

Document:-
A/CN.4/SR.3119

Compte rendu analytique de la 3119e séance

sujet:
<plusieurs des sujets>

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2011, vol. I

*Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International
(<http://legal.un.org/ilc/>)*

Article 59. Directives données et contrôle exercé par un État dans la commission d'un fait internationalement illicite par une organisation internationale

Commentaire

Paragraphe 1 à 5

Les paragraphes 1 à 5 sont adoptés.

Le commentaire relatif à l'article 59 est adopté.

Article 60. Contrainte exercée sur une organisation internationale par un État

Commentaire

Paragraphe 1 à 4

Les paragraphes 1 à 4 sont adoptés.

Le commentaire relatif à l'article 60 est adopté.

Article 61. Contournement des obligations internationales d'un État membre d'une organisation internationale

Commentaire

Paragraphe 1 à 10

Les paragraphes 1 à 10 sont adoptés.

Le commentaire relatif à l'article 61 est adopté.

Article 62. Responsabilité d'un État membre d'une organisation internationale à raison d'un fait internationalement illicite de cette organisation

Commentaire

Paragraphe 1 à 13

Les paragraphes 1 à 13 sont adoptés.

Le commentaire relatif à l'article 62 est adopté.

Article 63. Effet de la présente partie

Commentaire

Paragraphe 1 à 4

Les paragraphes 1 à 4 sont adoptés.

Le commentaire relatif à l'article 63 est adopté.

SIXIÈME PARTIE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 64. Lex specialis

Commentaire

Paragraphe 1 à 8

Les paragraphes 1 à 8 sont adoptés.

Article 65. Questions de responsabilité internationale non régies par les présents projets d'article

Commentaire

Paragraphe 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Le commentaire relatif à l'article 65 est adopté.

Article 66. Responsabilité individuelle

Commentaire

Paragraphe 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.

Le commentaire relatif à l'article 66 est adopté.

Article 67. Charte des Nations Unies

Commentaire

Paragraphe 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.

Le commentaire relatif à l'article 67 est adopté.

La section E.2 figurant dans le document A/CN.4/L.784/Add.1 et 2, dans son ensemble, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

La séance est levée à 12 h 50.

3119^e SÉANCE

Lundi 8 août 2011, à 10 heures

Président: M. Maurice KAMTO

Présents: M. Caffisch, M. Candioti, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M^{me} Escobar Hernández, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. McRae, M. Melescanu, M. Murase, M. Niehaus, M. Nolte, M. Pellet, M. Perera, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Vargas Carreño, M. Vasciannie, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Les traités dans le temps (A/CN.4/638, sect. G)

[Point 9 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU GROUPE D'ÉTUDE

1. M. NOLTE (Président du Groupe d'étude sur les traités dans le temps) rappelle que le Groupe d'étude sur les traités dans le temps a été établi par la Commission à sa soixante et unième session⁴³⁴ et reconstitué à la soixante-deuxième⁴³⁵ et à la soixante-troisième sessions⁴³⁶. Il a tenu, au cours de la session en cours, cinq réunions: les 25 mai, 13, 21 et 27 juillet et 2 août 2011.

2. Comme il avait été décidé l'année précédente, le Groupe d'étude a poursuivi l'examen du rapport introductif établi par son président sur la jurisprudence pertinente de la Cour internationale de Justice et de tribunaux

⁴³⁴ *Annuaire... 2009*, vol. II (2^e partie), p. 154, par. 217.

⁴³⁵ *Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), p. 202, par. 345.

⁴³⁶ *Ibid.*, p. 203, par. 353, et *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 173, par. 334.

arbitraux de compétence spécialisée⁴³⁷. Les membres se sont ainsi penchés sur la partie du rapport relative aux possibilités de modification d'un traité par voie d'accord ou par une pratique suivie ultérieurement, ainsi qu'à la relation entre les accords et la pratique ultérieurs, d'une part, et les procédures de modification formelles, d'autre part. Le Groupe d'étude, sur proposition de son président, a estimé qu'à ce stade aucune conclusion ne pouvait être tirée sur les questions abordées dans le rapport introductif.

