

Annexe

RAPPORT FINAL

GROUPE D'ÉTUDE SUR LA CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE

TABLE DES MATIÈRES

<i>Chapitres</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Pages</i>
Introduction.....	1-2	99
I. HISTORIQUE.....	3-33	99
A. Genèse et objet des travaux du Groupe d'étude.....	4-9	99
B. Le projet d'articles de 1978.....	10-19	100
1. Origines.....	10-12	100
2. Dispositions fondamentales.....	13-18	100
3. La décision de l'Assemblée générale concernant le projet d'articles de 1978.....	19	101
C. L'évolution ultérieure.....	20-23	102
D. L'analyse des dispositions de la nation la plus favorisée par d'autres organes.....	24-33	102
1. La Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement.....	25-27	102
2. L'Organisation de coopération et de développement économiques.....	28-33	103
II. PERTINENCE DES CLAUSES DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE DANS LE MONDE CONTEMPORAIN ET QUESTIONS CONCERNANT LEUR INTERPRÉTATION.....	34-140	103
A. Caractéristiques essentielles des dispositions de la nation la plus favorisée.....	35-40	103
La raison d'être du traitement de la nation la plus favorisée.....	37-40	104
B. Clauses de la nation la plus favorisée: la pratique actuelle.....	41-66	104
1. Les clauses de la nation la plus favorisée dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce et de l'Organisation mondiale du commerce.....	41-52	104
2. Les dispositions de la nation la plus favorisée dans d'autres accords commerciaux.....	53-54	106
3. La règle de la nation la plus favorisée dans les traités d'investissement.....	55-66	106
C. Questions d'interprétation relatives aux clauses de la nation la plus favorisée dans les accords d'investissement.....	67-140	107
1. Qui est en droit de bénéficier d'une clause de la nation la plus favorisée?.....	69-73	107
2. En quoi consiste un traitement «non moins favorable»?.....	74-78	108
3. Quelle est la portée du traitement à accorder au titre d'une clause de la nation la plus favorisée?.....	79-140	108
a) La clause de la nation la plus favorisée et les enjeux procéduraux: aux origines de la question.....	82-90	109
b) L'interprétation a posteriori des clauses de la nation la plus favorisée par les tribunaux chargés d'affaires d'investissement en ce qui concerne les questions de procédure.....	91-140	110
i) La distinction entre obligations de fond et obligations de procédure.....	93-99	110
ii) L'interprétation des clauses de la nation la plus favorisée et les questions de compétence.....	100-114	111
a. Norme d'interprétation des questions de compétence.....	101-103	112
b. Règlement des différends et compétence.....	104-114	112
iii) L'intention spécifique des dispositions d'autres traités.....	115-118	114
iv) La pratique des parties.....	119-122	115
v) Le moment pertinent pour déterminer l'intention des parties.....	123	115
vi) Le contenu de la disposition qui serait modifiée par l'invocation d'une clause de la nation la plus favorisée.....	124-134	115
vii) La cohérence dans la prise des décisions.....	135-136	117
viii) La définition du traitement «non moins favorable».....	137-139	117
ix) L'existence d'exceptions de politique générale.....	140	118

Chapitres	Paragraphes	Pages
III. CONSIDÉRATIONS INTERVENANT DANS L'INTERPRÉTATION DES CLAUSES DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE.....	141-160	118
A. Considérations de politique générale dans l'interprétation des accords d'investissement.....	141-149	118
1. L'asymétrie dans les négociations des traités bilatéraux d'investissement.....	141-144	118
2. La spécificité de chaque traité.....	145-149	118
B. L'arbitrage « mixte » comme mode de règlement des différends en matière d'investissement.....	150-157	119
C. La pertinence actuelle du projet d'articles de 1978 pour l'interprétation des dispositions de la nation la plus favorisée.....	158-160	120
IV. ORIENTATIONS POUR L'INTERPRÉTATION DES CLAUSES DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE.....	161-211	120
A. Les dispositions de la nation la plus favorisée en principe susceptibles de s'appliquer aux dispositions des traités bilatéraux d'investissement relatives au règlement des différends.....	162-163	120
B. Conditions relatives au règlement des différends et à la compétence d'un tribunal.....	164-173	121
C. Facteurs pertinents pour déterminer si une clause de la nation la plus favorisée s'applique aux conditions pour invoquer les clauses de règlement des différends.....	174-193	122
1. Le principe de contemporanéité.....	176-178	122
2. La pertinence des travaux préparatoires.....	179	123
3. La pratique conventionnelle des parties.....	180-183	123
4. Le sens du contexte.....	184-188	123
a) L'équilibre entre dispositions spécifiques et dispositions générales.....	186-187	124
b) Le principe <i>expressio unius</i>	188	124
5. La pertinence de la teneur de la disposition que l'on cherche à remplacer.....	189-190	124
6. L'interprétation de la disposition que l'on cherche à insérer.....	191-193	124
D. Conséquences de différents modèles de clauses de la nation la plus favorisée.....	194-211	125
1. Les clauses des accords existants au moment de la décision <i>Maffezini</i>	195-202	125
2. Les clauses figurant dans des accords conclus depuis la décision <i>Maffezini</i>	203-211	125
V. RÉSUMÉ DES CONCLUSIONS.....	212-217	126

Introduction

1. Le présent rapport rend compte des travaux du Groupe d'étude établi par la Commission pour examiner les questions qui se posent de nos jours relativement à la clause de la nation la plus favorisée (NPF). La Commission s'est penchée une première fois sur le sujet de la clause NPF de 1967 à 1978, mais aucun traité multilatéral n'a été conclu sur la base du projet d'articles qu'elle a élaboré. Entre-temps, la clause NPF est devenue la pierre angulaire des traités de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et a été incorporée à d'innombrables accords bilatéraux ou régionaux d'investissement. La question de savoir si cette clause pouvait étendre ses effets des obligations de fond aux dispositions de règlement des différends a suscité des controverses, notamment dans le cadre des accords bilatéraux d'investissement. Dans le présent rapport, le Groupe d'étude décrit l'évolution qui s'est produite dans ce domaine et fait quelques observations sur l'interprétation des clauses NPF¹.

2. Le Groupe d'étude a cherché à déterminer si ses travaux sur le sujet pourraient aboutir à l'élaboration d'un document final qui soit d'une utilité pratique à la fois en ce qui concerne l'incorporation des clauses NPF aux traités et en ce qui concerne leur interprétation ou leur application dans les décisions des tribunaux ou ailleurs. Le Groupe d'étude s'est demandé s'il serait utile de revoir le projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée de 1978 ou d'élaborer un nouveau projet d'articles, et a conclu par la négative². Bien qu'il se soit intéressé en particulier aux clauses NPF dans le cadre des accords d'investissement, le Groupe d'étude a également examiné ces clauses dans un contexte plus large. Ses conclusions sont présentées aux paragraphes 212 à 217 ci-après.

I. Historique

3. Dans la partie qui suit, le Groupe d'étude retrace l'historique de ses propres travaux et passe en revue les travaux antérieurs de la Commission sur le sujet, puis examine ce qui a changé depuis 1978 dans l'utilisation des clauses NPF.

A. Genèse et objet des travaux du Groupe d'étude

4. En 1978, la Commission a adopté un projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée³. L'Assemblée générale n'a pas convoqué de conférence pour convertir ce projet d'articles en convention. En 2006, à la cinquante-huitième session de la Commission, le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme a débattu de l'opportunité de reprendre l'examen du sujet. À la cinquante-neuvième session (2007), un groupe de travail informel s'est penché sur la question et, à sa soixantième session (2008), la Commission a décidé d'inscrire le sujet à son programme de travail à long terme, sous l'intitulé «La clause de la nation la plus favorisée».

À la même session, elle a décidé d'inscrire le sujet à son programme de travail et de constituer à sa sixième et unième session un groupe d'étude, sous la coprésidence de M. Donald M. McRae et de M. A. Rohan Perera⁴. Depuis 2012, le Groupe d'étude a été présidé par M. McRae et, en l'absence de celui-ci, par M. Mathias Forteau.

5. La décision de la Commission de se pencher à nouveau sur la question de la clause NPF a été motivée par les faits nouveaux observés dans ce domaine depuis 1978, notamment l'extension du champ d'application des dispositions NPF dans le cadre des accords de l'OMC, l'incorporation généralisée de dispositions NPF aux traités bilatéraux d'investissement et de dispositions relatives à l'investissement dans les accords d'intégration économique régionale, et les difficultés particulières qui se posent dans l'interprétation et l'application des dispositions NPF des traités d'investissement.

6. Le Groupe d'étude a tenu 24 séances entre 2009 et 2015. Il a élaboré un cadre destiné à servir de feuille de route pour ses travaux, en tenant compte des questions qui avaient été soulevées dans le plan d'étude du sujet⁵. Le Groupe d'étude s'est appuyé sur différents documents de travail informels, ainsi que sur d'autres documents informels que des membres de la Commission ont préparés pour l'assister dans ses travaux⁶.

7. Tout au long des travaux de la Commission sur le sujet, les États à la Sixième Commission ont fait part de leurs observations sur le travail du Groupe d'étude.

⁴ *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), p. 159, par. 351, 352 et 354. Voir aussi *Annuaire... 2009*, vol. II (2^e partie), p. 152 et suiv., par. 211 à 216; *Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), p. 204 et suiv., par. 359 à 373; et *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 177 et suiv., par. 349 à 362.

⁵ *Annuaire... 2009*, vol. II (2^e partie), p. 152 et suiv., par. 216.

⁶ Le Groupe d'étude a examiné des documents de travail portant sur les sujets suivants : a) l'examen du projet d'articles de 1978 sur les clauses de la nation la plus favorisée (S. Murase); b) les clauses NPF dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) et de l'OMC (D. M. McRae); c) la clause NPF et l'affaire *Maffezini* (A. R. Perera); d) les travaux de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur les clauses NPF (M. D. Hmoud); e) les travaux de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) sur les clauses NPF (S. C. Vasciannie); f) l'interprétation et l'application des clauses NPF dans les accords d'investissement (D. M. McRae); g) l'interprétation des clauses NPF par les tribunaux d'arbitrage chargés d'affaires d'investissement (D. M. McRae) (version remaniée du document de travail sur l'interprétation et l'application des clauses NPF dans les accords d'investissement); h) l'effet de la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissement sur l'application de la clause NPF aux dispositions procédurales (M. Forteau); i) le caractère juridique de l'arbitrage mixte en matière d'investissement (S. Murase); et j) la formulation des clauses NPF et la jurisprudence liée à l'affaire *Maffezini* (M. D. Hmoud). Le Groupe d'étude était également saisi des documents suivants : a) un catalogue des dispositions NPF (élaboré par D. M. McRae et A. R. Perera); b) un document informel, présenté sous forme de tableau, recensant les arbitres et les conseils intervenus dans des affaires d'investissement liées aux clauses NPF, avec indication du type de disposition NPF interprétée; c) un document de travail informel sur les clauses NPF types après l'affaire *Maffezini*, examinant les différentes réactions des États à cette sentence arbitrale; d) un document de travail informel contenant une synthèse des libellés types des dispositions NPF dans les accords de siège conférant aux représentants des États auprès d'une organisation les mêmes privilèges et immunités que ceux dont bénéficient les diplomates dans le pays hôte; e) un document de travail informel sur les clauses NPF dans les accords diplomatiques; f) un document de travail informel sur les traités de navigation et la clause NPF; et g) un document de travail informel sur les traités bilatéraux d'imposition et la clause NPF.

¹ Les expressions «clause NPF» et «disposition NPF» sont employées indifféremment dans le présent rapport.

² Certains membres du Groupe d'étude estimant qu'il serait opportun d'entreprendre une révision du projet d'articles de 1978.

³ *Annuaire... 1978*, vol. II (2^e partie), p. 18 et suiv., par. 74.

Même si certains États étaient réticents à l'idée que la Commission traite le sujet⁷, l'opinion générale était que celle-ci pouvait apporter une contribution dans ce domaine. Elle devait respecter le fait que les dispositions NPF existent sous des formes diverses et que l'on ne doit pas nécessairement s'attendre à ce que leur interprétation ou leur application soient uniformes⁸. Nombre d'États étaient d'avis que la Commission ne devait pas élaborer un nouveau projet d'articles ni chercher à réviser celui de 1978⁹, ce qui était également la ligne de conduite retenue par le Groupe d'étude. L'idée générale était que la Commission devrait cerner les tendances dans l'interprétation des clauses NPF et donner des orientations pour guider tous ceux qui négocient des traités, ainsi que les décideurs et les praticiens dans le domaine de l'investissement¹⁰.

8. Le Groupe d'étude a décidé de ne pas chercher à départager les vues divergentes des tribunaux chargés d'affaires d'investissement sur l'application des clauses NPF aux dispositions de règlement des différends. S'agissant des décisions de ces tribunaux, la Commission ne fait pas autorité et, en concluant que tel tribunal a raison tandis que tel autre a tort, elle ne ferait qu'exprimer une voix de plus dans un débat continu.

9. Le Groupe d'étude a estimé qu'il serait plus utile d'expliquer ou de développer l'approche suivie par la Commission en 1978, compte tenu en particulier de l'incertitude qui règne quant à l'interprétation à donner aux clauses NPF, et qu'il serait également utile de préciser comment les règles relatives à l'interprétation des traités peuvent être appliquées à l'interprétation des dispositions NPF.

B. Le projet d'articles de 1978

1. ORIGINES

10. C'est dans le cadre de ses débats sur les traités et les États tiers, en 1964, que la Commission a envisagé pour la première fois d'étudier la clause NPF¹¹. Et c'est sous l'intitulé «la clause de la nation la plus favorisée dans le droit des traités» qu'elle a décidé d'inscrire le sujet à son

⁷ Voir, par exemple, A/C.6/65/SR.25, par. 75 (Portugal); A/C.6/66/SR.27, par. 49 [Iran (République islamique d)]; et A/C.6/67/SR.23, par. 27 [Iran (République islamique d)].

⁸ Voir, par exemple, A/C.6/64/SR.23, par. 52 (États-Unis d'Amérique); *ibid.*, par. 31 (Japon); A/C.6/65/SR.26, par. 17 (États-Unis); A/C.6/66/SR.27, par. 94 (États-Unis); et A/C.6/67/SR.21, par. 103 (États-Unis).

⁹ Voir, par exemple, A/C.6/64/SR.23, par. 52 (États-Unis); A/C.6/65/SR.25, par. 82 (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord); A/C.6/65/SR.26, par. 17 (États-Unis); A/C.6/69/SR.25, par. 115 (Autriche); A/C.6/69/SR.26, par. 18 (Royaume-Uni); et A/C.6/69/SR.27, par. 26 (États-Unis).

¹⁰ Voir, par exemple, A/C.6/64/SR.18, par. 66 (Hongrie); A/C.6/64/SR.22, par. 75 (Nouvelle-Zélande); A/C.6/65/SR.26, par. 45 (Sri Lanka); A/C.6/66/SR.27, par. 28 (Sri Lanka); *ibid.*, par. 69 (Fédération de Russie); *ibid.*, par. 78 (Portugal); *ibid.*, par. 89 (Viet Nam); A/C.6/66/SR.28, par. 21 (Canada); A/C.6/67/SR.20, par. 109 (Canada); A/C.6/69/SR.25, par. 21 (Viet Nam); A/C.6/69/SR.26, par. 69 (Singapour); *ibid.*, par. 73 (Australie); et A/C.6/69/SR.27, par. 76 (République de Corée).

¹¹ *Annuaire... 1964*, vol. II, document A/5809, p. 184, par. 21. Voir aussi *La Commission du droit international et son œuvre*, 7^e éd., vol. I (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.9), p. 199.

programme de travail, en 1967¹². Il s'agissait donc d'une question relevant du droit des traités.

11. Historiquement, les clauses NPF figuraient dans les traités bilatéraux d'amitié, de commerce et de navigation, dont la principale fonction était de régler diverses questions, généralement de nature commerciale, entre les parties contractantes¹³. Bien que les Rapporteurs spéciaux pour le sujet aient analysé une vaste pratique, examinant la manière dont les clauses NPF étaient appliquées par les juridictions nationales, dans les traités et dans les décisions des tribunaux internationaux, le projet d'articles de 1978 a été axé principalement sur la fonction traditionnelle des clauses NPF dans les traités bilatéraux de commerce.

12. Ainsi, alors que de nos jours on considère souvent qu'une clause NPF sert principalement à étendre des avantages de manière automatique et inconditionnelle, le projet d'articles de 1978 contient des dispositions exhaustives et détaillées sur la «condition de contrepartie» et la «condition de traitement réciproque», ce qui traduisait peut-être une préoccupation liée en partie à la situation des pays pratiquant le commerce d'État, qui n'étaient pas favorables à une application entièrement automatique des clauses NPF. En outre, des questions telles que les unions douanières et les préférences pour les pays en développement allaient susciter des controverses.

2. DISPOSITIONS FONDAMENTALES

13. Le projet d'articles de 1978 couvre des questions diverses, dont certaines semblent être devenues secondaires avec l'évolution ultérieure, mais il pose les éléments fondamentaux des dispositions NPF et les orientations qu'il offre pour guider leur mise en application restent essentielles pour le fonctionnement des clauses NPF aujourd'hui. Le traitement NPF y est défini comme étant

le traitement accordé par l'État concédant à l'État bénéficiaire, ou à des personnes ou à des choses se trouvant dans un rapport déterminé avec cet État, non moins favorable que le traitement conféré par l'État concédant à un État tiers ou à des personnes ou à des choses se trouvant dans le même rapport avec cet État tiers¹⁴.

Bien que cette définition ait été critiquée pour son manque de clarté¹⁵, elle énonce bel et bien les éléments clefs d'une clause NPF, qui sont ensuite précisés dans les autres articles.

¹² *Annuaire... 1967*, vol. II, document A/6709/Rev.1 et Rev.1/Corr.1, p. 407, par. 48. Voir aussi *La Commission du droit international et son œuvre* (note 11 *supra*), p. 200.

¹³ S. Murase, *Kokusaiho no Keizaiteki Kiso*, Tokyo, Yuhikaku, 2001, p. 14 à 201 (en japonais); et S. Murase, «The most-favored-nation treatment in Japan's treaty practice during the period 1854-1905», *American Journal of International Law*, vol. 70 (1976), p. 273 à 297.

¹⁴ *Annuaire... 1978*, vol. II (2^e partie), p. 24, article 5 du projet d'articles de 1978.

¹⁵ Ce problème a été mis en avant par le Luxembourg dans ses observations sur le projet d'articles adopté en première lecture par la Commission à sa vingt-huitième session [*Annuaire... 1976*, vol. II (2^e partie), p. 10 et suiv., par. 60]: «On doit en effet s'interroger sur la portée de la formule [...] faisant référence à des "personnes" ou à des "choses" se trouvant dans un "rapport déterminé" avec un État donné. De quelles personnes s'agit-il? Si la situation peut paraître claire pour les personnes physiques, elle l'est beaucoup moins pour les entreprises économiques, personnifiées ou non personnifiées. Quant aux choses visées, s'agit-il seulement d'objets matériels, ou encore de valeurs immatérielles comme des prestations de services ou des

14. En particulier, le projet d'articles indique clairement que le traitement NPF ne constitue pas une exception à la règle générale relative aux effets des traités à l'égard des États tiers¹⁶. Le droit au traitement NPF est subordonné à la condition que le traité contenant la clause NPF soit le traité de base par lequel est établi le lien juridique entre l'État concédant et l'État bénéficiaire. En d'autres termes, le droit de l'État bénéficiaire au traitement NPF ne peut découler que de la clause NPF d'un traité entre lui-même et l'État concédant, et non d'un traité entre l'État concédant et l'État tiers. Ainsi, aucun *jus tertii* n'est créé. Ce faisant, la Commission donnait effet à ce que la Cour internationale de Justice avait déjà établi dans l'*Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.*¹⁷.

15. Le projet d'articles contient également une référence importante à l'application du principe *ejusdem generis* aux clauses NPF. Ce faisant, la Commission s'est largement fondée sur la pratique et la jurisprudence concernant la notion de « produits similaires » au sens de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT). L'application qu'elle fait du principe *ejusdem generis* est double. Tout d'abord, le paragraphe 1 de l'article 9 dispose ce qui suit :

En vertu d'une clause de la nation la plus favorisée, l'État bénéficiaire acquiert, pour lui-même ou au profit de personnes ou de choses se trouvant dans un rapport déterminé avec lui, uniquement les droits qui rentrent dans les limites de la matière objet de la clause.

Ensuite, le paragraphe 1 de l'article 10 dispose ce qui suit :

En vertu d'une clause de la nation la plus favorisée, l'État bénéficiaire n'acquiert le droit au traitement de la nation la plus favorisée que si l'État concédant confère à un État tiers un traitement qui ressortit à la matière objet de la clause.

16. Les articles 9 et 10 indiquent aussi clairement que si les droits sont acquis au bénéfice de personnes ou de choses se trouvant dans un rapport déterminé avec l'État bénéficiaire, celles-ci doivent appartenir à la même catégorie et avoir le même rapport avec l'État bénéficiaire que les personnes ou les choses se trouvant dans un rapport déterminé avec l'État tiers¹⁸.

17. Le projet d'articles de 1978 examine également les effets des clauses NPF qui sont soumises à une condition de contrepartie ou de traitement réciproque, et prévoit des règles particulières pour le traitement de la clause NPF dans le cas des États en développement, du trafic frontalier et des États sans littoral.

18. Entre autres raisons, c'est à cause des dispositions relatives aux pays en développement que les travaux de la Commission sont restés au stade du projet d'articles. Les États étaient d'avis que ces dispositions soit allaient au-delà de ce qui était accepté en droit international

droits de propriété commerciale, industrielle ou intellectuelle? Enfin, que faut-il entendre par "rapport déterminé" avec un État, spécialement dans le cas d'entreprises économiques ou d'objets immatériels?» [Annuaire... 1978, vol. II (2^e partie), annexe, p. 183, observations sur le projet d'article 5].

¹⁶ Annuaire... 1978, vol. II (2^e partie), p. 28 et suiv., projets d'articles 7 et 8.

¹⁷ *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (compétence)*, arrêt du 22 juillet 1952: C.I.J. Recueil 1952, p. 93, aux pages 109 et 110.

