Chapitre XII

LA CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE

A. Introduction

345. À sa soixantième session, en 2008, la Commission a décidé d'inscrire le sujet «La clause de la nation la plus favorisée» à son programme de travail; elle a constitué un Groupe d'étude dans cette optique à sa soixante et unième session[693].

346. Le Groupe d'étude créé à la soixante et unième session[694], en 2009, s'est reconstitué à sa soixante-deuxième session (2010); il était coprésidé par M. Donald McRae et M. A. Rohan Perera[695].

B. Examen du sujet à la présente session

347. À la présente session, la Commission a reconstitué le Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée (NPF), sous la coprésidence de M. Donald McRae et M. A. Rohan Perera.

348. À sa 3119e séance, le 8 août 2011, la Commission a pris note du rapport oral des coprésidents du Groupe.

1. Débats du Groupe d'étude

349. Le Groupe d'étude a tenu quatre séances, les 1er juin, 20 juillet et 4 août 2011.

350. En 2010, le Groupe d'étude, soucieux d'avancer, avait décidé de définir davantage le contenu normatif des clauses NPF en matière d'investissement et de pousser l'analyse de la jurisprudence, sous l'angle notamment du rôle des arbitres, des facteurs expliquant la diversité des façons d'interpréter les clauses NPF et les divergences méthodologiques, et les mesures prises par les États eu égard à la jurisprudence. À la session en cours, le groupe était saisi d'un document non officiel, présenté sous forme de tableau, où figurait le nom des arbitres et des avocats intervenant dans les affaires mettant en cause une clause NPF, ainsi que la nature de la clause qu'il s'agissait d'interpréter.

351. Le Groupe d'étude disposait aussi d'un document de travail sur l'interprétation et l'application des clauses NPF dans les accords d'investissement, établi par M. Donald McRae. Il s'appuyait sur l'étude antérieure de M. Rohan Perera[696] sur la clause NPF et l'affaire *Maffezini* et s'efforçait de cerner les circonstances que les tribunaux avaient pris en considération pour trancher, afin de savoir si ces circonstances permettaient de comprendre les divergences de la jurisprudence, et pouvaient faire l'objet d'une catégorisation selon les affaires dans lesquelles elles ont été alléguées, selon leur importance relative pour l'interprétation et l'application des clauses NPF. De ce point de vue, le document de travail examinait les diverses utilisations aux fins desquelles les clauses NPF avaient été invoquées dans des différends portant sur les investissements, en s'intéressant essentiellement au recours à ces clauses en vue d'obtenir un avantage conséquent en alléguant un accord bilatéral d'investissement entre l'État en cause et un État tiers, et en vue d'obtenir des dispositions de règlement des différends plus favorables que celles que prévoit l'accord bilatéral d'investissement invoqué dans la revendication[697].

352. Le document de travail rappelait aussi les considérations dont avaient tenu compte les sentences arbitrales concernant des investissements, s'étendant sur la *source* du droit au traitement NPF ainsi que sur son *champ d'application*. Pour ce qui est de cette dernière considération, il faisait observer que les tribunaux ès investissements avaient opéré de bien des manières dans l'application du principe *ejusdem generis* et que, dans certaines sentences même, on constatait la multiplicité des approches, consistant: *a*) à faire la distinction entre le fond et la procédure (compétence); *b*) à suivre la solution de l'*interprétation des traités*, c'est-à-dire interpréter la clause NPF comme s'il s'agissait d'un problème général d'interprétation des traités ou comme s'il s'agissait de se prononcer sur les compétences du tribunal; *c*) à adopter la solution des dispositions sur les *conflits de traités*, telle que les tribunaux tiennent compte du fait que la problématique qu'il s'agirait de couvrir l'a déjà été, de façon différente, dans le traité de

[693] 2997e séance, 8 août 2008 [voir *Annuaire… 2008*, vol. II (2e partie), p. 159, par. 354]. Voir pour le plan d'étude du sujet, ibid., annexe II, p. 175. Au paragraphe 6 de sa résolution 63/123 du 11 décembre 2008, l'Assemblée générale a pris note de cette décision.