3. Le Groupe d'étude était également saisi d'un deuxième rapport de son président et de deux documents officiels présentés par M. Murase et M. Petrič. Le deuxième rapport du Président portait sur la jurisprudence de certains mécanismes économiques internationaux (le système de règlement des différends de l'OMC, le Tribunal des réclamations Iran-États-Unis, les tribunaux du CIRDI et les tribunaux établis dans le cadre de l'Accord de libre-échange nord-américain), les mécanismes internationaux de protection des droits de l'homme (Cour européenne des droits de l'homme, Cour interaméricaine des droits de l'homme et Comité des droits de l'homme) ainsi que d'autres mécanismes (TIDM, Cour pénale internationale, tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda et Cour de justice de l'Union européenne). Le rapport exposait les raisons du choix de ces mécanismes et de l'exclusion de certains autres.

4. Le Groupe d'étude a examiné les 20 conclusions générales formulées dans le deuxième rapport. Les discussions ont porté essentiellement sur les points suivants: l'application par les juridictions ou les organes quasi juridictionnels relevant de régimes spéciaux des règles générales d'interprétation des traités; la mesure dans laquelle la nature particulière de certains instruments – notamment les traités des droits de l'homme et les traités de droit pénal international – pouvait modifier la manière dont les juridictions ou organes concernés interprétaient les traités; la préférence des juridictions ou organes quasi juridictionnels pour telle ou telle méthode d'interprétation (par exemple, une méthode axée davantage sur le texte ou sur l'objet des traités par rapport à une méthode plus classique); la reconnaissance générale des accords et de la pratique ultérieurs comme moyen d'interprétation des traités; l'importance du rôle attribué par différents organes juridictionnels ou quasi juridictionnels à la pratique ultérieure parmi les différents moyens d'interprétation des traités; la notion de pratique ultérieure aux fins de l'interprétation des traités, y compris le moment à partir duquel une pratique peut être considérée comme «ultérieure»; les auteurs possibles de la pratique ultérieure pertinente; ainsi que l'interprétation évolutive comme forme d'interprétation téléologique à la lumière de la pratique ultérieure. Faute de temps, les membres du Groupe d'étude n'ont pu examiner que 11 des conclusions du deuxième rapport. À la lumière des discussions qui ont eu lieu au sein du Groupe d'étude, le Président a formulé les neuf conclusions préliminaires suivantes:

«1. Règle générale d'interprétation des traités

«Les différents organes juridictionnels ou quasi juridictionnels examinés considèrent que les dispositions de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 sur

le droit des traités représentent, soit comme disposition conventionnelle applicable, soit en tant qu'expression du droit international coutumier, la règle générale d'interprétation des traités à retenir.

«2. Approches de l'interprétation

«Indépendamment de l'application de la règle générale énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne en vue de l'interprétation des traités, différents organes juridictionnels ou quasi juridictionnels ont dans différents contextes mis plus ou moins l'accent sur les divers moyens d'interprétation. Trois grandes approches peuvent être distinguées:

«L'approche classique: à l'instar de la Cour internationale de Justice, la plupart des organes juridictionnels ou quasi juridictionnels (Tribunal des réclamations Iran-États-Unis, tribunaux du CIRDI, TIDM, et cours et tribunaux pénaux internationaux) utilisent généralement tous les moyens d'interprétation énoncés à l'article 31 de la Convention de Vienne sans privilégier nettement tel ou tel moyen.

«L'approche axée sur le texte du traité: les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC ont dans de nombreux cas insisté sur le texte du traité (sens ordinaire ou particulier des termes de l'accord) en se gardant d'une interprétation téléologique. Cette approche semble s'expliquer, notamment, par un besoin de sécurité et par le caractère technique de nombreuses dispositions des accords conclus dans le cadre de l'OMC.

«L'approche axée sur le but du traité: les tribunaux des droits de l'homme à compétence régionale, ainsi que le Comité des droits de l'homme au titre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ont, dans de nombreux cas, mis l'accent sur l'objet et le but. Cette approche semble s'expliquer, notamment, par le caractère des dispositions de fond des traités des droits de l'homme qui portent sur les droits individuels dans une société en évolution.