¹⁸ Annuaire... 1978, vol. II (2^e partie), p. 31 (voir, en particulier, le paragraphe 2 du projet d'article 10).

coutumier¹⁹, soit ne reflétaient pas les nouveautés qui se produisent ailleurs, en particulier dans le cadre du GATT²⁰. Plusieurs États estimaient que le projet d'articles ne protégeait pas suffisamment les intérêts des pays en développement²¹. D'autres jugeaient que l'article 24, relatif aux arrangements entre États en développement, était trop restrictif²² ou imprécis²³. D'autres encore reprochaient au projet d'articles de ne pas prendre en considération la complexité des liens entre le traitement NPF dans les accords bilatéraux et le traitement NPF dans les accords multilatéraux²⁴. En particulier, de nombreux États voyaient d'un mauvais œil la conversion du projet d'articles en convention contraignante sans l'ajout d'une disposition spécifique visant à exempter les unions douanières²⁵. Certains États redoutaient que le projet d'articles n'empêche les pays de « s'engager sur la voie de l'intégration régionale »²⁶.

3. LA DÉCISION DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE CONCERNANT LE PROJET D'ARTICLES DE 1978

19. De 1978 à 1988, l'Assemblée générale a invité les gouvernements à formuler des observations sur le projet d'articles, puis elle a clos l'examen du sujet en décidant

de porter le projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée qui figure dans le rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trentième session à l'attention des États Membres et des organisations intergouvernementales intéressées afin qu'ils le prennent en considération le cas échéant et selon qu'il conviendra²⁷.

¹⁹ A/C.6/33/SR.37, par. 52 (Canada).

²⁰ A/C.6/33/SR.33, par. 2 (Danemark); et A/C.6/33/SR.37, par. 11 (Royaume-Uni).

²¹ A/C.6/33/SR.38, par. 24 (Libéria); A/C.6/33/SR.41, par. 43 (Équateur); A/C.6/33/SR.43, par. 23 (Ghana); et A/C.6/33/SR.45, par. 21 à 26 (Swaziland). La Communauté économique européenne estimait que le projet d'articles aurait dû traiter explicitement la question des relations entre des États dont la situation économique est différente (A/C.6/33/SR.32, par. 6, 7, 16 et 17). Voir également A/C.6/33/SR.39, par. 24 (Belgique).

²² A/C.6/33/SR.32, par. 20 (Jamaïque); et A/C.6/33/SR.42, par. 30 (Bangladesh).

²³ A/C.6/33/SR.38, par. 42 (Chili); et A/C.6/33/SR.43, par. 39 (Guyana). Plusieurs États ont demandé que les termes « État en développement » et « État développé » soient mieux définis juridiquement: A/C.6/33/SR.39, par. 27 (Belgique); et A/C.6/33/SR.40, par. 5 (États-Unis).

²⁴ A/C.6/33/SR.33, par. 28 (République fédérale d'Allemagne); A/C.6/33/SR.38, par. 33 (Roumanie); A/C.6/33/SR.40, par. 63 (République arabe syrienne); et A/C.6/33/SR.41, par. 60 (Jamahiriya arabe libyenne). L'Italie regrettait que les organes supranationaux n'aient pas été inclus dans le champ d'application du projet d'articles (A/C.6/33/SR.44, par. 9).

²⁵ A/C.6/33/SR.31, par. 5 (Pays-Bas); A/C.6/33/SR.33, par. 2 (Danemark); A/C.6/33/SR.36, par. 2 et 3 (Suède); A/C.6/33/SR.37, par. 2 (Autriche); *ibid.*, par. 10 (Royaume-Uni); A/C.6/33/SR.39, par. 10 (Grèce); *ibid.*, par. 25 (Belgique); *ibid.*, par. 48 (Colombie); A/C.6/33/SR.40, par. 52 (Zambie); A/C.6/33/SR.41, par. 11 (Turquie); A/C.6/33/SR.42, par. 6 (Irlande); *ibid.*, par. 39 (Nigéria); *ibid.*, par. 43 (Pérou); A/C.6/33/SR.43, par. 11 (Venezuela); *ibid.*, par. 30 (Uruguay); A/C.6/33/SR.44, par. 13 (Italie); *ibid.*, par. 20 (Égypte); A/C.6/33/SR.45, par. 27 (Swaziland); et A/C.6/33/SR.46, par. 2 (résumé du Président de la Commission du droit international).

²⁶ A/C.6/33/SR.32, par. 8 à 12 (Communauté économique européenne). Voir également A/C.6/33/SR.31, par. 4 (Pays-Bas): « Le défaut le plus frappant du projet définitif tient au fait qu'il ignore encore en grande partie l'évolution moderne de la coopération économique régionale ainsi que ses effets sur l'application de la clause de la nation la plus favorisée. »

²⁷ Décision 46/416 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1991.

C. L'évolution ultérieure

20. Les circonstances qui prévalaient lorsque la Commission a étudié la clause NPF, dans ses rapports sur le sujet et dans le projet d'articles de 1978, ont changé de manière significative. L'utilisation du traitement NPF est devenue plus restreinte dans la sphère économique, mais, parallèlement, sa portée s'y est élargie. Les Rapports spéciaux qui ont élaboré le projet d'articles de 1978 ont examiné un vaste éventail de domaines dans lesquels les clauses NPF produisaient leurs effets, y compris les droits de navigation et les immunités diplomatiques. Aujourd'hui, le principe de la nation la plus favorisée est appliqué principalement en droit économique international, en particulier en ce qui concerne le commerce et l'investissement. Dans certains cas, le traitement NPF prévu par les traités bilatéraux a été remplacé par des conventions multilatérales imposant des obligations de non-discrimination de manière plus générale²⁸.

21. Dans d'autres domaines également, on trouve des clauses de non-discrimination qui ressemblent aux dispositions NPF, notamment dans les accords de siège et les conventions fiscales, mais leur utilisation est apparemment peu fréquente et n'a pas donné lieu à controverse²⁹. Dans le domaine économique, en revanche, le recours au traitement NPF est devenu à la fois plus fréquent et plus étendu. Le GATT, qui a consacré le traitement NPF comme principe fondamental du système des échanges multilatéraux, est désormais intégré à l'OMC, qui applique le traitement NPF aussi bien au commerce des services qu'aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce. En outre, le traitement NPF est devenu un principe essentiel des traités bilatéraux d'investissement, une forme de traité dont l'existence pratique était très limitée à l'époque où le projet d'articles de 1978 a été élaboré. Même si le premier traité bilatéral d'investissement a été conclu à la fin des années 1950, c'est après la guerre froide que l'on a observé une prolifération de ces accords, ainsi qu'un recours de plus en plus fréquent aux dispositions de règlement des différends qu'ils contiennent³⁰.

22. Les mécanismes de règlement des différends de l'OMC, ainsi que ceux qui sont chargés de résoudre les différends en matière d'investissement, ont produit un corps de droit sur l'interprétation des clauses NPF, en particulier dans le cadre du commerce et de l'investissement. L'article premier du GATT, qui consacre la clause NPF, a été invoqué lors du règlement de différends entre membres de l'OMC et interprété par l'Organe d'appel de cette organisation. Le traitement NPF a également sa place dans le

règlement de différends relatifs au commerce des services. En outre, il existe un nombre important d'affaires où les tribunaux ont cherché comment interpréter la portée et l'application des dispositions NPF dans des traités bilatéraux d'investissement, avec des résultats divergents, voire contradictoires.

23. En résumé, les clauses NPF s'appliquent aujourd'hui dans un contexte très différent de celui qui prévalait lorsque la Commission s'est initialement penchée sur ce sujet. C'est au vu de ce constat que la Commission a estimé qu'un nouvel examen de la question présentait une certaine utilité.

D. L'analyse des dispositions de la nation la plus favorisée par d'autres organes

24. Le Groupe d'étude s'est informé des nombreux travaux réalisés par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur les clauses NPF.

1. LA CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT

25. La CNUCED contribue depuis longtemps au développement international, notamment en diffusant des informations techniques sur des questions liées à l'investissement. Elle a élaboré deux séries de publications, l'une intitulée «Collection de la CNUCED consacrée aux accords internationaux d'investissement» et l'autre intitulée «Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement». Plus récemment, elle a publié une série de notes thématiques intitulée «Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement», qui comprend une publication annuelle sur les faits nouveaux en matière de règlement des différends entre investisseurs et États. Ses recueils d'accords internationaux d'investissement – *International Investment Instruments: A Compendium*³¹ – et sa base de données – Investment Policy Hub³² – sont des outils inestimables pour rechercher des traités internationaux d'investissement.

26. Plusieurs autres publications de la CNUCED traitent également des questions liées à la clause NPF dans le cadre d'une analyse plus large des accords d'investissement. En particulier, le bilan annuel du règlement des différends investisseur-État qui est publié dans la série de notes thématiques passe en revue les décisions rendues dans l'année considérée par les tribunaux chargés d'affaires d'investissement, y compris les décisions portant sur l'interprétation des dispositions NPF. Le rapport offre un résumé des décisions ainsi qu'une comparaison avec les décisions des années antérieures, mais sans procéder à une analyse des approches suivies par les tribunaux d'investissement dans leur interprétation.

²⁸ Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, faite à Vienne le 18 avril 1961, et Convention de Vienne sur les relations consulaires, faite à Vienne le 24 avril 1963.

²⁹ Accord entre l'Organisation des Nations Unies et les États-Unis d'Amérique relatif au Siège de l'Organisation des Nations Unies, signé à Lake Success le 26 juin 1947, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 11, n° 147, p. 13, art. V, sect. 15, par. 4; et Accord entre le Gouvernement des États-Unis du Mexique et le Gouvernement de l'Australie tendant à éviter la double imposition et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu, signé à Mexico le 9 septembre 2002, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2453, n° 44136, p. 3.

³⁰ S. W. Schill, «W(h)ither fragmentation? On the literature and sociology of international investment law», *European Journal of International Law*, vol. 22, n° 3 (2011), p. 875 à 908.

³¹ CNUCED, *International Investment Instruments: A Compendium*, vol. XIII (publication des Nations Unies, numéro de vente : E.05. II.D.7). Les volumes VI à X sont également disponibles sous forme électronique.

³² CNUCED, «Investment Policy Hub», disponible à l'adresse suivante : <https://investmentpolicy.unctad.org>.

27. Les travaux de la CNUCED sur la clause NPF offrent un ensemble important d'informations générales et contextuelles pour l'examen des dispositions NPF. Toutefois, ces travaux sont généralement centrés sur les grandes questions de politique générale applicables aux dispositions NPF, plutôt que sur les questions de droit international coutumier et d'interprétation des traités, qui constituent l'objet principal des travaux du Groupe d'étude.

2. L'ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

28. Le rôle principal de l'OCDE dans le domaine de l'investissement a consisté à élaborer des instruments pour faciliter l'investissement, auxquels les États membres peuvent adhérer. Ces instruments énoncent des obligations de non-discrimination, notamment sous la forme de clauses NPF.

29. Le Code de l'OCDE de la libération des mouvements de capitaux, qui porte sur l'investissement direct et l'établissement, et le Code de l'OCDE de la libération des opérations invisibles courantes, qui porte sur les services, prévoient tous deux une obligation de non-discrimination. Bien qu'elle ne soit pas formulée dans le langage traditionnel des clauses NPF, cette obligation est considérée par l'OCDE comme un équivalent pratique d'une disposition NPF. L'article 9 commun aux deux codes dispose ce qui suit :

En autorisant la conclusion et l'exécution des transactions et des transferts énumérés à l'annexe A et qui sont libérés à un degré quelconque, les membres ne procéderont à aucune discrimination envers les autres membres.

30. Dans son Guide de référence sur les Codes, l'OCDE rappelle ceci :

Les pays Membres doivent accorder l'avantage de l'ouverture des marchés aux résidents de tous les autres pays Membres, sans discrimination. Là où des restrictions existent, elles doivent être appliquées à tous. [...] Les codes ne permettent pas l'inscription de réserves au principe de non-discrimination, ou NPF³³.

31. Les Codes prévoient d'importantes dérogations à l'application du traitement NPF, notamment pour les membres appartenant à une union douanière ou un système monétaire particulier, et plus généralement pour des motifs liés au maintien de l'ordre public, à la protection de la santé, de la moralité et de la sécurité publiques, à la protection des intérêts essentiels en matière de sécurité des membres, ou encore à l'exécution de leurs obligations concernant la paix et la sécurité internationales³⁴.

32. L'OCDE est également à l'origine des négociations sur le projet d'accord multilatéral sur l'investissement, dont l'une des dispositions est une clause NPF qui prévoit l'application d'un « traitement non moins favorable » en ce qui concerne « l'établissement, l'acquisition, l'expansion, l'exploitation, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance et la vente ou toute autre aliénation

d'investissements »³⁵. Au moment où les négociations ont été abandonnées, il existait un désaccord sur la question de savoir si la clause NPF s'appliquait aux investissements sur le territoire de l'État concédant le traitement NPF et si l'expression « dans des circonstances similaires » qualifiait les bénéficiaires ayant droit au traitement NPF.

33. Le projet d'accord multilatéral sur l'investissement prévoyait également un certain nombre de dérogations à l'octroi du traitement NPF, notamment pour des motifs liés à la protection des intérêts en matière de sécurité ou à l'exécution des obligations au titre de la Charte des Nations Unies, ou en raison de mesures fiscales. Plusieurs autres motifs de dérogation ont suscité des controverses qui n'ont jamais été résolues, notamment le rééchelonnement de la dette publique, les transactions exécutées au titre de politiques monétaires et économiques, et les accords d'intégration économique régionale³⁶.

II. Pertinence des clauses de la nation la plus favorisée dans le monde contemporain et questions concernant leur interprétation

34. Dans la présente partie, il sera question de la nature des clauses NPF, de l'utilisation qui en est faite aujourd'hui dans les traités et de la façon dont elles sont appliquées. Seront également examinées des questions d'interprétation qui se sont posées au sujet des clauses NPF, en particulier dans le cadre des accords internationaux d'investissement.

A. Caractéristiques essentielles des dispositions de la nation la plus favorisée

35. Ainsi qu'il ressort du projet d'articles de 1978, les dispositions NPF contenues dans les traités bilatéraux et multilatéraux³⁷ présentent les caractéristiques essentielles suivantes :

a) Premièrement, ces dispositions prévoient que chaque État accepte d'accorder un niveau de traitement particulier à l'autre État ou aux autres États, ainsi qu'aux personnes et entités se trouvant dans un rapport déterminé avec cet État ou ces États³⁸ ;

b) Deuxièmement, le niveau de traitement prévu dans une disposition NPF est fonction du traitement qu'accorde l'État concédant aux États tiers (« non moins favorable »)³⁹ ;

c) Troisièmement, un engagement NPF s'applique uniquement au traitement entrant dans la même catégorie que le traitement conféré à l'État tiers (*ejusdem generis*)⁴⁰ ;

³⁵ OCDE, Groupe de négociation de l'Accord multilatéral sur l'investissement, « L'Accord multilatéral sur l'investissement », projet de texte consolidé, 24 avril 1998, DAF/MAI(98)7/REV1, p. 14.

³⁶ Ibid., sect. VI.

³⁷ La Commission n'a pas exclu la possibilité que des dispositions NPF puissent être utilisées ailleurs que dans les traités : *Annuaire... 1978*, vol. II (2^e partie), p. 19, projet d'article premier.

³⁸ Ibid., p. 24, projet d'article 5.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid., p. 31, projet d'article 9.

³³ OCDE, *Codes de l'OCDE de la libération : guide de référence*, p. 11, disponible sur le site Web www.oecd.org, section « Investissement ».

³⁴ Voir l'article 3 des deux Codes.

d) Quatrièmement, seules ont droit au traitement NPF les personnes ou entités entrant dans la même catégorie que les personnes ou entités de l'État tiers qui bénéficient du traitement revendiqué⁴¹.

36. Ce sont les deuxième et troisième caractéristiques visées ci-dessus qui posent les plus grandes difficultés au niveau de l'application des dispositions NPF. La question de ce qu'est un «traitement non moins favorable» et celle de savoir si le traitement revendiqué entre dans la même catégorie que le traitement conféré aux États tiers ont donné lieu à des différends dans le cadre du GATT et de l'OMC. De plus, comme on le verra, la question de savoir si le traitement revendiqué entre dans la même catégorie que le traitement conféré aux États tiers est au cœur de controverses actuelles dans le domaine de l'investissement.

LA RAISON D'ÊTRE DU TRAITEMENT
DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE

37. Le traitement NPF est essentiellement un moyen d'assurer la non-discrimination entre un État et d'autres États; il peut donc être perçu comme le reflet du principe d'égalité souveraine. Toutefois, ses origines portent à croire que ce traitement est né du souhait plus pragmatique d'éviter l'avantage concurrentiel dans la sphère économique. Comme l'a fait observer le Rapporteur spécial pour le projet d'articles de 1978 dans son premier rapport⁴², au Moyen Âge, les commerçants qui ne pouvaient pas obtenir de monopole sur les marchés étrangers cherchaient à bénéficier d'un traitement qui ne soit pas moins bon que celui de leurs concurrents. Un tel traitement a ensuite été incorporé dans les accords entre puissances souveraines – traités d'amitié, de commerce et de navigation – et appliqué au-delà de la sphère du commerce de façon à ce que les sujets d'un État souverain bénéficient, dans un autre État, d'un traitement aussi bon que les sujets d'autres États souverains.

38. La prévention de la discrimination est également liée à la notion économique de l'avantage comparatif, qui constitue l'un des piliers des notions de libre-échange et de libéralisme économique. Selon la théorie de l'avantage comparatif, les pays devraient produire ce qu'ils produisent le plus efficacement. Toujours selon cette théorie, se spécialiser dans le commerce de biens que l'on produit efficacement est dans l'intérêt des consommateurs et accroît le niveau de vie⁴³. Au contraire, on perd en efficacité lorsqu'un pays A exerce une discrimination à l'égard des biens produits par un pays B par rapport aux mêmes biens produits par un pays C. La règle NPF permet d'éviter cette discrimination en garantissant que le pays A accorde au pays B un traitement non moins favorable que celui qu'il confère au pays C. C'est pourquoi le traitement NPF est perçu comme la pierre angulaire du GATT et du système commercial de l'OMC⁴⁴.

⁴¹ Ibid., paragraphe 2 du projet d'article 10.

⁴² *Annuaire...* 1969, vol. II, document A/CN.4/213, p. 163.

⁴³ J. H. Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, 2^e éd., Cambridge (Massachusetts)/Londres, MIT Press, 1997, chap. 2.

⁴⁴ Voir OMC, *Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, WT/DS139/AB/R-WT/DS142/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 19 juin 2000. Voir aussi OMC, *Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en*

39. Le débat autour des avantages de la non-discrimination par rapport à ceux du système des préférences, en particulier en ce qui concerne les pays en développement, a duré longtemps et, à bien des égards, n'est pas clos pour ce qui est du commerce⁴⁵.

40. La justification économique du traitement NPF en dehors de la sphère du commerce des biens, dans le commerce des services, l'investissement et d'autres domaines, est aussi une question controversée. Il a été avancé que, si, dans le domaine du commerce, la non-discrimination préservait l'égalité des chances en matière de concurrence (logique de l'avantage comparatif), dans le domaine de l'investissement, elle avait pour but de protéger les droits des investisseurs⁴⁶. Cependant, quelle que soit la justification de la non-discrimination en dehors du secteur du commerce des biens, les accords portant sur l'investissement et les services continuent de comporter des clauses de traitement NPF (et de traitement national). Ayant pris note de ces différences de vues, le Groupe d'étude n'a pas jugé nécessaire d'examiner plus avant la question de la justification économique des dispositions NPF.

**B. Clauses de la nation
la plus favorisée : la pratique actuelle**

1. LES CLAUSES DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE DANS LE CADRE DE L'ACCORD GÉNÉRAL SUR LES TARIFS DOUANIERS ET LE COMMERCE ET DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

41. Le traitement NPF a toujours été considéré comme l'obligation centrale du système commercial multilatéral. Énoncée dans sa forme la plus complète au paragraphe 1 de l'article premier du GATT, l'obligation en matière de traitement NPF est également présente directement et indirectement dans d'autres dispositions du GATT⁴⁷. La règle NPF telle qu'elle figurait dans le GATT comprenait deux caractéristiques essentielles. Premièrement, elle fonctionnait de manière multilatérale et les «avantages, faveurs, privilèges ou immunités» accordés à une partie contractante devaient être accordés à toutes les parties contractantes. Deuxièmement, le traitement devait être accordé sans conditions.

42. La place centrale du traitement NPF dans le GATT tient au fait qu'il permettait d'éviter la discrimination dans l'application des tarifs douaniers et autres traitements accordés aux biens au franchissement des frontières. Traditionnellement, les tarifs douaniers étaient négociés de façon bilatérale ou parmi des groupes de pays, puis étaient appliqués uniformément à toutes les parties contractantes en vertu de la disposition NPF. C'est de cette façon que

développement, WT/DS246/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 20 avril 2004, par. 101.

⁴⁵ OMC, *L'avenir de l'OMC : relever les défis institutionnels du nouveau millénaire*, rapport du Conseil consultatif à M. Supachai Panitchpakdi, Directeur général, Genève, 2004, par. 88 à 102 («Rapport Sutherland»).

⁴⁶ N. DiMascio et J. Pauwelyn, «Nondiscrimination in trade and investment treaties: worlds apart or two sides of the same coin?», *American Journal of International Law*, vol. 102, n° 1 (janvier 2008), p. 48 à 89.

⁴⁷ Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, art. II, III (par. 4), IV, V (par. 2, 5 et 6), IX (par. 1), XIII (par. 1), XVII (par. 1) et XX [al. j].

l'égalité des chances des commerçants en matière de concurrence devait être préservée.

43. Dans le cadre du système de l'OMC, cependant, le traitement NPF, appliqué à l'origine uniquement au commerce des biens, a été étendu au nouveau régime relatif au commerce des services⁴⁸. Il a été intégré aux nouvelles obligations de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce. Ainsi, le traitement NPF est partout présent dans le système de l'OMC.

44. Le Groupe d'étude a examiné la façon dont les clauses NPF avaient été appliquées dans le cadre du GATT et de l'OMC. Un certain nombre de conclusions générales ont été tirées de cet examen, en ce qui concerne la portée et l'application du traitement NPF au sein du système de l'OMC.

45. Premièrement, bien que les dispositions NPF utilisées au sein de l'OMC soient libellées différemment, l'Organe d'appel a choisi de les considérer comme ayant la même signification⁴⁹. L'interprétation des termes a moins d'importance que la notion qui sous-tend le traitement NPF.

46. Deuxièmement, l'Organe d'appel a interprété le traitement NPF tel que prévu à l'article premier du GATT comme ayant l'application la plus large possible. Comme il l'a fait observer, l'expression «tous avantages, faveurs et privilèges» signifie vraiment «tous»⁵⁰. Cela étant, il n'a pas traité la question particulière de savoir si le traitement NPF s'applique à la fois aux droits substantiels et aux droits procéduraux.

