

Chapitre IV

LA CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE

A. Introduction

32. À sa soixantième session (2008), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet « La clause de la nation la plus favorisée » (clause NPF) et, à sa soixante et unième session, de constituer un groupe d'étude sur ce sujet⁹.

33. Le Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée a été constitué à la soixante et unième session (2009)¹⁰ sous la coprésidence de M. Donald M. McRae et de M. A. Rohan Perera, puis reconstitué aux soixante-deuxième (2010) et soixante-troisième (2011) sessions avec les mêmes coprésidents¹¹. À ses soixante-quatrième (2012), soixante-cinquième (2013) et soixante-sixième (2014) sessions, la Commission a reconstitué le Groupe d'étude sous la présidence de M. Donald M. McRae¹². En l'absence de M. McRae en 2013 et 2014, M. Mathias Forteau a assuré la présidence du Groupe d'étude.

B. Examen du sujet à la présente session

34. À la présente session, la Commission a, à sa 3249^e séance tenue le 12 mai 2015, reconstitué le Groupe

⁹ À sa 2997^e séance, le 8 août 2008 [*Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), p. 159, par. 354]. Pour le plan d'étude du sujet, voir *ibid.*, annexe II, p. 175 et suiv. L'Assemblée générale a pris note de cette décision au paragraphe 6 de sa résolution 63/123 du 11 décembre 2008.

¹⁰ À sa 3029^e séance, le 31 juillet 2009, la Commission a pris note du rapport oral des coprésidents du Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée [*Annuaire... 2009*, vol. II (2^e partie), p. 152 et suiv., par. 211 à 216]. Le Groupe d'étude avait notamment réfléchi à un cadre pouvant servir de feuille de route pour les travaux futurs et convenu d'un programme de travail prévoyant l'établissement de documents susceptibles d'apporter des éclaircissements sur des questions relatives, en particulier, au champ d'application des clauses NPF, à leur interprétation et à leur application.

¹¹ À sa 3071^e séance, le 30 juillet 2010, la Commission a pris note du rapport oral des coprésidents du Groupe d'étude [*Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), p. 204 et suiv., par. 359 à 373]. Le Groupe d'étude avait examiné les divers documents élaborés sur la base du cadre défini en 2009 pour servir de feuille de route aux travaux futurs et arrêté un programme de travail pour 2010. À sa 3119^e séance, le 8 août 2011, la Commission a pris note du rapport oral des coprésidents du Groupe d'étude [*Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 177 et suiv., par. 348 à 362]. Le Groupe d'étude avait examiné des documents supplémentaires élaborés sur la base du cadre de 2009.

¹² À sa 3151^e séance, le 27 juillet 2012, la Commission a pris note du rapport oral du Président du Groupe d'étude [*Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 82 et suiv., par. 244 à 265]. Le Groupe d'étude avait examiné des documents supplémentaires élaborés sur la base du cadre de 2009. À sa 3189^e séance, le 31 juillet 2013, la Commission a pris note du rapport du Groupe d'étude [*Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 80 et suiv., par. 154 à 164]. Le Groupe d'étude avait continué d'examiner des documents supplémentaires. Il avait également examiné la pratique et la jurisprudence contemporaines en matière d'interprétation des clauses NPF. À sa 3231^e séance, le 25 juillet 2014, la Commission a pris note du rapport oral du Groupe d'étude [*Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 173 et suiv., par. 254 à 262]. Le Groupe d'étude avait procédé à un examen technique et de fond du projet de rapport final en vue d'en établir une version révisée.

d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée sous la présidence de M. Donald M. McRae.

35. Le Groupe d'étude s'est réuni deux fois, les 12 mai et 16 juillet 2015, pour mener à bien un examen de fond et technique du projet de rapport final. Depuis sa création en 2009, le Groupe d'étude s'est réuni à 24 reprises.

36. La Commission a reçu et examiné le rapport final du Groupe d'étude à ses 3264 et 3277^e séances, les 6 et 23 juillet 2015 respectivement. Le rapport final est annexé au présent rapport. La Commission note que le rapport final est divisé en cinq parties. Dans la première partie, le Groupe d'étude retrace l'historique du sujet et présente la genèse et l'objet de ses travaux, analyse les travaux antérieurs de la Commission relatifs au projet d'articles de 1978 sur la clause de la nation la plus favorisée¹³ et les développements observés depuis, en particulier dans le domaine des investissements, et examine comment d'autres organismes comme la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement et l'Organisation de coopération et de développement économiques ont analysé les dispositions NPF. Le Groupe d'étude n'a pas cherché à réviser le projet d'articles de 1978 ni à élaborer un nouveau projet d'articles.