«Les raisons pour lesquelles certains organes juridictionnels ou quasi juridictionnels ont souvent tendance à mettre l'accent sur le texte et d'autres sur l'objet et le but peuvent résider non seulement dans la teneur particulière des obligations conventionnelles en cause, mais aussi dans leur libellé ou d'autres facteurs comme, éventuellement, l'ancienneté du régime conventionnel et la procédure suivie par l'organe concerné. Il n'est pas nécessaire de déterminer exactement dans quelle mesure de tels facteurs influencent l'approche interprétative de chaque organe considéré. Il est néanmoins utile de garder à l'esprit les différentes approches générales lorsqu'il s'agit d'évaluer le rôle que les accords et la pratique ultérieurs jouent pour différents organes juridictionnels ou quasi juridictionnels.

«3. Interprétation des traités relatifs aux droits de l'homme et des traités de droit pénal international

«La Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme mettent l'accent sur le caractère particulier des traités relatifs

⁴³⁷ *Annuaire...* 2010, vol. II (2^e partie), p. 202, par. 348 à 351.

aux droits de l'homme qu'elles appliquent et affirment que ce caractère particulier influe sur leur méthode d'interprétation. La Cour pénale internationale, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda appliquent certaines règles particulières d'interprétation qui procèdent de principes généraux du droit pénal et du droit des droits de l'homme. Néanmoins, ni les cours des droits de l'homme à compétence régionale ni les cours et tribunaux pénaux internationaux ne remettent en cause l'applicabilité de la règle générale énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 comme base de leur interprétation des traités. Les autres organes juridictionnels ou quasi juridictionnels examinés ne considèrent pas que le traité dont ils surveillent respectivement l'application exige une méthode particulière d'interprétation.

«4. *Reconnaissance en principe des accords ultérieurs et de la pratique suivie ultérieurement comme moyen d'interprétation*

«Tous les organes juridictionnels et quasi juridictionnels examinés admettent que les accords ultérieurs et la pratique suivie ultérieurement, au sens des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, constituent un moyen d'interprétation à prendre en considération lorsqu'ils interprètent et appliquent des traités.

«5. *La notion de pratique ultérieure comme moyen d'interprétation*

«La plupart des organes juridictionnels et quasi juridictionnels examinés n'ont pas défini la notion de pratique ultérieure. La définition donnée par l'Organe d'appel de l'OMC ("une suite d'actes ou de déclarations «concordants, communs et d'une certaine constance», suffisante pour que l'on puisse discerner une attitude qui suppose l'accord des parties à l'égard de l'interprétation des traités⁴³⁸") conjugue l'élément de "pratique" ("une suite d'actes ou de déclarations") et l'exigence d'un accord ("concordants, communs") comme il est prévu aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31, de la Convention de Vienne de 1969 (pratique ultérieure au sens étroit). D'autres organes examinés ont cependant également employé la notion de pratique comme moyen d'interprétation sans viser ni exiger un accord perceptible entre les parties (pratique ultérieure au sens large).

«6. *Détermination du rôle d'un accord ultérieur ou d'une pratique suivie ultérieurement comme moyen d'interprétation*

«Comme d'autres moyens d'interprétation, les accords ultérieurs et la pratique suivie ultérieurement ne sont généralement, pour les organes juridictionnels ou quasi juridictionnels, qu'un moyen d'interprétation parmi d'autres dans toute décision particulière. Il est

en conséquence rare que ces organes déclarent que telle ou telle pratique ultérieure ou tel ou tel accord ultérieur a joué un rôle déterminant dans leur décision. Il semble néanmoins souvent possible d'évaluer si un accord ultérieur particulier ou une pratique ultérieure particulière a joué un rôle important ou un rôle mineur dans la motivation d'une décision précise.