47. Troisièmement, bien que le traitement NPF soit censé être inconditionnel, tous les accords de l'OMC prévoient des exceptions à l'application du traitement NPF; dans la pratique, son application est donc plus limitée qu'il n'y paraît. Les exceptions concernant les unions douanières et les zones de libre-échange⁵¹, les mesures de sauvegarde et autres mesures correctives commerciales, ainsi que les exceptions générales et les dispositions prévoyant un «traitement spécial et différencié» sont autant de limites à la portée véritable du traitement NPF dans les accords de l'OMC. Bien que l'Organe d'appel ait souvent adopté une approche restrictive de l'interprétation des exceptions⁵², la portée et l'étendue de celles-ci limite pourtant souvent l'application du traitement NPF dans les accords de l'OMC.

48. Du fait de la nature particulière du système de l'OMC, qui possède son propre ensemble d'accords et sa propre procédure de règlement des différends pour interpréter et mettre en œuvre ces accords, l'interprétation des

dispositions NPF figurant dans les accords de l'OMC présente peu d'intérêt direct du point de vue des clauses NPF utilisées dans d'autres accords. L'interprétation du traitement NPF au sein du système de l'OMC peut se poursuivre indépendamment de la façon dont les clauses NPF sont traitées dans d'autres contextes.

49. Cela dit, le traitement NPF utilisé au sein du système de l'OMC n'est pas entièrement circonscrit à ce système. Il peut s'appliquer au-delà des accords de l'OMC. Avant la création de l'OMC s'était posée la question de savoir si un État partie contractante au GATT pouvait, en vertu d'une disposition NPF, bénéficier des avantages conférés par un des codes issus du Tokyo Round auquel il n'était pas partie. Cette question n'a jamais été tranchée. Une autre question qui se pose actuellement est celle de savoir si un membre de l'OMC qui n'est pas partie à l'un des «accords multilatéraux» qui sont liés aux accords de l'OMC mais n'en font pas partie peut se prévaloir de la disposition NPF pour revendiquer les avantages que confèrent les accords multilatéraux, même s'il n'est pas partie à cet accord. Là encore, la question reste à régler.

50. Une question connexe se pose en ce qui concerne la disposition NPF de l'Accord général sur le commerce des services. Le commerce des services dans le cadre de cet accord suppose la prestation d'un service par un prestataire de services d'un membre, grâce à la présence de personnes physiques d'un membre sur le territoire d'un autre membre⁵³. Le paragraphe 1 de l'article II de l'Accord général sur le commerce des services se lit comme suit :

En ce qui concerne toutes les mesures couvertes par le présent accord, chaque Membre accordera immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays.

51. Les mesures ayant des effets sur les prestataires de services qui découlent de traités bilatéraux d'investissement avec des États tiers pourraient entrer dans le champ d'application de l'article II de l'Accord général sur le commerce des services. En d'autres termes, il s'agit de savoir si un membre de l'OMC pourrait, en vertu de l'article II, demander à bénéficier des dispositions d'un traité bilatéral d'investissement conclu par un autre membre de l'OMC avec un État tiers lorsque les mesures que contient ledit traité confèrent un traitement plus favorable aux prestataires de services de l'État tiers en question. Jusqu'à présent, le Groupe d'étude n'a trouvé aucune pratique ni jurisprudence à ce sujet.

52. Bien qu'il reste, concernant le traitement NPF dans le cadre de l'OMC, des questions non résolues qui pourraient poser problème à l'avenir, le Groupe d'étude n'a pas jugé qu'il pourrait utilement étudier ces questions à l'heure actuelle. L'OMC a son propre mécanisme de règlement des différends et les accords de l'OMC sont interprétés sur la base des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969). L'existence d'un organe d'appel garantit la possibilité que les interprétations collégiales des diverses dispositions NPF des accords puissent être repensées et, si nécessaire, annulées.

⁴⁸ Accord général sur le commerce des services, art. II.

⁴⁹ OMC, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 25 septembre 1997, par. 231.

⁵⁰ OMC, *Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile* (voir *supra* la note 44), par. 79.

⁵¹ GATT, art. XXIV. Les unions douanières et les zones de libre-échange prennent encore plus d'importance avec la prolifération des accords commerciaux régionaux.

⁵² Voir, par exemple, OMC, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 6 novembre 1998.

⁵³ Accord général sur le commerce des services, paragraphe 2 d de l'article premier.

2. LES DISPOSITIONS DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE
DANS D'AUTRES ACCORDS COMMERCIAUX

53. Les accords commerciaux régionaux⁵⁴ ou bilatéraux portant sur le commerce de biens ne comprennent généralement pas de dispositions NPF. Ils prévoient déjà l'octroi d'un régime tarifaire préférentiel à toutes les parties, de sorte qu'une clause NPF aurait peu d'utilité. Le principe du traitement national joue au contraire un rôle important. Certains accords régionaux contiennent toutefois une certaine forme de disposition NPF s'appliquant au commerce des biens, en ce sens qu'ils prévoient que si le taux de droit de douane NPF est abaissé, il doit être accordé à l'autre partie s'il descend en dessous du taux agréé dans le cadre de l'accord commercial régional⁵⁵.

54. En revanche, les accords économiques régionaux ou bilatéraux qui ne portent pas exclusivement sur le commerce prévoient le traitement NPF pour ce qui est des services et de l'investissement⁵⁶. À cet égard, ils ne sont pas différents des accords de l'OMC concernant les services ou des accords bilatéraux d'investissement. S'agissant de tels accords, l'approche de l'interprétation du traitement NPF ne serait pas différente de celle qui s'applique aux accords bilatéraux d'investissement. Toutefois, il ne semble pas exister, jusqu'à présent, de commentaire de tribunaux sur ces dispositions, qui n'ont en général pas fait l'objet d'études universitaires.

3. LA RÈGLE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE
DANS LES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT

55. L'obligation de concéder un traitement NPF existe depuis longtemps dans les accords d'investissement. Elle était déjà présente dans les premiers traités d'amitié, de commerce et de navigation, et a continué de figurer dans les traités bilatéraux d'investissement modernes ainsi que dans les accords commerciaux régionaux contenant des dispositions en matière d'investissement. Le traitement NPF et le traitement national sont donc appliqués dans les traités bilatéraux d'investissement, dans lesquels ils constituent, comme dans le GATT, des obligations fondamentales.

56. Bien que leur libellé puisse varier considérablement, les clauses NPF dans les accords d'investissement reprennent généralement le terme « traitement non moins favorable » employé à l'article II du GATT. Par exemple, l'Accord du 15 octobre 1990 entre l'Autriche et la République fédérale tchèque et slovaque prévoit ce qui suit :

Chacune des Parties contractantes traite les investisseurs de l'autre Partie contractante et leurs investissements de manière au moins aussi favorable que ses propres investisseurs ou les investisseurs d'États tiers et leurs investissements⁵⁷.

⁵⁴ Le terme « accords régionaux » désigne également les accords d'intégration économique régionale, les accords d'association et les unions douanières.

⁵⁵ Accord de libre-échange entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Corée, d'autre part, art. 2.5 ; et Accord établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République du Chili, d'autre part, art. 60, par. 4.

⁵⁶ Accord de libre-échange nord-américain, art. 1103 (investissement), art. 1203 (services), et art. 1406 (services financiers).

⁵⁷ Accord entre la République d'Autriche et la République fédérale tchèque et slovaque relatif à l'encouragement et à la protection

57. Dans certains cas, une clause NPF peut comprendre à la fois une obligation de traitement NPF et une obligation de traitement national. Par exemple, l'Accord du 11 décembre 1990 entre l'Argentine et le Royaume-Uni prévoit ce qui suit :

Aucune des Parties contractantes ne soumettra, sur son territoire, les investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante, ni leurs produits, à un traitement moins favorable que celui par elle accordé aux investissements de ses propres investisseurs, ou à ceux d'un État tiers, ou aux produits de ces investissements⁵⁸.

58. Dans d'autres cas, l'obligation d'accorder un traitement NPF est liée à l'obligation d'assurer un traitement juste et équitable. Par exemple, dans l'Accord du 9 juin 1994 entre la Chine et le Pérou, il est écrit ceci :

Les investissements et les activités liées aux investissements effectués par des investisseurs de l'une des Parties contractantes bénéficient d'un traitement juste et équitable et d'une protection sur le territoire de l'autre Partie contractante.

Le traitement et la protection visés au paragraphe 1 du présent article ne sont pas moins favorables que ceux accordés aux investissements et aux activités liées à ces investissements effectués par des investisseurs d'un État tiers⁵⁹.

59. Bien que l'obligation de traitement NPF soit commune aux traités bilatéraux d'investissement, la façon dont cette obligation est exprimée varie. Six types d'obligation ont ainsi été recensés, mais dans certains accords, la clause NPF peut associer différents types d'obligation.

60. Dans le premier type, l'obligation NPF a trait seulement au « traitement » accordé à l'investisseur ou aux investissements. L'Accord entre l'Autriche et la République fédérale tchèque et slovaque en est un exemple.

61. Dans le deuxième type d'obligation, l'étendue du traitement à accorder a été élargie en faisant référence à « tout » traitement. On en trouve un exemple dans l'Accord entre l'Argentine et l'Espagne, dans lequel il est précisé que le traitement NPF s'applique « [d]ans tous les domaines régis par le présent Accord⁶⁰ ».

62. Dans le troisième type d'obligation, le terme « traitement » s'applique à des aspects particuliers du processus d'investissement, tels que « la gestion », « l'entretien », « l'utilisation » et « l'aliénation » de l'investissement auquel s'applique le traitement NPF⁶¹. Dans

des investissements, fait à Vienne le 15 octobre 1990, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1653, n° 28433, p. 19, art. 3, par. 1.

⁵⁸ Accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement de la République argentine relatif à l'encouragement et à la protection des investissements, fait à Londres le 11 décembre 1990, *ibid.*, vol. 1765, n° 30682, p. 33, art. 3, par. 1.

⁵⁹ Accord entre le Gouvernement de la République populaire de Chine et le Gouvernement de la République du Pérou relatif à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements, fait à Beijing le 9 juin 1994, *ibid.*, vol. 1901, n° 32396, p. 257, art. 3, par. 1 et 2.

⁶⁰ Accord entre la République argentine et le Royaume d'Espagne relatif à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements, fait à Buenos Aires le 3 octobre 1991, *ibid.*, vol. 1699, n° 29403, p. 187, art. IV, par. 2.

⁶¹ L'Accord de libre-échange nord-américain prévoit le traitement NPF relativement à « l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements » (art. 1103).

certain cas, les accords prévoient que le traitement NPF est accordé en ce qui concerne «l'établissement» de l'investissement, ce qui permet d'assurer une protection à la fois pour la période qui précède l'investissement et pour celle qui le suit⁶².

63. Le quatrième type d'obligation concerne les cas dans lesquels le traitement NPF est lié à des obligations spéciales visées par le traité, comme l'obligation de fournir un traitement juste et équitable.

64. Le cinquième type d'obligation concerne les cas dans lesquels le traitement NPF ne doit être accordé qu'aux investisseurs ou investissements se trouvant «dans des circonstances analogues»⁶³ ou des situations similaires⁶⁴ à celles des investisseurs ou investissements avec lesquels la comparaison est faite.

65. Le sixième type d'obligation concerne les accords dans lesquels une limite territoriale semble avoir été fixée. Par exemple, dans l'Accord du 21 juillet 1996 entre l'Italie et la Jordanie, il est prévu que les parties contractantes décident d'accorder le traitement NPF «à l'intérieur des frontières de leur propre territoire»⁶⁵.

66. Dans les accords d'investissement, les clauses NPF prévoient souvent aussi des exceptions dans lesquelles l'obligation d'accorder un traitement NPF ne s'applique pas. Les exceptions les plus courantes concernent l'imposition, les marchés publics ou le bénéfice dont jouit une partie contractante parce qu'elle est partie à une union douanière⁶⁶.

C. Questions d'interprétation relatives aux clauses de la nation la plus favorisée dans les accords d'investissement

67. Il est largement admis par les tribunaux chargés de régler des différends en matière d'investissement que les clauses NPF, en tant que dispositions conventionnelles, doivent être interprétées conformément aux règles d'interprétation des traités énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969. Or, les controverses sur l'interprétation des clauses NPF ont parfois pour sous-jacent une différence dans l'application des dispositions de ladite Convention⁶⁷.

⁶² Ibid.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Accord entre la République turque et le Turkménistan concernant la promotion et la protection réciproques des investissements, fait à Achgabat le 2 mai 1992, art. II, disponible à l'adresse suivante : [http://investorstatelawguide.com/documents/documents/BIT-0335%20-%20Turkey%20-%20Turkmenistan%20\(1992\)%20\[English\].pdf](http://investorstatelawguide.com/documents/documents/BIT-0335%20-%20Turkey%20-%20Turkmenistan%20(1992)%20[English].pdf).

⁶⁵ Accord entre le Gouvernement du Royaume hachémite de Jordanie et le Gouvernement de la République italienne sur la promotion et la protection des investissements, fait à Amman le 21 juillet 1996, art. 3, disponible sur le site Web <https://investmentpolicy.unctad.org>, section «International Investment Agreements Navigator».

⁶⁶ Accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement de la République argentine relatif à l'encouragement et à la protection des investissements (voir *supra* la note 58), art. 7. Voir également OCDE, «Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements», documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, n° 2004/2, sect. 2.4.

⁶⁷ Voir *infra* les paragraphes 174 à 193.

68. Par-delà les différences de formulation des clauses NPF, il y a des questions d'interprétation qui sont communes à toutes ces dispositions, qu'il s'agisse de commerce, d'investissement ou de services. Les clauses NPF comportent trois aspects qui soulèvent des questions d'interprétation, lesquelles seront examinées successivement ci-dessous et portent sur la définition du bénéficiaire de la clause, la définition du traitement qui s'impose et la définition de la portée de la clause. Parmi ces trois grandes questions d'interprétation, seule celle relative à la portée du «traitement» à accorder en vertu d'une clause NPF a donné lieu à un véritable débat et à des différends soumis à des tribunaux chargés d'affaires d'investissement.

1. QUI EST EN DROIT DE BÉNÉFICIER D'UNE CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE ?

69. La première question d'interprétation porte sur la définition des bénéficiaires d'une clause NPF. En 1978, la Commission a estimé que le titulaire du droit de bénéficier d'une clause NPF était «l'État bénéficiaire, ou [...] des personnes ou [...] des choses se trouvant dans un rapport déterminé avec cet État»⁶⁸. Dans les accords d'investissement, il est généralement précisé que l'obligation porte sur l'octroi du traitement NPF à «l'investisseur» ou à son «investissement». Certains accords limitent le bénéfice du traitement NPF à l'investissement⁶⁹. Toutefois, si certains accords d'investissement n'en disent pas plus sur ce point, d'autres précisent que le bénéficiaire doit être un investisseur ou un investissement qui se trouve dans des «circonstances analogues» ou «une situation similaire» à celles de l'investisseur ou de l'investissement tiers comparateur.

70. Il en est résulté d'innombrables controverses sur la question de savoir en quoi consiste un «investissement», s'agissant de savoir en particulier si celui-ci est censé contribuer au développement économique du pays dans lequel il est réalisé⁷⁰. Or, la définition de l'investissement est un sujet qui concerne l'ensemble de l'accord d'investissement et ne soulève aucune question systématique quant aux clauses NPF ou quant à leur interprétation. En conséquence, le Groupe d'étude a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'examiner cette question plus avant.

71. L'expression «circonstances analogues» se retrouve dans le chapitre consacré à l'investissement de l'Accord de libre-échange nord-américain, mais elle est absente de nombreux autres accords. Cette expression semble introduire une certaine limitation dans la définition des investisseurs ou investissements qui peuvent réclamer le bénéfice d'une clause NPF – en portant peut-être à croire que seuls peuvent le faire les investisseurs ou investissements qui se trouvent dans des «circonstances analogues» à celles du traité comparateur.

⁶⁸ *Annuaire...* 1978, vol. II (2^e partie), p. 24, projet d'article 5.

⁶⁹ Traité sur la Charte de l'énergie (Annexe 1 de l'Acte final de la Conférence sur la Charte européenne de l'énergie), fait à Lisbonne le 17 décembre 1994, art. 10, par. 7.

⁷⁰ *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), affaire n° ARB/00/4, décision du 23 juillet 2001 sur la compétence, par. 52; et, plus récemment, *Standard Chartered Bank c. République-Unie de Tanzanie*, CIRDI, affaire n° ARB/10/12, sentence du 2 novembre 2012. Le texte de ces deux décisions est disponible à l'adresse suivante : <https://icsid.worldbank.org>.

72. Se pose donc la question de savoir si l'insertion de la condition des «circonstances analogues» ajoute quoi que ce soit à une clause NPF. En vertu du principe *ejusdem generis*, le traitement NPF ne peut en tout état de cause être réclamé que si la matière objet de la clause NPF est la même que celle de la clause NPF figurant dans le traité comparateur et si les personnes ou choses au profit desquelles le traitement NPF peut être réclamé se trouvent dans le même rapport déterminé avec l'État bénéficiaire dans les deux clauses. Il s'agit là de l'effet des articles 9 et 10 du projet d'articles de 1978.

73. Dans les négociations sur l'Accord multilatéral sur l'investissement, les parties étaient précisément divisées sur ce point et il n'y a donc jamais eu accord sur le fait d'inclure ou non l'expression «circonstances analogues» dans le texte de négociation. L'importance pratique de cette question tient au fait qu'elle renvoie à la question de savoir si les interprétations des accords où figure cette expression sont pertinentes pour l'interprétation des accords où elle ne figure pas. Comme on le verra plus loin, il n'est pas sans danger de considérer que les interprétations d'un accord d'investissement sont automatiquement applicables à d'autres accords, surtout lorsque la formulation est différente d'un accord à l'autre.

2. EN QUOI CONSISTE UN TRAITEMENT «NON MOINS FAVORABLE»?

74. La deuxième question d'interprétation est celle de savoir en quoi consiste un traitement «non moins favorable». En 1978, la Commission n'a pas dit grand-chose sur le sujet, si ce n'est qu'elle a expliqué pourquoi elle employait le terme «non moins favorable» au lieu de «égal», et pourquoi le traitement pouvait être non moins favorable si le bénéficiaire tiers comparateur ne bénéficiait pas effectivement de ce traitement mais était néanmoins en droit d'en bénéficier⁷¹. Cette question est dans une certaine mesure liée à la troisième, celle de savoir quelle est la portée du traitement.

75. Selon un point de vue, la raison d'être de l'octroi d'un traitement «non moins favorable» réside dans la volonté de l'État bénéficiaire d'assurer l'égalité des avantages compétitifs entre ses propres nationaux et ceux d'États tiers⁷². Telle est la raison d'être des clauses NPF en ce qui concerne le commerce des biens dans le cadre du GATT et de l'OMC, et cette logique est tout aussi fondamentale pour les investisseurs et leurs investissements. Selon un autre point de vue, l'objectif du traitement NPF et du traitement national est de reconnaître les «droits» des investisseurs et de leur donner effet⁷³. Cela étant dit, la finalité d'un «droit» dans le contexte du traitement NPF et du traitement national est d'assurer à un investisseur l'égalité des avantages compétitifs avec les autres investisseurs étrangers ou avec les nationaux, selon le cas.

76. Lorsqu'une disposition prévoyant un traitement «non moins favorable» établit un lien avec des

⁷¹ Voir le commentaire relatif au projet d'article 5, *Annuaire... 1978*, vol. II (2^e partie), p. 24 et suiv.

⁷² T. Weiler, *The Interpretation of International Investment Law: Equality, Discrimination and Minimum Standards of Treatment in Historical Context*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2013, p. 415 et 416.

⁷³ DiMascio et Pauwelyn (voir *supra* la note 46).

dispositions relatives au «traitement national», l'État concédant accepte d'accorder un traitement «non moins favorable» que celui qu'il accorde à ses propres nationaux. Cette disposition accordant le traitement national est porteuse du même problème d'*ejusdem generis* touchant la détermination du degré suffisant de similarité entre les matières objets. Dans le même ordre d'idées, les dispositions accordant un traitement national, tout comme les dispositions NPF, utilisent souvent les expressions «en des circonstances analogues» ou «dans des situations similaires» pour définir la portée du droit du bénéficiaire à un traitement national. Les deux clauses soulèvent donc des questions d'interprétation similaires.

77. Le projet d'articles de 1978 ne s'arrêtait guère sur le lien entre le traitement NPF et le traitement national. Il disposait que les deux pouvaient coexister au sein d'un même instrument sans que le premier en pâtisse⁷⁴. Il prévoyait également que le traitement NPF s'appliquait même lorsque le traitement accordé à l'État tiers l'était à titre de traitement national. De l'avis du Groupe d'étude, les interprétations d'expressions telles que «dans des circonstances analogues» ou «dans des situations similaires» dans le contexte du traitement national peuvent fournir des orientations importantes pour l'interprétation de ces mêmes expressions dans le contexte des clauses NPF.

78. L'expression «non moins favorable» n'a pas donné lieu à de grandes controverses dans les différends en matière d'investissement faisant intervenir le traitement NPF. Dans les négociations sur l'Accord multilatéral sur l'investissement, il a été plus ou moins suggéré que l'expression «égal à» soit adoptée comme norme de traitement dans la clause NPF, au lieu de l'expression «non moins favorable». Ce point n'a jamais été définitivement tranché, l'argument contraire étant qu'une clause NPF n'est pas censée limiter l'État concédant quant à ce qu'il peut accorder. Il est loisible à celui-ci d'accorder un traitement plus qu'«égal», sachant toutefois que cela peut avoir des incidences sur ses autres accords NPF. L'expression «non moins favorable» constitue une norme plancher pour le traitement à accorder.

3. QUELLE EST LA PORTÉE DU TRAITEMENT À ACCORDER AU TITRE D'UNE CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE?

79. La dernière question d'interprétation a trait à l'étendue des droits qui sont accordés au titre d'une clause NPF. En d'autres termes, que recouvre le mot «traitement»? Cette question a été traitée par la Commission à l'article 9 du projet d'articles de 1978, où il est dit qu'une clause NPF permet d'acquérir «uniquement les droits qui rentrent dans les limites de la matière objet de la clause⁷⁵». Il s'agit là, comme la Commission l'a fait remarquer dans son commentaire, de ce qu'il est convenu d'appeler la règle *ejusdem generis*⁷⁶.

80. La question de la portée du traitement à accorder en vertu d'une clause NPF est devenue aujourd'hui l'une des plus controversées dans les accords d'investissements internationaux. Elle a trait à l'applicabilité d'une clause

⁷⁴ *Annuaire... 1978*, vol. II (2^e partie), p. 58, projet d'article 19.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 31, paragraphe 1 du projet d'article 9.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 31 et suiv., commentaire des projets d'articles 9 et 10.

