

Chapitre XI

LA CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE

A. Introduction

150. À sa soixantième session (2008), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet «La clause de la nation la plus favorisée» et de constituer un groupe d'étude sur ce sujet à sa soixante et unième session³⁹⁶.

151. Le Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée (NPF) a été constitué à la soixante et unième session (2009) sous la coprésidence de M. Donald M. McRae et de M. A. Rohan Perera³⁹⁷, puis reconstitué à la soixante-deuxième session (2010) et à la soixante-troisième session (2011), avec les mêmes coprésidents³⁹⁸. À sa soixante-quatrième session (2012), la Commission a reconstitué le Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée, sous la présidence de M. Donald M. McRae³⁹⁹.

B. Examen du sujet à la présente session

152. À la présente session, la Commission a reconstitué le Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée, sous la présidence de M. Donald M. McRae. En l'absence de ce dernier, M. Mathias Forteau a assuré la présidence. Le Groupe d'étude a tenu quatre séances, le 23 mai et les 10, 15 et 30 juillet 2013.

153. À sa 3189^e séance, le 31 juillet 2013, la Commission a pris note du rapport du Groupe d'étude.

³⁹⁶ À sa 2997^e séance, le 8 août 2008 [voir *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), par. 354]. Pour la présentation du sujet, voir *ibid.*, annexe II. Au paragraphe 6 de sa résolution 63/123 du 11 décembre 2008, l'Assemblée générale a pris note de cette décision.

³⁹⁷ À sa 3029^e 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 [voir *Annuaire... 2009*, vol. II (2^e partie), par. 211 à 216]. Le Groupe d'étude avait notamment réfléchi à un cadre pouvant servir de feuille de route pour les travaux futurs et convenu d'un programme de travail prévoyant l'établissement de documents susceptibles d'apporter des éclaircissements sur des questions relatives, en particulier, au champ d'application des clauses NPF, à leur interprétation et à leur application.

³⁹⁸ À sa 3071^e séance, le 30 juillet 2010, la Commission a pris note du rapport oral des coprésidents du Groupe d'étude [voir *Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), par. 359 à 373]. Le Groupe d'étude avait examiné les divers documents élaborés sur la base du cadre pouvant servir de feuille de route pour les travaux futurs de 2009 et arrêté un programme de travail pour 2010. À sa 3119^e séance, le 8 août 2011, la Commission a pris note du rapport oral des coprésidents du Groupe d'étude [*Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), par. 348 à 362]. Le Groupe d'étude a examiné des documents supplémentaires élaborés sur la base du cadre de 2009.

³⁹⁹ À sa 3151^e séance, le 27 juillet 2012, la Commission a pris note du rapport oral du Président du Groupe d'étude [*Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), par. 244 à 265]. Le Groupe d'étude a examiné des documents supplémentaires élaborés sur la base du cadre de 2009.

1. TRAVAUX DU GROUPE D'ÉTUDE

154. Il convient de rappeler que l'objectif général des travaux du Groupe d'étude est de prévenir la fragmentation du droit international en faisant valoir l'importance d'une cohérence accrue dans les décisions d'arbitrage en matière d'investissements, en particulier en ce qui concerne les dispositions NPF. Le Groupe d'étude continue de penser qu'il peut contribuer à accroître la sécurité et la stabilité du droit des investissements. Les résultats de ses travaux devraient être d'utilité pratique pour les responsables politiques et tous ceux qui interviennent dans le domaine des investissements. Il n'entend pas élaborer des projets d'articles ni réviser le projet d'articles sur la clause de la nation la plus favorisée adopté par la Commission en 1978⁴⁰⁰.

155. Depuis 2010, pour tenter d'éclairer davantage les problèmes que pose de nos jours la clause NPF, le Groupe d'étude a élaboré et examiné plusieurs documents de travail. Il s'est notamment penché sur: *a*) la typologie des dispositions NPF existantes, ce qui constitue un travail d'étude continu; *b*) le projet d'articles de 1978 de la Commission et les domaines dans lesquels il reste pertinent; *c*) les différents aspects de l'évolution passée et en cours de la clause NPF dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) et de l'OMC; *d*) les autres faits nouveaux qui se sont produits dans le cadre de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED); *e*) les problèmes contemporains liés au champ d'application de la clause NPF, comme ceux qui ont été soulevés dans l'affaire *Maffezini*⁴⁰¹; *f*) l'interprétation des clauses NPF par les tribunaux d'arbitrage en matière d'investissements dans la sentence *Maffezini* et les affaires postérieures; et *g*) l'effet de la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissements sur l'application de la clause NPF aux dispositions procédurales⁴⁰².