«La plupart des organes juridictionnels ou quasi juridictionnels s'appuient sur la pratique ultérieure comme moyen d'interprétation. Celle-ci joue un rôle moins important pour des organes dont le mode d'interprétation est davantage axé sur le texte (Organe d'appel de l'OMC) ou sur le but (Cour interaméricaine des droits de l'homme). La Cour européenne des droits de l'homme met davantage l'accent sur la pratique ultérieure en se référant aux normes juridiques communes aux États membres du Conseil de l'Europe.

«7. *Interprétation évolutive et pratique ultérieure*

«L'interprétation évolutive est une forme d'interprétation téléologique qui peut être guidée par la pratique ultérieure au sens étroit et au sens large. L'Organe d'appel de l'OMC, qui axe son interprétation sur le texte, n'a expressément procédé à une interprétation évolutive que de manière occasionnelle. Parmi les organes chargés de surveiller l'application des traités relatifs aux droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme emploie fréquemment une interprétation évolutive expressément guidée par la pratique ultérieure, tandis que la Cour interaméricaine des droits de l'homme et le Comité des droits de l'homme ne s'appuient guère sur la pratique ultérieure. Cela est peut-être dû au fait que la Cour européenne des droits de l'homme peut se référer à un niveau relativement comparable de limitations aux droits de l'homme parmi les États membres du Conseil de l'Europe. Le Tribunal international du droit de la mer paraît s'engager dans une interprétation évolutive allant dans le sens d'une partie de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice.

«8. *Rareté de l'invocation des accords ultérieurs*

«Les organes juridictionnels et quasi juridictionnels examinés s'appuient rarement sur des accords ultérieurs au sens étroit de l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969. Cela peut en partie s'expliquer par le caractère de certaines obligations conventionnelles, en particulier celles découlant de traités relatifs aux droits de l'homme qui pour une grande part ne se prêtent pas à la conclusion d'accords ultérieurs par les gouvernements.

«Certaines décisions que prennent les organes pléniers ou les États parties conformément à un traité, comme les "éléments des crimes" adoptés conformément à l'article 9 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale ou les Notes de 2001 d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 dans le contexte de l'ALENA⁴³⁹, peuvent, si elles sont adoptées à

⁴³⁸ Voir Rapport de l'Organe d'appel, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopté le 1^{er} novembre 1996, p. 15, qui fait référence, entre autres, à I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 1984, p. 137.

⁴³⁹ Commission du libre-échange de l'ALENA, «Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11», 31 juillet 2001 (voir www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Commission/CH11understanding_f.asp).

l'unanimité, avoir un effet analogue à un accord ultérieur au sens de l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne.

«9. *Auteurs possibles de la pratique ultérieure pertinente*

«La pratique ultérieure pertinente peut consister en des actes de tous les organes de l'État (exécutifs, législatifs et judiciaires) qui peuvent être attribués à l'État aux fins de l'interprétation des traités. Cette pratique peut même inclure, dans certaines circonstances, une "pratique sociale" dans la mesure où elle est reflétée dans la pratique étatique.»

5. Le Groupe d'étude recommande que le texte de ces conclusions préliminaires soit reproduit dans le chapitre du rapport de la Commission relatif aux traités dans le temps. Il considère que ces conclusions, étant de nature préliminaire, devront être réexaminées et développées à la lumière d'autres rapports sur des aspects complémentaires du sujet ainsi que des débats qui y auront été consacrés.

6. Le Groupe d'étude a également envisagé ses travaux futurs sur le sujet. En principe, à la soixante-quatrième session (2012), il devrait achever l'examen du deuxième rapport établi par son président. Ensuite il analysera la pratique des États sans lien avec des procédures juridictionnelles ou quasi juridictionnelles, sur la base d'un rapport sur le sujet. Le Groupe d'étude estime que les travaux sur le sujet devraient être achevés, comme prévu à l'origine, au cours du quinquennat suivant, et déboucher sur des conclusions élaborées à partir d'un répertoire de la pratique. La possibilité de modifier sa méthode de travail sur le sujet en prévoyant la désignation par la Commission d'un rapporteur spécial pourra être examinée à la session suivante par la Commission dans sa nouvelle composition.