NPF à des dispositions d'ordre procédural, par opposition aux dispositions de fond d'un traité. Elle appelle aussi la question plus vaste de savoir si des droits qui figurent dans un traité conclu avec un État tiers et sont plus avantageux pour un investisseur pourraient être invoqués par cet investisseur en vertu de la clause NPF.

81. Il est arrivé que des clauses NPF figurant dans un traité de base soient invoquées pour étendre le champ d'application des dispositions dudit traité, et ce, de plusieurs manières. Il s'agit en l'occurrence : a) d'invoquer une procédure de règlement des différends non prévue dans le traité de base ; b) d'élargir la portée juridictionnelle du traité lorsque celui-ci circonscrit l'applicabilité de la clause de règlement des différends à une catégorie déterminée de différends, ceux relatifs à l'indemnisation en cas d'expropriation, par exemple ; et c) d'écarter l'applicabilité d'une disposition portant obligation de soumettre un différend à une juridiction interne pendant une « période d'attente » de dix-huit mois avant de le soumettre à l'arbitrage international. C'est dans ce troisième cas de figure que les clauses NPF ont été les plus communément invoquées, d'où l'attention particulière qui lui sera portée.

a) *La clause de la nation la plus favorisée et les enjeux procéduraux : aux origines de la question*

82. Le recours aux clauses NPF pour s'ouvrir un accès aux questions de procédure est souvent considéré comme ayant pour origine la sentence arbitrale rendue en 1956 en l'affaire *Ambatielos*⁷⁷, dans laquelle il a été jugé que l'« administration de la justice » représentait une partie importante des droits des commerçants et devrait donc être, en vertu de la clause NPF, considérée comme incluse dans l'expression *all matters relating to commerce and navigation* (toutes les questions relatives au commerce et à la navigation)⁷⁸.

83. Près de quarante-cinq ans plus tard, cette question a resurgi dans l'affaire *Maffezini*⁷⁹, lorsque le tribunal a accepté l'argument du requérant selon lequel celui-ci pouvait invoquer la clause NPF figurant dans le traité bilatéral d'investissement entre l'Argentine et l'Espagne de 1991 pour passer outre l'obligation de respecter une période d'attente de dix-huit mois avant d'engager une action en vertu dudit traité. Le requérant a invoqué en l'occurrence le traité bilatéral d'investissement entre l'Espagne et le Chili, qui ne comportait pas une pareille obligation et permettait à l'investisseur d'opter pour l'arbitrage international au bout de six mois⁸⁰. La clause NPF du traité bilatéral d'investissement entre l'Argentine et l'Espagne stipulait ceci :

⁷⁷ *The Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, sentence du 6 mars 1956, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (numéro de vente : 63.V.3), p. 83.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 107.

⁷⁹ *Emilio Agustín Maffezini c. Royaume d'Espagne*, CIRDI, affaire n° ARB 97/7, décision du 25 janvier 2000 sur les exceptions à la compétence, *ICSID Reports*, vol. 5, p. 396. Le texte de la décision est également disponible à l'adresse suivante : <https://icsid.worldbank.org>.

⁸⁰ *Ibid.*, par. 39. Concernant l'Accord entre le Royaume d'Espagne et la République du Chili relatif à la protection et à l'encouragement réciproques des investissements, fait à Santiago le 2 octobre 1991, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1774, n° 30883, p. 15.

Dans tous les domaines régis par le présent Accord, ce traitement ne sera pas moins favorable que celui accordé par chacune des Parties aux investissements effectués sur son territoire par des investisseurs d'un État tiers⁸¹.

84. En souscrivant à l'argument du requérant, le tribunal a pris au sens large les termes de la clause NPF, qui s'appliquait « dans tous les domaines régis par le présent Accord ». Il a mis l'accent sur la nécessité de discerner l'intention des parties contractantes, sur l'importance qu'il y avait à évaluer la pratique antérieure des États concernant l'inclusion de la clause NPF dans d'autres traités bilatéraux d'investissement (dont l'appréciation confortait l'argument du requérant) et sur l'importance d'une prise en compte des considérations de politique publique.

85. Le tribunal s'est fondé en particulier sur l'affaire *Ambatielos*⁸², dans laquelle la Commission d'arbitrage avait confirmé la pertinence du principe *ejusdem generis*. La Commission d'arbitrage avait estimé qu'une clause NPF ne pouvait couvrir que les sujets appartenant à la même catégorie de matières objets et que « [l]a question ne pouvait être tranchée que conformément à l'intention des Parties contractantes telle qu'elle ressortait d'une interprétation raisonnable du Traité [de 1886 relatif au commerce et à la navigation entre la Grande-Bretagne et la Grèce]⁸³ ».

86. S'agissant du principe *ejusdem generis*, dans l'affaire *Maffezini*, le tribunal a estimé que les arrangements relatifs au règlement des différends, dans le contexte économique existant, étaient inextricablement liés à la protection des investisseurs étrangers et que le règlement des différends était un dispositif extrêmement important de protection des investisseurs. En conséquence, ces arrangements devraient être considérés non pas comme de simples dispositifs de procédure, mais comme des arrangements conçus pour mieux protéger les droits des investisseurs par le recours à l'arbitrage international.

87. Partant, le tribunal a conclu que

[...] si un traité avec un État tiers contient des dispositions de règlement des différends qui sont plus favorables à la protection des droits et intérêts de l'investisseur que celles figurant dans le traité de base, ces dispositions peuvent être étendues aux bénéficiaires de la clause de la nation la plus favorisée, parce que pleinement conformes au principe *ejusdem generis*⁸⁴.

88. Cette application de la clause NPF aux arrangements en matière de règlement des différends aboutirait, selon le tribunal, à « l'harmonisation et l'élargissement de la portée de ces arrangements⁸⁵ ». Le tribunal avait néanmoins conscience du fait qu'il faisait une interprétation large de la clause NPF, pouvant donner lieu, entre autres, à une « recherche systématique du traité le plus favorable » qui peut aller à l'encontre du but initial⁸⁶. Il a noté à ce propos ceci :

⁸¹ Accord entre la République argentine et le Royaume d'Espagne relatif à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements (voir *supra* la note 60), p. 187, art. IV, par. 2.

⁸² *Maffezini* (voir *supra* la note 79), par. 49.

⁸³ *The Ambatielos Claim* (voir *supra* la note 77), p. 107. Concernant le Traité de 1886 relatif au commerce et à la navigation entre la Grande-Bretagne et la Grèce, fait à Athènes le 10 novembre 1886, voir *British and Foreign State Papers, 1885-1886*, vol. 77, p. 100.

⁸⁴ *Maffezini* (voir *supra* la note 79), par. 56.

⁸⁵ *Ibid.*, par. 62.

⁸⁶ *Ibid.*, par. 63.

En principe, le bénéficiaire de la clause ne devrait pas pouvoir passer outre les considérations de politique publique que les Parties contractantes pourraient avoir envisagées comme étant des conditions fondamentales de leur acceptation de l'accord, en particulier si le bénéficiaire est un investisseur privé, comme ce sera souvent le cas. La portée de la clause pourrait donc être plus restreinte qu'il n'y paraît de prime abord⁸⁷.

89. Le tribunal a ensuite énoncé quatre situations dans lesquelles la clause NPF ne pourrait pas être invoquée, à savoir :

– lorsqu'une partie contractante a conditionné son consentement à l'obligation d'épuiser les voies de recours locales, parce que cette condition correspond à une «règle fondamentale du droit international» ;

– lorsque les parties se sont accordées sur un arrangement de règlement des différends qui comportait une disposition dite d'«option irrévocable», parce qu'une telle disposition contrarierait la «finalité d'arrangements» que les pays jugent importants au regard de leurs politiques publiques ;

– lorsque l'arrangement prévoit une instance particulière d'arbitrage, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), par exemple, et qu'une partie souhaite changer d'instance d'arbitrage ;

– lorsque les parties se sont accordées sur un système d'arbitrage fortement institutionnalisé et comportant des règles de procédure précises (Accord de libre-échange nord-américain, par exemple), parce que ces dispositions très spécifiques correspondent précisément à la volonté des parties contractantes⁸⁸.

90. Le tribunal a laissé ouverte la possibilité que «d'autres éléments de politique publique limitant le fonctionnement de la clause seront sans doute identifiés par les Parties ou les tribunaux⁸⁹».

b) *L'interprétation a posteriori des clauses de la nation la plus favorisée par les tribunaux chargés d'affaires d'investissement en ce qui concerne les questions de procédure*

91. Les décisions des tribunaux chargés d'affaires d'investissement dénotaient des avis partagés sur la question de savoir s'il fallait suivre l'affaire *Maffezini*. Il était largement admis par ces tribunaux, tant explicitement qu'implicitement, que la question de la portée des clauses NPF dans un traité bilatéral d'investissement donné est affaire d'interprétation du traité en question⁹⁰.

⁸⁷ Ibid., par. 62.

⁸⁸ Ibid., par. 63.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc* (voir *supra* la note 70) ; et *Siemens A.G. c. République argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/02/8, décision du 3 août 2004 sur la compétence (traité bilatéral d'investissement entre l'Allemagne et l'Argentine), *ICSID Reports*, vol. 12, p. 171. Le texte de la décision est également disponible à l'adresse suivante : <https://icsid.worldbank.org>. Concernant le Traité entre la République fédérale d'Allemagne et la République argentine relatif à la promotion et à la protection réciproque des investissements, fait à Bonn le 9 avril 1991, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1910, n° 32538, p. 171.

Les tribunaux chargés d'affaires d'investissement citent fréquemment les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969 et des principes tels que *expressio unius exclusio alterius*. Ils font valoir qu'ils cherchent à cerner l'intention des parties. Il n'en demeure pas moins qu'il n'y a aucune approche systématique de l'interprétation et que différentes considérations tactiques, parfois sans rapport avec les termes utilisés dans le traité considéré, semblent avoir été prises en compte.

92. Le Groupe d'étude s'est employé à recenser les facteurs qui semblaient avoir pesé sur l'interprétation des clauses NPF par les tribunaux chargés d'affaires d'investissement et à déterminer si des tendances particulières s'en dégagent. Ce faisant, il avait conscience de la nécessité de renforcer le respect des règles d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne de 1969, qui s'appliquent à tous les traités. Les facteurs qui ont le plus manifestement pesé sur les décisions des tribunaux chargés d'affaires d'investissement, en ce qui concerne les questions de procédure relatives à l'application des clauses NPF, sont décrits ci-dessous.

i) *La distinction entre obligations de fond et obligations de procédure*

93. Les tribunaux commencent fréquemment par déterminer si, en principe, une clause NPF peut relever à la fois de la procédure et du fond dans les dispositions du traité. En l'affaire *Maffezini*, la question posée était de celle de savoir

si les dispositions relatives au règlement des différends figurant dans un traité avec un État tiers peuvent être considérées comme étant raisonnablement en rapport avec le traitement juste et équitable auquel la clause de la nation la plus favorisée s'applique en vertu des traités de base sur le commerce, la navigation ou l'investissement et, partant, si elles peuvent être considérées comme une matière objet couverte par la clause⁹¹.

94. Comme on l'a vu plus haut, le tribunal a estimé en l'espèce que le traitement NPF pouvait être étendu aux dispositions procédurales sous réserve de certaines considérations de «politique publique»⁹². Pour statuer de la sorte, il a invoqué en ces termes la décision rendue par la Commission d'arbitrage en l'affaire *Ambatielos* : «il y a de bonnes raisons de conclure que les arrangements de règlement des différends sont aujourd'hui inextricablement liés à la protection des investisseurs étrangers, tout comme ils sont aussi liés à la protection des droits des commerçants en vertu des traités de commerce»⁹³.

95. En l'affaire *Maffezini*, l'élément clef de la décision du tribunal résidait dans la conclusion que les dispositions en matière de règlement des différends font, par principe, partie de la protection des investisseurs et des investissements accordée en vertu des accords bilatéraux d'investissement. De ce fait, ces dispositions sont, par définition, pratiquement toujours incorporables à un accord d'investissement en vertu d'une clause NPF. En vertu d'un accord d'investissement, pour reprendre la terminologie de l'article 9 du projet d'articles de 1978, le règlement des différends entre «dans les limites de la matière objet de la clause» NPF.

⁹¹ *Maffezini* (voir *supra* la note 79), par. 46.

⁹² Ibid., par. 56.

⁹³ Ibid., par. 54.

96. La conclusion selon laquelle les questions de procédure, et plus précisément les dispositions en matière de règlement des différends, relèvent de par leur nature même de la même catégorie que les protections de fond accordées aux investisseurs étrangers constitue un élément important du raisonnement dans certaines décisions ultérieures de tribunaux chargés d'affaires d'investissement. En l'affaire *Siemens*, le tribunal a déclaré que le règlement des différends « fait partie de la protection offerte par le Traité. Il fait partie du traitement des investisseurs et des investissements étrangers ainsi que des avantages accordés par la clause [NPF]⁹⁴ ». En l'affaire *AWG*, le tribunal a déclaré qu'il ne voyait « aucune raison de distinguer les questions de règlement des différends de toute autre question couverte par un traité bilatéral d'investissement⁹⁵ ».

97. Cela étant, certains tribunaux se sont demandé si les dispositions en matière de règlement des différends étaient intrinsèquement couvertes par les clauses NPF. Le tribunal appelé à statuer en l'affaire *Salini* a émis des doutes quant à la possibilité de tirer une telle proposition de la décision *Ambatielos*⁹⁶, citant à ce propos les opinions dissidentes de certains juges dans une décision antérieure rendue par la Cour internationale de Justice qui faisaient valoir que l'expression « le commerce et la navigation »

⁹⁴ *Siemens* (voir *supra* la note 90), par. 102.

⁹⁵ *AWG Group Ltd. c. République argentine*, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), décision du 3 août 2006 sur la compétence, par. 59 [traité bilatéral d'investissement entre le Royaume-Uni et l'Argentine (voir *supra* la note 58)], disponible à l'adresse suivante: www.italaw.com/cases/106. Voir aussi *National Grid, plc c. République argentine*, CNUDCI, décision du 20 juin 2006 sur la compétence, par. 89 [traité bilatéral d'investissement entre le Royaume-Uni et l'Argentine], disponible à l'adresse suivante: www.italaw.com/cases/732; *Gas Natural SDG, S.A. c. République argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/03/10, décision du 17 juin 2005 sur la compétence, par. 29 [traité bilatéral d'investissement entre l'Argentine et l'Espagne (voir *supra* la note 60)], *ICSID Reports*, vol. 14, p. 282, aux pages 294 et 295, disponible à l'adresse suivante: www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0355.pdf; *RosInvest Co UK Ltd. c. Fédération de Russie*, Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, affaire n° V 079/2005, arrêt d'octobre 2007 sur la compétence, par. 131 et 132 (traité bilatéral d'investissement entre le Royaume-Uni et l'URSS), disponible à l'adresse suivante: www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf (concernant l'Accord relatif à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement de l'Union des Républiques socialistes soviétiques, fait à Londres le 6 avril 1989, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1670, n° 28744, p. 27); *Renta 4 S.V.S.A. et al. c. Fédération de Russie*, Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, affaire n° V 024/2007, arrêt du 20 mars 2009 sur les exceptions préliminaires, par. 100 (traité bilatéral d'investissement entre l'Espagne et la Russie), disponible à l'adresse suivante: www.italaw.com/cases/915 (concernant l'Accord entre l'Espagne et l'Union des Républiques socialistes soviétiques relatif à l'encouragement et à la protection réciproques des investissements, fait à Madrid le 26 octobre 1990, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1662, n° 28602, p. 199); et *Austrian Airlines c. République slovaque*, CNUDCI, sentence finale du 9 octobre 2009, par. 124 [traité bilatéral d'investissement entre l'Autriche et la République fédérale tchèque et slovaque (voir *supra* la note 57)], disponible à l'adresse suivante: www.italaw.com/cases/103.

⁹⁶ *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume hachémite de Jordanie*, CIRDI, affaire n° ARB/02/13, décision du 29 novembre 2004 sur la compétence, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, n° 1 (2005), p. 148, par. 112. Le texte de la décision est également disponible à l'adresse suivante: <https://icsid.worldbank.org>. Voir aussi *Vladimir Berschader et Moïse Berschader c. Fédération de Russie*, Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, affaire n° V 080/2004, décision du 21 avril 2006, par. 175 (traité bilatéral d'investissement entre la Belgique et le Luxembourg, et l'URSS).

ne comprenait pas « l'administration de la justice »⁹⁷. En l'affaire *Salini*, le tribunal a en outre fait remarquer qu'en tout état de cause, lorsque la Commission d'arbitrage en l'affaire *Ambatielos* avait parlé d'« administration de la justice », elle renvoyait à des dispositions procédurales de règlement des différends et non à des dispositions de fond d'autres traités d'investissement relatives au traitement des nationaux conformément aux critères de justice et d'équité⁹⁸.

98. En l'affaire *Telenor*, le tribunal a été encore plus disert à propos de l'exclusion des dispositions procédurales du champ d'application des clauses NPF :

En l'absence de texte ou de contexte exprimant le contraire, par « il est accordé aux investissements un traitement qui n'est pas moins favorable que celui accordé aux investissements réalisés par des investisseurs de tout autre État tiers », il faut d'ordinaire entendre que les droits *substantiels* de l'investisseur concernant l'investissement ne doivent pas faire l'objet d'un traitement moins favorable en vertu d'un traité bilatéral d'investissement entre l'État d'accueil et un État tiers, et rien ne justifie que la phrase susmentionnée soit interprétée comme incluant également les droits *procéduraux*⁹⁹.

99. Le point de vue selon lequel les clauses NPF dans les traités d'investissement peuvent, théoriquement, s'appliquer aux questions de procédure comme aux questions de fond ne signifie pas qu'il doit toujours en être ainsi¹⁰⁰. Or, dans un certain nombre d'affaires, les tribunaux ont interprété les clauses NPF comme incluant les procédures de règlement des différends parce que ces clauses s'appliqueraient par principe aux deux types de question.

ii) *L'interprétation des clauses de la nation la plus favorisée et les questions de compétence*

100. Certains tribunaux ont été influencés par le point de vue selon lequel les clauses NPF ne peuvent pas être appliquées aux dispositions relatives au règlement des différends si elles ont trait à la compétence du tribunal. Il en est résulté une divergence de vues entre les tribunaux sur deux points précis. Le premier est celui de savoir si les problèmes de compétence imposent une approche plus stricte de l'interprétation et le second celui de savoir si l'applicabilité d'une clause NPF aux dispositions relatives au règlement des différends concerne la compétence du tribunal.

⁹⁷ *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume hachémite de Jordanie* (voir *supra* la note 96), par. 106; et *Affaire Ambatielos (fond: obligation d'arbitrage)*, arrêt du 19 mai 1953, *C.I.J. Recueil 1953*, p. 10, à la page 34.

⁹⁸ *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume hachémite de Jordanie* (voir *supra* la note 96), par. 111 et 112.

⁹⁹ *Telenor Mobile Communications A.S. c. République de Hongrie*, CIRDI, affaire n° ARB/04/15, sentence du 13 septembre 2006, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 21, n° 2 (2006), par. 92 (traité bilatéral d'investissement entre la Norvège et la Hongrie). Le texte de l'Accord entre le Gouvernement du Royaume de Norvège et le Gouvernement de la République de Hongrie relatif à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements, fait à Oslo le 8 avril 1991, est disponible sur le site Web <https://investmentpolicy.unctad.org>, section « International Investment Agreements Navigator ».

¹⁰⁰ *Renta 4* (voir *supra* la note 95), par. 100; *Austrian Airlines* (voir *supra* la note 95); *ICS Inspection and Control Services Limited (Royaume-Uni) c. République argentine*, CNUDCI, affaire n° 2010-9 de la Cour permanente d'arbitrage, sentence du 10 février 2012 sur la compétence [traité bilatéral d'investissement entre le Royaume-Uni et l'Argentine (voir *supra* la note 58)], disponible à l'adresse suivante: www.italaw.com/cases/documents/553.

a. Norme d'interprétation des questions de compétence

101. En l'affaire *Plama*, le tribunal a traité la question de la portée d'une clause NPF comme étant celle d'un accord de consentement à l'arbitrage, en faisant valoir que « [c']est un principe bien établi, tant dans les droits internes qu'en droit international, qu'un tel consentement doit être clair et non équivoque¹⁰¹ ». De ce fait, « la volonté d'inclure la clause de règlement des différends doit être exprimée de façon claire et non équivoque¹⁰² ». En conséquence, c'est à la partie qui demande l'application d'une clause NPF qu'incombe la charge de prouver que la possibilité d'une telle application était clairement envisagée – ce qui place la barre assez haut. Ce point de vue a été pleinement repris par le tribunal appelé à statuer en l'affaire *Telenor*¹⁰³ et l'on en retrouve l'écho dans l'affaire *Wintershall*¹⁰⁴.

102. Cette approche a toutefois rencontré une très forte opposition. Elle a été rejetée en l'affaire *Austrian Airlines*, ainsi qu'en l'affaire *Suez* où le tribunal a déclaré que « les dispositions relatives au règlement des différends sont sujettes à interprétation, à l'instar de toutes les autres dispositions d'un traité, sans plus de restrictions ni plus de latitude¹⁰⁵ ». Les clauses juridictionnelles, a ajouté le tribunal, doivent être interprétées comme toute autre disposition d'un traité, sur la base des règles d'interprétation énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969¹⁰⁶.

¹⁰¹ *Plama Consortium Limited c. République de Bulgarie*, CIRDI, affaire n° ARB/03/24, décision du 8 février 2005 sur la compétence, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, n° 1 (2005), p. 262, aux pages 324 et 325, par. 198 (traité bilatéral d'investissement entre Chypre et la Bulgarie). Le texte de l'Accord entre le Gouvernement de la République de Chypre et le Gouvernement de la République populaire de Bulgarie relatif à l'encouragement et à la protection réciproques des investissements, fait à Nicosie le 12 novembre 1987, est disponible sur le site Web <https://investmentpolicy.unctad.org>, section « International Investment Agreements Navigator ».

¹⁰² *Plama* (voir *supra* la note 101), par. 204.

¹⁰³ *Telenor* (voir *supra* la note 99), par. 91.

¹⁰⁴ *Wintershall Aktiengesellschaft c. République argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/04/14, sentence du 8 décembre 2008, par. 167 [traité bilatéral d'investissement entre l'Allemagne et l'Argentine (voir *supra* la note 90)]. Le Tribunal a estimé que les dispositions procédurales ne pouvaient être incluses dans la portée d'une clause NPF que si « la clause NPF du traité de base indique de manière claire et sans ambiguïté qu'elle doit être ainsi interprétée, ce qui n'est pas le cas en la présente affaire ». Le texte de la décision est disponible à l'adresse suivante : <https://icsid.worldbank.org>.