⁴⁰⁰ *Annuaire... 1978*, vol. II (2^e partie), par. 74.

⁴⁰¹ *Maffezini c. Reino de España*, CIRDI, affaire n° ARB/97/7 (disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://icsid.worldbank.org>).

⁴⁰² D. M. McRae et A. R. Perera, «Catalogue de dispositions NPF»; S. Murase, «Le projet d'articles de 1978 de la Commission du droit international» [document révisé en 2013]; D. M. McRae, «Les clauses NPF dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce et de l'Organisation mondiale du commerce»; M. Hmoud, «Les travaux de l'Organisation de coopération et de développement économiques sur le traitement NPF»; S. C. Vasciannie, «Les travaux de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement sur le traitement NPF»; A. R. Perera, «Le problème *Maffezini* dans le cadre des traités d'investissement»; D. M. McRae, «L'interprétation et l'application des clauses NPF dans les accords d'investissement»; D. M. McRae, «L'interprétation des clauses NPF par les tribunaux d'arbitrage en matière d'investissements»; M. Forteau, «Effet de la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissements sur l'application de la clause NPF aux dispositions procédurales».

156. Le Groupe d'étude a aussi entrepris une étude en vue de recenser les arbitres et les conseils intervenant dans des affaires d'investissements ayant un rapport avec les clauses NPF, et d'identifier également les catégories de dispositions NPF interprétées dans ce contexte. En outre, afin de cerner plus précisément le contenu normatif des clauses NPF dans le domaine des investissements, il a examiné un document de travail informel sur les modèles de clauses NPF postérieures à l'affaire *Maffezini*, dans lequel étaient présentées les différentes manières dont les États avaient réagi à la sentence *Maffezini*, par exemple en déclarant expressément la non-applicabilité, ou au contraire l'applicabilité, de la clause NPF aux dispositions relatives au règlement des différends, ou en énumérant explicitement les domaines auxquels cette clause est applicable. Le Groupe d'étude a aussi examiné un document de travail informel qui donnait un aperçu des libellés propres au traitement NPF utilisés dans des accords de siège conférant aux représentants des États auprès d'une organisation donnée les mêmes privilèges et immunités que ceux accordés par l'État hôte aux diplomates en poste sur son territoire. Ces deux documents, de même qu'un autre document de travail informel sur « La clause de la nation la plus favorisée dans le cadre des traités bilatéraux sur l'imposition » rendent compte de travaux toujours en cours.

157. Le Groupe d'étude avait déjà relevé auparavant la nécessité d'approfondir la question des clauses NPF relativement au commerce des services dans le cadre des accords d'investissement et de l'Accord général sur le commerce des services, ainsi que la relation entre ces clauses, la règle du traitement juste et équitable et les normes du traitement national, et d'examiner également les accords d'intégration économique régionale et les accords de libre-échange afin de voir si l'application qui y est faite des clauses NPF pouvait aider le Groupe d'étude dans ses travaux. L'attention a été par ailleurs appelée sur la nécessité d'envisager les relations entre traités bilatéraux et multilatéraux et la manière dont la clause NPF joue dans un environnement qui s'est diversifié et complexifié depuis l'adoption par la Commission du projet d'articles de 1978 sur la clause NPF, ainsi que la question de la réciprocité dans l'application des clauses NPF, en particulier dans les accords entre pays développés et pays en développement.

158. De l'avis général, l'objectif serait d'élaborer un rapport général comportant une analyse systématique des diverses questions considérées comme pertinentes. Il a été envisagé que le rapport final expose le contexte général des travaux dans le cadre plus vaste du droit international général, en tenant compte des évolutions qui avaient notamment suivi l'adoption du projet d'articles de 1978. Le Groupe d'étude s'efforcerait donc dans son rapport d'aborder les problèmes contemporains relatifs aux clauses NPF, en analysant à cet égard des questions comme la pertinence des clauses NPF dans le monde contemporain, les travaux relatifs aux clauses NPF effectués par d'autres organes, et les différentes approches adoptées pour l'interprétation des clauses NPF. Le rapport final du Groupe d'étude pourrait traiter d'une manière générale la question de l'interprétation des clauses NPF dans les accords d'investissement en ce qui concerne le règlement des différends, en analysant les différents facteurs qui intéressent ce processus et en présentant, s'il y a

lieu, des directives et des exemples de clauses types pour la négociation de clauses NPF, en se fondant sur la pratique des États.