7. À sa séance du 2 août 2011, le Groupe d'étude a aussi examiné la possibilité de réitérer la demande d'informations aux gouvernements formulée dans le chapitre III du rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-deuxième session⁴⁴⁰. De l'avis général, des renseignements supplémentaires sur ce sujet seraient utiles, s'agissant en particulier de l'examen des cas d'accords et de pratique ultérieurs qui n'ont pas fait l'objet d'une décision juridictionnelle ou quasi juridictionnelle d'un organe international. C'est pourquoi le Groupe d'étude recommande à la Commission que le chapitre III de son rapport sur les travaux de sa soixante-troisième session comporte une section réitérant la demande d'informations sur le sujet.

8. M. Nolte espère que la Commission sera en mesure de prendre note du rapport et d'approuver les deux recommandations susmentionnées.

9. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission souhaite prendre note du rapport intérimaire du Groupe d'étude sur les traités dans le temps.

Il en est ainsi décidé.

La clause de la nation la plus favorisée (A/CN.4/638, sect. H)

[Point 10 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU GROUPE D'ÉTUDE

10. M. PERERA (Coprésident du Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée) déclare que le Groupe d'étude, coprésidé par M. McRae et lui-même, a été reconstitué à la session en cours et a tenu quatre séances, les 1^{er} juin, 20 juillet et 4 août 2011.

11. Soucieux de mieux définir le contenu normatif des clauses de la nation la plus favorisée (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, des divergences et des mesures prises par les États eu égard à la jurisprudence, le Groupe d'étude a examiné un document non officiel où figurait le nom d'arbitres et d'avocats qui étaient intervenus dans des affaires d'investissement mettant en cause une clause NPF ainsi que la nature de la clause qu'il s'agissait d'interpréter. Le Groupe d'étude disposait aussi d'un document de travail non officiel établi par M. McRae, dont le propos était de cerner les circonstances que les tribunaux avaient prises en considération pour statuer, afin de déterminer si ces circonstances permettaient de mieux comprendre les divergences de la jurisprudence. Le but était d'identifier les catégories de facteurs invoqués et d'apprécier leur importance relative pour l'interprétation et l'application des clauses NPF. Le document de travail examinait les diverses fins auxquelles les clauses NPF avaient été invoquées dans des différends en matière d'investissement, en s'intéressant particulièrement aux cas où il s'agissait d'obtenir un avantage conséquent en alléguant un accord bilatéral d'investissement entre l'État en cause et un État tiers, ou bien d'obtenir des dispositions de règlement des différends plus favorables que celles que prévoyait l'accord bilatéral d'investissement invoqué dans la revendication.

12. Le document de travail rappelait aussi les considérations sur lesquelles étaient fondées les sentences arbitrales rendues dans des affaires d'investissement, mettant l'accent sur la source du droit au traitement NPF et sur son champ d'application. Pour ce qui est de cette dernière considération, il y était observé que les tribunaux des investissements avaient opéré de bien des manières dans l'application du principe *ejusdem generis* et qu'une même sentence était parfois fondée sur des approches multiples.

13. Ces approches consistaient: *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 relatives aux conflits de traités, qui consistait pour les tribunaux à considérer que la problématique qu'il s'agissait de couvrir l'avait déjà été, de façon différente, dans le traité de base lui-même; et *d*) à examiner la pratique des parties pour déterminer leur intention quant au champ d'application de la clause NPF.

⁴⁴⁰ *Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), p. 16, par. 26 à 28.

14. Le document de travail examinait aussi 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 telles clauses, y compris l'exception de «politique publique» retenue dans l'affaire *Maffezini c. Espagne*.