¹⁰⁵ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., et Inter-Aguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. République argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/03/17, décision du 16 mai 2006 sur la compétence, par. 64 (traité bilatéral d'investissement entre la France et l'Argentine et traité bilatéral d'investissement entre l'Argentine et l'Espagne), disponible à l'adresse suivante : <https://icsid.worldbank.org>. Concernant l'Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République argentine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, fait à Paris le 3 juillet 1991, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1728, n° 30174, p. 281. Concernant le traité bilatéral d'investissement entre l'Argentine et l'Espagne, voir *supra* la note 60.

¹⁰⁶ *Austrian Airlines* (voir *supra* la note 95), par. 95. Le tribunal s'est également fondé sur l'opinion individuelle du juge Higgins en l'affaire des *Plates-formes pétrolières* selon laquelle on ne trouve ni dans la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale ni dans celle de la Cour internationale de Justice un soutien à l'approche restrictive de l'interprétation des clauses compromissaires, ni en fait une indication qu'il faudrait être libéral ou strict dans leur interprétation : *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 803, opinion individuelle de M^{me} Higgins, p. 857, par. 35, cité dans *Austrian Airlines*, par. 120.

103. Le point de vue selon lequel, parce que l'application d'une clause NPF au règlement des différends est affaire de compétence, le critère de la charge de la preuve est plus strict pour la partie qui invoque cette clause a rencontré peu de soutien dans les décisions des tribunaux chargés d'affaires d'investissement plus récentes, encore qu'il a été approuvé par quelques commentateurs¹⁰⁷. Les adversaires de cette approche ont également fait valoir qu'elle n'était pas conforme au droit international général pour ce qui est de l'interprétation des dispositions juridictionnelles. Toutefois, en l'affaire *ICS*, le tribunal a laissé entendre qu'en l'affaire *Plama*, le tribunal n'établissait pas une règle juridictionnelle et faisait simplement observer qu'il ne fallait pas partir du principe que le consentement était acquis en matière de compétence¹⁰⁸.

b. Règlement des différends et compétence

104. Les tribunaux ont fait montre plus récemment d'un regain d'intérêt pour la question de savoir si l'application d'une clause NPF aux dispositions relatives au règlement des différends a des répercussions sur la compétence d'un tribunal. Les droits substantiels et les droits procéduraux sont différents en droit international, fait-on valoir, parce que, contrairement à ce qu'il en est en droit interne, un droit substantiel n'est pas automatiquement porteur d'un droit procédural ayant force exécutoire¹⁰⁹. Le fait qu'un État a assumé une obligation substantielle ne signifie pas qu'il puisse être contraint de soumettre cette obligation à un tribunal. Le droit de le forcer à le faire nécessite de surcroît l'acceptation de la compétence du tribunal appelé à statuer sur ce point¹¹⁰.

105. Selon ce point de vue, pour faire appliquer des droits substantiels en vertu d'un traité bilatéral d'investissement, le requérant doit satisfaire aux conditions *ratione materiae*, *ratione personae* et *ratione temporis* de l'exercice de la compétence par un tribunal de règlement des différends. À titre d'exemple, une personne qui ne satisfait pas aux critères requis pour être un investisseur en vertu du traité bilatéral d'investissement ne peut pas devenir un investisseur en invoquant une clause NPF¹¹¹. Tout comme celle-ci ne saurait être utilisée pour modifier les conditions d'exercice des droits substantiels, elle ne saurait non plus être utilisée pour modifier les conditions d'exercice des droits procéduraux ou juridictionnels. Un

¹⁰⁷ C. MacLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford, Oxford University Press, 2007, par. 7.168.

¹⁰⁸ *ICS c. République argentine* (voir *supra* la note 100), par. 281 et 282.

¹⁰⁹ *Impregilo S.p.A. c. République argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/07/17, décision du 21 juin 2011, opinion concordante et dissidente de M^{me} Brigitte Stern, professeur. Le texte de la décision et celui de l'opinion sont disponibles à l'adresse suivante : <https://icsid.worldbank.org>.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Effectivement, cette position semble avoir été admise par le tribunal en l'affaire *HICEE B.V. c. République slovaque*, CNUDCI, affaire n° 2009-11 de la Cour permanente d'arbitrage, sentence partielle du 23 mai 2011, par. 149 (traité bilatéral d'investissement entre les Pays-Bas et la République fédérale tchèque et slovaque), disponible à l'adresse suivante : www.italaw.com/cases/534. Concernant l'Accord relatif à l'encouragement et la protection réciproque des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et la République fédérale tchèque et slovaque, fait à Prague le 29 avril 1991, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2242, n° 39914, p. 205.

investisseur qui ne satisfait pas aux conditions requises pour engager une action contre l'État défendeur ne peut pas écarter ces conditions en invoquant les dispositions procédurales d'un autre traité bilatéral d'investissement.

106. La question a été également posée sous l'angle d'un consentement à l'arbitrage¹¹². La compétence d'un tribunal est formée par les conditions énoncées dans l'accord d'investissement pertinent stipulant les bases sur lesquelles l'État défendeur a consenti à l'exercice de cette compétence par le tribunal. Le respect de ces conditions par l'investisseur requérant est essentiel pour que le tribunal puisse exercer sa compétence à statuer sur le différend. Sauf à ce que l'État défendeur renonce à l'application des conditions de son consentement à l'exercice par le tribunal de sa compétence, le tribunal n'a pas compétence pour entendre le requérant même lorsque ce dernier est un investisseur au sens du traité bilatéral d'investissement en question. Une clause NPF ne peut donc pas être utilisée pour modifier les conditions d'exercice de la compétence.

107. L'idée qu'il s'agit d'une question de compétence a été soutenue dans la décision du tribunal appelé à statuer en l'affaire *ICS*, qui fait en partie appel à la déclaration de la Cour internationale de Justice en l'affaire *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)*¹¹³, à savoir que lorsque le

consentement est exprimé dans une clause compromissoire insérée dans un accord international, les conditions auxquelles il est éventuellement soumis doivent être considérées comme en constituant les limites. De l'avis de la Cour, l'examen de telles conditions relève en conséquence de celui de sa compétence et non de celui de la recevabilité de la requête¹¹⁴.

108. En l'affaire *ICS*, le tribunal a conclu que la période d'attente de dix-huit mois inscrite dans le traité bilatéral d'investissement était une condition préalable de l'acceptation par l'Argentine de la saisine du tribunal et que « le non-respect de la condition préalable au consentement du Défendeur à l'arbitrage conduit forcément à conclure que le tribunal n'a pas compétence pour trancher le présent différend¹¹⁵ ».

109. Pour déterminer si la condition des dix-huit mois d'attente avait un rapport avec sa compétence, le tribunal s'est penché sur le sens du terme « traitement » dans le paragraphe 2 de l'article 3 du traité bilatéral d'investissement entre le Royaume-Uni et l'Argentine. Il a admis que « traitement » peut avoir un sens large et qu'il n'y a intrinsèquement aucune limite quant à ses aspects de fond. Toutefois, appliquant ce qu'il est convenu d'appeler le principe de la « contemporanéité dans l'interprétation des traités »¹¹⁶, il a examiné ce que les parties auraient entendu par ce terme lors de la conclusion du traité

bilatéral d'investissement. Compte tenu de la jurisprudence de l'époque et du projet de lignes directrices de la Banque mondiale sur le traitement de l'investissement étranger direct¹¹⁷, il a conclu que les parties auraient en toute probabilité considéré que le terme « traitement » ne désignait que les obligations de fond.

110. En l'affaire *ICS*, le tribunal a aussi fait remarquer que : a) le traitement NPF en vertu du traité bilatéral d'investissement se limitait à « la gestion, le maintien, l'utilisation, la jouissance ou l'aliénation » des investissements ; b) la clause NPF se limitait au traitement par l'État d'accueil « sur son territoire » ; c) les exceptions au traitement NPF en vertu du traité bilatéral d'investissement avaient trait aux questions de fond uniquement ; et d) l'introduction dans un traité d'une condition instaurant une période d'attente de dix-huit mois était potentiellement sans objet (absence d'effet utile) si les parties contractantes avaient déjà conclu des traités ne comportant pas une telle condition, auquel cas l'obligation de respecter cette période d'attente serait rendue d'emblée sans valeur par l'application de la clause NPF. Tous ces facteurs ont amené le tribunal à conclure que les parties ne pouvaient pas avoir eu l'intention, en concluant le traité bilatéral d'investissement entre le Royaume-Uni et l'Argentine, d'inclure des dispositions relatives au règlement international des différends dans le champ d'application de la clause NPF¹¹⁸.

111. L'approche adoptée en l'affaire *ICS* a été reprise en l'affaire *Daimler Financial Services AG c. République argentine*¹¹⁹, dans laquelle le tribunal a conclu que la période d'attente de dix-huit mois était une condition antérieure à l'exercice de la compétence. En conséquence, elle ne pouvait être modifiée par application de la clause NPF. L'affaire *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkménistan*¹²⁰ a abouti à une décision similaire, à savoir que le tribunal a estimé que le consentement à l'arbitrage de l'État défendeur était tributaire de la réalisation des conditions inscrites dans le traité bilatéral d'investissement, y compris l'obligation de respecter une période d'attente de dix-huit mois. Étant donné que le non-respect d'une telle disposition avait pour effet un déni de compétence, le problème ne pouvait être résolu par l'application d'une clause NPF. Dans le même ordre d'idées, en l'affaire *ST-AD GmbH (Allemagne) c. République de Bulgarie*¹²¹, le non-respect de la période d'attente de dix-huit mois a été également jugé privatif de compétence du tribunal.

¹¹⁷ Banque mondiale, Guidelines on the Treatment of Foreign Investment (1992), disponible à l'adresse suivante : www.italaw.com/documents/WorldBank.pdf.

¹¹⁸ *ICS c. République argentine* (voir *supra* la note 100), par. 326. Le tribunal a admis que le règlement interne des différends était couvert par la clause NPF puisqu'il avait lieu sur le territoire de l'État d'accueil.

¹¹⁹ *Daimler Financial Services AG c. République argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/05/1, sentence du 22 août 2012. Décision prise à la majorité, avec une opinion dissidente. Le texte de la décision et celui de l'opinion sont disponibles à l'adresse suivante : <https://icsid.worldbank.org>.

¹²⁰ *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkménistan*, CIRDI, affaire n° ARB/10/1, décision du 2 juillet 2013 sur l'article VII.2 du traité bilatéral d'investissement entre la Turquie et le Turkménistan (voir *supra* la note 64), disponible à l'adresse suivante : <https://icsid.worldbank.org>.

¹²¹ *ST-AD GmbH c. République de Bulgarie*, CNUDCI, affaire n° 2011-06 de la Cour permanente d'arbitrage, décision du 18 juillet 2013 sur la compétence, disponible à l'adresse suivante : www.italaw.com/cases/2447.

¹¹² Opinion individuelle dissidente de l'arbitre J. Christopher Thomas en l'affaire *Hochtief AG c. République argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/07/31, décision du 24 octobre 2011 sur la compétence [traité bilatéral d'investissement entre l'Allemagne et l'Argentine (voir *supra* la note 90)]. Le texte de la décision et celui de l'opinion sont disponibles à l'adresse suivante : <https://icsid.worldbank.org>.

¹¹³ *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité*, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 6, par. 88.

¹¹⁴ *ICS c. République argentine* (voir *supra* la note 100), par. 258.

¹¹⁵ *Ibid.*, par. 262.

¹¹⁶ *Ibid.*, par. 289.

112. Toutefois, le tribunal saisi de l'affaire *Hochtief* a été d'avis qu'une condition réservant au contentieux interne une période préalable de dix-huit mois est affaire non pas de compétence mais de recevabilité¹²² – c'est-à-dire une question qui peut être soulevée à titre d'objection par une partie au différend, mais pas nécessairement. Il a établi une distinction entre une disposition touchant le droit d'engager une action (compétence) et une disposition touchant la manière dont une action doit être engagée (recevabilité). En conséquence, le fait que le requérant avait ignoré la période d'attente de dix-huit mois inscrite dans le traité bilatéral d'investissement entre l'Allemagne et l'Argentine, et avait invoqué les dispositions relatives au règlement des différends du traité bilatéral d'investissement entre l'Argentine et le Chili n'avait aucun effet sur sa compétence¹²³.

113. En l'affaire *Teinver*¹²⁴, le tribunal a confirmé l'applicabilité de la clause NPF à la fois à une période d'attente de dix-huit mois et à une période de négociation de six mois. Le tribunal a considéré que ces clauses étaient pertinentes pour ce qui était de la recevabilité, mais pas de la compétence. Cette approche semblait reposer sur le rapport de la CNUCED relatif aux clauses NPF¹²⁵, dans lequel les affaires relatives à la période d'attente de dix-huit mois étaient qualifiées d'affaires de recevabilité et les autres affaires dans lesquelles la clause NPF était invoquée en matière de règlement des différends étaient dites de « portée de la compétence ». Or, ce rapport de la CNUCED ne donne aucune explication quant aux raisons pour lesquelles les affaires relatives à la période d'attente de dix-huit mois concerneraient la recevabilité et non la compétence.

114. Les affaires dans lesquelles le tribunal n'a pas permis que la condition des dix-huit mois d'attente soit écartée avaient en commun une même approche. Elles imposent qu'il soit prouvé que la clause NPF a été conçue de manière à ce que son application permette de modifier les limites à la compétence du tribunal parce que le consentement de l'État d'accueil était tributaire du respect de ces limites. En fait, il s'agit implicitement d'exiger que soit prouvée de manière « claire et sans équivoque » l'intention de modifier la compétence d'un tribunal, où l'on retrouve l'approche *Plama*, quoique pas pour les mêmes raisons.

iii) *L'intention spécifique des dispositions d'autres traités*

115. Dans certaines affaires, en interprétant les clauses NPF, les tribunaux ont pris en compte le fait que les avantages que l'on cherche à retirer de l'autre traité sont déjà

couverts, de manière différente et plus spécifique, dans le traité de base lui-même. En un sens, il s'agit là de l'essence même de la finalité du traitement NPF, à savoir permettre au bénéficiaire d'obtenir mieux que ce qu'il obtiendrait par ailleurs en vertu du traité de base. Dans ces conditions, il semble difficile d'éviter que, si le traité de base prévoit un certain type de traitement, l'application de la clause NPF ait pour conséquence d'écarter la disposition en question du traité de base.

116. Le tribunal saisi de l'affaire *RosInvest* a estimé que le fait que le fonctionnement de la clause NPF élargirait la portée de la compétence du tribunal était « le résultat normal de l'application des clauses NPF, dont le caractère et l'intention mêmes sont que la protection qui n'est pas acceptée dans un traité soit étendue par transfert des dispositions accordées dans un autre traité¹²⁶ ».

117. Toutefois, le point de vue contraire existe également. En l'affaire *CME*, l'arbitre qui a exprimé une opinion dissidente, Ian Brownlie, n'était pas disposé à admettre qu'une clause NPF serve à importer dans le traité une autre formule d'indemnisation, parce que cela rendrait sans valeur la formule d'indemnisation expressément inscrite dans le traité¹²⁷. En l'affaire *Austrian Airlines*, le tribunal a estimé que les dispositions particulières du traité concernant la compétence indiquaient en elles-mêmes clairement que les parties n'avaient pas l'intention de permettre que la compétence du tribunal soit élargie par le biais d'une clause NPF. De l'avis du tribunal, l'intention spécifique de ces dispositions ne devait pas être écartée par l'intention générale de la clause NPF¹²⁸. Le tribunal a renforcé cette conclusion en examinant l'historique des négociations relatives au traité bilatéral d'investissement entre l'Autriche et la République fédérale tchèque et slovaque, au cours desquelles une formulation plus large de la compétence du tribunal avait été rejetée. En l'affaire *Berschader*, le tribunal a examiné les autres dispositions du traité pour montrer que certaines d'entre elles ne pouvaient pas se prêter à une application de la clause NPF et, partant, que l'expression « toutes les matières couvertes par le présent Traité » ne pouvait pas être prise à la lettre¹²⁹.

118. Le tribunal saisi de l'affaire *Austrian Airlines* a lui aussi replacé la clause NPF dans le contexte des autres dispositions du traité, en mettant l'accent sur le fait que le traité lui-même prévoyait spécifiquement un arbitrage de portée limitée. De l'avis du tribunal, étant donné qu'il y avait dans le traité une intention « manifeste et spécifique » de limiter l'arbitrage aux différends portant sur le montant de l'indemnisation, par opposition aux différends portant sur le principe de l'indemnisation, « il serait paradoxal d'invalider cette intention spécifique en se référant

¹²² *Hochtief* (voir *supra* la note 112) [opinion de la majorité].

¹²³ *Ibid.* Concernant le Traité entre la République argentine et la République du Chili relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements, fait à Buenos Aires le 2 août 1991, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2170, n° 38070, p. 347.

¹²⁴ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. République argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/09/1, décision du 21 décembre 2012 sur la compétence, disponible à l'adresse suivante : <https://icsid.worldbank.org>.

¹²⁵ *Traitement de la nation la plus favorisée*, collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.10.II.D.19), p. 63 à 65.

¹²⁶ *RosInvest* (voir *supra* la note 95), par. 131. En l'affaire *Renta 4* (voir *supra* la note 95), le tribunal a déclaré que « l'extension des engagements est dans la nature même des clauses NPF » (par. 92).

¹²⁷ *CME Czech Republic B.V. c. République tchèque*, CNUDCI, opinion individuelle du 14 mars 2003 sur les questions relatives aux phases de détermination du montant, par. 11 [traité bilatéral d'investissement entre les Pays-Bas et la République fédérale tchèque et slovaque (voir *supra* la note 111)], disponible à l'adresse suivante : <http://italaw.com/cases/documents/282>.

¹²⁸ *Austrian Airlines* (voir *supra* la note 95), par. 137.

¹²⁹ *Berschader* (voir *supra* la note 96), par. 192.

à l'intention générale et imprécise exprimée dans la clause NPF¹³⁰ ». En l'affaire *Tza Yap Shum*, le tribunal a aussi estimé que l'intention générale d'une clause NPF devait s'effacer devant l'intention spécifique énoncée dans une disposition particulière du traité de base¹³¹.

iv) *La pratique des parties*

119. L'autre pratique d'élaboration des traités par les parties au traité bilatéral d'investissement au titre duquel une action a été engagée en vertu d'une clause NPF a été citée par certains tribunaux en tant que moyens de déterminer l'intention des parties concernant la portée desdites clauses. En l'affaire *Maffezini*, le tribunal a examiné la pratique d'élaboration des traités bilatéraux d'investissement de l'Espagne, en notant que la pratique espagnole était de permettre que les différends soient soumis à règlement sans imposer la condition des dix-huit mois d'attente dans le traité bilatéral d'investissement entre l'Argentine et l'Espagne. Il a aussi noté que ce traité bilatéral d'investissement était le seul dans lequel l'Espagne avait employé la formulation large « dans toutes les matières régies par le présent Accord » dans sa clause NPF¹³². Cela étant dit, le tribunal n'a clairement indiqué ni la pertinence juridique de cette pratique ultérieure des parties ni la justification interprétative de l'acte de s'y référer.

120. Le tribunal saisi de l'affaire *Telenor*¹³³ a considéré la pratique des parties pertinentes d'une manière quelque peu différente. Le fait que la Hongrie avait conclu d'autres traités bilatéraux d'investissement qui ne limitaient pas la portée de l'arbitrage a conduit le tribunal à conclure qu'il y avait effectivement une intention de limiter la portée de l'arbitrage dans le traité bilatéral d'investissement entre la Norvège et la Hongrie. La clause NPF ne saurait donc être dans ce cas utilisée pour étendre la portée de l'arbitrage.

121. En l'affaire *Austrian Airlines*, le tribunal s'est fondé sur l'autre pratique conventionnelle de la Slovaquie pour confirmer sa conclusion¹³⁴. À l'inverse, le tribunal saisi de l'affaire *Renta 4* s'est refusé à examiner la pratique de la Russie dans ses autres traités bilatéraux d'investissement, en notant que, puisque sa décision se fondait sur le texte du traité bilatéral d'investissement dont il était saisi, la pratique ressortant d'autres traités bilatéraux d'investissement ne pouvait se substituer à ce texte¹³⁵.

122. On ne voit pas clairement sur quelle base juridique les tribunaux justifient le fait de se référer à la pratique ultérieure d'un seul État. S'agit-il d'une aide à l'interprétation reposant sur la Convention de Vienne de 1969 ou d'une forme indépendante de vérification de l'intention plus ou moins implicite des parties, ou du moins de la partie contre laquelle une action est engagée ? En l'affaire *Plama*, le tribunal a fait la remarque suivante : « Il est vrai

que les traités conclus par l'une des Parties contractantes et des États tiers peuvent être pris en compte pour clarifier le sens du texte d'un traité au moment où il a été conclu¹³⁶. » Or, le tribunal n'indique pas sur quoi il se fonde pour considérer que les traités conclus par un État avec une tierce partie sont pertinents pour l'interprétation d'un traité entre cet État et un autre État, à moins qu'il ne s'agisse d'une référence implicite à l'article 32 de la Convention de Vienne de 1969.

v) *Le moment pertinent pour déterminer l'intention des parties*

123. La plupart des tribunaux ne se sont pas arrêtés sur la question du moment auquel il convient de déterminer l'intention des parties à un traité bilatéral d'investissement. Toutefois, en l'affaire *ICS*, le tribunal s'est précisément penché sur cette question, et, après avoir dit que le moment pertinent était celui de la conclusion du traité, il a interprété le terme « traitement » à partir du sens qu'il avait à ce moment-là¹³⁷. Selon lui, le principe de la « contemporanéité » dans l'interprétation des traités devait être appliqué. Certes, aucun tribunal n'a expressément indiqué son désaccord avec cette position, mais, avant l'affaire *ICS*, les tribunaux ne s'étaient pas penchés expressément sur le sens qu'une clause NPF avait à la date de conclusion du traité. Ils avaient examiné les travaux préparatoires, mais, en l'absence de toute indication dans lesdits travaux, la clause NPF était interprétée sans aucune mention du fait qu'on lui donnait le sens qu'elle avait à l'époque ou son sens d'aujourd'hui.

vi) *Le contenu de la disposition qui serait modifiée par l'invocation d'une clause de la nation la plus favorisée*

124. La question se pose de savoir si le contenu de la disposition du traité de base modifiée a eu une influence sur la volonté des tribunaux de permettre qu'une clause NPF soit invoquée. Il convient de noter à cet égard que sur les 18 affaires dans lesquelles, jusqu'ici, une clause NPF a été invoquée avec succès, 12 avaient trait à la même disposition, à savoir l'obligation d'engager une action auprès des tribunaux nationaux et d'attendre dix-huit mois avant de pouvoir invoquer les clauses de règlement des différends inscrites dans le traité bilatéral d'investissement. Dans chacune de ces affaires, la clause NPF avait eu pour effet de dégager le requérant de l'obligation de poursuivre son action devant les tribunaux nationaux jusqu'à expiration de cette période de dix-huit mois. Ces affaires portaient sur des traités bilatéraux d'investissement conclus par l'Argentine avec l'Allemagne, l'Espagne et le Royaume-Uni. L'effet quant au fond de la période d'attente de dix-huit mois était certes le même, mais les clauses NPF invoquées n'étaient pas toutes formulées de la même façon.