37. Dans la deuxième partie du rapport, le Groupe d'étude examine la pertinence des clauses NPF dans le monde contemporain et les questions que soulève leur interprétation, notamment dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, de l'Organisation mondiale du commerce et d'autres accords commerciaux et traités d'investissement. Il examine également les types de dispositions NPF figurant dans les accords bilatéraux d'investissement et souligne les questions d'interprétation que ces dispositions soulèvent, à savoir *a)* qui est en droit de bénéficiaire d'une clause NPF ; *b)* en quoi consiste le traitement NPF ; et *c)* quelle est la portée de la clause NPF.

38. Dans la troisième partie, le Groupe d'étude analyse : *a)* les considérations de politique générale dans l'interprétation des accords d'investissement, compte tenu de l'asymétrie dans les négociations des traités bilatéraux d'investissement et de la spécificité de chaque traité ; *b)* l'arbitrage « mixte » comme mode de règlement des différends en matière d'investissement ; et *c)* la pertinence actuelle du projet d'articles de 1978 pour l'interprétation des dispositions NPF.

39. Dans la quatrième partie, le Groupe d'étude donne des indications pour l'interprétation des clauses NPF et définit les paramètres de l'application dans cette

¹³ *Annuaire... 1978*, vol. II (2^e partie), p. 19 et suiv., par. 74.

interprétation des principes régissant l'interprétation des traités. Il passe en revue les différentes approches jurisprudentielles de l'interprétation des dispositions NPF figurant dans des accords d'investissement, et analyse en particulier trois questions principales : a) Les clauses NPF sont-elles en principe applicables aux dispositions des traités bilatéraux d'investissement relatives au règlement des différends ? b) La compétence d'un tribunal est-elle affectée par les conditions énoncées dans les accords bilatéraux d'investissement quant aux dispositions relatives au règlement des différends susceptibles d'être invoquées par les investisseurs ? c) Quels facteurs sont pertinents pour déterminer si une clause NPF s'applique aux conditions qui doivent être satisfaites pour pouvoir invoquer les clauses de règlement des différends ? Dans cette partie, le Groupe d'étude examine également comment les États ont réagi dans le cadre de leur pratique conventionnelle à la sentence *Maffezini*¹⁴, notamment : a) en déclarant expressément que la clause NPF ne s'applique pas aux dispositions relatives au règlement des différends ; b) en déclarant expressément que la clause NPF s'applique aux dispositions relatives au règlement des différends ; ou c) en énumérant expressément les domaines dans lesquels la clause NPF s'applique.

40. Dans la cinquième partie du rapport, le Groupe d'étude résume les conclusions auxquelles il est parvenu et souligne en particulier l'importance et la pertinence de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) comme point de départ pour l'interprétation des traités d'investissement. L'interprétation des clauses NPF doit s'effectuer sur la base des règles d'interprétation des traités énoncées dans cette convention.

41. À sa 3277^e séance, le 23 juillet 2015, la Commission a accueilli avec satisfaction le rapport final du Groupe d'étude. Elle a recommandé ce rapport à l'attention de l'Assemblée générale et invité celle-ci à en assurer la plus large diffusion possible.

42. À la même séance, la Commission a adopté le résumé des conclusions suivant :

a) La Commission note que 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 ;

b) La Commission souligne l'importance et la pertinence de la Convention de Vienne de 1969 comme point de départ pour l'interprétation des traités d'investissement. L'interprétation des clauses NPF doit être entreprise sur la base des règles relatives à l'interprétation des traités telles qu'énoncées par cette convention ;

c) 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 ;

d) 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 ;

e) 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.

43. La Commission souligne que les techniques d'interprétation passées en revue dans le rapport du Groupe d'étude sont destinées à aider à l'interprétation et à l'application des dispositions NPF.

C. Hommage au Groupe d'étude et à son président

44. À sa 3277^e séance, le 23 juillet 2015, la Commission a adopté la résolution suivante par acclamation :

La Commission du droit international,

Ayant accueilli avec satisfaction le rapport du Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée,

Exprime au Groupe d'étude et à son président, M. Donald M. McRae, ses profonds remerciements et ses félicitations chaleureuses pour leur contribution insigne à l'élaboration du rapport sur la clause de la nation la plus favorisée et les résultats auxquels ils sont parvenus,

Rappelle avec gratitude la contribution de M. A. Rohan Perera, qui a coprésidé le Groupe d'étude de 2009 à 2011, et de M. Mathias Forteau, qui l'a présidé durant les sessions de 2013 et de 2014 en l'absence de M. McRae.

¹⁴ *Emilio Agustín Maffezini c. Royaume d'Espagne*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (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>.