2. DÉBATS DU GROUPE D'ÉTUDE À LA PRÉSENTE SESSION

159. Le Groupe d'étude était saisi d'un document de travail établi par M. S. Murase portant sur le caractère juridique de l'arbitrage mixte en matière d'investissements et intitulé « A BIT on mixed tribunals: legal character of investment dispute settlements », ainsi que d'un document de travail établi par M. D. Hmoud intitulé « Survey of MFN language and Maffezini-related jurisprudence ». Le Groupe d'étude a également poursuivi l'examen de la pratique et de la jurisprudence contemporaines intéressant l'interprétation des clauses NPF. Il était saisi à cette fin de sentences récentes et d'opinions dissidentes et individuelles⁴⁰³ portant sur les questions examinées par le Groupe d'étude.

160. Le document de travail de M. Murase traitait un aspect déjà examiné par le Groupe d'étude en 2012 à propos du document de travail établi par M. Forteau sur l'effet de la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissements sur l'application de la clause NPF aux dispositions procédurales, qui avait pour objet d'expliquer à quoi tient la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissements, d'examiner les particularités de l'application de la clause NPF lorsque celle-ci est invoquée dans le cadre d'un arbitrage mixte, d'étudier l'incidence d'un tel arbitrage sur l'application de la clause NPF aux dispositions procédurales, de faire observer que la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissements se déployait sur deux plans, du fait que les parties à l'instance, à savoir une personne privée demanderesse et un État défendeur, n'étaient pas de même nature, et de rappeler que le tribunal, dans une telle instance, était le substitut fonctionnel d'une juridiction par ailleurs compétente de l'État hôte. En conséquence, l'arbitrage mixte se situait entre le plan national et le plan international et, en matière d'investissements, il entretenait des affinités à la fois avec l'arbitrage commercial international et avec l'arbitrage international public en ayant une nature à la fois privée et publique. Le document de travail de M. Murase visait à replacer dans une perspective historique le développement du droit dans ce domaine. Il y était rappelé que le processus d'« internationalisation » des « accords de concession » conclus entre un investisseur privé et l'État hôte était apparu au XIX^e siècle et au début du XX^e siècle. Ces accords étaient considérés comme des « contrats de droit privé » ou des « contrats de droit public (ou administratif) » régis par le droit interne de l'État d'origine de l'investisseur ou de l'État d'accueil. Après la Seconde Guerre mondiale, l'exclusion du droit interne et de la juridiction interne a tendu à caractériser de tels accords, ce qui a conduit la doctrine à considérer

⁴⁰³ *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, CIRDI, affaire n° ARB/05/1 envoyée aux parties le 22 août 2012, et opinion dissidente de Charles N. Brower et opinion individuelle de Domingo Bello Janeiro; et *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, CIRDI, affaire n° ARB/10/1 envoyée aux parties le 2 juillet 2013 et opinion individuelle de William W. Park. Voir aussi la décision rendue le 3 juillet 2013 par le tribunal du CIRDI sur l'exception d'incompétence pour défaut de consentement dans l'affaire *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, CIRDI, affaire n° ARB/11/20, du 3 juillet 2013 (disponibles en ligne à l'adresse suivante : <https://icsid.worldbank.org>).

que ces accords étaient régis par « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » plutôt que par le droit interne de l'un ou l'autre État et qu'ils constituaient des « accords de développement économique » qui ne relevaient ni du droit interne ni du droit international mais étaient régis par la *lex contractus*, même si cette qualification était rejetée par la jurisprudence⁴⁰⁴. Il a été affirmé que ces contrats de concession ou accords de développement économique avaient un caractère précurseur, ouvrant la voie à la conclusion de nombreux accords bilatéraux d'investissement, qui sont des accords inter-étatiques dont les règles de fond relèvent du droit international. Sur le plan de la procédure, cependant, il a été soutenu que, quel que soit le degré de ressemblance entre tribunaux mixtes et mécanismes inter-étatiques, le Groupe d'étude devait se montrer prudent et distinguer l'arbitrage mixte du règlement des différends, par exemple, dans le cadre de l'OMC.

161. Le document de travail de M. Hmoud présentait un ensemble de dispositions conventionnelles pertinentes qui avaient été examinées dans le cadre de sentences, et qui concernaient la question soulevée dans l'affaire *Maffezini* de savoir si une clause NPF s'étendait aux clauses de règlement des différends, ainsi que les extraits pertinents des sentences.