125. L'idée que la nature de la disposition du traité de base pourrait avoir une influence sur l'issue de l'action engagée a été avancée dans l'affaire *Plama*, où le tribunal saisi (qui n'avait pas affaire à une période de contentieux interne de dix-huit mois) a déclaré que la décision *Maffezini* était « compréhensible » parce qu'elle visait à

¹³⁰ *Austrian Airlines* (voir *supra* la note 95), par. 135.

¹³¹ *Señor Tza Yap Shum c. République du Pérou*, CIRDI, affaire n° ARB/07/6, décision du 19 juin 2009 sur la juridiction et la compétence, par. 220 [traité bilatéral d'investissement entre la Chine et le Pérou (voir *supra* la note 59)], disponible à l'adresse suivante : www.italaw.com/cases/1126.

¹³² *Maffezini* (voir *supra* la note 79), par. 57 et 60.

¹³³ *Telenor* (voir *supra* la note 99), par. 96 et 97.

¹³⁴ *Austrian Airlines* (voir *supra* la note 95), par. 134.

¹³⁵ *Renta 4* (voir *supra* la note 95), par. 120.

¹³⁶ *Plama* (voir *supra* la note 101), par. 195.

¹³⁷ *ICS c. République argentine* (voir *supra* la note 100), par. 289.

neutraliser une disposition qui n'avait « aucun sens d'un point de vue pratique¹³⁸ ».

126. En l'affaire *Abaclat c. République argentine*¹³⁹, le tribunal a estimé que le fait de retarder de dix-huit mois l'exercice du droit de l'investisseur à engager une action contredisait l'objectif exprès du traité bilatéral d'investissement consistant à assurer un règlement rapide du différend et que cette obligation pouvait donc être ignorée par le requérant. Ce point de vue a été néanmoins rejeté par le tribunal saisi de l'affaire *ICS*, qui a déclaré qu'un tribunal ne saurait attacher « aux règles du traité des exceptions qui ne reposeraient que sur une évaluation du bien-fondé de la politique en question¹⁴⁰ ».

127. Les tentatives d'utilisation des clauses NPF pour ajouter d'autres types de dispositions relatives au règlement des différends, allant au-delà de la période d'attente de dix-huit mois, n'ont généralement pas abouti. En l'affaire *Salini*, une clause NPF a été invoquée pour modifier la procédure de règlement des différends en cas de différend d'ordre contractuel. En l'affaire *Plama*, une clause NPF a été utilisée pour modifier le processus de règlement des différends afin de passer d'un arbitrage ad hoc à un règlement par le CIRDI. Il s'agissait dans les deux cas d'une tentative de remplacer une forme d'arbitrage par une autre, mais les deux tribunaux les ont rejetées.

128. À l'inverse, un tribunal a autorisé un requérant à invoquer une clause NPF pour substituer une forme de règlement des différends à une autre. Ainsi, en l'affaire *Garanti Koza LLP c. Turkménistan*¹⁴¹, le tribunal a décidé que, si le recours à l'arbitrage du CIRDI en vertu du traité bilatéral d'investissement entre le Royaume-Uni et le Turkménistan¹⁴² n'était possible que moyennant

¹³⁸ *Plama* (voir *supra* la note 101), par. 224. Toutefois, l'on ne saurait dire exactement pourquoi la disposition relative à la période de contentieux interne de dix-huit mois a été jugée insensée. Cette disposition offre une possibilité de régler la question au niveau des tribunaux nationaux, ce qui constitue une forme limitée d'obligation d'épuiser les recours internes, avec la garantie pour l'investisseur qu'il ne sera pas retardé au-delà des dix-huit mois en question.

¹³⁹ En l'affaire *Abaclat*, la majorité n'a pas traité de l'invocation d'une clause NPF, mais le tribunal s'est effectivement penché sur l'obligation de respecter la période de contentieux interne de dix-huit mois sous la rubrique « Recevabilité de l'action ». *Abaclat et al. c. République argentine (affaire précédemment dite Giovanna a Becara et al.)*, CIRDI, affaire n° ARB/07/5, décision du 4 août 2011 sur la compétence et la recevabilité (traité bilatéral d'investissement entre l'Italie et l'Argentine). Le point de vue contraire a été exprimé dans l'avis dissident de l'arbitre Georges Abi-Saab, par. 31 à 33, disponible à l'adresse suivante : <https://icsid.worldbank.org>. Le texte de l'Accord entre la République italienne et la République argentine relatif à la promotion et à la protection des investissements, fait à Buenos Aires le 22 mai 1990, est disponible sur le site Web <https://investmentpolicy.unctad.org>, section « International Investment Agreements Navigator ».

¹⁴⁰ *ICS c. République argentine* (voir *supra* la note 100), par. 267. En outre, le tribunal saisi de l'affaire *ICS* a déclaré qu'aucune preuve ne lui avait été produite qui aurait pu l'amener à conclure que les tribunaux argentins ne seraient pas une instance efficace pour régler la question (par. 267 à 269). Voir aussi l'opinion individuelle dissidente de l'arbitre J. Christopher Thomas en l'affaire *Hochtief* (note 112 *supra*).

¹⁴¹ *Garanti Koza LLP c. Turkménistan*, CIRDI, affaire n° ARB/11/20, décision du 3 juillet 2013 sur l'exception des compétences. Cette décision a été prise à la majorité des voix. L'arbitre Laurence Boisson de Chazournes a joint une opinion dissidente. Le texte de la décision et celui de l'opinion sont disponibles à l'adresse suivante : <https://icsid.worldbank.org>.

¹⁴² Accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement de la République

le consentement du défendeur, lequel ne l'avait pas donné, l'arbitrage du CIRDI pouvait être obtenu en vertu d'autres traités bilatéraux d'investissement conclus par le Turkménistan et importés dans le traité bilatéral d'investissement entre le Royaume-Uni et le Turkménistan par application de la clause NPF. Au bout du compte, l'arbitrage selon les règles de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), qui était en vertu du traité bilatéral d'investissement entre le Royaume-Uni et le Turkménistan la solution de repli en l'absence d'accord sur une autre forme de règlement des différends, a été, par application de la clause NPF, supplanté par l'arbitrage du CIRDI.

129. En tout état de cause, même si les affaires faisant intervenir l'obligation de respecter une période d'attente de dix-huit mois peuvent être en partie expliquées par l'idée qu'il ne s'agirait là que de peccadilles, en réalité, le raisonnement des tribunaux n'est pas fondé sur l'importance relative d'une disposition imposant une période de contentieux interne de dix-huit mois. Comme on l'a fait remarquer plus haut, dans bien des cas, ce raisonnement partait du principe que dans les traités bilatéraux d'investissement, les clauses NPF, par nature, couvrent le règlement des différends.

130. D'autres affaires dans lesquelles les clauses NPF ont pu être utilisées pour bénéficier de dispositions tirées de traités conclus avec des États tiers portent sur des questions de fond et non de procédure. En l'affaire *RosInvest*, le tribunal a considéré qu'en vertu de la clause NPF figurant dans le traité bilatéral d'investissement entre le Royaume-Uni et l'URSS, il avait compétence pour statuer sur la légalité d'une expropriation présumée et pas seulement sur la question plus restreinte des questions relatives à l'indemnisation, comme cela était prévu dans ledit traité¹⁴³.

131. Deux tribunaux ont néanmoins rejeté cette utilisation des clauses NPF. En l'affaire *Renta 4*, le tribunal était majoritairement peu disposé à faire de cette clause dans l'accord entre l'Espagne et la Russie une interprétation qui permettrait d'engager une action pour des motifs autres que l'indemnisation pour cause d'expropriation, parce qu'il était d'avis que la clause NPF en question ne s'appliquait qu'à l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable¹⁴⁴. En l'affaire *Austrian Airlines*, le tribunal a également conclu, à partir de l'interprétation de la clause NPF, que la portée de celle-ci ne pouvait pas être étendue au-delà de l'octroi exprès de la compétence de traiter des questions relatives à l'indemnisation en cas d'expropriation¹⁴⁵.

132. En l'affaire *MTD*, le tribunal était disposé à élargir la portée du traitement juste et équitable en vertu du traité bilatéral d'investissement entre la Malaisie et le Chili en se référant aux traités bilatéraux d'investissement entre le Danemark et le Chili et entre le Chili et la Croatie. Or, aucune des deux parties ne semblait contester la capacité

de Turkménistan relatif à la promotion et à la protection des investissements, fait à Achgabat le 9 février 1995, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2269, n° 40409, p. 187.

¹⁴³ *RosInvest* (voir *supra* la note 95).

¹⁴⁴ *Renta 4* (voir *supra* la note 95), par. 105 à 119.

¹⁴⁵ *Austrian Airlines* (voir *supra* la note 95), par. 138 et 139.

du tribunal à statuer en ce sens, encore qu'elles n'approuvaient pas toutes les incidences de cette décision¹⁴⁶.

133. En l'affaire *Telsim*¹⁴⁷ également, les parties étaient apparemment d'accord sur le fait que, par suite de l'application de la clause NPF, le traitement juste et équitable en vertu du traité bilatéral d'investissement entre la Turquie et le Kazakhstan devait être interprété compte tenu du sens qu'il avait dans d'autres traités bilatéraux d'investissement auxquels le Kazakhstan était partie. En outre, en l'affaire *Bayindir*¹⁴⁸, il n'y a pas eu d'objection au principe général selon lequel, par suite de l'application de la clause NPF, le contenu du «traitement juste et équitable» dans le traité bilatéral d'investissement entre le Pakistan et la Turquie devait être déterminé compte tenu des dispositions relatives au traitement juste et équitable d'autres traités bilatéraux d'investissement conclus par le Pakistan.

134. Dans une seule affaire, le tribunal a fait un ajout de fond aux obligations des parties par application d'une clause NPF en présence d'une objection formulée par l'une des parties. En l'affaire *CME*, le tribunal a majoritairement conclu que l'expression «juste indemnisation» dans le traité bilatéral d'investissement entre les Pays-Bas et la République fédérale tchèque et slovaque devait être interprétée comme signifiant «juste valeur marchande», en partie parce qu'il était disposé, sur la base de la clause NPF, à incorporer la notion de «juste valeur marchande» tirée du traité bilatéral d'investissement entre les États-Unis et la République fédérale tchèque et slovaque¹⁴⁹.

¹⁴⁶ *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A. c. République du Chili*, CIRDI, affaire n° ARB/01/7, sentence du 25 mai 2004, disponible à l'adresse suivante : www.italaw.com/cases/717. Le texte de l'Accord entre le Gouvernement de la Malaisie et le Gouvernement de la République du Chili relatif à la promotion et à la protection des investissements, fait à Kuala Lumpur le 11 novembre 1992, est disponible sur le site Web <https://investmentpolicy.unctad.org>, section «International Investment Agreements Navigator». Concernant l'Accord entre le Gouvernement du Royaume du Danemark et le Gouvernement de la République du Chili relatif à la promotion et à la protection réciproque des investissements, fait à Copenhague le 28 mai 1993, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1935, n° 33152, p. 247. Le texte de l'Accord entre le Gouvernement de la République du Chili et le Gouvernement de la République de Croatie relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements, fait à Santiago le 28 novembre 1994, est disponible sur le site Web <https://investmentpolicy.unctad.org>, section «International Investment Agreements Navigator».

¹⁴⁷ *Rumeli Telekom A.S. et Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. République du Kazakhstan*, CIRDI, affaire n° ARB/05/16, sentence du 29 juillet 2008, par. 581 à 587 et 591 à 605 (traité bilatéral d'investissement entre la Turquie et le Kazakhstan), disponible à l'adresse suivante : www.italaw.com/cases/942. Le texte de l'Accord entre la République turque et la République du Kazakhstan relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements, fait à Alma-Ata le 1^{er} mai 1992, est disponible sur le site Web <https://investmentpolicy.unctad.org>, section «International Investment Agreements Navigator».

¹⁴⁸ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. République islamique du Pakistan*, CIRDI, affaire n° ARB/03/29, sentence du 27 août 2009, par. 153 (traité bilatéral d'investissement entre le Pakistan et la Turquie), disponible à l'adresse suivante : www.italaw.com/cases/131. Le texte de l'Accord entre la République islamique du Pakistan et la République turque relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements, fait à Islamabad le 16 mars 1995, est disponible sur le site Web <https://investmentpolicy.unctad.org>, section «International Investment Agreements Navigator».

¹⁴⁹ *CME* (voir *supra* la note 127), par. 500. Le texte du Traité entre les États-Unis d'Amérique et la République fédérale tchèque et slovaque relatif à l'encouragement et à la protection réciproques des investissements, fait à Washington le 22 octobre 1991, est disponible sur le site Web <https://investmentpolicy.unctad.org>, section «International Investment Agreements Navigator».

vii) *La cohérence dans la prise des décisions*

135. Les tribunaux ont certes noté que les décisions d'autres tribunaux n'avaient pas formellement valeur de précédents, mais le désir de cohérence a clairement pesé dans la prise des décisions. Peu ont été sur ce point aussi explicites que la majorité du tribunal qui a statué en l'affaire *Impregilo* :

Il n'en demeure pas moins que, dans les affaires où la clause NPF se réfère à «toutes les matières» ou à «toute matière» régie(s) par le traité bilatéral d'investissement, il y avait une quasi-unanimité sur le constat que cette clause couvrait les règles relatives au règlement des différends. Dans ces conditions, la majorité du Tribunal parvient à la conclusion qu'*Impregilo* est en droit de faire appel, à cet égard, aux règles relatives au règlement des différends figurant dans le traité bilatéral d'investissement entre l'Argentine et les États-Unis¹⁵⁰.

136. La majorité était en effet d'avis que, du moins en ce qui concerne les clauses NPF à formulation large et l'obligation d'engager une action et de la poursuivre pendant dix-huit mois, la question de l'applicabilité de la clause NPF avait été réglée.

viii) *La définition du traitement «non moins favorable»*

137. La difficulté de déterminer quel traitement est moins favorable est illustrée par les affaires où la clause NPF est utilisée pour remplacer une forme de règlement des différends par une autre. Certains tribunaux se sont demandé si l'on procède bien à la comparaison qui convient lorsqu'on compare les dispositions d'un traité conclu avec un État tiers aux dispositions du traité de base¹⁵¹. Si le traité de base stipule une période d'attente de dix-huit mois et si le traité avec un État tiers ne comporte pas cette obligation mais contient une formule d'option irrévocable, est-il exact de dire que le traité avec un État tiers accorde un traitement plus favorable? Dans un cas, dans le traité de base, il y a une période d'attente de dix-huit mois avant d'invoquer les dispositions relatives au règlement des différends du traité bilatéral d'investissement, mais l'investisseur a accès aux procédures tant interne qu'internationale. Dans l'autre cas, en vertu du traité avec un État tiers, l'investisseur a accès au règlement international plus rapidement mais perd la faculté de recourir à la fois au règlement international et au règlement interne du différend. Lequel de ces deux traitements est le plus favorable?

138. Le tribunal saisi de l'affaire *ICS* a estimé que l'investisseur qui tablait sur la clause NPF pour éviter la période d'attente de dix-huit mois serait tenu par les termes de la disposition relative à l'option irrévocable du traité avec l'État tiers¹⁵². Le tribunal saisi de l'affaire *Garanti Koza* a estimé qu'il était difficile de dire si l'arbitrage du CIRDI était objectivement plus favorable que

¹⁵⁰ *Impregilo* (voir *supra* la note 109), par. 108. Le texte du Traité entre les États-Unis d'Amérique et la République argentine relatif à l'encouragement et à la protection réciproques des investissements, fait à Washington le 14 novembre 1991, est disponible sur le site Web <https://investmentpolicy.unctad.org>, section «International Investment Agreements Navigator».

¹⁵¹ *Impregilo* (voir *supra* la note 109); voir aussi *Hochtief* (voir *supra* la note 112).

¹⁵² *ICS c. République argentine* (voir *supra* la note 100), par. 318 à 325.

l'arbitrage de la CNUDCI mais que les deux étaient « sans conteste différents »¹⁵³. Pour finir, le tribunal est parvenu à la conclusion qu'un choix valait mieux que pas de choix, et il a autorisé le requérant à importer l'arbitrage du CIRDI en invoquant la clause NPF du traité de base¹⁵⁴.

139. La question de savoir si la disposition du traité avec un État tiers que l'on cherche à utiliser est plus favorable que la disposition du traité de base que l'on cherche à éviter n'a pas été examinée de manière quelque peu détaillée dans les décisions antérieures des tribunaux chargés d'affaires d'investissement. En général, on parlait du principe que le fait de ne pas avoir à soumettre un contentieux aux tribunaux nationaux pendant dix-huit mois constituait un traitement plus favorable que dix-huit mois de procédure devant ces tribunaux. Or, il faut peut-être se poser des questions sur ce principe, sauf à avoir des préjugés négatifs concernant les tribunaux nationaux en question.

ix) *L'existence d'exceptions de politique générale*

140. En l'affaire *Maffezini*, le tribunal, s'inquiétant semble-t-il de l'ampleur des incidences de sa décision, a énoncé un certain nombre d'exceptions de « politique publique » en vertu desquelles une clause NPF ne pourrait pas s'appliquer à des questions de procédure¹⁵⁵. Des tribunaux ont par la suite souscrit à l'idée que certaines exceptions de politique publique étaient nécessaires, mais ils n'ont pas invoqué ces exceptions à l'appui de leur décision, même si dans certains cas ces exceptions auraient pu s'appliquer. À titre d'exemple, en l'affaire *Garanti Koza*, le tribunal a substitué l'arbitrage du CIRDI à celui de la CNUDCI, ce que les exceptions de politique publique dans l'affaire *Maffezini* interdisaient. Le Groupe d'étude a noté des divergences entre les raisons invoquées pour autoriser ou exclure l'utilisation de la clause NPF comme moyen de faire varier les dispositions relatives au règlement des différends des accords bilatéraux d'investissement, et a constaté que les différences d'approche en la matière procédaient parfois de différences quant aux hypothèses de départ et non de raisonnements directement contradictoires.

III. Considérations intervenant dans l'interprétation des clauses de la nation la plus favorisée

A. Considérations de politique générale dans l'interprétation des accords d'investissement

1. L'ASYMÉTRIE DANS LES NÉGOCIATIONS DES TRAITÉS BILATÉRAUX D'INVESTISSEMENT

141. Par le passé, les accords d'investissement étaient conclus principalement entre pays développés et pays en développement, avec la présupposition qu'il existait une asymétrie et une inégalité de pouvoir de négociation¹⁵⁶.

De nos jours, nombre de ces accords sont conclus entre des pays développés ou entre des pays en développement, sans ce postulat.

142. Une autre remarque importante peut être faite au sujet du processus de négociation des accords d'investissement. Certains pays ont leur propre modèle d'accord bilatéral d'investissement et l'utilisent comme base pour leurs négociations avec d'autres pays. Par conséquent, au lieu de partir d'une base nouvelle, les négociations consistent à accepter ou à modifier un modèle déjà élaboré par une partie. Il s'ensuit que ces négociations peuvent tout au plus déboucher sur la reformulation de certaines dispositions, plutôt que sur un accord entièrement nouveau.

143. Cela étant, en réalité, les accords d'investissement se ressemblent sur nombre de points essentiels, quelles que soient les parties qui les concluent et quel que soit le modèle utilisé. Et cela n'a rien de surprenant. Les accords d'investissement contemporains reposent sur un certain nombre de dispositions fondamentales concernant : le traitement NPF, le traitement national, le traitement juste et équitable, l'interdiction de l'expropriation hormis sous certaines conditions, et le règlement des différends, qui inclut généralement le règlement des différends entre investisseur et État. Il semble que les négociations aboutissent toutes à un résultat similaire, qu'il y ait eu ou non asymétrie.

144. Après avoir examiné la question de l'asymétrie, le Groupe d'étude a conclu que c'était un facteur à prendre en considération pour mieux comprendre le droit international de l'investissement, mais qu'il n'était pas pertinent pour interpréter des accords d'investissement individuels.

2. LA SPÉCIFICITÉ DE CHAQUE TRAITÉ

145. Plusieurs États considéraient que les dispositions NPF étaient propres à chaque traité¹⁵⁷ et qu'elles ne se prêtaient donc pas à une approche uniforme¹⁵⁸. Il ne fait aucun doute que les dispositions NPF en matière d'investissement sont largement présentes dans les accords bilatéraux d'investissement, mais avec un libellé propre à chaque accord.

146. En même temps, les dispositions NPF, indépendamment du processus de négociation qui les a conçues ou de l'accord qui les contient, ont un objectif commun. En 1978, dans l'article 4 de son projet d'articles, la Commission a défini une clause NPF comme « une disposition conventionnelle par laquelle un État assume à l'égard d'un autre État l'obligation d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée dans un domaine convenu de relations¹⁵⁹ ». Dans l'article 5, elle a défini le traitement NPF comme « le traitement accordé par l'État

¹⁵³ *Garanti Koza* (voir *supra* la note 141), par. 92.

¹⁵⁴ *Ibid.*, par. 94 à 97.

¹⁵⁵ *Maffezini* (voir *supra* la note 79), par. 88 et 89.

¹⁵⁶ J. W. Salacuse et N. P. Sullivan, « Do BITs really work?: an evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain », *Harvard International Law Journal*, vol. 46, n° 1 (2005), p. 67 à 130, à la page 78.

¹⁵⁷ A/C.6/65/SR.25, par. 75 et 76 (Portugal); A/C.6/66/SR.27 par. 49 [Iran (République islamique d')]; *ibid.*, par. 78 (Portugal); A/C.6/66/SR.28 (Royaume-Uni); et A/C.6/67/SR.23 [Iran (République islamique d')].

¹⁵⁸ A/C.6/65/SR.26, par. 17 (États-Unis); et A/C.6/66/SR.27, par. 94 (États-Unis).

¹⁵⁹ *Annuaire... 1978*, vol. II (2^e partie), p. 21, projet d'article 4.

concedant à l'État bénéficiaire [...] non moins favorable que le traitement conféré par l'État concedant à un État tiers¹⁶⁰». Autrement dit, quel que soit son libellé, toute clause conventionnelle qui prévoit un traitement non moins favorable que celui accordé à des États tiers est une clause NPF. Elle est de la même nature que toutes les autres clauses NPF et partage avec celles-ci le même objectif global.