[694] À sa 3029e séance, le 31 juillet 2009, la Commission a pris note du rapport oral des coprésidents du Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée [*Annuaire… 2009*, vol. II (2e partie), p. 152 et 153, par. 211 à 216]. Le Groupe d'étude a notamment examiné un cadre théorique pouvant servir de plan de marche pour les travaux futurs; il a fixé un programme de rédaction de notes susceptibles d'éclaircir des questions comme le champ d'application de la clause de la nation la plus favorisée, son interprétation et son application.

[695] À sa 3071e séance, le 30 juillet 2010, la Commission a pris note du rapport oral des coprésidents du Groupe d'étude [*Annuaire… 2010*, vol. II (2e partie), p. 204 à 207, par. 359 à 373]. Le Groupe a examiné les divers documents préparés selon le plan de marche de 2009 et a arrêté un programme de travail pour 2010.

[696] On trouvera le résumé dans *Annuaire… 2010*, vol. II (2e partie), p. 206 et 207, par. 366 à 368. S'agissant de l'affaire *Maffezini*, voir *Emilio Agustín Maffezini c. Royaume d'Espagne*, CIRDI, affaire no ARB/97/7, décision du 25 janvier 2000, *ICSID Review of Foreign Investment Law Journal*, vol. 16, no 1 (2001), p. 1. Le texte de la décision est également disponible en ligne à l'adresse suivante: http://icsid.worldbank.org, ou dans *International Law Reports*, vol. 124 (2001), p. 1.

[697] Une clause NPF peut également être invoquée en vue d'obtenir l'avantage accordé aux investisseurs ou aux investissements d'un État tiers selon le droit interne ou la législation du pays défendeur (visé par la réclamation).

base lui-même; et *d*) à considérer la *pratique* des parties pour avérer leur intention quant au champ d'application de la clause NPF. Le document de travail demandait aussi, bien que les tribunaux n'en fassent pas explicitement une circonstance à prendre en considération, si la *nature de la revendication* avait quelque influence sur la décision des tribunaux d'incorporer d'autres dispositions par la voie d'une clause NPF et s'interrogeait sur les *limites d'application* de la clause NPF, y compris l'exception de «politique publique» retenue dans l'affaire *Maffezini*.

353. La conclusion d'ensemble du document de travail était que l'analyse des sentences arbitrales en matière d'investissement montrait que les tribunaux ne résolvaient pas de la même façon le problème du recours à une clause NPF pour incorporer dans l'accord dont il s'agissait les dispositions relatives au règlement de différends. L'argumentation des tribunaux qui repoussaient ce moyen n'était pas non plus constante. Pour décider si une clause NPF pouvait être invoquée afin d'incorporer dans le traité de base des dispositions de règlement des différends, il fallait procéder en deux étapes: la première consistait à décider, explicitement ou implicitement, si les clauses NPF couvrent ou non en principe les dispositions relatives au règlement des différends; la seconde, à interpréter la clause NPF dont il s'agit pour voir si elle vaut aussi pour le règlement des différends. Ces façons de procéder n'étaient pas toujours explicites et, dans certains cas, le tribunal avait déclaré qu'il se plaçait du point de vue de l'interprétation des traités, semblant en ignorer la première étape.

354. Le Groupe d'étude a procédé à un large débat sur ce document et sur le cadre établi pour donner un aperçu général des questions à traiter au cours du travail, allant de considérations strictement juridiques aux aspects nettement plus politiques, y compris le point de savoir s'il est vraisemblable que l'interprétation libérale du champ d'application des clauses NPF bouleverse l'équilibre général qu'établit un accord d'investissement entre la protection de l'investisseur et de ses intérêts et la marge de manœuvre politique dont le pays d'accueil a besoin.

355. Le Groupe d'étude a déclaré que l'on s'entendait d'une manière générale sur le fait que la source du droit au traitement NPF était le traité de base, et non un traité avec un État tiers[698]; les clauses NPF n'étaient pas une exception aux principes de la relativité des contrats dans l'interprétation des traités. Le groupe a reconnu aussi que la question centrale des sentences concernant les clauses NPF dans les affaires d'investissement semblait être celle de la détermination de l'étendue du droit au traitement NPF, c'est-à-dire celle de savoir ce qui est expressément ou implicitement dans les limites de la matière objet de la clause.

