avec ce dernier, dans le but de conserver une qualité de relations indispensable à la poursuite durable de leurs activités économiques.

Brossé à grand trait, un tel tableau frappe par le réel équilibre des intérêts des uns et des autres ainsi atteint et par l'adaptabilité de positions que l'on aurait pu croire figées; il est vrai que trop de rigidité sied mal à qui veut évoluer dans le contexte mouvant des relations

---

<sup>74</sup> Sur cette question, v. notre thèse, *op. cit.*, p. 307 et s.

économiques internationales. Mais comment finir sur un tel constat sans se demander s'il ne serait pas susceptible d'être remis en cause dans un avenir proche par le développement d'une jurisprudence arbitrale internationale jusqu'à présent peu fournie ?

31. Il faut en effet se poser la question de savoir si le formidable développement du réseau des traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements<sup>75</sup> ne risque pas de multiplier, dans les prochaines années, le nombre de contentieux nés de modifications de législations fiscales soumis à l'arbitrage ? Deux conditions devraient toutefois être réunies cumulativement pour que l'on puisse assister à un tel phénomène.

La première est que les traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements prévoient le recours à l'arbitrage pour régler les différends susceptibles de naître entre l'un des États parties et les ressortissants de l'autre. Or, la très grande majorité de ces traités contiennent effectivement des dispositions donnant aux investisseurs des États parties la possibilité de recourir à l'arbitrage international, CIRDI notamment, en cas de différend avec l'autre État partie<sup>76</sup>.

La seconde condition est que les différends nés d'une modification de la législation fiscale fassent partie des différends couverts par la clause d'arbitrage prévue.

32. Il est possible de partir de l'hypothèse selon laquelle sont *a priori* couverts par la clause d'arbitrage les différends nés d'une prétendue violation par un État de l'un des engagements qu'il a souscrits dans le traité bilatéral en faveur des investisseurs ressortissants de l'autre État partie. Deux de ces engagements sont alors susceptibles d'être violés par une modification de la législation fiscale ; il s'agit de l'obligation de traiter les investisseurs ressortissants de l'autre partie selon un certain standard et de l'obligation de protection qui inclut celle de ne pas exproprier leurs investissements sans compensation<sup>77</sup> ainsi que la garantie de libre transfert des revenus de l'investissement<sup>78</sup>. Les demandes

---

<sup>75</sup> Environ 1800 de ces traités ont été conclus à ce jour, cf. A.R. PARRA, "ICSID and Bilateral Investment Treaties", *News from ICSID*, Spring 2000, consultable sur internet <http://www.worldbank.org/icsid>.

<sup>76</sup> *Ibidem*. Et il en va de même pour les quatre traités multilatéraux contenant des dispositions relatives à la protection et la promotion des investissements, à savoir l'ALENA, le Traité sur la Charte de l'Énergie, le Protocole d'Investissement de Colonia pour le Marché commun du Sud et l'Accord de libre échange de 1994 entre le Mexique, la Colombie et le Venezuela.

<sup>77</sup> La protection s'entend des principes et règles qui ont pour but d'empêcher ou de réprimer les atteintes à l'investissement. A cet égard, relève notamment de cette obligation l'indemnisation en cas d'expropriation et la protection due par l'autorité publique en cas de troubles d'origine intérieure ou extérieure.

<sup>78</sup> La garantie de transfert des revenus tirés de l'investissement (sans retard et dans une devise convertible) est parfois dissociée de l'obligation de protection. Quoi qu'il en soit, la seule question qui se pose ici est celle de savoir si un investisseur pourrait arguer de la violation de cet engagement étatique. Dans la mesure où cet engagement pose un principe sans fixer le quantum des revenus transférables, **et sous réserve de l'acquittement des impôts correspondants**, sa violation ne devrait résulter que d'une modification de la

d'arbitrage fondées sur le non respect allégué du premier de ces engagements internationaux seront la plupart du temps irrecevables, soit parce qu'il sera expressément prévu dans le traité que les obligations de traitement ne s'appliquent pas en matière fiscale<sup>79</sup>, soit parce que le recours à l'arbitrage en matière fiscale ne visera que l'hypothèse de l'expropriation<sup>80</sup>. Dans les hypothèses les moins nombreuses où un tribunal arbitral pourra être saisi par un investisseur étranger, encore faudra-t-il que ce dernier fasse la preuve que la modification de la législation fiscale est contraire au traité en ce que l'État aura violé l'obligation de traitement national ou de la nation la plus favorisée en lui appliquant une aggravation de la fiscalité à laquelle échapperaient les investisseurs nationaux ou certains autres investisseurs étrangers. Est-il nécessaire de préciser qu'un tel cas de figure ne devrait que rarement se produire<sup>81</sup> ? Il faut cependant réserver l'hypothèse de l'atteinte à l'obligation de traitement juste et équitable par le biais, par exemple, d'un harcèlement fiscal. Il est vrai que l'on se situe ici à la frontière entre l'obligation de traitement et celle de protection...