147. Cependant, la manière dont cet objectif global est atteint tient au langage employé pour exprimer l'obligation d'accorder le traitement NPF ainsi que pour définir la portée de ce traitement, sa couverture et ses bénéficiaires. Par conséquent, la question clef de l'*ejusdem generis* – jusqu'où le traitement peut-il être étendu – doit être déterminée au cas par cas.

148. Le Groupe d'étude a toutefois estimé qu'en raison de cette communauté d'objectif des dispositions NPF et de la similitude du langage employé dans de nombreux accords d'investissement, l'interprétation d'une disposition NPF dans un accord d'investissement donné pouvait fournir des orientations sur l'interprétation à donner à une disposition NPF dans un autre accord. De fait, lorsqu'ils ont cherché à interpréter une disposition NPF, certains tribunaux chargés d'affaires d'investissement ont d'abord examiné les dispositions d'autres accords que celui dont ils étaient saisis.

149. Il reste que toute clause NPF doit être interprétée conformément aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969. Ainsi, même si l'on peut tirer des orientations du sens qui est donné au traitement NPF dans d'autres accords, chaque disposition NPF doit être interprétée à la lumière de ses propres termes et du contexte de l'accord dans lequel elle figure. Par conséquent, rien ne permet de conclure à une interprétation unique d'une clause NPF applicable à tous les accords d'investissement.

B. L'arbitrage «mixte» comme mode de règlement des différends en matière d'investissement

150. En 1978, la Commission a envisagé que le bénéficiaire d'une disposition NPF puisse être non seulement l'État partie à l'accord où figure la disposition, mais aussi «des personnes ou [...] des choses se trouvant dans un rapport déterminé avec cet État¹⁶¹». En vertu des accords d'investissement, les États accordent généralement le traitement NPF non seulement à l'autre État signataire, mais aussi aux investisseurs ou investissements de cet État. À l'époque, la Commission n'a pas souhaité se pencher plus avant sur les implications du cas de figure où le bénéficiaire est une personne car, étant donné que le projet d'articles de la Convention de Vienne de 1969 ne traitait pas de l'application des traités aux individus, elle estimait ne pas devoir poursuivre l'examen de cette question.

151. Quoi qu'il en soit, à l'époque où le projet d'articles de 1978 a été élaboré, la pratique concernant des bénéficiaires qui étaient des personnes était très limitée et n'offrait donc guère matière à analyse. C'est à l'État

bénéficiaire qu'il incombe de faire respecter par l'État concedant son obligation d'accorder le traitement NPF. Le non-octroi de ce traitement constitue une violation du traité, susceptible de motiver une action d'un État contre l'autre, pour autant qu'il y ait une instance appropriée. Mais il n'existait alors aucune instance internationale qu'un investisseur aurait pu saisir pour intenter une action contre un État étranger, même s'il pouvait le faire devant les juridictions nationales de l'État concerné si celui-ci avait incorporé ses obligations conventionnelles dans le droit interne, ou si un droit d'action indépendant était prévu en droit interne. En pareil cas, une action intentée contre l'État concedant devant ses propres tribunaux serait fondée sur un droit découlant non pas du traité mais du droit interne de l'État concerné.

152. L'avènement du règlement des différends investisseur-État a signifié un changement majeur à cet égard, en permettant aux investisseurs d'intenter des actions indépendamment de l'État dont ils relèvent, directement contre l'État concedant, au moyen d'un mécanisme de règlement des différends mis en place par les parties à l'accord d'investissement concerné. Les tribunaux chargés de régler des différends entre investisseurs et États ont ainsi produit une importante jurisprudence sur l'interprétation des accords d'investissement, en particulier sur les clauses NPF.

153. Cependant, la nature mixte de l'arbitrage investisseur-État est source de difficultés particulières dans l'interprétation des accords d'investissement. L'accord est conclu entre des États, ce qui en fait un traité. Mais l'instance qui l'interprète présente une certaine analogie avec les mécanismes d'arbitrage commercial, lesquels, historiquement, sont des institutions de droit privé plutôt que de droit public. Ainsi, une disposition NPF pourra être interprétée différemment selon que l'interprète considère l'accord comme un instrument de droit international plutôt que comme un arrangement contractuel.

154. Le statut des tribunaux qui font de l'arbitrage «mixte» et le produit de leurs travaux peuvent susciter des interrogations. Ces tribunaux sont «mixtes» au sens où les parties aux différends n'ont pas le même statut au regard du droit international. À l'époque des concessions, l'accord en soi était conclu entre une entité de droit international public – l'État – et une entité de droit privé – la personne ou la société signataire. Une première préoccupation avait déjà été soulevée à cet égard, concernant la question de savoir si de tels accords, dans lesquels seule l'une des parties était un sujet de droit international, relevaient du droit international ou du droit national, et les notions de droit transnational et de droit quasi international avaient été mises en débat.

155. Ce problème ne se pose pas avec les accords d'investissement, car il est clair que ce sont des traités. Néanmoins, un litige soulevé au titre d'une clause de règlement des différends investisseur-État est toujours un litige entre des parties qui ont un statut différent en droit international. C'est pourquoi il a été dit que l'arbitre qui intervient dans un arbitrage mixte concernant la réclamation d'une partie privée, qui pourrait s'apparenter à une action en droit interne, est investi d'une mission et d'une fonction qui ne sont pas très différentes de celles

¹⁶⁰ Ibid., p. 24, projet d'article 5.

¹⁶¹ Ibid.

d'un juge national¹⁶². En ce sens, le règlement des différends investisseur-État pourrait être considéré comme une solution de substitution à la procédure interne, ce que confirme l'existence des dispositions dites « d'option irrévocable » (*electa una via*), courantes dans les accords d'investissement, qui prévoient qu'un investisseur plaignant doit choisir, à un moment donné, entre le recours à une action interne et le recours à un mécanisme de règlement des différends investisseur-État.

156. Il reste que le tribunal saisi d'un différend de cette sorte, qui est un tribunal établi en vertu d'un mécanisme convenu par les États, doit interpréter et appliquer les dispositions d'un traité. Habituellement, il ne se fondera pas sur la législation nationale même si, dans certains cas, le traité concerné peut exiger l'application du droit interne. En outre, s'il est établi en vertu de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, le tribunal est expressément tenu d'appliquer « les principes de droit international en la matière¹⁶³ ».

157. Le Groupe d'étude a conclu que la nature « mixte » de l'arbitrage des différends investisseur-État ne justifiait pas qu'une approche différente soit suivie à l'égard des règles d'interprétation des traités lorsqu'il s'agit d'appliquer celles-ci aux dispositions NPF. Un accord d'investissement est un traité dont les dispositions ont été acceptées par les États. L'investisseur individuel n'a joué aucun rôle dans la création des obligations conventionnelles; il a seulement le droit d'intenter une action au titre du traité. En tant que traité, l'accord doit être interprété selon les règles reconnues du droit international relatives à l'interprétation des traités.

C. La pertinence actuelle du projet d'articles de 1978 pour l'interprétation des dispositions de la nation la plus favorisée

158. Comme cela a été dit plus haut, le projet d'articles de 1978 prévoyait que le bénéficiaire d'une disposition NPF puisse être une personne ou une entité « se trouvant dans un rapport déterminé » avec l'État bénéficiaire. Les implications de ce cas de figure n'ont toutefois pas été examinées, car les droits des individus ne relèvent pas du mandat de la Commission. Le projet d'articles est néanmoins souvent invoqué par les tribunaux chargés de régler des différends entre investisseur et État, car il a posé les fondements juridiques des dispositions NPF, en particulier en ce qui concerne le principe *ejusdem generis*.

159. Le Groupe d'étude a toutefois relevé que, si le projet d'articles de 1978 pose les principaux fondements juridiques de la définition et du sens des clauses NPF et du traitement NPF et qu'il en énonce des principes de base, il ne fournit pas d'orientations sur des questions particulières d'interprétation qui peuvent se poser au regard des termes spécifiques employés dans un traité donné. Il ne répond pas, en tout cas directement, à la question de savoir

si une disposition procédurale relative au règlement des différends peut être modifiée en vertu d'une clause NPF.

160. Le Groupe d'étude estime que les dispositions fondamentales du projet d'articles de 1978¹⁶⁴, du fait qu'elles n'ont jamais été remises en question et sont fréquemment appliquées, restent une source importante de droit international pour quiconque doit analyser la définition, la portée et l'application des clauses NPF.

IV. Orientations pour l'interprétation des clauses de la nation la plus favorisée

161. La présente partie définit un cadre pour la bonne application des règles et principes relatifs à l'interprétation des traités à des clauses NPF. Le Groupe d'étude a conclu de son analyse antérieure qu'il y a trois questions centrales concernant la façon dont les tribunaux ont abordé l'interprétation des clauses NPF en relation avec les dispositions relatives au règlement des différends. Premièrement, les dispositions NPF sont-elles en principe susceptibles de s'appliquer aux dispositions de règlement des différends des traités bilatéraux d'investissement? Deuxièmement, les conditions prévues par les traités bilatéraux d'investissement concernant les dispositions relatives au règlement des différends qui peuvent être invoquées par les investisseurs ont-elles des incidences sur la compétence d'un tribunal? Troisièmement, quels sont les facteurs pertinents dans le processus d'interprétation lorsqu'il s'agit de déterminer si une disposition NPF figurant dans un traité bilatéral d'investissement s'applique aux conditions prévues pour invoquer le règlement des différends? Ces questions sont examinées successivement dans les sections ci-dessous.

A. Les dispositions de la nation la plus favorisée en principe susceptibles de s'appliquer aux dispositions des traités bilatéraux d'investissement relatives au règlement des différends

162. Bien que ce point soit controversé dans certaines des décisions antérieures des tribunaux, il ne fait guère de doute que, en principe, les dispositions NPF sont susceptibles de s'appliquer aux dispositions des traités bilatéraux d'investissement relatives au règlement des différends. Tel est effectivement le cas, même si cette proposition a pu être au départ fondée sur une interprétation erronée de ce que la Commission d'arbitrage entendait lorsqu'elle a dit, en l'affaire *Ambatielos*, que « l'administration de la justice » entrait dans le champ de la clause NPF qui faisait référence à « toutes les questions relatives au commerce et à la navigation »¹⁶⁵. La Commission y faisait allusion à l'accès aux tribunaux du Royaume-Uni pour faire respecter des droits substantiels, et non à un droit de modifier les conditions dans lesquelles le règlement des différends pouvait être invoqué. Mais cela semble de peu d'importance aujourd'hui. La question essentielle est celle de l'autonomie des parties; les parties à un traité bilatéral d'investissement peuvent, si elles le souhaitent, incorporer les conditions d'accès au règlement des différends

¹⁶² Au sujet du chevauchement des aspects publics et privés de l'arbitrage international, voir G. Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, chap. 3.

¹⁶³ Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, faite à Washington le 18 mars 1965, p. 159, art. 42.

¹⁶⁴ Voir, en particulier, les projets d'articles premier à 14, *Annuaire... 1978*, vol. II (2^e partie), p. 19 et suiv.

¹⁶⁵ *The Ambatielos Claim* (voir *supra* la note 77), p. 107.

dans le champ d'application d'une disposition NPF. La question qui se pose dans chaque cas est celle de savoir si elles l'ont fait.

163. En ce sens, cette question est vraiment une question d'interprétation des traités à laquelle il ne peut être répondu qu'au regard de chaque cas particulier. Lorsque les parties ont incorporé expressément les conditions d'accès au règlement des différends dans le cadre de leur disposition NPF¹⁶⁶, aucune difficulté ne se pose. De même, lorsqu'elles ont exclu expressément l'application de la clause NPF aux conditions d'accès au règlement des différends, aucune difficulté ne se pose non plus. Mais la grande majorité des dispositions NPF des traités bilatéraux d'investissement existants ne sont pas explicites sur ce point, si bien que la question de savoir comment ces dispositions doivent être interprétées se posera dans chaque cas. À tout le moins, cependant, on peut dire qu'il n'est pas nécessaire que les tribunaux qui interprètent les dispositions NPF de traités bilatéraux d'investissement mènent une enquête pour déterminer si de telles dispositions peuvent être en principe applicables aux dispositions relatives au règlement des différends.

B. Conditions relatives au règlement des différends et à la compétence d'un tribunal

164. Si l'on accepte, cependant, l'idée que cette question est une question d'interprétation, se pose alors celle de savoir s'il y a quelque chose dans la nature des dispositions NPF ou des dispositions relatives aux conditions d'accès des investisseurs au règlement des différends qui pourrait être pertinent pour le processus d'interprétation. À ce sujet, le point de savoir si ces questions vont jusqu'à la compétence d'un tribunal conserve sa pertinence. Une clause NPF doit opérer dans le contexte de certains paramètres (*ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis*, etc.)¹⁶⁷, et la question devient donc celle de savoir si les conditions relatives à l'accès au règlement des différends sont elles-mêmes un paramètre pertinent.

165. L'interprétation et l'application d'une disposition NPF ne peuvent pas se faire de manière totalement libre. Comme le prévoit l'article 14 du projet d'articles de 1978 :

L'exercice des droits qui découlent d'une clause de la nation la plus favorisée pour l'État bénéficiaire ou pour des personnes ou des choses 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 bénéficiaire¹⁶⁸.

166. Il ne fait aucun doute que, si un État a consenti dans un traité bilatéral d'investissement à reconnaître comme investisseurs certaines catégories de personnes, une disposition NPF ne peut pas être invoquée pour modifier ces catégories¹⁶⁹. Un tribunal mis en place en vertu d'un traité bilatéral d'investissement n'a tout simplement pas compétence pour statuer sur les droits à l'égard d'une entité qui ne constitue pas un investisseur. La question qui

se pose est celle de savoir si une limitation de l'accès au règlement des différends, telle qu'une condition réservant au contentieux interne une période préalable de dix-huit mois, est une limitation de compétence similaire applicable à des investisseurs qualifiés.

167. La réponse à cette question dépend, en partie, de ce qu'il s'agit d'un problème de compétence ou d'un problème de recevabilité. La distinction entre compétence et recevabilité n'est pas toujours claire, et ces termes sont parfois employés de manière interchangeable¹⁷⁰. Cependant, la différence entre des objections concernant le tribunal et des objections concernant l'action en justice est réputée être le fondement de cette distinction¹⁷¹.

168. Sur cette base, on pourrait soutenir que, étant donné que la condition instaurant dix-huit mois d'attente est une condition qui détermine si une action peut ou non être engagée par l'investisseur, c'est la compétence du tribunal qui est en jeu – le problème n'est pas celui de l'action particulière qui est engagée par l'investisseur ; aucune action ne peut être engagée par cet investisseur tant que la condition instaurant dix-huit mois d'attente n'est pas remplie.

169. De l'avis du Groupe d'étude, ces approches concurrentes reflètent ce qui a été mentionné plus haut – la différence entre ceux qui considèrent les accords d'investissement comme des instruments de droit international public, et ceux qui considèrent le règlement des différends entre investisseur et État comme relevant davantage du droit privé, à l'instar des arrangements contractuels. Dans le premier cas, la compétence et le consentement à l'arbitrage sont des questions qui intéressent vivement l'État, alors que dans le second, il s'agit simplement de savoir quel est le sens du terme « traitement » ou de tout autre mot qui stipule le droit du bénéficiaire.

170. La conséquence pratique de ces approches différentes est que ceux qui mettent l'accent sur la dimension de droit international public des accords d'investissement tendent à considérer qu'une condition instaurant dix-huit mois d'attente a valeur d'épuisement des recours internes. Ceux qui envisagent davantage ces accords en termes d'arbitrage privé ou commercial sont susceptibles de la considérer comme une disposition de temporisation ayant pour effet de reporter le droit qu'a un investisseur d'engager une action, et donc de la juger contraire à l'objectif général d'un traité bilatéral d'investissement qui est de créer des conditions favorables à l'investissement.

171. La caractéristique commune des approches « juridictionnelles » est que, à moins qu'elle ne soit clairement formulée ou qu'il y ait des circonstances contextuelles particulières, une disposition NPF ne peut pas modifier les conditions d'accès au règlement des différends. Il s'agit toujours d'une question d'interprétation des traités, mais d'une interprétation qui part de l'hypothèse initiale qu'une disposition NPF ne s'applique pas

¹⁶⁶ Traité bilatéral d'investissement type du Royaume-Uni, 2008, disponible sur le site Web <https://investmentpolicy.unctad.org>, section « International Investment Agreements Navigator ».

¹⁶⁷ Voir aussi le paragraphe 105 *supra*.

¹⁶⁸ *Annuaire...* 1978, vol. II (2^e partie), p. 45.

¹⁶⁹ *HICEE* (voir *supra* la note 111), par. 149.

¹⁷⁰ Voir, de manière générale, S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, 4^e éd., vol. II, *Jurisdiction*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2006, p. 505 à 586.

¹⁷¹ J. Paulsson, « Jurisdiction and admissibility », dans G. Akse et al. (dir. publ.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, Paris, ICC Publishing, 2005, p. 601 à 617, à la page 616.

automatiquement aux dispositions d'un traité bilatéral d'investissement relatives au règlement des différends. Et cela contraste avec les hypothèses de départ d'un certain nombre de tribunaux selon lesquels les dispositions NPF sont a priori applicables au règlement des différends, parce que celui-ci fait partie des protections prévues dans un traité bilatéral d'investissement. Selon cette approche, la clause NPF s'applique au règlement des différends à moins qu'il puisse être démontré que les parties au traité bilatéral d'investissement n'entendaient pas qu'elle soit applicable.

172. Le Groupe d'étude a estimé que ce débat en partie théorique sur la nature des accords d'investissement, compte tenu des hypothèses auxquelles il aboutissait à propos de l'interprétation de ces accords, ne se prêtait guère à la formulation d'une solution définitive. Les accords d'investissement présentent des éléments à caractère public et d'autres à caractère privé. L'impossibilité d'apporter une réponse formelle définitive vient de ce que cette question est traitée dans le cadre d'un arbitrage « mixte » rendu par des arbitres ad hoc. Dans un système « fermé » tel que celui de l'OMC, un tribunal d'appel pourrait statuer sur la question et, qu'il ait tort ou raison, sa décision s'appliquerait à toutes les affaires examinées au sein du système. Cette possibilité n'existe pas dans le cas du règlement des différends entre investisseur et État. De plus, de l'avis du Groupe d'étude, il ne serait pas approprié que la Commission joue un tel rôle.

173. Cependant, le Groupe d'étude fait observer que les conclusions concernant l'applicabilité des clauses NPF aux dispositions de règlement des différends devraient être fondées sur l'interprétation et l'analyse des dispositions en question, et non sur des hypothèses quant à la nature des accords d'investissement ou des droits qui sont accordés en vertu de ces accords.

C. Facteurs pertinents pour déterminer si une clause de la nation la plus favorisée s'applique aux conditions pour invoquer les clauses de règlement des différends

174. Les traités bilatéraux d'investissement étant des accords internationaux, les règles d'interprétation des traités énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969 sont applicables à leur interprétation¹⁷². La règle générale d'interprétation des traités est énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne, dont le paragraphe 1 prévoit qu'un traité « doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but¹⁷³. » Il a été dit que cette formule était « à l'évidence fondée sur l'idée que le texte du traité doit être présumé être l'expression authentique de l'intention des parties¹⁷⁴ ».

¹⁷² Ces dispositions sur l'interprétation sont généralement considérées comme reflétant le droit international coutumier.

¹⁷³ Voir le projet d'articles sur le droit des traités adopté par la Commission à sa dix-huitième session, *Annuaire...* 1966, vol. II, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, p. 240, paragraphe 11 du commentaire relatif au projet d'article 27.

¹⁷⁴ I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2^e éd., Manchester, Manchester University Press, 1984, p. 115.

175. Dans leurs décisions, les tribunaux chargés d'affaires d'investissement partent souvent du principe que les règles de la Convention de Vienne de 1969 fournissent le cadre juridique approprié pour interpréter les dispositions NPF. Pourtant, dans ce cadre commun, il existe des divergences d'approche. Par le passé, le Groupe d'étude a recensé plusieurs facteurs qui se sont révélés avoir influencé les tribunaux dans l'interprétation de dispositions NPF. Certains de ces facteurs sont passés en revue ci-après.

1. LE PRINCIPE DE CONTEMPORANÉITÉ

176. Le principe de contemporanéité, invoqué expressément par les tribunaux dans les affaires *ICS* et *Daimler*, et implicitement dans les décisions de certains autres tribunaux¹⁷⁵, ne se trouve pas spécifiquement dans les règles de la Convention de Vienne de 1969. Pourtant, la Cour internationale de Justice et des tribunaux internationaux y ont fait référence directement ou indirectement. Dans l'affaire des *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, la Cour a fait état de la « nécessité primordiale d'interpréter un instrument donné conformément aux intentions qu'ont eues les parties lors de sa conclusion¹⁷⁶ ». La Commission du tracé de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie a elle aussi approuvé ce qu'elle a qualifié de « doctrine de la "contemporanéité" »¹⁷⁷.

177. Par ailleurs, dans son arrêt concernant le *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, la Cour internationale de Justice a estimé que « [t]outefois, cela ne signifie pas qu'il ne faille jamais tenir compte du sens que possède un terme au moment où le traité doit être interprété en vue d'être appliqué, lorsque ce sens n'est plus le même que celui qu'il possédait à la date de la conclusion¹⁷⁸ ». Selon la Cour, il en va de même, notamment, « des cas où l'intention des parties au moment même de la conclusion du traité a été, ou peut être présumée avoir été, de conférer aux termes employés – ou à certains d'entre eux – un sens ou un contenu évolutif et non pas intangible, pour tenir compte notamment de l'évolution du droit international¹⁷⁹ ».

178. De l'avis du Groupe d'étude, le fait qu'une interprétation évolutive soit appropriée dans un cas donné dépendra d'un certain nombre de facteurs, notamment l'intention des parties que le terme en question soit interprété d'une manière évolutive¹⁸⁰, la pratique ultérieure des

¹⁷⁵ *Plama* (voir *supra* la note 101), par. 197.

¹⁷⁶ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 16, à la page 31, par. 53.

¹⁷⁷ *Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie*, décision du 13 avril 2002, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV (numéro de vente: E/F.05.V.5), p. 83, à la page 110, par. 3.5.