356. Le Groupe d'étude a donc recherché les diverses formes qu'avait prises la question de la qualification *ejusdem generis* spécialement celle qui consiste à alléguer la distinction entre les dispositions de fond et les dispositions de procédure (en matière de compétence). Lorsqu'une clause NPF inclut expressément ou exclut expressément le règlement des différends, il n'y a pas de place pour l'interprétation. Toutefois, l'interprétation devient nécessaire lorsque l'intention des parties quant à l'applicabilité ou à la non-applicabilité du traitement NPF au règlement des différends n'a pas été explicitement exprimée ou ne peut pas être clairement avérée, situation fréquente dans beaucoup d'accords bilatéraux d'investissement qui sont rédigés en termes lâches. Le Groupe a tenu compte d'autres faits d'actualité, dont la nouvelle livraison de la Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II, consacrée au traitement de la nation la plus favorisée[699] et qui rend notamment compte de la réaction des États qui, concluant un accord d'investissement après l'arrêt *Maffezini*, ont tendance à préciser explicitement que la clause NPF s'applique ou non au règlement des différends.

357. Le Groupe a également étudié la sentence récemment rendue dans l'affaire *Impregilo S.p.A. c. République d'Argentine*[700], y compris l'opinion concordante et dissidente de Brigitte Stern, professeur et arbitre, qui soutient notamment qu'une clause NPF ne peut s'appliquer au règlement des différends pour une raison fondamentale intimement liée à l'essence même du droit international: il n'y pas d'assimilation automatique des droits de fond et des moyens juridictionnels de les faire valoir, ce qui montre bien la différence entre les conditions de jouissance des droits fondamentaux et les droits fondamentaux eux-mêmes, et les conditions d'accès aux voies juridictionnelles et la saisine des juridictions elle-même[701]. On a fait remarquer qu'il y avait en doctrine des divergences d'opinion quant à l'approche à retenir, certains commentateurs jugeant qu'il n'y a aucune raison convaincante de faire la distinction entre dispositions de fond et mécanismes de règlement des différends, d'autres voyant dans l'interprétation des clauses NPF un problème de compétence, quand l'intention de couvrir le règlement des différends doit s'exprimer clairement et sans ambiguïté.

358. Il est apparu que les sentences arbitrales renvoyaient à une théorie implicite du principe, qui étend ou non les clauses NPF au règlement des différends. Selon l'une de ces deux positions, le postulat de départ est que la clause NPF peut couvrir les droits en matière de procédure, mais pour l'autre elle ne couvre pas les droits de procédure, mais selon l'autre, l'hypothèse est inverse. Dans l'ensemble, le nœud du problème est qu'il n'y a pas de façon systématique d'aborder l'interprétation, façon qui serait commune à tous les tribunaux, parce que plusieurs facteurs semblent influencer ces dernières. Cela étant, il n'est pas aisé de tirer quelque conclusion générale sur les méthodes d'interprétation qu'attestent les arbitrages en matière d'investissement. La difficulté

[698] *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.* (*Royaume-Uni c. Iran*), exception préliminaire, arrêt du 22 juillet 1952, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 93 et suiv., à la page 109. Voir aussi les projets d'articles 8 et 9 du projet d'articles de la Commission sur la clause de la nation la plus favorisée, *Annuaire… 1978*, vol. II (2e partie), p. 29 à 31.

[699] CNUCED, *Traitement de la nation la plus favorisée* (CNUCED/DIAE/IA/2010/1, publication des Nations Unies, numéro de vente: 10.II.D.19), New York et Genève, 2010, p. 80 à 83 (consultable en ligne à l'adresse suivante: http://unctad.org/fr/Docs/diaeia20101_fr.pdf).

[700] *Impregilo S.p.A. c. République argentine*, CIRDI, affaire nº ARB/07/17, décision du 21 juin 2011. Le texte de la décision est disponible à l'adresse suivante: https://icsid.worldbank.org.