33. S'agissant précisément de l'obligation de protection, un investisseur étranger pourrait s'en prévaloir en prétendant que l'aggravation de la fiscalité qu'il subit s'apparente à une expropriation *de facto*. Cependant, dans la mesure où le droit international public permet à tout État de soumettre les étrangers à l'impôt sous réserve de l'abus de droit, c'est à dire à condition que l'impôt n'ait pas un caractère confiscatoire<sup>82</sup>, une modification de la fiscalité n'équivaudra à une expropriation que si elle revêt ce caractère confiscatoire. Comment apprécier alors si la modification d'une législation fiscale présente ce caractère ?

Le montant de l'impôt n'est pas -à lui seul- déterminant, par exemple si les modalités de perception prévoient des aménagements : ainsi a-t-il été décidé qu'un impôt devant au total absorber 50% de la fortune des contribuables ne constituait pas une expropriation sans indemnité dans la mesure où le prélèvement était échelonné sur trente ans, ramenant de la sorte le taux de prélèvement trimestriel à environ 1%<sup>83</sup>. La comparaison de la nouvelle

---

législation fiscale réduisant à néant ledit principe (suppression de la totalité ou de la quasi-totalité des revenus transférables). Cette hypothèse rejoint alors celle de l'expropriation *de facto* (v. *infra* § 33).

<sup>79</sup> Tel est le cas dans la plupart des derniers en date des traités bilatéraux conclus par la France (v. par exemple l'article 4 du traité France-Afrique du Sud, *JORF* du 9 juillet 1997).

<sup>80</sup> C'est ce que prévoit l'article 11 de la convention modèle américaine de 1982, v. *supra* note 57.

<sup>81</sup> D'autant plus que le traitement selon le standard de la nation la plus favorisée ne s'étend généralement pas aux avantages particuliers conférés à certains étrangers en vertu de la participation de l'État d'accueil à une zone de libre échange, à une union douanière, à un marché commun ou toute autre forme d'organisation économique régionale (v. par exemple l'article 4 du traité France-Afrique du Sud précité).

<sup>82</sup> P. GUGGENHEIM, "Les principes de droit international public", *R.C.A.D.I.* 1952, Vol. 80, T. I, p. 1 et s., spéc. p. 127.

<sup>83</sup> Décision du 23 mars 1962 de la Commission arbitrale sur les biens, droits et intérêts en Allemagne dans l'affaire *Époux Gilis c. R.F.A.*, extraits in V. COUSSIRAT-COUSTERE et P-M. EISEMANN, *Répertoire de*

imposition avec les pratiques fiscales validées dans d'autres États est également utilisée<sup>84</sup>, amenant souvent à rejeter l'allégation d'expropriation, tant il est aisé de trouver des législations étrangères plus contraignantes en la matière. Il semble alors que la qualification d'expropriation ne concernera que les modifications fiscales d'une ampleur telle qu'elles privent l'investisseur de tout retour sur investissement ou, à tout le moins, qu'elles repoussent la perspective de profits à une échéance trop lointaine. Un plus ample développement de la jurisprudence arbitrale internationale relative aux modifications de législations fiscales n'est ainsi sans doute pas à l'ordre du jour<sup>85</sup>.

## **Annexe**

### **Liste des différends étudiés nés de modifications de législations fiscales**

#### **1) affaires dans lesquelles l'investisseur ne disposait ni d'une clause de stabilisation, ni d'une clause d'arbitrage**

- *Borneo Company Ltd c. Thaïlande*

procédure suivie : - jugement de première instance non daté  
- arrêt de la Cour d'appel du 17 février 1960  
- arrêt de la Cour suprême en date du 28 novembre 1961

source : J. GILLIS WETTER et Stephen M. SCHWEBEL, "Some little-known cases on concessions", *XL Brit. Y. B. Int'l L.* 1964, p. 183 et s., spéc. p. 210-216.

- *Phillips Petroleum Cy et autres c. Norvège*

procédure suivie : - jugement de première instance en 1982  
- arrêt de la Cour d'appel d'Eidsivating du 7 avril 1944

source : A. FRIHAGEN, "The Ekofisk Royalty Case", *Journal of Energy and Natural Resources Law* 1985, n° 2, p. 121 et s.

#### **2) affaires dans lesquelles l'investisseur disposait d'une clause de stabilisation mais pas d'une clause d'arbitrage liant l'Etat**

- *Bougainville Copper Ltd c. Papouasie Nouvelle-Guinée \**

procédure suivie : renégociations aboutissant à une transaction en 1974

source : W. PETER in *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*, Martinus Nijhoff publishers, Dordrecht, 1986, spéc. pp. 52-58.

---

*la jurisprudence arbitrale internationale*, T. III (1946-1988), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1991, p. 902 et s.

<sup>84</sup> V. l'opinion dissidente à la sentence arbitrale rendue dans l'affaire *Revere Copper and Brass Incorporated c. Jamaïque*, XVII *ILM* 1978, p. 1321 et s., spéc. pp. 1378-1379.