¹⁷⁸ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 213, à la page 242, par. 64.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ Voir la conclusion 3 des projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités adoptés à titre provisoire par la Commission à sa soixante-cinquième session, *Annuaire...* 2013, vol. II (2^e partie), p. 18 et suiv., par. 39;

parties et la façon dont elles ont elles-mêmes interprété et appliqué leur accord. L'approche du tribunal qui, dans l'affaire *ICS*, a cherché à déterminer le sens du « traitement » auquel la disposition NPF s'appliquait, en examinant comment ce terme aurait été compris au moment où le traité bilatéral d'investissement entre le Royaume-Uni et l'Argentine a été conclu, donne des indications importantes pour l'interprétation mais ne peut pas être considérée comme nécessairement définitive.

2. LA PERTINENCE DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES

179. En un sens, la référence aux travaux préparatoires est une application du principe de contemporanéité, car il s'agit d'un effort visant à déterminer l'intention des parties au moment de la conclusion de l'accord¹⁸¹. Le recours aux travaux préparatoires n'est pas fréquent dans les décisions des tribunaux qui interprètent des dispositions NPF, peut-être parce que ce matériel n'est souvent pas aisément disponible¹⁸². Cependant, dans l'affaire *Austrian Airlines*, le tribunal a examiné les projets successifs de clauses du traité, qui mettaient en évidence un rétrécissement progressif de la portée des dispositions relatives à l'arbitrage, afin de confirmer la conclusion que les parties avaient l'intention de limiter l'arbitrage en vertu de cet accord à certaines questions spécifiées¹⁸³. Le Groupe d'étude a estimé que cet exemple illustre bien la pertinence des travaux préparatoires.

3. LA PRATIQUE CONVENTIONNELLE DES PARTIES

180. La pratique contemporaine ou ultérieure des parties est clairement pertinente pour l'interprétation des dispositions d'un traité. Toutefois, en vertu des paragraphes 2 et 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, la pratique pertinente est limitée aux accords ayant rapport au traité et qui sont intervenus entre toutes les parties, aux instruments ayant rapport au traité établis par une partie et acceptés par les autres, aux accords ultérieurs intervenus entre les parties et à la pratique ultérieurement suivie par laquelle est établi l'accord des parties¹⁸⁴. En conséquence, dans la mesure où les tribunaux chargés d'affaires d'investissement invoquent ce type de matériel, ils agissent clairement conformément au matériel interprétatif pertinent.

181. Cela étant, la plupart des traités bilatéraux d'investissement sont seulement des accords entre deux États et ne s'accroissent pas d'accords ou de pratiques contemporains ou ultérieurs entre les parties au traité¹⁸⁵.

voir aussi le texte des projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités adoptés provisoirement par la Commission à sa soixante-sixième session, *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 115 et suiv., par. 76.

¹⁸¹ L'article 32 de la Convention de Vienne de 1969 prévoit : « Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires [...] ».

¹⁸² Dans l'affaire *Plama* (voir *supra* la note 101), le tribunal a relevé (par. 196) que les parties n'avaient pas présenté de travaux préparatoires.

¹⁸³ *Austrian Airlines* (voir *supra* la note 95), par. 137.

¹⁸⁴ Voir les projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités adoptés à titre provisoire par la Commission à ses soixante-cinquième et soixante-sixième sessions (note 180 *supra*), en particulier le projet de conclusion 7.

¹⁸⁵ Selon l'Accord de libre-échange nord-américain, toutefois, les parties ont le pouvoir, en vertu du traité, de rendre « des interprétations

Par conséquent, ce sont aux accords conclus par l'une des parties à l'accord bilatéral avec des États tiers que les tribunaux se réfèrent souvent¹⁸⁶. Un tribunal a estimé que les traités avec des États tiers n'étaient pas pertinents, car c'était le texte du traité bilatéral d'investissement dont il était saisi qu'il convenait d'interpréter¹⁸⁷.

182. Les actions d'un État partie à un traité bilatéral d'investissement qui ne font pas intervenir l'autre État partie peuvent avoir une certaine pertinence contextuelle en montrant l'attitude de l'une des parties au traité. Toutefois, ces actions ne relèvent pas du paragraphe 3 *b* de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, qui prend en considération l'intention commune des parties, mais peuvent être prises en compte en vertu de l'article 32¹⁸⁸.

183. Reste néanmoins à savoir s'il existe une autre base sur laquelle la pratique d'élaboration de traités d'une seule partie peut être pertinente. Dans l'affaire *ICS*, le tribunal a estimé que la pratique d'une seule partie n'était pas pertinente. Cependant, il a considéré comme pertinent le fait qu'un État avait continué à incorporer une condition instaurant dix-huit mois d'attente dans des traités bilatéraux d'investissement ultérieurs. Il a estimé que l'État n'était guère susceptible d'insister sur la conclusion d'une disposition dont il savait qu'elle serait dépourvue de tout effet utile en raison de l'incorporation d'une clause NPF¹⁸⁹. Cela illustre la pertinence potentielle, quoique limitée, de la pratique d'une partie.

4. LE SENS DU CONTEXTE

184. L'expression « dans leur contexte » figurant à l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 est susceptible d'avoir un sens large. Elle recouvre, en vertu du paragraphe 2 de l'article 31, outre le texte même du traité, le préambule et les annexes ainsi que tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre les parties à l'occasion de la conclusion du traité, et tout instrument établi par une partie et accepté par l'autre partie en tant qu'instrument ayant rapport au traité.

185. Deux questions particulières concernant le contexte découlent des décisions des tribunaux chargés d'affaires d'investissement. Tout d'abord, une disposition NPF rédigée en termes plus généraux peut-elle l'emporter sur une disposition spécifique d'un traité bilatéral d'investissement ? Deuxièmement, quelle est la pertinence du fait qu'un traité bilatéral d'investissement énumère des exclusions propres à l'application du principe NPF ? Cela exclut-il les autres exceptions non énumérées au traitement NPF ?

faisant autorité » qui sont ensuite obligatoires pour les tribunaux (art. 1131, par. 2).

¹⁸⁶ Dans l'affaire *Plama* (voir *supra* la note 101), le tribunal a dit ce qui suit : « Il est vrai que les traités conclus par l'une des Parties contractantes et des États tiers peuvent être pris en compte pour clarifier le sens du texte d'un traité au moment où il a été conclu » (par. 195).

¹⁸⁷ *Renta 4* (voir *supra* la note 95).

¹⁸⁸ Voir, en particulier, les projets de conclusions 1, par. 4, et 4, par. 3, sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités adoptés à titre provisoire par la Commission à sa soixante-cinquième session (note 180 *supra*) ainsi que les commentaires y relatifs.

¹⁸⁹ *ICS c. République argentine* (voir *supra* la note 100), par. 314 et 315.

a) *L'équilibre entre dispositions spécifiques et dispositions générales*

186. Dans certaines décisions, les arbitres ont cherché à évaluer le poids d'une disposition expresse d'un traité, portant sur les circonstances dans lesquelles un investisseur peut invoquer un arbitrage investisseur-État, au regard de la disposition générale d'une clause NPF. La conclusion qu'ils en ont tirée est qu'une déclaration générale applicable à «tout traitement» telle que celles que l'on trouve dans une clause NPF ne peut pas l'emporter sur une déclaration spécifique concernant le traitement accordé en vertu d'un traité, telle qu'une condition qui doit être remplie pour invoquer les clauses de règlement des différends. Comme le Groupe d'étude de la Commission sur la fragmentation du droit international l'a noté dans son rapport, le principe *lex specialis derogat legi generali* est un principe généralement admis d'interprétation des traités¹⁹⁰. Cependant, sa pertinence dans le contexte de l'interprétation d'une disposition NPF peut être limitée.

187. Par sa nature même, une clause NPF promet quelque chose de mieux que ce qui est prévu dans le traité, de sorte que le simple fait qu'il existe une disposition spécifique dans le traité de base lui-même ne permet pas de conclure si une disposition NPF peut ou non assurer un meilleur traitement que celui déjà prévu dans le traité de base. Bien sûr, s'il y a dans le traité des éléments d'interprétation indépendants qui montrent que les parties ont voulu que la disposition NPF ne s'applique pas à la disposition spécifique en question, c'est une autre affaire. Mais, de l'avis du Groupe d'étude, la présomption selon laquelle le spécifique l'emporte sur le général n'est simplement pas concluante dans l'interprétation d'une disposition NPF.

b) *Le principe expressio unius*

188. Le principe *expressio unius est exclusio alterius* a souvent été cité, en particulier en rapport avec les exclusions expresses de l'application d'une disposition NPF. L'argument est que, lorsque le traité bilatéral d'investissement contient des exceptions expresses à l'application d'une disposition NPF, ces exceptions excluent les autres exceptions qui ne sont pas énumérées¹⁹¹. Ainsi, le fait de ne pas mentionner les dispositions de règlement des différends parmi les questions qui sont exclues de l'application d'une clause NPF signifie que cette clause couvre le règlement des différends. Toutefois, comme l'ont relevé certains auteurs, le principe *expressio unius* est dans le meilleur des cas une présomption et il ne doit pas être considéré comme une réponse définitive à la question¹⁹². C'est un facteur à prendre en considération, rien de plus. En outre, comme le tribunal l'a fait observer en l'affaire *ICS*, ce principe peut conduire à la conclusion inverse. Si seules des exceptions ayant trait au fond sont énumérées, cela peut signifier que les parties ne croyaient pas qu'une clause NPF était pertinente pour les questions de

procédure ou de règlement des différends¹⁹³. En conséquence, le Groupe d'étude a estimé que, si le principe *expressio unius* est un facteur dont il faut tenir compte, il ne peut pas être considéré comme un facteur décisif.

5. LA PERTINENCE DE LA TENEUR
DE LA DISPOSITION QUE L'ON CHERCHE À REMPLACER

189. Certains tribunaux ont estimé que la condition instaurant dix-huit mois d'attente imposait un obstacle inutile à un investisseur cherchant à faire valoir ses droits par l'invocation de la clause de règlement des différends d'un traité bilatéral d'investissement et était contraire à l'objectif général d'un traité bilatéral d'investissement, qui vise à promouvoir et à faciliter les investissements. Cependant, comme l'ont souligné d'autres tribunaux, une telle disposition est une variante d'une condition d'épuisement des recours internes et a sa propre raison d'être. Dans la mesure où les tribunaux chargés d'affaires d'investissement ont été influencés dans l'interprétation d'une disposition NPF par la teneur de la disposition figurant dans le traité de base qui est modifiée par l'application du traitement NPF, le Groupe d'étude a du mal à voir comment une telle considération peut être justifiée en vertu des règles d'interprétation des traités.

190. La décision de principe d'incorporer une disposition particulière dans leur traité bilatéral d'investissement appartient aux parties et n'est pas critiquable a posteriori par les tribunaux chargés du règlement des différends. La fonction du tribunal est de déterminer le sens des dispositions et l'intention des parties, et non de contester leurs choix politiques. Sur cette base, la teneur d'une disposition à laquelle l'application de la disposition NPF permet de passer outre est, de l'avis du Groupe d'étude, sans incidence en ce qui concerne l'interprétation des traités.

6. L'INTERPRÉTATION DE LA DISPOSITION
QUE L'ON CHERCHE À INSÉRER

191. La question essentielle de la portée ou de l'étendue de l'avantage qui peut être obtenu du traité avec un État tiers grâce à une clause NPF soulève celle de l'application de la règle *ejusdem generis*. Il est clair que, si la matière objet de la clause NPF dans le traité de base est limitée à des questions de fond, la disposition ne peut pas être utilisée pour obtenir le bénéfice de droits procéduraux dans le cadre du traité avec un État tiers. Plus difficile est la question de savoir si le bénéficiaire d'une disposition NPF qui se rapporte effectivement à des dispositions d'ordre procédural peut choisir les avantages procéduraux pouvant être invoqués.

192. À cet égard, s'il apporte une réponse générale, le projet d'articles de 1978 n'est pas assez précis pour contribuer à régler le problème réel qui se pose dans le contexte des traités d'investissement. Les projets d'articles 9 et 10 se rapportent à l'État bénéficiaire pouvant prétendre à des droits ou à un traitement «dans les limites de la matière objet de la clause». Le commentaire suggère que l'expression «dans les limites de la matière objet de la clause» contient une référence implicite à la notion

¹⁹⁰ Conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, *Annuaire...* 2006, vol. II (2^e partie), p. 186, par. 251, conclusion 5.

¹⁹¹ Voir l'opinion individuelle de Charles N. Brower dans l'affaire *Austrian Airlines* (note 95 *supra*).

¹⁹² A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 248 et 249.

¹⁹³ *ICS c. République argentine* (voir *supra* la note 100), par. 315 à 317.

de similarité¹⁹⁴. Cependant, les tribunaux chargés d'affaires d'investissement n'ont pas encore élaboré de jurisprudence sur cette notion. Il n'y a pas d'accord commun, pour prendre l'exemple précédent, sur le fait de savoir si une condition instaurant dix-huit mois d'attente sans disposition d'option irrévocable est plus ou moins favorable que l'accès direct à l'arbitrage investisseur-État avec disposition d'option irrévocable.

193. De l'avis du Groupe d'étude, on ne peut répondre à la question de savoir ce qui constitue un traitement moins favorable qu'en procédant à une analyse au cas par cas. À tout le moins, c'est une question qui doit être examinée dans toute interprétation ou application d'une disposition NPF.

D. Conséquences de différents modèles de clauses de la nation la plus favorisée

194. Bien qu'il ait envisagé, au début de ses travaux, la possibilité de rédiger lui-même des clauses NPF types, le Groupe d'étude est parvenu à la conclusion que ce ne serait pas utile. Il existe un grand nombre de clauses NPF déjà incorporées par les États dans leurs accords d'investissement qui peuvent servir de modèles pour de futurs accords. Ce qui est plus important, c'est de comprendre les conséquences que peut emporter un libellé particulier.

1. LES CLAUSES DES ACCORDS EXISTANTS AU MOMENT DE LA DÉCISION *MAFFEZINI*

195. Mises à part les différentes approches interprétatives déjà recensées, il semble y avoir une certaine similitude dans l'interprétation de certains types de libellés des clauses NPF.

196. Premièrement, lorsque la clause NPF prévoit simplement un «traitement non moins favorable» sans aucune précision qui pourrait être considérée comme élargissant la portée du traitement à accorder, les tribunaux ont systématiquement refusé d'interpréter une telle disposition comme incluant le règlement des différends.

197. Deuxièmement, lorsque la clause NPF contient des clauses qui font référence à «tout traitement» ou «toutes les questions» régis par le traité, les tribunaux ont eu tendance à accorder une interprétation large à ces clauses, et à conclure qu'elles s'appliqueraient aux dispositions relatives au règlement des différends. Dans une seule affaire, une clause formulée en termes généraux n'a pas été considérée comme s'appliquant au règlement des différends¹⁹⁵.

198. Troisièmement, lorsque la clause NPF qualifie le traitement devant être reçu en employant les termes «utilisation», «gestion», «entretien», «jouissance» et «aliénation», la majorité des tribunaux ont conclu que de telles clauses sont suffisamment générales pour couvrir les dispositions de règlement des différends.

199. Quatrièmement, dans les deux affaires liant le traitement NPF directement à un traitement juste et équitable,

aucun des tribunaux n'a conclu que la clause couvrait les dispositions de règlement des différends.

200. Cinquièmement, dans les affaires où une restriction territoriale avait été imposée à une clause NPF, le résultat a été mitigé. Certains tribunaux ont conclu que la restriction territoriale n'était pas pertinente pour décider si les dispositions de règlement des différends étaient concernées¹⁹⁶, tandis que d'autres ont jugé qu'une clause de restriction territoriale empêchait l'inclusion de dispositions relatives au règlement international des différends dans une clause NPF¹⁹⁷.

201. Sixièmement, dans aucune affaire où les clauses NPF limitaient leur application aux investisseurs ou investissements se trouvant «dans des circonstances analogues» ou «des situations similaires», un tribunal n'a considéré comme pertinente la question de savoir si ces clauses s'appliquaient aux dispositions relatives au règlement des différends.

202. Cette analyse montre la pratique passée et ne constitue pas une prise de position sur la façon dont les décisions seront rendues à l'avenir. Étant donné que les tribunaux chargés d'affaires d'investissement sont des instances ad hoc et que les dispositions exactes et le contexte des clauses NPF varient, il est impossible de prévoir ce que les membres des tribunaux décideront, même si certains ou tous ont déjà jugé des affaires portant sur des dispositions NPF. Toutefois, lorsque les clauses NPF peuvent faire l'objet d'une interprétation plus large, il semble que les tribunaux soient plus enclins à les considérer comme s'appliquant aux dispositions de règlement des différends. De l'avis du Groupe d'étude, cela donne aux États une première orientation sur la façon dont des libellés particuliers pourraient être traités par des tribunaux.

2. LES CLAUSES FIGURANT DANS DES ACCORDS CONCLUS DEPUIS LA DÉCISION *MAFFEZINI*

203. Depuis la décision *Maffezini*, il y a eu un certain nombre d'accords d'investissement conclus qui comportent des dispositions NPF. Généralement, ils se répartissent en trois catégories.

204. La première catégorie est celle des accords qui excluent expressément l'application de la décision *Maffezini*. Ils le font par référence expresse à la décision¹⁹⁸ ou en prévoyant que les dispositions relatives au règlement des différends ne relèvent pas du champ d'application de la clause NPF¹⁹⁹. En général, il ne semble pas qu'ils le fassent en mentionnant cette décision dans la liste des exceptions à l'application du traitement NPF.

¹⁹⁶ *Maffezini* (voir *supra* la note 79), par. 61 ; et *Hochtief* (voir *supra* la note 112), par. 107 à 111 (majorité).

¹⁹⁷ *ICS c. République argentine* (voir *supra* la note 100), par. 296 et 305 à 308 ; et *Daimler* (voir *supra* la note 119), par. 225 à 231 et 236 (majorité).

¹⁹⁸ Projet d'accord de libre-échange entre les États-Unis et l'Amérique centrale (28 janvier 2004), disponible à l'adresse suivante : http://www.sice.oas.org/TPD/USA_CAFTA/Jan28draft/CAFTAind_e.asp.

¹⁹⁹ Accord entre la Confédération suisse et la République de Colombie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, fait à Berne le 17 mai 2006, disponible sur le site Web <https://investmentpolicy.unctad.org>, section « International Investment Agreements Navigator ».

¹⁹⁴ *Annuaire... 1978*, vol. II (2^e partie), p. 37 et suiv., paragraphes 25 et 26 du commentaire des projets d'articles 9 et 10.

¹⁹⁵ *Berschader* (voir *supra* la note 96).

205. La deuxième catégorie est celle des accords qui incluent expressément les dispositions relatives au règlement des différends dans le champ de la clause NPF²⁰⁰.

206. Enfin, on trouve dans la troisième catégorie les accords qui n'indiquent en rien si les dispositions relatives au règlement des différends sont incluses dans le champ d'application de la clause NPF. Certains définissent le champ d'application de la clause NPF comme s'appliquant à «l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements sur son territoire». Cependant, comme indiqué plus haut, certains tribunaux ont considéré que cette disposition couvrait le règlement des différends, et d'autres pas.

207. Le Groupe d'étude a noté que la question de la NPF et des dispositions relatives au règlement des différends n'avait pas incité les États à clarifier le libellé des accords existants pour exclure le règlement des différends, ni à négocier de nouveaux accords excluant son application. En fait, la plupart des nouveaux accords ont tendance à ignorer cette question. Il existe au moins trois explications possibles de ce fait.

208. Premièrement, la renégociation des accords existants est un processus long et complexe, et les États peuvent ne pas accorder un rang de priorité élevé à ce sujet dans leur programme d'élaboration de traités ou peuvent craindre que cela ne ravive d'autres problèmes dans le traité.

209. Deuxièmement, les États peuvent craindre que la modification du libellé de leurs nouveaux accords destinée à éviter l'application du traitement NPF au règlement des différends soit considérée par les tribunaux comme une indication que leurs accords existants couvrent effectivement le règlement des différends.

210. Troisièmement, les États peuvent considérer que, dans la pratique, comme indiqué plus haut, les dispositions NPF n'ont été appliquées au règlement des différends que dans le cas des clauses NPF formulées en termes généraux, et que leurs dispositions NPF ne sont pas formulées en termes généraux.

211. En tout état de cause, le Groupe d'étude a conclu que les orientations fournies dans le présent document au sujet des libellés qui peuvent être interprétés comme

incluant les dispositions relatives au règlement des différends dans le champ d'application du traitement NPF, ainsi que des exemples d'accords où les gouvernements l'ont expressément exclu, pourraient aider les États à examiner comment leurs accords d'investissement pourraient être interprétés et ce qu'ils pourraient prendre en compte dans la négociation de nouveaux accords.

V. Résumé des conclusions

212. Les clauses NPF n'ont pas changé de nature depuis l'époque où le projet d'articles de 1978 a été achevé. Les dispositions fondamentales de ce projet d'articles servent toujours de base pour l'interprétation et l'application des clauses NPF aujourd'hui. Cependant, elles n'apportent pas de réponses à toutes les questions d'interprétation qui peuvent se poser avec les clauses NPF.

213. L'interprétation des clauses NPF doit être entreprise sur la base des règles relatives à l'interprétation des traités telles qu'énoncées par la Convention de Vienne de 1969.

214. La question centrale d'interprétation en ce qui concerne les clauses NPF a trait à la portée de la clause et à l'application du principe *ejusdem generis*. Autrement dit, la portée et la nature de l'avantage qui peut être obtenu en vertu d'une clause NPF dépendent de l'interprétation de la clause NPF elle-même.

215. L'application des clauses NPF aux dispositions relatives au règlement des différends dans l'arbitrage des traités d'investissement, au lieu de les limiter aux obligations de fond, a apporté une nouvelle dimension à la réflexion sur les dispositions NPF et peut-être entraîné des conséquences que les parties n'avaient pas prévues lorsqu'elles avaient négocié leurs accords d'investissement. Néanmoins, la question reste une question d'interprétation des traités.

216. En fin de compte, c'est aux États qui négocient des clauses NPF qu'il appartient de décider si celles-ci doivent inclure les dispositions relatives au règlement des différends. Un libellé explicite peut garantir qu'une clause NPF s'applique ou ne s'applique pas aux dispositions relatives au règlement des différends. À défaut, il incombera aux tribunaux chargés du règlement des différends d'interpréter les clauses NPF au cas par cas.

217. Les techniques d'interprétation passées en revue par le Groupe d'étude dans le présent rapport sont destinées à aider à l'interprétation et à l'application des dispositions NPF.

²⁰⁰ Accord entre le Japon et les États-Unis du Mexique pour le renforcement de leur partenariat économique, fait à Mexico le 17 septembre 2004, disponible à l'adresse suivante: www.sice.oas.org/Trade/MEX_JPN_e/agreement.pdf. Le Royaume-Uni n'a pas modifié son traité bilatéral d'investissement type (voir *supra* la note 166), qui applique le traitement NPF au règlement des différends.