162. S'agissant des sentences *Daimler* et *Kılıç* soumises à l'examen du Groupe d'étude, celui-ci a noté qu'elles traitaient de questions comparables à celles posées dans l'affaire *Maffezini* et que leurs différents éléments pouvaient intéresser ses travaux puisque, en 2012, le Groupe d'étude s'était intéressé aux différents facteurs que les tribunaux prennent en considération pour l'interprétation des clauses NPF. Le Groupe d'étude a notamment estimé que les approches suivies par les tribunaux arbitraux dans leur interprétation de la clause NPF et la pertinence de la Convention de Vienne de 1969 à cette fin présentaient un intérêt particulier. Les sentences mettaient en évidence plusieurs aspects importants de l'interprétation des traités, comme les termes du traité et son contexte, y compris la pratique conventionnelle des États concernés, l'objet et le but du traité, ainsi que le consentement et le principe de contemporanéité. Le Groupe d'étude a également pris note du fait que, dans l'affaire *Daimler*, le tribunal arbitral s'était interrogé sur le caractère « plus » ou « moins » favorable des différentes procédures de règlement des

différends à la disposition des parties en vertu d'un traité. Le Groupe d'étude a en outre considéré que l'examen de la jurisprudence pertinente dans la sentence *Kılıç* pourrait être utile pour l'élaboration de son rapport final.

163. Il était prévu qu'à la présente session le Groupe d'étude entreprendrait l'examen du projet de rapport final qui devait être élaboré par le Président, compte tenu des différents documents de travail qui avaient été présentés au Groupe. En l'absence du Président, le Groupe d'étude a néanmoins poursuivi son échange de vues sur les grandes lignes de son rapport final, en constatant une fois de plus que, si ses travaux étaient axés sur le domaine des investissements, il serait cependant préférable de replacer les questions à l'examen dans un cadre plus large, à savoir le droit international général et les précédents travaux de la Commission. Les questions qui seraient traitées dans le rapport seraient notamment les suivantes : l'origine et le but des travaux du Groupe d'étude ; le projet d'articles de 1978 et sa pertinence ; l'évolution depuis 1978, la pertinence à l'époque contemporaine des dispositions NPF, y compris du projet d'articles de 1978 ; l'examen des dispositions NPF au sein d'autres organismes comme la CNUCED et l'OCDE ; des considérations contextualisées, comme le phénomène des arbitrages mixtes tel qu'envisagé par exemple, dans le document de travail de M. Murase ; et les approches opposées suivies pour l'interprétation des clauses NPF dans la jurisprudence.

164. En examinant plus avant la question de l'interprétation des clauses NPF dans les accords d'investissement, en prenant comme point de départ la Convention de Vienne de 1969, le Groupe d'étude a évoqué la possibilité d'élaborer des directives et des clauses types pour le rapport final. Il a néanmoins noté les risques que présenterait un résultat exagérément prescriptif et estimé qu'il serait peut-être plus utile de dresser un catalogue des exemples qui s'étaient présentés dans la pratique relative aux traités, en appelant l'attention des États sur l'interprétation donnée par différentes sentences de diverses dispositions. L'étude entreprise par M. Hmoud serait utile au Groupe d'étude lorsqu'il aborderait en définitive la question de l'élaboration de directives et de clauses types relatives aux problèmes posés dans la sentence *Maffezini*. Le Groupe d'étude a rappelé qu'il avait déjà relevé auparavant la nécessité d'approfondir la question des clauses NPF relativement au commerce des services dans le cadre des accords d'investissement et de l'Accord général sur le commerce des services, ainsi que la relation entre ces clauses, la règle du traitement juste et équitable et les normes du traitement national. Tous ces aspects continueraient d'être suivis par le Groupe d'étude au cours de ses travaux. Le Groupe d'étude était toutefois conscient de la nécessité de ne pas élargir excessivement la portée de ses travaux.

⁴⁰⁴ La Cour internationale de Justice dans l'*Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (compétence)*, arrêt du 22 juillet 1952, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 93, en particulier p. 112, a ainsi affirmé : « La Cour ne saurait admettre l'opinion suivant laquelle le contrat signé entre le Gouvernement de l'Iran et l'Anglo-Persian Oil Company aurait un caractère double. Ce contrat n'est rien de plus qu'un contrat de concession entre un gouvernement et une société privée étrangère. »