[701] Opinion concordante et dissidente de Mme Brigitte Stern, professeur, arbitre, par. 16 et 45 (disponible à l'adresse suivante: https://icsid.worldbank.org).

qu'avait à surmonter le Groupe d'étude tenait en partie au fait qu'il devait porter un jugement susceptible de donner un contenu secret au parti pris théorique sous-jacent pour mettre au clair la logique des décisions.

359. On a fait observer à ce propos que l'opinion concordante et dissidente dans l'affaire *Impregilo S.p.A*. offrait peut-être le cadre dont on tirerait la façon d'aborder la question de la qualification *ejusdem generis*, c'est-à-dire se demander d'abord si les conditions fondamentales (*ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione temporis*) de jouissance des droits d'accès aux droits reconnus dans l'accord bilatéral d'investissement sont satisfaites. On a rappelé à ce propos que l'article 14 du projet d'articles de 1978 sur la clause NPF prévoyait ceci:

> L'exercice des droits qui découlent d'une [telle] clause pour l'État bénéficiaire ou pour les personnes et les biens se trouvant dans un rapport déterminé avec cet État est subordonné au respect des termes et conditions pertinents énoncés dans le traité contenant la clause ou convenus de toute autre manière entre l'État concédant et l'État bénéficiaire[702].

En d'autres termes, au lieu d'une opération en deux temps seulement amenant à décider, explicitement ou implicitement, si une clause NPF couvre en principe le règlement des différends et à procéder à son interprétation pour voir si elle s'applique en fait à ces dispositions de la procédure, il y a une étape encore préliminaire, que la jurisprudence a peut-être négligée, au cours de laquelle il faut déterminer qui a droit à bénéficier du traitement NPF et si les conditions préalables de jouissance de ce traitement sont bien remplies.

360. Le Groupe d'étude a pensé qu'il convenait d'examiner les diverses voies d'approche empruntées par les tribunaux en attirant l'attention sur les inconvénients et les avantages de chacune d'elles. On a fait observer que l'expression d'«approche par l'interprétation des traités» était peut-être trompeuse, car c'est bien de l'interprétation des traités qu'il s'agit. Il a été confirmé que le point de départ général devait être la Convention de Vienne de 1969, complétée par tout principe qui pourrait se déduire de la pratique des investissements, encore que la Convention ne semble pas en faveur de l'idée de se référer aux pratiques conventionnelles distinctes qui suivent par ailleurs chacune des parties à l'accord au titre duquel le traitement NPF est réclamé afin de s'assurer des intentions des parties quant à la couverture de la clause NPF.

2. Travaux futurs

361. Une fois encore, le Groupe d'étude a affirmé qu'il fallait poursuivre l'étude de la question de la clause NPF du point de vue des accords de services et d'investissement et du point de vue de ses relations avec la règle du traitement juste et équitable et la norme du traitement national. Il faudrait également revenir sur certains autres domaines du droit international pour voir si la façon dont les clauses NPF y sont appliquées peut éclairer le Groupe.

362. Le Groupe d'étude pense qu'il doit pouvoir achever son travail en deux sessions supplémentaires de la Commission. Ce travail devait viser à prévenir la fragmentation du droit international en faisant valoir l'importance de la cohérence des approches arbitrales. Le Groupe pouvait concourir à la sûreté et à la stabilité du droit de l'investissement. Ses efforts devaient viser à produire un texte d'utilité pratique pour ceux qui interviennent dans le domaine de l'investissement et pour les responsables politiques. Le Groupe avait l'intention de ne pas rédiger de projet d'articles et de ne pas réviser le projet de 1978. Il entreprendrait plutôt de nouveaux travaux sous la direction générale des coprésidents afin d'établir un projet de rapport présentant le contexte général de la matière, analysant la jurisprudence et la remettant dans son contexte, attirant l'attention sur les questions qui se sont déjà posées et sur les tendances observées dans la pratique et, s'il y a lieu, présentant des recommandations, voire proposant des clauses types.

[702] *Annuaire… 1978*, vol. II (2e partie), p. 45.