<sup>85</sup> L'auteur se doit pourtant de signaler ici la publication très récente d'une nouvelle sentence arbitrale sur la question, sentence dont il n'avait pas connaissance lors de la rédaction de cet article. Il s'agit de la sentence CIRDI du 10 février 1999 rendue dans l'affaire *Antoine Goetz et autres c/ Burundi* (ARB/95/3) à propos d'un différend né du retrait par l'Etat burundais du certificat d'"entreprise franche" (statut permettant de bénéficier d'exonérations fiscales et douanières) accordé à l'investisseur; XV *ICSID Rev.-FILJ*, Fall 2000.454. Cette sentence entérinant l'accord des parties n'a cependant pas mis un terme au différend puisqu'une nouvelle demande d'arbitrage à l'initiative de l'investisseur a été enregistrée au rôle du CIRDI le 27 mars 2001 (<http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>).



- *Revere Copper and Brass Incorporated c. Jamaïque*  
procédure suivie : - arrêt de la Cour suprême jamaïcaine en 1976  
 - sentence arbitrale AAA (différend avec l'OPIC) du 24 août 1978  
source : XVII ILM 1978, p. 1321 et s.

### **3) affaires dans lesquelles l'investisseur disposait d'une clause de règlement des différends mais pas d'une clause de stabilisation**

- *Freeport Mc MoRan c. Indonésie \**  
procédure suivie : renégociations aboutissant à une transaction en 1976  
source : W. PETER in *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*, Martinus Nijhoff publishers, Dordrecht, 1986, spéc. pp. 47-52.

- *Tesoro Petroleum Co c. Trinité et Tobago*  
procédure suivie : procédure de conciliation sous les auspices du CIRDI (affaire n° CONC/83/1) aboutissant à un rapport de conciliation en date du 27 novembre 1985 accepté par les parties  
source : L. NURICK et Stephen J. SCHNABLY, "The First ICSID Conciliation; Tesoro Petroleum Corporation v. Trinidad and Tobago", *ICSID Rev.-FILJ* 1986, p. 340 et s.

### **4) affaires dans lesquelles l'investisseur disposait d'une clause de règlement des différends et d'une clause de stabilisation**

- *Power and Traction Finance company Ltd c. Grèce*  
procédure suivie : arbitrage *ad hoc* aboutissant à une sentence le 18 mars 1930  
source : J. GILLIS WETTER et Stephen M. SCHWEBEL, "Some little-known cases on concessions", *XL Brit. Y. B. Int'l L.* 1964, p. 183 et s., spéc. p. 201-204.

- *Alcoa Minerals of Jamaica Inc. c. Jamaïque*  
procédure suivie : arbitrage CIRDI (affaire n° ARB/74/2) aboutissant à une sentence sur la compétence le 6 juillet 1975 puis instance abandonnée à la suite du règlement amiable du différend  
source : *IV Y.B.Com.Arb.* 1979, p. 206 et s.

- *Kaiser Bauxite Cy c. Jamaïque*  
procédure suivie : arbitrage CIRDI (affaire n° ARB/74/3) aboutissant à une sentence sur la compétence le 6 juillet 1975 puis instance abandonnée à la suite du règlement amiable du différend  
source : *ICSID Rep.* 1993, p. 296 et s.

- *Reynolds Jamaica Mines Ltd et Reynolds Metals Cy c. Jamaïque*  
procédure suivie : arbitrage CIRDI (affaire n° ARB/74/4) aboutissant à une sentence sur la compétence le 6 juillet 1975 puis instance abandonnée à la suite du règlement amiable du différend  
source : sentence sur la compétence inédite.

- *Petrola Hellas SA c. Grèce*  
procédure suivie : arbitrage *ad hoc* aboutissant à une sentence le 22 avril 1978  
source : *XI Y.B.Com.Arb.* 1986, p. 105 et s.

- *Entrepreneur français c. Maître d'ouvrage libyen*  
procédure suivie : arbitrage CCI (affaire n° 3790) aboutissant à une sentence le 20 janvier 1983  
source : *XI Y.B.Com.Arb.* 1986, p. 119 et s.

- *Compagnie pétrolière américaine c. Etat africain X*  
procédure suivie : arbitrage *ad hoc* aboutissant à une sentence sur la compétence le 30 novembre 1996 puis à une sentence sur le fond ultérieure  
source : sentence sur la compétence citée par E. GAILLARD, "L'arbitrabilité des litiges fiscaux dans les investissements internationaux", *Rev. Prat. Dr. Ent.* 1999, n° 12, pp.42-43, sentence sur le fond inédite.

- *Compagnie pétrolière européenne c. Etat africain X*

procédure suivie : arbitrage *ad hoc* aboutissant à une sentence sur la compétence le 9 décembre 1996 puis à une sentence sur le fond ultérieure

source : sentence sur la compétence citée par E. GAILLARD, "L'arbitrabilité des litiges fiscaux dans les investissements internationaux", *Rev. Prat. Dr. Ent.* 1999, n° 12, pp.42-43, sentence sur le fond inédite.

\* : affaires dans lesquelles le litige n'est, à l'origine, pas uniquement de nature fiscale