15. La conclusion d'ensemble du document de travail était que l'analyse des sentences arbitrales en matière d'investissement montrait que les tribunaux n'adoptaient pas la même attitude face à l'utilisation d'une clause NPF visant à incorporer dans l'accord dont il s'agissait des dispositions relatives au règlement de différends. Pour décider si une clause NPF pouvait être invoquée en vue d'incorporer dans le traité de base des dispositions de règlement des différends, la première étape consistait à décider, explicitement ou implicitement, si les clauses NPF couvraient ou non en principe les dispositions relatives au règlement des différends; la seconde, à interpréter la clause NPF dont il s'agissait pour voir si elle valait aussi pour le règlement des différends. Ces façons de procéder n'étaient pas toujours explicites et, dans certains cas, les tribunaux déclaraient qu'ils se plaçaient du point de vue de l'interprétation des traités, semblant en ignorer la première étape.

16. Le Groupe d'étude a tenu un large débat sur ce document et sur un ensemble de questions qui avaient été soulevées afin de pouvoir donner un aperçu général des points qu'il aurait à traiter. Ceux-ci allaient de considérations strictement juridiques à des aspects 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 liberté de définir sa politique qui appartient au pays d'accueil.

17. Le Groupe d'étude observe que l'on s'accorde généralement à reconnaître que la source du droit au traitement NPF est le traité de base, et non un traité avec un État tiers; les clauses NPF ne font pas exception au principe de la relativité des contrats dans l'interprétation des traités. Le Groupe constate également que la question centrale des décisions dans les affaires d'investissement est 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.

18. 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 n'est pas clairement avérée, situation fréquente dans beaucoup d'accords bilatéraux d'investissement qui sont rédigés en termes flous.

19. Le Groupe d'étude 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 favorisée⁴⁴¹, 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.

20. Le Groupe d'étude a également étudié la sentence récemment rendue dans l'affaire *Impregilo S.p.A. c. Argentine*, y compris l'opinion concordante et dissidente de Brigitte Stern, 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 a pas d'assimilation automatique des droits de fond et des moyens juridictionnels de les faire valoir, dans la mesure où il y a une différence entre les conditions de jouissance des droits fondamentaux et les conditions d'accès aux voies juridictionnelles (par. 56). On remarque aussi qu'il y a en doctrine des divergences d'opinion quant à l'approche à retenir, certains commentateurs jugeant qu'il n'y a aucune raison convaincante de distinguer 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.

21. Il apparaît que les différentes sentences arbitrales impliquent une position philosophique sur la question de savoir si oui ou non les clauses NPF s'appliquent en principe 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 selon l'autre, l'hypothèse est inverse. Dans l'ensemble, le nœud du problème est que les tribunaux n'ont pas de façon systématique et uniforme d'aborder l'interprétation. Il n'est ainsi pas aisé de tirer quelque conclusion générale sur les méthodes d'interprétation qu'attestent les arbitrages en matière d'investissement. L'une des difficultés qu'a à surmonter le Groupe d'étude tient en partie au fait qu'il doit faire une analyse susceptible de dégager un cadre théorique sous-jacent pour faire apparaître la logique des décisions.

22. Le Groupe d'étude relève aussi à ce propos que l'opinion concordante et dissidente dans l'affaire *Impregilo S.p.A.* pouvait constituer un cadre pour aborder la question de la qualification *ejusdem generis*, par exemple en se demandant d'abord si les conditions fondamentales (*ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione temporis*) de jouissance des droits reconnus dans l'accord bilatéral d'investissement sont satisfaites. Il a été rappelé à ce propos que l'article 14 du projet d'articles de 1978 sur la clause de la nation la plus favorisée prévoyait que l'exercice des droits découlant 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

⁴⁴¹ CNUCED, *Traitement de la nation la plus favorisée* (UNCTAD/DIAE/IA/2010/1), publication des Nations Unies (numéro de vente: 10.II.D.19), Genève, 2010.

manière entre l'État concédant et l'État bénéficiaire⁴⁴². En d'autres termes, outre une opération en deux temps amenant à décider si une clause NPF couvre en principe le règlement des différends, puis à procéder à son interprétation pour voir si elle s'applique en fait à ces dispositions de la procédure, il y a une étape préliminaire, que la jurisprudence a peut-être négligée, au cours de laquelle il faut déterminer qui a le droit de bénéficier du traitement NPF et si les conditions préalables de jouissance de ce traitement sont bien remplies.

23. Le Groupe d'étude pense qu'il convient d'examiner les diverses voies d'approche du sujet en attirant l'attention sur les inconvénients et les avantages de chacune d'elles. Il a été relevé que l'«approche par l'interprétation des traités» pouvait être trompeuse, vu que l'ensemble du processus concerne l'interprétation des traités. Le point de départ général doit être la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, complétée par tout principe qui pourrait se déduire de la pratique en matière d'investissement. Cela étant, la Convention de Vienne ne semble pas appuyer l'idée de se référer aux pratiques conventionnelles distinctes que suivent par ailleurs les parties à l'accord bilatéral d'investissement au titre duquel la clause NPF est réclamée afin de s'assurer des intentions des parties quant à la portée de la clause NPF.

24. 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 a également été suggéré de revenir sur certains autres domaines du droit international pour voir si la façon dont les clauses NPF y sont appliquées pouvait éclairer le Groupe.

25. Le Groupe d'étude devrait pouvoir achever ses travaux en 2013, travaux qui devraient viser à prévenir la fragmentation du droit international en faisant valoir l'importance de la cohérence des décisions d'arbitrage. Le Groupe d'étude pourrait ainsi concourir à la sécurité et à la stabilité du droit de l'investissement. Le résultat de ses travaux devrait être d'utilité pratique pour ceux qui interviennent dans le domaine de l'investissement et pour les responsables politiques. Le Groupe d'étude n'a pas l'intention de rédiger un projet d'articles ni de réviser le projet de 1978. Il entreprendra plutôt d'établir, sous la direction générale des coprésidents, un projet de rapport présentant le contexte général de la matière, analysant la jurisprudence dans différents contextes, 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.

26. M. Perera espère que la Commission sera en mesure de prendre note du rapport intérimaire du Groupe d'étude.

27. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission souhaite prendre note du rapport intérimaire du Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée.

Il en est ainsi décidé.

Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session (suite)

CHAPITRE V. *Responsabilité des organisations internationales (fin)*
[A/CN.4/L.784 et Add.1 et 2]

C. Recommandation de la Commission (fin)

28. Le PRÉSIDENT rappelle qu'à la 3118^e séance le paragraphe 9 de la section C de ce chapitre, figurant dans le document A/CN.4/L.784, concernant la recommandation de la Commission à l'Assemblée générale, a été laissé en suspens. Il invite le Rapporteur spécial à formuler sa proposition pour ce paragraphe.

29. M. GAJA (Rapporteur spécial) pense qu'il serait opportun que la Commission adopte un paragraphe semblable à celui adopté pour le chapitre VI, relatif aux effets des conflits armés sur les traités (A/CN.4/L.785), qui s'inspirait de sa recommandation à l'Assemblée générale concernant le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁴⁴³.

30. Il propose par conséquent que le paragraphe unique de la section C se lise comme suit:

«La Commission recommande à l'Assemblée générale a) de prendre note du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales dans une résolution et de le faire figurer en annexe à celle-ci, et b) d'envisager, ultérieurement, d'élaborer une convention sur la base du projet d'articles.»

31. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission souhaite adopter le paragraphe 9 du document A/CN.4/L.784 dans la version proposée par le Rapporteur spécial.

Il en est ainsi décidé.

La section C est adoptée.

Le chapitre V du rapport de la Commission, dans son ensemble, tel qu'il a été modifié, est adopté.

La séance est levée à 10 h 50.

3120^e SÉANCE

Lundi 8 août 2011, à 15 heures

Président: M. Maurice KAMTO

Présents: M. Caffisch, M. Candiotti, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M^{me} Escobar Hernández, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M^{me} Jacobsson, M. McRae, M. Melescanu, M. Murase, M. Niehaus, M. Nolte, M. Pellet, M. Perera, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Vargas Carreño, M. Vascianie, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

⁴⁴² *Annuaire... 1978*, vol. II (2^e partie), chap. II, sect. D, p. 45.

⁴⁴³ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 25, par. 73.